



ANA LUÍSA DOS SANTOS PEREIRA

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS RELAÇÕES LABORAIS DE FACTO

Dissertação com vista à obtenção do grau
de Mestre em Direito, na especialidade de
Ciências Jurídicas Forenses.

Orientador: Prof. Doutor José João Abrantes

Lisboa

Dezembro 2016

DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO

Declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada, conforme prescrito no artigo 20.º-A do Regulamento do 2.º Ciclo de Estudos.

Lisboa, 15 de Dezembro de 2016

(Esta página foi intencionalmente deixada em branco).

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo apoio inestimável, em especial à minha *Mãe*, pelo amor incondicional e dedicação, e à minha *Irmã*, pelo exemplo e amizade.

Ao *Emanuel*, pelo amor, pela motivação e exemplo de empenho na superação de obstáculos, e aos meus amigos, em especial à *Joana* e ao *Lourenço*, por toda a força e ajuda sempre presente em todos os momentos do caminho.

Ao meu orientador, o Prof. José João Abrantes, pelo apoio demonstrado e o estímulo constante ao aperfeiçoamento académico, bem como a todos os professores que me acompanharam e apoiaram nesta tarefa.

(Esta página foi intencionalmente deixada em branco).

MODO DE CITAR E INDICAÇÕES DE ESTILO

As obras são citadas pela primeira vez pelo autor, título, número de edição, volume e/ou tomo, data e página. Nas demais indicações da mesma obra far-se-á apenas referência ao autor, título e página, omitindo-se os restantes elementos de citação.

A indicação de disposições legais desacompanhada da menção do respectivo diploma legal refere-se, salvo disposição em contrário, à Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro (Código do Trabalho).

As traduções sem indicação do respectivo autor ou da fonte são da responsabilidade da autora.

A bibliografia consta do final do trabalho.

Por opção da autora a presente dissertação não obedece ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.

O corpo da tese ocupa um total de 145 204 caracteres.

(Esta página foi intencionalmente deixada em branco).

LISTA DE ABREVIATURAS

- AAFDDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho
- AERECT - Acção Especial de Reconhecimento da Existência do Contrato de Trabalho
- BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
- CC – Código Civil
- CEJ – Centro de Estudos Judiciários
- Cfr.* - confirmar/confrontar
- Cit. - citado/a
- CPT – Código de Processo do Trabalho
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CT – Código do Trabalho
- DL – Decreto-Lei
- Ed. – Edição
- i.e.* – isto é
- LGT – Lei Geral do Trabalho
- MP – Ministério Público
- N.º – Número
- OIT – Organização Internacional do Trabalho
- TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
- TRP – Tribunal da Relação do Porto
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- V. - vide/veja
- v.g.* - *verbi gratia* (por exemplo)

(Esta página foi intencionalmente deixada em branco).

RESUMO

No âmbito do Direito do Trabalho individual, à semelhança do que sucede no Direito Civil em geral, vigora o paradigma do contrato enquanto fonte de direitos e obrigações recíprocas do trabalhador e do empregador, sendo, nessa medida, a pedra angular da relação jurídica laboral individual.

Porém, num espaço jurídico fortemente pautado por interesses públicos ou extraindividuais, há que regular juridicamente as situações verificadas quando o contrato não é susceptível de regular de modo completo a relação jurídica que se estabelece entre o empregador e o trabalhador.

Questionamo-nos, pois, na presente dissertação, acerca da regulação da relação jurídica laboral que não se encontra abrangida pela *força protectora do contrato* – quer porque o mesmo não chegou a ser celebrado; quer porque o mesmo é inválido, seja nulo quer anulável, verificando-se uma relação laboral de facto.

Releva, para efeitos da presente dissertação, a análise dos efeitos jurídicos gerados pela materialidade derivada da execução do contrato de trabalho, não obstante a debilidade do contrato de trabalho da qual emerge. Daqui resulta a ideia que anima o presente estudo: as relações laborais de facto.

ABSTRACT

In the regard of the individual Labour Law, as in the Civil Law, one faces the paradigm of the employment contract as the lawful source of rights and obligations for both the employer and the employee. Because of that the contract is considered to be the stepping stone of the individual labour relationship.

Considering the public interests that conflict with the individual interests in the framework of the Labour Law, it is necessary to regulate the material situations which, by some chance, are not duly regulated by the employment contract.

In the present essay we wonder – or wander – what is the legal framework and consequences of the employment relationship which is not shielded by the *protective force* of the employment contract. This can happen in the case the parties did not enter into an individual employment contract or when the contract is invalid, being defective or voidable, which can be qualified as a material employment relationship.

By this, in the scope of the present essay, it will be given focus to the materiality which arises from the execution of the employment contract, regardless of its validity. This idea gives purpose to our study: the material employment relationships.

ÍNDICE

DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO.....	I
AGRADECIMENTOS	III
MODO DE CITAR E INDICAÇÕES DE ESTILO	V
LISTA DE ABREVIATURAS	VII
RESUMO	IX
ABSTRACT	X
INTRODUÇÃO	1
TÍTULO I: ENQUADRAMENTO DO CONCEITO DE RELAÇÃO LABORAL DE FACTO.....	3
Capítulo I.I: A teoria das relações contratuais de facto	3
Capítulo I.II: A «crise do contratualismo» enquanto factor potenciador da doutrina das relações contratuais fácticas: breves considerações	7
Capítulo I.III: Críticas à doutrina das relações contratuais fácticas e respectiva fundamentação.....	10
Capítulo I.IV: As relações laborais de facto	16
TÍTULO II: RELAÇÃO LABORAL DE FACTO EMERGENTE DA NÃO CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO.....	25
Capítulo II.I: Elementos do contrato de trabalho	25
Capítulo II.II: A presunção do contrato de trabalho no Direito do Trabalho português: regime e virtualidades	33
Capítulo II.III: Da Acção Especial de Reconhecimento da Existência do Contrato de Trabalho (AERECT): regime e virtualidades	43
TÍTULO III: RELAÇÃO LABORAL DE FACTO EMERGENTE DE CONTRATO DE TRABALHO INVÁLIDO.....	49
Capítulo III.I: O regime da invalidade do contrato de trabalho	49
Capítulo III.II: O primado da invalidade parcial sobre a invalidade total	51
Capítulo III.III: A limitação dos efeitos da nulidade e a substituição automática da cláusula do contrato de trabalho violadora de norma legal imperativa pela norma violada	55
Capítulo III.IV: Do âmbito da doutrina das relações laborais de facto em face do regime legal; o princípio da tutela da materialidade gerada pelo contrato de trabalho inválido	58
CONCLUSÕES.....	63
BIBLIOGRAFIA.....	65

(Esta página foi deixada intencionalmente em branco).

INTRODUÇÃO

A temática das relações laborais fácticas surge num quadro dogmático mais amplo, correspondente à doutrina das relações laborais de facto. A problemática em apreço tem, em nosso entender, a virtualidade de recolocar em discussão tópicos já amplamente tratados – e superados - no Direito Civil: a da formação do contrato, dos elementos característicos do contrato e dos limites da autonomia privada.

No que respeita à formação e génese do contrato de trabalho surge a questão de saber se o contrato apenas é considerado validamente celebrado quando as partes livremente hajam emitido duas declarações negociais perfeitas uma perante a outra, formalizando a sua vontade de contratar ou se, pelo contrário, o contrato se forma quando as partes executem certo programa contratual não obstante não terem expressamente manifestado uma vontade negocial concordante ou terem designado o referido programa contratual sob a égide de um outro tipo contratual.

Neste último grupo de situações – de divergência entre a vontade negocial declarada e a execução material do contrato – poderá ainda falar-se de contrato ou, ao invés de um contrato, existirá uma outra posição jurídica igualmente digna de protecção? É a isto que procuraremos responder adiante.

Para além das questões acima colocadas, e que serão objecto de análise e reflexão no presente estudo, consideramos que a temática das relações laborais de facto tem vindo a assumir particular relevo na actualidade, mercê da complexidade da «sociedade laboral» hodierna, na qual abundam relações laborais não enquadráveis no modelo correspondente ao contrato de trabalho por tempo indeterminado.

Nas modernas sociedades ocidentais é comum o fenómeno de «fuga ao Direito do Trabalho», que tem na sua génese razões de ordem económica e financeira e que se estende a todo o tipo de trabalho.

Em face do mesmo cumpre, em primeiro lugar, estudar e compreender os fenómenos sociais que se desenvolvem nas franjas do sistema jurídico e que contrariam o sentido das normas jurídicas. Após o que deverá ocorrer a *sublimação do Direito em relação à realidade*.

TÍTULO I: ENQUADRAMENTO DO CONCEITO DE RELAÇÃO LABORAL DE FACTO

Capítulo I.I: A teoria das relações contratuais de facto

O conceito de relações contratuais de facto¹ (que corresponde à tradução literal da expressão alemã *faktische Vertragsverhältnisse*) foi desenvolvido por Günther Haupt, em 1941, que se dedicou ao estudo da questão em apreço numa monografia homónima sobre a temática².

O tema despertou interesse na Alemanha no final dos anos 50 do século XX; não obstante ter vindo, posteriormente, a cair no esquecimento. O surgimento do tema deveu-se, em parte, às concepções anticontrualistas surgidas nos finais do século XIX e princípio do século XX³.

De acordo com a concepção inicial de Haupt, a categoria das relações contratuais de facto abrange um conjunto de três subcategorias, a saber: i) as relações obrigacionais resultantes de contactos sociais (*schuldverhältnisse aus sozialem Kontakt*); ii) as relações obrigacionais emergentes da inserção em organizações comunitárias ou na execução de obrigações duradouras (*Dauerschuldverhältnisse*); iii) as relações obrigacionais emergentes de obrigações sociais, resultantes da oferta de serviços públicos (*massengesellschaftliche Daseinvorsorge*).

O Autor enquadra as relações obrigacionais resultantes de contactos sociais (*schuldverhältnisse aus sozialem Kontakt*) no âmbito da responsabilidade civil decorrente de um mero contacto social.

¹ Ou as expressões alternativas «factos contratuais», utilizada por Menezes Cordeiro, ou «quase-contrato» de Pessoa Jorge, na linha de Wilburg, *apud* Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, volume II, 1986.

² No original alemão, a obra é intitulada de *Überfaktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift für Siber*.

³ A partir do qual surgiram no espaço jurídico alemão, no que releva para o nosso estudo, a teoria das relações laborais sem contrato, com Potthoff (1922) e a teoria da incorporação, com Sibert (1935) *apud* Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo II, p. 631.

É o caso, entre outros, das «relações que se estabelecem entre pessoas que colaboram no ordenamento, para determinados fins, independentemente de previsões contratuais, mas que têm relevância jurídica⁴» e podem qualificar-se enquanto «deveres que surgem nas negociações ou simples relações de cortesia⁵», como seja as que derivam de oferecer transporte gratuito.

Assim, poderão enquadrar-se nesta categoria tanto a responsabilidade pré-contratual, emergente do contacto social das futuras partes no seio das negociações pré-contratuais; como a possível responsabilidade derivada de situações de transporte amistoso. Independentemente da situação especificamente enquadrável nas relações obrigacionais resultantes de contactos sociais é possível afirmar que as obrigações que delas possam emergir resultam directamente da lei (*i.e.*, são obrigações *ex lege*⁶).

A segunda - relações obrigacionais emergentes da inserção em organizações comunitárias ou na execução de obrigações duradouras (*Dauerschuldverhältnisse* - emerge de previsões normativas de cariz negocial (contratos) que, por ineficácia por respectivos contratos-básicos, não tenham aplicação. Está em causa, por exemplo, as situações de invalidade do contrato, particularmente quando o vício em causa seja a nulidade⁷

⁴ Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, volume II, p. 32.

⁵ Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, volume II, p. 32.

⁶ Sobre o desenvolvimento desta temática, *vide* Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, p. 258 e ss..

⁷ Assumindo este postulado dogmático, *vide* Acórdão do STJ, de 16 de Outubro de 2003, Revista n.º 484/03 - 2.ª Secção, Relator Lucas Coelho, disponível em www.dgsi.pt, com o seguinte sumário: «I - A declaração de nulidade do negócio jurídico tem efeito retroactivo (*ex tunc*), devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado (art.º 289, n.º 1, do CC).

II - Tendo, aliás, as partes efectuado prestações com fundamento no contrato nulo ou posto em execução uma relação obrigacional duradoura, deve o contrato nulo ser valorado, no tocante à ulterior composição das relações entre os contraentes, como 'relação contratual de facto', susceptível de enquadrar os efeitos em causa, encarados agora não como efeitos jurídico-negociais de contrato inválido, mas na dimensão de efeitos (*ex lege*) do acto na realidade praticado.

III - No domínio das relações obrigacionais duradouras em curso de execução tudo se passará, por conseguinte, quanto aos aspectos considerados, como se a nulidade do negócio jurídico genético operasse *ex nunc* os seus efeitos.

IV - Prestado em execução do contrato nulo o gozo de um imóvel, mediante contraprestações pecuniárias, e não sendo viável a restituição daquela prestação em espécie, mercê da nulidade, nos termos do n.º 1 do art.º 289.º do CC, considera-se a mesma sub-rogada no valor das contraprestações pecuniárias solvidas».

De acordo com Mota Pinto⁸, a ineficácia do contrato instituidor da organização comunitária dará lugar a uma sociedade fáctica ou, caso se trate de um contrato de trabalho, a uma relação laboral fáctica. Relativamente a este último conceito, Haupt sustenta que «a incorporação fáctica do trabalhador bastaria para fazer surgir uma relação de tipo contratual, mas sem contrato⁹».

A terceira categoria - relações obrigacionais emergentes de obrigações sociais - corresponde à oferta ao público de bens e serviços, independentemente da celebração de um contrato. Por outras palavras, corresponderá ao «fornecimento, por meios jurídico-privados, de bens ou serviços integrados nos abastecimentos sociais ou vitais correntes, próprios do tráfico de massas¹⁰» (na designação alemã, *massengesellschaftliche Daseinsvorsorge*), do qual emergirá uma relação obrigacional.

São enquadráveis nesta categoria, a título exemplificativo, as relações contratuais emergentes em parque de estacionamento de automóveis ou da prestação de serviço de necessidade vital (*Daseinsvorsorge*).

De acordo com Haupt¹¹, a concepção global das relações contratuais fácticas traduz-se na recusa da recondução do universo das relações contratuais sem contrato a figuras afins a esta – o próprio contrato ou o delito -, por não se poder retirar da situação material concreta um contrato preparatório tácito ou por estar em causa a actuação de pessoas que não se relacionam entre si como se de meros terceiros se tratassem.

Por seu turno, Larenz contribuiu para a construção da doutrina das relações contratuais de facto ao potenciar o alargamento do âmbito de aplicação das relações

⁸ Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, p. 258.

⁹ Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, pp. 16-19, *apud* Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo II, p. 632.

¹⁰ Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, *ibidem*.

¹¹ Nos termos explanados por Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo II, p. 632, de acordo com o qual seriam de afastar «(...) explicações delituais, por entender que as pessoas envolvidas não se encontram como meros terceiros, mas rebatendo, também, a ideia de contratos preparatórios tácitos, por ficciosos, uma vez que não haveria proposta nem aceitação. Haupt aponta uma lacuna na lei. Teria que se admitir uma relação de tipo contratual, derivada do simples facto de um contacto social. Surgindo, depois, o contrato, esta relação fundir-se-ia nele, em unidade orgânica».

emergentes de meros contactos sociais. Assim, veio a enquadrar nesta subcategoria os denominados **comportamentos sociais típicos**¹² (*Sozialtypisches Verhalten*, no original alemão), que, na construção do Autor, integram um «conjunto de atitudes exigidas pelo moderno trânsito jurídico das massas, [que] traduziriam efeitos semelhantes aos de declarações negociais, sem a elas poderem ser reconduzidos¹³».

Assim, «em lugar de declarações, surgem aqui a oferta pública e de facto de uma prestação (ao lado da publicação da tarifa) e a aceitação factual dessa prestação por um interveniente no tráfico jurídico», as quais «(...) não configuram do modo algum declarações de vontade dirigidas à produção de consequências jurídicas determinadas, mas antes uma relação correspondente que tem, segundo o seu significado social típico, os mesmos efeitos jurídicos do que um acto negocial¹⁴».

De comum às categorias em apreço, e que constitui a pedra angular do reconhecimento de relações contratuais fácticas, é uma «(...) pura tipicidade social de certos comportamentos¹⁵».

¹² Cujas maior correcção é elogiada por Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 223: «(...) ele não induz à conclusão errónea de que se trata de processo extrajurídicos e, ao mesmo tempo, salienta o aspecto, adiante considerado, de que a atribuição de relevância jurídica a tais situações resulta de uma valoração objectiva e não propriamente da vontade negocial dos participantes».

¹³ Sobre a evolução posterior a Larenz no espaço jurídico alemão e, posteriormente, nos espaços jurídicos italiano e português, *vide* Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, volume II, p. 31: o conceito é de origem alemã e verificou uma fase inicial de expansão, tendo sido posteriormente reduzido à crítica. Kramer apontou-lhe a inutilidade para solucionar as questões que a originaram (de acordo com a citação de Brox), ao passo que Blomeyer foi mais longe e apelidou a nova doutrina de insustentável; para Esser, a categoria das relações contratuais de facto poderia ser absorvida ou, no mínimo, integrada nos quadros tradicionais do negócio jurídico - (referências bibliográficas na pág. 31). Em Itália, a nova doutrina foi recebida sob a crítica de Betti. Em Portugal, a mesma foi referenciada pela primeira vez por Vaz Serra no âmbito dos trabalhos preparatórios do Código Civil.

¹⁴ Larenz, *Lehrbuch*, p. 33, *apud* Ribeiro Mendes, *A gestão de negócios no direito civil português*.

¹⁵ Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, p. 261.

Capítulo I.II: A «crise do contratualismo» enquanto factor potenciador da doutrina das relações contratuais fácticas: breves considerações

A desconstrução (no sentido de compreensão actualista e crítica) do *dogma do contrato*¹⁶ é particularmente relevante para o estudo da doutrina das relações contratuais fácticas, a qual, ainda que não expressamente, põe em crise, em termos de lógica jurídica, tal paradigma. Tal temática pode ser abordada sobre a perspectiva da *crise do contratualismo*, que tem merecido a atenção de alguma doutrina civilista, com origem no pensamento de Savigny e da Escola Histórica do Direito.

Posteriormente, no século XX, e de acordo com as concepções de Ehrlich (inspirado por Jhering e von Gierke) o contrato surge como «um facto de organização e de distribuição de bens e isso por via de exigências sociais exteriores¹⁷».

Menezes Cordeiro elenca, para lá das «derivadas ideológicas», o «ataque dogmático ao contrato¹⁸», nas quais se incluem as relações contratuais fácticas. O contratualismo

¹⁶ Sobre a origem histórica e razão de ser do dogma do contrato *vide* Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado da Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, pp. 8-9, nos seguintes termos: «Esta equiparação – efeito directo de uma concepção psicológico-individualista – atinge o seu auge com o chamado modelo liberal de sociedade. Dotada de grande coerência no enquadramento filosófico-cultural e no optimismo do equilíbrio económico, determina uma fundamentação simples na compreensão das ordens jurídicas, cuja matriz essencial (em especial, no direito privado) se orienta segundo os binómios vontade-liberdade e igualdade-justiça. Esta crença romântica num equilíbrio natural baseado na vontade individual (*stat pro ratione voluntas*) reflecte-se nas primeiras codificações civis, constitui o núcleo das concepções oitocentistas sobre o negócio jurídico que maior influência exerceram nas gerações seguintes (Savigny, Windscheid, Zitekman) e atinge ainda hoje, em maior ou menor grau, com maior ou menor consciencialização, a generalidade dos juristas que do negócio se ocupam».

¹⁷ Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4.^a edição, p. 51 e ss. *apud* Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo II, p. 174.

¹⁸ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo II, p. 176, na seguinte formulação:

«- situações de obrigação de contratar, por via de regras específicas ou, até, de cláusulas gerais;
- ocorrências de aplicação de regras contratuais sem a prévia celebração de um contrato [correspondentes às relações contratuais fácticas];
- o recurso a cláusulas contratuais gerais, em termos que, de facto, suprimem a liberdade de contratação;
- a intervenção judicial nos contratos, designadamente perante alterações de circunstâncias ou por forma a prevenir o abuso institucional de direito;
- multiplicações de áreas reguladas estritamente pelo legislador, em detrimento da autonomia privada».

e a sua crise resultam, assim, do recurso a novas formas de contratar e a figuras paracontratuais, donde resulta um enfraquecimento da força vinculativa do contrato enquanto fonte de direitos e deveres das partes na relação jurídico-privada.

Numa outra acepção, por crise do contratualismo pode entender-se, segundo José Saraiva, que «(...) para uma outra orientação, a que se poderá chamar *doutrinária*, a crise é mais da teoria dos contratos que dos contratos em si; consiste no desajustamento dos conceitos contratuais aos novos factos, na distância, que cada nova análise verifica ser maior, entre a dogmática das obrigações e a respectiva realidade¹⁹». A crise «(...) consiste no divórcio da teoria e da realidade, da dogmática e da técnica (...)»²⁰.

Acrescenta ainda o Autor que a crise do contratualismo «(...) tem no entanto uma acepção mais ampla que a de *crise do contrato*: por contratualismo entende-se a atitude que supõe possível reduzir todas as relações jurídicas ao tipo contratual, ou que julga ser o *contrato* a última unidade que a análise poderia descobrir no fundo de toda a realidade de que a ciência do direito se ocupa²¹».

Ainda que não sobre a égide da temática da crise do contratualismo, mas fazendo face à concepção nominal do contrato, Raiser adopta uma concepção funcional do contrato, segundo a qual o contrato deve ser concebido segundo a sua função e não de acordo com a forma do seu surgimento (*i.e.*, com as declarações negociais). A referida concepção de contrato permite abranger, dada a sua extensão, as relações contratuais fácticas.

A função do contrato consistiria em «fundar, modificar ou extinguir uma relação jurídica por acto privado dum sujeito de direitos²²». Nas relações contratuais de facto as partes não projectam a representação dos efeitos do contrato, mas têm sempre a convicção de criar uma ordenação jurídica própria. Assim, «para a existência dum

¹⁹ José Saraiva, *O problema do contrato*, 1950, p. 13.

²⁰ José Saraiva, *op. cit.*, p. 14.

²¹ José Saraiva, *op. cit.*, p. 158.

²² Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, p. 261.

contrato, bastaria estar assegurada esta auto-criação dum ordenação entre os homens²³».

O contratualismo clássico avança uma concepção objectivista²⁴ do contrato, segundo a qual o contrato estabelece a regulação dos interesses das partes, que criam a sua própria regulamentação jurídica para a relação jurídica, pelo que as cláusulas contratuais poderão, nessa medida, ser equiparadas a normas jurídicas que regulam a relação jurídica estabelecida entre as partes²⁵.

²³ Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, *ibidem*.

²⁴ Também designada de concepção preceptivista ou normativista.

²⁵ *Cfr.* Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, p. 218 e ss..

Capítulo I.III: Críticas à doutrina das relações contratuais fácticas e respectiva fundamentação

A teorização ulterior veio a criticar a construção do conceito de relações contratuais de facto, porquanto aportariam um “ataque” ao contrato enquanto instituto jurídico-civil basilar, as quais poderiam ser reconduzidas a uma relação de confiança de base legal²⁶. Esta crise do contrato surge na sequência das doutrinas anti-contratualistas e após o ataque dogmático à figura do direito subjectivo²⁷.

A doutrina das **relações obrigacionais resultantes de contactos sociais** foi a que sofreu o maior número de críticas, tendo os autores apontado que as obrigações constituídas no âmbito de negociações devem ser reconduzidas a uma questão de responsabilidade pré-contratual, cuja fonte será o delito. Sendo reconduzíveis a um instituto jurídico largamente desenvolvido, fundado na culpa *in contrahendo*, a doutrina mais recente²⁸ não lhe tem reconhecido importância e autonomia dogmática.

Diversamente, a doutrina das **relações obrigacionais emergentes de obrigações sociais** foi a que recebeu maior acolhimento doutrinário. No entanto, entendeu Flume²⁹ que a transmissão do negócio jurídico ineficaz pode não se encontrar totalmente vedada. Pelo contrário, Betti³⁰ avança que um contrato nulo

²⁶ Heinrich Lehmann, *Das “faktische” Vertragsverhältnisse*, JhJb 90 (1943), pp. 131-144, *apud* Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo II, p. 634, nota de rodapé 2274.

²⁷ No que respeita ao enquadramento histórico e dogmático das relações contratuais fácticas, Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo II, p. 634, sintetiza, numa fórmula feliz, que «Ela [a teoria das relações contratuais de facto], no Direito privado, o assalto a um dos últimos institutos jusliberais: o contrato. O direito subjectivo, para além de insofismáveis papéis técnicos, tem, ainda, uma função significativo-ideológica importante. Ele assegura, no seio da ordem jurídica privada, um espaço livre de aproveitamento pessoal. Está, por isso, na primeira linha das críticas movidas pelas orientações anti-liberais. O contrato, que postula um poder individual de juridificação inter-subjectiva tende, do mesmo modo, a ser combatido. Enquanto, porém, a substituição do direito subjectivo pelas ideias de função ou de dever é, a nível linguístico, bastante fácil, o contrato levanta dificuldades na sua superação. Esta acabaria por ser tentada na base do alegado princípio comunitário.

²⁸ Brox, Flume *apud* Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, vol. II, 1986; e Nuno Manuel Pinto de Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, 2011, p. 112.

²⁹ Flume *apud* Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, vol. II, 1986.

³⁰ Betti, *Teoria Generale delle Obligationi*, vol. III, p. 120.

pode produzir efeitos como acto jurídico lícito. Nesta linha, Rui Alarcão entende que o efeito retroactivo da anulação não obsta a que o negócio inválido tenha consequências de natureza negocial³¹.

No que diz respeito à subcategoria dos **comportamentos sociais típicos** entendeu Flume que as obrigações provenientes de comportamentos sociais típicos poderiam integrar certas formas de oferta e aceitação. Poderiam, ainda, ser reconduzidas a normas de direito público, penais ou ao enriquecimento sem causa³².

Não obstante, e de acordo com Menezes Cordeiro, a doutrina tem vindo a reconhecer a importância da figura das relações contratuais de facto para enquadrar juridicamente uma panóplia de situações carecidas de regulação jurídica. Outros Autores entendem, simplesmente, que «existindo *princípios* ou *regras* adequados ao caso, a doutrina das *relações contratuais de facto* é consensualmente rejeitada, porque *desnecessária*³³».

De acordo com Raiser³⁴, as relações contratuais de facto devem integrar o universo contratual, ainda que não sejam aptas a preencher o seu núcleo. Na acepção deste Autor, o surgimento da doutrina das relações contratuais de facto e a pertinência dos problemas suscitados pela mesma tornou imperativa uma *reflexão actual sobre o conceito de contrato, o qual não mais se poderia reconduzir a uma mera manifestação do encontro de vontades negociais, isto é, ao mero consenso sobre o objecto negocial*.

Assim, não mais faz sentido remeter estritamente o conceito de contrato à teoria da consubstanciação. Para Raiser, o contrato torna-se num «*instituto jurídico funcional*, destinado a prosseguir determinados fins dentro da constituição económica»³⁵.

³¹ Rui Alarcão, *A confirmação dos negócios anuláveis*, 1971.

³² Neste sentido, pronunciaram-se Esser-Schmidt *apud* Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, vol. II, 1986.

³³ Nuno Manuel Pinto de Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, p. 112.

³⁴ Raiser, *apud* Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, volume II, 1986.

³⁵ Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, volume II, p. 35.

Parte da doutrina portuguesa adere à concepção evolucionista do conceito de contrato avançada por Raiser. Nesta linha, Mota Pinto³⁶ sustenta que os comportamentos sociais típicos ainda são enquadráveis no universo contratual. Para Mota Pinto, a fonte das relações contratuais de facto é, ainda, a autonomia privada³⁷.

Na doutrina alemã, Hans Carl Nipperdey não se revela útil, nem tão-pouco compatível com o direito positivo; Larenz adopta um entendimento restritivo da figura, não admitindo a sua aplicação a contratos de trabalho nulos ou anuláveis e a sociedades de facto³⁸. Assim, «(...) na própria doutrina alemã se está longe de unanimidade quanto à admissibilidade da própria categoria dogmática e quanto ao seu âmbito de aplicação³⁹».

Na doutrina portuguesa a doutrina das relações contratuais de facto também não recebeu amplo acolhimento – é o caso dos entendimentos de Antunes Varela⁴⁰, o qual foi acompanhado por Almeida Costa⁴¹.

De acordo com Antunes Varela, as obrigações derivadas de contactos sociais resultam de deveres pré-contratuais decorrentes do princípio da boa fé; as obrigações emergentes de contratos ineficazes seriam reconduzíveis, sem mais, às categorias da nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos, sendo-lhes aplicáveis os efeitos típicos das mesmas, ainda que em certos casos os efeitos decorrentes da nulidade ou anulabilidade pudessem ser inoponíveis *inter partes* ou perante terceiros de boa fé. Por último, no entender de Antunes Varela, as obrigações derivadas de comportamentos sociais típicos assumiria ainda carácter negocial, uma vez que os comportamentos sociais típicos equivaleriam a declarações negociais⁴².

³⁶ Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*.

³⁷ Já que, no entender do Autor, «(...) o negócio existe ainda que uma das partes declare expressamente não o querer fazer». – *cfr.* Mota Pinto, *Direito das Obrigações*, 1973, pp. 197-198.

³⁸ *Cfr.* Ribeiro Mendes, *A gestão de negócios no direito civil português*, 1971.

³⁹ Ribeiro Mendes, *A gestão de negócios no direito civil português*, 1971, p. 190.

⁴⁰ *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10.^a edição revista e actualizada (reimpressão), 2003.

⁴¹ Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição revista e actualizada, 2009.

⁴² Neste sentido pronunciou-se igualmente Rui Alarcão, *A confirmação dos negócios anuláveis*.

Conclui o Autor que as relações contratuais de facto não gozam de autonomia dogmática em face da figura do contrato⁴³. Este entendimento é acompanhado por Ribeiro Mendes⁴⁴, o qual acrescenta «que não tem cabimento, perante o direito civil português, a autonomização de relações contratuais fácticas, as quais foram concebidas para a doutrina alemã explicar certas soluções alemãs que não se coadunavam com os ensinamentos da teoria geral dos contratos, fazendo excepção às regras jurídicas sobre erro e capacidade das partes de um contrato⁴⁵».

Almeida Costa também levanta objecções à relevância da doutrina das relações contratuais de facto para cobrir situações de invalidade de contratos de execução continuada, argumentando que «(...) com apoio nos próprios princípios da ineficácia ou invalidade dos negócios jurídicos, susceptíveis de permitir, excepcionalmente, a persistência de determinados efeitos de natureza negocial⁴⁶».

Menezes Cordeiro, ainda que reconheça o interesse e pertinência das relações contratuais fácticas aquando do seu surgimento no espaço jurídico germânico dos anos 50 do século XX, acaba por, à semelhança da demais doutrina nacional, reconduzir a fonte das obrigações de cada uma das subcategorias das relações contratuais fácticas *supra* elencadas a institutos contratuais.

Para o Autor, as relações obrigacionais emergentes da inserção em organizações comunitárias ou na execução de obrigações duradouras (segunda categoria), nas quais se discute a invalidade do contrato, têm por fonte o próprio contrato nulo⁴⁷.

Não obstante a debilidade do contrato, e de acordo com Menezes Cordeiro, «o início de negociações contratuais e um contrato nulo podem ser fontes de

⁴³ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, p. 222.

⁴⁴ Ribeiro Mendes, *A gestão de negócios no direito civil português*, pp. 198-199: «(...) cremos corresponder melhor às características da ordem jurídica portuguesa a recondução dos “comportamentos sociais típicos” de Larenz à teoria do contrato, crendo igualmente que a sua disciplina se pode reconduzir, sem atropelo dos princípios gerais de direito, às normas sobre elementos e pressupostos do contrato».

⁴⁵ Ribeiro Mendes, *A gestão de negócios no direito civil português*, p. 198.

⁴⁶ Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 227.

⁴⁷ Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, volume II: «(...) relativamente aos contratos nulos, há que referir que não obstante a nulidade o contrato pode ainda dar lugar ao surgimento de certas obrigações, cuja fonte será o próprio contrato nulo».

obrigações», porquanto constituem factos jurídicos *stricto sensu*, isto é, «eventos a que o Direito, independentemente da vontade humana, associa efeitos jurídicos»⁴⁸.

Nesta acepção, o início de negociações tendentes à celebração do contrato faz emergir obrigações pré-contratuais directamente decorrentes da lei, cuja não observância poderá dar lugar a responsabilidade pré-contratual, nos termos do disposto no artigo 227.º do Código Civil.

A doutrina ora exposta tem a virtualidade de resumir um problema jurídico complexo – o das relações contratuais sem fundamento contratual válido – a categorias jurídicas sobejamente conhecidas: aos deveres pré-contratuais e consequente responsabilidade pré-contratual; às regras da invalidade dos contratos; ao contrato em si mesmo, mais especificamente à formação da vontade negocial.

Tal técnica de *absorção* de um novo problema jurídico pelas regras e institutos jurídicos já conhecidos e aplicáveis no ordenamento revela-se particularmente útil, em termos práticos.

Apenas poderá fazer perder de vista, em nosso entender, a razão de ser da tutela jurídica conferida a situações materiais sem suporte contratual: a tutela da materialidade sobre a vida jurídica, o que pode reconduzir-se, latamente, à lógica que preside ao subprincípio da primazia da materialidade subjacente, no quadro da boa fé.

Para além do mais, o Direito não pode descurar a confiança depositada numa certa situação ou estado de coisas, quando a mesma seja legítima – o mesmo quer dizer, quando seja juridicamente atendível.

A fonte da obrigação⁴⁹ nas diversas situações enquadráveis nas relações contratuais fácticas será, a nosso ver, a própria boa fé.

Em síntese, e em face da evolução exposta, a teoria das relações contratuais fácticas foi abandonada e entrou em declínio, tendo a figura vindo a ser absorvida a

⁴⁸Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, volume II, p. 38.

⁴⁹ Recorremos à noção de fonte da obrigação apontada por Menezes Cordeiro, *op. cit.*, 37: «fonte da obrigação é o facto jurídico cuja verificação, face a determinada norma, provoca a sua aparição no mundo do Direito».

outros institutos jurídicos, como a autonomia privada⁵⁰, responsabilidade civil pré-contratual⁵¹ ou à doutrina da confiança⁵².

⁵⁰ Raiser, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*; Ritzer, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*; Mota Pinto, *Cessão da Posição contratual e Direito das Obrigações*, apud Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, p. 643.

⁵¹ Esser, *Gedanken zur Dogmatik der faktischen Schuldverhältnisse*; Luca Ricca, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto* apud Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, p. 643.

⁵² H. Kaduk, *Vertrag und sozialtypisches Verhalten/ Betrachtungen zum gegenwärtigen Stand von Lehre und Rechtsprechung gegenüber den sogenannten faktischen Verträgen bei tarifmässig zu vergütenden Versorgungsleistungen*, JR, 1968; W. Thiele, *Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft*, 1966 - apud Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, p. 643.

Capítulo I.IV: As relações laborais de facto

Enquadrada a temática das relações contratuais de facto cumpre agora especificar o conceito, regime e efeitos das relações laborais de facto.

A par do movimento anti-contratualista e anti-liberal que proporcionou o desenvolvimento da teoria das relações contratuais fácticas, no âmbito do Direito do Trabalho, difundiu-se a orientação comunitarista ou comunitário-pessoal (*einpersönlichgemeinschaftliches Verhältnis*), a qual esteve na génese das tentativas de autonomização dogmática do Direito do Trabalho relativamente ao Direito Civil, tendo a mesma sido ensaiada por Nikisch, Siebert, Hueck, Joerges e Denecke cerca dos anos 30 e 40 do século XX⁵³.

De acordo com a perspectiva comunitarista em apreço⁵⁴, a relação laboral traduz-se na «(...) existência de um relacionamento pessoal entre empregador e trabalhador, baseado em lealdade mútua e cerne de uma lealdade específica⁵⁵», diversamente ao que sucede no direito privado comum, no qual prevalece o elemento patrimonial da obrigação.

À luz desta concepção opera-se a «(...) deslocação do objecto do vínculo de trabalho do binómio dever de trabalho-dever de retribuição (que ocupara o seu centro na construção civilista) para o binómio dever de lealdade-dever de assistência

⁵³ Maria do Rosário Palma Ramalho, «Relação de trabalho e relação de emprego – contributos para a construção dogmática do contrato de trabalho», in *Estudos de Direito do Trabalho* - Volume I, 2003, p. 125. Apontando como «pressuposto dogmático incontornável» da caracterização da relação laboral como relação comunitário-pessoal e respectiva fundamentação dogmática, «o desenvolvimento no nacional-socialismo na Alemanha e das diversas formas de corporativismo noutras zonas da Europa, a partir do final dos anos vinte e do início da década de trinta», vide Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, 2000, p. 274, mercê da «(...) a influência foi profunda pelo reconhecimento da importância fundamental do trabalho como tarefa social, bem como pelas ideias de colaboração interclassista e de sujeição de interesses particulares ao interesse nacional (...) que estão associadas a estas ideologias», Maria do Rosário Palma Ramalho, *op. cit.*, p. 275.

⁵⁴ A qual comporta, na sua génese, duas correntes distintas: as «teorias institucionalistas» e as «teorias contratualistas». Para mais desenvolvimentos sobre esta temática vide, na doutrina nacional, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, p. 273 e ss.

⁵⁵ Conforme sintetiza Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, II, p. 635. Foi Heinz Pothoff o precursor, no espaço jurídico alemão, da concepção comunitarista do Direito do Trabalho.

(*Treupflicht-Fürsorgepflicht*)⁵⁶», consubstanciado «(...) [n]o dever de lealdade em sentido estrito, a cargo do trabalhador (manifestação moderna do dever de fidelidade do vassalo, no *Treudienstvertrag*), e [n]o dever de assistência, a cargo do empregador (reconstituição dogmática do dever de protecção do senhor, no contrato de serviço fiel)⁵⁷».

Concretizando o elemento da personalidade da relação laboral entendem estes autores que, mais do que a prestação de uma actividade concreta pelo trabalhador, basta a integração do trabalhador na organização empresarial do empregador, na qual deve prestar actividade com lealdade. O empregador, por seu turno, tem como contraprestação, mais do que o pagamento da remuneração, um dever de protecção, assistência e cuidado relativamente às pessoas integradas na sua organização⁵⁸.

A integração do trabalhador na estrutura organizacional do empregador corresponde à *teoria da incorporação*, a qual foi avançada por Nikisch, o qual advogou «(...) a substituição do contrato pelo acto de incorporação como acto constitutivo da relação laboral⁵⁹».

A esta tendência de comunitarização do Direito do Trabalho individual seguiu-se o «processo de re-obrigacionalização da relação laboral⁶⁰», na linha das críticas tecidas à concepção comunitário-pessoal, a partir dos anos 70 do século XX. A principal objecção a tal concepção prende-se especificamente com o elemento de personalidade da relação laboral, porquanto não é possível obviar que, na sua génese, os interesses prosseguidos pelo trabalhador e pelo empregador na actividade laboral são essencialmente patrimoniais: para aquele, o interesse na remuneração e, para este, o interesse no lucro.

⁵⁶ Maria do Rosário Palma Ramalho, «Relação de trabalho e relação de emprego – contributos para a construção dogmática do contrato de trabalho», in *Estudos de Direito do Trabalho - Volume I*, 2003, p. 132.

⁵⁷ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, p. 280.

⁵⁸ Maria do Rosário Palma Ramalho, «Relação de trabalho e relação de emprego – contributos para a construção dogmática do contrato de trabalho», *ibidem*.

⁵⁹ Maria do Rosário Palma Ramalho, «Relação de trabalho e relação de emprego – contributos para a construção dogmática do contrato de trabalho», p. 134. Esta corresponde a uma orientação seguida dentro da vertente institucionalista da doutrina da relação comunitário-pessoal.

⁶⁰ Maria do Rosário Palma Ramalho, «Relação de trabalho e relação de emprego – contributos para a construção dogmática do contrato de trabalho», p. 136.

Para além do mais, a corrente institucionalista em causa esquece por completo o papel desempenhado pelo contrato; e, ainda, procede à equiparação entre empresa e instituição, o que também não se revela de aceitação pacífica⁶¹.

Na senda destas críticas, a reconstrução dogmática do contrato de trabalho («re-obrigacionalização da relação laboral») tem por base o contrato de trabalho enquanto vínculo constitutivo da relação laboral, o qual é pautado por deveres acessórios – normalmente reconduzidos aos deveres de lealdade e assistência – respeitantes à saúde e segurança do trabalhador, mas também aos deveres de personalidade do mesmo. Söllner enquadra este deveres na categoria dos deveres gerais de protecção no tráfego jurídico⁶².

É esta, nomeadamente, a posição adoptada por Maria do Rosário Palma Ramalho, nos seguintes moldes: «(...) subscrevemos uma construção dogmática do contrato de trabalho que assuma a sua complexidade interna, e que pode ser elaborada a partir da distinção de duas zonas no seu conteúdo, correspondentes a dois binómios essenciais: a *zona obrigacional*, reportada ao binómio actividade laborativa/remuneração e que dá lugar àquilo que designamos de *relação de trabalho*; e a *zona laboral*, atinente ao binómio subordinação jurídica/poderes laborais e cuja conjugação com a zona interior dá lugar ao que chamamos *relação de emprego*⁶³»

Retomando a noção de relações laborais de facto, apenas é possível afirmar que as mesmas correspondem a «uma categoria compreensiva que abrange, genericamente, todas as situações nas quais apareça uma situação jurídica laboral, independentemente da válida celebração de qualquer contrato de trabalho⁶⁴».

⁶¹ *Vide* Maria do Rosário Palma Ramalho, «Relação de trabalho e relação de emprego – contributos para a construção dogmática do contrato de trabalho», p. 140, nos seguintes termos: «(...) dificilmente a empresa se pode conceber como uma instituição porque os fins que prossegue não são comuns aos seus membros e porque, do ponto de vista laboral, só artificialmente se pode separar da pessoa do empregador».

⁶² *Cfr.* se retira de Maria do Rosário Palma Ramalho, «Relação de trabalho e relação de emprego – contributos para a construção dogmática do contrato de trabalho», p. 141.

⁶³ Maria do Rosário Palma Ramalho, «Relação de trabalho e relação de emprego – contributos para a construção dogmática do contrato de trabalho», p. 152

⁶⁴ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Reimpressão da 1.^a edição, 1997, pp. 590-591.

De acordo com Menezes Cordeiro⁶⁵, as relações laborais materiais abrangem quatro situações ou categorias de situações, a saber: i) comportamentos concludentes: reconduzíveis aos negócios jurídicos; ii) prestação de trabalho sem qualquer contrato, a qual seria reconduzível à nulidade do contrato; iii) contrato de trabalho nulo ou anulado; iv) prestação prévia de serviços subordinados, a qual ocorre quando se inicia a prestação do trabalho antes da celebração de um contrato.

Relativamente a esta categoria entende o Autor que a prestação de trabalho em momento anterior à celebração de um contrato de trabalho pode, dogmaticamente, ser reconduzida à categoria civilista dos comportamentos concludentes.

Por comportamentos concludentes podem entender-se as «actuações que permitem aferir a aplicação de determinado regime negocial, independentemente da presença de declarações negociais, expressas ou tácitas⁶⁶». Será exemplo disso a integração de um trabalhador na estrutura organizacional do empregador para aí prestar trabalho e mediante o pagamento de remuneração, sem que previamente haja sido celebrado um contrato de trabalho entre as partes.

Sucedem que os comportamentos concludentes, contrariamente às declarações negociais recíprocas das partes, «(...) não visam exteriorizar, expressa ou tacitamente, qualquer vontade: eles não têm conteúdo comunicativo. Mostram, apenas, a sujeição voluntária das partes a certa regulação negocial⁶⁷».

Porém, aos comportamentos concludentes assumidos por ambas as partes é aplicável o regime do contrato, caso não se suscitem, no caso concreto, problemas de forma ou de nulidade do contrato.

Outras situações reconduzíveis às relações laborais de facto⁶⁸ são a situação emergente dos contratos celebrados a termo incerto, quando o trabalhador haja concluído a prestação da actividade. De acordo com o disposto no artigo 147.º n.º 2 alínea c) do CT, decorridos 15 dias contados da verificação do termo do contrato sem

⁶⁵ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, *ibidem*.

⁶⁶ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, p. 589.

⁶⁷ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, p. 590.

⁶⁸ Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 4.ª edição, 2007, p. 451.

que o trabalhador tenha deixado de prestar a actividade, o contrato de trabalho a termo incerto converte-se *ope legis* em contrato de trabalho sem termo. Nesta situação, a relação laboral de facto verifica-se durante o lapso temporal de 15 dias que medeia a conversão do contrato a termo em contrato de trabalho sem termo.

Atente-se, igualmente, a situação do trabalhador temporário após a cessação do contrato de utilização: de acordo com o artigo 23.º da Lei n.º 19/2007, de 22 de Maio⁶⁹, caso o trabalhador permaneça ao serviço do utilizador decorridos 10 dias após a cessação do contrato de utilização, o contrato de utilização converte-se, por força do referido preceito legal, num contrato de trabalho sem termo. Novamente, no período de 10 dias que mediou o fim do contrato de utilização e o surgimento do contrato de trabalho por tempo indeterminado verificou-se a existência de uma relação laboral de facto entre as partes.

Por último, o despedimento ilícito de um trabalhador dá lugar a uma relação laboral de facto, não obstante a sentença de anulação do despedimento, proferida em sede de uma acção de impugnação do despedimento, produzir efeitos retroactivos.

Na verdade, atendendo ao carácter plástico e dinâmico da noção de relações laborais de facto fornecida, o conceito tem amplo potencial expansivo, podendo abranger qualquer situação laboral⁷⁰ não tutelada por um contrato de trabalho válido.

Em termos de padrão-jurídico (norma), a insuficiência ou deficiência do contrato resultante de uma falta de vontade negocial ou de erro na declaração negocial determina que o contrato não possa produzir os seus efeitos típicos, por não se considerar a vontade negocial validamente formada⁷¹.

⁶⁹ Que aprovou um novo regime jurídico do trabalho temporário, procedendo à revogação do Decreto-Lei n.º 358/89, de 17 de Outubro, alterado pelas Leis n.ºs 39/96, de 31 de Agosto, 146/99, de 1 de Setembro, e 99/2003, de 27 de Agosto.

⁷⁰ Que desenvolveremos *infra*.

⁷¹ Subjacente à questão de verificar em que situações existe uma relação contratual de facto encontra-se a necessidade de interpretação das declarações negociais. Acerca da temática das situações de facto e correspondente interpretação, no plano negocial, *vide* Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 1997, p. 419: «Situações de facto juridicamente relevantes são, muitas vezes, aquelas que constam de uma ou mais declarações, que estão dirigidas ao surgimento de consequências jurídicas (negócios jurídicos). Estas declarações, como todas as manifestações de opinião e de vontade, carecem de

Sucedem que, em face da execução do contrato, o Direito não pode obviar o feixe de direitos e deveres emergentes daquela relação, não obstante a invalidade jurídica do contrato celebrado entre as partes.

Em face disto, e na linha das aceções *supra* expostas, será possível aplicar o regime dos contratos às situações de mera relação de facto. Aqui, em nosso entender, surge a razão de ser da tutela das relações contratuais e laborais fácticas: a tutela da realidade.

Isto é, não obstante nos movermos no seio do Direito Privado, especialmente do Direito dos Contratos, o Direito terá que atender a outros valores e princípios carecidos de tutela jurídica para além do princípio da autonomia da vontade⁷².

No plano dogmático a autonomia privada é um corolário da autodeterminação da vontade das partes, por oposição à heterodeterminação resultante das normas legais imperativas. Não obstante o primado da autonomia privada no seio das relações contratuais, cumpre não esquecer que poderão existir inúmeras limitações à autonomia privada decorrentes de lei⁷³, «(...) seja por razões de interesse público, seja

esclarecimento. Mas as declarações jurídico-negociais não são só situações de facto a cuja presença a lei ligue determinadas consequências jurídicas, mas indicam, *segundo o seu próprio conteúdo*, que deve ter lugar esta ou aquela consequência jurídica. (...) A declaração da vontade jurídico-negocial não contém somente a manifestação de uma determinada opinião ou intenção; é, nos termos do seu sentido, declaração de vigência, quer dizer, um acto que tem por objectivo pôr em vigor determinada consequência jurídica. Os negócios jurídicos são situações de facto que implicam já as consequências jurídicas que a eles estão primariamente coordenadas. Com isto, distinguem-se, de modo fundamental, de todas as outras situações de facto juridicamente relevantes».

⁷² Sobre a aceção de autonomia da vontade empregue *vide* Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.^a edição reformulada e actualizada, p. 951 *apud* Guilherme Dray, *O princípio da protecção do trabalhador*, 2015, p. 148: «A autonomia privada «equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica: engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material ou num prisma jurídico. Em termos restritos, a autonomia privada corresponde ao espaço de liberdade jurídica, isto é, à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que entenderem».

⁷³ Sobre as limitações à autonomia privada no plano da liberdade de celebração do contrato de trabalho *vide* Júlio Gomes/ Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho», *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, 1999, p. 154: «O papel mais limitado da autonomia privada no contrato de trabalho faz-se logo notar no problema da qualificação da relação como trabalho subordinado. A *fattispecie* contrato de trabalho é indisponível, e o que deve interessar para a qualificação da relação é a execução, o modo como concretamente a prestação do trabalhador é executada. A vontade das partes não pode afastar a subordinação jurídica quando exista de facto».

porque estão em causa negócios com inegável pendor social, a heteronomia tende a intensificar-se, aumentando a intensidade e a regulação estadual e diminuindo, em contrapartida, o espaço deixado à autonomia privada. A autonomia e a heteronomia no domínio do negócio jurídico reflectem, no fundo, o diálogo permanente que se estabelece entre o interesse pessoal e os interesses gerais ou comuns, próprios da comunidade que circunda cada pessoa concreta⁷⁴».

Ora, nas relações laborais, em que estão em jogo não só interesses correspectivos das partes, essencialmente patrimoniais – o interesse na remuneração e o interesse no desenvolvimento da sua actividade empresarial, por parte do trabalhador e do empregador, respectivamente –, mas também direitos fundamentais do trabalhador⁷⁵, como sejam, a título exemplificativo, o direito à retribuição (*cf.* artigo 59.º n.º 1 alínea a) da CRP), o direito à conciliação entre a vida privada e familiar e o trabalho (*cf.* artigo 67.º n.º 2 alínea h) da CRP), o direito à prestação do trabalho em condições de higiene e segurança (*cf.* artigo 59.º n.º 1 alínea c) da CRP) e o direito ao descanso (*cf.* artigo 59.º n.º 1 alínea d) da CRP) e os direitos de personalidade do trabalhador (*cf.* artigos 14.º a 22.º do CT)⁷⁶.

Relativamente à restrição da liberdade e autonomia da vontade mercê da existência de normas legais imperativas *vide* José João Abrantes, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, 2005, pp-31-36.

⁷⁴ Guilherme Dray, *O princípio da protecção do trabalhador*, pp. 150-151.

⁷⁵ Pelo que tal constitui, igualmente, um limite à autonomia privada, conforme sustenta José João Abrantes, «Direito do Trabalho e cidadania: contributo para a análise das suas relações», in *Cadernos de Sociedade e Trabalho I, Trabalho e Relações Laborais*, p. 106, nos seguintes termos: «(...) no contrato de trabalho, os poderes do empregador e a liberdade negocial têm por limite intransponível a intangibilidade do conteúdo essencial de dos direitos fundamentais do trabalhador».

⁷⁶ No que respeita à colisão de direitos fundamentais do trabalhador e do empregador – coincidentes com interesses relevantes do empregador, dignos de tutela jurídica, relacionados com o regular funcionamento da empresa - e ao critério de resolução do conflito de direitos em apreço sustentou José João Abrantes, «Direito do Trabalho e cidadania: contributo para a análise das suas relações», in *Cadernos de Sociedade e Trabalho I, Trabalho e Relações Laborais*, que à luz da «presunção de liberdade» (*Freiheitsvermutung*), impõe-se uma análise casuística, semelhante à lógica do critério de resolução do conflito de interesses, da necessidade da limitação dos direitos fundamentais do trabalhador à luz de qualquer uma das necessidades do empregador dignas de protecção jurídica. Em termos processuais, cabe ao empregador o ónus de provar a necessidade de introduzir limitações aos direitos fundamentais dos trabalhadores em nome do aludido critério de ponderação dos direitos. Tal já resultaria da regra geral de distribuição do ónus da prova prevista no artigo 342.º n.º 1 do CC e, particularmente, do entendimento de que o ónus de provar um facto cabe a quem o mesmo aproveita.

Assim se compreende que, no seio do Direito do Trabalho, a heteronomia saia reforçada por um conjunto de normas imperativas destinadas a regular as obrigações das partes, de modo a garantir o respeito pelos direitos fundamentais do trabalhador⁷⁷. Na lógica do Direito do Trabalho, o trabalhador figura como a parte contratual mais fraca. Daqui resulta, inequivocamente, a vigência de um princípio laboral geral: o princípio da protecção do trabalhador⁷⁸.

Conforme *supra* referenciado, a doutrina das relações contratuais e laborais de facto tem a virtualidade de aplicar às relações contratuais sem fundamento contratual válido institutos jurídicos conhecidos, o que facilita de modo considerável a tarefa do intérprete-aplicador do Direito. De outro modo, verificar-se-ia, como entendeu Haupt, uma lacuna na lei.

Não obstante a recondução ou absorção das relações contratuais e laborais de facto pelo regime do contrato⁷⁹ tal não se deve, em nosso entender, à autonomia privada. Não existindo consenso negocial válido instituidor de um contrato entre as

⁷⁷ Que se revela essencial atendendo às características da relação laboral, *cf.* expõe Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 4.^a edição revista e actualizada, 2012, p. 387: «(...) um dos elementos de maior singularidade deste contrato reside no envolvimento da personalidade do trabalhador no vínculo, que decorre da dificuldade de estabelecer uma delimitação clara entre a prestação de trabalho e a pessoa do prestador. Esta dificuldade, conjugada com o carácter continuado da situação jurídica e com o grau de indeterminação da prestação de trabalho ao longo da execução do contrato, torna particularmente vulneráveis os direitos de personalidade do trabalhador na vigência do contrato, bem como os direitos fundamentais que lhe assistem na qualidade de cidadão.

Justifica-se, assim, a particular protecção destes direitos em sede de execução do contrato de trabalho, bem como a afirmação de princípio de que a actividade laboral não deve ser desenvolvida em moldes susceptíveis de prejudicar esses direitos».

No mesmo sentido, e recorrendo à noção de «contratos socialmente relevantes», *vide* Guilherme Dray, *O princípio da protecção do trabalhador*, p. 151: «Nestes casos, em que se registam contratos socialmente relevantes, a heteronomia tende a reforçar-se, aumentando a intensidade da intervenção estadual e as limitações impostas à autonomia privada, em nome da tutela do contraente socialmente necessitado».

⁷⁸ Não obstante o reconhecimento inequívoco deste princípio geral de protecção do trabalhador não é possível afirmar que o mesmo seja directamente aplicável a todas as situações de dúvida na interpretação da lei laboral ou que o mesmo seja um critério de resolução de conflitos entre as fontes do Direito do Trabalho, previstas no artigo 3.º do CT.

⁷⁹ Questionando-se, porém, acerca de tal recondução normativa, *vide* Nuno Manuel Pinto de Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, 2011, p. 111: «O problema das *relações contratuais de facto* consiste em determinar se é ou não adequado e, no caso de uma resposta afirmativa, se é ou não necessário derrogar os princípios e regras sobre o contrato, aplicando-os aí onde não há nenhum contrato, porque não há convergência das declarações de vontade».

partes⁸⁰, o fundamento da aplicação do regime contratual não poderá ser um pretense contrato⁸¹, sendo esse o principal problema e desafio da teoria.

Em nosso entender, a aplicação do regime dos contratos resulta, ao invés, do imperativo de boa fé, na sua acepção objectiva, emanado do sistema jurídico *tout court*. Não será a tutela das partes contratantes e o princípio da autonomia privada a *ratio iuris* da protecção das relações contratuais fácticas, mediante a aplicação do regime contratual mais próximo.

A *ratio iuris* da protecção legal será, pois, o princípio de tutela da realidade ou da materialidade em face do Direito, o que pode reconduzir-se, latamente, à lógica que preside ao subprincípio da primazia da materialidade subjacente, no quadro da boa fé.

⁸⁰ Apenas nas situações em que as partes não tenham celebrado um contrato de trabalho, já não quando o contrato de trabalho seja inválido.

⁸¹ Neste sentido, e reflectindo sobre a razão de ser do regime aplicável às relações contratuais de facto, *vide* Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, pp. 260-261: «No comum dos casos – contratos assentes numa declaração individual de vontade – concebe-se que a aparência de vontade e as expectativas desencadeadas soçobrem perante a falta de consciência da declaração ou a incapacidade do declarante, pois o problema suscitado é, sobretudo, embora não exclusivamente, uma tensão ou antinomia entre dois valores éticos individuais: o pensamento ético da tutela da vontade ou da liberdade do declarante e o pensamento ético-individualizador da tutela da confiança. (...) No domínio dos abastecimentos sociais integrados no tráfico de massas – não assim nas outras hipóteses – adquire particular acentuação outro princípio director: o princípio da tutela da segurança, da celeridade e do curso fluente do tráfico jurídico».

TÍTULO II: RELAÇÃO LABORAL DE FACTO EMERGENTE DA NÃO CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO

Capítulo II.I: Elementos do contrato de trabalho

O contrato de trabalho, previsto no artigo 11.º do CT, define-se à luz da lei actual como «aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas».

Assim, as principais características que lhe têm vindo a ser apontadas pela doutrina e pela jurisprudência são: i) prestação de uma actividade; ii) subordinação jurídica; iii) retribuição. Alguns autores referem, ainda, o elemento organizacional⁸² da prestação de trabalho.

Em regra, a doutrina entende que existe uma relação laboral quando tenha sido validamente celebrado um contrato de trabalho e a prestação efectiva de trabalho no âmbito da execução do contrato se pautar pelas características *supra* elencadas, porquanto aquelas definem a génese da relação de trabalho.

Porém, alguma doutrina alemã adoptando uma visão abrangente da relação laboral, que não baseia a mesma na celebração de um contrato com as características da prestação de uma actividade subordinada com integração na estrutura organizacional do empregador. Nesta linha, Alfred Hueck e Hans Carl Nipperdey⁸³ entendem que os elementos definidores de uma relação laboral são a prestação *efectiva* do trabalho e a ocupação efectiva do trabalhador.

Para Nikisch existe uma relação laboral quando o trabalhador disponibiliza a sua força de trabalho ao empregador, mesmo que tal não importe a prestação efectiva

⁸² Quanto a este elemento do contrato de trabalho entendeu Alberto de Sá e Mello, «*Cadernos de Sociedade e Trabalho I*», in *Trabalho e Relações Laborais*, p. 27, «que a subordinação jurídica, diferentemente de um enquadramento organizativo/empresarial, por vezes muito pouco aparente, é, afinal *subordinação hierárquica*» (itálico nosso).

⁸³ Alfred Hueck/ Hans Carl Nipperdey, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pp. 83-84.

de trabalho – está em causa a mera possibilidade ou disponibilidade para a prestação de trabalho, donde se retira um vínculo laboral.

Para esta doutrina o preenchimento dos conceitos de contrato de trabalho ou de relação laboral não poderá ser feito unicamente à luz de padrões jurídicos – como a celebração de um contrato de trabalho válido entre as partes – mas deverá ser feito com recurso ao critério da efectividade da prestação de trabalho. Atendendo à caracterização do vínculo laboral adoptado concluem estes Autores que seria melhor falar de uma relação de trabalho fática/de facto ou relação de ocupação.

Cumprе retomar a caracterização do contrato de trabalho com base nos elementos comumente apontados pela doutrina.

A subordinação jurídica do trabalhador ao empregador é o resultado do acervo de poderes-deveres das partes no âmbito da relação laboral. Isto é, a subordinação jurídica emergente da situação laboral dá lugar ao poder de direcção do empregador, consubstanciado no poder de dar ordens e instruções, com o correspondente dever de obediência às ordens e instruções, na esfera jurídica do trabalhador⁸⁴.

A subordinação jurídica tem vindo a ser entendida como um «estado de dependência» do trabalhador face ao empregador⁸⁵. Note-se, porém, que o estado de dependência do trabalhador é «uma realidade potencial⁸⁶», pelo que não tem que ser aferido em concreto em cada vínculo laboral – a subordinação jurídica basta-se com o poder de o empregador de dar instruções e ordens ao trabalhador, ainda que, em concreto, o não faça. A subordinação jurídica, quando entendida como um estado de

⁸⁴ Diversamente do entendimento ora exposto, Alberto de Sá e Mello, «Cadernos de Sociedade e Trabalho I», in *Trabalho e Relações Laborais*, pp. 9-29, considera que o poder disciplinar não constitui elemento essencial do tipo contrato de trabalho, nos seguintes termos: «(...) julgamos que o “poder disciplinar” e a correspondente sujeição do trabalhador à produção dos efeitos do seu exercício não são verdadeiras características da relação laboral (...), mas o reflexo potestativo de uma sua patologia particular, a violação culposa dos deveres laborais».

⁸⁵ Radicada na doutrina germânica, que designou o estado de dependência pessoal (*persönliche Abhängigkeit*) *cf.* Maria do Rosário Palma Ramalho, «Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas», in *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, 2011, p. 37; H. C. Nipperdey / H. Mohnen / D. Neumann, *Der Dienstvertrag*, Berlin, 1958, p. 1106.

⁸⁶ Paula Quintas e Hélder Quintas, *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*, 4.ª edição, 2015, p. 44.

dependência pessoal do trabalhador em relação ao empregador, só existirá em caso de exercício – eventual – do poder directivo do empregador, o qual poderá exercê-lo de forma mais ou menos intensa⁸⁷, entendimento igualmente sufragado pela jurisprudência. Pronunciou-se neste sentido, entre outros, o Acórdão do STJ de 11/01/1995⁸⁸, nos seguintes termos:

«A subordinação jurídica existirá, pois, sempre que ocorra a mera possibilidade de ordens e direcção, bem como quando a entidade patronal possa de algum modo orientar a actividade laboral em si mesma, ainda que só no tocante ao lugar ou ao momento da prestação».

Outrossim, a subordinação jurídica também tem vindo a ser entendida como *heterodeterminação da prestação de trabalho*⁸⁹, o que corresponde a uma concepção mais obrigacional da subordinação laboral.

A *heterodeterminação da prestação* faz coincidir a subordinação com a circunstância de o conteúdo da prestação de trabalho ser determinado pelo credor – o empregador - e não pelo próprio trabalhador. Diversamente, Maria do Rosário Palma Ramalho⁹⁰ entende que «a heterodeterminação se afigura uma característica da prestação de trabalho, traduzindo-se apenas num poder de escolha do credor-empregador, como é comum noutras obrigações de conteúdo relativamente indeterminado. Esta característica objectiva da prestação nada tem que ver com o estado (subjectivo) de subordinação do trabalhador no contrato de trabalho».

Não obstante tratar-se, de acordo com o entendimento maioritário, de um binómio essencial caracterizador das relações laborais, o poder directivo e

⁸⁷ Neste sentido pronunciou-se Maria do Rosário Palma Ramalho, «Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas», in *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, 2011, p. 45, nota de rodapé 29: «O poder directivo é um poder prescindível, pelo que a sua atenuação ou mesmo a sua falta não impedem a qualificação do vínculo jurídico como um contrato de trabalho». O enfoque, para Palma Ramalho, deve ser colocado no poder disciplinar.

⁸⁸ In BMJ n.º 445, p. 183.

⁸⁹ Neste sentido, vide Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, p. 127.

⁹⁰ Retirado de «Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas», in *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, 2011, p. 37, nota de rodapé 9.

correspetiva subordinação jurídica não correspondem a um padrão estanque e uniforme em todas as relações laborais. Como bem notam Paula Quintas e Hélder Quintas⁹¹, a subordinação jurídica «(...) goza de uma intensidade de *natureza gradativa*, em função das aptidões e qualificações do trabalhador e da tecnicidade inerente às próprias tarefas» (itálico nosso).

Refira-se, ainda, que a autonomia técnica do trabalhador poderá limitar, em maior ou menor medida, o poder de conformação da prestação pelo empregador, materializada no poder de dar ordens e instruções relativas à execução da prestação.

Conforme resulta do disposto no artigo 127.º n.º 1 alínea e) do CT é dever do empregador «Respeitar a autonomia técnica do trabalhador que exerça actividade cuja regulamentação ou deontologia profissional a exija». Nessa medida, e ainda que tal não importe a *anulação* do poder directivo do empregador, o mesmo verá o seu âmbito potencial de aplicação mais reduzido ou limitado. Por sua vez, a autonomia técnica também não importará uma *anulação* da subordinação jurídica⁹² do trabalhador⁹³.

⁹¹ Maria do Rosário Palma Ramalho, «Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas», in *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, 2011, p. 37, nota de rodapé 9.

⁹² Neste sentido, Romano Martínez, «Trabalho subordinado e trabalho autónomo», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, I, p. 280, onde o Autor sustenta que «A autonomia técnica não constitui, por si, óbice à qualificação da situação jurídica no âmbito laboral, como se depreende do disposto no artigo 5.º n.º 2 LCT». E ainda António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, p. 122: «Existe subordinação jurídica sem dependência técnica» no caso dos trabalhadores que exercem actividades pautadas pela absoluta autonomia técnica.

⁹³ É o caso paradigmático das profissões liberais – médico, advogado, engenheiro, arquitecto, entre outros -, as quais podem ser exercidas subordinadamente. Conforme sustenta Raúl Ventura, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho – Estudos de Direito Privado*, Dissertação de Doutoramento em Direito (Ciências Histórico-Jurídicas) na Universidade de Lisboa, vol. I, 1944, pp. 94-95: «O problema, porém, só está rigorosamente colocado do modo por que acima o foi. Ou se limitam as profissões liberais às hipóteses de exercício autónomo, e deixa de se lidar com a noção prática de que se partiu; ou se reconhece que «profissão liberal» é designação que os usos têm fixado para traduzir certas actividades tecnicamente diferenciadas, sem acenar, mesmo de longe, ao modo como juridicamente tais actividades são prestadas. Também neste caso «profissão liberal» será expressão quasi inútil e sempre perigosa. (...) Em resumo: aquelas actividades a que na prática se chama «liberais» podem ser objecto de contrato de trabalho, quando exercidas subordinadamente, ou podem ser exercidas com autonomia, mediante contrato que é de prestação de serviços, mas não é propriamente trabalho. Deve, porém, ter-se em conta que a especial natureza do serviço prestado pode exigir maior maleabilidade na aplicação dos critérios usuais de subordinação».

Para Monteiro Fernandes⁹⁴, a subordinação jurídica consiste numa «relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras e orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das normas que o regem».

Procedendo à delimitação negativa do conceito de subordinação jurídica, Estêvão Mallet⁹⁵ entende que «não se trata de dependência económica nem tão-pouco de uma menor capacidade negocial do trabalhador ou da inserção do trabalhador na estrutura empresarial».

Por seu turno, José João Abrantes reconhece na subordinação jurídica um forte potencial lesivo dos direitos fundamentais do trabalhador, considerando que «(...) as possibilidades de disposição da força de trabalho de outrem, de determinação da sua aplicação, de escolha do tempo e lugar em que tal aplicação deva ocorrer, etc., oferecidas ao empregador pelo contrato, têm uma configuração que implica, em certo sentido, o trânsito pela subjectividade do trabalhador. Ao vincular-se à aplicação das suas aptidões físicas, psíquicas e propriamente técnicas – na realização de fins alheios este empenha a sua própria personalidade na conduta laboral, com exigências empresarias muitas vezes a conflituarem e a poderem levar mesmo à renúncia ao exercício de direitos de que é titular⁹⁶».

Quanto ao elemento *actividade*, a doutrina tem entendido que este é o objecto do contrato de trabalho. Tal significa que pelo contrato de trabalho o trabalhador se obriga a desenvolver uma actividade em certos moldes, não se comprometendo a alcançar um determinado resultado visado por essa mesma actividade. Tem aplicação nesta sede a distinção clássica entre obrigações de meios e obrigações de resultados.

Concretizando o elemento actividade sustenta Monteiro Fernandes que «quando se aponta a actividade do trabalhador como objecto do contrato, quer-se significar que é esse – a actividade, não o resultado – o especial modo de concretização da força laboral que interessa directamente ao contrato de trabalho. A

⁹⁴ Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 2014, p. 121.

⁹⁵ Estêvão Mallet, «A subordinação como elemento do contrato de trabalho», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Julho-Dezembro 2011, pp. 11-13.

⁹⁶ José João Abrantes, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, p. 47.

referenciação do vínculo à actividade indica pois que o trabalhador *não suporta o risco* da eventual frustração do resultado pretendido pela contraparte⁹⁷». O risco em causa será, naturalmente, o risco do negócio.

O critério de actividade tem sido apontado não só como elemento caracterizador essencial do contrato de trabalho, mas ainda como critério distintivo face ao trabalho autónomo, mormente regulado pela figura do contrato de prestação de serviço (*cf.* artigos 1154.º a 1156.º do CC)⁹⁸.

Parte da doutrina mantém esta distinção clássica entre a prestação de trabalho e a prestação de um serviço: no primeiro caso, o sujeito exerce uma actividade de forma subordinada, obrigando-se tão-somente pela prossecução da actividade em si; no segundo caso, o sujeito prossegue uma actividade de forma autónoma, obrigando-se perante o credor a alcançar um dado resultado⁹⁹.

⁹⁷ Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, p. 115.

⁹⁸ As figuras do trabalho subordinado e do trabalho autónomo tiveram a sua génese na figura jurídica do Direito Romano correspondente à *locatio conductio rei*, a qual compreendia duas subcategorias: a *locatio conductio operis*, na qual se exigia o produto do trabalho, desvalorizando-se a actividade concretamente prestada; a *locatio conductio operarum*, contrato que tinha por objecto a energia do trabalho; neste sentido, Raúl Ventura, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho – Estudos de Direito Privado*, 1944. Em sede crítica, e reportando-se ao Direito do Trabalho Hodierno, vide José João Abrantes, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, pp. 38-40: «As tentativas de reconduzir a relação de trabalho subordinado à velha *locatio conductio operarum* romana – acordo de vontades entre dois sujeitos livres e iguais entre si – depararam desde cedo com enormes dificuldades derivadas da “resistência” da própria realidade social e económica, constituída por milhões de trabalhadores constrangidos (pela necessidade de sobreviver) à aceitação de condições de trabalho degradantes. A “liberdade contratual” do trabalhador transmudava-se em necessidade de sujeição a tais condições e essa necessidade levava a esse vínculo de sujeição tão forte que, se o trabalhador não fosse objecto de protecção especial, ficaria em situação de nem sequer poder fazer valer os direitos reconhecidos à generalidade dos homens».

⁹⁹ Maria do Rosário Palma Ramalho, «Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas», in *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, 2011, assevera que o critério da predominância da actividade ou do resultado dessa actividade como critério de distinção entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviço é também tradicional - neste sentido, por exemplo, E. Molitor, *Das Wesen des Arbeitsvertrages*, Leipzig, 1925, 32 ss., ou A. Nikisch, *Die Grundformen des Arbeitsvertrag und der Anstellungsvertrag*, Berlin, 1926, 44 s., e *Arbeitsrecht*, I, 3.ª ed., Tübingen, 1961, 158 s. Mas a debilidade deste elemento como critério distintivo, pela inseparabilidade material da actividade e do resultado, é também reconhecida precocemente pela doutrina - por exemplo, G. Rümelin, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, 1905, 1 ss., e ainda H. Hoeniger, *Grundformen des Arbeitsvertrages*, in H. Hoeniger /E. Wehrle (Hrsg.), *Arbeitsrecht- Sammlung der reichsgesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsvertrag*, 6.ª ed.,

Atendendo às categorias jurídicas clássicas, pelo contrato de trabalho o trabalhador vincula-se a uma obrigação de meios e pelo contrato de prestação de serviço o prestador encontra-se vinculado, por sua vez, a uma obrigação de resultado¹⁰⁰.

Já Maria do Rosário Palma Ramalho entende¹⁰¹ que, «por um lado, tanto no contrato de trabalho como no contrato de prestação de serviço está envolvida uma actividade humana positiva (que corresponde juridicamente a uma prestação de *facere*), com carácter produtivo e destinada à satisfação de necessidades de outra pessoa - ou seja, *um trabalho*, como é, aliás, expressamente designada a actividade do prestador no contrato de prestação de serviço (art. 1154.º do CC) (...)».

Qualquer dos elementos constitutivos do contrato de trabalho apontados – subordinação jurídica, actividade e retribuição – permitem destrinçar o contrato de trabalho de figuras afins, em particular do contrato de prestação de serviço.

No que concerne especificamente ao elemento subordinação jurídica e partindo das noções legais de contrato de trabalho e de contrato de prestação de serviço contidas, respectivamente, no artigo 1152.º e no artigo 1154.º do CC, e na linha do *supra* exposto, a doutrina tem recorrido ao conceito de subordinação jurídica para distinguir as duas figuras: «há contrato de trabalho quando o trabalhador desenvolve a sua actividade com sujeição aos poderes laborais de autoridade do credor (maxime, o poder directivo e o poder disciplinar); e haverá contrato de prestação de serviço sempre que o prestador desenvolva o seu trabalho com autonomia, limitando-se a entregar ao credor o resultado desse trabalho¹⁰²».

Mannheim-Berlin-Leipzig, 1925, XXIII, *apud* Maria do Rosário Palma Ramalho, «Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas», *in* *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, 2011.

¹⁰⁰ Mantendo a distinção apontada entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviço, Monteiro Fernandes, *op. cit.*, p. 114.

¹⁰¹ *In* «Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário» e com publicação em "Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida", Volume III, Almedina, 2011, p. 34.

¹⁰² Maria do Rosário Palma Ramalho, «Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas», *in* *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, p. 35.

Também será possível destringir as duas figuras com recurso ao *elemento organizacional*, conforme o faz Raúl Ventura. O Autor argumenta que «o verdadeiro critério distintivo do trabalho subordinado e do trabalho autónomo está no carácter institucional das relações de trabalho subordinado¹⁰³», o que significa que «A relação de trabalho deve ser entendida como relação de obrigação de tipo institucional: a obrigação livremente assumida pelo trabalhador é o título por virtude do qual este se liga à empresa. Por outras palavras, o vínculo obrigacional explica a *adesão* à instituição; esta só por si explica a *coesão* molecular que depois se verifica¹⁰⁴».

Relativamente ao elemento retribuição, o mesmo reflecte uma característica essencial do contrato de trabalho: a natureza onerosa do mesmo. Conforme resulta do disposto no artigo 258.º n.º 1 do CT, a retribuição é a contrapartida da prestação de trabalho. Assim, o contrato de trabalho assume carácter oneroso e sinalagmático, já as prestações recíprocas das partes – obrigação de pagamento da retribuição (*cf.* 127.º n.º 1 alínea b) do CT) e obrigação de prestação de trabalho com zelo e diligência (*cf.* artigo 128.º n.º 1 alínea b) do CT) - são interdependentes entre si, sendo ambas objecto do contrato.

¹⁰³ Raúl Ventura, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho – Estudos de Direito Privado*, vol. I, p. 70, na senda de outros autores, entre os quais Henri Gazin, *La nature juridique des réglement de travail*, Larose, 1913.

¹⁰⁴ Raúl Ventura, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho – Estudos de Direito Privado*, vol. I, p. 86.

Capítulo II.II: A presunção do contrato de trabalho no Direito do Trabalho português: regime e virtualidades

No Direito do Trabalho português a presunção de contrato de trabalho encontra-se prevista no artigo 12.º do CT, tendo a mesma sido introduzida no ordenamento jurídico-laboral pelo CT de 2003. Antes da entrada em vigor do Código de Trabalho de 2003, no âmbito da vigência da LGT, e em face da ausência de disposição legal expressa no que toca ao modo de reconhecimento de uma situação laboral, cabia ao trabalhador o ónus de alegação e prova dos elementos essenciais ou constitutivos da relação laboral *supra* analisados, conforme resulta da regra geral de distribuição do ónus da prova prevista no artigo 342.º n.º 1 do CC.

Sucedo que, no entanto, a jurisprudência aplicava o juízo tipológico e o juízo indiciário – que abordaremos adiante – de modo a aferir a presença dos elementos constitutivos do contrato de trabalho, não obstante a falta de disposição legal expressa nesse sentido¹⁰⁵.

No que concerne à apreciação dos elementos essenciais da relação de trabalho torna-se relevante distinguir as situações em que o contrato não se encontra sujeito a forma especial, encontrando-se abrangido pelo princípio da liberdade de forma (*cf.* artigo 110.º do CT), e aquelas em que o contrato se encontra sujeito à forma escrita¹⁰⁶. Numa e noutra situações a presunção de laboralidade actua de modo diverso.

¹⁰⁵ *Vide* João Leal Amado, *Presunção de laboralidade: nótula sobre o artigo 12.º do novo Código do Trabalho e o seu âmbito temporal de aplicação*, in «Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário» e com publicação em «Prontuário de Direito do Trabalho».

¹⁰⁶ A regra da liberdade de forma do contrato de trabalho comporta inúmeras excepções legalmente previstas, especialmente relativas às seguintes formas especiais de contrato de trabalho: de trabalhador estrangeiro ou apátrida (artigo 5.º n.º 1 do CT); em que se verifique uma pluralidade de empregadores (artigo 101.º n.º 2 do CT); contrato-promessa de trabalho (artigo 103.º n.º 1 do CT); contrato de trabalho a termo (artigo 141.º n.º 1 do CT); contrato de trabalho a tempo parcial (artigo 153.º n.º 1 do CT); contrato de trabalho intermitente (artigo 158.º n.º 1 do CT); contrato de trabalho em comissão de serviço (artigo 162.º n.º 3 do CT); em regime de teletrabalho (artigo 166.º n.º 4 do CT); contrato de utilização de trabalho temporário (artigo 177.º n.º 1 do CT); contrato de trabalho temporário (artigo 181.º n.º 1 do CT); contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária (artigo 183.º n.º 1 do CT); acordo de cedência ocasional de trabalhador (artigo 290.º n.º 1 do CT); acordo de pré-reforma (artigo 319.º n.º 1 do CT).

Nas situações em que o contrato de trabalho não se encontre sujeito a forma escrita obrigatória, a presunção de laboralidade redundará já não numa presunção legal, mas antes numa presunção judicial, de acordo entendimento de Monteiro Fernandes¹⁰⁷: «O elemento não detectável pela observação dos factos a existência de um contrato gerador de uma obrigação que, dessa forma, se cumpre é adquirido pelo julgador, através de um juízo de normalidade que se traduz numa presunção judicial (artigo 351.º CCivil)».

Assim, caso as partes tenham celebrado um contrato de trabalho por escrito torna-se mais evidente o recurso ao método indiciário – isto é, a averiguação dos indícios em face do acordado em sede contratual, não obstante o julgador dever considerar toda a *vida do contrato*: celebração e execução do contrato; quando o contrato não haja sido celebrado por escrito, afigura-se de mais fácil aplicação o método tipológico, que recorre à comparação de tipos contratuais próximos¹⁰⁸, também qualificado de método judiciário, na medida em que resulta da apreensão da realidade dos factos pelo julgador e apreciação da mesma atendendo à livre convicção do julgador.

O método tipológico evidencia a função primeira da presunção de laboralidade - a função de distinção entre tipos negociais próximos ou alternativos, conforme ocorre no método judiciário: «(...) o juízo de proximidade entre o conceito-tipo (contrato de trabalho) e a situação concreta a qualificar (...) traduz-se numa inferência de certos elementos da relação de trabalho subordinado não verificados (em particular, a subordinação) mas indispensáveis à sua identificação ou diferenciação, a

Encontram-se igualmente também sujeitos a forma escrita outras formas especiais de contrato de trabalho, não expressamente previstos no Código do Trabalho, a saber: contrato de trabalho de profissionais de espectáculo (artigo 10.º n.º 1 da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro); contrato de trabalho a bordo ou de matrícula (artigo 186.º §2 do D 45 969, de 15 de Outubro de 1964) e o contrato de trabalho desportivo (artigo 5.º n.º 2 da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho).

¹⁰⁷ Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 2014.

¹⁰⁸ Mais detalhadamente em relação ao método tipológico na aferição da existência de subordinação jurídica pronunciou-se Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 3.ª edição, 2012, p. 114: «O método tipológico baseia-se na comparação do tipo contratual com o tipo legal. Para tal, efectua-se uma averiguação dos elementos essenciais do contrato de trabalho, como a determinação dos poderes laborais do empregador (poder de direcção e poder disciplinar) e o correspondente dever de obediência do trabalhador, em ordem a verificar se se encontram presentes no tipo contratual».

partir de factos adquiridos ou provados (a existência de um horário de trabalho, a regularidade da retribuição, a propriedade das instalações e equipamentos, etc.). Está em causa, igualmente, uma presunção judicial¹⁰⁹, que consistia no recurso ao método tipológico.

Não obstante o método a que a jurisprudência recorria, a doutrina recomendava a consagração de uma presunção na lei tendo em vista obviar as dificuldades de prova dos elementos constitutivos do contrato de trabalho¹¹⁰. A acrescer a este fundamento, a consagração de uma presunção de laboralidade resultou da intenção de combate ao falso trabalho independente, sendo para tal necessário delimitar, recorrendo a critérios pautados de racionalidade jurídica, as relações de trabalho subordinado das relações de trabalho independente. Tal constitui um imperativo de «ordem pública de protecção social», que prossegue o objectivo de tutela do contraente débil, operacionalizado mediante o combate à dissimulação ilícita de relações laborais¹¹¹».

Nessa sequência, o Código do Trabalho de 2003 veio consagrar, no artigo 12.º, uma presunção de laboralidade em termos inovadores, 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;

¹⁰⁹ Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 2014.

¹¹⁰ Pronunciando-se no sentido ora referenciado, *vide* Romano Martinez, *in* «Trabalho subordinado e trabalho autónomo», 2001, p. 293; no mesmo sentido depunha a Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Recomendação n.º 198, adaptada em 15 de Junho de 2006.

¹¹¹ No entender de João Leal Amado, «Presunção de laboralidade: nótula sobre o artigo 12.º do novo Código do Trabalho e o seu âmbito temporal de aplicação», *in* *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, p. 29, «[a dissimulação de relações de trabalho subordinado] constitui um dos cancros do nosso sistema de relações laborais».

- 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».

A norma em apreço teve como principal virtualidade ter atenuado o anterior desequilíbrio – que era manifesto - no tocante à distribuição do ónus da prova dos factos-indícios do contrato de trabalho. Atendendo à técnica jurídica utilizada verifica-se uma opção clara pela consagração do método indiciário na averiguação dos elementos essenciais do contrato de trabalho, em particular da subordinação jurídica.

Especificando a natureza dos indícios de subordinação poderão os mesmos qualificar-se como internos ou externos¹¹², caso se verifiquem no modo concreto de prestação da actividade ou caso digam respeito a características extrínsecas do exercício da actividade, respectivamente.

Não obstante a boa vontade legislativa que teve na génese da presunção de contrato de trabalho, a nova presunção legal¹¹³, atendendo à sua formulação genérica, foi alvo de inúmeras críticas doutrinárias e desconfiança jurisprudencial.

Por um lado, os requisitos da presunção eram excessivamente exigentes, porquanto requeriam a verificação cumulativa dos cinco indícios elencados¹¹⁴. Por

¹¹² Concretizando e exemplificando, Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, p. 114: «São *indícios internos* o facto de o prestador ser pessoa singular, o local de trabalho, o fornecimento de utensílios de trabalho pelo beneficiário da actividade, os termos em que é estabelecida a remuneração, a utilização de colaboradores, a repartição do risco do trabalho prestado, os períodos de repouso estabelecidos e a integração na unidade produtiva.

Por sua vez, são *indícios externos* o trabalho para uma única entidade ou para várias entidades, o enquadramento fiscal da retribuição, o regime de segurança social, e a sindicalização do trabalhador».

¹¹³ No que toca à natureza jurídica da norma em apreço - o artigo 12.º do CT 2003, João Leal Amado, «Presunção de laboralidade: nótula sobre o artigo 12.º do novo Código do Trabalho e o seu âmbito temporal de aplicação», in *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, p. 24, entendeu que, à luz do CT 2003, não existia uma presunção legal de laboralidade, considerando que a base da presunção era mais exigente do que os elementos constitutivos do contrato de trabalho.

outro lado, a norma não correspondia, em termos técnico-jurídicos, a uma verdadeira presunção legal, na acepção do artigo 349.º do CC, que dispõe o seguinte: «presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido».

Ora, o artigo 12.º do CT de 2003 veio, em primeiro lugar, enumerar factos indícios susceptíveis de indiciar a presença de uma relação laboral. Estes seriam, na terminologia do artigo 349.º do CC, os «factos conhecidos».

Sucedem que após o julgador confirmar a verificação de pelo menos dois factos-indícios na situação jurídica que se lhe coloque, irá retirar dos mesmos não um outro facto (o «facto desconhecido», na terminologia do artigo 349.º do CC), mas antes uma consequência ou qualificação jurídica: a qualificação do contrato como contrato de trabalho.

Assim se entende, e não se vê forma de discordar, dos Autores que criticam a terminologia adoptada pelo legislador do CT 2003 e, posteriormente, do CT de 2009, no artigo 12.º do CT, já que a referida «presunção de laboralidade» não é, em rigor, uma presunção legal¹¹⁵.

Para além do mais, e em termos algo paradoxais, os indícios de laboralidade previstos no CT de 2003 encontravam-se redigidos numa formulação excessivamente

¹¹⁴ Neste sentido pronunciou-se João Leal Amado, «Presunção de laboralidade: nótula sobre o artigo 12.º do novo Código do Trabalho e o seu âmbito temporal de aplicação», in *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, considerou que «(...) a inusitada extensão da base da presunção (exigência de verificação cumulativa dos diversos factos indiciários) convertia aquele artigo numa norma inútil (por não ajudar a resolver os casos duvidosos) e até, porventura, pernicioso (porque, numa certa leitura da mesma, poderia conduzir o tribunal à conclusão precipitada de que não existiria um contrato de trabalho)»(itálico nosso).

¹¹⁵ Note-se, porém, que a crítica ora expendida não nega as virtualidades e vantagens da actual presunção de laboralidade, tal como se encontra consagrada no artigo 12.º do CT. Joaquim de Sousa Ribeiro, «As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do artigo 12.º do Código do Trabalho», in *Direito dos Contratos – Estudos*, pp. 391-408, pronunciou-se igualmente acerca das vantagens e os inconvenientes das presunções legais de laboralidade, concluindo que «as presunções legais, quando bem calibradas no seu conteúdo previsional, podem dar um contributo positivo à solução do problema do tratamento das situações do "novo trabalho autónomo" e, em nosso entender, do falso trabalho autónomo.

genérica e abrangente, o que não permitia, com rigor, delimitar o trabalho exercido sob subordinação jurídica e o trabalho independente.

Atentas as críticas formuladas, com a Lei n.º 7/2009, o artigo 12.º do CT passou a prever o seguinte:

«Presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma actividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem algumas das seguintes características:

- a) A actividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado;
- b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da actividade;
- c) O prestador de actividade observe horas de início e termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma;
- d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de actividade, como contrapartida da mesma;
- e) O prestador de actividade desempenhe funções de direcção ou chefia na estrutura orgânica da empresa».

Com a nova redacção do artigo 12.º do CT, não obstante não se ter afastado muito da redacção inicial do preceito, foi atenuado o grau de exigência da presunção de laboralidade, já que foi revogado o requisito da verificação cumulativa de todos os factos-indícios. No mínimo, a norma operacionalizou-se¹¹⁶.

Daqui surge a questão de saber quais ou quantos factos-indícios, à luz do novo artigo 12.º do CT, terão que se verificar *in concreto* para ser aplicável a presunção de laboralidade e reconhecida a existência de um contrato de trabalho.

Quanto a esta questão, alguma jurisprudência, recorrendo à jurisprudência das cautelas, e de modo a evitar a *generosidade excessiva* dos indícios de subordinação jurídica

¹¹⁶ João Leal Amado, «Presunção de laboralidade: nótula sobre o artigo 12.º do novo Código do Trabalho e o seu âmbito temporal de aplicação», in *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, p. 26, onde o Autor se revela consideravelmente favorável à nova presunção de laboralidade.

constantes do artigo 12.º do CT, tenha vindo a entender que não basta a mera verificação de dois indícios constantes da norma do artigo 12.º do CT para que o julgador decida, sem mais, pela existência de um contrato de trabalho.

Diversamente, outros Autores entendem que não decorre da norma do artigo 12.º do CT qualquer elemento interpretativo que permita concluir que, em acréscimo à verificação de pelo menos dois factos-indícios, será necessário o julgador fazer uma apreciação compreensiva do contrato globalmente considerado tendo em vista apurar, com certeza, se o mesmo integra indícios de laboralidade¹¹⁷.

Não obstante a questão se revelar pertinente à luz do artigo 12.º do CT cumpre não perder de vista que a qualificação jurídica e o regime aplicáveis a um contrato passam, necessariamente, pela operação de interpretação contratual¹¹⁸, nos termos previstos no artigo 236.º do CC. Só a interpretação do contrato poderá concluir pela existência de subordinação jurídica ou não, revelada na presença de um ou vários indícios de subordinação¹¹⁹.

Acerca da operação jurídica exigida para a aplicação da presunção de laboralidade, Maria do Rosário Palma Ramalho¹²⁰ entende que os factos-indícios, ponderados no seu conjunto, e avaliados de forma diferente consoante o caso

¹¹⁷ Adoptando o entendimento ora referenciado, isto é, de que bastará a verificação de dois dos índices para fazer operar a presunção, *vide*, entre outros, Maria da Glória Leitão e Diogo Leote Nobre (coord.), *Código do Trabalho Revisto - Anotado e Comentado*, Vida Económica, Porto, 2009, p. 32; e, ainda, Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, p. 121.

¹¹⁸ Sem desconsideração dos diversos critérios que podem ser apontados para distinguir trabalho autónomo e trabalho subordinado, Raúl Ventura, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho – Estudos de Direito Privado*, p. 93, considera que «o meio mais seguro, porém, é procurar pela interpretação do contrato determinar se se trata de obrigação de desenvolvimento de simples energias ou de resultados de trabalho. É, afinal, a aplicação daquele critério fundamental, que apenas peca por não dar uma explicação perfeita do mecanismo do trabalho subordinado».

¹¹⁹ Neste sentido *vide*, por todos, Acórdão do TRL, de 20 de Fevereiro 2013, processo n.º 1215/11.1TTLSB.L1-4, relator Leonardo Soares, com o seguinte sumário: «A presunção não opera face a simples demonstração/prova de dois factos que integram o artigo 12.º CT, requerendo-se, sempre, um trabalho interpretativo do intérprete-aplicador do direito do circunstancialismo negocial de forma a aferir se estará em causa um contrato de trabalho». Não se poderá cair, no entanto, no erro inverso: o de não retirar as consequências jurídicas devidas – a qualificação como contrato de trabalho e aplicação do regime laboral – quando se verificarem diversos indícios de laboralidade.

¹²⁰ *In* «Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas», *in* «Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário», 2011, pp. 37-38.

concreto, se ocorrerem em número razoável ou se apresentarem uma especial intensidade permitem concluir pela existência ou não da subordinação jurídica.

Logo, os indícios preenchem o conceito de subordinação jurídica, já que permitem aferir o modo de relacionamento do trabalhador com o empregador e perceber o modo de prestação da actividade, do seu prisma subjectivo. Estes subcritérios e o elemento da subordinação jurídica (que os agrupa) deverão encontrar-se presentes em conjunto com os elementos actividade e retribuição. Nesta situação, existirá uma relação laboral.

Em face do regime vigente, a ponderação na interpretação-aplicação dos indícios não poderá fazer o julgador cair, por excesso de zelo, no erro inverso: o de não retirar as consequências jurídicas devidas – a qualificação como contrato de trabalho e aplicação do regime laboral – quando se verificarem diversos indícios de laboralidade e a situação material concreta o exija. Haverá, pois, que sopesar os indícios atendendo à lógica do contrato, resultado que o intérprete-aplicador do Direito alcançará mediante a interpretação contratual.

Apenas em circunstâncias em que a aplicação do regime do contrato de trabalho se revele abusiva, por contrária à boa fé ou ao fim económico e social do direito – nomeadamente por uma das partes tentar obter uma vantagem a que saberia não ter direito - ou contrário à lógica do contrato poderá, em nosso entender, a interpretação contratual obstaculizar a aplicação do regime laboral mesmo quando se verificarem dois ou mais indícios previstos no artigo 12.º do CT.

O fim da norma do artigo 12.º do CT é, conforme *supra* referenciado, estabelecer um critério distintivo idóneo, com recurso ao método indiciário, entre o trabalho subordinado e o trabalho independente.

O Direito do Trabalho defronta-se, paulatinamente, com o seu enfraquecimento na sociedade civil, especialmente desde a crise financeira mundial de 2008, que introduziu severos constrangimentos económicos e financeiros na gestão das empresas nacionais e internacionais¹²¹.

¹²¹ Neste sentido, *vide* José João Abrantes, «Direito do Trabalho e cidadania: contributo para a análise das suas relações», in *Cadernos de Sociedade e Trabalho I, Trabalho e Relações Laborais*, 2001, p. 97 e 101:

As garantias laborais previstas no Código do Trabalho e na Constituição, conferidas aos trabalhadores mercê do reconhecimento de um contrato de trabalho, foram sendo vistas pelos operadores económicos enquanto entraves ao desenvolvimento e recuperação económicas, atendendo aos elevados custos humanos e operacionais que comportam.

Daí que, desde essa altura, se tenha *reforçado* um fenómeno já anteriormente conhecido: o da «fuga ao Direito do Trabalho», materializada, em grande medida, pelo recurso ao falso trabalho independente («falsos recibos verdes») e pelo recurso cada vez mais frequente, muitas vezes em fraude à lei, a formas de contratação a termo ou similares¹²².

A fuga ao Direito do Trabalho constitui, não só, um problema jurídico de fraude à lei¹²³, como dá lugar a graves problemas sociais e económicos. Fraude à lei por o empregador se pretender desonerar das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, mas pretender auferir das vantagens da prestação de trabalho subordinado por outrem – mais especificamente, pretender exercer o poder de direcção, em particular na perspectiva de poder conformativo da prestação – em aparente cumprimento da lei.

Um outro problema suscitado pelo recurso massificado ao falso trabalho independente é, no plano económico, a distorção da concorrência entre empresas: o recurso indevido ao contrato de prestação de serviço, que determina que o empregador não cumpra com as inúmeras obrigações laborais, fiscais e para com a Segurança Social, cria uma vantagem comparativa, uma «facilidade» no exercício da

«(...) ao longo das últimas décadas tem assentado numa lógica que, ao contrário do que inicialmente caracterizava aquele ramo do Direito [o Direito do Trabalho], o *económico* relega o *social* para plano secundário, com as exigências do ramo produtivo a fazer esquecer as exigências pelo respeito dos direitos da pessoa humana, concretamente do trabalhador».

¹²² Referimo-nos a novas formas de contrato de trabalho, como sejam, a título exemplificativo, o contrato de trabalho temporário (*cf.* artigo 172.º do CT) e o contrato de utilização de trabalho temporário (*cf.* artigo 175.º do CT).

¹²³ Entendida como aparente cumprimento da lei, mas em violação material da mesma. Verifica-se, nas situações de fraude à lei, um cumprimento formal da disposição normativa, mas um incumprimento material da mesma, por contrariedade à teleologia da norma, *i.e.*, à *ratio legis*.

actividade empresarial. Está em causa, em termos concorrenciais, uma situação de concorrência desleal¹²⁴.

De acordo com o Relatório do Grupo de Acção Interdepartamental da OIT, o recurso ao falso trabalho independente «(...) constitui uma oportunidade de poupar custos e de – no fundo – partilhar o risco empresarial. A empresa empregadora não se vê obrigada a pagar contribuições para a segurança social, seguros ou direitos relativos a férias e dias feriados; as transacções relacionadas com a gestão de recursos humanos estão reduzidas ao mínimo e não há lugar a procedimentos e pagamentos com o fim da relação negocial entre as partes¹²⁵».

Atendendo às razões *supra* elencadas verifica-se uma proliferação, de forma dolosa, de contratos cuja qualificação jurídica corresponde ao contrato de prestação de serviço, mas que, na sua génese, apresentam características de subordinação jurídica. Tal fenómeno não poderá deixar de merecer a desaprovação da ordem jurídica¹²⁶, tendo tal sido o intento legislativo visado, igualmente, pela Lei n.º 63/2013, de 27 de Agosto.

¹²⁴ *Cfr.* Pedro Petrucci de Freitas, *Da acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, vol. IV, pp. 1423-1443, p. 1425.

¹²⁵ Pedro Petrucci Freitas, *Da acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários*, *ibidem*.

¹²⁶ Conforme é bem notado na jurisprudência firmada no Acórdão do TRL, de 20 de Fevereiro de 2013, proc. n.º 1215/11.1TTLSB.L1-4, relator Leopoldo Soares, nos seguintes termos: «A natureza dos contratos não se afere pela denominação que lhes é aposta, mas pela sua execução em termos práticos, reais, vivenciados pelos respectivos intervenientes».

Capítulo II.III: Da Acção Especial de Reconhecimento da Existência do Contrato de Trabalho (AERECT): regime e virtualidades

Tendo em vista a promoção, do ponto de vista activo, do combate ao falso trabalho independente («falsos recibos verdes»), foi aprovada a Lei n.º 63/2013, de 27 de Agosto (Lei n.º 63/2013).

O escopo da Lei n.º 63/2013 é a instituição de mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviço em relações de trabalho subordinado, mediante a criação de um procedimento especial administrativo da competência da ACT e de um novo tipo de acção judicial: a acção de reconhecimento da existência do contrato de trabalho (AERECT), que passou a estar prevista no artigo 26.º do CPT.

Tendo sido transposta para o Código de Processo do Trabalho, a acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho encontra-se, igualmente, regulada nos artigos 186.º-K a 186.º-R do CPT.

Esta lei foi uma resposta política a um problema social de dimensões consideráveis – os falsos recibos verdes – que já tinha atacado, ainda que com eficácia limitada, mediante a presunção de laboralidade¹²⁷ *supra* analisada. No entanto, a Lei n.º 63/2013 não se trata de uma alteração ao CT, mas sim ao regime processual aplicável às contraordenações laborais e de Segurança Social (Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro) e ao CPT¹²⁸, pelo que se repercute no plano processual, já não no plano substantivo.

Numa síntese particularmente feliz da tramitação e configuração da AERECT pronunciou-se o Acórdão do TRL, de 23 de Março de 2015, processo n.º 1343/14.1TTLSB.L1-4, relator Jerónimo de Freitas, nos seguintes termos:

¹²⁷ Neste sentido, *vide* Pedro Petrucci de Freitas, *Da acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, vol. IV, pp. 1423-1443.

¹²⁸ *Cfr.* António Monteiro Fernandes, *A reforma laboral contínua*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 74, Lisboa, Abril-Junho 2014, vol. II, pp. 389-409.

«Inicia-se com o recebimento da participação do ACT [n.º 3 do novo artigo 15.º -A, da Lei 107/2009], dispondo o Ministério Público do prazo de 20 dias, contados do início do processo “*para intentar ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho*” [Art.º 186.º -K, n.º1];

A petição inicial a ser apresentada pelo Ministério Público, não carece de forma articulada, dela devendo constar exposição sucinta da “*pretensão e os respetivos fundamentos*”, sendo juntos “*todos os elementos de prova recolhidos até ao momento*” [art.º 186.º L, n.ºs 1 e 3];

O empregador é citado para contestar no prazo de 10 dias, não se exigindo igualmente que a contestação seja articulada [art.º 186.º L, n.ºs 2 e 3].

A intervenção processual do trabalhador é suscitada com a notificação da data para a audiência de julgamento, sendo-lhe simultaneamente remetidos o duplicado da petição inicial e da contestação e feita a “*expressa advertência de que pode, no prazo de 10 dias, aderir aos factos apresentados pelo Ministério Público, apresentar articulado próprio e constituir mandatário*” [art.º 186.º L, n.º4].

Na falta de contestação pelo empregador, no prazo de dez dias, o juiz profere “*decisão condenatória, a não ser que ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias ou que o pedido seja manifestamente improcedente*” [Art.º 186.º -M].

Se houver contestação a acção prossegue, podendo “*o juiz julgar logo procedente alguma exceção dilatória ou nulidade que lhe cumpra conhecer ou decidir do mérito da causa*”, devendo a audiência de julgamento ser realizada “*dentro de 30 dias*”, nesse acto oferecendo as partes as provas, entre elas podendo “*apresentar até três testemunhas*” [art.º 186.º -N, n.ºs 1 a 3].

Previamente ao início do julgamento, “*Se o empregador e o trabalhador estiverem presentes ou representados, o juiz realiza a audiência de partes, procurando conciliá-los*” [art.º 186.º -O, n.º1];

Frustrando-se a conciliação “*inicia-se imediatamente o julgamento, produzindo -se as provas que ao caso couberem*”, não sendo “*motivo de adiamento a falta, ainda que justificada, de qualquer das partes ou dos seus mandatários*” [art.º 186.º -O, n.º2].

Finda a produção de prova é possibilitado a “*cada um dos mandatários fazer uma breve alegação oral*”, sendo a sentença logo proferida, “*sucintamente fundamentada*” e “*ditada para a ata.*” [art.º 186.º -O, n.ºs 6 e 7].

A sentença que reconheça a existência de um contrato de trabalho “*fixa a data do início da relação laboral*” [art.º 186.º -O, n.º8].

Releva ainda referir que a Lei n.º 63/2013, de 27 de Agosto, teve origem no projecto de lei n.º 142/XII, que conforme nele se menciona, “*é da autoria de um conjunto de cidadãos eleitores, constituindo uma iniciativa Legislativa de Cidadãos (ILC)*”, intitulado “*Lei contra a precariedade*”».

A nova acção instituída pela Lei n.º 63/2013 introduz duas fases, a saber: *pré-contenciosa ou administrativa* e *contenciosa ou judicial*. À primeira – a fase pré-contenciosa – é aplicável o procedimento previsto no artigo 15.º-A Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro, segundo o qual se determina que caso o inspector de trabalho detecte indícios de uma situação de prestação de actividade, aparentemente autónoma, em condições análogas ao contrato de trabalho, deverá lavrar auto e notificar o empregador para, no prazo de 10 dias, regularizar a situação ou se pronunciar sobre o que tiver por conveniente. A regularização deverá ser feita por escrito e deverá observar o dever de informação previsto no artigo 106.º do CT.

Em face do referido procedimento não resulta claro se a regularização voluntária da situação laboral pelo empregador implica o não pagamento da coima resultante da contraordenação prevista no artigo 12.º n.º 2 do CT.

Caso o empregador não regularize a situação, quando para tal notificado, contados 10 dias a partir da mesma notificação a ACT remete, no prazo de 5 dias, participação dos factos ao MP acompanhada de todos os elementos de prova recolhidos tendo em vista a instauração de uma acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho.

Note-se que «o novo procedimento – nas suas fases administrativa e judicial – manifesta a particularidade muito relevante de ocorrer, tipicamente, na pendência da relação contratual, a partir da intervenção inspectiva incidente sobre factos e situações actuais, o que, só por si, aumenta consideravelmente a sua eficiência potencial¹²⁹».

¹²⁹ António Monteiro Fernandes, «A reforma laboral contínua», in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, 2014, pp. 407-408.

No âmbito da AERECT encontram-se presentes, essencialmente, dois valores: o interesse de ordem pública no restabelecimento da legalidade e o interesse privado do trabalhador no reconhecimento do contrato de trabalho. A protecção dos interesses em causa, com protecção constitucional, é feita, no entanto, num quadro de celeridade processual.

Atendendo à falta de experimentação e natureza recente da Lei n.º 63/2013 será necessário colmatar, por via de alteração legislativa ou de interpretação jurisprudencial, as dúvidas de aplicação da nova lei.

Uma questão amplamente discutida é a da *amplitude* do interesse processual do Ministério Público no âmbito da AERECT. A questão suscita-se com particular acuidade nas situações em que o interesse do trabalhador e o interesse do Ministério Público não coincidem: em tais situações, necessário se torna determinar se o interesse processual do MP pode ser, em face da Lei n.º 63/2013, autónomo e independente face ao interesse do trabalhador.

Subjacente a esta questão – de cariz marcadamente processual ou adjectivo – encontra-se, no plano do direito substantivo, a questão de saber qual a natureza jurídica do interesse no reconhecimento da existência de um contrato de trabalho. Isto é, se o mesmo é um *interesse público*, mormente do Estado e coincidente com o interesse no devido enquadramento contratual da situação, nomeadamente para efeitos fiscais e de pagamento de contribuições à Segurança Social; ou, outrossim, de um *interesse privado*, isto é, do interesse de o trabalhador no reconhecimento do contrato de trabalho para efeitos da protecção conferida pela legislação laboral.

A resposta à segunda questão – a da natureza jurídica do interesse prosseguido pela AERECT – condiciona, inevitavelmente, a resposta a dar à primeira questão colocada.

Sem nos queremos estender sobre as questões em apreço, porquanto a nossa análise da AERECT é meramente instrumental face ao objecto de estudo – as relações laborais de facto – sempre diremos que, tendo em vista responder às questões em apreço, há que atender não só à *ratio legis* da Lei n.º 63/2013, de 27 de

Agosto, mas ainda às soluções que jurisprudencialmente têm sido encontradas quanto a estas questões¹³⁰.

Outra questão igualmente suscitada em face do silêncio da Lei n.º 63/2013 quanto a esta matéria é a de saber se, nos casos em que a relação contratual entre as partes cesse na pendência da acção, a mesma deverá extinguir-se por inutilidade superveniente da lide ou se, pelo contrário, poderá prosseguir atendendo ao interesse público que lhe subjaz¹³¹.

A doutrina nacional já se pronunciou desfavoravelmente e favoravelmente em relação à nova AERECT. Neste particular, Pedro Petrucci de Freitas critica a celeridade que pauta a AERECT, nomeadamente por a lei dispor que no final da audiência de discussão o julgamento o juiz deverá ditar logo a sentença para a acta. Atendendo a este reflexo concreto do princípio da celeridade na tramitação da AERECT, o risco de erro judiciário é considerável. Acresce que o procedimento acaba por não permitir ao intérprete-julgador uma análise cuidada dos indícios de subordinação jurídica¹³².

¹³⁰ De momento, a jurisprudência não encontra consenso na configuração do interesse processual do Ministério Público no âmbito da AERECT. Pronunciando-se no sentido da prevalência do interesse privado do trabalhador quando este pretenda desistir da acção, *vide* Acórdão do TRL, de 24 de Setembro de 2014, processo n.º 4628/13.0TTLSB.L1-4, desembargador Sérgio Almeida, disponível em www.dgsi.pt, com o seguinte sumário: [II] «O interesse que permeia a Lei n.º 63/2013, de 27.8, é o do trabalhador no reconhecimento da laboralidade do seu contrato, e não o da comunidade na perseguição de todas as situações em que possa haver indícios de falsos recibos verdes».

Em sentido diverso, sustentando que o trabalhador não tem legitimidade para desistir do pedido formulado na acção proposta pelo Ministério Público ou para transigir da acção mediante o acordo no não reconhecimento do carácter laboral da relação contratual estabelecida entre as partes *vide* Acórdão do TRP, de 17 de Dezembro de 2014, processo n.º 1083/14.1TTPNF.P1, relator Eduardo Peterson Silva; Acórdão do TRP, de 17 de Dezembro de 2014, processo n.º 309/14.6TTGDM.P1, relator António José Ramos; e Acórdão do TRL, de 18 de Outubro de 2014, processo n.º 1330/14.0TTLSB.L1-4, relator José Eduardo Sapateiro, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹³¹ Pronunciando-se no sentido de que a cessação da relação contratual entre as partes no decurso da acção não determina a inutilidade superveniente da lide *vide* Acórdão do TRL, de 17 de Dezembro de 2014, processo n.º 1332/14.6TTLSB.L1-4, relatora Filomena Manso; no sentido oposto, *vide* Acórdão do TRL, de 13 de Dezembro de 2014, processo n.º 233/14.2TTCSC.L1-4, relator Jerónimo Freitas.

¹³² Pedro Petrucci de Freitas, *op. cit.*, p. 1434 e 1435. - «(...) impor a prolação de uma sentença a ditar imediatamente para a acta não oferece qualquer garantia que, perante matéria tida sobejamente por

Donde o Autor conclui que «a acção de processo comum oferece mais garantias e protecção adequada quando comparada com esta nova acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho¹³³».

Diversamente, mostrando-se amplamente favorável à AERECT, Monteiro Fernandes entende que «é indiscutível que a publicação da Lei 63/2013 marca um momento relevante no combate a tais práticas, visando contribuir para a redução do enorme défice de efectividade de que enferma a legislação laboral portuguesa¹³⁴».

complexa, às partes seja oferecida uma necessária garantia na melhor defesa dos seus interesses, nem se afigura propícia a uma justa composição do litígio (...)», p. 1435.

¹³³ Pedro Petrucci de Freitas, *op. cit.*, p. 1447, nota de rodapé 11.

¹³⁴ António Monteiro Fernandes, «A reforma laboral contínua», in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, 2014, p. 406.

TÍTULO III: RELAÇÃO LABORAL DE FACTO EMERGENTE DE CONTRATO DE TRABALHO INVÁLIDO

Capítulo III.I: O regime da invalidade do contrato de trabalho

Conforme expusemos na apresentação da temática, as relações laborais de facto podem decorrer de uma relação laboral inválida. A invalidade do contrato de trabalho reconduz-se às situações previstas e reguladas nos artigos 121.º a 125.º do Código do Trabalho. O Código do Trabalho veio consagrar um regime próprio de invalidades, o qual é especial face ao regime geral da nulidade previsto no Código Civil (*cf.* artigos 286.º, 287.º e 289.º do CC).

A lógica do regime assenta no «princípio da conservação do contrato em sede de contrato de trabalho», numa formulação particularmente feliz de Júlio Gomes e Catarina Carvalho¹³⁵, fortemente influenciada pelo regime italiano, em particular pelo artigo 2126 do Codice Civile de 1942, que, sob a epígrafe «Prestazione di fatto con violazione di legge», contém a seguinte redacção:

«La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa.

Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione¹³⁶».

Mais concretamente, o Código do Trabalho prevê um regime especial de invalidade, cuja especialidade de regime consiste na *primazia da invalidade parcial sobre a invalidade total*. Tal decorre directamente da norma do artigo 121.º n.º 1 do CT, que

¹³⁵ Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho», 1999, pp. 151-152.

¹³⁶ O que, em língua portuguesa, pode ser traduzido na seguinte formulação: «A nulidade ou anulabilidade do contrato de trabalho não produz efeitos para o período em que a prestação foi executada, a não ser que a nulidade decorra da ilicitude do objecto ou da causa.

Se o trabalho for executado em violação de normas de imperativas de tutela do trabalhador, este, de qualquer forma, tem direito a retribuição».

dispõe o seguinte: «A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o contrato de trabalho, salvo quando se mostre que este não teria sido celebrado sem a parte viciada».

Por outro lado, o artigo 121.º n.º 2 do CT prevê expressamente a *substituição automática da cláusula do contrato de trabalho que viole norma legal imperativa*, o que traduz uma consagração específica do princípio de aproveitamento dos negócios jurídicos ou *favor negotii*¹³⁷, ao mesmo tempo que traduz a prevalência das normas imperativas sobre as convenções contratuais das partes.

Por fim, o regime das invalidades do contrato de trabalho introduz uma regra excepcional de *limitação dos efeitos da nulidade*¹³⁸, prevista na norma do artigo 122.º do CT, no seu n.º 1, que contém a seguinte redação: «O contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como válido em relação ao tempo em que seja executado».

Todos os traços de regime apresentados têm por finalidade a conservação do contrato de trabalho, a qual também se manifesta no artigo 125.º do CT, relativo à convalidação do contrato de trabalho. Dispõe o n.º 1 do artigo 125.º do CT que «cessando a causa da invalidade durante a execução de contrato de trabalho, este considera-se convalidado desde o início da execução».

A razão de ser de todo o regime especial de invalidade foi a consideração de um princípio basilar do Direito do Trabalho: o *princípio da protecção do trabalhador*, porquanto o trabalhador se revela, em regra, a parte mais fraca da relação laboral, merecedora de tutela jurídica acrescida. Para além deste princípio, também os princípios da *tutela da confiança* dos contraentes e o respeito pela autonomia privada são colocados em crise em face da invalidade do contrato de trabalho.

Debruçar-nos-emos sobre cada uma das características de regime elencadas.

¹³⁷ Configurado, numa formulação ampla, por Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, p. 755, nos seguintes termos: «Este princípio tem por conteúdo a orientação da interpretação, da concretização e da decisão jurídica no sentido da validade do agir negocial. (...) A validade é preferível à invalidade e, assim, sempre que for possível, deve o intérprete e o aplicador do direito tentar encontrar os processos e as soluções que evitem a invalidade. (...) O princípio do *favor negotii* é tributário do princípio da autonomia privada, do qual constitui, pode dizer-se, um sub-princípio».

¹³⁸ Que também é seguida pela doutrina italiana, que chega a afirmar um princípio de ineficácia da invalidade, *cf.* Carlo Zago-Garelli, *I Rapporti di Fatto com Particolare Riguardo al Rapporto di Lavoro*, 1964, p. 156, referindo-se a Rita Sanseverino e Barassi, *apud* Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho», 1999, pp. 156-157.

Capítulo III.II: O primado da invalidade parcial sobre a invalidade total

Conforme *supra* referido, um dos traços de especialidade do regime das invalidades do contrato de trabalho consiste na *primazia da invalidade parcial sobre a invalidade total*, nos termos do disposto no artigo 121.º n.º 1 do CT.

A razão de ser da consagração de tal regime – para lá do princípio da protecção do trabalhador, de ordem geral – consiste, por um lado, na tutela do princípio do maior aproveitamento dos actos jurídicos ou *favor negotii*, que preside os institutos civis de redução do negócio jurídico (*cf.* artigo 292.º do CC)¹³⁹ e de conversão do negócio jurídico (*cf.* artigo 293.º do CC).

Por outro lado, em nosso entender, a norma também visa salvaguardar o princípio da autonomia da vontade (*cf.* artigo 405.º do CC). Neste particular, a autonomia da vontade determina que não existe motivo para invalidar todo o contrato quando as partes, deparadas com a nulidade ou anulabilidade de algumas das suas cláusulas, chegam à conclusão que teriam concluído o negócio mesmo com a parte viciada¹⁴⁰.

A norma em apreço teve em consideração a *questão do alcance da nulidade*. Mais do que saber a partir de quando se produzem os efeitos da invalidação do contrato – questão da retroactividade ou não de efeitos da declaração de nulidade – também se afigura de particular relevância fixar se, por decorrência da invalidade do negócio, o

¹³⁹ Fazendo-se recurso do critério previsto no artigo 292.º do CC para a redução do negócio jurídico: reconstituição da vontade hipotética das partes caso as mesmas houvessem previsto a invalidade contratual.

¹⁴⁰ No âmbito de uma relação laboral de facto emergente de um contrato de trabalho inválido a consideração da autonomia privada diverge em relação ao juízo feito no âmbito das relações laborais de facto emergentes da não celebração de contrato de trabalho. Conforme expusemos quanto a estas, quando não haja sido celebrado um contrato de trabalho, não obstante se verificarem dois ou mais indícios de subordinação jurídica, a lei comina tal situação jurídica com a qualificação *ex lege* do contrato enquanto contrato de trabalho (por via da presunção de laboralidade do artigo 12.º do CT). Neste campo, o regime legal põe em crise a autonomia das partes, atenta a violação de normas legais imperativas e a fuga ao regime protector do Direito do Trabalho. Em caso de invalidade do contrato de trabalho, o regime legal vai, ao invés, ao encontro da vontade negocial das partes, já que as mesmas, *ab initium*, pretenderam celebrar um contrato de trabalho válido. Verifica-se, na comparação dos regimes em apreço, que a aplicação de um regime legal destinado a tutelar normas legais imperativas nem sempre é feita ao arpejo da autonomia contratual das partes.

mesmo fica globalmente inquinado ou se, pelo contrário, poderá subsistir quanto às cláusulas que não se revelem nulas.

A questão ora colocada transcende largamente o âmbito do Direito do Trabalho e da invalidade do contrato de trabalho, mas surge pertinente. Alguns autores afloram esta temática sob a égide da questão da *divisibilidade ou indivisibilidade do contrato*.

Conforme sustenta Galvão Telles¹⁴¹, as cláusulas válidas de um contrato nulo só se tornam nulas se o contrato for indivisível. O Autor, a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1957¹⁴², suscita diversas questões, a saber: primeiro, a questão de saber se a regra no direito português é a indivisibilidade ou, pelo contrário, a divisibilidade do contrato; segundo, a questão de determinar qual o critério de aferição, *in concreto*, da divisibilidade ou indivisibilidade das cláusulas contratuais.

De acordo com Galvão Telles, a aferição da divisibilidade ou indivisibilidade concretas reconduz-se a uma questão de prova. Assim, à luz da regra geral de repartição do ónus da prova prevista no artigo 342.º n.º 1 do CC, a parte contratual que pretender aproveitar-se da indivisibilidade ou da divisibilidade do contrato deverá prová-la em juízo e perante a parte contrária.

A decisão proferida pelo STJ a 9 de Abril de 1957 firmou doutrina no que respeita à questão da divisibilidade ou indivisibilidade do negócio jurídico. *No entendimento do STJ, o qual é igualmente sufragado por Galvão Telles, vigora no Direito português a regra geral da divisibilidade do contrato*. O fundamento da mesma é a consideração de que na falta de preceito legal, não é possível presumir pela indivisibilidade ou irredutibilidade do negócio jurídico. Nessa sequência, concluem que a indivisibilidade constitui, à luz da ordem jurídica portuguesa, a exceção¹⁴³.

¹⁴¹ Galvão Telles, «Anotação ao Acórdão do STJ de 09 de Abril de 1957. Sobre cláusulas do contrato nulas e efeitos dessa nulidade», *in O Direito*, 1957.

¹⁴² No referido Acórdão do STJ foi declarada a nulidade de um contrato de compra e venda de acções entre três contraentes no qual não foi observada uma opção de compra de acções. Discutiu-se em juízo o direito a indemnização pelo incumprimento contratual e o fundamento da nulidade do contrato, o artigo 10.º do Código Civil de Seabra (1863). No caso referenciado os Réus, que tinham assumido a posição de vendedores no negócio, não alegaram a invalidade do pacto de preferência nem tão-pouco provaram em juízo a incompatibilidade do pacto com as restantes cláusulas.

¹⁴³ É de notar que a posição então assumida pelo Autor vai ao arrepio da que havia sido primeiramente assumida pelo próprio (na obra *Dos Contratos em Geral*), segundo a qual vigoraria no

A questão da indivisibilidade do contrato coloca-se essencialmente quando relacionada com a temática da redução do negócio jurídico. Isto é, quando um contrato, fruto do acordo de vontades das partes, contém cláusulas contrárias à lei, qual o destino do mesmo? A nulidade total do contrato com fundamento em violação de norma legal imperativa (artigo 294.º do CC)? Ou a redução do contrato, com exclusão das cláusulas contratuais nulas?

Entende Galvão Telles que a *redução do negócio jurídico constitui um princípio geral do direito português, aceite pela doutrina e na jurisprudência de forma unânime*. Assim, face ao primado da redução do negócio sobre a nulidade total – isto é, no âmbito contratual, o primado do princípio o *favor negotii* sobre o princípio do formalismo legal - cumpre ainda apurar qual o critério que permite determinar quais as cláusulas em concreto que podem ser objecto de redução (a regra) ou, se face à nulidade de algumas das cláusulas, o contrato será, inevitavelmente, globalmente nulo. Tal critério não poderá, segundo Galvão Telles, ser outro que não o da divisibilidade do negócio jurídico.

Note-se que o critério legal que preside à redução do negócio é o da vontade hipotética das partes. Porém, para o Autor, um e outro critérios não são incompatíveis entre si, antes representando duas faces do mesmo conceito, já que, quando o contrato é indivisível, as partes, caso soubessem da invalidade parcial do mesmo, não o teriam querido quanto ao restante clausulado, o que importaria a nulidade total do contrato. Pelo contrário, quando o contrato é divisível, caso as partes soubessem da invalidade parcial do mesmo, providenciariam por aproveitar o restante clausulado, já que as cláusulas contratuais, nessa circunstância, não são estritamente interdependentes entre si.

Cumpre esclarecer que a indivisibilidade ou divisibilidade do negócio pode incluir-se em duas categorias, dependendo da fonte da mesma (in)divisibilidade: *indivisibilidade objectiva*, caso a mesma venha prevista expressamente no contrato ou,

direito português uma presunção legal de indivisibilidade do negócio jurídico, conforme é evidenciado pelo próprio na «Anotação ao Acórdão do STJ de 09 de Abril de 1957. Sobre cláusulas do contrato nulas e efeitos dessa nulidade», *in O Direito*. A viragem doutrinária do Autor relativamente a esta matéria deveu-se a duas ordens de razões: primeiro, de uma análise comparativa com o direito alemão foi possível verificar que naquela ordem jurídica foi expressamente introduzida na legislação contratual uma presunção de indivisibilidade do negócio jurídico, diferentemente do que se verifica no direito português; segundo, à face do direito português as presunções legais têm carácter excepcional, uma vez que contrariam as regras gerais de repartição do ónus probatório.

ainda que tal não suceda, quando tal seja o resultado da interpretação e/ou da integração contratuais; e *indivisibilidade subjectiva*, caso a mesma resulte, exclusivamente, de convenção contratual das partes nesse sentido, não se depreendendo directamente do teor do contrato ou da natureza das obrigações nele assumidas.

A principal fonte de determinação do carácter subjectivamente divisível ou não de um contrato será, e com predominância sobre os demais elementos, a interpretação global do contrato, devendo ser tidas em consideração, nomeadamente, as circunstâncias e o contexto em que o contrato é firmado. Por esta via será possível apurar, com elevado grau de certeza, e na falta de menção expressa no texto do contrato, qual foi a vontade das partes no que respeita à correlação ou interdependência estreita das diversas cláusulas contratuais entre si.

Capítulo III.III: A limitação dos efeitos da nulidade e a substituição automática da cláusula do contrato de trabalho violadora de norma legal imperativa pela norma violada

A característica mais contundente do regime das invalidades do contrato de trabalho consiste na *limitação dos efeitos da nulidade*, os quais não se repercutem retroactivamente no negócio, ao arrepio do regime geral previsto no artigo 289.º n.º 1 do CC. Atentando o teor da norma do artigo 122.º do CT, no seu n.º 1, resulta o seguinte: «O contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como válidos em relação ao tempo em que seja executado».

A nulidade corresponde ao vício mais grave dos actos e negócios jurídicos, decorrente de um juízo negativo de censura forte quanto ao acto jurídico praticado, pelo que acarreta efeitos gravosos – sendo o negócio globalmente inválido, a nulidade importa a destruição retroactiva dos efeitos emergentes do contrato inválido¹⁴⁴ e da destruição do *status quo* contratual em geral, conforme resulta expressamente do regime plasmado no artigo 289.º do CC.

A destruição retroactiva de efeitos pode revelar-se prejudicial à defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos das partes. Daqui se compreende que na ordem jurídica se encontrem consagrados regimes divergentes do *regime-norma* da nulidade, quando se revele necessário acautelar outros princípios jurídicos que são colocados em crise com a declaração de nulidade ou anulação.

No âmbito do Direito do Trabalho, a *ratio* que preside a esta opção legislativa prende-se com a consideração da natureza duradoura do vínculo laboral, que não seria compaginável, em termos práticos, com a retroactividade de efeitos da invalidação do contrato¹⁴⁵.

Se a nulidade do contrato de trabalho fosse uma nulidade típica, ambas as partes do contrato – empregador e trabalhador – ver-se-iam vinculadas pela obrigação de restituição de tudo quanto houvesse sido prestado ao abrigo do contrato.

¹⁴⁴ Fáticos e não jurídicos, já que o negócio nulo não produz, *ab initium*, quaisquer efeitos jurídicos.

¹⁴⁵ Neste sentido, Hueck/ Nickish, Däubler p. 122 e ss. e em Zöllner, p. 126 e ss., *apud* Hueck e Nickish, *Compendio del Derecho del Trabajo*. E ainda Mário Pinto, Pedro Furtado Martins, António Nunes de Carvalho, *Comentário às Leis do Trabalho*, vol. I, 1994, p. 72.

Na esfera jurídica do empregador existiria um dever de restituição da prestação de trabalho, a qual não se afigura fisicamente possível, porquanto exigiria que o empregador prestasse trabalho para o trabalhador, desempenhando as mesmas funções, em condições similares e pelo tempo em que o trabalhador prestou actividade.

Tal revela-se excessivamente oneroso, o que poderia limitar a alegação da invalidade. Também não corresponde a um efeito da invalidação que, em condições de normalidade, seja desejado pelas partes, nem tão-pouco prossegue um qualquer interesse de ordem pública, que não se encontra dependente da vontade das partes.

Na esfera jurídica do trabalhador existiria um dever de restituição da remuneração auferida durante o período de execução do contrato, o que se revelaria, igualmente, excessivamente oneroso para o mesmo ou, muitas vezes, financeiramente impossível, sob pena de insolvência do trabalhador.

Acresce que tal consequência da retroactividade de efeitos da invalidação do contrato actuarial, indirectamente, enquanto elemento dissuasor da alegação de invalidade, desta vez pelo trabalhador.

Note-se ainda que, conforme entendem Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «se os contratos de trabalho inválidos quando executados não produzissem os mesmos efeitos que produziriam se fossem válidos, estar-se-ia a abrir a porta a uma fácil fuga às normas legais imperativas¹⁴⁶».

Uma outra razão que concorre para a opção legislativa de limitação dos efeitos legais da invalidade do contrato de trabalho é a consideração da complexidade dos efeitos gerados pelo mesmo¹⁴⁷, no qual se compreendem, a título exemplificativo, deveres de custódia, de sigilo, de não concorrência, deveres de confidencialidade.

A regra da irretroactividade dos efeitos de declaração da nulidade, plasmada no artigo 122.º n.º 1 do CT, redundará na equiparação dos efeitos de um contrato inválido aos de um contrato válido, o que poderá constituir uma *ficção legal* destinada à prossecução de um interesse de ordem pública coincidente com a protecção do trabalhador enquanto parte contratual mais fraca.

¹⁴⁶ Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho», 1999, pp. 151-152.

¹⁴⁷ Júlio Gomes e Catarina Carvalho, *op. cit.*, *ibidem*.

A principal especialidade do regime das invalidades do contrato de trabalho encontra-se consagrada no artigo 121.º n.º 2 do CT, que dispõe que «a cláusula de contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída por esta¹⁴⁸». Não só a norma em apreço constitui um afloramento do princípio de aproveitamento dos negócios jurídicos ou *favor negotii*, como revela o forte pendor da imperatividade das normas laborais.

¹⁴⁸ Sobre este aspecto particular do regime da nulidade do contrato de trabalho pronunciou-se - Giorgio Fontana, *La conversione legal enei rapporti di lavoro atípico*, Rivista Italiana di Diritto del Laviro, 1993, I, p. 359, *apud* Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidez do Contrato de Trabalho», 1999, p. 155, nos seguintes termos: «A nulidade não é aqui [no Direito do Trabalho] um fim em si própria, mas antecipa geralmente a eficácia substitutiva da norma imperativa».

Capítulo III.IV: Do âmbito da doutrina das relações laborais de facto em face do regime legal; o princípio da tutela da materialidade gerada pelo contrato de trabalho inválido

As relações laborais de facto emergentes de contratos de trabalho inválidos são reconhecidas pela doutrina italiana, a qual se dedicou ao estudo apurado do tema da execução do contrato de trabalho e das consequências da mera execução do contrato. No espaço jurídico italiano é considerado, de modo transversal, que a temática das relações laborais de facto não perdeu utilidade em face do regime legal vigente.

Giorgi Fontana e Carlo Zago-Garelli vão mais longe, primando pelo reconhecimento de um princípio de sanção ou convalidação do contrato por via da simples execução do mesmo¹⁴⁹, nos seguintes termos: «tratar-se-ia de uma sanção do contrato em consideração da situação de facto, na presença da qual “a exigência de salvar a efectiva execução da relação prevalece sobre a exigência sancionatória determinada pelo vício (ob. cit., pág. 163). Tratar-se-ia, pois, de uma sanção excepcional e limitada ao período em que o contrato foi executado (ob. Cit., pág. 169)¹⁵⁰». Outros Autores avançam que a execução contratual é um elemento substitutivo do elemento contratual inválido¹⁵¹.

Parte da doutrina italiana aponta, enquanto tese justificativa do regime da invalidade do contrato de trabalho, que a prestação de facto de trabalho é a fonte dos deveres das partes e já não o contrato de trabalho, uma vez que este é inválido¹⁵². Assim, *durante a execução de um contrato de trabalho nulo*, a fonte dos deveres contratuais do empregador e do trabalhador ou a fonte da obrigação é a prestação material do trabalho.

¹⁴⁹ Neste sentido, Giorgio Fontana, *La conversione legal enei rapporti di lavoro atípico*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 1993, I, p. 373, e Carlo Zago-Garelli, *I Rapporti di Fatto com Particolare Riguardo al Rapporto di Lavoro*, 1964, pp. 162-163 *apud* Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho», 1999, p. 157.

¹⁵⁰ Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho», 1999, p. 157, nota de rodapé 18.

¹⁵¹ Giuseppe Andreoli, *Note in Tema di Contratto di Lavoro Nullo*, Rivista di Diritto del Lavoro, 1952, p. 53 *apud* Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho», 1999, p. 157.

¹⁵² Neste sentido, Salvatore Monticelli, *Contratto Nullo e Fattispecie Giuridica*, 1995, *apud* Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho», 1999, pp. 157-158.

Tal doutrina considera que a relação laboral de facto é meramente similar à relação de trabalho validamente constituída, não se podendo reconduzir a esta (não obstante o regime legal vigente).

Em caso de conservação parcial do contrato, em função da verificação de uma mera invalidade parcial, a doutrina em causa sustenta que deixa de existir obrigação de prestar trabalho, da parte do trabalhador, e correspondente obrigação de o receber, da parte do empregador¹⁵³. Assim, deixa de se produzir o efeito bivinculante ou obrigatório decorrente da relação laboral, extinguindo-se as obrigações recíprocas das partes, donde resulta a liberdade de recusa do cumprimento da prestação perante um contrato inválido.

Júlio Gomes e Catarina Carvalho consideram que esta construção comporta consequências incompatíveis com o direito positivo português: «por um lado, a prestação de trabalho acaba por ser tratada com um pagamento indevido; por outro, e o que é mais importante os autores rejeitam a aplicabilidade a esta relação de facto as normas que regem a cessação do contrato de trabalho válido¹⁵⁴».

Diversamente, esta última posição foi sustentada por Luís Brito Correia¹⁵⁵, o Autor considera que «ressalvado o caso de boa fé de uma só das partes, o contrato inválido executado constitui uma relação jurídica de trabalho imperfeita, em que não há obrigação de prestar trabalho».

De *iure constituto* afigura-se-nos que tal construção é expressamente afastada pela lei portuguesa, atendendo ao princípio que rege a matéria da invalidade do contrato de trabalho: o princípio da equiparação de efeitos entre o contrato de trabalho inválido e o contrato de trabalho válido, por referência ao período da execução contratual, conforme resulta do disposto no artigo 122.º do CT.

Assim, uma vez cessada a relação laboral, a protecção conferida pelo princípio da mitigação de efeitos da declaração de nulidade ou anulação do contrato deixa de

¹⁵³ Cfr. Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho», 1999, p. 159.

¹⁵⁴ Júlio Gomes e Catarina Carvalho, *op. cit., ibidem*.

¹⁵⁵ Luís Brito Correia, *Efeitos Jurídicos dos Contratos de Trabalho Inválidos Executados*, Economia e Finanças, Anais do Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras, vol. XXXVI, 1968, pp. 83-84, *apud* Júlio Gomes e Catarina Carvalho, «Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho».

ter fundamento. A atenuação dos efeitos visa, sim, proteger a posição do trabalhador enquanto o contrato continuar a ser executado.

Ora, sendo um dos efeitos da nulidade e da anulação absolutas a aniquilação da ordem jurídica daquele negócio jurídico enquanto fonte idónea de direitos e deveres recíprocos entre as partes, da mitigação de efeitos decorrente do artigo 122.º do CT só pode resultar, em nosso entender, que enquanto o contrato for executado, é o próprio, não obstante a invalidade, a fonte das obrigações contratuais.

Em face do exposto entendemos que, no direito português, não é lícita a recusa do cumprimento das prestações recíprocas das partes durante a execução do contrato com fundamento na invalidade do contrato.

Tal afrontaria o princípio da conservação do contrato a que nos temos vindo a socorrer e poria em causa a *ratio* do regime especial da invalidade do contrato: a protecção do trabalhador enquanto parte mais fraca, na medida em que da recusa lícita do cumprimento decorreria, também, que o empregador pudesse licitamente recusar-se a cumprir, entre outras, a obrigação de pagamento da remuneração.

Impõe-se, analisado o regime jurídico previsto para a invalidade do contrato de trabalho, que em tudo se destina a acautelar os direitos e deveres das partes emergentes do contrato – ainda que inválido –, com o fito específico de protecção do trabalhador, ponderar se, em face do direito português vigente, se afigura adequada a construção das relações laborais de facto.

Ou se, pelo contrário, encontrando-se previstas inúmeras válvulas do sistema tendentes a mitigar ou mesmo aniquilar os efeitos da nulidade ou anulação – a não retroactividade dos efeitos da invalidade, primazia da invalidade parcial, a substituição automática da cláusula violadora de norma legal imperativa por esta – se o sistema aniquilou o próprio propósito da doutrina das relações laborais de facto: proteger as partes em face da fragilidade ou debilidade das suas posições contratuais em consequência da invalidação do contrato de trabalho.

Em nosso entender, a doutrina das relações laborais de facto não perde utilidade pela mera circunstância de o regime jurídico vigente já prever mecanismos jurídicos tendentes a acautelar os mesmos princípios e valores que aquela acautela – como é o caso do direito português.

Assim, mais do que afirmar que as relações laborais de facto se tornaram *inúteis* ou *esvaziadas de conteúdo* em face do regime excepcional de invalidade do contrato de trabalho, consideramos que o referido regime legal previsto no direito português teve em consideração os princípios que presidem a doutrina das relações laborais de facto.

Ainda que a fonte clara da opção legislativa pela consagração de um regime excepcional de nulidade do contrato de trabalho não tenha sido expressamente a doutrina das relações laborais de facto – já que, até ao momento, a doutrina e a jurisprudência não construíram e densificaram a mesma com a fundamentação que propusemos – os princípios da boa fé, da autonomia privada, da protecção do trabalhador, do *favor negotii*, da conservação do contrato foram todos devidamente acautelados e ponderados tendo em vista criar um regime de invalidade do contrato de trabalho que se revelasse justo e equilibrado em face dos interesses divergentes das partes da relação laboral.

Sendo a doutrina nacional maioritária avessa a esta construção jurídica¹⁵⁶, recusando reconhecer-lhe as virtualidades que lhe imputamos, Romano Martinez entende, igualmente, que a construção jurídica das relações laborais de facto não perde utilidade à luz do direito português, pugnando que a «ficção de validade permite concluir que o contrato de trabalho inválido, durante o tempo em que foi executado, consubstancia uma relação contratual de facto¹⁵⁷».

No que diz respeito à razão de ser da relevância da doutrina das relações laborais de facto, cumpre reiterar que a execução de um contrato, coincidente com a materialidade decorrente do mesmo, não pode deixar de ser objecto de tutela jurídica, atenta duas ordens de razões: i) a execução de contrato, ainda que meramente aparente, cria na esfera jurídica das partes expectativas legítimas, tuteladas pelo princípio da protecção da confiança¹⁵⁸, decorrente do princípio da boa fé; ii)

¹⁵⁶ Neste sentido, entre outros, *vide* Júlio Gomes e Catarina Carvalho, *op. cit.*, pp. 165-166: «Para interpretar como desenvolvimento ou execução da relação de trabalho subordinado a prestação de um *facere* devem ser individualizáveis as características próprias da subordinação» (...), pelo que «a ausência de um tal comportamento concludente, parece-nos que não se deve aplicar, nem sequer por analogia, o artigo 15.º da LCT a estas hipóteses. Na verdade, no nosso entender, o artigo 15.º da LCT não representa a expressão do reconhecimento das relações contratuais de facto em matéria de direito do trabalho».

¹⁵⁷ Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 4.ª edição, p. 451.

¹⁵⁸ São requisitos da protecção da confiança, de acordo com Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito Civil*, 1986, a verificação dos seguintes condicionalismos: actuação que crie confiança na outra parte; situação de confiança justificada (imputável ao agente); efectivação de um investimento de confiança;

outrossim, o princípio da tutela da materialidade decorrente do contrato de trabalho inválido, que afluiremos de seguida.

Em face do regime de invalidade do contrato de trabalho vigente entendemos que do princípio da protecção do trabalhador, que lhe dá razão de ser, emana um subprincípio, no âmbito laboral, que designaremos de *princípio da tutela da materialidade gerada pelo contrato inválido*, o qual pode considerar-se *sistematicamente* afim do princípio da primazia da materialidade subjacente.¹⁵⁹

O princípio da *tutela da materialidade gerada pelo contrato inválido* destina-se a proteger juridicamente a factualidade quando esta é deixada aparentemente carecida de tutela jurídica e tendo em consideração que a *situação de facto* concreta se revela merecedora de tutela jurídica, porquanto emergem no seu seio direitos e deveres recíprocos das partes.

Diferentemente, o princípio da primazia da materialidade subjacente é um subprincípio que decorre da boa fé enquanto imperativo jurídico e exige a obtenção de resultados efectivos, uma vez que o Direito não se satisfaz com comportamentos que apenas correspondam formalmente aos objectivos mas que não os atinjam substancialmente¹⁶⁰.

nexo de causalidade entre actuação geradora de confiança e a situação de confiança; frustração da confiança (pela parte que a criou).

¹⁵⁹ Porquanto radicam no mesmo postulado jurídico: a boa fé, na sua acepção objectiva.

¹⁶⁰ São decorrências do princípio da primazia da materialidade subjacente a proibição do exercício de posições jurídicas de modo desequilibrado ou o aproveitamento de uma ilegalidade cometida de modo a prejudicar outrem (*tu quoque*).

CONCLUSÕES

No presente estudo debruçámo-nos sobre a temática das relações laborais de facto na óptica da doutrina das relações contratuais de facto e com foco em duas situações específicas: a das relações laborais de facto emergentes da não celebração do contrato de trabalho e a das relações laborais de facto emergentes de contrato de trabalho inválido, *i.e.*, de um contrato nulo ou anulável. Vejamos:

1. No que concerne à possibilidade de recurso às teorias avançadas pela doutrina para regulação das relações contratuais de facto, não vislumbramos inconvenientes na aplicação do regime do contrato correspondente – o contrato de trabalho – ou na aplicação de regras de protecção da confiança, com base no princípio da boa-fé, o qual assume particular relevo em sede negocial ou pré-contratual. Tal é o que resulta, igualmente, da lei portuguesa, quando prevê mecanismos jurídicos como a presunção de laboralidade ou a AERECT – tendentes ao reconhecimento de uma relação laboral não declarada pelas partes – e quando estabelece um regime especial de invalidade do contrato de trabalho, orientado pela máxima de conservação do contrato de trabalho.
2. Não obstante não discordarmos desta doutrina e do regime legal no que respeita ao destino a dar à relação laboral sem suporte contratual, avançamos fundamentos diversos para tal solução.
3. Em nosso entender, a *ratio iuris* da protecção jurídica conferida às relações laborais de facto emergentes da não celebração de contrato de trabalho são os princípios da protecção do trabalhador, da prevalência das normas legais imperativas e a política legislativa de combate ao falso trabalho independente, e já não o princípio da autonomia da vontade.
4. Por seu turno, os fundamentos específicos da tutela jurídica das relações laborais emergentes de um contrato de trabalho inválido são o princípio do

maior aproveitamento dos actos jurídicos ou do *favor negotii*, o princípio da autonomia privada, o princípio da protecção do trabalhador e o princípio da tutela da materialidade emergente de um contrato de trabalho inválido.

5. Em ambas as situações laborais sem suporte contratual analisadas surge um fundamento comum para a tutela conferida pelo Direito: um princípio que poderemos designar de *princípio de tutela da materialidade emergente da execução de um contrato*, o qual surge como sistematicamente afim do princípio da primazia da materialidade subjacente, e cuja raiz é o princípio da boa fé, na sua acepção objectiva. Numa perspectiva socialmente orientada, o princípio em questão poderá ser designado por *princípio de tutela da realidade ou da materialidade em face do Direito*.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João

- «Autonomia da vontade e direito do trabalho», in *Boletim Informação & Debate*, Lisboa, Abril 2013, pp. 43-62.

- *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

- «Direito do Trabalho e cidadania: contributo para uma análise das suas relações», in *Trabalho e Relações Laborais*, Cadernos Sociedade e Trabalho, n.º 1, coordenação António Oliveira das Neves, Celta Editora, Oeiras, 2001, pp. 97-107.

ALARCÃO, Rui, *A confirmação dos negócios anuláveis*, volume I, Editora Atlântida, Coimbra, 1971.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado da Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Tese de doutoramento em Direito (Ciências Jurídicas), 1990.

AMADO, João Leal, «Presunção de laboralidade: nótula sobre o artigo 12.º do novo Código do Trabalho e o seu âmbito temporal de aplicação», in *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, Coleção de Formação Inicial, Jurisdição do Trabalho e da Empresa, Centro de Estudos Judiciários, Dezembro de 2013, pp. 20-31, disponível online no sítio

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/trabalho_subordinado_trabalho_autonomo.pdf?id=9&username=guest

CORDEIRO, António Menezes

- *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 1984.

- *Direito das Obrigações*, volume II, AAFDL, Lisboa, 1986.
- *Manual de Direito do Trabalho*, Reimpressão da 1.^a edição, Almedina, Coimbra, 1997.
- *Tratado de Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo II, Almedina, Coimbra, 2010.

COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2009.

DRAY, Guilherme, *O princípio da protecção do trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015.

FERNANDES, António Monteiro

- «A reforma laboral contínua», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, vol. II - Abr/Jun., 2014, pp. 407-408.
- *Direito do Trabalho*, 17.^a edição, Almedina, Coimbra, 2014.

FREITAS, Pedro Petrucci, *Da acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, vol. IV, pp. 1423-1443.

GOMES, Júlio/ CARVALHO, Catarina, «Sobre o Regime da Invalidez do Contrato de Trabalho», in *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Memórias (org. António Moreira), Almedina, Coimbra, 1999, pp. 149-176.

HUECK, Alfred/NIPPERDEY, Hans Carl, *Manual de Direito do Trabalho*, trad. Espanhola

Compendio de Derecho del Trabajo, trad. Miguel Rodriguez Piñero e Luis Enrique de la Vila,

Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a edição, trad. José Lamego, Fundação

Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2012.

LEITÃO, Maria da Glória/ NOBRE, Diogo Leote, *Código do Trabalho Revisto Anotado e Comentado*, Vida Económica, 2009.

MALLET, Estêvão, «A subordinação como elemento do contrato de trabalho», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Almedina, Ano LII (XXV da 2.^a série), n.ºs 3 e 4, Julho-Dezembro 2011, Coimbra, pp. 11-13.

MARTINEZ, Pedro Romano

- *Direito do Trabalho*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2007.

- «Trabalho subordinado e trabalho autónomo», *in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, I, Almedina, Coimbra, Módulo III, 2001, pp. 271-294.

MELLO, Alberto Sá, «Situação jurídica laboral: notas para a definição de um paradigma», *in Trabalho e Relações Laborais*, Cadernos de Sociedade e Trabalho I, n.º 1, coordenação António Oliveira das Neves, Celta Editora, Oeiras, 2001, pp. 9-29.

MENDES, Armindo A. L. Ribeiro, *A gestão de negócios no direito civil português*, Lisboa, Dissertação apresentada no Curso Complementar de Ciências Jurídicas, 1971.

PINTO, Carlos Alberto Mota,

- *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982.

- *Direito das Obrigações* - Apontamentos das lições do ano lectivo de 1973/4, Encadernação Cabral, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1973-1974.

PINTO, Mário/ MARTINS, Pedro Furtado/ CARVALHO, António Nunes de, *Comentário às leis do trabalho*, vol. I, LEX, Lisboa, 1994.

QUINTAS, Paula/ QUINTAS, Hélder, *Manual de direito do trabalho e processo do trabalho*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2015.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma

- «Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – Breves Notas», *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* - Volume III, Almedina, Coimbra, 2011, p. 34 e ss..

- «Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo Código do Trabalho – breves notas», *in Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, Coleção de Formação Inicial, Jurisdição do Trabalho e da Empresa, Centro de Estudos Judiciários, Dezembro de 2013, pp. 32-49, disponível online no sítio

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/trabalho_subordinado_trabalho_autonomo.pdf?id=9&username=guest

- «Relação de trabalho e relação de emprego – contributos para a construção dogmática do contrato de trabalho», in *Estudos de Direito do Trabalho* - Volume I, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 125-156.

- *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 4.^a edição revista e actualizada ao Código do Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas em 2011 de 2012, Almedina, Coimbra, 2012.

- *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 5.^a edição revista e actualizada ao Código do Trabalho de 2009, Almedina, Coimbra, 2014.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, «As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do artigo 12.º do Código do Trabalho», in *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

SARAIVA, José, *O problema do contrato*, Jornal do Foro, Lisboa, 1950.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Anotação ao Acórdão do STJ de 09 de Abril de 1957*, Sobre cláusulas do contrato nulas e efeitos dessa nulidade, in *O Direito*, 1957, pp. 260-280.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10.^a edição revista e actualizada (reimpressão), Coimbra, 2003.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010.

VENTURA, Raúl

- «*Nulidade total e nulidade parcial do contrato de trabalho*», in *O Direito* (Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública), fascículo 4 (Out-Dez), ano 94, 1962, pp. 245-273.

- *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho – Estudos de Direito Privado*, Dissertação de Doutoramento em Direito (Ciências Histórico-Jurídicas) na Universidade de Lisboa, vol. I, Imprensa Portuguesa, Porto, 1944.