

ISCTE  **IUL**
Instituto Universitário de Lisboa

Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

**A LUTA CONTRA A FUGA AO DIREITO DO TRABALHO:
INSPIRAÇÕES NO MODELO JURÍDICO FRANCÊS**

Cindy Teiga Rua

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito do Trabalho e das Empresas

Orientador:

Prof. Doutor António Monteiro Fernandes, Professor Catedrático
Convidado, ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Setembro 2018

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor António Monteiro Fernandes, pela orientação preciosa, pela inestimável compreensão, e pela amizade. Por me ter oferecido a disponibilidade solicitada, e pelas maravilhosas palavras de motivação. E, sobretudo, por ter sempre acreditado em mim, apesar dos obstáculos que iria para realizar este trabalho.

Aos meus Professores do ISCTE, pela paciência, pelo apoio, pela adaptação à minha situação particular. Por nunca terem desistido de lecionar-me numa língua que não percebia totalmente e por terem tentado proporcionar-me sempre ensinamentos tendo em conta esta dificuldade.

À Sónia, pelas suas inúmeras explicações da língua portuguesa, pelas suas releituras dos meus trabalhos nestes dois últimos anos e pela transmissão dos seus conhecimentos. Sem a sua preciosa ajuda, seria mais difícil chegar até aqui.

Ficarei eternamente agradecida.

RESUMO

O estudo que se apresenta pretende analisar a problemática do recurso indevido a contratos de prestação de serviço em Portugal, com forma de fuga ao cumprimento das normas do Direito do Trabalho. Partindo da constatação de que esta realidade não se evidencia noutros países, tanto como em Portugal, foi feita uma comparação com o sistema francês. Pretende-se, assim, comparar as estratégias de ambos os países, no combate aos falsos contratos de prestação de serviço.

Neste sentido, este trabalho estrutura-se em duas partes, sendo a primeira orientada para a apresentação dos ordenamentos jurídicos, português e francês, no âmbito desta problemática.

Depois, esta investigação pretende proporcionar varias comparações jurisprudenciais, para analisar a apreciação feita pelos tribunais quando confrontados com estas situações.

Numa segunda parte, expõem-se os obstáculos ao combate aos falsos contratos de prestações de serviço, procurando explicar porque Portugal tem tantas dificuldades em contê-los, e limitar a sua propagação. Por um lado, identificam-se entraves ligados ao ordenamento jurídico português em si, tal como a alta proteção dos trabalhadores portugueses, bem como a falta de flexibilidade, necessária ao impulso à contratação laboral.

Em paralelo, também se denotam obstáculos cuja origem se encontra no ambiente macroeconómico. De facto, o desenvolvimento das novas tecnologias teve um impacto relevante no mercado do trabalho, através a aparição de formas de emprego atípico, por vezes propícias a contratação disfarçada.

Em suma, a dependência de os trabalhadores independentes perante o cliente torna-se cada vez mais problemático.

Palavras-chave: contrato de trabalho, contrato de prestação de serviço, qualificação do contrato, subordinação jurídica.

ABSTRACT

The present study intends to analyse the issue of undue recourse to service contract in Portugal, with the purpose of avoiding Labor Law. Base on the fact that this scourge is not evident in other countries, as it is the case in Portugal, notions of French Labor Law have been introduced. The aim is to compare how the fight against false service contracts is performed in Portugal and in France.

This analysis is structured in two part, the first one being oriented in the presentation of Portuguese and French legal systems, in the scope of this struggle.

Next, the investigation intends to provide several comparisons of jurisprudences, to analyse the assessment made by the courts when faced with this situations.

The second part of this study exposes the obstacles met in this struggle, and trying to explain why Portugal has so many difficulties in containing the false contracts of service, and to limit their propagation. On the second hand, there are obstacles linked to the Portuguese legal system per se, such as the high protection of Portuguese workers, as well as the lack of flexibility needed to boost employment.

In parallel, it also repairs obstacles that originate in the macroeconomic environment. In fact, the development of new technologies had an impact significant on the labor market, through the appearance of atypical forms of employment, sometimes conducive to hiring in disguise.

In the end, the dependence of the self-employed on the customer becomes increasingly problematic.

Keywords: employment contract, service contract, qualification of the contract, legal subordination.

LISTA DE SIGLAS

ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho

AFP – Agence France Presse

al. – (als.) – Alínea(s)

art. – (arts.) – Artigo(s)

BE – Bloco de Esquerda

Bull. – Bulletin

Ccass – Cour de cassation

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Civ. – civil

Crim - Criminel

DL – Decreto-Lei

Dr. – Doutor

ed. – Edição

INE – Instituto Nacional de Estatística

INSEE – Institut National de Statistiques et des Etudes Economiques

LCT – Lei do Contrato de Trabalho

nº(s) – número(s)

p.(p.) – página(s)

OIT – Organização Internacional do Trabalho

Proc. – Processo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Soc. – Chambre Sociale

ss – seguintes

URSSAF – Union de recouvrement des cotisations de la Sécurité sociale et d’allocations familiales

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	I
RESUMO.....	II
ABSTRACT	IV
LISTA DE SIGLAS	VI
ÍNDICE.....	VII
INTRODUÇÃO	1
<u>CAPITULO I. A EFICÁCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL PARA PREVENIR E LUTAR CONTRA OS FALSOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS</u>	1
A. As presunções legais.....	5
B. A demonstração da existência de relação laboral entre as partes: o laço de subordinação como noção chave	20
<u>CAPITULO II. AS DIFICULDADES DA LUTA CONTRA A FUGA AO DIREITO DO TRABALHO</u>	41
A. As dificuldades ligadas à própria legislação laboral	41
B. As dificuldades macroeconómicas	57
CONCLUSÃO.....	70
BIBLIOGRAFIA	73

INTRODUÇÃO

Num contexto económico caracterizado por uma concorrência mundial, pela globalização dos mercados, mas também pela aceleração das mutações tecnológicas, os 40 últimos anos foram marcados por uma transformação profunda do emprego e do trabalho em Portugal.

Ademais, a crise financeira de 2008 levou o país a enfrentar a pior situação económica e social da sua história recente, traduzindo-se, conseqüentemente, na deterioração do mercado do trabalho.

Como é sabido, Portugal requereu em 2011 assistência financeira à União Europeia (UE) ao Banco Central Europeu (BCE) e ao Fundo Monetário Internacional (FMI), que foi concedida, à condição de serem implementadas reformas estruturais que abrangessem o mercado do trabalho e a proteção social¹. Aliás, umas das principais recomendações tinham por objeto tornar o Direito do Trabalho português mais flexível, no âmbito de relançar a economia.

De facto, é isso que as empresas procuram. Mais flexibilidade para uma melhor gestão do risco. As crises recorrentes e a ausência de visibilidade dos mercados conduzem as empresas a adotar um comportamento prudente, gerindo o mais regradamente possível as despesas, mantendo, apenas, as competências essenciais.

Por estes motivos, face à mundialização, e como resposta aos desafios atuais, as empresas optam por encontrar essa flexibilidade no trabalho autónomo, favorecendo o desenvolvimento de formas atípicas de aproveitamento da prestação de trabalho. Assim, esta corrida permanente à melhor competitividade levou o setor empresarial a exteriorizar cada vez mais, a mão-de-obra, através a contratação de trabalhadores independentes.

¹ Memorando de Entendimento de Portugal sobre as Condicionalidades de Política Económica, de 17 de maio de 2011.

Neste sentido, esta situação verifica-se mormente em Portugal, onde no 2.º trimestre de 2017, “o número de trabalhadores por conta própria correspondia a 16,9% da população empregada, situando-se acima da média para a UE (14,6%)²”.

Para as entidades empregadoras, contratar trabalhadores por conta própria constitui uma oportunidade evidente de ajustar a sua mão-de-obra consoante as flutuações do mercado, mas também de evitar os custos inerentes à contratação laboral, nomeadamente, o pagamento de férias, licenças, subsídios, trabalho suplementar, compensação por cessação, entre outros.

De facto, conforme o art. 1154º do Código Civil português, um “contrato de prestação de serviços é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. Por definição, o que caracteriza esses trabalhadores é antes de tudo, a independência que mantêm perante a entidade contratante. Trata-se de uma obrigação de atingir um resultado, impedindo assim a empresa a constranger o trabalhador como se fosse subordinado. Para além disso, quando o contrato de prestação de serviço é oneroso, significa que o trabalhador vai receber uma remuneração paga através da emissão de faturas pelo trabalhador – os conhecidos *recibos verdes* – e não um salário.

Tal como será abordado neste estudo, desta independência decorre a impossibilidade do trabalhador ser subordinado à empresa, devendo, em princípio, permanecer autónomo na realização da prestação, objeto do contrato. Ao contrário, uma das principais características do contrato de trabalho é, precisamente, a subordinação jurídica ao qual é submetido o trabalhador face à entidade patronal.

Porém, esta dicotomia é central na determinação da aplicação da legislação laboral, uma vez que as disposições do Código do Trabalho só se aplicam aos trabalhadores subordinados, ou seja, ligados às empresas por um contrato de trabalho. No entanto, as fronteiras têm tendência a dissipar-se e a distinção entre trabalhadores empregados e independentes, a desvanecer cada vez mais.

A este respeito, observa-se em Portugal uma prática particular, que chama inevitavelmente à atenção de quem vem de fora: o recurso das empresas a um número

² SÓNIA TORRES, *O trabalho por conta própria em Portugal*, Instituto Nacional de Estatística, 15 de janeiro de 2018.

incalculável de contratos de prestação de serviço, como uma alternativa ao contrato de trabalho. Isto é, a utilização indevida – e por conseguinte, ilegal – a contratos de prestação de serviço, porque, apesar de existir um acordo contratual em que o trabalhador é formalmente independente, as suas condições de execução *de facto* revelam uma situação de trabalho por conta de outrem, ou seja, subordinada.

Desse modo, a escolha de um trabalhador independente mascara uma relação de trabalho subordinado e constitui uma evasão à aplicação do regime laboral, através da qualificação voluntariamente errada do contrato. Nas palavras de Joana Nunes Vicente, “opera-se uma deslaborização do vínculo laboral [...] tendo por objetivo a desresponsabilização do empregador e a subtração a tutela laboral³”.

E este fenómeno revela-se ainda mais intrigante quando se percebe que se trata de “um flagelo social que tem atravessado as últimas gerações⁴”, tornando-se numa das maiores preocupações sociais do país. Efetivamente, não se pode ignorar a precariedade que este regime induz, essencialmente ligada à instabilidade em termos de rendimentos, sendo objeto de grandes contestações. De facto os trabalhadores com falsos contratos de prestação de serviço “recebem um salário mensal consideravelmente inferior” aos dos trabalhadores com contrato laboral, cerca de 67% do salário destes últimos⁵.

Portugal assiste à expansão da utilização abusiva e generalizada dos falsos contratos de prestação de serviço: o país apresenta o segundo registo mais elevado da Europa, com quase 4% do emprego total nessa situação, cerca de 150 mil pessoas⁵. Além disso, Portugal teve um dos maiores agravamentos desta situação no conjunto da UE, uma vez que este número duplicou desde 2010.

Assim, algumas interrogações surgem. Porque é que esta realidade – que obviamente, não existe só em Portugal – não tem a mesma expressão noutros países? Como é que o legislador português enfrenta hoje em dia esta dificuldade? Quais são os obstáculos que dificultam o apuramento do mercado do trabalho desses chamados *falsos recibos verdes*?

³ JOANA NUNES VICENTE, *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da dissimulação e da fraude à lei*, Coimbra Editora, 2008.

⁴ CRISTINA MOREIRA CAETANO, *Estudo sobre os mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviço em relações de trabalho subordinado*, Dissertação de Mestrado em Solicitadoria de Empresa, Leira, setembro de 2016.

⁵ Relatório *World Employment and Social Outlook* da OIT, 2017.

Este estudo pretende assim refletir sobre estas questões, tentando fazer luz sobre algumas delas. Assim, no âmbito desta demonstração, serão introduzidas a título comparativo, noções de Direito do Trabalho francês, uma vez que ambos os países contemplam contratos de prestação de serviços. De facto, o mercado do trabalho não só mudou em Portugal, a França também foi impactada por essas transformações. Todavia, não se constata este fenómeno de forma tão propagada como em Portugal. Por essa razão, ao longo desta pesquisa, são apresentadas comparações com o modelo jurídico francês, tentando perceber como é que este ordenamento jurídico enfrenta esta fuga. A este respeito, referências ao estatuto francês da *autoentreprise* serão colocadas em paralelo entre os trabalhadores independentes e os ditos *autoentrepreneurs*, na medida em que estes correspondem ao estatuto que mais se assemelha-se.

Assim sendo, após uma exposição do estado do Direito do Trabalho atual, em ambos os países, no âmbito da prevenção e da luta contra a fuga ao Direito do Trabalho (I), o presente estudo explora os obstáculos que ainda dificultam este combate (II).

CAPITULO I. A EFICÁCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL PARA PREVENIR E LUTAR CONTRA OS FALSOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

As evoluções económicas das últimas décadas tornam cada vez mais ténue a fronteira entre relações laborais e relações independentes, realçando a relevância das presunções para determinar se se deve aplicar o Direito do Trabalho ou não (A). Aliás, não é raro existir nos ordenamentos jurídicos instrumentos especialmente criados para pôr fim à contratação disfarçada, ou pelo menos, limitar a sua vulgarização (B).

A. As presunções legais

Em sentido jurídico, uma presunção consiste na “indução de um facto desconhecido a partir de um conhecido, ou, noutros termos, no reconhecimento de um facto como assente a partir da prova de um outro⁶”. Traduz-se numa modulação das regras atinentes ao ónus da prova, designadamente no âmbito judicial: basta à parte interessada em provar o facto que se presume, fazer prova do que o faz presumir.

Assim, em determinados cenários, é a própria lei que liga a demonstração de certos factos a uma conclusão, provisória ou definitiva, sobre factos desconhecidos.

Em Portugal, o art. 350º do Código Civil prevê presunções legais:

“Quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz.

As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, exceto nos casos em que a lei o proibir. ”

Em França, é o art. 1354 do *Code civil* que dispõe que :

“A presunção que a lei agarra a alguns atos ou alguns factos, considerando-os certos, dispensa ao benefício de quem existe de comprová-los.

⁶ MILENA SILVA ROUXINOL, *Notas sobre a eficácia temporal do art. 12.º do Código do trabalho – A propósito do acórdão do tribunal da relação do Porto de 7 de outubro de 2013*, in “Revistada Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto”, v. 4, n. 4 (2014), pp. 70-83.

A presunção é dita simples, quando a lei reserva a prova do contrário, e pode então ser ilidida por todo meio de prova.”

Aliás, no domínio laboral, a necessidade de haver presunções nos ordenamentos jurídicos foi salientada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), na sua Recomendação 198. Após salientar que “a proteção assegurada pela legislação nacional e as convenções coletivas dependem do reconhecimento da existência de relações de trabalho e que existem situações em que a qualificação é difícil”, a OIT preconizou aos Membros a criação de “uma presunção legal de que existe uma relação de trabalho subordinado quando estão presentes um ou mais índices relevantes⁷.” Por isso, com o objetivo de combater a fuga ao Direito do Trabalho, a Organização sugeriu vários elementos que podiam ser tomados em conta para efeito da presunção, tal como a subordinação do trabalhador, a dependência económica ou a periodicidade da remuneração.

Assim, partindo da constatação de que de determinadas características das relações de trabalho decorrem, geralmente, a existência de uma relação laboral, a lei pode emoldurar as condições da presunção da existência de contrato de trabalho, embora ressalvando a possibilidade de prova em contrário, ou seja, da existência de trabalho autónomo.

Ambos os ordenamentos jurídicos português e francês preveem uma presunção no domínio laboral. Todavia, enquanto o Direito português estabelece uma presunção de laboralidade, é uma presunção de independência que está prevista na legislação francesa (1). Decorre desta distinção dois regimes diferentes, tanto em relação ao ónus da prova como à ilisão da presunção (2).

1. Presunção de laboralidade versus presunção de independência

Apesar de serem estabelecido em sentido oposto, ambos os ordenamentos jurídicos português e francês preveem uma presunção no domínio laboral.

⁷ Recomendação 198 da Organização Internacional do Trabalho (sobre a relação de trabalho), adaptada em 15 de junho de 2006, (artº 11º, alínea (b)).

Em Portugal, no que toca à presunção de laboralidade, a mesma viabiliza o Autor interessado, a pedir que a relação que o trabalhador mantém com o credor da atividade seja reconhecida como sendo de natureza laboral.

Aliás, tal como realçou o Dr. António Ramos, “a maior dificuldade em delimitar os dois contratos reside quando a matéria de facto apurada é dúbia, e contem elementos caracterizadores de ambos os contratos. Nem sempre é fácil proceder a uma qualificação jurídica, pois os argumentos que nos levam a optar por um contrato são contraditados por outros argumentos que podiam levar à outra opção⁸”. Existindo o caminho – criado pelas presunções – é assim mais fácil.

Foi a pensar nisso que o legislador consagrou essa presunção de laboralidade.

Aliás, em Portugal, o modelo desta presunção foi objeto de uma evolução legislativa nas duas últimas décadas, que convém analisar.

De facto, na sua antiga redação, a presunção de laboralidade consagrada no CT de 2003 estabelecia-se quando vários critérios fossem cumulativamente preenchidos:

- o prestador de trabalho estar inserido na estrutura organizativa do beneficiário da atividade e realizar a sua prestação sob as orientações deste;
- o trabalho ser realizado na empresa beneficiária da atividade ou em local por esta controlado, respeitando um horário previamente definido;
- o prestador de trabalho ser retribuído em função do tempo despendido na execução da atividade ou se encontrar numa situação de dependência económica face ao beneficiário de atividade;
- os instrumentos de trabalho serem essencialmente fornecidos pelo beneficiário da atividade; a prestação de trabalho ter sido executada por um período, ininterrupto, superior a 90 dias⁹.

⁸ ANTÓNIO RAMOS, Juiz do Tribunal da Relação do Porto, entrevistado por CRISTINA MOREIRA CAETANO, *Estudo sobre os mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviço em relações de trabalho subordinado*, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2016.

⁹ Art. 12 do Código do Trabalho de 2003.

Por um lado, convém sublinhar, que a presunção só podia ter lugar quando todas as condições sub mencionadas fossem preenchidas. Assim, o cúmulo dos requisitos, imposto nessa redação da presunção, acabava por “dar a cada requisito um peso único e absoluto, na medida em que a falta de apenas um inviabilizava a possibilidade de se verificar a existência de um contrato de trabalho¹⁰”.

Por outro lado, “a exigência da verificação cumulativa das características enumeradas podia levar a que se suscitarem dúvidas sobre a qualificação de situações que, sem este preceito, os tribunais considerariam, líquida e corretamente cobertas pelas leis do trabalho¹¹”. De facto, o preenchimento de todos esses critérios só podia levar à conclusão que o trabalhador se encontrava numa relação de trabalho laboral.

Por outras palavras, o preenchimento de todas as características constituía, praticamente, por si só, a prova da existência de uma relação laboral, e, portanto, não podia revestir só a qualificação de uma presunção. Tal é a posição do Professor Monteiro Fernandes, que considera nesta matéria, que “não se oferecia uma verdadeira presunção, mas uma – segunda – definição do contrato de trabalho¹²”.

Por conseguinte, “em vez de cumprir o objetivo de facilitar a prova de contrato de trabalho, a presunção podia desencadear um efeito perverso, dificultando-a ainda mais¹³”.

¹⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do art. 12.º do Código do Trabalho, nos 20 anos do Código das Sociedades*, Coimbra Editora, 2007, pp. 983.

¹¹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Edição Coimbra, 17ª ed., 2014, p. 137.

¹² ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Edição Coimbra, 17ª ed., 2014, p. 138.

¹³ JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, 2.ª ed., AAFDL, 2004, pp. 386. O autor acrescenta que “em primeiro lugar, porque o seu efeito útil [da presunção] é praticamente nulo. Por um lado, os requisitos do art. 12.º são cumulativos e extremamente exigentes. Por outro lado, o art. assenta não apenas em factos, como a existência de um horário previamente definido ou a duração contratual superior a noventa dias, mas também em conceitos extremamente complexos, como o da inserção na estrutura organizativa. Em consequência disto, nos casos de fronteira será praticamente certo que alguns requisitos do art. 12.º não se verifiquem. Quando a presunção funciona, isso significará que ninguém duvida da existência de um contrato de trabalho. [...] Isto porque, em virtude de não se preencherem algumas alíneas do art. 12.º, haverá tendência para considerar que não há contrato de trabalho, dado nem sequer se reunirem todos os elementos de uma mera presunção ilidível desse contrato. É preciso não cair neste erro, uma vez que, inclusivamente, algumas das alíneas referem-se a aspetos que podem facilmente estar ausentes do

Perante essas dificuldades, ligadas as suas condições de estabelecimento mas também à sua natureza como presunção em si, a Lei n.º 9/2006, de 20 de março, veio introduzir modificações substanciais na redação daquele preceito. A alegada “presunção de laboralidade” não desapareceu do ordenamento português, mas no art. 12.º passou a ler-se o seguinte:

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

À leitura desta versão da presunção de laboralidade, os elementos necessários ao seu estabelecimento coincidiam com a definição do contrato de trabalho, aos quais se acrescentava, todavia, mais alguns: a dependência do beneficiário da atividade e a inserção na estrutura organizativa deste. Assim, “a base da presunção mostrava-se mais exigente do que os próprios requisitos da noção legal de contrato de trabalho, pelo que, não existia qualquer presunção legal de laboralidade¹⁴”.

Em suma, a situação alterou-se com o atual Código do Trabalho. A presunção de laboralidade mantém-se presente no seu art. 12.º, n.º 1, mas agora, nos seguintes termos:

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

- a) A atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado;
- b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade;
- c) O prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário na mesma;

trabalho subordinado, como o horário, a retribuição fixa, a pertença dos meios de produção ao empregador ou a duração do vínculo por mais de noventa dias”.

¹⁴ VIRIATO REIS, DIOGO RAVA, *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, 2ª edição, Formação Inicial, Jurisdição do Trabalho e da Empresa, Centro de Estudos Judiciários.

- d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma;
- e) O prestado de atividade desempenhe funções de direções ou chefia na estrutura orgânica da empresa.”

À leitura deste art., presume-se que o trabalho é prestado de modo subordinado desde que se consiga provar que pelo menos duas¹⁵ destas características se verificam.

Assim, o Código do Trabalho de 2009 regressou a uma norma presuntiva com uma estrutura semelhante à redação originária de 2003, mas aligeirando o esforço do Autor, que não terá que provar cumulativamente os vários factos-base, mas apenas alguns, para que se possa aferir a existência dos elementos caracterizadores do contrato de trabalho.

Concentrando-se no objetivo principal de combater à fuga ilícita às normas laborais, o legislador português tornou esta presunção – pouco eficaz e dificilmente ultrapassável – numa verdadeira presunção com condições de aplicação acessíveis.

Aliás, apesar de o trabalhador ser o mais prejudicado numa situação de fuga ao Direito do Trabalho, não é o único sê-lo. O Estado também tem interesse na ação, uma vez que nem o trabalhador, nem o contratante fazem os descontos que impõe o contrato de trabalho. Assim sendo, perante a suspeição de utilização indevida do contrato de prestação de serviço, a Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT) pode iniciar o processo ao fim de regularizar a situação. Por outro lado, a ACT deve apenas dar início a este procedimento “se detetar que está em causa uma prestação de atividade que aparentemente está a ser proporcionada em situações análogas a um contrato de trabalho, conforme alude o art. 12º nº 1 do CT¹⁶”.

Em França, é uma presunção no sentido oposto que está em vigor, tratando-se de uma presunção de não laboralidade. Por outras palavras, certas situações fazem presumir que a relação contratual não é um contrato de trabalho mas sim um contrato de prestação de serviço.

¹⁵ No sentido de que bastará a verificação de dois dos índices para fazer operar a presunção: MARIA DA GLÓRIA LEITÃO e DIOGO LEOTE NOBRE, *Código do Trabalho Revisto - Anotado e Comentado*, Vida Económica, Porto, 2009, p. 32.

¹⁶ MOREIRA CAETANO CRISTINA, *Estudo sobre os mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviço em relações de trabalho subordinado*, Dissertação em Solicitaria de Empresa, setembro de 2016.

Aliás, esta presunção também foi objeto de uma evolução legislativa desde a sua instauração em 1994, com leis sucedendo-se a sua favor, ou no sentido da sua supressão.

Na sequência da entrada em vigor da lei Madelin do 11 de fevereiro de 1994¹⁷, qualquer pessoa singular que tivesse aberto atividade era presumida como não assalariada¹⁸. Este registo traduzia-se pela inscrição do trabalhador no *Registre du Commerce, Répertoire des Métiers*¹⁹, ou por ser abrangido pela *Union de Recouvrement pour la Sécurité Sociale et les Allocations Familiales (URSSAF)*²⁰ relativamente às profissões liberais.

Mais tarde, a lei *Aubry II* de 19 de janeiro de 2000²¹ eliminou esta presunção. O legislador considerou que a presunção de não laboralidade podia constituir um meio para desviar a aplicação das regras protetoras contidas no *Code du Travail*. Deste modo, a matrícula de uma pessoa num Registo deixou de ser um obstáculo à demonstração da existência de um contrato de trabalho. Por conseguinte, cabia ao contratante demonstrar que a relação jurídica que existia com o trabalhador não era um contrato de trabalho, mas sim um contrato de prestação de serviço.

Todavia, vários relatórios denunciaram as requalificações que operavam enquanto o trabalho independente emanava da vontade do trabalhador. Preconiza-se, então, de voltar à presunção de independência como princípio de base, fundando-se na

¹⁷ Lei n° 94-126 de 11 fevereiro de 1994 *relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle*, conhecida pela *Loi Madelin*, do nome do Ministro das empresas e do desenvolvimento económico, em cargo da pequenas e médias empresas, do comércio e do artesanato da época, à origem desta lei.

¹⁸ Antigo art. L.120-3 do antigo *Code du Travail*.

¹⁹ Em França, os trabalhadores independentes têm de inscrever-se num desses registos para poder exercer legalmente a atividade. Estas inscrições têm principalmente por objetivo a identificação das empresas e a centralização do conjunto de informação legal sobre elas.

²⁰ Criada em 1960, a *URSSAF* é o organismo francês que recolha as cotizações e as contribuições sociais que permitem financia o cargo ou o reembolso dos tratamentos médicos, das indemnizações no caso de baixa por doença, acidente do trabalho e licença de maternidade, mas também o pagamento das reformas e das alocações familiares.

²¹ Lei n° 2000-37 de 19 de janeiro de 2000 *relative à la réduction négociée du temps de travail*, conhecida pela *Loi Aubry II*, do nome da Ministre do Emprego e da Solidariedade da época, à origem desta lei;

preeminência da vontade do trabalhador sobre a dos organismos sociais. O legislador reconhece que o estatuto de trabalhador independente não é sempre imposto, podendo, pelo contrário, resultar de uma escolha pessoal, preferível ao trabalho assalariado.

Assim sendo, a lei de 1º agosto de 2003²² restabeleceu a presunção de independência, colocada hoje em dia no art. L.8221-6, I-1º do *Code du Travail*:

“São presumidas não estar ligadas com o contratante por um contrato de trabalho na execução da atividade [...] as pessoas singulares registadas no *Registre du commerce et des sociétés* e no *Répertoire des Métiers*”.

Aliás, em 2008, quando foi criado o estatuto de *autoentrepreneur*, esta presunção foi estendida pela Lei de Modernização da Economia²³ de modo a abrangê-lo.

De facto, os *autoentrepreneurs* também têm obrigação de matricular-se no *Registre du commerce et des sociétés* ou no *Répertoire des Métiers*, quando abrem atividade. Para além dos objetivos gerais já mencionados, essa matrícula visa também fornecer um acompanhamento mais adequado – sendo muito pequenas empresas – e permitir o controlo do trabalho dissimulado.

Aliás, o art. L.8221-6-1 do *Code du Travail* reforça a presunção de independência, oferecendo uma definição da noção de *trabalhador independente*:

“É presumido trabalhador independente aquele cujas condições de trabalho são definidas por ele só, ou pelo contrato que o liga com o contratante”.

Assim, apesar de não existir nenhuma definição legal do contrato de trabalho na lei francesa, alguns elementos permitem todavia desenhar uma, pelo seu sentido contrário: não é presumido trabalhador independente aquele cujas condições de trabalho não são definidas por si só.

²² Lei n° 2003-721 de 1º de agosto de 2003 para a iniciativa económica, conhecida pela *Loi Dutreil*, do nome do Ministro das pequenas e médias empresas, do comércio, do artesanato e das profissões liberais da época, à origem desta lei;

²³ Lei n°2008-776 de 4 de agosto de 2008, *relative à la modernisation de l'économie*.

Estas precisões marcam a vontade do legislador em se precaver contra uma eventual requalificação judicial da convenção que liga o trabalhador independente ao cliente num contrato de trabalho. Em paralelo, não se pode ignorar que esta lei reforçou o papel dos tribunais para moderar os efeitos nefastos que esta presunção poderia conter ao favorecer a contratação disfarçada²⁴.

Com o restabelecimento da presunção de não laboralidade, o legislador francês pretendeu, por um lado, tornar mais seguras as relações contratuais entre trabalhadores independentes e contratantes, promovendo a vontade das pessoas que escolheram o estatuto de independente, e, por outro, favorecer o desenvolvimento do trabalho independente, apostando numa lógica de criação de empresas.

Enquanto em Portugal, o legislador tem por ambição de lutar contra a contratação disfarçada, é interessante apontar que o legislador francês se insere numa lógica oposta. De facto, apesar de não negar a problemática da fuga ao Direito do Trabalho, o legislador francês apostou na reintrodução de um elemento de segurança pelo contratante, com o objetivo de promulgar a iniciativa económica.

No entanto, essas idas e voltas legislativas francesas ilustram as dificuldades do legislador em determinar sobre quem tem que beneficiar a presunção.

Portanto, pode concluir-se que é de extrema importância a análise das consequências da distinção entre presunção de laboralidade e presunção de independência, que residem essencialmente na atribuição do ónus da prova.

2. Ónus da prova e ilisão da presunção

A presunção legal, quando existe, tem influência na atribuição do ónus da prova, uma vez que condiciona sobre quem este recai.

Em Portugal, e relativamente à matéria em apreço, o estabelecimento da presunção de laboralidade pelo trabalhador faz caber ao empregador a demonstração da inexistência de trabalho subordinado, ou seja, a ilisão da presunção.

²⁴ MARC VERICEL, “Le rétablissement de la présomption de non salariat (art. 23 de la Loi du 1^{er} août pour l’initiative économique)”, *Droit Social*, n.º 3, 2004, pp. 297 ss.

O ónus da prova consiste na atribuição determinada da incumbência de comprovar fatos que lhe são favoráveis no processo. Assim, o ónus da prova é de fundamental importância quando não há prova de determinado facto no processo, como, nomeadamente, na ação de reconhecimento da existência de um contrato de trabalho. De facto, trata-se de demonstrar, através um conjunto de indícios, a existência de uma relação laboral. Assim, o ónus da prova do estabelecimento da presunção recai sobre o Autor da ação.

Em França, o legislador concebeu a presunção diferentemente: a presunção de independência está estabelecida desde que o trabalhador se matricula no *Registre du commerce et des sociétés* ou no *Répertoire des Métiers*. Por outras palavras, a presunção de independência instaura-se desde o início da atividade do trabalhador, uma vez que a sua matrícula num desses ficheiros é obrigatória para poder exercer. Por conseguinte, para exercer a sua atividade, o trabalhador não tem outra hipótese do que estabelecer a presunção segundo a qual trabalhara de forma independente.

Assim, a presunção de não laboralidade entra em vigor de forma passiva, uma vez que não resulta da vontade do trabalhador, mas converte-se numa condição para ele poder exercer a sua atividade.

Isto significa que, por um lado, se presume automaticamente que o trabalhador é independente desde que registre a sua atividade, e que por outro lado, a presunção de não laboralidade já está a correr independentemente de um processo ser iniciado. Por outras palavras, o processo de requalificação da relação jurídica não se inicia através da tentativa de estabelecimento da presunção, mas através da sua própria ilisão. Por conseguinte, incumbe o trabalhador que pretende ver requalificada a relação jurídica que o liga com o cliente num contrato de trabalho, em primeiro, de ilidir esta presunção de independência.

Aliás, tal como em Portugal, a requalificação de uma relação de trabalho só pode resultar de uma decisão judicial. Esta ação pode ser iniciada perante o *Tribunal des affaires de*

*Sécurité sociale (TASS)*²⁵, o *Conseil des prud'hommes*²⁶, ou pelo *Tribunal correctionnel*²⁷.

A requalificação em contrato de trabalho surge após um controlo administrativo e/ou a revindicação da qualidade de trabalhador assalariado. Portanto, a ação judicial de requalificação em contrato de trabalho decorre:

- a contestação de um controlo administrativo operado pela URSSAF e/ou a Inspeção do trabalho. O litígio é apresentado perante o juiz do TASS e pode até ser levado perante o juiz *correctionnel*, se houver suspeição de trabalho dissimulado.
- e/ou do pedido de um trabalhador independente revindicando o estatuto de trabalhador assalariado. O litígio é apresentado perante o juiz *prud'homal*, uma vez que o trabalhador estima que as condições em que prestou atividade relevam de um contrato de trabalho.

Relativamente às eventuais divergências que podem ocorrer entre os diferentes tribunais, a *Cour de cassation* afirmou que “o contrato de trabalho obedece a uma definição única, em Direito do Trabalho como em Direito da Segurança Social²⁸”. Por conseguinte, o reconhecimento de uma relação de trabalho assalariada pelo juiz do TASS implica necessariamente uma solução idêntica em Direito do Trabalho²⁹.

²⁵ O *Tribunal des affaires de sécurité sociale* (traduzido por “tribunal dos casos relativos à segurança social”) é competente para julgar os litígios relativos ao benefício da segurança social e às obrigações aferentes. Após um controlo da URSSAF, o beneficiário da prestação de serviço pode contestar essa decisão e recorrer perante o TASS. São nomeadamente apresentados perante esse tribunal os casos relativos à afiliação de um trabalhador à segurança social, o pagamento das cotizações sociais pelo empregador, etc.

²⁶ O *Conseil des prud'hommes* (traduzido por “Conselho dos *prud'hommes*) tem competência para julgar os litígios relativos ao contrato de trabalho, seja a sua existência, o seu desenrolar, e a sua rutura.

²⁷ O *Tribunal correctionnel* (traduzido por “tribunal correcional”) é competente para tratar de processos penais, incluindo os em que suspeita-se uma situação de fraude com objetivo é escapar à aplicação das regras do *Code du Travail* e do *Code de la sécurité sociale*.

²⁸ Cass. soc., 13 novembre 1996, n°94-13.187, Bull. civ., V, n° 386, conhecido como o acórdão *Société Générale*..

²⁹ Esta decisão marca a vontade da *Cour de cassation* de fazer coincidir, pela definição de critérios comuns, a noção de laço de subordinação, caracterizando o salariedade em Direito do Trabalho e em Direito da segurança social, apesar de existir uma autonomia do Direito da segurança social em

Um tal princípio está carregado de consequências, nomeadamente em matéria de ónus da prova, uma vez que pode conduzir cada uma das partes a fazer a economia desta prova. De facto, desde que uma relação contractual seja reconhecida como laboral por um juiz, a mesma solução impõe-se a outra jurisdição.

Em Portugal, o processo de reconhecimento da existência de uma relação laboral começa pela tentativa de estabelecimento da presunção de laboralidade, preenchendo vários indícios do art. 12 do Código do Trabalho.

Para além disso, tanto no modelo jurídico francês como no português, as presunções às quais se faz apelo a propósito são simples, o que significa que podem ser ilididas pela outra parte afetada ao processo.

A ilisão da presunção de laboralidade – ou de independência – tem por efeito inverter o ónus da prova dando conta da existência, ou da inexistência, de uma relação laboral entre as partes.

Tal como já referido, a ilisão da prova é inversa entre os modelos jurídicos português e francês. Em Portugal, uma vez a presunção de laboralidade estabelecida, recai sobre o presumido empregador ilidi-la, ou seja, demonstrar que está efetivamente ligado ao trabalhador por um contrato de prestação de serviço. Em França, a situação é bastante diferente: a presunção de independência aplicanda ao trabalhador desde a declaração de abertura de sua atividade, e o ónus através da tentativa de ilisão desta presunção que o processo se inicia.

Por outras palavras, o processo do reconhecimento da existência do contrato de trabalho em França começa com a tentativa do Autor em ilidir a presunção que se aplica sobre o trabalhador, e que, aliás, ele próprio estabeleceu. Assim, depende unicamente do Autor conseguir demonstrar a existência de um contrato de trabalho que o empregador terá de demonstrar o contrário.

Assim sendo, enquanto a ilisão da presunção de independência cabe ao presumido trabalhador francês, recai sobre o presumido empregador português ilidir a presunção de laboralidade, uma vez estabelecida pelo Autor.

relação ao Direito do Trabalho. Para ir mais longe: Le Lamy – Procédure prud’homale, étude 103-3 Droit du Travail et droit de la Sécurité Sociale, 2014, version 2.

Esta distinção é de fundamental importância, porque vai orientar a discussão à volta do risco da insuficiente demonstração da existência, ou da inexistência, de um contrato de trabalho.

- **Em Portugal, o risco da insuficiente demonstração da inexistência de um contrato de trabalho recai sobre o presumido empregador.** Se os elementos fornecidos pelo empregador não permitem estabelecer que a relação é efetivamente independente, os juízes tomaram uma decisão em favor da existência de um contrato de trabalho.
- **Em França, o risco da insuficiente demonstração da inexistência de um contrato de trabalho recai sobre o presumido trabalhador.** Quando se mostra inconclusiva a prova produzida pelo trabalhador, a presunção de laboralidade não se estabelece, tendo por consequência a não consideração da existência de contrato de trabalho entre as partes.

Por conseguinte, das oposições no domínio das presunções de laboralidade em França e em Portugal decorrem consequências de grande relevância, tanto pelo Autor como pelo empregador.

Aliás, a análise da evolução da legislação portuguesa a propósito da presunção de laboralidade testemunha da vontade do legislador em tornar a ação de reconhecimento da existência de um contrato de trabalho mais acessível para o trabalhador. De facto, face à dificuldade que o art. 11º impõe para que o trabalhador consiga provar todos os elementos constitutivos do contrato de trabalho, o art. 12º surgiu como a porta de salvação. Nas palavras do Dr. António Ramos, “examinando o Código do Trabalho de 2003 e posterior alteração, convém observar que o legislador, reconhecendo essa dificuldade, veio facilitar a demonstração da existência do contrato de trabalho”. Houve nesse aspeto uma evolução positiva.

Hoje em dia, deixa de ser necessário provar todos os elementos constantes no art. 11º do Código do Trabalho, bastando demonstrar duas das características previstas no art. 12º do Código do Trabalho. A ação do Autor exigida no ordenamento português aparece muito menos exigente, a finalidade primordial desta alteração da norma que contém a presunção de laboralidade é facilitar a prova dos elementos que preenchem a noção de contrato de trabalho.

Convém realçar que numa altura em que se pretende combater os falsos contratos de prestação de serviços, cada vez mais se justifica essa presunção, pois, sem ela, muitas das situações que na verdade relevam de uma relação laboral nunca poderiam ser provadas.

Ao contrário, a apreciação da evolução legislativa francesa no mesmo domínio inscreve-se numa lógica oposta, e tende a confirmar o encargo do trabalhador no âmbito do reconhecimento da existência de uma relação laboral.

O papel do trabalhador exigido no ordenamento francês apresenta-se muito mais constringido do que no ordenamento português. De facto, realçando que a presunção já existe antes do processo ser iniciado, o que cabe ao Autor é mesmo a demonstração da existência de uma relação laboral, ou seja, a mesma coisa que em Portugal é exigida ao empregador.

Esta diferença de tratamento no processo evidencia vários elementos:

Com o objetivo de diminuir a taxa de desemprego, a presunção da independência francesa testemunha da vontade do legislador de garantir a segurança das relações contratuais e assim incentivar o trabalho independente, no âmbito da redução da taxa de desemprego.

Aliás, a aplicação da presunção de independência desde o início da atividade do trabalhador constringe-o a renunciar antecipadamente ao direito de prevalecer-se de um contrato de trabalho. O trabalhador tem assim consciência desde o início da sua atividade que se encontra sob uma presunção de não laboralidade, sendo implícito que o próprio teria de comprovar o contrário, em caso de contestação. O trabalhador que quer intentar um processo para ver requalificada a relação de trabalho, tem obrigatoriamente um papel ativo. Esta circunstância que pode dissuadi-lo destas diligências. Isto pode explicar-se pelo facto de não existir em França uma situação tão crítica de abuso ao recurso de contratos de prestação de serviço. Por conseguinte, lutar contra esta circunstância não é a prioridade do legislador francês, mas sim, a promoção do emprego independente.

Em Portugal, o papel do Autor é sensivelmente menos ativo, uma vez que lhe basta comprovar, pelo menos, dois elementos do art. 12 do Código do Trabalho. Perante as disfuncionalidades dos falsos contratos de prestação de serviço, e as consequentes repercussões nos trabalhadores vítimas desta circunstância, percebe-se que o legislador quis tornar o processo acessível, no âmbito de combater este flagelo.

A ilisão da presunção em Portugal consiste pelo Reu em comprovar que a relação contractual discutida não é um contrato de trabalho, enquanto em França, trata-se pelo Autor de demonstrar a existência de uma relação laboral.

B. A demonstração da existência de relação laboral entre as partes: o laço de subordinação como noção chave

O estabelecimento da presunção de laboralidade em Portugal e a ilisão da presunção de independência em França, conduzem à aplicação de regimes jurídicos decorrentes (1), dos quais o laço de subordinação jurídica encarna a pedra de toque (2).

1. A ação portuguesa em reconhecimento da existência de um contrato de trabalho versus a ação francesa em requalificação do contrato

Para encarar a crise económica, muitos empregadores evitam contratar trabalhadores, recorrendo a contratos de prestação de serviços, a fim de assegurar a continuidade das suas empresas sem terem de suportar os custos que um contrato de trabalho ocasiona. Perante este tipo de comportamento fraudulento, ambos os ordenamentos jurídicos português e francês, preveem a aplicação de normas específicas.

Aliás, a análise que se pretende apresentar aqui, só tem – por enquanto – por objetivo de expor as etapas dessas ações, a fim de realçar a sua acessibilidade pelo Autor, deixando para mais tarde as discussões e dificuldades que podem delas decorrer. Para além disso, também não se tenciona fazer uma apresentação detalhada das ações mas concentrar-se na identificação dos maiores obstáculos que nelas se encontram.

Em Portugal, no âmbito do combate ao recurso indevido a contratos de prestação de serviço, a Lei nº63/2013, de 27 de agosto criou a “ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho³⁰”, proporcionando ao julgador uma nova ferramenta para ajudar a redimir o problema.

Assim, uma vez a presunção de laboralidade verificada pela ACT, ela lavra um auto e notifica o empregador para, no prazo de 10 dias, regularizar a situação ou se pronunciar sobre a mesma. Se o empregador fizer prova de regularização da situação do trabalhador, concluindo um contrato de trabalho com o trabalhador, o processo é arquivado. No caso contrário, a ACT remete o processo para os serviços do Ministério Público (MP) da área do trabalhador, para fins de instauração de ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, no prazo de 20 dias.

³⁰ Lei nº63/2013, de 27 de agosto, sobre o combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços, em relações de trabalho subordinado.

Na petição inicial, o MP expõe os fundamentos de prova recolhidos, e o presumido empregador é citado para contestar. O juiz profere decisão condenatória no prazo de 10 dias caso o empregador não apresente contestação.

No dia marcado para a audiência, o juiz realiza a audiência das partes, caso os presumíveis trabalhador e empregador se encontrem presentes ou representados, onde se procura conciliá-los. O objetivo desta tentativa de conciliação é de pôr termo ao litígio, procurando um acordo equitativo.

Não sendo possível a conciliação das partes, o julgamento inicia-se de imediato, produzindo-se as provas que ao caso pertencem. É nesta fase que o pretendido empregador tenta defender que não há entre ele e o trabalhador qualquer relação laboral, ou seja, ilidir a presunção. De seguida, é logo proferida e ditada para ata sentença sucintamente fundamentada. Por último, a decisão proferida pelo tribunal é comunicada à ACT e ao Instituto da Segurança Social.

Em França, tal como enunciado precedentemente, a requalificação em contrato de trabalho segue de um controlo administrativo e/ou da reivindicação do trabalhador na qualidade de trabalhador assalariado.

Se o caso é apresentado perante o juiz *prud'homal*, uma tentativa de conciliação das partes tem de ser agendada antes da audiência de julgamento. Nem as partes, nem os juízes *prud'homaux* podem afastar a conciliação, que corresponde à primeira fase do processo, sob pena dele ser viciado. Assim, a tentativa de conciliação só tem lugar quando o processo é apresentado perante o *Conseil des Prud'hommes*, e este mesmo *Conseil* só tem legitimidade na ação quando é o trabalhador que inicia a ação.

Isto quer dizer que a fase de conciliação se encontra quando existe uma contestação por uma das partes – sendo na maioria dos casos o trabalhador – sobre a natureza do contrato discutido. Ao contrário do que prevê o processo português, a fase de conciliação na ação francesa visa resolver um litígio existente entre as partes, que levou precisamente a esta ação judicial. Uma tentativa de conciliação bem-sucedida resulta ou no reconhecimento da existência de uma relação laboral, ou num acordo pecuniário entre as partes.

Assim, não podem encontrar-se na fase de conciliação do processo francês, um empregador contratante e um trabalhador quando ambos concordam com o facto da relação contratual ser independente. Deste modo, não há lugar ao questionamento sobre

a desistência da ação por parte do trabalhador – no caso de ser iniciada pela administração – porque esta fase conciliatória só ocorre precisamente quando há conflito entre as partes da relação contratual.

Por isso, quando o processo é iniciado pelo Inspetor do trabalho ou da URSSAF, a fase de conciliação não está prevista.

Depois, qualquer que seja o juiz chamado no âmbito da requalificação, vai ter que determinar se no desenvolvimento da relação de trabalho em apreço, se encontrou um laço de subordinação entre as partes. No caso afirmativo, esta relação será requalificada em contrato de trabalho. De facto, na prestação de serviço, não existe esta subordinação, tendo o trabalhador autonomia relativamente aos termos da execução do trabalho.

2. O laço de subordinação: a pedra de toque na distinção entre contrato de prestação de serviço e contrato de trabalho:

Tanto no ordenamento jurídico português como no francês, o debate sobre a existência de um contrato de trabalho é um clássico, articulando-se sobre as suas três componentes cumulativas: o fornecimento de uma prestação de serviço por parte do trabalhador, uma remuneração paga pelo contratante em contrapartida, e a submissão do trabalhador a um laço de subordinação jurídica perante o contratante.

Dispõe assim o art. 1152 Código civil que:

“[O] contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direção desta.”

Por sua vez, o art. 11º do Código do Trabalho português define o contrato de trabalho como sendo:

“Aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”.

Aliás, os tribunais identificaram a subordinação jurídica no seio da relação laboral, como sendo o “elemento típico e distintivo³¹”, traduzida no poder do empregador em conformar a prestação a que o trabalhador se obrigou, através de ordens, diretivas e instruções.

A partir destas noções, “há contrato de trabalho quando o trabalhador desenvolve a sua atividade com sujeição aos poderes laborais de autoridade do credor; 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 trabalho³²”.

Em paralelo, a lei francesa não dá nenhuma definição do contrato de trabalho. Perante este silêncio, a jurisprudência elaborou cedo os critérios que permitem identificar um contrato de trabalho: “há contrato de trabalho quando uma pessoa se obriga a trabalhar por conta e sob a direção de outrem, tendo como contrapartida uma remuneração³³”.

Na doutrina, segundo os Professores PELISSIER, SUPIOT e JEAMMAUD, o contrato de trabalho é a “convenção pela qual uma pessoa física se cumpre a pôr a sua atividade à disposição de outra, física ou moral, sob a subordinação da qual se coloca, mediante remuneração³⁴”.

Assim, a jurisprudência e a doutrina francesas acordam considerando que o contrato de trabalho é caracterizado por três elementos cumulativos: o fornecimento de um trabalho, uma remuneração e um laço de subordinação. Ao mesmo tempo, relevam que destes três

³¹ STJ de 17 de maio de 2007. No mesmo sentido: STJ 06/03/1991, BMJ, 405, pp.322: “É a subordinação jurídica a pedra de toque que caracteriza o conceito de contrato de trabalho pois coloca o prestador de trabalho sob a autoridade da entidade patronal que lhe pode dar ordens relativas ao modo, tempo da execução do seu trabalho, disciplinando e vigiando o seu comprimento”; STJ de 24/02/11: “O elemento típico distintivo do vínculo juslaboral é a subordinação jurídica do trabalhador, traduzida no poder do empregador de conformar, mediante ordens, diretivas e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou.”

³² VIRIATO REIS, DIOGO RAVARA, *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*, Centro de Estudos Judiciários, Coleção de Formação inicial, dezembro de 2013.

³³ *Cass.*, 22 de julho de 1954, nº44-590, Bull. Civ. IV, nº476. Para ir mais longe : SERGE FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, LGDJ 2000, nº94.

³⁴ JEAN PELISSIER, ALAIN SUPIOT e ANTOINE JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 23^e Ed., nº253, 2006.

elementos, a prestação de um trabalho e a consequente remuneração³⁵ não são critérios distintivos do contrato de trabalho, uma vez que o contrato de prestação de serviço também os inclui. Assim, o critério decisivo é o laço de subordinação³⁶, analisando-se como o elemento fulcral da distinção do contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço. Aliás, a existência de um estado de subordinação condiciona a qualificação do contrato de trabalho, a tal ponto que “a sua constatação parece, na maioria dos casos, decisiva para concluir esta qualificação, quando a natureza de uma convenção é discutida³⁷”.

Assim, no que toca à distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço, os dois ordenamentos jurídicos são claros: é no laço de subordinação que se encontra a resposta. Revela-se, então, fundamental o proclinar sobre esta noção, verificando qual a sua definição e as suas componentes.

No caso francês, o laço de subordinação é caracterizado pela “execução de um trabalho sob a autoridade de um empregador que tem o poder de dar ordens e diretivas, de controlar a sua execução e sancionar o incumprimento de o seu subordinado³⁸”, tal como estabeleceu o acórdão *Société Générale*.

No mesmo sentido, a doutrina define o laço de subordinação da seguinte forma: “há laço de subordinação quando o trabalhador se encontra submetido aos poderes regulamentários, disciplinares e de direção na realização de um trabalho por conta de outrem³⁹”.

³⁵ Cass., soc., 31 mai 1989, n° 86-10.379, Bull. civ. V, n° 417: “O pagamento de uma remuneração é insuficiente para caracterizar um trabalhador assalariado”; Cass. soc., 5 févr. 1992, n° 89-41.791: “A única circunstancia que uma remuneração seja qualificada como salario não basta para estabelecer a existência de um contrato de trabalho, na ausência da procura da existência de um laço de subordinação. Ver também: YANN AUBRÉE, *Contrat de travail – existence – formation*], Répertoire Dalloz, n° 32, 2006: “a remuneração como contrapartida de uma prestação de trabalho não é uma condição nem exclusiva, nem decisiva do contrato de trabalho.”

³⁶ DENIS ALLIAUME, DOMINIQUE JOURDAN, OLIVIER CHENEDE, *Le contrat de travail : du recrutement à la rupture*, Delmas, 4^e éd., 2001.

³⁷ ANTOINE JEAMMAUD « L’avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l’arrêt Labbane », *Droit social*, 2001, p. 227, n° 13.

³⁸ Cass. soc., 13 novembre 1996, n°94-13.187, Bull. civ., V, n° 386, conhecido como o acórdão *Société Générale*..

³⁹ ANTOINE MAZEAUD, *Droit du travail*, coll. Domat, Droit privé, Montchrestien, 5^e éd, 2006.

Em Portugal, a própria definição legal do contrato de trabalho refere-se à noção de subordinação através a forma de prestar a atividade, “no âmbito de organização e sob a autoridade⁴⁰” do empregador. Atualmente, o que se evidencia é sobretudo, “a existência de uma relação de autoridade, inerente à conceção e à titularidade de uma organização de trabalho na qual a pessoa do trabalhador se integra⁴¹”.

Por conseguinte, a presença de um laço de subordinação entre as partes condiciona a existência de um contrato de trabalho. Mas nem sempre é identificável a subordinação no desenrolar da relação laboral, a subordinação jurídica revelando-se de formas diferentes nos contratos. Por isso, é necessário analisar a situação *de facto* para determinar se as partes estão ligadas, ou não, por um contrato de trabalho.

Em ambos os ordenamentos, os juízes têm de apreciar um conjunto de elementos através o método indiciário de qualificação. Trata-se de uma técnica qualificativa que permite “proceder a uma aproximação comparativa entre esses índices e a relação concreta, para acertar da ocorrência ou não da subordinação jurídica enquanto elemento da estrutura da relação de trabalho subordinado⁴²”.

Importa igualmente ter presente que, conforme refere o Professor MONTEIRO FERNANDES, “cada um destes elementos, tomado de per si, reveste-se de patente relatividade”, pelo que “o juízo a fazer [...] é ainda e sempre um juízo de globalidade, conduzindo a uma representação sintética da tessitura jurídica da situação concreta”, não existindo “nenhuma fórmula que pré-determine o doseamento necessário dos índices de subordinação, desde logo porque cada um desses índices pode assumir um valor significante muito diverso de caso para caso⁴³”. Assim, os juízes relevam indícios que, considerados isoladamente, podem não bastar para caraterizar o laço de subordinação, mas cuja reunião induz o caráter salarial da atividade.

Torna-se, pois, necessária uma ponderação global dos elementos constatados, tentando encontrar o sentido dominante dos mesmos, “procurando uma maior ou menor

⁴⁰ Art. 1152º do Código civil.

⁴¹ CRISTINA MARIA VIEIRA, “Trabalho Subordinado vs Trabalho Independente”, Dissertação de Mestrado, 2012.

⁴² JOANA NUNES VICENTE, *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da dissimulação e da fraude à lei*, Coimbra Editora, 2007.

⁴³ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Edição Coimbra, 17ª ed., 2014, pp. 145.

correspondência dessa dimensão global com o conceito-tipo de contrato de trabalho ou de contrato de prestação de serviço⁴⁴”. De facto, tal como aponta a Professora PALMA RAMALHO, “a aparente simplicidade desta delimitação é muitas vezes confrontada com situações de fronteira onde existem elementos que apontam para uma situação de trabalho subordinado, ao lado de outros típicos da autonomia da atividade que caracteriza a mera prestação de serviço⁴⁵”.

Tratando-se de uma análise casuística, um mesmo índice pode levar a várias interpretações. Por outras palavras, um indício que conduz à dedução da subordinação do trabalhador não será necessariamente retido num outro caso com tanto peso. Os indícios têm sempre de ser ponderados em função do conjunto de elementos em que inserem-se.

No entanto, a análise das jurisprudências portuguesa e francesa revela que os indícios da existência de um laço de subordinação não são sempre julgados da mesma maneira, mesmo em contextos semelhantes.

Neste sentido, os casos a seguir apresentados pretendem ilustrar estas desigualdades de apreciação.

3. A apreciação jurisprudencial dos indícios da existência de um laço de subordinação

Sobre o *nomen iuris*

No que toca à identificação do laço de subordinação, ambos os ordenamentos jurídicos português e francês consideram que são as circunstâncias *de facto* que determinam a existência de uma relação subordinada. É no comportamento real das duas partes, ao longo da relação contratual, que o laço de subordinação virá a ser caracterizado ou não.

Em França, os tribunais afirmam de maneira constante que “o juiz não está ligado à qualificação dada pelas partes ao contrato⁴⁶”, a existência de uma relação laboral “não

⁴⁴ STJ do 3 de abril de 2014 - 2125/07.2TTLSB.L1.S1

⁴⁵ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II, Situações Laborais Individuais, Almedina, 2009.

⁴⁶ Assemblée Plénière, 4 mars 1983, pourvoi n°81-11.647 e 81-15.290, Bull.

dependo da vontade expressa pelas partes, nem da denominação dada à convenção, mas das condições em que é exercida a atividade dos trabalhadores⁴⁷”.

Em Portugal, identificam-se orientações distintas na jurisprudência. A jurisprudência adota uma posição parcialmente semelhante à dos tribunais franceses, uma vez que admite que “o *nomen iuris* atribuído pelas partes ao contrato não é determinante para a respetiva qualificação⁴⁸”, mas também que “a vontade das partes, num contrato em que a supremacia de uma sobre a outra é manifesta, não se revela na forma e conteúdo do contrato e menos ainda no *nomen iuris*⁴⁹”. No entanto, observa-se também decisões judiciais onde se reconhece que “tal denominação não deixa de conferir, à partida, uma orientação sobre a real vontade subjacente à subscrição, a ser confirmada ou infirmada pela concretização do conteúdo nele exarado⁵⁰”.

Por outras palavras, no âmbito da qualificação de uma relação contractual, os juízes não podem conferir ao *nomen júrís* um peso tal que pudesse determinar a natureza da relação. Mas, apesar de não ser decisivo para a qualificação do contrato, “o *nomen iuris* que as partes deram ao contrato e o facto das cláusulas nele inseridas se harmonizarem com o contrato de prestação de serviço, não deixam de assumir especial relevo, uma vez que a vontade negocial assim expressa no documento não poderá deixar de assumir relevância decisiva na qualificação do contrato⁵¹”.

Efetivamente, em nome do princípio da liberdade contratual expresso no art. 405 do Código civil, “a qualificação contratual atribuída pelas partes ao contrato será

⁴⁷ Cass. soc., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-40.572, Bull.

⁴⁸ Tribunal da Relação de Évora, 8 de junho de 2017: “A vontade das partes consistente em afirmar que entre elas existe um contrato de prestação de serviços não pode prevalecer se a realidade demonstra que a relação jurídica existente constitui um contrato de trabalho subordinado.” O legislador optou assim pela correspondência real e efetiva entre a realidade concreta e a qualificação da relação jurídica existente entre o prestador e o beneficiário da atividade, não podendo valer qualquer outra que se lhe oponha.

⁴⁹ STJ de 2 de março de 2011, processo n°146/08.7TTABT.E1.S1, 4.ª Secção.

⁵⁰ STJ de 3 de julho de 2014, processo n°2125/07.2TTLSB.L1.S1, 4.ª Secção.

⁵¹ STJ de 10 de novembro de 2010, processo n°3074/07.0TTLSB.L1.S1, 4.ª Secção.

indubitavelmente uma componente a relevar na determinação do tipo contratual em causa⁵²”.

Parece assim que os juízes portugueses distinguem duas situações: aquelas onde não é muito claro se as partes tencionaram celebrar um contrato de trabalho ou um contrato de prestação de serviço – e neste caso, tende-se a admitir o *nomen iuris* como indício viável – e as situações em que há atribuição dolosa de um *nomen iuris* ao contrato que, na realidade, não coincide com o contrato celebrado e executado – nesta hipótese, pode o credor da prestação demonstrar que tal qualificação não corresponde, pela sua execução efetiva, à realidade⁵³.

No entanto, considerar este elemento como um indício potencial na qualificação da relação de trabalho pode ser enganoso, uma vez que pode revestir-se de aparente autonomia. Como refere FURTADO MARTINS, “ainda que se admita que o *pactum simulatioris* possa existir entre o empregador e o trabalhador (porque este último acaba por aceitar a simulação, preferindo ter um “falso” contrato de prestação de serviço a não ter contrato nenhum), já se afigura menos claro que o intuito das partes seja o de enganar terceiros, como exige, para a simulação, o art. 240º, nº 1 do Código Civil⁵⁴”. De facto, neste tipo de situação, a finalidade principal é o contorno da aplicação das normas laborais que beneficiariam ao trabalhador se fosse celebrado um contrato de trabalho.

Assim sendo, várias observações podem ser colocadas.

Por um lado, não se pode ignorar que a parte responsável pela redação dos termos do contrato é, quase sempre, o empregador. Assim sendo, o *nomen iuris* “escolhido” pelas partes é um elemento propício às práticas manipuladoras e, na ótica do empregador, torna-se num meio simples de perseguir esse objetivo.

⁵² CRISTINA MARIA VIEIRA, “Trabalho Subordinado vs Trabalho Independente”, Dissertação de Mestrado, 2012.

⁵³ STJ de 20 de setembro de 2006, processo nº 06S694.

⁵⁴ PEDRO FURTADO MARTINS, “A crise do contrato de Trabalho”, *RDES*, n.º 4, outubro-dezembro 1997, p. 342.

Sobre a noção legal da simulação, as formas que pode revestir a simulação: JOANA NUNES VICENTE, *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008. p. 68 ss.

Para além disto, o âmbito da ação de reconhecimento da existência de uma relação laboral é a requalificação, num contrato de trabalho, de um contrato inicialmente identificado pelas partes como “contrato de prestação de serviço”. Assim, é necessário considerar o *nomen iuris* dado pelas partes ao contrato é um indício que está, necessariamente, em desfavor do trabalhador. Por outras palavras, o objeto desta ação é precisamente demonstrar que o nome do contrato é errado, portanto, esse mesmo nome não pode ser objetivamente relevante para provar o contrário.

De facto, as situações onde não há elementos fácticos nítidos de onde resulte a subordinação jurídica são, por definição, situações em que os indícios podem revelar uma relação de trabalho laboral, assim como de trabalho independente. Recorrendo ao indício do *nomen iuris* para determinar a natureza da relação, os juízes acabam por pôr no prato da balança um elemento que inevitavelmente é contra o trabalhador.

Por outro lado, o trabalhador que “aceita” a simulação encontra-se numa situação precária ao longo da execução do contrato e, quando tenta demonstrar que se trata de um contrato de trabalho, corre o risco que esta denominação errada seja tomada em conta, e por conseguinte, lhe seja desfavorável.

Nesta questão, o facto de o trabalhador não se poder defender perante este elemento indiciário reveste, também, um aspeto arbitrário. De facto, cada indício pode, em princípio, ser discutido por ambas as partes, apresentando os seus argumentos. Nesta análise, o *nomen iuris* aparece como um elemento indiscutível e, portanto, recai em favor do empregador.

Por fim, convém igualmente interrogar-se sobre o papel da presunção neste contexto. Não seria pertinente, no caso de haver dúvidas quanto à natureza de uma dada situação, atribuir o ónus da prova a uma das partes? E na hipótese de não conseguir ilidir a presunção, a decisão incide a favor da outra parte, a quem beneficia a presunção?

Assim, considerar o *nomen iuris* como um indício potencialmente viável na qualificação de uma relação contratual equivale a admitir um elemento indiscutível, na medida em que só pode beneficiar ao presumido empregador.

Sobre a continuidade da atividade

Tal como já mencionado, o laço de subordinação no seio da relação contractual é o elemento central da distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço.

Aliás, este laço de subordinação, ao qual se refere a jurisprudência francesa, é um laço *jurídico permanente* de subordinação.

De facto, desde o famoso acórdão *Bardou*, o laço de subordinação citado pelos juízes é dito *jurídico*: “a condição jurídica de um trabalhador perante a pessoa para quem trabalha não pode ser determinada pela fraqueza ou pela dependência económica deste trabalhador, mas só pode resultar do contrato concluído entre as partes⁵⁵.” O qualificativo *jurídico* significa assim que a subordinação decorre da força obrigatória do contrato⁵⁶.

Em paralelo, o carácter *permanente* do laço de subordinação refere-se à existência da subordinação durante a duração total da execução do contrato. Ou seja, para ser caracterizada, a subordinação não tem que manter-se permanentemente entre as partes, basta ela existir quando o contrato está a ser executado. Neste respeito, a jurisprudência francesa sublinha que “é a subordinação jurídica que tem de ser permanente e não o laço contratual⁵⁷.” Por outras palavras, a duração da prestação é indiferente para se poder caracterizar a existência de um laço de subordinação entre as partes, desde que durante essa duração – por muita breve que seja – o trabalhador se encontrar sempre subordinado.

Assim, “a existência de um contrato de trabalho estabelece-se desde que os prestadores trabalhem sob a subordinação jurídica do cliente durante o tempo de execução da prestação, mesmo na ausência de um laço contratual permanente⁵⁸”. Aliás, nas palavras de PUIGELIER, “é possível ser salariado por momentos, períodos, episódios, frações⁵⁹.” Assim sendo, a jurisprudência francesa rejeitou o critério da continuidade da atividade para afastar o reconhecimento de um contrato de trabalho, e foca-se na mera existência

⁵⁵ Cass. Soc., 6 de julho de 1931, conhecido como o acórdão *Bardou*.

⁵⁶ PAUL FIESCHI-VIVET, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », RJS 7/1991, pp. 414 et ss.

⁵⁷ Crim., 31 mars 1998, n° pourvoi n° 97-81.873. Este acórdão foi o primeiro a considerar que o carácter duradouro deve se apreciar durante a relação de trabalho e não em função desta.

⁵⁸ Crim., 14 février 2006, n° pourvoi 05-82287, Bull. crim. 2006, n° 43, p.168.

⁵⁹ CATHERINE PUIGELIER, “Caractérisation du lien de subordination”, *La Semaine Juridique Sociale*, n° 15, 11 avril 2006.

de um laço de subordinação, não importando quanto tempo demorou o contrato entre as partes.

Por conseguinte, o Autor que quer demonstrar a existência de um contrato de trabalho terá, na realidade, que demonstrar que quando está a prestar serviço, o trabalhador está permanentemente subordinado.

Também, os critérios da subordinação são suscetíveis de ser nuanceados segundo a atividade exercida, a subordinação jurídica sendo uma noção relativa⁶⁰.

Em Portugal, a relevância do critério de continuidade da atividade foi realçado num acórdão do STJ de 2015⁶¹. O caso remete para uma trabalhadora que exercia, desde setembro de 2011, funções como professora numa escola de natação gerida pela Ré.

Por um lado, os juízes consideraram como fatores relevantes, no sentido da conclusão de um contrato de trabalho, os elementos decorrentes da matéria dada como provada relativamente ao local de trabalho, ao horário de trabalho e à utilização de equipamentos e de instrumentos de trabalho facultados pela Ré. Sublinharam que os elementos que resultam da matéria de facto relativamente ao tipo de remuneração que era prestado àquela trabalhadora, bem como um conjunto de elementos que deduzem a inserção da trabalhadora na estrutura da Ré, reforçaram a presunção segundo a qual estava em vigor um contrato de trabalho entre a trabalhadora e a empregadora.

Por outro lado, relevaram que as aulas eram administradas “em ciclos anuais, que coincidiam com o período letivo”, implicando que havia sempre todos os anos, três meses durante os quais a Autora não trabalhava pela Ré, sendo o complexo desportivo fechado.

⁶⁰ Na prática, algumas funções acomodam-se de um certo grau de iniciativa e autonomia. Por exemplo, os antigos presidentes de sociedades anónimas que continuam de exercer naquela sociedade uma atividade profissional remunerada mantêm-se subordinados apesar de beneficiar de uma grande liberdade (Cass. soc., 29 janv. 1981, n° pourvoi 79-14.701) desde que a sociedade conserve o poder de dar diretivas e ordens, controlar a execução e sancionar o incumprimento (Cass. 2e civ., 14 févr. 2007, n° pourvoi 05-21.839).

Pelo contrário, algumas sujeições são compatíveis com o exercício de um trabalho independente. Assim, a obrigação do trabalhador de prestar contas ao contratante não basta para deduzir a existência de uma relação de trabalho subordinado, quando esta obrigação não excede o dever de informar o cliente da sua atividade e dos seus resultados (Cass. Soc, 26 novembre 1981, n° pourvoi 80-15.440, Bull. civ. V, n°921).

⁶¹ STJ, 2 de julho de 2015, processo n°182/14.4TTGRD.C1.S1.

Tendo estas circunstâncias em conta, os juízes chegaram à conclusão de que “a atividade prestada pela trabalhadora à Ré não apresentava uma situação de continuidade, típica de uma relação de trabalho subordinado, mostrando-se condicionada aos ciclos inerentes ao funcionamento da escola e à atribuição, ou não, de qualquer turma de alunos que justifique a prestação da sua atividade de professora.”

Esta decisão é muito interessante na medida em que é bem no critério da continuidade que os juízes basearam a sua decisão deles, apesar dos outros critérios ponderados levarem à decisão contrária, ou seja, da existência de uma relação laboral. Consideraram que os três meses entre os anos letivos, durante os quais a escola era fechada, eram de natureza a impedir a existência de um contrato de trabalho, não sendo estabelecida uma relação duradoura entre a Autora e a Ré. Por conseguinte, concluíram que a presunção de laboralidade não se encontrava ilidida.

Aliás, nas palavras de MONTEIRO FERNANDES, os juízes sublinharam que “a obrigação de atividade que o trabalhador assume implica de certo modo, continuidade”, considerando-se que “uma atividade é, logicamente, uma série de atos que se estendem no tempo”. Assim, “a situação de subordinação, e o correlativo exercício de poderes de organização e autoridade pelo empregador, tem caráter duradouro, e supõe a integração estável de uma das partes na organização de meios predisposta pela outra⁶².”

Os juízes vão mais longe, destacando que “uma das características da relação de trabalho subordinado [...] é a continuidade, o seu caráter duradouro.” Assim assume-se que “o trabalhador subordinado disponibiliza a prestação da sua atividade ao empregador, no contexto da organização deste, de uma forma estável e tendencialmente duradoura”.

Levanta-se, assim, a questão se administrar aulas durante anos não é uma forma “estável” e duradoura de trabalhar. À leitura deste acórdão, ressalta que a dispensa de aulas ao longo de um ano letivo não se assemelha à uma atividade duradoura, por causa da interrupção de três meses entre cada ano letivo. A este respeito, não se pode esquecer que essas interrupções eram independente da vontade da Autora, pois não era por causa da sua indisponibilidade, mas meramente porque a escola era fechada.

⁶² ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Edição Almedina, 14ª ed., 2014, pp. 149, 182, citado no acórdão STJ, 2 de julho de 2015, processo nº 182/14.TTGRD.C1.S1.

Num caso francês, com factos semelhantes, é interessante analisar como foi apreciada a situação pelos juízes.

Num acórdão de 2013⁶³, a *Cour de cassation* teve que examinar a situação de um professor de inglês, que lecionou durante o anos letivos 2000/2001 até 2006/2007 no quadro de um contrato de prestação de serviço celebrado com a escola. O contrato previa um período de trabalho anual que decorria entre o mês de setembro até ao mês de junho de cada ano.

Os juízes procuraram se existia um laço de subordinação entre as partes, para determinar se havia lugar à requalificação da relação jurídica para contrato de trabalho. Constatando que o professor “não dispunha de nenhuma independência, era submetido a um controlo hierárquico por parte do organismo de formação, que determinava unilateralmente as suas condições de trabalho”, a *Cour de cassation* chegou à conclusão que existia um laço de subordinação característico de um contrato de trabalho.

No entanto, não são os critérios que permitiram caracterizar o laço de subordinação que são relevantes na análise em apreço. O que importa salientar é que os juízes nunca contemplaram o critério da continuidade da atividade do trabalhador neste âmbito⁶⁴. Pois, parece que é inequívoco que uma relação de trabalho que se prolonga ano após ano se inscreve na continuidade, apesar de ser interrompida quando a estrutura do empregador se encerra. O laço de subordinação foi caracterizado com vários elementos, logo, o critério da continuidade da atividade ficou excluído.

Assim, comparando duas situações, semelhantes na maioria dos indícios, – sendo improvável encontrar dois casos com factos exatamente iguais – observa-se que a tendência dos juízes franceses vai para a requalificação do contrato do trabalho.

De facto, em França, é a subordinação jurídica em si que tem de ser permanente, e não o laço de subordinação. Neste sentido, é muito provável que se este caso tivesse sido

⁶³ Cass. Soc. 18 septembre 2013, n° pourvoi 11-10.727.

⁶⁴ Foi adotada uma decisão semelhante no acórdão Cass.. Soc., 22 mai 1997, n° 95-15.455, Bull. civ. V, n° 188, na qual foi retido, para trabalhadores a colar cartazes, que “devem ser afiliados ao regime geral da Segurança Social os trabalhadores ocasionais cuja remuneração é fixada pela sociedade que os contracta, que trabalham sobre diretivas por ela impostas no que toca ao número de cartazes a colar e à periodicidade das distribuições.”

apresentado perante os tribunais franceses, os juízes decidissem em favor da existência de um contrato de trabalho.

Em Portugal, a subordinação parece ser indissociável da noção de continuidade da atividade, o que leva, por conseguinte, a decisões nas quais o contrato é confirmado como sendo de prestação de serviço, apesar das condições de execuções conduzirem à dedução da existência de um contrato de trabalho.

Sobre a consideração de elementos inerentes ao contrato de prestação de serviço:

Tal como indicado *supra*, tanto a jurisprudência francesa como portuguesa recorre a vários indícios para determinar se uma situação releva do domínio laboral ou do trabalho independente. Muitas vezes, os juízes portugueses e franceses apelam a critérios idênticos – tal como o respeito de horários de trabalho, a obediência a ordens etc. – apesar da apreciação poder ser diferente.

Todavia, percorrendo a jurisprudência francesa e portuguesa nessa matéria, repara-se que, para fundamentar as suas decisões, os juízes portugueses recorrem, frequentemente, a alguns indícios aos quais os juízes franceses nunca se referem, tais como:

- a ausência de pagamento ao trabalhador de subsidio de férias e/ou de Natal;
- a emissão pelo trabalhador como título dos quantitativos auferidos através de recibos verdes;
- a ausência de inscrição na Segurança Social e nas Finanças como trabalhador dependente.

Podem ser citados, a título ilustrativo, alguns acórdãos, nos quais foi apontado que o Autor “sempre auferiu a contrapartida do seu trabalho através dos denominados recibos verdes⁶⁵”, “sem subsídio de férias nem de Natal, e sem nunca ter havido descontos para contribuições para a Segurança Social, como trabalhador independente.⁶⁶”

⁶⁵ STJ de 5 de março de 2013, processo n.º 3247/06.2TTLSB.L1.S1, 4.ª Secção.

⁶⁶ STJ de 10 de dezembro de 2015, processo n.º 67/13.1TTBCL.P1.S1, 4.ª Secção; STJ de 8 de outubro de 2015 processo n.º 292/13.5TTCLD.C1.S1, 4.ª Secção.

A questão que se coloca aqui é de saber se estes *indícios* podem ser qualificados como tais, uma vez que são elementos que decorrem naturalmente do contrato de prestação de serviço, que é, de facto, o contrato discutido.

Evitar a aplicação das regras laborais é um dos maiores interesses do “empregador” a contratar – falsos ou não – trabalhadores independentes. Contudo, o pagamento do subsídio de férias e de Natal, bem como a inscrição na Segurança Social como trabalhador dependente, são obrigações que decorrem do estatuto de trabalhador assalariado. Portanto, torna-se bastante lógico que não sejam cumpridos estes deveres, uma vez que o “empregador” de prestadores de serviço não tem nenhum interesse em cumpri-los, uma vez que fazem parte do que, precisamente, quer evitar.

No entanto, referindo-se a esses factos na demonstração da existência de um contrato de prestação de serviço, os juízes parecem considerá-los como indícios de pleno direito, enquanto decorrem simplesmente do contrato que as partes concluíram. Aliás, o trabalhador independente não tem outra hipótese do que auferir a contrapartida do seu trabalho através uma forma própria a trabalhador independente (como sendo os denominados *recibos verdes*), uma vez que não se encontra abrangido pelo Direito do Trabalho.

Por outras palavras, mesmo se considere que as suas condições de trabalho o põe numa relação laboral, o trabalhador não dispõe de outra alternativa do que se inscrever como independente na Segurança Social. De facto, o trabalhador que assinou um contrato de prestação de serviço não é, apesar de se encontrar, na verdade, numa relação laboral, submetido ao Direito do Trabalho, até hipoteticamente ver o seu contrato requalificado como contrato de trabalho. Por conseguinte, o trabalhador independente tem de se inscrever como tal perante os serviços sociais.

Por essas razões, parece desprovido de sentido fundamentar um raciocínio – a ausência de contrato de trabalho – sobre elementos que decorrem inevitavelmente do que é precisamente contestado. Aliás, tal demonstração não é observada na jurisprudência francesa, não recorrendo os juízes a este tipo de elementos.

Sobre o poder de sanção

O poder de sancionar os incumprimentos do trabalhador é um dos atributos do empregador, que traduz a existência de um laço de subordinação entre eles. Assim sendo, o poder de sanção só deve poder encontrar-se nas relações laborais, uma vez que não pode existir nenhuma forma de subordinação numa relação de trabalho independente.

Esta distinção foi ilustrada num caso francês⁶⁷ onde um monitor de esqui, que trabalhava para um clube sob um contrato de prestação de serviço, pretendia requalifica-lo em contrato de trabalho. Para ilidir a presunção de independência, o trabalhador tinha alegado que “não tinha escolha nas datas e horas de trabalho – os dias de treino eram fixados em função da disponibilidade das crianças – nem dos locais de treino ou de competição. Para além disto, todo o material utilizado era fornecido pelo clube”.

Por outro lado, o clube tinha como argumento principal o facto do instrutor ter “outros clientes, não exercendo de maneira permanente, e exclusiva, a sua atividade no clube”. Com este argumento, o empregador pretende excluir a existência de um laço de subordinação.

Todavia, a *Cour de cassation* considerou que o instrutor exercia, nas suas relações com o clube, a sua atividade sob um laço de subordinação. Em paralelo, a *Cour de cassation* reteve que “o instrutor não podia escolher a sua clientela uma vez que devia necessariamente treinar os jovens do clube e consagrava todo o seu tempo ao clube e a outras atividades em que o clube estava envolvido”, apesar deste elemento ser por si só “insuficientes para caraterizar a existência de um contrato de trabalho”.

No entanto, para além de nunca ter beneficiado do exercício das suas funções em toda a sua plenitude, tal como dispõe um profissional independente, o trabalhador tinha que prestar contas aos responsáveis do clube e sobretudo, “recebia instruções imperativas suscetíveis de sanções.”

É importante verificar que tipo de instruções eram estas: na verdade, essas diretrizes traduziam-se na interdição do monitor treinar os alunos fora das pistas de esqui vigiadas por socorristas. Desobedecendo a esta regra de segurança várias vezes e pondo, assim, os

⁶⁷Cour d’appel de Chambéry, 15 septembre 2009, n°08/02317., confirmado pela Cass., Soc., 6 octobre 2010, n° pourvoi 09-43.296

alunos em perigo conscientemente, o clube avisou o monitor que este desrespeito podia dar lugar a sanções, acabando por não renovar o contrato no ano seguinte.

Foi baseando-se nesta circunstância que os juízes concluíram a existência de um contrato de trabalho, caracterizando o laço de subordinação, através o exercício do poder disciplinar, traduzido, por um lado, pela faculdade de dar instruções imperativas ao instrutor – o de impedir o treino em zonas não vigiadas – e por outro, pelo poder de sancionar o incumprimento dessas instruções – não renovando o seu contrato.

De facto, os juízes salientaram que “perante os incumprimentos repetitivos do instrutor acerca da segurança dos alunos, a decisão tomada pelo clube da não renovação do contrato com o monitor, nas suas funções, incorpora uma verdadeira evicção por parte do clube, cujas circunstâncias e termos revelam que inscreveu-se no exercício do poder de direcção do clube”.

No entanto, será pertinente levantar a questão sobre o que teria sido esta decisão se o clube nunca tivesse avisado o instrutor dos seus incumprimentos, e se tivesse limitado a não contratar o monitor no ano seguinte. Conforme esta sentença, basta haver uma forma administrativamente “subordinada”, nem que seja de instruções de segurança, cujo o não respeito conduza à não revogação do contrato, para que seja interpretado como uma forma de subordinar o trabalhador.

Não obstante, realçando o motivo que levou à decisão do clube – o desrespeito pelas normas de segurança dos clientes – podem ser levantadas algumas questões acerca do que devia ser, segundo os juízes, a sanção adequada que o empregador devia tomar perante o não cumprimento, por parte do trabalhador, das regras imperativas de segurança. De facto, foi esta sanção que conduziu à caracterização do laço de subordinação e, por conseguinte, à requalificação da relação de trabalho.

A análise deste caso reflete uma certa disposição dos tribunais franceses a atribuir o estatuto de trabalhador dependente, em situações em que se podia justificar uma relação de trabalho independente. De facto, parece que os elementos em favor da existência de um laço de subordinação foram objetos de uma ponderação um pouco excessiva, que pode traduzir uma certa tendência jurisprudencial para a requalificação do contrato. Aliás,

sendo um acórdão não publicado no *Bulletin*⁶⁸, pode considerar-se que se trata de uma solução isolada, não sujeita a servir como fundamento para decisões ulteriores. No entanto, não deixa de ser uma decisão de justiça, que pode inspirar futuros casos semelhantes.

Em conclusão, o ordenamento jurídico português está particularmente bem dotado para prevenir e combater o recurso a falsos contratos de prestação de serviço. Apesar de existir uma presunção de laboralidade em favor do trabalhador, o legislador também elaborou uma ação especial que visa expressamente reconhecer a existência de relação de trabalho subordinado.

Aliás, iniciar esta ação parece mais acessível em Portugal do que em França pelo Autor, na medida em que basta comprovar que pelo menos dois indícios de laboralidade do art. 12 do CT são preenchidos, para que seja presumido que está em vigor um contrato de trabalho entre as partes. Em França, o facto de a presunção ser estabelecida mesmo antes de o processo ser instaurado, torna o papel do Autor mais complexo, uma vez que o ónus da ilisão desta presunção recai sobre ele.

No entanto, convém recordar que em França, pode iniciar-se um processo em qualquer circunstância, sem ter que seguir as “etapas” impostas pela ação portuguesa em reconhecimento da existência de um contrato de trabalho. De facto, este processo subordina a ação do Autor à apreciação da ACT e do MP antes de ser objeto de uma decisão judicial.

Para além disto, apesar desta lei ter sido criada no âmbito do combate à fuga ao Direito do Trabalho, alguns aspetos da ação em apreço ainda a deixam porosa, sendo esta evasão ainda possível com a colaboração do trabalhador. Por isso, é necessário refletir sobre a eficácia da fase de conciliação e a intervenção do trabalhador, sobretudo quando não é ele que dá origem a este processo (cf. Capítulo II. A. 2. Perplexidades sobre a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho).

No que se refere à requalificação do contrato, esta análise aponta que ambos os ordenamentos jurídicos, português e francês, recorrem ao laço de subordinação para

⁶⁸ No sistema jurídico francês, os acórdãos considerados como sendo os mais importantes são publicados anualmente no *Bulletin* dos acórdãos da *Cour de cassation*.

determinar se vigora, ou não, uma relação laboral. Reconhecem que é nesta noção que encontra-se a pedra de toque.

Todavia, este estudo também evidencia divergências quanto à sua apreciação. De facto, em contextos semelhantes, observa-se que os juízes portugueses têm tendência a não conceder a requalificação, enquanto que em França, os juízes parecem admiti-la mais facilmente, parecendo, em determinados casos, demasiado flexíveis⁶⁹.

A este respeito, não se pode deixar de fazer referência ao famoso acórdão francês *Ile de la tentation*, onde a questão que se colocou era a de determinar se os participantes de um *reality show* – consistente na filmagem da vida quotidiana de pessoas colocadas num ambiente particular – deviam ser requalificados como trabalhadores e, assim, ter sido ligados à sociedade de produção por um contrato de trabalho. Os juízes franceses inferiram que “os participantes tinham a obrigação de tomar parte nas diferentes atividades e reuniões e de seguir as regras do programa definidas unilateralmente pelo produtor.” Para além disso, foi também apontado que os participantes “eram orientados na análise da sua conduta [...], deviam respeitar as horas de acordar e de sono fixadas pela produção, e estar permanentemente disponíveis, tal como imposto pelo regulamento, com proibição de sair do sítio e de comunicar com o exterior”, caracterizando, assim, a existência de um laço de subordinação entre as partes. Posto isto, rapidamente chegaram à conclusão que vigoravam contratos de trabalho.

Por parte da doutrina, “esta decisão ilustra uma tendência à extensão do âmbito da aplicação do Direito do Trabalho⁷⁰”, que a *Loi Madelin* tentou, especificamente, conter. De facto, não se pode ignorar que os participantes pretendiam viver uma determinada aventura, aproveitar uma viagem e uma estadia num quadro exótico pago pela produção, em vez de procurar rendimentos financeiros.

No entanto, os juízes escamotearam o problema pondo o acento nas sujeições às quais os participantes eram submetidos e a direção que lhes era imposta, afirmando que a atividade prestada tinha por objeto a produção de uma serie de televisão.

⁶⁹ Cass., Soc., 3 de junho de 2009, n° 08-40.981 à n° 08-40.983 et n° 08-41.712 à n° 08-41.714.

⁷⁰ AGNES FOSSAERT, JEAN-EMMANUEL RAY, ANTOINE JEAMMAUD, « La tentation du contrat de travail », Dossier spécial, Semaine sociale Lamy, 8 juin 2009, n°1403.

Relativamente aos indícios da existência de subordinação, o recurso a alguns deles na jurisprudência portuguesa pode aparecer absurdo, uma vez que são elementos que decorrem do estatuto de independente. Estão em causa o pagamento do salário através *recibos verdes*, a ausência de cotizações perante os serviços de Segurança social, bem como o não pagamento do subsídio de férias ou de Natal. Além disso, influenciar decisões por esses indícios revela-se irracional, na medida em que esses elementos são precisamente a consequência do que o Autor contesta.

No que toca à consideração do *nomen iuris* para determinar se existe efetivamente ou não um contrato de trabalho, parece também incoerente dar peso a este elemento, por pequeno que seja. De facto, no seio de uma ação que visa proteger o trabalhador sendo a parte visivelmente mais fraca da relação contratual, parece contraditório, ponderar um elemento que é, de facto, imposto ao trabalhador.

Assim sendo, apesar de se apresentar como mais acessível pelo Autor – e sobretudo pelo trabalhador – e aparentemente dotado para enfrentar o flagelo dos falsos contratos de prestação de serviço, o ordenamento jurídico português ainda não parece estar completamente pronto. Para além disso, a jurisprudência poderia ser mais rígida na sua apreciação, para prudencialmente gear uma melhor repressão da fuga à aplicação do Direito do Trabalho.

No entanto, algumas jurisprudências francesas parecem, por vezes, ter tendência a requalificar em contratos de trabalho, situações em que pode ser discutido o caráter laboral. Aliás, este tipo de extensão do Direito do Trabalho levanta a pergunta se o sentido da presunção – sobretudo de independência – tem uma influência na atitude dos juízes? Será que – conscientemente ou não – adotam comportamentos para tentar ponderar as consequências da presunção?

Para além disso, existem outras dificuldades que é necessário identificar.

CAPITULO II. AS DIFICULDADES DA LUTA CONTRA A FUGA AO DIREITO DO TRABALHO

Apesar de o legislador ter bastante devolvido o ordenamento jurídico no sentido de combater o recurso a falsos contratos de prestações de serviço, não deixam de existir obstáculos. Podem assim ser apontadas dificuldades cuja fonte se encontra diretamente na lei portuguesa (A), e outras originadas de forma externa (B).

C. As dificuldades ligadas à própria legislação laboral

A análise da legislação interna portuguesa permite observar que nalguns aspetos, é a própria lei que entrava o bom desenrolar da luta que se pretende fazer. De facto, enquanto a alta proteção que a lei acorda aos trabalhadores pode tornar-se dissuasiva à contratação laboral (1), observam-se falhas na ação de reconhecimento da existência de um contrato de trabalho (2). Neste sentido, convém igualmente recordar a existência de prestadores de serviço que o são de facto e que não podem ser prejudicados no meio deste combate (3).

1. A alta proteção dos trabalhadores no ordenamento jurídico português: um travão à contratação laboral?

A legislação laboral é um dos fatores que determina a competitividade de uma economia. Com efeito, para o investimento e para as empresas, a possibilidade de se utilizar mão-de-obra de forma flexível é um fator fundamental, relacionando a remuneração com a produtividade e de acordo com as necessidades do mercado. É também essencial que a empresa possa aumentar ou diminuir o volume de mão-de-obra em função das solicitações dos clientes e, sobretudo, sem ter que suportar custos significativos.

No domínio laboral, o conceito de flexibilidade tanto pode ser analisado sob o ponto de vista do trabalhador, como sob a ótica das empresas. No caso do trabalhador, “a flexibilidade está associada a sua capacidade de exercer uma atividade profissional de modo versátil e polivalente e, no que diz respeito à flexibilidade laboral por parte das

organizações, ressalta a possibilidade das empresas diminuírem a rigidez existente no mercado laboral português⁷¹”.

Aliás, depois da crise económica ocorrida em 2007, introduziu-se na UE uma maior flexibilidade nas leis laborais, que contribuiu para uma redução geral do desemprego. Foi assim destacado que um maior crescimento económico é facilitado por uma menor rigidez no mercado de trabalho.

Em matéria de flexibilidade laboral em Portugal, as orientações do FMI, da CE e do BCE, aquando da presença da Troica no país, através dos memorandos de entendimento, ajudaram a guiar as mudanças feitas pelo Governo da época.

As alterações profundas de então foram elogiadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) na sua avaliação feita em 2017⁷². A OCDE assinalou que “Portugal suavizou a definição do despedimento por justa causa e reduziu de forma significativa a indemnização”, acrescentando que foi uma reforma “das mais importantes”, com um efeito de maior oferta de emprego e número de contratações.

No que toca ao despedimento com justa causa, a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho introduziu alterações fundamentais ao Código do Trabalho, com o objetivo de torná-lo mais acessível para as empresas. De facto, os empregadores tinham muitas dificuldades na prática em demitir um trabalhador com este tipo de contrato, ao abrigo da Constituição⁷³. Por isso, foram adotadas modificações para os contratos por tempo indeterminado, tornando-os menos restritivos, no que se refere:

⁷¹ CARLA MAGALHÃES, Professora Auxiliar na Faculdade de Ciências Económicas, Sociais e da Empresa da Universidade Lusófona do Porto, entrevistada pela Universidade Lusófona do Porto, 30 de novembro de 2015.

⁷² Estudos Económicos da OCDE: Portugal. Fevereiro de 2017.

⁷³ Convém aqui precisar que a Constituição portuguesa – adotada em 1976 logo após um período revolucionário marcado pelo peso da política dos comunistas – é particularmente protectora dos trabalhadores em relação ao despedimento. De facto, o art. 53º garante o “direito à segurança no emprego, e proíbe os despedimentos sem causa”. Aliás, esta “tranca” constitucional foi, durante o decénio 2000, ao centro do debate político português sobre as reformas do Direito do Trabalho. As reformas recentes afrouxaram assim o princípio de justa causa e preveem novos motivos de despedimentos.

- à justa causa que pode surgir da sequência da extinção de um posto de trabalho (arts 367º e 368 do Código do Trabalho);
- à justa causa resultante da inadaptação do trabalhador (nas condições referidas pelos arts 374º e 375º do Código do Trabalho).

Depois, o valor da indemnização por despedimento também foi revisto: enquanto os trabalhadores tinham direito a uma compensação equivalente a 30 dias de retribuição por cada ano de antiguidade na empresa, estas regras foram alteradas para os novos contratos, sendo que:

- para os contratos de trabalho concluídos entre 1 de novembro de 2012 e 30 de setembro de 2013: o montante da indemnização passou a 20 dias por cada ano completo ao serviço de uma empresa, com um teto máximo de 10 anos de antiguidade⁷⁴;
- para os contratos concluídos a partir de 1 de outubro de 2013, o novo regime reduziu os dias de compensação para 18 e 12 dias⁷⁵.

Estabeleceu-se, também, um limite máximo relativamente ao valor das indemnizações por despedimento: agora, não podem ser superiores a 12 vezes a retribuição mensal do trabalhador, nem exceder 240 vezes o valor da retribuição mínima mensal garantida. E, para além disso, instaurou-se um valor máximo para a retribuição mensal que serve de cálculo para determinar as compensações, correspondendo a 20 vezes a retribuição mínima mensal.

Em paralelo, a OCDE também louvava a “flexibilidade adicional” concedida às empresas para ajustar o horário de trabalho dos seus funcionários, nomeadamente através da criação do banco de horas individual.

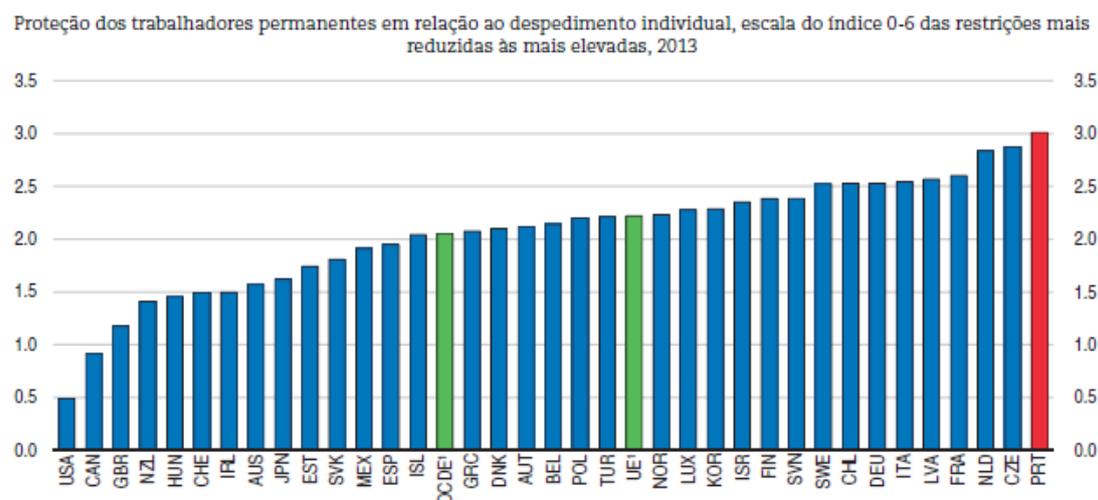
Porém, Portugal ainda está longe de um cenário ideal, na medida em que continua a ser apontado como um dos países europeus com menor flexibilidade laboral (cf. Figura 1). A proteção dos trabalhadores efetivos “continua mais elevada que a média da OCDE”, considerando que é possível “reduzir ainda mais”⁷⁶.

⁷⁴ Lei n.º 53/2011, de 14 de outubro.

⁷⁵ Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto.

⁷⁶ Estudos Económicos da OCDE: Portugal. Fevereiro de 2017.

Figura 1. A proteção ao emprego continua a ser elevada



1. Médias não ponderadas, incluindo a Letónia. A UE abrange os países que são igualmente membros da OCDE.

Fonte: OCDE (2016), "Employment Protection Legislation", OECD Employment and Labour Market Statistics (database).

StatLink  <http://dx.doi.org/10.1787/888933447855>

De facto, a inflexibilidade da legislação laboral portuguesa desencoraja os empregadores a aumentar o seu quadro de pessoal efetivo, privilegiando o recurso a contratação externa.

A Comissão Europeia reiterou essa mesma ideia na sua análise mais recente dos mercados laborais europeus, de 2017, onde escreveu: “uma legislação rígida de proteção do emprego nos contratos sem termo aumenta a probabilidade de que um indivíduo fique a trabalhar com contratos temporários, em particular nos casos das novas entradas no mercado de trabalho ou indivíduos com níveis altos de educação⁷⁷”.

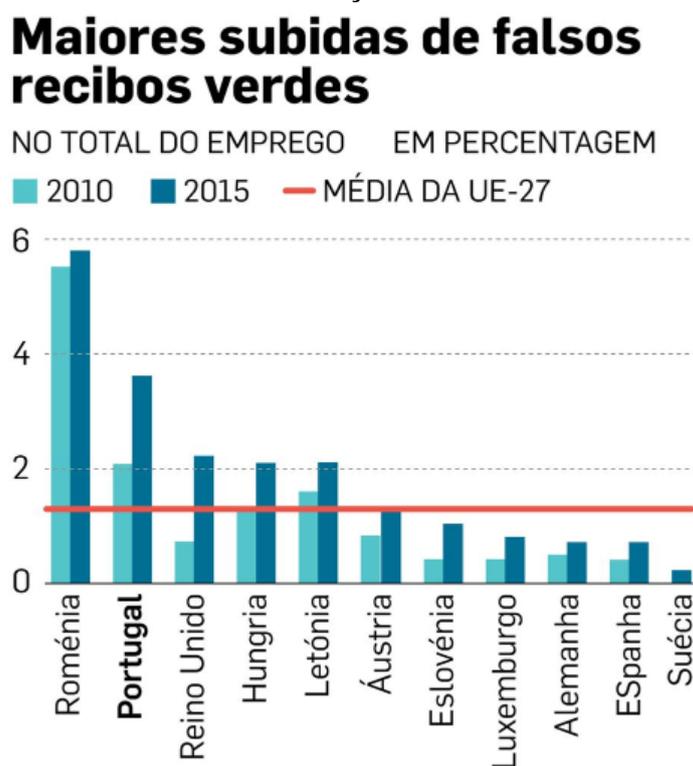
Aliás, a importância da flexibilidade laboral na competitividade de uma economia também é evidenciada no *Global Competitiveness Report*⁷⁸, que mede e compara os fatores de competitividade entre 137 países. No seu relatório de 2017, regista Portugal neste domínio um dos aspetos menos competitivos na sua economia. Simultaneamente, “a rigidez no mercado de trabalho ainda é considerada pelos responsáveis das empresas, como o terceiro fator mais negativo na vida das empresas”.

⁷⁷ *Labour market and wage developments in Europe*, Comissão Europeia, *Annual Review*, 2017.

⁷⁸ KLAUS SCHWAB, XAVIER SALA-I-MARTÍN, *The Global Competitiveness Report*, 2017-2018, World Economic Forum, Genebra.

Para além disso, tal fator tem conduzido assustadoramente por parte das empresas, ao recurso a contratações precárias, abusivas, não formalizadas, e dissimuladas em prestação de serviço (cf. Figura 2). As relações profissionais que se estabelecem entre os prestadores de serviços ou trabalhadores independentes e os beneficiários da atividade constituem, muitas vezes, verdadeiras relações de trabalho, contendo os principais elementos que caracterizam um contrato de trabalho.

Figura 2. Portugal constata das maiores subidas de falsos contratos de prestação de serviço na UE



Fonte: Relatório World Employment and Social Outlook 2017 da OIT

Trata-se de uma das problemáticas centrais de Portugal ao nível do mercado do trabalho, consequência da crise financeira e da rigidez da sua legislação laboral.

Aliás, nas palavras da Professora MAGALHÃES, “é urgente que haja uma mudança nas nossas mentalidades e na nossa cultura organizacional⁷⁹”, uma vez que o enquadramento legal, ainda bastante rígido, se mantém “prejudicial num cenário de grande concorrência

⁷⁹ CARLA MAGALHÃES, Professora Auxiliar na Faculdade de Ciências Económicas, Sociais e da Empresa da Universidade Lusófona do Porto, entrevistada pela Universidade Lusófona do Porto, 30 de novembro de 2015.

e no qual as empresas competem com empresas mais flexíveis e, conseqüentemente, mais competitivas”. De facto, a Professora aposta num regime de contrato de trabalho mais flexível, considerando que “a estabilidade laboral é mais facilmente alcançada através da flexibilidade, a qual, gerando mais competitividade, certamente dinamizará o mercado de trabalho, gerando mais contratações, quer por parte das nossas empresas, quer mediante a atração de investimento internacional, o que aumenta a empregabilidade.” Assim sendo, é preciso continuar a percorrer este caminho, nomeadamente mudando aquilo que é mais difícil de mudar: a cultura organizacional, que se deve tornar mais competitiva e menos relacional, mais justa e menos igualitária, mais transparente e menos sigilosa, mais responsável e menos paternalista.

Nessa lógica, Inês Coelho Simões releva que “a famigerada rigidez legislativa, assim como a aplicação que os Tribunais do Trabalho muitas vezes fazem da lei, atribuindo ao trabalhador um protecionismo excessivo, acaba por não beneficiar ninguém⁸⁰”. De facto, a Professora aponta alguns comportamentos do legislador e dos tribunais, que dificultando as empresas para favorecer protecção dos trabalhadores, acabam por fazer exatamente o contrário.

Aliás, alerta para a generalização – e até a banalização – do recurso a falsos contratos de prestação de serviço, cuja deteção torna-se cada vez mais fácil, por força da óbvia ilicitude.

Por isso, considera que “o legislador tenha também que fazer o seu papel, que é o de olhar para a legislação laboral e para a situação do emprego no país e ter a coragem e a responsabilidade de alterar o estado das coisas”. Preconiza-se então o desenvolvimento de “uma verdadeira política de emprego através da flexibilização das relações laborais”.

Em França, o despedimento não é objeto de qualquer disposição constitucional. O *Code du Travail* prevê no seu art. L1232-1º que “qualquer despedimento por motivo pessoal [...] é justificado por uma causa real e séria”⁸¹.

⁸⁰ INÊS COELHO SIMÕES, *Rigidez das normas laborais prejudica a criação de emprego*, entrevistada por Vida Económica, 9 de setembro de 2016.

⁸¹ Sobre o caráter *real*: entende-se que o despedimento deve basear-se em fatos objetivos, verificáveis e não numa impressão ou um julgamento subjetivo;

Aliás, o *Code du Travail* foi reformado em 2017 sob o Governo de Edouard Philippe, no seguimento da eleição do Presidente Emmanuel Macron. Inscrevendo-se numa lógica de liberalizar a economia e redinamizar o mercado do trabalho, a maioria das medidas têm por objetivo a flexibilização da mão-de-obra:

- **Instauração de um limite máximo das indemnizações em caso de despedimento abusivo**⁸². Agora, um trabalhador pode no máximo, obter 20 meses de salário depois de 30 anos de presença na empresa. O objetivo principal desta medida é de permitir a um empregador que quer despedir um trabalhador conhecer precisamente o custo do despedimento no caso de ser considerado como abusivo judicialmente.
- **Alargamento dos motivos para iniciar um despedimento coletivo**⁸³. Diminuição das encomendas ou do volume de negócio durante vários trimestres, mutações tecnológicas, reorganização necessária à salvaguarda da competitividade, são entre outros, motivos que podem ser doravante invocados pelo empregador no âmbito de um despedimento coletivo.
- **Flexibilização do tempo de trabalho**⁸⁴. A duração máxima de trabalho durante um dia fica é de 10 horas, mas um acordo coletivo pode levar este limiar a 12 horas em certas condições.
- **Abrandamento das regras aplicáveis ao contrato a termo e ao trabalho temporário**. As condições relativas à duração desses contratos, ao número de renovações possíveis ou ao período de carência podem agora ser fixados por acordo setorial⁸⁵.

Sobre o caráter *sérieux*: a causa do despedimento deve ser suficientemente grave para tornar inevitável a saída do trabalhador da empresa.

⁸² Art. L.1235-3 do *Code du Travail*.

⁸³ Art. L.1233-3 do *Code du Travail*.

⁸⁴ Arts. L.3121-18 e L.3121-19 do *Code du Travail*.

⁸⁵ A aplicação do princípio de favor implica a existência hierarquia das normas em *Droit du travail* francês. Assim, por regra, os acordos coletivos não podem prever disposições menos favoráveis do que a lei, salvo exceções. Depois, os acordos coletivos dividem-se em dois tipos: os acordos de setor, negociados entre um ou vários agrupamentos de empresas pertencentes a um mesmo setor de atividade e uma ou várias organizações sindicais representativas, e os acordos de

Assim, a reforma do Código do Trabalho francês visou conceder mais flexibilidade às empresas para combater o desemprego. O legislador pretende deste modo evitar que se recorre à contratação abusiva de trabalhadores independentes em vez de contratos de trabalho. Para incitar à contratação laboral, aposta-se na consagração de mais flexibilidade aos contratos de trabalho.

2. Perplexidades sobre a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho

Através a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, o legislador estabeleceu um “novo mecanismo processual para aferir da qualidade desses contratos como sendo, ou não, de trabalho⁸⁶”. Contudo, apesar do seu âmbito notável, a realidade revela que esta ação tem levantado algumas dificuldades, e tem sido objeto de diversas críticas.

Aliás, não se pretende aqui apontar todas as dificuldades que podem ser identificadas no âmbito da análise desta ação, mas apenas as que podem tornar-se prejudiciais para o alcance do seu objetivo.

Assim sendo, uma das primeiras críticas que se pode fazer – e que geralmente acontece, havendo vários processos concretos em que tal tinha já sucedido – é que o empregador, quando notificado pela ACT, cessa no mesmo instante o contrato de prestação de serviços, simulado ou não, celebrado com o trabalhador. Por conseguinte, o trabalhador fica, de imediato, sem esta fonte de rendimento, e sem qualquer garantia que este contrato venha a ser qualificado como sendo de trabalho, ou que possa voltar a trabalhar para o empregador.

Para além disso, têm de ser clarificadas, também, umas áreas cinzentas que esta lei suscitou. Como referido antes, esta ação implica uma tentativa de conciliação entre as partes e, havendo acordo entre trabalhador e patrão (pecuniário ou não), o legislador prevê que o juiz arquiva logo o processo. O que está a ser apontado, é que quando o trabalhador

empresa, concluídos entre o empregador e uma ou várias organizações sindicais representativas, ou os representantes dos funcionários.

⁸⁶ JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, “A ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho – vinho velho em odres novos”, em *Julgar, III Jornadas Açorianas de Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

tem uma relação de prestação de serviços falsa, não tem autonomia, nem verdadeira liberdade, para instaurar ação. Por isso, ter um falso recibo verde a desmentir a ACT em tribunal não surpreende: nuns casos, a dependência económica conduz os trabalhadores a mentir em nome do empregador, e, em conluio com a empresa, vir ao processo dizer que está perante uma verdadeira relação de trabalho independente.

Mas o que não se esperava era que, ao abrigo do novo enquadramento legal, o testemunho do trabalhador pudesse levar os juízes a decidirem pelo arquivamento dos processos. Portanto, há quem defende que “se não foi [o trabalhador] que intentou a ação, também não deve poder desistir dela, sob pena de tudo acabar por redundar no mesmo que existia antes”⁸⁷.

Por discordar deste tipo de decisões, a jurisprudência vem apontando no sentido de o trabalhador não poder desistir do pedido, uma vez que estão em causa o interesse público, onde o titular da ação é o MP, ou seja, “o interesse público no combate aos falsos recibos verdes, que preside à ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho [...] implica a falta de legitimidade do trabalhador para desistir do pedido formulado na ação proposta pelo MP, ou para acordar com o empregador que a relação contratual em causa não é de natureza laboral”⁸⁸.

Tal raciocínio é também defendido por Vera Sottomayor, que, acrescenta a este respeito que “a postura de desistência pelo prestador de atividade não implica que o tribunal não a tenha em atenção, mas a última decisão será sempre a do tribunal se está ou não perante uma relação de subordinação”⁸⁹.

Contudo, a problemática central reside na existência de decisões dos tribunais superiores em sentido contrário e que admitem que “se o trabalhador manifesta vontade de desistir do pedido e não houver razões para pôr em causa que tal declaração é consciente e livre,

⁸⁷ VIRIATO REIS, “Recibos verdes protegem empresas em tribunal”, em *Jornal de Negócios*, 17 de agosto de 2015.

⁸⁸ Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de dezembro de 2015, proc. n.º2204/14.0TTLSB.11-4, relatado por José Eduardo Sapateiro.

⁸⁹ VERA SOTTOMAYOR, “As perplexidades geradas pela ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”, *VII Colóquio sobre Direito do Trabalho, Supremo Tribunal de Justiça*, 21 de outubro de 2015.

nada obsta a que se homologue a desistência e julgue extinto o direito que se pretendia fazer valer”⁹⁰.

Enquanto não se fixa jurisprudência, Pedro Pimenta Braz, Inspetor-geral da ACT, defende que “o Estado tem de dizer claramente que a relação de trabalho é de interesse público, impedindo que o trabalhador possa dar lugar ao arquivamento do processo”⁹¹.

O que deve então prevalecer? O interesse manifestado pelo trabalhador, no âmbito de um acordo com a empresa, ou o interesse público do combate aos falsos contratos de prestação de serviços? Podem ser destacados estes dois pontos de vista à luz de vários argumentos.

Por um lado, para quem defende que o trabalhador pode desistir da ação, privilegia-se o princípio da liberdade contratual das partes. Os acórdãos a favor desta teoria consideram que a natureza de um contrato de trabalho não é um interesse fundamental da comunidade que deva limitar a autonomia das partes. De facto, os juízes argumentam que “não resulta de lado algum da lei que a averiguação da natureza do contrato de prestação de atividade seja um interesse fundamental da comunidade”, focando-se assim no carater singular de cada ação.

No que toca à tentativa de conciliação prevista no processo da ação, os juízes recordam que esta “visa, em princípio, alcançar uma transação, através de cedências recíprocas”. Para decidir contra o MP, os juízes acrescentam também que o acordo que resulta da tentativa de conciliação deve ser respeitado, porque não faria sentido que “a única conciliação possível passasse apenas pela confissão, por parte do empregador, da pretensão sustentada nos autos”⁹².

Por outro lado, a jurisprudência maioritária afirma que a desistência por parte do pretendido trabalhador não implica a inutilidade da superveniente da lide. Os juízes a favor desta teoria são muito claros: “o interesse público no combate aos falsos recibos

⁹⁰ Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de setembro de 2014, proc. n.º1050/14.5TTLSB.L1-4, relatado por Maria João Romba.

⁹¹ PEDRO PIMENTA BRAZ, *Falsos recibos verdes protegem patrões e contornam nova lei*, em Negócios, 17 de agosto de 2015.

⁹² Tribunal da Relação do Porto de 17 de dezembro de 2014, processo n.º1083/14.1TTPNF.P1.

verdes, que preside à ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho instituída pela Lei nº 63/2013 de 27 de Agosto, implica a falta de legitimidade do trabalhador para desistir do pedido formulado na ação proposta pelo Ministério Público ou para acordar com o empregador que a relação contratual em causa não é de natureza laboral⁹³”.

Por outras palavras, as manifestações de vontade de trabalhadores e empregadores não podem travar a ação especial criada para agilizar o reconhecimento de falsos recibos verdes como trabalhadores dependentes, e admitir que o trabalhador concreto possa desistir da ação de reconhecimento do contrato de trabalho significa anular totalmente os efeitos da nova ação.

Assim, nas palavras de Albertina Pereira, “tendo em consideração o interesse público subjacente a este processo, não sendo o trabalhador titular do direito de ação e podendo dar-se o caso de nem sequer ter intervenção nos autos, ao mesmo está reservada uma posição subordinada ou acessória relativamente ao MP, não podendo, assim, divergir deste⁹⁴”.

Em França, quando a ação é iniciada pela administração, o processo não prevê uma tentativa de conciliação. Os agentes da URSSAF e/ou os Inspectores do trabalho vão analisar as condições de execução do contrato e determinar se estão em presença, ou não, de um laço de subordinação. Aliás, o testemunho do trabalhador pode ser recolhido ou não, ficando os juízes, de qualquer forma, livres de tomar uma decisão neste sentido ou não.

Por conseguinte, no processo francês, não há lugar para discutir se o trabalhador concorda ou não com a administração sobre a questão da laboralidade do seu contracto. Os juízes contentam-se de analisar as condições *de facto* da execução do contrato, independentemente da vontade das partes.

⁹³ Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de setembro de 2014, processo nº4628/13.0TTLSB.L1-4.

⁹⁴JOÃO CORREIA e ALBERTINA PEREIRA, *Código de Processo do Trabalho – Anotado à luz da reforma do Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2015.

3. O combate contra a fuga ao Direito do Trabalho: prudência com os verdadeiros prestadores de serviços

Em paralelo ao seu combate contra os falsos contratos de prestação de serviços, o legislador também orientou as suas medidas perante a precariedade que acarreta este tipo de contrato.

De facto, a precariedade dos trabalhadores independentes decorre nomeadamente da falta de segurança no trabalho. No âmbito de combater esta fragilidade, o regime em vigor prevê que as entidades contratantes que representam mais de 80% do rendimento total de um trabalhador a recibo verde, são obrigadas a descontar 5% para a Segurança Social.

Mas em 2017, os partidos políticos portugueses Partido Socialista e Bloco de Esquerda juntaram-se para negociar uma alteração ao regime de contribuições dos trabalhadores a recibos verdes.

Assim, o novo regime contributivo desses trabalhadores, que entrou em vigor em 2018 e a produzir efeito a partir do próximo ano, alarga a mais empresas o conceito de *entidade contratante*, passando a abranger quem concentre mais de 50% dos rendimentos de um trabalhador a recibo verde. Aliás, as empresas responsáveis por mais de 50% a 80% do rendimento do trabalhador independente – que agora, não estão obrigadas a descontar – vão passar a descontar 7%. Em paralelo, às empresas responsáveis de mais de 80%, vai aplicar-se uma taxa de 10% – contra 5% atuais.

Estas novas regras têm por objetivo diminuir a precariedade dos trabalhadores, obrigando as empresas a descontar para ele, no caso de o trabalhador consagrar entre 50 e 80% da sua atividade para uma empresa, ou, a descontar mais, no caso da atividade do trabalhador ser mais de 80% consagrada para a mesma empresa.

Todavia, fazendo suportar às entidades aumentos do desconto para a Segurança Social, este regime poderá levá-las a contorná-lo.

De facto, as empresas podem ser tentadas de propor aos trabalhadores que se constituam como empresas, ou dar preferência à contratação de serviços prestados por empresas unipessoais, e assim, evitar ter que suportar os custos ligados ao desconto para a Segurança Social.

Perante esta hipótese, convém realçar que a constituição de uma sociedade por parte do trabalhador pode não ser vantajosa para ele, uma vez que:

- ou ele passará a emitir recibos verdes à sua própria sociedade para que esta esteja em posição de prestar serviços a terceiros e, conseqüentemente, será a sua própria sociedade a ser liquidada pelos 5% devidos à entidade contratante;
- ou, em alternativa, o trabalhador pode, auferir um salário pago pela sua própria empresa, mas nesse caso não beneficia do regime simplificado do IRS e terá de suportar os custos das contribuições para a Segurança social dos trabalhadores dependentes.

Aliás, o deputado Vieira da Silva alerta que, a acontecer, equivaleria a uma fuga das empresas às suas obrigações contributivas. De facto, “se a reação das entidades contratantes é ameaçar com uma retaliação contra os trabalhadores que já têm estado desprotegidos, o incremento da taxa da entidade contratante e o alargamento da sua aplicação vai agravar a situação desses trabalhadores⁹⁵”.

Ademais, estas novas regras desvalorizam dois aspetos muito significativo: a existência de recibos verdes que são mesmo recibos verdes, e a existência de empresas a pagar trabalhos pontuais que são mesmo trabalhos pontuais. E estes — os verdadeiros recibos verdes — podem sair altamente prejudicados pelo novo regime contributivo, uma vez que, na ânsia de proteger os falsos recibos verdes, o novo regime irá ameaçar a carteira de clientes dos verdadeiros trabalhadores independentes.

A consequência prática disto é que o cliente pode optar para reduzir o volume de trabalho que entregará ao trabalhador, para evitar a penalização; ou poderá mesmo substituí-lo por sociedades unipessoais que prestem o mesmo tipo de serviços. Isto levará o trabalhador independente a perder o seu melhor cliente, e então o segundo melhor passará a ser o melhor, cairá também na regra dos 50% e terá a mesma reação do primeiro. Um resultado possível, é o trabalhador perder os melhores clientes, ou então passar ele próprio a suportar os 7% que competem à empresa.

⁹⁵ VIEIRA DA SILVA, Ministro do Trabalho, Solidariedade e Segurança social, em *Economia Online*, 6 de março de 2018.

Assim sendo, pode ser questionada a eficácia das normas que, apesar de ter por âmbito a luta contra a precariedade e os falsos recibos verdes, acabam por arriscar o prejuízo dos verdadeiros trabalhadores independentes.

Em França também houve algumas alterações no regime dos *autoentrepreneurs*. De facto, “no âmbito de liberar as capacidades de produção dos *autoentrepreneurs*, porque [este regime] funciona, cria empregos, favorece a capacidade empresarial dos Franceses⁹⁶”, a partir de 2018, o regime da *autoentreprise* vai permitir realizar um volume de negócios mais importante: os trabalhadores independentes vão passar a poder gerar até 70.000€ para os serviços (contra 32.900€ atualmente) e, para as atividades comerciais, 170.000€ (contra os 82.000€ atuais).

Todavia, segundo o INSEE, o volume de negócios de um *autoentrepreneur* eleva-se a 10.200€ em média. Se se considerar unicamente aqueles trabalhadores que obtêm os seus rendimentos principais através da sua atividade, o volume de negócios não ultrapassa os 15.000€ para 67% dentre eles. Os mais prósperos, cujo volume de negócios ultrapassam os 32.600€ são, por seu turno, menos de 5%⁹⁷.

A socióloga SARA ABDELNOUR aponta que “o estatuto de *autoentrepreneur* concerne a parte frágil dos criadores de empresas, os quais têm poucos meios para investir, e pouco rendimentos. A maioria deles ganham menos do que o SMIC⁹⁸, e inscreve-se maioritariamente numa iniciativa de procura de emprego do que de criação de empresa⁹⁹”.

Além disso, sempre segundo os dados da INSEE, menos de um quarto dos *autoentrepreneur* que abriram atividade em 2010 ainda estão ativos ao fim de 5 anos. Apesar das vantagens do estatuto – desagravamento das formalidades de criação de empresa, fixação dos encargos sociais para tornar os pagamentos mais previsíveis,

⁹⁶ BRUNO LE MAIRE, Ministro da Economia em França, *Facebook Live*, 26 de agosto de 2017.

⁹⁷ DAMIEN RICHET, SYLVIE ROUSSEAU, HENRI MARIOTTE, *Autoentrepreneurs immatriculés en 2010 : cinq ans après, moins d'un quart sont encore actifs*, INSEE n°1595, publicado no dia 12 de maio de 2016.

⁹⁸ O SMIC (*Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance*) corresponde à noção de Salário Mínimo em Portugal. No 1º de janeiro de 2018, o SMIC passou a ser de 1.498,47€ mensais.

⁹⁹ SARAH ABDELNOUR, *Moi, petite entreprise. Les autoentrepreneurs et l'utopie de la réalité*. Edition PUF, Hors Collection, 2017.

exoneração de TVA, subsídio para a criação de empresa¹⁰⁰...), o estatuto mantém se precário.

Aliás, é frequente este auxílio tornar-se a única condição de sobrevivência do *autoentrepreneur*. Desde que tenha que entrar no regime comum e pagar as cotizações, não pode continuar.

O Primeiro Ministro francês Edouard Philippe anunciou que os novos *autoentrepreneurs* vão beneficiar, a partir de 2019, da exoneração de cotização social durante um ano. Contudo, esta medida não se arrisca de ter o mesmo efeito, ou seja, favorecer a emergência de *autoentrepreneurs* frágeis demais para durar?

Esta medida demonstra uma vontade de banalizar um dispositivo que põe em posição de fragilidade pessoas já frágeis, analisa a socióloga. A *autoentreprise* aparece como uma forma de gerir as classes populares, rompendo com as normas que estruturam o trabalho.

Aliás, a Confederação das Pequenas e Médias Empresas estima que se “a instauração do estatuto de *autoentrepreneur* contribui para desenvolver o empreendedorismo em França, fragiliza também a nossa economia, uma vez que uma França de *autoentrepreneurs* não pode investir massivamente, nem recrutar/criar emprego.”

Assim, comparando as alterações no estatuto da *autoentreprise* e o estatuto do trabalhador independente, observa-se que as medidas têm orientações diferentes. Em França, o estatuto da *autoentreprise* é promovido, considerado como um meio para reduzir o desemprego. Assim, os patamares para recorrer a este estatuto foram alargados, permitindo aos trabalhadores abrangidos “beneficiar” de mais tempo de estatuto, evitando assim ter que criar uma empresa unipessoal. Esta situação testemunha do foco no combate para a redução da taxa de desemprego.

Todavia, este estatuto não deixa de ter aspetos negativos, nomeadamente em termos de precariedade, aos quais o legislador não deu, para já, nenhuma resposta. As contestações

¹⁰⁰ A ACCRE (*Aide aux Chômeurs Créateurs ou Repreneurs d'Entreprise*) é um subsídio pago pelo Estado francês aos novos *autoentrepreneurs* durante os 3 primeiros anos seguintes ao início da atividade.

por partes dos trabalhadores têm cada vez mais amplitude, sendo que o legislador terá de acabar por ouvi-las.

Em Portugal, os *recibos verdes* já são associados à precariedade há anos. Por isso, as alterações que são introduzidas ao estatuto têm por objetivo primeiro a redução desta fragilidade dos trabalhadores e não a repressão ao recurso indevido ao estatuto.

Todavia, essas dificuldades internas não são as únicas que inibem o sucesso da luta contra a fuga ao Direito do Trabalho. O ambiente macroeconómico também está na origem de alguns aspetos negativos neste âmbito.

B. As dificuldades macroeconómicas

O mundo do trabalho foi marcado esses últimos anos, por rápidas e profundas mudanças relacionadas tanto com a organização do trabalho, como com o seu conteúdo. Novas formas de trabalhar emergiram através do progresso tecnológico (1) e tiveram tendência a enraizar ainda mais as situações de trabalho independente economicamente dependente (2).

1. A uberização do mercado do trabalho: o desafio laboral do século XXI?

O numérico revoluciona os serviços

A recorrência das crises, as aspirações das novas gerações e a expansão do numérico, começaram a transformar profundamente a conceção e as formas de emprego. O clássico contrato de trabalho por tempo indeterminado torna-se cada vez mais raro. Mas a novidade principal encarna nas ferramentas numéricas, que trazem novas possibilidades de comunicação e, por conseguinte, de organização do trabalho. Aliás, as sociedades aproximam-se do debate do que se chama, o fenómeno da *uberização*.

O neologismo *uberização* foi formado a partir do nome da sociedade *Uber*, emblemática a nível mundial no setor do serviço de transporte de pessoas. Globalmente, a *uberização* designa um processo através do qual um modelo económico, baseado em tecnologias digitais, entra em concorrência com os usos da economia clássica. Este modelo repousa principalmente sobre plataformas numéricas que põem em contacto direto os clientes e prestadores de serviços, que são geralmente trabalhadores independentes.

A noção de plataforma remete para uma nova forma de organização, cujo objetivo é a criação de valor através da criação de serviços. Aliás, atrás destas plataformas numéricas, há empresas que se baseiam na tecnologia da internet e dos smartphones, como a *Uber* ou a *Airbnb*. As plataformas numéricas permitem externalizar tarefas tradicionalmente realizadas de forma interna nas empresas, ou entram diretamente em concorrência com empresas que já existem no setor.

Mas convém questionar-se se as inovações numéricas são fontes de oportunidades de emprego, ou pelo contrário, os estão destruindo massivamente? Ademais, certas plataformas entram em concorrência direta com as empresas tradicionais (como, por exemplo, os operadores de turismo, hotéis, bancos...) ameaçando uma parte desses

empregos. Então, um dos desafios atuais consiste na reintegração desses empregos nesta nova economia.

Mais globalmente, a chegada das tecnologias numéricas afetam o mercado do trabalho, de uma forma ainda imprecisa. Pois, ninguém conhece a amplitude da mudança das novas formas de emprego que o numérico vai permitir.

O que é certo, é que o modelo económico legislativo e social – tanto português como francês – evolui menos rapidamente, e a mudança em alguns domínios efetua-se, por vezes, brutalmente, à imagem das recentes manifestações dos taxistas contra os motoristas *Uber*.

Ausência de direitos e proteção associados ao trabalho assalariado

O modelo económico da Uber – que se encontra hoje em dia na maioria das *start-ups* baseadas nas plataformas numéricas – repousa, na verdade, no trabalho independente. Isto confere aos trabalhadores mais liberdade quanto à organização do tempo de trabalho, mas impõe-mos alguns constrangimentos. De facto, o recurso a trabalhadores independentes pelas *start-ups* permite-lhes adaptar facilmente a mão-de-obra às flutuações do mercado, mas também libertar-se das obrigações ligadas à contratação laboral, como a regulamentação do tempo de trabalho, o pagamento de um salário mínimo, de férias, de cotizações sociais.

Os trabalhadores que colaboram com as plataformas escolhem, na maioria das vezes, o estatuto de trabalhador independente. Assim, as dificuldades que encontram os trabalhadores “uberizados” estão ligadas, por um lado, à ausência de cobertura social de certos riscos sociais (desemprego, acidentes do trabalho e doença profissional) e, por outro lado, a níveis de prestações as vezes inferiores aos dos trabalhadores assalariados, nomeadamente em matéria de reforma.

A este respeito, já houve várias críticas acerca das condições de trabalho desses trabalhadores independentes, nomeadamente da Uber. De facto, denunciam o excesso de horas, a precariedade, os baixos salários... Para além disso, os que trabalham na entrega de refeições (podemos citar a título ilustrativo a Uber Eats, a Glovo etc.) “são obrigados a conduzir a motorizada com a mochila agarrada ao próprio corpo, ficando mais

vulneráveis em caso de acidente¹⁰¹” colocando assim a problemática da ausência de qualquer proteção social enquanto expostos diariamente ao risco de acidente.

Em França, a simplicidade da criação do estatuto de *autoentrepreneur* faz com que a maioria dos trabalhadores dessas plataformas recorreram a esse estatuto para prestar o serviço. Neste sentido, o olhar para o estatuto de *autoentrepreneur* é um pouco diferente, uma vez que nunca foi realmente uma problemática central no domínio laboral.

Aliás, já foi objeto de algumas discussões no passado mas é com a emergência das plataformas numéricas e a erupção de *autoentrepreneurs* que o estatuto voltou a ser posto em destaque, nomeadamente por causa da precariedade que lhe é associada.

Neste contexto, observa-se vários movimentos de trabalhadores independentes que se juntam para exprimir as suas reivindicações, como foi recentemente o caso do *Coletivo das estafetas autónomas parisienses*, que decidiram sacrificar a última semana da Taça do mundo de futebol, uma das mais rentáveis do ano¹⁰².

Entre as reivindicações, os trabalhadores reclamam “uma tarifa mínima garantida” contratualmente, “a tomada em consideração da penosidade do trabalho através diferentes bónus (chuva, trabalho aos fins de semana e de trabalho noturno...), mas também que sejam “garantidas faixas horárias de trabalho”. Para além disso, o Coletivo contesta a falta de proteção social dos trabalhadores – nomeadamente, no caso de haver um acidente – mas sobretudo “a participação do Governo francês na perenização de um sistema baseando na precariedade dos trabalhadores.¹⁰³”

Trata-se de uma alteração no projeto da lei “Avenir professionnel”, o que permitiria a uma plataforma estabelecer um regulamento, no qual definiria os seus direitos e obrigações mas também os dos trabalhadores com quem está relacionado”. Este texto toma em conta indicar que este regulamento não poderá “caraterizar a existência de um

¹⁰¹ FRANCISCO FIGUEIREDO, Presidente do Sindicato dos Trabalhadores da Indústria Hoteleira do Norte, entrevistado por VALENTINA MARCELINO, no *Diário das Notícias*, 3 de junho de 2018.

¹⁰² Para ir mais longe: R. Bx. avec AFP, « Coupe du monde: les coursiers appelés à la grève la dernière semaine du Mondial », *Le Parisien*, 6 juillet 2018.

¹⁰³ DANIEL LEAL-OLIVAS avec AFP, « UberEats, Deliveroo... les livreurs en grève appellent les clients à ne plus commander », *L'Obs*, 10 juillet 2018.

laço de subordinação jurídica entre a plataforma e o trabalhador”, afastando pela plataforma o risco de uma requalificação dos contratos em contratos de trabalho.

O Coletivo considera que um regulamento destes, “elaborado unilateralmente e sem nenhuma contrapartida” pelas plataformas, “só pode instituir dependência e precariedade” aos trabalhadores abrangidos”.

No que toca aos motoristas, o constato é igual. Num apelo à greve, a CFDT-VTC¹⁰⁴ denunciou os rendimentos indecentes dos motoristas, consequências da imposição pelas plataformas de tarifários cada vez mais baixos.

Não é preciso dar grande passo atrás para constatar que os pedidos desses trabalhadores independentes são bastante semelhantes aos direitos que confere a lei aos trabalhadores subordinados.

Mas a distinção é essa: os trabalhadores que colaboram com as plataformas não são trabalhadores subordinados, não têm contratos de trabalho, por isso, não beneficiam da proteção do *Code du Travail*.

Assim, a emergência das plataformas, em França como em Portugal, que permitiu num primeiro momento dar trabalho a milhares de desempregados, nunca deixou de ter um lado negro, que só aparece numa recente segunda fase, mais recentemente.

Para encontrar soluções adequadas às problemáticas atuais, várias vias estão a ser exploradas: convergência das proteções sociais dos independentes e assalariados, criação de um direito dos ativos (sem distinção do tipo de contrato), estabelecimento de um rendimento básico para todos... De facto, é difícil aos independentes apresentar as garantias necessárias para aceder ao crédito ou ao alojamento. Neste âmbito, também podiam ser consideradas propostas das plataformas, no âmbito da sua responsabilidade social, medidas de acompanhamento adaptadas as dificuldades encontradas pelos seus colaboradores.

¹⁰⁴ Sindicato no setor do transporte privado de pessoas.

Formas de emprego ao limite da legalidade

O recurso a trabalhadores independentes pelas plataformas de serviço é objeto de críticas, relacionadas com a precariedade ligada ao estatuto, mas também na medida em que se encontram, por vezes, à fronteira da legalidade.

De facto, por detrás da eficácia evidente dessas plataformas, esconde-se uma realidade mais alarmante. Os trabalhadores, aos quais as plataformas recusam um contrato de trabalho, encontram-se frequentemente, na verdade, subordinados às plataformas.

Certas práticas das plataformas permitem duvidar quanto à ausência total de laço de subordinação com os trabalhadores, existindo um conjunto de indícios que reclama a existência de um estado de subordinação. Por exemplo, a sociedade Uber atribui-se o poder de fixar a tarifa do percurso e de modificá-la de forma unilateral; ela é que retribui os condutores; que impõe aos condutores as modalidades segundo a qual executam a sua prestação (“finalizar o trajeto, fazendo o que o cliente lhes solicite”); que lhes impõe uma prestação de trabalho mínimo e uma subordinação à categorização obtida por uma nota atribuída pelos prestadores-consumidores (que deve ser, pelo menos igual a 4.5/5), etc. Podem também ser apontadas a imposição de vestir um uniforme, a fixação unilateral das tarifas pagas aos trabalhadores, o tempo de trabalho definido pela empresa, a possibilidade de romper o contrato em qualquer momento e sem justificação, etc. Em resumo, todas estas condições são definidas de forma unilateral por certas plataformas, e impõem limitações muito acentuadas à liberdade e autonomia do trabalhador.

Assim, não é raro verificar que a atividade destes trabalhadores independentes assemelha-se, regularmente, a trabalho assalariado. Há quem considere até que o modelo da uberização dissimula, na verdade, a natureza de um sistema cuja rentabilidade se assenta no evitamento do assalariado.

Aliás, a uberização evidenciou uma problemática cada vez mais atual no mercado do trabalho, identificando-se, também, como trabalho independente economicamente dependente.

2. O regresso à dependência económica como critério do contrato de trabalho?

Os estudos recentes sobre a evolução do mercado do trabalho testemunham as importantes transformações que este mercado está a viver. Estas transformações são

devidas à emergência e ao desenvolvimento de novas formas de trabalho, que “tendem a dissipar, cada vez mais, a fronteira entre emprego assalariado e trabalho independente este contexto, assista-se à emergência de uma categoria híbrida de trabalhadores”¹⁰⁵, que relevam a existência de uma zona cinzenta, colocada entre o trabalho assalariado e o trabalho independente¹⁰⁶: os que trabalham de forma independente, apesar de se dedicarem a um cliente único e dele dependente economicamente. Assim, os chamados “trabalhadores independentes economicamente dependentes” são postos em condições económicas de subordinação sem, no entanto, serem protegidos pelo Direito do Trabalho.

Aliás, alguns autores estimam que as características destas novas formas de emprego colocam os trabalhadores numa zona dúbia entre trabalho assalariado e independente¹⁰⁷. De facto, esses trabalhadores, não tendo contrato de trabalho, não podem pretender os direitos daí decorrentes, tais como as garantias sociais (desemprego, pensões, doença...) ou uma remuneração mínima.

Então, a questão que se coloca é determinar se é o Direito do Trabalho uma resposta apropriada à precariedade desses trabalhadores? No contexto económico atual, marcado pelo desenvolvimento do numérico, tem que ser estudada a questão da pertinência do Direito existente para apreender as novas formas de práticas contratuais, nomeadamente no que toca aqueles que são desenvolvidas graças ao relacionamento simplificado de diversos atores económicos através das plataformas.

O termo de *trabalhador economicamente independente* foi usado no Livro Verde da Comissão Europeia, “Modernizar o Direito do Trabalho para enfrentar os desafios do século XXI¹⁰⁸”. A Comissão recorda que a distinção binária e tradicional entre trabalhadores assalariados e independentes já não é mais o reflexo fiel da realidade social e económica do trabalho. A Comissão acrescenta que a noção de “trabalho

¹⁰⁵ ALAIN SUPLOT, “Les nouveaux visages de la subordination”, *Droit Social*, février 2000, pp. 131-145.

¹⁰⁶ ADALBERTO PERULLI, *Travail économiquement dépendant / parasubordination: les aspects juridiques, sociaux et économiques*. Estudo pela Comissão Europeia, 2003.

¹⁰⁷ SETH HARRIS AND ALAN KRUEGER, “A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The Independent Worker”, The Hamilton Project, *Discussion Paper*, December 2015.

¹⁰⁸ Livro verde, *Modernizar o Direito do Trabalho para enfrentar os desafios do século XXI*, Comissão das comunidades europeias, Bruxelas, 22 de novembro de 2006.

economicamente dependente” cobre as situações que nem relevam da noção de trabalho assalariado, nem a noção de trabalho independente. Esta categoria de trabalhadores, não dispondo de contratos de trabalho, não é abrangida pela legislação do trabalho, e ocupam assim, uma zona cinzenta. Apesar de serem independentes, ficam economicamente dependentes de um cliente único pela proveniência da maior parte dos seus rendimentos.

Aliás, aparecida no início do século XX na jurisprudência francesa, recorria-se inicialmente à dependência económica para caracterizar a existência de uma relação de trabalho subordinado. No entanto, esta noção foi afastada pelo acórdão *Bardou* de 1931¹⁰⁹, em benefício do conceito de subordinação jurídica, privilegiando assim as modalidades de exercício do poder e não aos seus efeitos.

Desde então, o recurso a esta noção tornou-se marginal na qualificação do contrato de trabalho.

Todavia, há alguns anos a esta parte, o debate sobre a dependência económica reabre-se cada vez mais¹¹⁰. Este cenário não é totalmente surpreendente uma vez que as situações de dependência económica nunca desapareceram. Aliás, depois de um século de extensão do trabalho assalariado, até se multiplicaram à medida que as novas formas de organização económica se desenvolveram.

Assim, convencido que a situação de dependência económica cria um desequilíbrio contratual que apela a uma proteção jurídica, o legislador francês não ficou inativo. Por conseguinte, teve em conta esta situação assimilando algumas profissões a atividades assalariadas, enquanto o laço de subordinação é inexistente ou quase¹¹¹.

Todavia, a dúvida sobre a aplicação do Direito do Trabalho no âmbito das plataformas numéricas não é sempre pertinente. A título de exemplo, observa-se o caso das

¹⁰⁹ Cass., Soc., 6 juillet 1931, *Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2004, n°1 : « Tendo em conta que a condição jurídica, de um trabalhador perante a pessoa para a qual trabalha, não pode ser determinada pela fraqueza ou a dependência económica deste trabalhador, mas só pode resultar do contrato entre as partes; que a qualidade do trabalhador implica necessariamente a existência de um laço jurídico de subordinação do trabalhador à pessoa que emprega-o”.

¹¹⁰ Ver também : ELSA PESQUINE, “Entre subordination et indépendance : en quête d’une troisième voie”, *Revue de Droit du Travail*, 2008, p. 371.

¹¹¹ São assim nomeadamente presumidos ser contratos de trabalho os contratos dos jornalistas profissionais (L.7112-1 do *Code du Travail*), dos artistas do espetáculo (L.7123-3 do *Code du Travail*).

plataformas de alugar, cujo objeto principal não é o fornecimento de um trabalho, mas a mera disponibilização de um imóvel.

A existência de uma prestação de trabalho pode no entanto ser caracterizada nas plataformas de *freelance* como as de transportes de pessoas, uma vez que é a força de trabalho que é procurada.

É neste contexto que, em França, foi tomada esta posição do *Conseil des Prud'hommes* de Paris num julgamento do 20 de dezembro de 2016¹¹². Chamado a pronunciar-se no caso de um motorista VTC, o *Conseil* requalificou a relação contratual em contrato de trabalho. Para isso, foram retidos como critérios de requalificação o facto de a sociedade dispor de um poder de sanção (caraterizado por diretivas, controlo da indumentaria e do tempo de trabalho) e o trabalhador não ter uma verdadeira liberdade para desenvolver a sua própria clientela ou explorar a de um terceiro.

De facto, os contratos concluídos entre a plataforma e o motorista previam uma cláusula de exclusividade, impedindo o motorista de trabalhar para outras plataformas. É este estado de subordinação económica no qual se encontrava o motorista, completamente dependente das missões atribuídas pela plataforma, que foi determinante para requalificar a relação contratual em contrato de trabalho¹¹³.

Tal como exposto supra, a dependência económica envolve uma situação de fraqueza de uma das partes, decorrendo da importância que uma relação económica tem comparativamente à outra parte. Este desequilíbrio está ligado ao facto da parte em situação de dependência tirar a maior parte dos seus rendimentos – para não dizer todos – desta única relação contratual.

Aliás, se a dependência económica não basta para caracterizar, por si só, a existência de um contrato de trabalho, a existência de uma situação de dependência económica intensa permite de contentar-se de um laço de subordinação limitado¹¹⁴. Assim, numa decisão de

¹¹² Jugement du Conseil des Prud'hommes de Paris, 20 décembre 2018, n°14/16389.

¹¹³ Convém todavia salientar a singularidade desta decisão, que exumou a antiga noção de dependência económica. Desde o afastamento deste conceito no âmbito da requalificação de uma relação contractual em contrato de trabalho ao benefício do laço de subordinação jurídico, o seu recurso apareceu marginal na jurisprudência. Assim sendo, pode ser apercebido nesta decisão um novo impulso à dependência económica.

¹¹⁴ Cour d'appel de Reims, 17 février 2010, n°09-329.

2011¹¹⁵, a *Cour de cassation* limita a análise do estado de subordinação de um transportador rodoviário à existência de horários precisos e fixos. A *Haute juridiction* deteve-se na impossibilidade do trabalhador em “trabalhar com outros fornecedores, devido ao tempo consagrado às prestações de serviço do seu cliente”, e na circunstância em que o trabalhador estava “dependente dos preços fixados por ele”. Estes elementos demonstram a existência de uma forte dependência económica, permitindo a caracterização de um contrato de trabalho apesar da constatação de um laço de subordinação jurídico mal esboçado.

O raciocínio é idêntico na decisão do 20 dezembro de 2016, uma vez que a impossibilidade do motorista trabalhar com outras plataformas foi um elemento preponderante na argumentação dos *conseillers prud’homaux*, que nem enumeram os elementos retidos para caracterizar a existência de um estado de subordinação. Por outras palavras, na ausência da cláusula de exclusividade, os elementos em favor da existência de um laço de subordinação seriam provavelmente julgados insuficientes para requalificar a relação em contrato de trabalho. Por conseguinte, é o critério da dependência económica que foi determinante nesta decisão.

Resta a saber se as jurisdições superiores, em caso de recurso, confirmariam esta tendência ou não.

Em paralelo, num recente julgamento, o mesmo *Conseil des prud’hommes* de Paris proferir uma decisão em sentido oposto perante factos aparentemente semelhantes¹¹⁶. De facto, a justiça francesa indeferiu um motorista Uber do seu pedido de requalificação do contrato como sendo laboral. Para isso, baseou-se na ausência de controlo horário efetuado pela plataforma perante os motoristas, e no facto deles “não terem nenhuma obrigação de presença ou de duração de conexão.” Para além disso, o contrato celebrado entre o motorista e a Uber não previa uma cláusula de exclusividade, ficando o trabalhador livre de prestar serviço para outras empresas. Assim, os juízes consideraram que o motorista tinha “toda a liberdade de trabalhar sob os horários e dias que lhe

¹¹⁵ Cass., Soc., 12 janvier 2011, n°09-66.982.

¹¹⁶ Jugement du Conseil des Prud’hommes de Paris, 29 janvier 2018, RG n° : F 16/11460. No entanto, tratando-se da primeira decisão judicial em França no que toca aos motoristas da Uber, esta poderá servir de jurisprudência.

conviessesem”, sendo esta “liberdade total na sua organização um obstáculo à qualificação de contrato de trabalho.”

A comparação dessas duas jurisprudências aponta a importância fulcral do trabalhador manter a sua autonomia em termos de disponibilidade. De facto, a inserção de uma cláusula de exclusividade só pode traduzir a vontade por parte da empresa em tornar o trabalhador economicamente dependente da empresa contratante, privando-o da sua independência.

Os julgamentos em apreço parecem assim dar à dependência económica um novo ímpeto.

Do lado da doutrina, o Professor EMMANUEL DOCKÈS propôs uma “reavaliação” do critério de dependência económica ao lado do critério da subordinação¹¹⁷. De facto, se o acórdão Bardou (subcitado) exclui a dependência económica a título de critério principal na qualificação do contrato de trabalho, uma análise precisa do contencioso permite evidenciar que os indícios da dependência económica parecem, por vezes, determinantes.

Mais audacioso, o Professor CHRISTOPHE RADÉ propôs substituir o laço de subordinação pelo critério da “integração económica”¹¹⁸. Fundando a sua análise nomeadamente sobre a repartição dos riscos entre as partes, o Professor afirma que “o contrato de trabalho é ao mesmo tempo o lugar de expressão dos interesses de cada parte (flexibilidade para o empregador, segurança para o trabalhador), mas também o meio de realizar um projeto económico comum (contribuir para uma mesma atividade económica vantajosa para ambas as partes).

Neste contexto, uma análise invertida do contrato de trabalho foi proposta pelo Professor THOMAS PASQUIER, “não mais instituída pela subordinação, mas da ausência de independência e de repartição dos riscos entre as partes”¹¹⁹. Assim, sem clientela própria, sem local de trabalho, sem liberdade empresarial (na presença de uma cláusula de exclusividade), os trabalhadores não podem ser considerados como independentes uma vez que lhes faltava um dos atributos a sua independência: a capacidade de lucro.

¹¹⁷ EMMANUEL DOCKES, « Notion de contrat de travail », *Droit social*, 2011, 546.

¹¹⁸ CHRISTOPHE RADE, « Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement ? Le tentateur, le sportif amateurs, le travailleur ? », *Droit social*, 2013, 202.

¹¹⁹ THOMAS PASQUIER, *L'économie du contrat de travail, Conception et destin d'un type contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2010, pp. 105 ss., pp. 41 ss.

Neste sentido, sugere-se que o trabalhador que não beneficia da sua própria independência deve ser tratado como assalariado uma vez que, na verdade, participa no empreendimento de outrem.

Todavia, não se trata de se insurgir contra o laço de subordinação, mas de perceber e avaliar os limites da definição de contrato de trabalho, para refletir sobre como apreender os trabalhadores que não são abrangidos pelo Direito do Trabalho mas cuja situação justifica, todavia, uma forma de proteção.

Em Portugal, o critério da subordinação está, também, a perder fôlego perante as mudanças económico-laborais. Diante das transformações do mundo do trabalho, há uma tendência forte na doutrina juslaborista em direcionar a proteção não apenas aquele trabalhador dos moldes do art. 12 do Código do Trabalho, mas considerar digno de tutela também a parte economicamente mais fraca na relação contratual que envolva o objeto “trabalho”.

Aliás, as problemáticas ligadas a dependência económica do trabalhador perante o cliente são tomadas em conta, mas sobre um ponto de vista diferente do ordenamento jurídico francês. De facto, enquanto em França, a questão da dependência económica leva a interrogar-se sobre a natureza do contrato – ou seja, se se trata efetivamente de uma relação independente ou se assimila mais a uma relação laboral – em Portugal, focando-se mais na precariedade que isso implica.

Geralmente, num contrato de prestação de serviço, o trabalhador é considerado como a parte mais fraca da relação. Portanto, quando para além disso, está economicamente dependente, visto como a parte ainda mais frágil, merecendo por conseguinte, ainda maior proteção social.

Podem assim, a título ilustrativo, ser destacadas várias medidas recentes tomadas neste sentido, em relação ao desemprego, mas também às cotizações para a Segurança Social.

O Conselho de Ministros aprovou, a 24 de maio deste ano, as novas regras de proteção social dos trabalhadores independentes, que abrangem ainda mudanças no âmbito do desemprego dos trabalhadores independentes economicamente dependentes. Assim, a partir de 1 de janeiro de 2019, passam a ser considerados economicamente dependentes os trabalhadores independentes que obtenham de uma única entidade contratante mais de 50% do valor total dos seus rendimentos anuais resultantes da atividade independente e

que determinem obrigação contributiva por parte da entidade contratante. Ou seja, poderão requerer subsídio, os trabalhadores independentes que no último ano receberam 50% do rendimento de uma única entidade contratante e que cumpram o prazo de garantia de 360 dias.

Assim, o próprio conceito de “economicamente dependente” é alargado, passando todos os independentes que prestam mais de 50% da sua atividade à mesma entidade.

Em paralelo, a partir de 1 de julho de 2018, passam a ter acesso ao chamado subsídio por cessação de atividade com 360 dias de desconto, contra os atuais 720. A diminuição deste prazo de garantia permitirá, segundo o Executivo, que muitos independentes, que agora não podem beneficiar desta prestação, porque não cumprem os prazos exigidos, passem a ter direito ao seu recebimento.

Aliás, tal como já referido antes, o regime contributivo dos trabalhadores a recibos verdes também vai ser alterado (cf. Capítulo II-A). Atualmente, o regime em vigor impõe às empresas responsáveis por mais de 80% do rendimento do trabalhador independente a desconto de 5% para a Segurança Social. Porém, a partir de 1 de janeiro de 2019, as empresas responsáveis por mais de 50% e até 80% do rendimento do trabalhador independente, vão passar a descontar 7%, e, no que toca as empresas responsáveis por mais de 80% do rendimento do trabalhador independente, irá aplicar-se uma taxa de 10%.

Este tipo de proteção pode ser visto como uma forma de reduzir a utilização indevida de contratos de prestação de serviço em vez de contratos de trabalho, desincentivando as entidades patronais a recorrer este estatuto através este conjunto de custos suplementares.

Aliás, perante a dependência económica dos trabalhadores independentes, o legislador português optou por tomar medida a favor da redução da precariedade ligada ao estatuto, atribuindo mais proteção em termos de subsídio de desemprego, mas também de cotização à Segurança Social.

No entanto, este tipo de reação legislativa não deixa de revestir uma situação mais negra: será que a dependência económica – ligada a falsos contratos de *recibos verdes* – está tão banalizada no mercado do trabalho que a única ação que se pode implementar é atacar-se uma das consequências que acarreta? Não seria mais produtivo acentuar os esforços para combater a raiz o flagelo, em vez de tentar conter os seus efeitos?

Em França, o legislador não reconhece oficialmente o conceito de “dependência económica”, os trabalhadores abrangidos não são por conseguinte, considerados como uma categoria legal de trabalhadores. Por isso, não prevê nenhuma forma de proteção aos trabalhadores que se encontram nessa situação. Por um lado, pode explicar-se pela dificuldade de determinar o número exato de trabalhadores que escolheram conscientemente a atividade de trabalhador independente, e os que desta situação sofrem. Por outro lado, se o legislador intervém, corre o risco de emparedar o mercado do trabalho em normas rígidas e, talvez, não apropriadas.

CONCLUSÃO

Conforme estudado, não é tarefa fácil determinar se a relação contratual deve ser abrangida pelo Direito do Trabalho ou não, pois é complexa a identificação da subordinação.

Ressalta deste estudo que o legislador português se esforçou para combater a existência e a expansão de falsos contratos de prestação de serviço. Aliás, no sentido de facilitar o ónus da prova da existência de um contrato de trabalho, o legislador previu uma presunção de laboralidade, que foi suavizada ao longo do tempo, até se tornar numa verdadeira presunção. Para além disso, no âmbito de enfrentar esta situação, foi introduzida em 2013 a ação específica de reconhecimento da existência de um contrato de trabalho, sendo assim mais acessível ao trabalhador lutar pelos seus direitos em Tribunal.

No entanto, constata-se que o flagelo persiste.

É certo que a conjuntura económica atual não ajuda. Mas não se pode esquecer que Portugal é um dos países da Europa mais atingido por este cenário. Foi por se deparar contra esta realidade que esta análise pretendeu encontrar explicações.

Primeiro, a legislação laboral parece ainda desajustada à realidade, “mantendo-se fiel ao paradigma do contrato de trabalho tipificado na lei¹²⁰”. A ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho não é suficiente para enfrentar eficazmente o recurso abusivo e constante do contrato de prestação de serviço como forma de se esquivar à aplicação do Direito do Trabalho.

De facto, a ação poderia ir mais longe. Parece incoerente que seja admitido o abandono da ação influenciado pela desistência do trabalhador. Apesar de ser compreensível que seja considerada a sua *vontade*, nomeadamente porque corre o risco de perder esta – muitas vezes, única – fonte de rendimento, o empregador sendo tentado a por fim unilateralmente à relação contratual, não pode ser esquecido o objetivo desta lei. Por isso, a pertinência desta questão para tomada de decisão poderá ser absurda. Devia ser claro que são exclusivamente as condições *de facto* que determinam a natureza de uma relação contratual, fechando as portas entreabertas à livre apreciação dos juízes neste assunto.

¹²⁰ CRISTINA MOREIRA CAETANO, *Estudo sobre os mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviço em relações de trabalho subordinado*, Dissertação em Solicitória de Empresa, setembro de 2016.

Para além disso, não se pode pretender por fim ao recurso indevido a falsos *recibos verdes* dando um peso tão importante às declarações do trabalhador, nomeadamente porque é óbvio que o seu testemunho pode ter sido influenciado. De facto, ao longo do processo, a preocupação primeira do trabalhador pode deixar de ser a reconhecimento da existência de um contrato de trabalho, para tornar-se na simples manutenção da relação contratual.

Por isso, as preocupações individuais do trabalhador têm de se manter afastadas no âmbito da determinação, ou não, da existência de um contrato de trabalho.

Depois, as comparações jurisprudenciais expostas permitem destacar apreciações divergentes entre tribunais portugueses e franceses. Ressalta que, em contextos semelhantes, os juízes franceses têm tendência a reconhecer a existência de um contrato de trabalho, mesmo que as circunstâncias tendam pelo sentido contrário. Esta constatação é particularmente interessante, uma vez que a presunção de laboralidade está em França estabelecida a favor do empregador.

Para além disso, a consideração de alguns *indícios* para fazer pender a balança a favor da existência de um contrato de prestação de serviço – trata-se da ausência de pagamento de subsídios de férias ou de Natal, do pagamento da retribuição através de recibos verdes, etc. – revela-se, de certo modo, enviesado. De facto, a referência a elementos que são precisamente o que pretende evitar o empregador parece irrelevante nesta demonstração. Em França, não se observem tais praticas.

Esta atitude da jurisprudência francesa demonstra, assim, uma vontade clara de prevenir eventuais abusos, mesmo que tenha de estender o Direito do Trabalho a situações em que a sua aplicação é duvidosa.

A capacidade do legislador a reagir perante as evoluções do mercado do trabalho é, também, questionada. De facto, quando se preconiza mais flexibilidade enquanto forma de adequação dos regimes laborais face à realidade, o Código do Trabalho continua a apresentar uma estrutura normativa rígida. Este comportamento tem consequência no mercado do trabalho, uma vez que uma legislação com alta proteção dos trabalhadores não é favorável ao relançamento da economia, e por consequência, da criação de empregos.

No entanto, limitar a pesquisa às dificuldades que se encontram internamente seria errado. A da fuga ao Direito do Trabalho também se explica através de elementos externos ao ordenamento jurídico português.

De facto, o mercado do trabalho passou por grandes transformações esses últimos anos, em particular com o progresso e o desenvolvimento tecnológico. O numérico torna-se cada vez mais presente no mercado do trabalho, não sem impactá-lo. Tal como estudado, a uberização levou dificuldades em relação à qualificação dos contratos em causa, como sendo laborais ou independentes. Todavia, devem ser ultrapassadas estas complexidades, que até podiam dar um impulso à concretização de um Direito do Trabalho no sentido amplo, garante de direitos fundamentais que constituiriam a base comum a todos os trabalhadores, subordinados como independentes.

Porém, esta distinção entre trabalho independente e assalariado é central, na medida em que o estatuto de assalariado dá direito à aplicação das proteções do Direito do Trabalho, em contrapartida da subordinação do trabalhador. Esta dicotomia justifica-se na medida em que trabalhar como assalariado ou independente resulta de uma escolha do trabalhador. Aqui entronca outra problemática, uma vez que esta não é uma *escolha* não propriamente dita. O trabalho independente aparece cada vez mais como um dispositivo que vem colmatar a procura infrutífera de um emprego assalariado.

Aliás, num contexto de alto desemprego onde esta *escolha* pode tornar-se constrangida, onde o trabalhador independente pode ser “dependente economicamente”, e onde um mesmo individuo pode acumular esses estatutos – sucessivamente ou simultaneamente – esta dicotomia é discutível.

Aliás, a subida das formas de trabalho não assalariadas ou híbridas podem assim pôr em causa a proteção dos ativos, que depende ainda amplamente do estatuto do emprego, e nomeadamente, da norma do trabalho assalariado em contrato sem termo. A este respeito, parece que o legislador português apostou na atribuição de mais proteção social para os ativos independentes. Podem colocar-se dúvidas quanto a este tipo de medidas e, nomeadamente, se não seria mais eficaz combater os falsos contratos de prestação de serviço na sua raiz, em vez de se esforçar para – tentar – limitar as consequências que provoca, sobretudo, em termos de precariedade.

BIBLIOGRAFIA

- ABDELNOUR, S. (2017). *Moi, petite entreprise. Les autoentrepreneurs et l'utopie de la réalité*, Editions PUF.
- ALLIAUME, D., JOURDAN, D., & CHENEDE, O. (2001). *Le contrat de travail : du recrutement à la rupture*, Delmas, 4^e éd..
- AUBREE Y. (2006). *Contrat de travail – Existence – Formation*. Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit du travail, n° 32.
- ANDRADE MESQUITA, J. (2004). *Direito do Trabalho*, AAFDL Editora, 2^a ed.
- BOULMIER, D., DORANT, A., & NIVELLES, V., *LAMY Social Prud'hommes (2016)*, Wolters Kluwer.
- CORREIA, J., & PEREIRA A. (2015). *Código de Processo do Trabalho – Anotado à luz da reforma do Processo Civil*. Almedina, Coimbra.
- DE SOUSA RIBEIRO, J. (2007). *As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do art. 12º do Código do Trabalho*. Direito dos contratos, Estudos, Coimbra Editora.
- DOCKÈS, E. (2011). Notion de contrat de travail. *Droit social*, n°5.
- FIESCHI-VIVET, P. (1991). Les éléments constitutifs du contrat de travail, RJS 7/1991.
- FOSSAERT, A., RAY, J.-E., & JEAMMAUD, A. (2009). La tentation du contrat de travail. Dossier spécial, *Semaine sociale Lamy*, n°1403.
- FROSSARD, S. (2000). Les qualifications juridiques en droit du travail », LGDJ, n°94.
- FURTADO MARTINS, P. (1997). A crise do contrato de Trabalho. *RDES*, n.º 4.
- HARRIS, S., & KRUEGER, A. (2015). A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The Independent Worker. *The Hamilton Project, Discussion Paper*.
- JEAMMAUD, A. (2001). L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt Labbane. *Droit social*, n° 13.
- LEITÃO, M., & LEOTE NOBRE, D. (2009). *Código do Trabalho Revisto - Anotado e Comentado*, Vida Económica, Porto.
- MAZEAUD, A. (2006). *Droit du travail*, coll. Domat Droit privé, Montchrestien, 5^e éd.
- MONTEIRO FERNANDES, A. (2017). *Direito do Trabalho*, Lisboa, Edições Almedina, 18^a ed.

MOREIRA CAETANO, C. (2016). *Estudo sobre os mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviço em relações de trabalho subordinado*. Dissertação de Mestrado em Solicitadoria de Empresa. Leiria: Escola Superior de Tecnologia e Gestão.

NUNES VICENTE, J. (2007). *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da dissimulação e da fraude à lei*, Coimbra Editora.

PALMA RAMALHO, M. (2009). *Direito do Trabalho, Situações Laborais Individuais, Parte II*, Almedina.

PASQUIER T. (2010). *L'économie du contrat de travail, Conception et destin d'un type contractuel*. LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit Social.

PESQUINE, E. (2008). Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie. *Revue de Droit du Travail*, n° 371.

PELISSIER J., SUPLOT, A. & JEAMMAUD, A. (2006). *Droit du travail*. Précis Dalloz, 23^e éd., n°253.

PERULLI, A. (2003). *Travail économiquement dépendant / parasubordination: les aspects juridiques, sociaux et économiques*. Estudo pela Comissão Europeia.

PUIGELIER, C. (2006). Caractérisation du lien de subordination. *La Semaine Juridique Social*, n° 15.

RADE, C. (2013). Des critères du contrat de travail. Protéger qui exactement ? Le tentateur, le sportif amateurs, le travailleur ? *Droit social*, n°202.

REIS, V., & RAVARA, D. (2013). *Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciário*. Centro de Estudos Judiciários, Coleção de Formação inicial, 2^a ed.

RICHE, D., ROUSSEAU, S. & MARIOTTE, H. (2016). *Autoentrepreneurs immatriculés en 2010 : cinq ans après, moins d'un quart sont encore actifs*. INSEE n°1595.

SCHWAB, K. & SALA-I-MARTÍN, X. (2017). *The Global Competitiveness Report, 2017-2018*, World Economic Forum, Geneva.

SILVA ROUXINOL, M. (2014). Notas sobre a eficácia temporal do artigo 12.º do Código do trabalho – A propósito do acórdão do tribunal da relação do Porto de 7 de outubro de 2013. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*.

SOTTOMAYOR, V. (2015). As perplexidades geradas pela ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. *VII Colóquio sobre Direito do Trabalho*, Salão Nobre do Supremo Tribunal de Justiça.

SUPIOT, A. (2000). Les nouveaux visages de la subordination. *Droit Social*, nº2.

TORRES, S. & RAPOSO, P. (2018). *O trabalho por conta própria em Portugal*. Instituto Nacional de Estatística.

VERICEL M. (2004). Le rétablissement de a présomption de non salariat (art. 23 de la Loi du 1^{er} août pour l'initiative économique). *Droit Social*, nº 3.

VIEIRA DA SILVA, C. M. (2012). *Trabalho Subordinado vs Trabalho Independente*. Dissertação de Mestrado. Lisboa, Universidade Católica Portuguesa.

Outra documentação consultada:

<http://www.dgsi.pt>

<http://www.pgdlisboa.pt/home.php>

<http://legifrance.fr>

Memorando de Entendimento de Portugal sobre as Condicionalidades de Política Económica, de 17 de maio de 2011. (Online).

Disponível em: https://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf

Relatório World Employment and Social Outlook da OIT, 2017. (Online).

Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_541211.pdf.

Labour market and wage developments in Europe, Comissão Europeia, Annual Review 2017. (Online).

Disponível em: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/--publication/2df2eaca-b3b0-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-en>

Recomendação 198 da Organização Internacional do Trabalho (sobre a relação de trabalho) (2006). (Online).

Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORML_EXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535

Estudos Económicos da OCDE: Portugal (2017). (Online).

Disponível em: <https://www.oecd.org/eco/surveys/Portugal-2017-OECD-economic-survey-overview-portuguese.pdf>.

LE Maire, B., (2017). *Facebook Live*. (Online).

Disponível em <https://www.facebook.com/blm27/>.

MIRANDA, E. & ALMEIDA PEREIRA, C. (2015). Falsos recibos verdes protegem patrões e contornam nova lei. *Jornal de Negócios*, (Online).

Disponível em: <https://www.jornaldenegocios.pt/economia/seguranca-social/detalhe/falsos-recibos-verdes-aliam-se-as-empresas-e-contornam-nova-lei>

VALENTINA M. (2018), *Diário das Noticias*, (Online).

Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/pagam-uma-miseria-e-nem-da-para-as-refeicoes-diarias-9405018.html>.

R. BX. avec AFP (2018). Coupe du monde: les coursiers appelés à la grève la dernière semaine du Mondial. *Le Parisien*, (Online).

Disponível em: <http://www.leparisien.fr/sports/football/coupe-du-monde/coupe-du-monde-les-coursiers-appelles-a-la-greve-la-derniere-semaine-du-mondial-06-07-2018-7809786.php>

LEAL-OLIVAS D. avec AFP (2018). UberEats, Deliveroo... les livreurs en grève appellent les clients à ne plus commander », *L'Obs*, (Online).

Disponível em: <https://www.nouvelobs.com/societe/social/20180710.OBS9446/uber-eats-deliveroo-les-livreurs-en-greve-appellent-les-clients-a-ne-plus-commander.html>