



# SITUAÇÃO JURÍDICA LABORAL

## NOTAS PARA A DEFINIÇÃO DE UM PARADIGMA

# STATE LABOR LAW

## NOTES TO DEFINE A PARADIGM

**RESUMO** Segundo uma interessante síntese formulada a partir da noção legal de *contrato individual de trabalho*, “a situação jurídica laboral caracteriza-se por ter natureza contratual, por se centrar na *prestação de uma actividade*, por essa actividade ser prestada *contra certa retribuição* e por ser *organizada pelo credor* (o empregador)”. A insuficiência daquela noção para a definição de um paradigma da situação jurídica laboral de direito privado é manifesta: não apenas escamoteia a diversidade genética da regulação das situações juslaborais, dissimula também uma parte *determinante* do seu enquadramento normativo que, como procuraremos demonstrar, lhe molda a estrutura.

**ABSTRACT** According to the traditional legal doctrine, the “labour situation” is said to be based on a correlation between the worker and the employer, founded on an individual contract. This notion is insufficient to explain the current concept that sees the employee as a nuclear piece of the modern employer’s organisation.

### PALAVRAS-CHAVE

Situação jurídica laboral

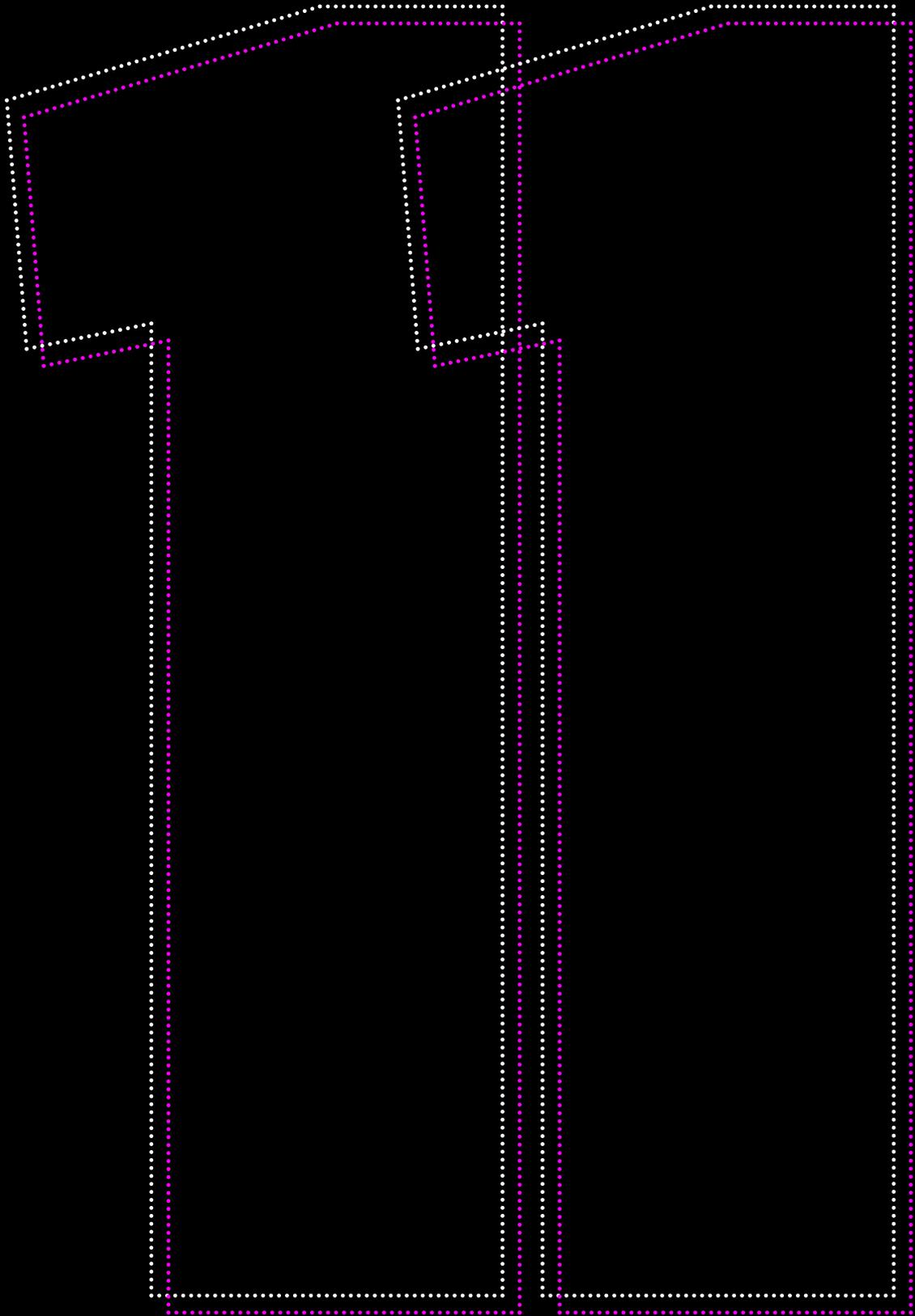
### KEYWORDS

The labour regulation situation

**ALBERTO DE SÁ E MELLO** Doutor em Direito // Advogado. Portugal

<sup>1</sup> Este artigo tem por base um escrito com o mesmo título, publicado em 2001 (in *Cadernos Sociedade e Trabalho I – Trabalho e Relações Laborais*, Oeiras, 2001. Pensámos que carecia de actualização e julgamos que, uma vez reformulado, continua inteiramente pertinente.







# 1. OBJECTO DE ANÁLISE E PRIMEIRAS QUESTÕES

Segundo uma interessante síntese formulada a partir da noção legal de “*contrato individual*” de trabalho, “a situação jurídica laboral caracteriza-se por ter natureza contratual, por se centrar na *prestação de uma actividade*, por essa actividade ser prestada *contra certa retribuição* e por ser *organizada pelo credor* (o empregador)”<sup>2</sup>.

A insuficiência daquela noção para a definição de um paradigma da situação jurídica laboral de direito privado é manifesta: não apenas escamoteia a diversidade genética da regulação das situações juslaborais, dissimula também uma parte *determinante* do seu enquadramento normativo que, como procuraremos demonstrar, lhe molda a estrutura.

Desde logo, ao criar uma *aparência* de regulação destas situações jurídicas em resultado da autonomia convencional individual privada, não reflecte *aqueloutras que* (também) vinculam individualmente trabalhadores e os respectivos empregadores e se *estabelecem em obediência a injunções e permissões padronizadas* por aplicação dos designados *instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho* (irct).

# 2. A PRETENSÃO AUTONOMIA NA CONFORMAÇÃO DA PRESTAÇÃO LABORAL E O SUPOSTO CARACTER COMUTATIVO DAS PRESTAÇÕES CORRELATIVAS

Muito para além do que resulta da origem plural das fontes de regulação do trabalho entre privados, é a própria ideia de poder de *conformação da prestação laboral pelo empregador*<sup>3</sup> que deve começar por sentir-se estar em causa. Aquele é, dir-se-ia, um dos fundamentos da autonomia contratual em que assentaria a natureza civil da obriga-

<sup>2</sup> Apresentada por Mário Pinto, Pedro Furtado Martins e António Nunes de Carvalho, em Comentários às Leis do Trabalho, I, Lisboa, 1994, p. 23, em anotação II-2 ao artigo 1.º LCT (que era habitualmente designada *Lei do Contrato de Trabalho*, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 25-11-1969), que reproduzia o art. 1152º do Código Civil português - C. Civil). Hoje, o Código do Trabalho (CT2009), aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12-2, contém disposição (art. 11º) que, apropriadamente, **acrescenta à definição tradicional a necessidade de o trabalhador se encontrar no âmbito de organização e sob autoridade dos seus empregadores.**

<sup>3</sup> Fernando Ribeiro Lopes, “Trabalho subordinado ou trabalho autónomo: um problema de qualificação”, in Revista de Direito e de Estudos Sociais (RDES), XXIX (1), 1987, p. 64, afirma o poder conformativo da prestação como: “... a possibilidade de a entidade patronal especificar “os termos em que deve ser prestado o trabalho” (...). A projecção na esfera do trabalhador apresenta-se igualmente através de um dever de obediência” – intercalados nossos. Assinale-se que o mesmo autor, ob.cit., p. 66, refere que tal poder “é restringido ou mesmo eliminado, consoante o grau de autonomia técnica inerente ao trabalho prestado. Pensamos, todavia, que é a própria autonomia contratual do empregador (e do próprio trabalhador, posto que confronta disposições típicas predominantemente injuntivas) que está em questão – e não apenas o maior ou menor grau da autonomia técnica supostamente “inerente” à actividade que este último se vincula a prestar.





ção. Mais, entendido como ligado à própria *organização* do processo *produtivo*, afigurar-se-ia – a par do chamado poder patronal *determinativo* da função – inerente à própria gestão do funcionamento da empresa que seria de supor insindivável por regras laborais que não afectassem os direitos e deveres fundamentais dos trabalhadores<sup>4</sup>. [O núcleo dos direitos dos trabalhadores encontra a sua sede constitucional no art. 59º da Constituição da República Portuguesa – CRP. Avultam as que inscrevem *limites à autonomia negocial*, nomeadamente: as que prescrevem a igualdade de salário para trabalho igual, (mas) de forma a garantir uma existência condigna, que se liga ao estabelecimento e actualização de um *salário mínimo nacional*; as que impõem a fixação, a nível nacional, dos *limites da duração do trabalho*; a especial protecção do trabalho *de mulheres* durante a gravidez e após o parto, bem como do *trabalho de menores*, dos *diminuídos* e dos que desempenhem *actividades particularmente violentas* ou em *condições insalubres, tóxicas* ou perigosas; e, bem assim, a particular consideração pela situação dos *trabalhadores-estudantes*]<sup>5</sup>.

Que dizer, porém, da aparência de autonomia negocial que a lei parece conferir à situação *juslaboral*, quando esta confronta um *enquadramento* legal típico *predominantemente* injuntivo e *uma apertada teia* de “injunções contratuais ou administrativas” colectivas? Que sentido faz a subsistência – porventura até anómala num quadro de relações privadas – de *um poder disci-*

plinar patronal, confrontada a garantia constitucional (ex art. 53º da CRP) de segurança no emprego que, interpretada que tem sido à luz de uma (falsa ilusão de) *perenidade* do vínculo laboral, transforma a “justa causa *de despedimento*” em conceito cuja determinação desafia e confunde constantemente, além do intérprete, o próprio legislador ordinário?<sup>6</sup>

*Note-se* que, nestes casos, nem sequer é a maior ou menor justeza das soluções legais que está em causa, mas a verdade da pretendida autonomia negocial reflectida nas situações *juslaborais* que a *noção* legal de contrato individual de trabalho parece anunciar.

Por outro lado, como sustentar ainda que a autoridade e direcção da actividade pelo empregador é *correspectiva* da disponibilidade para a *prestação* de uma actividade laboral, enquanto a lei estabelece uma *ficção dessa disponibilidade* em situações em que o trabalhador está (como se verifica quanto a certas “pausas” que se consideram relevantes para o cômputo do tempo de trabalho) precisamente *constrito a uma indisponibilidade laboral por imposição de lei*?<sup>7</sup> E *não é* a função social do enquadramento empresarial do trabalho que, aqui assim, se discute, mas muito simplesmente a razão-de-ser da persistência em supô-la assente num modelo contratual privado<sup>8</sup>.

Ainda, poderá continuar a afirmar-se prestado sob *autoridade e direcção* de um empregador o trabalho, tradicionalmente exercido no âmbito de profissões (ditas “liberais”),

<sup>4</sup> Recorremos ainda ao escrito de Ribeiro Lopes, *ob.cit.*, *ibidem*, que enuncia: “O poder determinativo da função (é) a faculdade conferida à entidade patronal de escolher, dentro do género de trabalho em que consiste a categoria do trabalhador, uma actividade ou função que necessita” – intercalados nossos.

<sup>5</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, IV (124-1), 3.ª ed., Coimbra, 2000, p. 496, ensina: “... a liberdade de trabalho e de profissão não está isolada de outras liberdades, (...). Só através dela se concretiza o direito ao trabalho. E exige um conjunto variado de garantias e de incumbências do Estado, de modo que se torne uma liberdade igual para todos e que possa ser usufruída por todos, especialmente pelos que estejam em situações mais carecidas de protecção...”. E continua, *ob.cit.*, 124-II, pp. 497/498: “... a liberdade de trabalho e de profissão mostra uma relação estreita com o direito ao trabalho. Não se lhe assimila, evidentemente, sobretudo quando o direito ao trabalho seja tornado como direito a determinado tipo de prestações a cargo do poder político ou mesmo como direito a uma política de pleno emprego” – intercalados nossos.

<sup>6</sup> A propósito do que denomina “Fase social (1974-1989) da evolução jurídico-laboral portuguesa”, António Menezes Cordeiro, *Isenção de Horário de Trabalho: Subsídios para a Dogmática Actual do Direito da Duração de Trabalho*, Coimbra, 2000, § 3.º, 14, p. 44, retira importantes conclusões da descrição que faz da produção legislativa no período assinalado. Assim, na parte pertinente ao que aqui tratamos, refere aquele autor: “Como balanço, podemos considerar que esta fase recebeu o essencial da legislação do Estado Novo (...). Além disso, liberalizou, quase sem limites a greve e bloqueou, ao máximo, os despedimentos. Chegou-se, assim, a um regime rígido: As únicas válvulas eram representadas pelos contratos a termo, (...), e pelos despedimentos colectivos. O resultado prático foi o proliferar *duns e doutros*. A precarização do emprego fez a sua aparição; e nem por isso os trabalhadores já empregados ficavam totalmente ao abrigo do despedimento.” – intercalados nossos. Partilhamos aquela conclusão, nos termos que expressamos na nossa “Novos modelos de organização do tempo de trabalho – enquadramento jurídico”, III-A), p. 320, em *Estudos do Instituto de Direito de Trabalho*, I, Coimbra, 2001, em que escrevemos sobre o que dissemos corresponder, “...quer a alguma da legislação aprovada em fase pré-constitucional quer a que seguiu publicada entre 1976 e 1989. “Aí consideramos que, “... logo em Janeiro de 1976 (pelo Decreto-Lei n.º 84/76), ainda em data anterior à aprovação do texto definitivo da Constituição da República na sua 1ª versão, em 1976, ter plasmado um conceito de “justa causa de despedimento (individual)”, ligado exclusivamente a “comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, constitua infracção disciplinar...”, parece revelar-se a “constitucionalização” do conteúdo desta lei ordinária como indicam sucessivas declarações de inconstitucionalidade que feriram outros tantos projectos de leis que, até 1989, visavam alterar esta.” Mais entendemos que, fruto da “reforma legislativa” de 1989 e com a “desconstitucionalização” do conceito de *causa justa* de despedimento individual, cristalizado após Janeiro de 1976, se evidencia a indeterminação dogmática em torno do mesmo conceito (veja-se, a este respeito, esta nossa *ob.cit.*, III-8), p. 321).

<sup>7</sup> Como é o caso nas “interrupções na prestação laboral efectiva que são consideradas tempo de trabalho impositos por prescrições da regulamentação (leia-se, “regulação legal”) específica de segurança, higiene e saúde no trabalho” – ex art. 197º/2 CT2009.

<sup>8</sup> Bernardo da Gama Lobo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, Lisboa, 2011, 1.3.3.-II, p.57, sustenta: «O Direito do Trabalho parte da constatação de situações reais de restrição de liberdade e de desigualdade, pelo que se afasta de uma perspectiva contratualista, em que se tomam as partes como iguais e livres. Deste modo, o Direito do Trabalho reelabora certos dogmas contratuais, como [...] o da correspondência das prestações (neste caso, o nexo que intervem entre o serviço prestado e a retribuição é, de algum modo, atenuado, já que esta última se destina a satisfazer necessidades básicas do trabalhador, não podendo constituir o mero resultado de uma equivalência económica)». Ponderamos adiante a justeza desta asserção, quando focamos a necessidade de reconstrução do conceito de “disponibilidade laboral”.



sujeito a códigos deontológicos que, além de postularem algo que assemelha a “autonomia técnica” a que a lei refere<sup>9</sup>, supõem a inerente independência funcional?<sup>10</sup>

O problema nuclear do Direito do trabalho subordinado parece, pois, estar hoje precisamente na subsistência de grande parte das ideias que o têm vindo a fundar. Em primeiro lugar, a da sua eminente *natureza civil*, que os interesses primordiais protegidos – entre os quais avulta a referida segurança no emprego, com o sentido referido que ainda se lhe aponta – na regulação das situações juslaborais não deixaria adivinhar<sup>11</sup>. Por outro lado, é o próprio valor distintivo da *subordinação jurídica* – arvorada critério supremo da delimitação do tipo obrigacional “trabalho subordinado” – que se afigura em crise, sobretudo se pensarmos que tratamos de situações em que uma mesma actividade pode ser prestada, porventura até em benefício de um mesmo outro sujeito e para a satisfação de idênticas necessidades do credor, mas sob vestes tão diáfanas que deixam transparecer uma mesma *realidade material* sob tipo contratual diferente, qual seja o dito “trabalho independente/autónomo/por conta própria” ou até uma comum relação de prestação de serviço entre entidades (“empresas”) convenientemente singulares.<sup>12/13</sup> Considerados sumariamente os pressupostos tradicionais da regulação e dos princípios que enquadram a prestação de trabalho por conta de outrem, tentemos a análise crítica do paradigma jurídico que enformam.

### 3. A APROPRIAÇÃO – AINDA QUE ORIGINÁRIA – POR OUTREM DO PRODUTO DA ACTIVIDADE HUMANA

É sabido que a *actividade produtiva ou criativa humana desenvolvida em benefício de outrem* – qualquer que esta seja, trate-se da produção de coisas corpóreas, da prestação de serviços ou da criação (autoria) de obras intelectuais ou de outros bens imateriais – *tem relevân-*

<sup>9</sup> A expressão “autonomia técnica” (mencionada no art. 5º/2 LCT e no art. 116º CT2009) pouco traduz de significativo, parecendo algo anacrónica sobretudo se ligada às vulgarmente designadas “profissões liberais” em tempos em que a especialização técnica é condição quase geral do exercício de actividades profissionais. Por exemplo, o art. 55º do Estatuto da Ordem dos Advogados (aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26-1) estabelece que “São igualmente nulas quaisquer orientações ou instruções da entidade empregadora que restrinjam a isenção e independência do advogado ou que, de algum modo, violem os princípios deontológicos da profissão”. Estatuto este que, para apenas citar um exemplo, logo no seu art. 85º/2-b) impõe ao advogado o “dever de recusar os patrocínios que considere injustos”. Ora, como compaginar este e o *dever nuclear* do trabalhador subordinado (o dever de obediência, art. 20/1-c), LCT e art. 128º/1-e) CT2009), que é expressamente consagrado como admitindo a recusa em obedecer a ordens ilícitas, mas que parece deixar pouca margem a considerações pessoais sobre a “justiça” dos ditames patronais?

<sup>10</sup> A propósito da inadequação do tipo contratual a realidades que não podem sequer ser tidas como correspondentes ao tradicional “exercício liberal” de certas profissões tradicionais, tomamos as dúvidas legítimas assinaladas por Pedro Romano Martínez, “Trabalho subordinado e trabalho autónomo”, em *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, I, Coimbra, 2001, 3, b. 2)-I, p.280, sobre a “...qualificação de contratos celebrados entre instituições de ensino e os respectivos professores, atendendo à autonomia técnica destes na leccionação e às especificidades da organização do ensino, que pressupõem, normalmente, alterações de horário, de carga horária e até, eventualmente, de remuneração.”

<sup>11</sup> António da Motta Veiga, *Lições de Direito do Trabalho*, 8ª ed., Lisboa, 2000, 18, p. 48, refere que “Relativamente à questão de saber se o direito do trabalho deve ser incluído no direito público ou no direito privado, a orientação hoje dominante é no sentido de que *não pertence exclusivamente nem a um nem a outro*, mas participa *simultaneamente de ambos*”. E continua, *ibidem*, julgamos que com razão: “... o direito do trabalho tanto integra relações jurídico-privadas, cujo expoente por excelência é o contrato individual de trabalho, como relações jurídico-públicas, nas quais o Estado intervém como promotor e garante da ordem pública no campo das relações de trabalho – a ordem pública social –, assegurando a observância de normas protectoras do trabalho, sob a cominação de sanções penais e administrativas...”. Tratamos adiante a questão da autonomia dogmática desta parte do ordenamento jurídico em relação ao Direito Civil.

<sup>12</sup> A perplexidade que manifestamos tem já sido objecto de considerações várias pelos juslaboralistas. Entre os estudos portugueses, citamos P. Romano Martínez, “Trabalho subordinado e trabalho autónomo”, cit., 1, pp. 272/273: “(...) o modelo tradicional da relação laboral implica uma protecção dos trabalhadores que dela não carecem, pois, em virtude da sua preparação e importância na empresa, têm um poder negocial idêntico ao dos respectivos empregadores, não se justificando os limites à autonomia privada impostos pelo Direito do Trabalho.” – intercalado nosso. Pensamos que este trecho traduz bem a realidade. Se não é exacto que as partes celebrem o contrato individual de trabalho em condição de igualdade material, como ocorreria se o “mercado de trabalho” funcionasse perfeitamente, num quadro de livre acesso à contratação com igualdade de oportunidades por trabalhadores com qualificações equivalentes e num espaço alargado como seria o da União Europeia, parece claro que, *uma vez constituída, a situação jurídica de trabalho para outrem depara a aplicação de um conjunto de injunções normativas que claramente não desfavorece o sujeito considerado carecido de protecção acrescida, o trabalhador.*

<sup>13</sup> A ideia correspondente à expressão “crise do contrato de trabalho” está explanada com assinalável desenvolvimento por Pedro Furtado Martins, “A crise do contrato de trabalho”, in RDES, XXXIX (4), 1997, *passim* e especialmente em 2.1. -1, p. 341, quando expõe: “(...) a expressão ‘crise do contrato de trabalho’ é aqui entendida (...) por forma a cobrir também – (além dos) ‘casos em que se verificasse uma inadaptação do tipo contratual, na concreta configuração que lhe é dada pelo ordenamento jurídico, para captar a realidade social que se pretende regular’ – os casos em que, através da manipulação ilícita da qualificação da relação, se acaba por pôr em causa a eficácia da legislação específica deste tipo contratual.” – intercalado nosso, com excepção da parte assinalada entre aspas, que é do mesmo Autor, *ibidem*.





*cia patrimonial* manifesta, que marca, seguramente também, a que se desenvolve no âmbito de uma situação *juslaboral*<sup>14</sup>. Isto dito, é óbvio que *não se segue que toda a actividade produtiva para outrem deva considerar-se como laboral*, ainda que habitualmente gere objectos jurídicos susceptíveis de atribuição patrimonial a terceiros, incluindo por acto voluntário segundo determinado modelo negocial (tipificado ou não).

*Não é a alienação do resultado do labor humano que faz do agente um trabalhador e do destinatário um empregador* – ainda que configure a atribuição originária da titularidade de direitos ou a concessão de faculdades *exclusivas* de utilização patrimonial primária sobre os bens produzidos/criados. Aquele que se vincula obrigacionalmente a produzir bens com recurso a matérias-primas, utensílios e, eventualmente até, segundo as instruções de outrem a quem se obrigou a alienar, mediante remuneração, o produto da sua acção, não é necessariamente um trabalhador deste – qualificação que *depende* tanto, ver-se-á em que medida relativa, do *tipo contratual adoptado como das condições concretas em que a prestação devida é realizada*.

Enjeitamos, pois, a ideia de uma relação pré-contratualizada entre sujeitos, assente na apropriação por um do produto da actividade do outro, para identificar a causa do contrato individual de trabalho. Criação/produção e trabalho por conta de outrem não aparecem como *fat-tispecies* de um único tipo contratual específico<sup>15</sup>; o tipo contratual de umas e outro não é, necessariamente

assim, o do contrato individual de trabalho que os arts. 1152.º C. Civil e 1.º LCT coincidentemente definiam – e que, após a aprovação do CT2009, consta agora de norma (no art. 11º) que, já o preconizávamos na primeira edição deste artigo, refere também como característica da situação jurídica laboral a integração do trabalhador em (no âmbito de) organização do empregador.

Dir-se-ia que, na situação de trabalho dito subordinado, a atribuição patrimonial a outrem do resultado da actividade humana (produtiva, em sentido amplo) é *originária*, que os direitos que compreendem as faculdades patrimoniais de aproveitamento dos bens assim gerados logo se constituíam na esfera jurídica daquele a quem se vêem outorgadas, não na do trabalhador, produtor/criador.<sup>16</sup> Basta que se recorde quer certos subtipos de mandato<sup>17</sup> como o regime de algumas das modalidades de criação funcional de obras intelectuais (quer as ditas por encomenda ou sob comissão quer as criadas para uma empresa ou no âmbito de contrato de trabalho)<sup>18</sup> para que se reconheça que esta, porque partilhada, não é característica que sirva à distinção. O *jurisconsulto* que elabora doutrina própria, (ainda que) contratado para o fazer em apoio da posição de uma das partes que litigam em juízo, não é *necessariamente um “trabalhador autónomo”*; todavia, ainda que elabore o seu “parecer” no âmbito de contrato de trabalho que tenha essa prestação como objecto, *a atribuição originária da titularidade de direitos patrimoniais sobre o seu “parecer” resulta de convenção específica* que o estipule, não da obrigação

<sup>14</sup> Certeiro, António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, reimp. 1991, I, 6.º, 25-11, assevera: “A actividade laboral tem um sentido essencialmente económico: *ela traz um bem avaliável em dinheiro que, como tal, assume natureza patrimonial*, (...) Esta qualidade (...) tem um relevo grande, de princípio: sendo patrimonial, o *bem-trabalho* rege-se pela *constituição patrimonial privada* (...) ele circula na sociedade, apenas com as restrições expressas que o Direito tenha enquadrado a seu respeito” – intercalados nossos. Registamos a virtude desta síntese, sobretudo no que representa de sobrevalorização da componente patrimonial-causal da situação jurídica laboral, que o mesmo Autor (*ob.cit.*, § 4,20-I e IV, em refutação das concepções comunitário-pessoais da situação laboral, explica: “Em termos técnico-jurídicos, a situação laboral afirma-se como tendo natureza obrigacional. (...) A situação jurídica laboral afirma-se, assim, como de serviço e, ainda, como patrimonial, obrigacional, relativa e sinalagmática. *Não há, nesta base, uma autonomia juslaboral*, (...) A sua *autonomia advém-lhe* não da presença de particulares vectores juslaborais, mas da *possibilidade de ordenar normas e princípios em função do trabalho subordinado*” – intercalados nossos. Comentaremos de seguida a idiosincrasia desta “subordinação”.

<sup>15</sup> Ou, como ensina Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, reimp. 1991, I, § 4.º, 19-11: “...a realidade deve ser enfrentada: o trabalho interessa enquanto *bem patrimonial*, tal com a grande maioria das prestações. *Não há aqui especificidades*.”

<sup>16</sup> Veja-se também, sobre este ponto, o exposto por Manuel Alonso Olea, e Maria Emilia Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, 17ª ed., Madrid, 1999, Preliminar, II-C., p. 42.

<sup>17</sup> Veja-se o regime do chamado *mandato sem representação* – maxime arts.1180.º ss C. Civil. A propósito do contrato de mandato, salientamos a mais rigorosa explicação de Inocêncio Galvão Telles, “Contratos civis”, em *BMJ*, 83, Fevereiro, 1959, pp. 166-167: “Este último (o mandato) é uma *locatio operis*, um contrato de prestação de serviço (...), pois que o mandatário se obriga a prestar uma *autónoma cooperação jurídica*, isto é, *pode dar instruções ao mandatário, mas essas instruções visam definir o resultado em vista – determinar o conteúdo e mais modalidades ou circunstâncias do acto ou actos a praticar – e não o modo ou processo de atingir esse resultado*.” E continua o mesmo Autor, *ibidem*: “Assim como pode haver mandato sem representação, assim pode haver representação sem mandato, mesmo no domínio contratual. E esta última hipótese que se dá no contrato de trabalho quando o trabalhador no desempenho do seu cargo é chamado a realizar negócios jurídicos em nome do patrão. As disposições sobre o mandato só poderão aplicar-se aqui por analogia e na medida em que não forem contrárias pela natureza e disciplina próprias do contrato de trabalho.” – intercalados nossos, *Veja-se que este entendimento encontrou reflexo na previsão – como juslaborais – das situações que se refere o art. 5º/3 LCT*, bem como o art. 115º/3 CT2009.

<sup>18</sup> *Cfr.*, art. 14.º do *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de Portugal*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14-3, alterado por ratificação pela Lei n.º 45 /85, de 17-9, pela Lei n.º 114/91, de 3-9, pelo Decreto-Lei n.º 332/97 e pelo Decreto-Lei n.º 334/97, ambos de 27 de Novembro e assim sucessivamente até à Lei 16/2008, de 1-4, em anexo à qual é republicado.



genérica que nasce do vínculo laboral.<sup>19</sup> Também o professor, vinculado por contrato de trabalho a determinada instituição universitária, poderá estar adstrito ao cumprimento de um horário lectivo, eventualmente até à investigação e criação científicas pecuniariamente remuneradas por essa entidade, mas, salvo convenção expressa que estipule o contrário, *conservará os direitos exclusivos de aproveitamento patrimonial* – além dos direitos pessoais à reivindicação de paternidade e de defesa da integridade – *nas lições que profira ou faça publicar em seu nome*.<sup>20</sup>

## 4. A ACTIVIDADE SUBORDINADA: DEPENDÊNCIA ECONOMICA E (IN)DEPENDEN- CIA FUNCIONAL

A designada heterodeterminação da actividade laboral poderia servir de matriz se fosse identificável por sinais inequívocos. Traduz-se, segundo asserção já tradicional, na realização da prestação laboral “sob autoridade e direc-

ção” do empregador. É aceite que esta característica não bule, evidentemente, com a liberdade do exercício profissional, que, num Estado de Direito Democrático, é pressuposto – e não condicionante – da prestação laboral.<sup>21</sup> É frequente traduzir tal ideia por “dependência” do trabalhador em relação ao empregador, que é noção que só pode aceitar-se se ligada à de heterodeterminação do objecto, tempo, local e fins da actividade laboral e à “sujeição disciplinar” do trabalhador. Vejamos.

Rejeitada que está hoje, de modo generalizado, a condição de “dependência social ou política” ligada à prestação de actividade laboral, subsiste ainda como sua pretensa característica uma difusa “dependência económica” do trabalhador sob o empregador.

Ora, se tal “dependência” for entendida com carácter absoluto (“o trabalhador necessita da remuneração para prover ao seu sustento, pois é esse o seu único ou primordial meio de subsistência”), o critério carece da universalidade que o faria característico, uma vez que excluiria situações em que o trabalhador, por sua condição social e económica própria, pura e simplesmente “trabalha sem depender economicamente”. Se pensada na relatividade da situação jurídica que vincula cada trabalhador e um seu empregador, escapar-lhe-iam todos os casos em que, por exemplo e por trabalhar a tempo parcial para vários empregadores que, por hipótese, o remunerem em valor idêntico, não pode com rigor afirmar-se que “depende economicamente” de cada um destes, individualmente considerado (“quem depende de vários, não depende individualmente de nenhum”). Se, numa perspectiva um pouco mais actualizada, pensarmos que a “economia familiar” de cada pessoa é encarada cada vez mais como o rendimento comum dos que (de todos os que) contribuem para o seu agregado económico-fa-

<sup>19</sup> Na verdade, a actividade de criação doutrinária hodierna realiza-se tanto para edição, directamente contratada pelo autor após a constituição de direitos de exploração económica da obra na sua titularidade, como em contributo para obra colectiva, que tenha um fim unitário pré-definido por terceiros (uma revista, por exemplo, que obedece a critérios de organização e definição de parâmetros de estudo alheios), como em estrito cumprimento de dever laboral.

<sup>20</sup> Não deve, porém, generalizar-se esta conclusão de forma simplista que escamoteie os vários aspectos de pormenor que condicionam a resolução desta hipótese. Tratamos especialmente as suas múltiplas particularidades em tese que temos elaborado, a propósito do negócio jurídico de Direito de Autor, que publicámos em 2008, sob o título “Contrato de Direito de Autor – a autonomia contratual na formação do direito de autor” (ed. Livraria Almedina, Coimbra).

<sup>21</sup> Sobre o sentido da distinção entre “liberdade de profissão” como “princípio e valor comunitário indiscutivelmente aceite, que dispensa a consagração constitucional ao contrário de uma eventual consagração do trabalho obrigatório”, e “profissões livres” como “liberdade” também para determinar o sentido de cada um dos actos da profissão”, veja-se Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, cit., n.º 125/126. Sobre o carácter livre da prestação laboral como pressuposto do cumprimento do débito laboral, veja-se Pedro Romano Martínez, *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Coimbra, 2010, Cap. 1, § 1, 2 –e)–I, pags. 39/40.



miliar – e aqui confrontamos o advento do trabalho por mais de um membro de cada agregado “em economia comum” –, não pode verdadeiramente sustentar-se que cada um dos seus membros, trabalhador, possa dizer-se individualmente “na dependência económica” do respectivo empregador.<sup>22</sup>

Existe, contudo, um outro sentido, porventura mais útil, desta noção, segundo o qual se diz que o trabalhador está “economicamente dependente” do seu (de cada) empregador. Refere-se à *impossibilidade prática de o trabalhador obter contrapartida remuneratória pela prestação da sua actividade se esta não for enquadrada por uma organização que a acolhe e lhe dá significado económico como parte de (contributo para) um processo* – um processo produtivo-organizacional, e já não produtivo-individualizado –, que *propicia a rentabilização económica* desse trabalho.

É então a ideia de enquadramento *organizacional* (empresarial) da prestação *laboral* que surge, aqui ainda apenas aflorada, como a mais prestável ao conceito de “dependência económica”. Veremos se, com sentido mais preciso, podemos aproveitá-la na tentativa de caracterização de um paradigma *justlaboral*.

Em todo o caso, sempre adiantamos que vemos tristemente confirmadas as nossas suspeitas sobre a pouca relevância dogmática da referida “dependência económica”, quando registamos o recurso a este conceito, como critério definidor de um tipo contratual híbrido. Referimos a regulação tardia da situação jurídica que nasce do denominado “*contrato de trabalho no domicílio*” – veja-se o art. 1º/1 da Lei n.º 101/2009, de 8-9 –, que a

lei afirma “sem subordinação jurídica”, mas sob “dependência económica” do “beneficiário da actividade” (antes designado por lei “dador de trabalho”).

Trata-se de um enquadramento típico de uma situação, tanto quanto sabemos de eficácia reguladora *nula*, que não reúne nenhum dos elementos do tipo contrato individual de trabalho<sup>23</sup>.

Na verdade, poderá afirmar-se que, ao pretender regular o trabalho no domicílio, se ficou *a meio caminho entre o* que – em adaptação parafraseada de terminologia *alheia* – poderia constituir *prevenção/repressão da “fuga ilícita para o trabalho autónomo”* e a “*valorização da autonomia contratual*” pela *consagração de uma “fuga lícita para um modelo de trabalho autónomo”*?<sup>24</sup> É que, na regulação daquele, o que se confronta é um enquadramento legal que força a *aplicação adulterada* do regime das situações *justlaborais* a situações obrigacionais que não reúnem porventura *nenhum* dos elementos do tipo que habitualmente emerge do contrato individual de trabalho. A consequência – a única consequência – é levantar interrogações sem resposta clara.

Com efeito, que dizer *daquele(a)* que, no seu domicílio ou em “*instalações não compreendidas no domicílio do ‘trabalhador’,*” recorre a “*vários trabalhadores, sem subordinação jurídica entre si, até ao limite de quatro*”, que “*executam a actividade para o mesmo beneficiário*”?<sup>25</sup> *Pode afirmar-se que escolheu a prestação de actividade como trabalhador* – porventura na modalidade de “*trabalho em grupo*”? *Ou deve, afinal, deixar-se que o recurso à livre apreciação dos elementos do tipo, claramente mais próximo da prestação de serviço, defraude as espec-*

<sup>22</sup> Recordamos que Galvão Telles, *Contratos Civis*, cit., p. 166, é peremptório na afirmação: “a subordinação não deve entender-se em sentido social, económico ou técnico, mas jurídico, (...). É isso que no art. 1.º do projecto se exprime pela palavra ‘direcção’...”, – intercalados nossos. Ora, o referido “art. 1.º do Projecto”, publicado em complemento da *ob. cit.*, pp. 184 ss. (*maxime* p. 252), antecipa *ipsis verbis* a redacção do que veio a ser o art. 1.º da LCT (e o art. 1152.º do C. Civil) – e, em grande parte, o art. 11º CT2009.

<sup>23</sup> Visava, tanto quanto deixou expresso o Preâmbulo do diploma regulador: *a) prevenir* “o funcionamento desregulado desta parcela do mercado de trabalho (que) traz consigo distorções económicas organizativas e injustiças sociais, susceptíveis de lesarem seriamente os interesses de trabalhadores e de empresas”; *b) evitar* que sejam lesados valores como “... a concorrência entre empresas, (...) a segurança e a saúde dos trabalhadores, (...) o desenvolvimento dos menores, (...) a protecção social individual; ou, ainda, *c) frustrar* “... a evasão contributiva e (...) o injustificado recebimento de subsídios de doença e de desemprego que o trabalho no domicílio muitas vezes encobre.” – intercalados nossos. Convenhamos que não são pequenos os problemas que tão confusa solução legal consagrou.

<sup>24</sup> A formulação original de conceitos que correspondem a estas expressões é de P. Furtado Martins, “A crise do contrato de trabalho”, cit., nºs 2 e 3, pp. 341 ss. e 355 ss., respectivamente. Em tentativa de síntese das ideias que lhe estão subjacentes: (1) na chamada “*fuga ilícita para o trabalho autónomo*”, verificar-se-ia “... a existência de uma “*fraude*” (em sentido mais amplo do que o correspondente à “*fraude à lei*”) realizada através da manipulação abusiva da qualificação do contrato que titula a prestação de uma actividade remunerada em benefício de outrem”, *cf. ob. cit.*, 2.1. -1, pp. 342/343. O mesmo Autor recorda que, como remédio para obviar às dificuldades de qualificação e “tendo como objectivo combater a dissimulação de relações de trabalho e os seus efeitos perversos para os trabalhadores e sobre a concorrência”, projectou-se introduzir no ordenamento jurídico português uma *presunção de existência de contrato de trabalho*...”, referindo ao projecto de proposta de lei que fez curso até à sua discussão pública, em Março de 1996 – *ob. cit.*, quanto ao que designa “*modalidades de fuga lícita para o trabalho autónomo*”, assistir-se-ia ao *relevar da vontade negocial das partes, aferida pelo título contratual, pela modalidade de prestação de serviço, pelo nomen iuris escolhido e designação da norma aplicável*, embora temperada pela limitação genérica à autonomia da vontade que decorre da limitação à escolha do tipo negocial pela “*verificação in casu* dos elementos essenciais do negócio tipificado na lei.” – *ob. cit.*, 3. -II, p. 358.

<sup>25</sup> *Cfr.* art. 1º/2 e 3 da Lei n. 101/2009, de 8-9 – LTDom.



tativas que cria de tutela desta situação como “equiparada a *juslaboral*”<sup>26</sup> [Recorde-se que o regime do “trabalho no domicílio” não se aplica a qualquer prestação de trabalho intelectual, não confere direito a subsídio de férias ou de Natal, é tendencialmente pago “à peça”, e o contrato correspondente pode ser resolvido unilateralmente por motivo de incumprimento e sem aviso prévio.]

## 5. A “SUBORDINAÇÃO JURÍDICA”

As dificuldades na recondução da aludida ideia de heterodeterminação à chamada “subordinação jurídica”, que, à “alienidade (patrimonial)” comentada, somaria um “dever de obediência e sujeição a poder disciplinar”, são visíveis logo em primeiro confronto da situação (laboral) que tal conceito procura espelhar.

*Em primeiro lugar, julgamos que o “poder disciplinar” e a respectiva sujeição do trabalhador à produção dos efeitos do seu exercício não são verdadeira característica da relação laboral – que tem por vocação o cumprimento da obrigação constituída –, mas o reflexo potestativo de uma sua patologia particular, a violação culposa dos deveres laborais.*

*Extraordinário que é no universo dos poderes dos sujeitos de uma obrigação de natureza privada, o poder disciplinar não se constitui com o contrato (individual) de trabalho, mas com o incumprimento das obrigações que deste emergem para uma das partes. Por isto, o poder disciplinar não é de exercício arbitrário, por isso, é sancionado o seu exercício abusivo<sup>27</sup>. Reflecte, isso sim, uma estrutura hierarquicamente organizada em que empregador e trabalhador ocupam posições relativas em que se funda a legitimidade para o seu exercício. E esta é mais uma ideia que serve a concepção do paradigma da situação *juslaboral* que procuramos construir.*

*Quanto à “autoridade e direcção” patronais, se afirmadas na sua expressão mais simples como subordinação (conformação, obediência) a directrizes do empregador, a sua afinidade a tipos não laborais – como a empreitada em que está presente uma certa modalidade de observância de “instruções” do co-contratante<sup>28</sup> – aconselha exame mais minucioso.*

*Fala-se, a este propósito, de “subordinação jurídica sem (necessária) dependência técnica”, no caso de trabalhadores em relação aos quais a elevada especialização ou carácter eminentemente “intelectual” que caracterizam a prestação devida fazem materialmente pouco prática – ou menos aparente – o exercício da “autoridade e direcção”; caberia também a menção a cargos em que o elevado grau hierárquico das funções desempenhadas faz muito ténue a manifestação de qualquer “indício” de subordinação ao poder patronal. E voltam a surgir legítimas interrogações sobre os elementos do tipo.*

*Como qualificar a prestação de actividade que é apenas aferida em função da avaliação dos resultados da acção laboral contratada<sup>29</sup> – quando se verifique que o único*

<sup>26</sup> P. Romano Martinez, “Trabalho subordinado...”, cit., n.º 3, b. 3)-II, p. 283, caracteriza o trabalho no domicílio como correspondendo a uma relação laboral (*para*) autónoma – sem subordinação jurídica –, em que não se deve descurar a protecção do prestador de trabalho.

<sup>27</sup> Não procuramos tomar aqui posição no debate sobre os “fundamentos do poder disciplinar” (a este respeito, veja-se, por todos, B. Lobo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, cit. 11.1.2, pp. 427 ss. e a bibliografia citada a pp. 437/438). Na verdade, importa-nos menos que aqui se dirima a suposta antítese entre as chamadas teoria contratualista e institucional sobre o fundamento daquele poder patronal. Sempre acrescentamos que afirmar que “o poder disciplinar tende a garantir o cumprimento do contrato” é outorgar-lhe uma função garantística que o cumprimento de uma obrigação entre privados normalmente dispensaria, pelo que não serve o desmentido do seu carácter extraordinário.

<sup>28</sup> Sobre o conteúdo da situação jurídica que nasce do contrato de empreitada em confronto à situação *juslaboral*, reflectimos a síntese formulada por Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., § 1, 2-f) -I, pp. 41/42 e § 6, VIII, pp. 169 ss.

<sup>29</sup> É significativo que um diploma legal – apesar de, em geral, “esquecido” como era o que regulava o “despedimento por *inadaptação*” – previse como situações que podem consubstanciar a referida “*inadaptação*” “...tratando-se de cargos de complexidade técnica ou de direcção, (casos em que) não tenham sido cumpridos os objectivos previamente fixados e formalmente aceites, – cfr. art. 2º/2 do Decreto-Lei n.º 400/91, de 16-10 – intercalado nossos. Esta regra, mantida no CT2009 (art. 374º/2) – que chegou a ser projectada para se aplicar a todos os trabalhadores, independentemente das funções –, revela, pois, um critério de determinação do cumprimento do dever laboral assente em pressupostos distintos da, tão difusa como inapropriada nestes casos, (in)observância de um “dever de obediência” entendido nos moldes tradicionais, pelo menos para algumas espécies de actividades passíveis de constituir objecto de situação *juslaboral*.





elemento operante útil à distinção é o título negocial que o investe na posição que ocupa?<sup>30</sup> De que “subordinação” falamos quando esta se manifesta tão só em *aspectos colaterais da prestação, como a observância* de um determinado horário de trabalho (quando não ocorra, *como é timbre desta funções, a isenção do mesmo*)? Como distinguir os casos em que *a utilização de meios para a realização da prestação se confunde facilmente com a normal cooperação creditória*, como quando se exige a realização da prestação em instalações do estabelecimento do empregador (quando não se verifique, como é também usual nestes casos, que o suposto “local de trabalho” está pré-definido apenas como referência remota que simplesmente indica a “localização” dos equipamentos e ou o local de trabalho – aqui em sentido próprio – de auxiliares técnicos do devedor, essenciais ao cumprimento da obrigação? E que mais não representa do que a cooperação creditória exigível de um co-contratante, seja ou não empregador – como tantas vezes sucede com o médico ou advogado *avençados* por uma empresa que disponibiliza, nas instalações do seu estabelecimento, o apoio logístico, técnico e humano requeridos para a prestação de serviço contratada, regular, periódica e continuada)? Diz-se que a subordinação “não se manifesta no domínio dos factos” (...), basta, para a identificar, que um trabalhador – embora praticamente independente no modo

de exercer a sua actividade – *se integre na “esfera de domínio de autoridade do empregador”*<sup>31</sup> – intercalado nosso. O trabalhador integrar-se-ia *“numa organização de meios produtivos alheia, dirigida à obtenção de fins igualmente alheios, e que essa integração acarreta a submissão a regras que exprimem o poder de organização do empresário”*<sup>32</sup>. E assim se passaria de uma concepção comunitário-pessoal<sup>33</sup> da situação juslaboral para uma construção que parece beber na mesma fonte, com mera substituição da ideia de vínculo pessoal pela *de integração do trabalhador na empresa*, algo como uma *“incorporação organizacional”*<sup>34/35</sup>.

É pacífico que as ideias de comunidade pessoal ou de incorporação organizacional pesam de um ponto de vista sociológico e que traduzem uma certa perspectiva da tutela das posições jurídicas correlativas do empresário-empregador e de cada um dos trabalhadores subordinados. Explicariam também, nomeadamente, a infungibilidade da prestação laboral<sup>36</sup>, o apertado condicionamento da admissibilidade da “cedência ocasional de trabalhadores”<sup>37</sup>, justificariam a pressuposta *desigualdade entre os contraentes* com expressão no debilitado “princípio favor laboratoris”<sup>38</sup>. Contudo, *nenhum* dos postulados que habitualmente *se acolhem sob estes enunciados pode hoje entender-se como justificação da autonomia dogmática do Direito que regula as situações laborais*, pois que o Direito civil (comum) as alberga, com adap-

<sup>30</sup> Veja-se, neste sentido, M. Pinto, P. Furtado Martins e A. Nunes de Carvalho, em *Comentários às Leis do Trabalho*, cit., em anotação II-6. ao artigo 1.º LCT, p. 29.

<sup>31</sup> Cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 15ª ed. Coimbra, 2010, § 8, n.º 92, pag. 145, que refere que aqui se verifica um “estado jurídico” (na expressão de Mazzoni, que cita) contraposto a uma situação jurídica de poder...”.

<sup>32</sup> Também segundo Monteiro Fernandes, *ob.cit.*, *ibidem*.

<sup>33</sup> Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., § 4.0. 16-III, cita, como referência histórica, H. Pothoff (*Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis?*, 1922) que, em refutação da natureza obrigacional da relação laboral, sustenta: “O trabalhador não promete prestações objectivas, mas sim a si próprio. Ele não deve prestações de trabalho singulares, mas antes cede a disposição sobre a sua força de trabalho...”. A partir desta construção, Menezes Cordeiro refere ainda que se construiu uma concepção *comunitária*, uma “comunidade entre o empregador e o trabalhador, os quais estariam relacionados num vínculo de tipo pessoal” – W. Oppermann, *apud ob. cit.*, *ibidem*.

<sup>34</sup> A situação jurídica laboral baseada na *incorporação na empresa do trabalhador* [teoria da incorporação contra a teoria do contrato] tem o mérito de perspectivar a *relação de trabalho na comunidade empresarial* – e sempre nos permitirá introduzir uma ideia de índole menos sociológica que a de “incorporação empresarial”, mas que se alimenta nos fundamentos desta. Veja-se adiante a noção que esboçamos de “*enquadramento ou integração hierárquicos*”.

<sup>35</sup> Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., § 4.º, 19-I, p. 99, em crítica ao que designa “relação organizatória”, considera que “Os aspectos organizatórios esgotam-se, no entanto, ou em limitações legais ou colectivas à autonomia da vontade ou em cláusulas eventualmente acordadas aquando da celebração do contrato de trabalho”. Logo salientaremos as virtualidades desta clarificação, a propósito do que classificamos como o *enquadramento hierárquico da prestação laboral*.

<sup>36</sup> Evita-se deliberadamente a antecipação de uma discussão, que ainda está longe de completar o seu curso e que pensamos não dever desenvolver aqui, sobre a natureza necessariamente física/humana da “pessoa”, quer do que realiza a prestação quer do que a recebe. Romano Martinez, “Trabalho subordinado...”, cit., 3, b. 4), p. 285, pronuncia-se sobre esta questão e conclui: “Sendo uma pessoa singular, o contrato poderá ser de trabalho; se for uma pessoa colectiva, uma empresa contratada para fazer a limpeza do escritório nas mesmas circunstâncias, estar-se-á perante um contrato de prestação de serviço”, que relaciona com o hoje designado *outsourcing*.

<sup>37</sup> O apertado condicionamento da cedência ocasional de trabalhadores é hoje expresso no art. 289º CT2009. Em todo o caso, sucede à proibição genérica da “cedência ocasional de trabalhadores”, com sede legal no art. 26º/1 do Decreto-Lei n.º 358/89, de 17-10. Comportava então, significativamente, uma permissão *normativa* quando se tratasse de: “exercício de funções de *enquadramento ou técnicas, de elevado grau*, em empresas entre si *associadas* (”juridicamente ou financeiramente, ou economicamente interdependentes”), por parte de quadros técnicos de qualquer destas ou da sociedade de controlo” – cfr. art. 26º/2, b), e 27.º/1, b), do Decreto-Lei citado. Antes como hoje, a cedência está subordinada à existência de uma relação organizativa-empresarial entre cedente e cessionário; ou seja, deve situar-se no âmbito de uma *organização empresarial comum* às partes envolvidas.

<sup>38</sup> Princípio que, independentemente do significado e alcance que se lhe dê, dificilmente se sustentará hoje como específico do Direito do Trabalho. Sobre o tema e neste sentido, pode confrontar-se: Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., Cap. III-§ 10-2-b) (*maxime pp.* 239/240); Lobo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 8.2, pp. 282 ss.; e, sobre a nossa perspectiva da sua aplicação, uma breve síntese em o nosso *Princípios Fundamentais de Direito do Trabalho para PME*, Lisboa, 1998, I-1.2., pp. 17-20, bem como o nosso mais recente *Elementos de Direito do Trabalho para Empresas*, Coimbra, 2006, 1.2.1., p.27.



tações meramente formais às situações jurídicas que enquadra<sup>39</sup>.

## 6. A "DISPONIBILIDADE" JUSLABORAL

Parece também adequado dizer-se que o trabalhador, que não se obriga à alienação de um resultado determinado do seu trabalho, se disponibiliza para, com a diligência e zelo devidos pelos fins (abstracta e imediatamente considerados) visados pela prestação a que está adstrito, cumprir a obrigação constituída pelo contrato<sup>40</sup>. Significa-se que é a disponibilidade do trabalhador para prestar a actividade nos termos contratados, e não necessariamente a sua prestação efectiva - e, menos ainda, um resultado concreto desta -, que constitui objecto principal da situação juslaboral<sup>41</sup>.

A designada "teoria da disponibilidade" (*a disponibilidade do trabalhador para acatar ordens do empregador*) é refutada por alguma doutrina com fundamento no que se considera confusão entre a contraprestação remuneratória (sempre) devida pelo empregador na medida em que suporta o risco da actividade, e o cumprimento da obrigação pelo trabalhador que só se atingiria quando este realizasse efectivamente a prestação laboral (em condições em) que pudesse ser recebida pela entidade patronal<sup>42</sup>. Esta ideia apresenta uma importante virtualidade dogmática: *explica a subsistência do vínculo em condições em que, se de um não trabalhador subordinado se tratasse, se romperia o sinalagma contratual*. Na verdade, em situações como as de faltas, férias e, em parte, a própria greve *não se tem por interrompida a execução do contrato, embora não ocorra prestação efectiva da actividade contratada nem, manifestamente, qualquer disponibilidade para a realizar, mas apenas a expectativa de que estas sejam retomadas nos termos legal e contratualmente estabelecidos e ou consentidos*<sup>43</sup>. Afigura-se então que o trabalhador cumpre a obrigação a que está adstrito, quer esteja efectivamente disponível para prestar a actividade contratada quer enquanto razoavelmente possa - ou deva, nomeadamente por imperativo legal - esperar-se que venha a estar disponível para realizar a prestação laboral, *independentemente da*

<sup>39</sup> Ou, na síntese tetralógica de Menezes Cordeiro, *ob.cit.*, § 4, 19, pp. 98-101: (I) "... Na busca das raízes profundas do poder de direcção encontra-se a natureza do trabalho como serviço hetero-determinado. As especificidades empresariais (...) redundam, afinal, no próprio trabalho subordinado: não permitem traços autónomos." - intercalado nosso. (II) "...O bem-trabalho seria, pois, um bem-pessoal (...). Na verdade, qualquer prestação é uma actividade humana, indissociável da pessoa do devedor. Acontece contudo que, no actual estado civilizacional, tais prestações têm um sentido patrimonial (...)." "...o trabalho interessa enquanto bem patrimonial, tal como a grande maioria das outras prestações" - intercalados nossos. (III) "Os clássicos deveres de lealdade e de assistência foram criticados, diluindo-se as ideias de obediência e de remuneração. Intentou-se dar-lhes novo conteúdo na base da ideia da boa fé. A boa fé tem uma vocação geral, desempenhando, no Direito do trabalho, um papel importante. Não é, no entanto, específica. A sua dogmática tem sido elaborada na doutrina civil. A sua própria base jurídico-positiva é civil. (...) Não há, pois, aqui, nenhuma linha dogmática laboral autónoma." - intercalados nossos. (IV) "A troca desigual e a necessidade de protecção do trabalhador constituiriam, por fim, um reduto muito seguro da dogmática laboral. (...) tal proposição deve, no entanto, ser historicamente colocada. (...) a evolução actual do Direito do trabalho vai no sentido de discriminar, tanto quanto possível, direitos concretos (...); o Direito civil actual reconheceu e aceitou a lição do Direito do trabalho, assegurando a protecção da parte mais fraca, seja ela qual for." - intercalados nossos. Note-se que Menezes Cordeiro não nega com este conjunto de proposições a autonomia do Direito do Trabalho, mas fá-la fundar-se "na possibilidade de ordenar normas e princípios em função do trabalho subordinado", *ob.cit.*, § 4, 20-1V.

<sup>40</sup> Citamos Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., Cap. II, § 9-A), n.º 85, pp. 135/136: "o escopo global e terminal visado pelo empresário-empregador só (é) relevante na medida em que for ou puder ser conhecido pelo trabalhador; (...) todavia, o processo em que a actividade em que o trabalhador se insere é pontuado por uma série de objectivos imediatos ou, (...), fins técnico-laborais" - intercalados nossos.

<sup>41</sup> Já I. Galvão Telles, *Contratos Cívicos*, cit., p. 165, explica que: "Todo o trabalho conduz a algum resultado e este não existe sem aquele. (...), promete-se o trabalho em si, porque à outra parte competirá, ainda que porventura em termos bastante tênues, dirigi-lo, encaminhando-o para a consecução dos resultados que se propõe." - intercalado nosso. Também P. Romano Martinez, "Trabalho subordinado...", cit., 3. a)-III, p. 277, depois de realçar o contrato de trabalho a termo incerto para "execução, direcção e fiscalização de trabalhos de construção civil" como exemplo que "denota um papel relevante do resultado a atingir", acrescenta com razão: "Mas, em qualquer outro contrato de trabalho, atendendo às regras da boa fé na realização da actividade, não se pode concluir que o resultado não seja tido em conta". A propósito da distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, julgamos que a mesma deve ser formulada em termos precisos que traduzam que: em qualquer caso, a satisfação do interesse do credor pelo cumprimento da obrigação se atinge apenas pela obtenção de um resultado correspondente ao fim visado pela realização pontual da prestação devida; simplesmente, esse resultado poderá ficar aquém do fim inicialmente projectado, quando do devedor não (se) exigir mais do que o emprego de toda a diligência necessária a alcançá-lo.

<sup>42</sup> Por todos, confronte-se M. Pinto, Furtado Martins e Nunes de Carvalho, em *Comentários às Leis do Trabalho*, cit., em anotação II-8. ao art. 1.º LCT, pp. 31/32.

<sup>43</sup> Não queremos deixar de assinalar aqui a manifesta contradição - a que já aludimos no início deste escrito - entre as normas, contidas no art. 197º/1 CT2009 (apesar de julgamos saber não reflectir mais do que uma "solução" de compromisso). Estas definem como tempo de trabalho: "...qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar (presta efectivamente actividade) ou se encontra à disposição da entidade empregadora e no exercício da sua actividade ou (?) das suas funções" - intercalado e interrogação nossos. Simultaneamente, presume-se (*juris et de jure*) constituir tempo de trabalho as "interrupções ou pausas" (como as impostas por imperativo legal ou regulamentar de segurança, higiene e saúde no trabalho), em que o trabalhador manifestamente não está - nem pode (nem deve) estar - em "exercício efectivo de actividade" ou para tal "disponível".



*diminuição ou perda de interesse do credor-empregador na obtenção do resultado desta.* O trabalhador grevista, por exemplo, não deixa de alcançar o cumprimento da obrigação, apesar da vontade afirmada de não satisfazer o débito laboral; simplesmente, a lei não consente ao empregador a ruptura do vínculo como reacção potestativa ao exercício de um direito em conflito com o que nasce na sua esfera jurídica pelo contrato de trabalho, e que corresponde à realização da prestação laboral visada pela contratação. Parece, pois, poder sustentar-se que a realização do débito laboral se atinge independentemente da satisfação do interesse da entidade empregadora no cumprimento, desde que se mantenha – ou deva manter, ainda que por imposição legal ou regulamentar colectiva – a perspectiva de alcançar os efeitos da prestação do trabalhador nos termos contratados. Assim, *não parece que possa continuar a afirmar-se que a observância do dever laboral dependa da “disponibilidade para trabalhar” num momento concreto.*

*A disponibilidade do trabalhador mede-se, pois, por referência não a um dado momento da execução do contrato que, se considerado isoladamente, pode até corresponder a uma não prestação legalmente consentida ou imposta, mas à conformação da prestação laboral à vontade patronal em todo o período de execução (continuada) e de duração (tendencialmente indeterminada) da obrigação contratual.*

Isto explica, nomeadamente, que a *contrapartida remuneratória* se refira não a uma fictícia “disponibilidade laboral”, mas a um dado período de referência convencional que é medido como uma fracção do período de vigência do contrato: por exemplo, um mês, para cálculo da retribuição de base e de certas prestações remuneratórias não retributivas; um ano ou fracção, para o cômputo das férias e remuneração correspondente; vários anos, para fixação de diuturnidades; todo o período de vigência do contrato, para determinação de compensações devidas por cessação do vínculo (quer a resultante de acto unilateral lícito do empregador ou, em certos casos, até de rescisão unilateral sem invocação de justa causa pelo trabalhador). E, nesta

fracção de tempo remunerada (ou até sobre-remunerada se pensarmos, por exemplo, na atribuição do subsídio de férias), o trabalhador tanto pode encontrar-se (ter-se encontrado) a prestar actividade efectiva, como simplesmente disponível para a realizar ou no exercício legítimo de direitos que consentem que *recuse* licitamente essas actividade efectiva ou disponibilidade para tal (falta justificáveis, férias, descanso diário ou semanal, interrupções ou pausas que não correspondem a tempo de trabalho, greve). Ora, não nos ocorre que o descrito aconteça em qualquer das modalidades de prestação de serviço que (também) constitua, por via negocial, um débito de prestação de actividade produtiva.

## 7. ENQUADRAMENTO ORGANIZATIVO-EMPRESARIAL DA PRESTAÇÃO E INTEGRAÇÃO HIERARQUICA

Segundo alguns autores<sup>44</sup>, seria decisiva da qualificação *a prestação de actividade integrada no âmbito da organização (e direcção) patronal.* “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 empresa económica"<sup>45</sup>. O "paradigma para a construção do contrato de trabalho como tipo contractual autónomo é ainda a empresa"<sup>46</sup>; a própria conformação da actividade laborativa pertenceria à entidade empregadora "que, no exercício do seu poder complementar de escolha, desenha o programa de cumprimento do trabalhador a desenhar de acordo com os fins (...) que são caracteristicamente os da organização ao serviço dos quais está o contrato"<sup>47</sup>.

Julgamos, não obstante, que *conceber a prestação laboral como instrumento ao serviço dos fins de uma organização*, a par da "subordinação jurídica/disponibilidade laboral", como uma "necessidade técnica que corresponde às exigências da produção moderna da empresa..."<sup>48</sup> *empobrece o seu alcance e deixa em segundo plano o mais paradigmático dos elementos do tipo*.

A prestação devida pelo trabalhador – vimo-lo antes – não corresponde apenas a uma sujeição pessoal a ordens e conformação de funções nem a uma concertação de esforços e meios (em que se compreenderiam outros factores produtivos) no âmbito de uma comunidade pessoal-empresarial. O pressuposto organizativo é certamente essencial ao desenvolvimento de qualquer actividade... organizada; também, o enquadramento organizativo de uma actividade prestada em benefício de outrem, é certamente integrado pelo poder de conformar a função-para-um-fim do que realiza a prestação, quando a este último cabe também enquadrar empresarialmente aquelas acções produ-

vas. Mas isto não *revela* (principalmente) *uma comunidade pessoal de acções ou de interesses, evidencia uma estrutura empresarial*, na qual podem colaborar "trabalhadores" não subordinados.

**O elemento que surge, em contraponto, como indicador determinante da qualificação juslaboral da prestação, comutativa, de actividade produtiva parece ser, em última análise, a integração, com fonte contractual, da prestação de actividade produtiva numa estrutura hierárquica. Compreendendo o que se tem designado poderes de autoridade e de direcção e sujeição disciplinar – que tem como contrapartida uma cooperação patronal (muito específica, dado o conjunto de deveres a que vincula o empregador) e o dever de retribuição pecuniária –, dir-se-á que a subordinação jurídica, diferente de um enquadramento organizativo/empresarial, por vezes muito pouco aparente, é, afinal, subordinação hierárquica.**

<sup>44</sup> Com o risco de omitir outras sínteses igualmente prolicuas de Juslaboralistas prestigiados, citem-se como exemplo: Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, Parte I – *Dogmática Geral*, 2ª ed., Coimbra, 2009; M. Pinto, Furtado Martins e Nunes de Carvalho, em *Comentários às Leis do Trabalho*, cit., em anotação II-10. ao artigo 1.º LCT, p. 33; Alonso Olea, Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, cit., 1. -III, p. 57.

<sup>45</sup> Assim, I. Galvão Telles, *Contratos Civis*, cit., p. 165. No entanto, a importante ideia de "actividade para um fim alheio", aqui expressa, parece perder algum do seu valor distintivo quando o mesmo Autor, *ob.cit.*, pp. 165/166, logo acrescenta que, no contrato de prestação de serviço, "... é o prestador que, livre de toda a direcção alheia sobre o modo de realização da actividade como meio, a orienta por si, de maneira a alcançar os fins esperados:" – realce nosso. Apesar de sempre poder afirmar-se – como faz Galvão Telles, *ibidem*, que "...o empresário é no primeiro caso o credor do trabalho, no segundo o devedor." –, não se segue que a actuação finalista do prestador de serviço deixe de ser orientada para a obtenção de um resultado alheio; como no caso do trabalhador, a realização de um fim empresarial. [Note-se que I. Galvão Telles distingue, neste seu estudo citado, o que chama "Trabalho em Empresas" e "Outras Formas de Trabalho" (como o trabalho doméstico) em que "... As inevitáveis diversidades de regime virão a assinalar-se sobretudo na legislação complementar." – confronte-se *ob.cit.*, pp. 171 e 256/257, o artigo 14.º – "Contrato de trabalho não inerente ao funcionamento de uma empresa" – do Projecto de regulação do Contrato de Trabalho – Secção III].

<sup>46</sup> M. Pinto, Furtado Martins e Nunes de Carvalho, em *Comentários às Leis do Trabalho*, cit., em anotação II-10 ao artigo 1.º LCT, p. 34.

<sup>47</sup> B. Lobo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 9.1.3., p. 297 – intercalado nosso.

<sup>48</sup> Julga-se necessária a referência ao sinalagma não para descartar situações de trabalho forçado – em todo o caso banidas por determinações constitucionais e internacionais –, mas para retirar do âmbito desta caracterização, e consequente regulação, o trabalho gratuito em regime de "voluntariado" que não envolva atribuições patrimoniais corresponsivas bilaterais.



# 8. DECOMPOSIÇÃO DOS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DA SITUAÇÃO JURÍDICA LABORAL

Em enunciado dos elementos que, em abordagens sucessivas nos pontos anteriores, procurámos realçar como distintivos da *situação (individual) jurídica laboral de direito privado*, propomos a final que se caracterize como:

- de *origem contratual*, como referência bastante aos pressupostos de validade e de eficácia que comunga com a declaração negocial de direito comum, sem prejuízo das especialidades que a sua regulação revela;
- que tem por *objecto a prestação de uma actividade produtiva para outrem que a retribui* – consumindo-se neste enunciado as ideias necessárias à definição, mas, como se viu, não exclusivas da situação juslaboral [a “alienidade” da prestação, a referência ao sinalagma obrigacional e o carácter patrimonial tanto da prestação laboral (produtiva) como da contraprestação patronal];

- que a *retribuição patronal é devida em função da disponibilidade, legal, regulamentar ou convencionalmente exigíveis ao trabalhador, para realizar a prestação laboral* – em que o dever laboral se conforma a uma disponibilidade considerada *não* em abstracto, *mas* balizada pelos *limites* que decorrem de *lei e ou de instrumento de regulamentação colectiva aplicáveis e do contrato individual mutuamente consentido*;
- que a *celebração do contrato individual de trabalho determina a integração do trabalhador em estrutura hierárquica sob égide da entidade empregadora e dirigida por esta*.

Nada mais nos ocorre como necessário. À regulação de situações individuais com característica laboral, aplicar-se-á então à: *prestação de actividade para outrem, que a retribui e que a organiza e dirige segundo uma estrutura hierárquica. Esta prestação é conformada pelo empregador, nos limites do estipulado no contrato individual de trabalho, do estabelecido por lei e instrumento de regulamentação colectiva aplicáveis*.

*De jure condendo*, **recomendar-se-ia que se devolvesse à autonomia negocial a escolha do tipo segundo o qual se visa a prestação de actividade em função de fins (mediatos) de outrem**.

Para evitar o abuso do direito (em que se compreendem os poderes de direcção e enquadramento dessa prestação, que vimos não serem prerrogativa patronal exclusiva), julgar-se-ia bastante a *consagração de direitos fundamentais* – entre os quais, alguns em que estão investidos apenas aqueles que, segundo um muito falível “método indiciário”, se dizem “sob subordinação jurídica”; seguir-se-ia a *adaptação destas posições jurídicas às situações especiais em que a verdadeira “dependência económica” é mais evidente do que uma equívoca integração hierárquica* [A título de exemplo, para além dos casos que escapariam de todo à aplicação das regras juslaborais, deveriam ser objecto de *regulação especial*, designadamente: a) actividades de direcção/coordena-

ção superior dos restantes trabalhadores hierarquicamente integrados e ou que tenham como pressuposto e factor determinante algo como o que hoje se define como “especial relação de confiança” empregador/trabalhador; b) a prestação dos criadores de obras intelectuais e a dos artistas, intérpretes ou executantes, quando se revelem em cumprimento de dever funcional; c) as prestações dos desportistas profissionais e, sem prejuízo de exame mais atento da sua verdadeira especificidade, de outros profissionais de espectáculos, quando não consistam na figuração de obras intelectuais (circo, tourada), mas que revelem subordinação hierárquica; d) a prestação laboral de actividade docente, em particular no ensino superior, que (também) aproxime o conteúdo das situações de trabalhadores dos ensino público e privado; e) o trabalho a bordo de navios ou aeronaves; e) o trabalho realizado em instalações próprias do trabalhador, que revele subordinação na ausência física do empregador ou superior hierárquico (o verdadeiro “tele-trabalho”, eventualmente “domiciliário”).”

**Julgamos, pois, ser hoje indispensável a reformulação do paradigma da situação jurídica laboral que demarque as actividades em benefício de outrem que devem ser objecto de regulação como tal, por um lado, as que merecem regulação especial, por outro e as que definitivamente devem seguir paradigma próprio distinto.**

## BIBLIOGRAFIA

- CORDEIRO, António Menezes  
 - *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, reimp. 1991  
 - *Isenção de Horário de Trabalho: Subsídios para a Dogmática Actual do Direito da Duração de Trabalho*, Coimbra, 2000
- FERNANDES, António Monteiro  
 - *Direito do Trabalho*, 15ª ed., Coimbra, 2010
- LOPES, Fernando Ribeiro  
 - *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: um problema de qualificação*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais (RDES), XXIX (1), 1987
- MARTINEZ, Pedro Romano  
 - *Trabalho subordinado e trabalho autónomo*, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho I, Coimbra, 2001  
 - *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Coimbra, 2010
- MARTINS, Pedro Furtado  
 - *A crise do contrato de trabalho*, in RDES, XXXIX (4), 1997
- MELLO, Alberto de Sá e  
 - *Princípios Fundamentais de Direito do Trabalho para PME*, Lisboa, 1998  
 - *Novos modelos de organização do tempo de trabalho - enquadramento jurídico*, in Estudos do Instituto de Direito de Trabalho, I, Coimbra, 2001  
 - *Elementos de Direito do Trabalho para Empresas*, Coimbra, 2006  
 - *Contrato de Direito de Autor – a autonomia contratual na formação do direito de autor*, Coimbra, 2008
- MIRANDA, Jorge  
 - *Manual de Direito Constitucional*, IV (124-1), 3ª ed., Coimbra, 2000
- OLEA, Manuel Alonso e BAAMONDE, Maria Emilia Casas  
 - *Derecho del Trabajo*, 17ª ed., Madrid, 1999
- PINTO, Mário; MARTINS, Pedro e CARVALHO; António Nunes de  
 - *Comentários às Leis do Trabalho I*, Lisboa, 1994
- POTHOF, H.  
 - *Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis?*, 1922
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma  
 - *Direito do Trabalho*, Parte I – *Dogmática Geral*, 2ª ed., Coimbra, 2009
- TELLES, Galvão  
 - *Contratos civis*, in BMJ, 83, Fevereiro, 1959
- VEIGA, António da Motta  
 - *Lições de Direito do Trabalho*, 8ª ed., Lisboa, 2000
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo  
 - *Manual de Direito do Trabalho*, Lisboa, 2011