

**ISCTE**  **IUL**  
**Instituto Universitário de Lisboa**

Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

**Contrato de Trabalho – Da Subordinação Jurídica à Alienabilidade**  
**O caso do Teletrabalho**

**Francisco Gaspar Cardoso**

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

**Orientadora:**  
**Mestre Sónia Santos Viana, Assistente**  
**Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**

**Co-orientador:**  
**Doutor António Lemos Monteiro Fernandes, Professor Catedrático Convidado**  
**ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa**

**Outubro, 2012**



**ISCTE  IUL**  
**Instituto Universitário de Lisboa**

**Escola de Ciências Sociais e Humanas**

**Departamento de Economia Política**

**Contrato de Trabalho – Da Subordinação Jurídica à Alienabilidade**  
**O caso do Teletrabalho**

**Francisco Gaspar Cardoso**

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

**Orientadora:**  
**Mestre Sónia Santos Viana, Assistente**  
**Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**

**Co-orientador:**  
**Doutor António Lemos Monteiro Fernandes, Professor Catedrático Convidado**  
**ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa**

**Outubro, 2012**

**DEDICATÓRIA**

Aos que sempre acreditaram e nunca duvidaram

### **AGRADECIMENTOS**

Finalizada que se encontra mais esta importante etapa académica, cumpre expressar o meu mais profundo, sincero, merecido e, talvez, tardio, agradecimento a todos aqueles que contribuíram para que conseguisse concluir esta longa e por vezes adversa jornada:

À minha mãe, pelo amor e dedicação incondicionais, por todos os sacrifícios ultrapassados, pela acreditação nas minhas capacidades e pela presença constante em todos os momentos determinantes daquilo que sou e do percurso académico que até aqui realizei;

À restante família, pela motivação, valorização e paciência constantemente demonstradas;

Aos amigos restritos que, sendo família sem o ser, marcaram presença permanente em cada momento, contribuindo com muita da força e coragem necessárias à conclusão desta etapa;

À Dra. Sónia Santos Viana, pelas aulas de Direito do Trabalho leccionadas na Faculdade de Direito de Lisboa, sem as quais não teria descoberto o interesse por este ramo de Direito, e a quem convidei para Orientadora deste projecto, cargo que, prontamente e sem restrições, aceitou;

À C'M'S Rui Pena & Arnaut, Sociedade de Advogados, por terem possibilitado e oferecido todas as condições temporais, espaciais e laborais necessárias não só à frequência deste curso, mas também à elaboração da presente dissertação;

Às colegas e amigas Dras. Cláudia Antunes da Silva e Liliana Alves Castanheira, bem como aos restantes colegas de escritório por sempre se disponibilizarem a assegurar o trabalho da equipa nos momentos em que da mesma me ausentei para poder elaborar o presente trabalho científico;

**A todos, o meu sincero e sentido Obrigado!**

## **RESUMO**

Nas páginas seguintes, propomo-nos avançar com um novo critério determinante na qualificação de um contrato como sendo de trabalho. Reconduzindo-se esta qualificação, presentemente, à verificação de subordinação jurídica do trabalhador face aos poderes do empregador, pretendemos demonstrar que este critério se mostra desajustado da nova realidade produtiva, fortemente caracterizada pelo incremento das Tecnologias de Informação e Comunicação e, conseqüentemente, de alcance e empregabilidade duvidosa na definição de contrato de trabalho.

Avançamos com uma necessária alteração de critério, devendo este passar agora pela figura da alienabilidade do trabalhador do processo produtivo: identifica-se um verdadeiro contrato de trabalho sempre que o trabalhador se mostre alheio ao processo produtivo, aos frutos dessa actividade e à colocação dos mesmos no mercado. O trabalhador exerce a sua actividade por conta do empregador, o qual lhe paga um salário correspondente.

A subordinação jurídica, deixando de ser o critério desta qualificação, continua, porém, a assumir relevância na delimitação do contrato de trabalho; porém, agora já não individualizadamente, mas enquanto efeito directo da alienabilidade.

Porque é no teletrabalho que melhor podemos encontrar a manifestação desta necessidade de alteração do critério qualificativo a favor da alienabilidade, procurámos também demonstrar a sua aplicação nesta modalidade de exercício da prestação laboral, onde a subordinação jurídica se encontra, mais do que em qualquer outra, fortemente mitigada pela distância física entre trabalhador e empregador.

**Palavras-Chave: Alienabilidade, Subordinação Jurídica, Teletrabalho, Informação**

**ABSTRACT**

In the following pages we set to propose a new criteria to determine the qualification of a contract as an employment contract. Presently, this qualification is tantamount to the existence of a legal subordination of the employee to the authority of the employer; we intend to demonstrate that this criteria is inadequate to the new productive reality - strongly characterised by the increase of the Information and Communication Technologies - and, consequently, of dubious scope and employability in the definition of an employment contract.

We thus advance that the criteria needs to be changed to one that focuses on the alienation of the employee from the productive process: An employment contract exists whenever the employee is external to the productive process, to the fruits of that labour and the placing of said results in the market. The employee performs the work on behalf of the employer and for that receives a salary.

A legal subordination - no longer being the centre of this qualification process - remains, nevertheless, key to the delimitation of the employment contract; no longer on its own, but as a direct effect of that separation.

Because it is with regard to teleworking that we best find examples of this need to change the qualitative criteria in favour of alienation, we sought to demonstrate its applicability in this form of employment, where legal subordination is, more than in any other case, mitigated by the physical distance between employee and employer.

**Key terms:** Alienability, Legal Subordination, Telework, Information

**GLOSSÁRIO DE SIGLAS**

Por opção expressa do autor, não se apresenta a presente dissertação redigida com recurso a quaisquer siglas ou abreviaturas.



**ÍNDICE**

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - ENQUADRAMENTO DA PROBLEMÁTICA	5
CAPÍTULO II - A ALIENABILIDADE	9
1 - O Conceito	9
1.1 - Aproximação ao Conceito de Alienabilidade	9
1.2- Da Alienabilidade	12
1.3 - Alienabilidade Vs Alteridade	15
2 - A Alienabilidade na sua Tripla Manifestação	16
2.1 - Alienabilidade na Actividade Produtiva, Alienabilidade nos Frutos e Alienabilidade no Mercado	16
2.2 - Crítica à Teorização de Alienabilidade na Actividade Produtiva como integrante da Alienabilidade dos Frutos	18
2.3 - Preponderância da Alienabilidade nos Frutos e no Mercado	20
3 - A Subordinação Jurídica como causa directa da Alienabilidade	22
CAPÍTULO III - A ALIENABILIDADE NO TELETRABALHO	27
1 - A Nova realidade Produtiva	27
2 - A dimensão da Subordinação Jurídica no Teletrabalho	29
2.1 - O Conceito de Teletrabalho	29
2.2 - Obstáculos ao Critério da Subordinação Jurídica na Definição de Contrato de Teletrabalho: o caso das ligações offline	30
3 - O Critério da Alienabilidade no Teletrabalho	34
3.1 - A Alienabilidade como Critério de Definição	34
3.2 - Preponderância da Alienabilidade nos Frutos e no Mercado no âmbito do Teletrabalho	37
CONCLUSÕES	39
BIBLIOGRAFIA	43
FONTES	45



## **INTRODUÇÃO**

Numa sociedade em permanente transformação, caracterizada por diárias novas descobertas e avanços tecnológicos, onde a informação é veloz, de percepção e consumo quase instantâneos e à escala global, revela-se premente adaptar a prática laboral, fortemente vincada por concepções mestras demasiado rudimentares, por vezes arcaicas e espartilhadas, à realidade actual.

A presente investigação e consequente dissertação, visa explorar um campo árido no seio do Direito do Trabalho: o alcance e a dimensão interpretativa do conceito de subordinação jurídica presente enquanto condição necessária à figura contratual-laboral, com especial enfoque, na figura do Teletrabalho.

Há muito (e talvez nem tanto!) que o modelo tradicional de trabalho, assente na tríplice trabalhador, empregador, conexionados pelo local físico e pela subordinação jurídica daquele às directivas deste, deixou de ser regra e limite bastante à configuração da prestação de uma actividade em regime de Contrato de Trabalho. Na presente sociedade de informação (como têm sido caracterizadas as últimas três a quatro décadas), trabalhador e empregador precisam de mais, querem mais e fazem por ter mais. O tempo, outrora comandado pelos ponteiros do relógio, é hoje consumido de forma voraz, assumindo um papel preponderante no exercício de qualquer actividade, mostrando que nunca como hoje, "Tempo é Dinheiro". As empresas estão hoje, mais do que nunca, conscientes da importância que o incremento das Tecnologias de Informação e Comunicação assume face à pressão dos diferentes grupos económicos e sociais, inseridos e sedimentados num ambiente de concorrência económica hostil e feroz, à escala cada vez mais global, vendo-se obrigadas a explorar, assim maximizando, todas as potencialidades com vista ao objectivo quase hercúleo de uma maior rentabilidade e eficácia no exercício da sua actividade.

Alicerçado no progresso tecnológico, em especial, no desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação, o Direito do Trabalho depara-se, frequentemente e em escala crescente, com o crescimento de formas de exercício da actividade laboral outrora inexistentes ou residuais, das

quais, o Teletrabalho se apresenta como figura maior.

Este modelo de contratação e de exercício de uma actividade laboral vem quebrar, reconfigurando, as relações laborais estritamente físicas, até então estabelecidas e tidas como inquestionavelmente necessárias. O Teletrabalho surge então como uma nova forma de organizar o trabalho, estabelecendo entre as duas partes – trabalhador e empregador – um conjunto de relações laborais à distância, asseguradas, precisamente, por instrumentos informáticos e com recurso às telecomunicações.

Nesta esteira, o Teletrabalho ganha importância enquanto fenómeno amplamente vantajoso para ambas as partes. Se, por um lado, o empregador consegue o que sempre almejou mas, até ao incremento das Tecnologias de Informação e Comunicação e subsequente desenvolvimento do Teletrabalho, se revelava uma utopia (redução de custos e conseqüente aumento de produtividade), por outro lado, o trabalhador não sai menos beneficiado, pois que agora despende de menos tempo no exercício da sua actividade, evitando deslocações e gastos inerentes, o que culmina numa diminuição da incomodidade e num ganho de qualidade e satisfação profissional.

Fortemente implementado nos países do Norte da Europa, bem como no Canadá e nos Estados Unidos, certo é que, apenas nos últimos anos - tardiamente, portanto-, o Teletrabalho começou a ganhar expressão em Portugal, representando ainda uma diminuta percentagem do exercício profissional em território nacional, embora, como *supra* se explanou, em linha vincada e aceleradamente ascendente.

Por certo, esta fraca adesão ao Teletrabalho explica, por si só, que a legislação existente, reguladora desta matéria, seja ainda tão diminuta, bastando-se com alguns normativos enxertados no Código do Trabalho, disposições essas pouco ambiciosas e pouco precavidas para a explosão que se avizinha no recurso a este modelo de contratação. Muitas questões começam a ser levantadas, muitas soluções ambíguas começam a surgir, muitas querelas se preveem emergir, tudo em resultado de uma deficiente legislação laboral respeitante ao Teletrabalho.

Desde logo, a simples configuração do Teletrabalho enquanto Contrato de Trabalho, encerra em si mesmo uma questão complexa: como articular o Teletrabalho como Contrato de Trabalho quando naquele a subordinação jurídica do trabalhador se mostra, na maioria das vezes, esbatida e quase inexistente, pelo menos nos moldes em que a mesma vem sendo entendida? E, nesta esteira, como pode a própria definição legal de Teletrabalho positivada no Código do Trabalho exigir a verificação dessa subordinação jurídica?

O conceito, como até aqui entendido, apresenta-se debilitado porquanto não só não se mostra exclusivo das relações jurídico-laborais, como não se mostra ajustado à realidade da prática laboral actual, caracterizada pela externalização e descentralização do processo produtivo. Tratar-se-á,

então, tal exigência de um erro legislativo, decorrente de uma desadequação na articulação dos conceitos de subordinação jurídica e Teletrabalho, modo de exercício de uma actividade por defeito caracterizado pela distância do trabalhador face ao empregador?

Estamos em crer que não. É nossa opinião que a subordinação jurídica continua a deter um papel preponderante na definição de um contrato como sendo de Trabalho. O que nos propomos com a presente dissertação mais não é do que reconfigurar o conceito de subordinação jurídica, adaptando-o à nova realidade das relações laborais marcada pelo recurso às Tecnologias de Informação e Comunicação. Actualizar, digamos, a definição do conceito, retirando-lhe a autonomia e hegemonia até aqui evidenciadas, tornando-o dependência directa de uma outra figura, até agora quase sempre descurada por toda a doutrina e jurisprudência portuguesas: a Alienabilidade.

Neste sentido têm caminhado, progressivamente, as doutrina e jurisprudência espanholas, ordenamento jurídico ao qual muito nos socorremos ao longo do processo de pesquisa que se encontra na génese da presente dissertação. A problemática que aqui evidenciamos acerca da definição de contrato de trabalho assente na figura da subordinação jurídica mostra-se já amplamente discutida no país vizinho, sendo possível até encontrarem-se decisões do Tribunal Supremo daquele país que decidem sobre a matéria, atribuindo relevância extrema à alienabilidade enquanto critério viável na qualificação de um contrato como sendo de trabalho. Vários autores evidenciam nas suas obras a fragilidade da subordinação jurídica como critério preferencial, fortemente debilitada com a introdução das novas formas de produção decorrentes do recurso às Tecnologias de Informação e Comunicação, as quais permitem ao trabalhador exercer a sua actividade com maior liberdade e autonomia.

Tendo presente esta alteração da realidade jus-laboral, é hoje aceite no ordenamento jurídico do país vizinho que qualquer contrato de trabalho implica que o trabalhador exerça a sua actividade por conta de outrem, ou seja, do empregador. É esta disponibilidade da força produtiva do trabalhador, que se traduzirá numa posterior disponibilidade dos frutos e do mercado, que encerra em si a principal distinção entre contrato de trabalho e as demais figuras afins: nestas, toda a actividade laboral se mostra realizada por conta do próprio trabalhador, não se verificando qualquer disponibilidade a favor do empregador. É a esta disponibilidade, nos seus diferentes momentos, que designamos de alienabilidade.

Como veremos, toda a relação de trabalho subordinado apenas existe não pela subordinação jurídica do trabalhador, mas porque, previamente, o trabalhador se alienou, livre e pessoalmente, a favor do empregador, aceitando subjugar-se aos interesses deste e exercendo a sua actividade por conta deste. Em contrapartida, recebe o trabalhador um salário correspondente à utilidade que o empregador consiga retirar da colocação no mercado dos frutos do trabalho realizado, em seu proveito, pelo trabalhador.

A subordinação jurídica, continuando a ter relevância enquanto elemento caracterizador do contrato de trabalho, deverá ser relegada para uma análise subsequente e não inicial na definição do conceito. Como critério diferenciador, devemos encontrar a alienabilidade, a qual, não se verificando, não permite a qualificação de qualquer relação laboral como sendo de contrato de trabalho. Nestes casos, nem será necessário analisar a verificação de subordinação jurídica pois que, ainda que esta exista (note-se que a subordinação jurídica não se mostra exclusiva dos contrato de trabalho, podendo ainda verificar-se nas demais figuras afins onde o trabalhador sempre poderá ter de cumprir directivas emanadas da pessoa a quem presta a sua actividade), não poderá a relação laboral ser de um verdadeiro contrato de trabalho pois que o trabalhador exerce a sua actividade por conta própria, ainda que, aparentemente, se encontre a fazê-lo por conta de um empregador.

Com as linhas acima escritas, afluímos já a questão que nos propomos tratar e analisar: o conceito de alienabilidade e a sua relevância na qualificação jurídica de qualquer contrato de trabalho. Acrescentamos apenas que, por se mostrar um modelo de contrato de trabalho em ascensão, cuidaremos, naquele que designámos por Capítulo III destas páginas, verificar a aplicabilidade do critério da alienabilidade no Contrato de Teletrabalho. Estamos em crer que este modelo de contratação laboral, porque aquele onde o recurso às Tecnologias de Informação e Comunicação se mostra mais ambicioso e necessário, permite evidenciar a necessidade urgente de as doutrina e jurisprudência portuguesas seguirem os passos das suas congéneres espanholas e procederem à necessária alteração de critério a favor da alienabilidade.

No Teletrabalho, a subordinação jurídica encontra-se, mais do que em qualquer outro modelo de contratação laboral, fortemente mitigada por força da distância física que se estabelece entre trabalhador e empregador no exercício da actividade laboral, sendo a comunicação entre as partes feita, essencialmente, com recurso às novas tecnologias de comunicação. Deste modo, facilmente se compreende a dificuldade em aceitar a subordinação jurídica como critério válido na definição de um contrato de teletrabalho. Caberá assim à alienabilidade garantir que o teletrabalho se mostra, efectivamente, exercido em regime de contrato de trabalho nos casos em que o teletrabalhador exerce a sua actividade em nome de um empregador, encontrando-se, conseqüentemente, sujeito às ordens e directivas deste. Mas, reforçamos, esta sujeição não vale *per si*, antes sendo uma consequência directa da alienabilidade do trabalhador.

Uma vez exposta toda a problemática que se encontrará em destaque nesta investigação, é nosso objectivo, com a presente, contribuir para o enriquecimento da temática em apreço, dando um contributo que se crê útil à discussão jurídica em torno da figura da alienabilidade, conceito que, como concluiremos, se mostra por demais pertinente e necessário à compreensão dos fenómenos jus-laborais decorrentes do progresso tecnológico.

## **CAPÍTULO I**

### **ENQUADRAMENTO DA PROBLEMÁTICA**

O Direito do Trabalho Português coloca na subordinação jurídica o tónico da distinção entre contrato de trabalho e as demais figuras afins. Existindo essa subordinação, está-se perante um verdadeiro contrato de trabalho (assumindo que se verificam os demais requisitos, nomeadamente uma dependência económica do trabalhador face à actividade por si prestada junto da empresa); não se descortinando verdadeiros deveres de subordinação do trabalhador face ao empregador, qualquer contrato de trabalho assim identificado será, forçosamente, descaracterizado, podendo mais não ser do que um verdadeiro Contrato de Prestação de Serviços (regulado na lei civil) ou mesmo uma Situação/ Contrato Equiparado, previsto no artigo 10.º do Código do Trabalho e objecto de regulamentação autónoma com a Lei n.º 101/2009, e 8 de Setembro.

A relevância desta qualificação jurídica – Contrato de Trabalho ou Figura Afim (por facilidade de raciocínio, assim nos referiremos, indiscriminadamente, ao Contrato de Prestação de Serviços e ao Contrato Equiparado), vai muito além de qualquer querela doutrinária ou jurisprudencial, extravasando uma principiante definição de conceitos eventualmente necessária por mero dever de correcção jurídica.

Apenas quem trabalha em regime de Contrato de Trabalho pode estar sujeito às normas previstas no Código de Trabalho, aos Direitos e Deveres aí elencados nos artigos 126.º e seguintes, em concreto, e para efeitos de verificação da subordinação jurídica, no artigo 129.º do mesmo diploma legal. De igual modo, apenas os trabalhadores que exerçam a sua actividade ao abrigo de um Contrato de Trabalho podem estar sujeitos a todo este diploma que regulamenta e, em fim último, protege o exercício dessa mesma actividade.

A inobservância de um verdadeiro rol de direitos e deveres por parte do trabalhador e, bem assim, de

um verosímil poder de direcção hierárquica pelo empregador, que lhe permita dar ordens, instruções, controlando o trabalho dos seus subalternos, torna frágil qualquer tentativa de qualificação como Contrato de Trabalho de uma actividade prestada por um trabalhador a um determinado empregador.

A situação acima configurada, sendo mais recorrente do que se possa pensar, assume especial preponderância no Teletrabalho. E, preponderância maior ainda assume quando esse Teletrabalho é realizado fora das instalações da empresa. Nesta situação, e como facilmente se conclui, ainda que numa primeira e naïve abordagem, os poderes do empregador são muito reduzidos, encontrando-se demasiado condicionados pela simples ausência da presença física do trabalhador na estrutura da empresa. Ao empregador mais não resta do que confiar na rectidão do trabalhador, aguardando pelos resultados que vierem a ser por aquele obtidos ou produzidos.

Ora, verdadeiramente o que sucede em situações de Teletrabalho no Domicílio do trabalhador – ou mesmo quando realizado num outro local desde que externo às instalações da empresa, como um Telecentro -, é uma total ausência de subordinação jurídica (nos moldes em que a mesma vem sendo entendida pela nossa doutrina e jurisprudência) deste face ao empregador, mais não se obrigando aquele do que a uma prestação de resultado.

Neste ponto, mostra-se então legítimo equacionar se se está perante um verdadeiro Contrato de Trabalho. E a conclusão a que têm chegado as nossas doutrina e jurisprudência é a de que o Teletrabalho apenas será um verdadeiro Contrato de Trabalho nos casos em que é exercido sob um efectivo poder de direcção e orientação do empregador, verificando-se deste modo uma verdadeira subordinação jurídica do trabalhador para com aquele.

Questionamo-nos, então, como definir o Teletrabalho quando assim não sucede: será este uma Figura Afim? E, se assim for, mais se assemelhará a um Contrato de Prestação de Serviços ou a um Contrato Equiparado?

Efectivamente, nestes casos, o trabalhador obriga-se perante o empregador, a não mais do que uma verdadeira prestação de resultado e não de meios: o empregador avaliará o desempenho do seu subordinado, quase exclusivamente (se não mesmo!) com base nos objectivos alcançados, com diminuto controlo do contexto profissional em que os mesmos foram alcançados, ou seja, sem possibilidade de qualquer controlo sobre o processo laboral exercido pelo trabalhador. Apenas existe dependência económica do trabalhador (a qual, ainda assim, poderá não ser líquida, podendo o trabalhador, à revelia do empregador, prestar actividade para outros interessados), situação típica de uma figura afim e, como tal, inadmissível na execução de um verdadeiro contrato de trabalho.

A resposta-chave à qualificação das situações jurídico-laborais em que o poder de direcção não existe conforme vem sendo identificado não poderá então deixar de passar por uma interpretação actualista do conceito de subordinação jurídica decorrente do critério da alienabilidade que nos



propomos a dissecar. A subordinação jurídica, a sua manifestação no seio de um contrato de trabalho – em especial, do Teletrabalho - e o seu alcance carecem, pois, de uma actualização face à nova realidade produtiva e socioeconómica.

Afinal, em que consiste, específica e concretamente, a subordinação jurídica? Qual o rol de situações por si abarcadas? Quais os seus limites? No fundo, como deverá esta subordinação jurídica ser, hoje e no futuro, correctamente entendida e interpretada, tendo presente que apenas de Teletrabalho pretende tratar o presente projecto, mas que, dada a evolução e o progresso tecnológico, talvez se mostre útil estender tal entendimento a todos os demais contratos de trabalho, concretizados cada vez mais com recurso às Tecnologias de Informação e Comunicação por parte dos trabalhadores?

Antecipando, de modo enigmático, talvez, a resposta às questões acima colocadas e a que nas páginas seguintes nos propomos desenvolver, avançamos com aquela que, em nosso entender e após nos debruçarmos sobre a dimensão detida pela subordinação jurídica no nosso ordenamento jurídico, julgamos ser a figura a introduzir no ordenamento jurídico português enquanto critério diferenciador de um contrato de trabalho de uma figura afim, em especial, no que ao Teletrabalho respeita: a alienabilidade. Foi este o conceito, até certo ponto inovador no sistema português, que nos propusemos a estudar e a compreender com a investigação que sustentou as páginas que se seguem, procurando harmonizar as exigências da definição legal de Teletrabalho enquanto contrato de trabalho com a cada vez maior distância física que separa trabalhadores e empregadores e, conseqüentemente, o alcance da exigência legal da subordinação jurídica na sua qualificação.

Na certeza de que uma resposta satisfatória à questão central da presente investigação não será fácil de alcançar, pelo menos, sem discussão e opiniões divergentes, certo é que o objectivo visado coloca a fasquia elevada: concluindo-se, fundamentadamente como se espera, pelo carácter não universal do Teletrabalho como contrato de trabalho, não deixaremos de colocar em causa todo um conceito estático e estabelecido de subordinação jurídica, o que não só se mostra aliciante do ponto de vista pessoal e académico, como também propiciará a discussão jurídica em torno do problema, situação desejável ao desenvolvimento permanente de todo e qualquer ramo de Direito, *in casu*, do tão presentemente fustigado Direito do Trabalho.



## **CAPÍTULO II**

### **A ALIENABILIDADE**

#### **1 - O Conceito**

##### **1.1 - Aproximação ao Conceito de Alienabilidade**

“Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob autoridade destas”, assim vem definido no artigo 11.º do CT.

Com efeito, à luz da legislação laboral em vigor, é na realização do exercício das respectivas funções com subordinação jurídica face ao empregador que o trabalhador actua na estrita aplicação e protecção conferidas pelo Código do Trabalho, sempre resvalando o exercício da sua actividade laboral para uma figura afim quando assim não seja.

Aqui chegados, mostram-se pertinentes as interrogações: sendo a subordinação jurídica condição *si ne qua non* e, como tal, necessária à existência de um contrato de trabalho, e sendo o conceito, necessariamente, preenchido pela sujeição do trabalhador aos poderes de autoridade e direcção do empregador, como poderá este exercer tais poderes sobre um trabalhador que se encontra de si fisicamente distante? E, nos casos em que a prestação de trabalho é realizada com recurso às Tecnologias de Informação e Comunicação e fora das instalações da empresa, de que forma pode o empregador dirigir de modo efectivo e viável o trabalho prestado pelo seu subalterno? Por outro lado, se o trabalhador em regime de Teletrabalho exerce a sua actividade habitualmente fora das

instalações da empresa e, conseqüentemente, à distância e sem vigilância do empregador, como poderá este modo de prestar uma actividade afigurar-se como um contrato de trabalho?

Estas questões permitem, *ab initio*, colocar em causa a eficácia e eficiência da subordinação jurídica na delimitação do contrato de trabalho e, em especial, do Teletrabalho enquanto tal. Está-se em crer que, encarando a subordinação jurídica como a mesma até aqui tem vindo a ser entendida, apenas poderá existir Teletrabalho em regime de contrato de trabalho nos casos pouco frequentes em que o trabalhador exerce a sua actividade nas instalações da empresa. E, ainda assim, reiteramos, a qualificação enquanto contrato de trabalho mostrar-se-á sempre problemática e inquinada, muito pela crescente introdução e recurso às Tecnologias de Informação e Comunicação que, por definição, implicam sempre um diminuto controlo efectivo da actividade prestada pelo trabalhador.

Não nos parece (também porque a realidade diária de um sociedade cada vez mais capitalista, encarada e entendida a uma escala cada vez mais planetária assim o tem demonstrado) que o Teletrabalho exercido enquanto contrato de trabalho tenha, contudo, uma dimensão tão residual como a que teria se apenas existisse nas situações pontuais em que o mesmo é exercido no seio das instalações da empresa. De resto, e na linha do pensamento até aqui escorrido, representando o Teletrabalho a modalidade de trabalho que, estamos em crer, ocupará cada vez mais um lugar de excelência no comércio mundial, mal se compreenderia que se objectivasse sobrevalorizar o Teletrabalho enquanto figura afim em detrimento claro do contrato e trabalho.

Certo é que, no quadro laboral actual, inserido numa economia de mercado aberta, global e massificada, o conceito de subordinação jurídica como até aqui entendido apresenta-se rudimentar, estático e desadequado face aos objectivos empresariais em causa: a maximização, pelo empregador, dos benefícios que a colocação no mercado, dos seus produtos, lhe permita almejar. É o mercado a funcionar *per se*, visando o empregador obter o máximo de benefício/ lucro com o escoamento da sua mercadoria, ou seja, os frutos do trabalho realizado pelo trabalhador, a quem importa, mais do que outro fim, receber um salário a que corresponda a disponibilidade da sua força de trabalho.

Estamos em crer que caberá, assim, à alienabilidade, nas suas mais diversas manifestações, funcionar como elemento caracterizador de todos os contratos de trabalho e, para o que nestas páginas nos propusemos a estudar, o Teletrabalho presente no Código do Trabalho.

Conceito há muito presente nas mais seguidas discussões laborais espanholas, ordenamento jurídico onde a importância da subordinação jurídica tem, progressivamente, vindo a ser colocada em causa não só pela doutrina [(Montoya Melgar, 1996: 37) e (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez e

García Murcia, 1996: 41)]<sup>1</sup>, mas também pela jurisprudência (Sentencia del TS, 1998)<sup>2</sup>, a verdade é que a alienabilidade não mereceu, até à data, qualquer acolhimento nas doutrina e jurisprudência portuguesas, não obstante, e ainda que de modo meramente implícito, se encontre prevista na definição legal de contrato de trabalho constante do artigo 11.º do Código do Trabalho na referência feita à prestação de uma actividade "a outra ou outras pessoas". Por tal facto, apresenta-se a alienabilidade como um conceito quase virgem e, como tal, de interesse máximo a qualquer abordagem que se realize e se queira inovadora no que respeita à definição de Contrato de Trabalho. A doutrina e jurisprudência portuguesas apenas residualmente se têm debruçado sobre esta figura e, quando tal acontece, fazem-no por referência ao trabalho por conta alheia (Leite, 1998: 74)<sup>3</sup> ou a ela se referem apenas superfluamente, conjuntamente com a enumeração dos demais índices típicos da diferenciação tradicional entre contrato de trabalho e as demais figuras afins (Martinez, 2002: 149)<sup>4</sup>. Apenas Monteiro Fernandes foi mais longe na abordagem ao conceito:

"De um lado, os possuidores dos meios de produção, para se lançarem, de facto, numa actividade produtiva, carecem de obter força de trabalho para combinar e articular com aqueles meios; do outro, apresentam-se todos aqueles que não contam senão com a sua força de trabalho para subsistir, faltando-lhes os excedentes de dinheiro necessários para o acesso aos restantes meios produtivos. Estes não podem senão renunciar ao uso da força de trabalho em actividade económica autónoma - necessitam de alienar o «poder» de dispor dela" (Fernandes, 1987: 10)<sup>5</sup>.

Sendo de louvar a aproximação à figura da alienabilidade, peca este autor, no entanto, pelo enfoque na disponibilidade do trabalhador face à força de trabalho, nenhuma referência fazendo à disponibilidade daquele perante os frutos e o próprio mercado, alienabilidades estas que, no sistema socioeconómico e produtivo actual assumem maior preponderância, conforme *infra* melhor explicitaremos.

Tenha-se, no entanto, bem presente, que a subordinação jurídica continuará a merecer um lugar

<sup>1</sup> Montoya Melgar, Alfredo (1996, 17.ª ed.), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos; Martín Valverde, Antonio, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Joaquín García Murcia (1996, 5.ª ed.), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 18.10.98, unificación de doctrina (RJ 192/7622), citada por muitas outras que se lhe seguiram, como a Sentencia del T.S.J Cataluña de 01.02.2012 (750/2012), disponível para consulta em <http://portaljuridico.lexnova.es> e consultada em 10.10.2012.

<sup>3</sup> Leite, Jorge (1998), *Direito do Trabalho, Vol. I*, Coimbra, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra: "trabalho assalariado, ou seja, trabalho voluntário, oneroso, por conta alheia e juridicamente dependente."

<sup>4</sup> Martinez, Pedro Romano (2002), *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina: "alienabilidade, dever de obediência e sujeição ao poder disciplinar permitem distinguir o trabalho subordinado do trabalho independente".

<sup>5</sup> Fernandes, António Monteiro (1987, 6.ª ed.), *Direito do Trabalho I*, Coimbra, Almedina.

preponderante na definição e delimitação do contrato de trabalho – sem ela, mantemos, não existirá contrato de trabalho; porém, a introdução da inovadora figura da alienabilidade implicará uma redefinição da própria subordinação jurídica enquanto conceito estático e rígido como até aqui entendido, passando esta a ser entendida, e assim salvaguardada, como um efeito directo da alienabilidade da disposição da força de trabalho.

É sobre a definição deste conceito, nas suas diferentes acepções, que cuidaremos de tratar no capítulo seguinte.

## **1.2- Da Alienabilidade**

No âmbito do Direito Laboral, a alienabilidade poderá, grosso modo, ser definida como a prestação de trabalho por conta alheia (Bayon Chacon, Perez Botija, 1972-1973:18)<sup>6</sup>.

Numa primeira abordagem, será, por certo, mais fácil aceitar a relevância do conceito como integrante da definição de contrato de trabalho no sistema laboral espanhol, pois que ele existe sempre que os resultados de uma qualquer actividade exercida por um trabalhador sejam propriedade única e exclusiva do empregador, sendo este quem corre todos os riscos decorrentes da sua colocação no mercado (Sentencia del T.S.J. Extremadura, 1997)<sup>7</sup>. O sistema jurídico-laboral espanhol apresenta-se, assim, menos rígido e, como tal, mais apto à recepção e integração da alienabilidade do que o sistema legal português, pelo menos como até aqui interpretado, mostrando-se como tal mais exigente na verificação cumulativa de vários requisitos para que se possa falar de um verdadeiro contrato de trabalho.

Porém, e como anteriormente referimos, a alienabilidade mostra-se, efectivamente, prevista na definição de contrato de trabalho legalmente positivada no Código do Trabalho. Ao reportar-se à necessidade de uma determinada actividade ter de ser prestada "a outra ou outras pessoas" está o legislador a introduzir, precisamente, a alienabilidade como elemento caracterizador do contrato de trabalho, apenas pecando, talvez, por uma ausência de referência expressa ao conceito.

O trabalhador protegido por um contrato de trabalho é, assim, alguém que "abdicou", alheando-se, em absoluto, de toda a actividade produtiva, a qual é detida pelo empregador. Porém, não partilhamos da

---

<sup>6</sup> Bayon Chacon, Gaspar y Eugenio Perez Botija (1972-1973, 8.ª ed.), *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, Madrid, s.n.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Extremadura de 30.06.1997 (AS 1997/2411), *B.D.A. - Jurisprudência - Social*, Aranzadi Ed.

posição já positivada na doutrina portuguesa de que esta alienabilidade se prende, única e exclusivamente, com a alienação, pelo trabalhador e a favor do empregador, da força de trabalho daquele em troca de um salário pago por este.

Estamos em crer que, sendo verdade que toda a alienabilidade parte sempre do alheamento da força produtiva do trabalhador para a esfera do empregador, tal não se mostra suficiente para, *per si*, definir uma relação de contrato de trabalho. Com efeito, é entendimento que aqui se pretende tornar evidente que a alienabilidade da capacidade produtiva do trabalhador (na qual poder-se-á encontrar, embora sem carácter obrigatório, uma alienabilidade de meios) sempre terá de se espelhar numa simultânea alienabilidade de frutos e numa alienabilidade de mercado, só assim se verificando uma verdadeira subordinação do trabalhador ao empregador e um consequente alheamento daquele ao mercado para o qual contribui com o exercício da sua actividade.

Deste modo, e como ponto de partida para uma correcta acepção dos limites da alienabilidade, esclareça-se que apenas existirá um verdadeiro contrato de trabalho nos casos em que se mostra existir uma relação jurídico-laboral com três polos distintos: o trabalhador aliena a favor do empregador não só a sua capacidade produtiva (a força), mas também os resultados dessa mesma produção (os frutos), assumindo o empregador, em exclusivo, os riscos pela colocação no mercado desses frutos produzidos. E, partindo desta trílice organizativa, evidencia-se com carácter de essencialidade, a preponderância da alienabilidade como critério de definição de contrato de trabalho: é no total alheamento do trabalhador face ao mercado que iremos encontrar o verdadeiro alcance e importância da alienabilidade. O trabalhador perde, em absoluto, e em troca de um salário, a direcção efectiva da sua capacidade produtiva, não chegando nunca, em momento algum, a fruir dos resultados da sua actividade, os quais são colocados no mercado, em exclusivo, pelo empregador na qualidade de proprietário. Assim, "(...) a alienabilidade consiste na transferência *ab initio* da actividade, da disponibilidade da força de trabalho e dos frutos para pessoa distinta do seu produtos, bem como da utilidade patrimonial da venda dos mesmos no mercado (...), finalidade do empregador" (Batalha, 2007: 60)<sup>8</sup>

O trabalhador, motor de toda a produção através da contribuição da sua força produtiva, exerce a sua actividade laboral não em proveito próprio mas sim em proveito do empregador, o qual, posteriormente, alimenta o mercado com os frutos resultantes do trabalho realizado pelo trabalhador. Numa visão crua desta realidade mas que permite ter uma percepção fidedigna desta relação tripartida, podemos dizer que ao trabalhador pouco importa o destino dado ao resultado que o seu trabalho vier a produzir, apenas interessando receber um salário como contrapartida pelas horas de actividade exercida; por seu turno, ao mercado nenhuma relevância tem quem esteve na origem da

---

<sup>8</sup> Batalha, António Lopes (2007, 1.ª ed.), *A Alienabilidade no Direito Laboral*, Lisboa, Edições Universitárias Lusófonas

produção dos bens, bastando-se com a comercialização dos mesmos numa realidade de troca e movimentação de capital; por último, é ao empregador a quem são pedidas maiores preocupações: este terá de assegurar que a necessidade da força produtiva dos trabalhadores acaba sempre devidamente remunerada em consequência do escoamento dos produtos anteriormente produzidos e colocados no mercado comercial, garantindo que, à revelia, o trabalhador não se encontra a consigo concorrer nesse mercado, nele colocando os mesmos frutos mas por sua própria conta e risco<sup>9</sup>. Sobre o empregador recaem, deste modo, preocupações não só de ordem social e laboral (com os trabalhadores), mas também económica (com o mercado) (Batalha, 2007: 92-93)<sup>10</sup>.

E é nesta total desresponsabilização do trabalhador perante os resultados obtidos pelo escoamento dos frutos do seu trabalho, os quais, como *supra* se firmou, são propriedade única do empregador, que radica a verdadeira subordinação jurídica: o trabalhador não tem qualquer tipo de relação com os frutos da sua actividade, limitando-se a seguir as instruções do empregador ao longo do processo produtivo, recebendo um salário a final pela actividade desenvolvida. O trabalhador não interage, por qualquer forma, com o mercado onde os frutos do seu trabalho virão a ser comercializados, encontrando-se tal possibilidade reservada ao empregador.

Por outro lado, tal desresponsabilização do trabalhador encontra o seu ponto de equilíbrio na sua sujeição às ordens e directivas do empregador o qual dirige o trabalho daquele. O trabalhador é, pois, o sujeito subordinado desta relação. Mas tal subordinação não existe nem pode ser configurada enquanto elemento primeiro desta relação; contrariamente, esta subordinação apenas se verifica porque o trabalhador se alienou, a favor do empregador, da actividade produtiva e, consequentemente, dos frutos e do mercado.

Porque exerce a sua actividade por conta do empregador, o trabalhador limita-se a produzir os bens, mediante a contrapartida de um salário, nenhuma outra relação se estabelecendo entre si e o resultado do seu trabalho. Caso não se tivesse alienado da actividade produtiva, o trabalhador seria dono dos frutos do seu exercício laboral, podendo dos mesmos dispor no mercado, deles retirando a sua utilidade e correndo os riscos próprios dessa participação directa no mercado. Neste caso, estaria o trabalhador a exercer a sua actividade em nome próprio, não existindo, como tal, uma relação jurídica subordinada com qualquer empregador, precisamente porque, previamente, inexistiu qualquer alienabilidade.

---

<sup>9</sup> Neste sentido, não é despropositada a proibição legal de concorrência desleal; esta aparece assim como uma consequência directa da prévia alienabilidade dos frutos e do mercado feita pelo trabalhador a favor do empregador.

<sup>10</sup> Batalha, António Lopes (2007, 1.ª ed.), *A Alienabilidade no Direito Laboral*, Lisboa, Edições Universitárias Lusófonas



### **1.3 - Alienabilidade Vs Alteridade**

Importa, neste contexto, desmistificar qualquer dúvida que possa emergir, decorrente de uma fácil, mas incorrecta, confusão entre os conceitos de alienabilidade e alteridade. O mesmo é dizer que não podem ser confundidas as expressões “trabalhar por conta/ a favor de outro ou outros” e “trabalhar para outro ou outros”.

É certo que a alienabilidade encerra em si mesma uma ideia de alteridade: quem trabalha “por conta/ a favor de outro”, necessariamente que trabalha para outro; porém, o inverso não se verifica taxativamente: quem “trabalha para outro”, pode trabalhar por conta própria e, portanto, sem que se verifique qualquer contrato de trabalho. De resto, quem trabalha, necessariamente que “trabalha para outro”, independentemente de quem seja este “outro” – veja-se o exemplo de quem é proprietário de um café de bairro e, simultaneamente, único funcionário desse estabelecimento: a pessoa em questão comercializa o produto da sua actividade aos clientes do estabelecimento, representando estes o “outro” dessa relação; porém, esse trabalhador trabalha por conta própria e não “por conta/ a favor de outro”, partindo de si e em si terminando todo o processo produtivo e comercial associado à sua actividade. O mesmo já não sucede nos casos em que o funcionário desse mesmo estabelecimento seja pessoa diversa do seu proprietário: aquele é então o trabalhador que trabalha “para outros” e “por conta/ a favor de outro”, neste caso o proprietário do estabelecimento que também é empregado daquele.

É, pois, na alienabilidade que reside a principal característica diferenciadora de um verdadeiro contrato de trabalho das demais figuras afins: enquanto nestas o trabalhador não se limita a produzir, actuando também como agente no mercado de consumo, tendo preocupações com o escoamento dos frutos da sua actividade sob pena de nenhuma recompensa monetária vir a obter, no âmbito de um verdadeiro contrato de trabalho as preocupações do trabalhador mostram-se mais diminutas, apenas tendo de garantir que a sua força produtiva satisfaz as exigências quantitativas e qualitativas do empregador, mas alheando-se, em absoluto, do processo de escoamento.

Estamos assim seguros em afirmar que a alienabilidade se mostra como figura preponderante na definição de contrato de trabalho. E maior relevância adquire quando em questão se encontrem actividades laborais características da sociedade actual e futura, global e de ritmo acelerado – sendo o Teletrabalho exemplo bastante -, onde as Tecnologias de Informação e Comunicação assumem, cada vez mais, um papel central no desenvolvimento de todo e qualquer exercício profissional, sendo nelas que tudo começa e tudo acaba, estando as mesmas ainda presentes ao longo de todo o processo criativo e produtivo.

Continuar a colocar o tónico do Direito do Trabalho na subordinação jurídica como até aqui entendida,

mostra uma orientação doutrinal e jurisprudencial portuguesa pouco apta à mudança e à necessidade de adaptação às novas realidades socioeconómicas. Desde logo porque, note-se que não sendo a subordinação jurídica uma figura exclusiva do contrato de trabalho (De La Villa Gil, 1966: 137)<sup>11</sup>, mal se compreende que a mesma continue a merecer lugar de destaque na definição legal do conceito sem que à mesma se mostre intimamente associada a alienabilidade, esta sim, exclusiva e presente na definição legal de contrato de trabalho prevista no artigo 11.º do Código do Trabalho e que, não obstante, se mostra inexistente no tratamento dado às inúmeras situações jus-laborais que pulverizam todo o Direito do Trabalho.

## **2 - A Alienabilidade na sua Tripla Manifestação**

### **2.1 - Alienabilidade na Actividade Produtiva, Alienabilidade nos Frutos e Alienabilidade no Mercado**

Como temos vindo a referir, ao incorporar, na qualidade de assalariado, uma determinada organização empresarial, o trabalhador aliena a favor o empregador não só a sua capacidade produtiva, mas também os frutos provenientes do exercício da sua actividade e o próprio mercado de escoamento daqueles, ao mesmo tempo que “se descarta” da finalidade objectivada com a produção desses frutos (representativa da utilidade que os mesmo demonstram ter) e dos riscos da sua colocação no mercado. A alienabilidade do trabalhador em prol do empregador é, assim, tendencialmente, absoluta. E tendencialmente apenas porque, casos há como o do Teletrabalho (mormente o prestado no domicílio do trabalhador mas com contrato de trabalho) em que os meios de produção (telefones, computadores, impressoras, internet, etc) são pertença do trabalhador, situação em que não será exacto falar-se na total alienabilidade deste.

Podemos então concluir que esta alienabilidade do trabalhador assume (em regra) três momentos: a alienabilidade no processo produtivo, a alienabilidade nos frutos e a alienabilidade no mercado.

Enquanto a primeira respeita ao alheamento do trabalhador da sua força de trabalho e aos meios empregues no exercício da sua actividade, a segunda prende-se com a alienação que o trabalhador faz do resultado dessa sua actividade (os frutos) e a terceira respeita ao momento pós produção e já estritamente comercial. A alienabilidade no mercado encerra, ainda em si, o alheamento total do

---

<sup>11</sup> De La Villa Gil, Luis Enrique (1966), *El Trabajo a Domicilio*, Pamplona, Aranzadi.

trabalhador aos riscos e benefícios decorrentes da colocação no mercado, pelo empregador, dos frutos anteriormente produzidos.

"Quem é alheio à disponibilidade da *sua* força de trabalho e à *sua* produção ou frutos é porque está dentro do âmbito duma organização e direcção alheia, donde, é alheio aos benefícios e aos prejuízos resultantes da troca ou da venda dos *seus* frutos no mercado" (Batalha, 2007: 103)<sup>12</sup>. Validamos este entendimento.

O trabalhador sabe que a prestação da sua actividade tem como finalidade a obtenção de frutos que virão, posteriormente, a ser comercializados. Porém, o trabalhador igualmente sabe que não será responsável pela sua colocação e o escoamento desses produtos finais no mercado. Uma vez cumprida, pelo trabalhador, a sua função (actividade produtiva), nenhuma relação se estabelecerá entre si e o mercado, sendo tal relação da inteira e única responsabilidade do empregador. É ao empregador a quem cabe avaliar – preferencialmente, em momento anterior ao processo produtivo – a utilidade patrimonial que os bens produzidos representarão para o mercado uma vez que é ele quem irá receber o preço que vier a ser pago pelos frutos comercializados (Montoya Melgar, 1996: 36)<sup>13</sup> É aqui que reside a diferença entre um trabalhador contratado em regime de contrato de trabalho e um trabalhador autónomo, independente. É o empregador quem detém a capacidade e titularidade que lhe permite ambicionar colher benefícios dos frutos produzidos pelo trabalhador. Nesta linha, também o próprio mercado acaba por assumir um papel de destaque no ciclo produtivo por conta alheia pois é em resultado do funcionamento deste que o trabalhador receberá o salário respeitante a alienação da sua força de trabalho, dos frutos e do próprio mercado a favor do empregador.

Mais uma vez emerge a força do critério da alienabilidade enquanto preferencial na caracterização de qualquer contrato de trabalho, revelando-se fundamento bastante (embora não suficiente *per se*) e condição *si ne qua non* desta qualificação (Alarcón Caracuel, 1986: 541)<sup>14</sup>: "Lo que define a la relación contractual de trabajo es la prestación por cuenta ajena" (De La Villa Gil, 1966: 135)<sup>15</sup>. Sempre que não se verifique a alienabilidade do trabalhador, em especial e conforme de seguida demonstraremos, a alienabilidade deste no mercado - precedida de uma necessária alienabilidade na actividade produtiva e nos frutos -, não se estará na presença de uma relação laboral subordinada, donde decorre, também aqui, que a subordinação jurídica sempre terá de ser uma "mera" consequência da alienabilidade.

---

<sup>12</sup> Batalha, António Lopes (2007, 1.ª ed.), *A Alienabilidade no Direito Laboral*, Lisboa, Edições Universitárias Lusófonas,

<sup>13</sup> Montoya Melgar, Alfredo (1996, 17.ª ed.), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos Ed.

<sup>14</sup> Alarcón Caracuel, Manuel Ramón (1986), "La ajénidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 25 Enero/ Marzo;

<sup>15</sup> De La Villa Gil, Luis Enrique (1966), *El Trabajo a Domicilio*, Pamplona, Aranzadi Ed.

## **2.2 - Crítica à Teorização de Alienabilidade na Actividade Produtiva como integrante da Alienabilidade dos Frutos**

Não concordamos com o entendimento já positivado de que a alienabilidade na actividade produtiva e a alienabilidade dos frutos sejam uma só realidade, sendo esta segunda, conjuntamente com a alienabilidade dos meios e da força produtiva, parte integrante da primeira (Batalha, 2007: 99-117)<sup>16</sup>.

A primeira crítica que nos merece tal posição, prende-se com o facto de, em nosso entender, a alienabilidade dos frutos dever ser um requisito autónomo, à semelhança da alienabilidade na actividade produtiva e da alienabilidade no mercado. De resto, facilmente se compreende esta posição se entendermos (como deve ser entendido) que os frutos são resultado da própria actividade produtiva. Esta é condição necessária à existência de quaisquer frutos que se pretendam alienar. Considerar os frutos e a sua posterior alienabilidade como elemento da actividade que os cria peca, desde logo, por um clamoroso vício de raciocínio que invalida todas as possíveis conclusões a que se consiga chegar.

Por outro lado, tenha-se presente que inserir a alienabilidade dos frutos na alienabilidade na actividade produtiva, retira importância à primeira. Com efeito, como acima vimos, a realidade socioeconómica actual faz depender toda e qualquer relação subordinada de trabalho à alienabilidade do trabalhador em favor do empregador. E, conforme acima aforámos e *infra* melhor explicitaremos, é na alienabilidade dos frutos e do mercado que melhor se encontra a verdadeira subordinação jurídica do trabalhador. É (também) porque perdeu a disponibilidade dos frutos do seu trabalho para o empregador, que o trabalhador se mostra impossibilitado de actuar no mercado pois que não sendo proprietário dos resultados da sua actividade produtiva, não detém a titularidade de quaisquer bens passíveis de serem comercializados.

Ademais, e sendo este argumento directamente decorrente do anterior, como também já fizemos questão de notar, nem sempre o trabalhador se aliena dos meios de produção (e no campo do Teletrabalho, menos vezes tal acontece), a qual é também integrante da alienabilidade na actividade produtiva.

Ora, neste sentido, interrogamo-nos como podem duas alienabilidades (dos frutos e dos meios) ser integrantes de uma mesma realidade quando, para que se verifique uma verdadeira relação de trabalho subordinado, é requisito que sempre exista uma alienabilidade do trabalhador face ao mercado, decorrente da sua prévia alienabilidade dos frutos. Sendo esta alienabilidade dos frutos imperativa numa relação de trabalho subordinado, o mesmo não sucede com a alienabilidade dos meios. De outro modo, a alienabilidade do mercado apenas existe quando o trabalhador também se

<sup>16</sup> Batalha, António Lopes (2007, 1.ª ed.), *A Alienabilidade no Direito Laboral*, Lisboa, Edições Universitárias Lusófonas

alienou do resultado da sua força produtiva, ou seja, dos frutos, podendo, ao invés, existir alienabilidade no mercado sem qualquer alienação do trabalhador face aos meios de produção.

Falar de alienabilidade dos frutos em contexto de alienabilidade na actividade produtiva, não nos parece coerente com a actual preponderância assumida pela alienabilidade do mercado. Vejamos: entendendo a alienabilidade dos frutos como elemento integrante da alienabilidade na actividade produtiva, importa também ter presente que esta não existirá sempre que não se mostrarem verificadas as demais alienabilidades que a integram, o que sempre sucederá nos casos em que não se verifique uma alienabilidade nos meios de produção. Consequentemente, não existindo nestas situações, uma alienabilidade na actividade produtiva, necessariamente que perderá total importância a alienabilidade dos frutos que se venha a verificar, porquanto a mesma não se mostra suficientemente válida por si. Em consequência, não existirá alienabilidade no mercado e não se poderá configurar a relação estabelecida entre trabalhador e empregador como uma relação de trabalho subordinado, prevista no Código do Trabalho. Por outro lado, também não estaríamos na presença efectiva de um trabalho autónomo do trabalhador pois que, existindo a alienabilidade nos frutos, aquele sempre estaria a exercer a sua actividade produtiva a favor do empregador. Este, por seu turno, porque não se verifica a alienabilidade na actividade produtiva - pela não verificação da alienabilidade dos meios -, ficaria proprietário de frutos dos quais não poderia retirar a utilidade económica junto do mercado. Entraríamos, deste modo, num "ciclo viciado", sem solução aparente.

Por último, não podemos deixar de referir que a alienabilidade na actividade produtiva tem, progressivamente, vindo a perder importância em detrimento da alienabilidade no mercado, pelo que continuar a fazer depender a alienabilidade dos frutos daquela, também por este prisma, se mostra uma falácia que aqui se mostra pertinente colocar em evidência.

Creemos, por todo o explanado, merecer a alienabilidade dos frutos um papel de destaque coincidente com a importância que a mesma reveste no actual contexto económico-social. Numa economia em que o empregador cada vez mais se foca, em exclusivo, na utilidade monetária que a colocação dos frutos produzidos virá a obter junto do mercado, subvalorizando todo o demais processo produtivo, deve a alienabilidade dos frutos ser autonomizada da alienabilidade da actividade produtiva, sendo analisada enquanto requisito próprio e independente, à semelhança do que sucede com a alienabilidade no mercado.

### **2.3 - Preponderância da Alienabilidade nos Frutos e no Mercado**

Como acabámos de demonstrar, entendemos caber à alienabilidade dos frutos, em sintonia com a alienabilidade no mercado, um lugar de destaque na interpretação de uma relação jus-laboral por forma a diferenciar contrato de trabalho das demais figuras afins.

Em resultado da galopante introdução das Tecnologias de Informação e Comunicação nos modelos laborais típicos até há pouco existentes, vem-se assistindo a uma crise crescente da actividade produtiva e industrial tipicamente centralizada nas instalações fixas do empregador. Em consequência, a alienabilidade na actividade produtiva, fortemente caracterizada por uma subordinação jurídica rígida do trabalhador face ao empregador, tem, progressivamente, vindo a perder a importância que outrora assumia. Encontrando-se aquele a prestar a sua actividade nas instalações do empregador, tendo um horário de trabalho fixo, utilizando os meios produtivos fornecidos pelo empregador e encontrando-se, fisicamente, sob a tutela e o controle efectivo do empregador, facilmente se compreende que a subordinação jurídica como a conhecemos se mostrasse cumprida, sendo mesmo característica dessa alienabilidade na actividade produtiva.

Porém, com o incremento das Tecnologias de Informação e Comunicação, outros modelos de trabalho se foram galvanizando (como o Teletrabalho), modelos esses que se caracterizam por uma maior flexibilização, descentralização e externalização da actividade produtiva. Cada vez mais os trabalhadores podem exercer a actividade para a qual foram contratados com maior liberdade de movimentos e menor rigor de horários, tendo a possibilidade de utilizar materiais próprios e até mesmo de exercer tal actividade fora de um espaço físico delimitado. Todos estes factores, como facilmente se concluirá, vêm esbatendo a ideia da alienabilidade na produção e, simultaneamente, colocando em crise a figura da subordinação jurídica como até aqui entendida.

Relevante, cada vez mais, para definir um contrato como sendo de trabalho, é então a verificação de uma alienabilidade nos frutos e no mercado (conforme se cuidará de o demonstrar *infra*, no Capítulo II desta obra, a respeito do Teletrabalho). Caracterizada a realidade socioeconómica actual pela produção de bens destinados ao consumidor vasto e lato que é o mercado, assume neste contexto especial preponderância a relação jurídico-laboral que se estabelece entre trabalhador e empregador. Com efeito, sendo o mercado única e exclusivamente dominado pelo empregador em resultado da alienabilidade do trabalhador a troco de um salário, mostra-se necessário ao funcionamento deste que a relação existente a montante entre a capacidade produtiva (empregador) e força produtiva (trabalhador) se encontre devidamente oleada e funcional.

É certo que, para que se verifique esta alienabilidade no mercado, pelo menos em relação aos frutos do trabalho, terá o trabalhador de também se alhear. Porém, este alheamento dos frutos não invalida

tudo quanto anteriormente se escorreu sobre a perda de importância da alienabilidade na produção, indo antes ao encontro da crítica que acima deixámos feita à inserção da alienabilidade dos frutos na alienabilidade na actividade produtiva: ao empregador, cada vez mais, interessa apenas e só o resultado final da actividade exercida pelo trabalhador e cada vez em menor escala se preocupa com o processo produtivo necessário à sua obtenção. E se este interesse quase exclusivo pelo resultado final do trabalho prestado pode, numa primeira abordagem, assemelhar-se aos interesses emergentes das figuras afins, tal já não sucederá se se tiver em conta, precisamente, a preponderância da alienabilidade no mercado, caracterizada pela tríplice trabalhador-empregador-mercado.

A alienabilidade no mercado, implica, por si só, que o trabalhador se mostre impedido de actuar directamente e por si, no mercado desde logo porque, previamente, também se alienou dos frutos. A não ser assim, sempre faltaria o empregador como elemento de conexão preponderante entre os dois polos da relação que sempre terá de ser tripartida para que se possa continuar a falar de contrato de trabalho. Esta alienabilidade no mercado resulta, assim, da prévia alienação dos frutos pelo trabalhador ao empregador em troca de um salário. Como anteriormente se disse e ora se reitera, o trabalhador é completamente alheio à utilidade que esses frutos já anteriormente alienados representará no mercado, sendo de igual modo alheio aos riscos e benefícios decorrentes da comercialização desses frutos pelo empregador.

Neste processo produtivo, temos como *player* permanente no mercado a figura do empregador: este recorre ao mercado na procura de força produtiva (trabalhadores), voltando ao mercado para escoar os frutos obtidos no processo produtivo. É o empregador quem tem o controlo e a direcção efectiva de toda a actividade realizada: é ele quem detém, em exclusivo, o poder de direcção da sua organização e da disponibilidade do trabalhador, sendo também o titular único da produção. Por outro lado, só o empregador actua no mercado, estando tal actuação vedada ao trabalhador que, precisamente, a alienou ao empregador – alienabilidade no mercado. Daí que, perante o mercado, a figura do trabalhador perca progressiva importância, uma vez que este não é *player* naquele. Com isto não se está a desconsiderar, de modo algum, a posição jurídica do trabalhador, mas antes, e pelo contrário, a reforça-la: precisamente porque não tem papel activo no mercado, pode afirmar-se que o trabalhador exerce a sua actividade no âmbito de um verdadeiro contrato de trabalho, assim enquadrado à luz da nova concepção de subordinação jurídica que se pretende introduzir com recurso à figura da alienabilidade no mercado.

A alienabilidade dos frutos pelo trabalhador representa, pois, o primeiro sintoma de que se está perante um contrato de trabalho, vindo esta realidade a ser, posteriormente, confirmada com a mesma alienabilidade face ao mercado. Na actual sociedade socioeconómica, a relação jus-laboral assenta num mesmo objectivo: a máxima realização das rentabilidades (capital) que os frutos

produzidos possam gerar no mercado. O que distingue as posições do trabalhador e do empregador é aquilo em que se traduzem essas rentabilidades: para o primeiro, as mesmas representam o salário a receber e pelo qual aceitou subordinar-se juridicamente ao segundo (e aos interesses deste) ao alienar a sua força de trabalho; para o segundo, obter o máximo de valor monetário que permita não só suportar os custos incorridos com o processo produtivo, mas também o lucro almejado.

### **3 - A Subordinação Jurídica como causa directa da Alienabilidade**

Como acima se escreveu, o conceito de subordinação jurídica como até aqui conhecido perde importância, mostrando-se mesmo obsoleto quando tentado aplicar à realidade socioeconómica actual.

Porém, vêm a doutrina e jurisprudência portuguesas teimando em socorrer-se de um conceito de subordinação jurídica estático e rígido para assim definirem todo e qualquer contrato de trabalho, ignorando, o critério da alienabilidade pelo qual vimos pugnando. O critério da subordinação jurídica, como vimos, não se mostra coerente nem ajustado ao modelo produtivo actual, inserido num contexto global e fortemente marcado pelo recurso às Tecnologias de Informação Comunicação.

Desde logo, e como anteriormente já notámos, porque a subordinação jurídica, *per si*, não se mostra exclusiva dos contratos de trabalho, também podendo ser descortinada nas demais figuras afins, nomeadamente no que respeita à possibilidade de fixação de horários, posto de trabalho e fiscalização da actividade exercida.

De igual modo, e como também já expressámos, a própria definição jurídica de contrato de trabalho constante do artigo 11.º do Código do Trabalho assume o critério da alienabilidade, aparecendo a subordinação jurídica como consequência da alienabilidade da força produtiva, dos frutos e do mercado do trabalhador a favor do empregador.

Ademais, encontra-se inquinada a essência conceptual existente e que se quer fazer prevalecer, de que pela subordinação jurídica o trabalhador se encontra permanentemente submetido ao controlo do empregador.

"La expansión subjetiva del Derecho del Trabajo, unida a la mayor complejidad de la actividad económica en una sociedad postindustrial, conduce a un incremento de las relaciones laborales en las que el asalariado ejecuta su trabajo fuera de los locales de la empresa y, por ende, con menores posibilidades materiales de impartición de órdenes y controles sobre la forma de realización del trabajo, reforzándose en consecuencia la transcendencia del resultado frente a la actividad desplegada" (Cruz Villalón, 2003:



36)<sup>17</sup>

Com efeito, e dada a progressiva externalização e descentralização da actividade produtiva, a subordinação jurídica de um trabalhador que exerça a sua prestação fora das instalações da empresa e com recurso às Tecnologias de Informação e Comunicação, mostra-se residual e inexpressiva pois que a autoridade e o controlo do empregador sobre esse trabalhador serão sempre feitos à distância.

Por último, a noção de subordinação jurídica ainda valorizada pelas doutrina e jurisprudência portuguesas, encontra-se fortemente associada a "índices" caracterizadores, já desactualizados e desajustados do actual paradigma laboral, como a existência de um horário e de um local de trabalho, pertença dos instrumentos de trabalho ao empregador ou a exclusividade.

Contrariamente ao que há muito se vem verificando em território espanhol, com as doutrina e jurisprudências a fazerem uma interpretação actualista do conceito de subordinação jurídica como decorrência directa da alienabilidade (Sentencia del TS, 1992)<sup>18</sup>, em Portugal, e ainda que se venha aceitando uma interpretação elástica e flexível da subordinação jurídica, mantém-se a concepção ultrapassada de que aquela se manifesta pela verificação de determinados "índices" pré-definidos os quais, não se verificando, excluem a possibilidade de se estar perante um contrato de trabalho (Acórdão STJ, 2009)<sup>19</sup>.

Por tudo quanto temos vindo a expor, claro está que não podemos deixar de acompanhar o pensamento das doutrina e jurisprudência espanholas. A subordinação jurídica, enquanto critério delimitativo de um contrato de trabalho, não deverá ser o único. Por outro lado, numa sociedade de informação e comunicação, mais do que nunca importa entender a subordinação jurídica como a sujeição do trabalhador ao empregador decorrente da sua alienabilidade face aos frutos e,

---

<sup>17</sup> Cruz Villalón, Jesús, Patrocino Rodríguez-Ramos Velasco y Rafael Gómez Gordillo (2003), *Estatuto de los Trabajadores - Comentado*, Madrid, Tecnos Ed.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 18.10.98, unificación de doctrina (RJ 192/7622): O Supremo Tribunal espanhol considerou que a ausência de vigilância, de salário fixo, de horário de trabalho, assim como a prestação da actividade fora da empresa não serão critérios que permitam, por si só, desconsiderar um verdadeiro contrato de trabalho sempre que o trabalhador, por força da alienabilidade, se mostre inserido numa organização e sujeito à disciplina imposta pelo empresário/ empregador.

<sup>19</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01.04.2009 (08S3254), disponível para consulta <http://www.dgsi.pt> e consultado em 08.10.2012: "Para aferir se o trabalhador se encontra vinculado a um único empregador ou a vários empregadores, no âmbito dessa legislação, o que releva é o critério da subordinação jurídica". Em seguida, aparenta o Acórdão seguir um raciocínio conducente ao critério da alienabilidade ao referir que não basta a demonstração de que o trabalhador, no seu período de trabalho, se encontrava a exercer uma actividade paralela; porém, não vai o Acórdão mais longe, acabando por concluir pela subordinação jurídica como figura central do contrato de trabalho.

primordialmente, face ao mercado<sup>20 21</sup>.

Ao trabalhador com contrato de trabalho está imperativamente vedada a possibilidade de colocar no mercado os frutos que produziu pois que os mesmos não são nunca sua propriedade. Pela produção desses frutos, o trabalhador recebe do empregador um salário que aceitou para se alhear dos mesmos. Esta diferença no modo de actuação no mercado apresenta-se como um factor determinante na distinção entre contrato de trabalho e as demais figuras afins: nestas, o trabalhador trabalha por “conta própria”, actuando directamente no mercado, colhendo os benefícios decorrentes do valor atribuído aos bens produzidos, mas também suportando todos os riscos inerentes ao processo comercial; naqueles, o trabalhador limita-se a receber do empregador um salário como compensação da sua alienabilidade da força produtiva, dos frutos e do próprio mercado, sendo o empregador quem retira toda a utilidade patrimonial do escoamento dos frutos – que são seus! – mas também quem suporta todos os riscos.

Só com esta metamorfose no entendimento da subordinação jurídica, poderá tal requisito continuar a ser exigido pelo Código do Trabalho para que se mostre a existência de um contrato de trabalho. A não ser assim, estamos em crer, progressivamente deixarão de ser celebrados verdadeiros contratos trabalho – independentemente de os mesmos assim se poderem designar, pois como se sabe, a forma não prevalece sobre a substância – uma vez que, nomeadamente no sector dos serviços e das telecomunicações, o recurso às Tecnologias de Informação e Comunicação mostra-se cada vez mais volumoso e necessário, derogando, pouco a pouco, todos aqueles que, anteriormente, eram índices sintomáticos da verificação de um verdadeiro contrato de trabalho e que permitiam, a olho nu, distingui-lo das demais figuras afins.

A subordinação jurídica, enquanto elemento preponderante na qualificação de um contrato de trabalho, assume hoje uma dimensão que extravasa, por completo, os rudimentares poderes de direcção e controlo da actividade produtiva e do próprio trabalhador, por parte do produtor. A subordinação jurídica, para que continue a figurar como elemento válido e central na definição de contrato de trabalho, deverá agora de emergir directamente da alienabilidade do trabalhador em prol do empregador, reconfigurando-se então como a sujeição do trabalhador à actuação única e restrita do empregador no mercado de bens e produtos anteriormente produzidos por aquele, decorrente da alienabilidade da sua força produtiva<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Cruz Villalón, Jesús, Patrocino Rodríguez-Ramos Velasco y Rafael Gómez Gordillo (2003), *Estatuto de los Trabajadores - Comentario*, Madrid, Tecnos Ed.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Extremadura de 30.06.1997 (AS 1997/2411), *B.D.A. - Jurisprudência - Social*, Aranzadi Ed.: "La dependencia es algo implícito en la ajeneidad y que el trabajador por cuenta de otro exige normalmente que el que trabaja está controlado por aquel para el que trabaja (...), lo lógico es entender que también existe dependencia".

<sup>22</sup> Sendo rigorosos e precisos nesta avaliação, importa ainda referir que a subordinação jurídica sempre foi uma

O empregador mantém os seus poderes de direcção e controlo, é certo, mas já não exclusiva e preponderantemente sobre o exercício da actividade do trabalhador, mas antes e cada vez mais sobre o destino dos frutos produzidos pelo trabalhador e sobre o destino dos mesmos no mercado, procurando obstar e evitar a eventual concorrência directa e desleal do trabalhador caso este decida, à revelia, actuar, em nome próprio, no mesmo mercado. Perante esta nova concepção de subordinação jurídica, relevante na definição de um contrato de trabalho não é se o trabalhador está física e efectivamente subordinado aos poderes de direcção e autoridade do empregador, mas sim se o trabalhador é ou não alheio à colocação dos bens produzidos no mercado e à utilidade patrimonial dos mesmos, bem como aos riscos da actividade comercial. Em caso afirmativo, então existirá um contrato de trabalho com a subordinação jurídica do trabalhador decorrente da sua alienabilidade nos frutos e no mercado em virtude de se encontrar a prestar a sua actividade pessoalmente no seio de uma organização e recebendo por ela um salário; em caso negativo, e ainda que o empregador exerça a sua autoridade e direcção sobre a actividade do trabalhador, já não existirá contrato de trabalho, pois este será *player* no mesmo mercado do empregador, correndo os mesmos riscos e retirando, igualmente, utilidade patrimonial da comercialização desses bens.

Mostra-se, assim, necessário efectivar uma reconfiguração na interpretação do conceito de subordinação jurídica enquanto elemento caracterizador de um contrato de trabalho, por forma a permitir uma correcta qualificação jurídica deste enquanto tal. Deixe-se, contudo, expresso, que a subordinação jurídica continua e deverá continuar como figura essencial ao exercício de qualquer actividade laboral por trabalhadores no seio de uma organização; critica-se, porém, que a mesma continue a ser vista com o carácter aglutinador e único, valorizado mediante "índices" indicativos da existência de uma relação subordinada de trabalho. Deve a subordinação jurídica passar a ser encarada como uma consequência directa e intrínseca da alienabilidade, ajustada a uma sociedade incrementada de Tecnologias de Informação e Comunicação, onde cada vez mais a realização da prestação pelo trabalhador se mostra feita à distância física do empregador, perdendo importância os poderes de direcção e autoridade do deste enquanto controlador efectivo da actividade produtiva do trabalhador. Importam tais poderes, sim, mas numa lógica de mercado onde apenas o empregador actua em resultado da alienabilidade do trabalhador.

Veremos, em seguida, as dificuldades da qualificação jurídica do Teletrabalho enquanto contrato de trabalho à luz do critério a subordinação jurídica *tout cour*, problemas esses que, mediante a aplicação do critério da alienabilidade, não e colocam.

---

consequência da alienabilidade, embora até ao aparecimento e incremento das Tecnologias de Informação e Comunicação, porque o local da prestação do trabalho pelo trabalhador coincidia necessariamente com as instalações do empregador facilitando o efectivo controlo da actividade laboral, não se manifestassem as dificuldades que hoje são conhecidas na determinação de um contrato de trabalho com recurso exclusivo ao critério da subordinação jurídica.



### **CAPÍTULO III**

#### **A ALIENABILIDADE NO TELETRABALHO**

##### **1 - A Nova realidade Produtiva**

No actual contexto socioeconómico, impulsionado pelo surgimento e incremento das Tecnologias de Informação e Comunicação, toda a produção se encontra fortemente caracterizada, como temos vindo a referir, pela externalização e descentralização da actividade produtiva, optando as empresas por, cada vez mais, transferirem para "fora" da sua organização, com o objectivo de reduzir custos, determinadas funções secundárias mas que, ainda assim, se revelam necessárias ao processo produtivo. Também correntemente designado por *outsourcing*, este processo de externalização veio incrementar novas modalidades de contrato de trabalho, até então pouco adoptadas, entre as quais, e para o que nos propomos a estudar, o Teletrabalho.

Cada vez mais a empresa se externaliza numa busca incessante pela máxima rentabilidade assente numa redução de excessos e numa eficiência optimizada. Para tal, reveste-se de extrema importância a circulação célere da informação disponível, transformando-se esta mesma num produto de comércio. É no sector dos serviços, tradicionalmente mais resistente à mecanização do que a indústria, que os Tecnologias de Informação e Comunicação começam por se imiscuir, ganhando gradualmente importância pelas inúmeras possibilidades permitidas pelo progresso tecnológico (nomeadamente ao nível da informática), as quais revolucionaram todo o processo produtivo. A empresa começa a ganhar uma dimensão cada vez mais "espiritualizada", perdendo importância o

elemento físico até aqui entendido como indispensável a relação laboral contratualizada<sup>23 24</sup>.

Com o crescente recurso ao Teletrabalho, gradualmente vai-se alterando o modelo de produção até aqui enraizado, revestindo agora maior importância o resultado final do processo produtivo em detrimento do modo ou do local onde o mesmo é executado. Ao empregador, mais do que nunca, interessa ser o titular dos bens produzidos pelos trabalhadores, por forma a deles retirar a máxima utilidade no mercado. Mais do que em qualquer outra forma de contrato de trabalho, a alienabilidade apresenta-se no Teletrabalho como elemento preponderante à qualificação do exercício da actividade laboral do trabalhador como contrato de trabalho, em detrimento da subordinação jurídica *per si*.

Qualquer tentativa de qualificar o Teletrabalho como um contrato de trabalho, mediante o recurso ao tradicional critério da subordinação jurídica, mostrar-se-á falível e, indo mais longe, mesmo impossível de concretizar nos casos maioritários em que a actividade seja exercida fora das instalações do empregador. Uma vez que, por definição, o *outsourcing* – seja ele empresarial, em que a empresa delega noutras empresas o exercício de determinadas fases do processo produtivo, seja ele laboral, no qual a empresa recorre a trabalhadores externos – é sempre concretizado pela externalização e descentralização da actividade produtiva, não há, por impossibilidade absoluta, forma de o empregador exercer os típicos poderes de direcção e autoridade sobre os trabalhadores, tão característicos e indispensáveis ao critério da subordinação jurídica. Deste modo, o Teletrabalho exercido em regime de *outsourcing* nunca seria verdadeiramente realizado como contrato de trabalho. Consequentemente, a tipificação do Teletrabalho como trabalho subordinado, constante dos artigos 165.º a 171.º do Código do Trabalho, mostrar-se-ia uma falácia do legislador, pois que regulamentando este diploma as relações de trabalho exclusivamente subordinado, o Teletrabalho não lhe deveria merecer qualquer protecção legal. Sucede, porém, que tal não acontece, sendo o Teletrabalho um verdadeiro contrato de trabalho, mesmo nos casos em que o mesmo é realizado com recurso ao *outsourcing*.

O Teletrabalho apresenta-se, assim, como figura paradigmática da necessidade de a doutrina e jurisprudência portuguesas encararem a alienabilidade como critério preponderante da definição de contrato de trabalho e, apenas como decorrência directa desta, encontramos a subordinação jurídica.

---

<sup>23</sup> Sobre esta nova concepção de empresa, Radermacher, Franz Josef (1995) *Teletavoro: azienda virtuale e aspetti lagali, s.l., s.n.*

<sup>24</sup> Citando este autor, Redinha, Maria Regina (1999), "O Teletrabalho", em II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, *Memórias, s.l., Almedina*.

## **2 - A dimensão da Subordinação Jurídica no Teletrabalho**

### **2.1 - O Conceito de Teletrabalho**

À semelhança do que anteriormente já sucedera com o Código do Trabalho de 2003, também o Código de 2009 regula o Teletrabalho nos seus artigos 165.º a 171.º, não tendo as posteriores alterações à legislação laboral (as mais recentes introduzidas pela Lei n.º 47/2012, de 29 de Agosto) dedicado qualquer atenção à temática, mantendo-se o conceito e a sua respectiva regulamentação inalterados.

Importa, porém, deixar claro que o Teletrabalho que encontramos no Código do Trabalho mais não é do que o Teletrabalho subordinado como, de resto, resulta da própria definição do conceito presente no artigo 165.º daquele diploma legal, figura pela primeira vez consagrada no ordenamento jurídico com o já ultrapassado naquele Código do Trabalho de 2003, não se lhe encontrando qualquer correspondência na anterior Lei do Contrato de Trabalho Português.

Em estreita conexão com a noção de contrato de trabalho plasmada no seu artigo 11.º, o Código do Trabalho apenas trata o Teletrabalho realizado com subordinação jurídica do trabalhador face aos poderes do empregador - mormente, os poderes de direcção e autoridade que culminam no poder disciplinar -, deixando de lado as demais formas de exercício daquele: em regime de prestação de serviços ou situações equiparadas, ambas aqui designadas de figuras afins.

“Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação” - assim vem definido o Teletrabalho no artigo 165.º do Código do Trabalho. Esta definição, embora não coincidente com aquela que se mostra plasmada no Acordo Quadro Europeu sobre Teletrabalho assinado em 16 de Julho de 2002, foi a que, talvez por razões de integração legislativa, veio a ser adoptada pelo ordenamento jurídico português<sup>25</sup>.

O legislador português assumiu assim – e assume – um conceito amplo de Teletrabalho, bastando-se com a habitualidade de prestação de trabalho fora da empresa (cabendo na expressão “fora da empresa”, indiscriminadamente, as situações em que o trabalho seja prestado em centros multimédia concebidos para a realização do trabalho – Telecentros -, o próprio domicílio do trabalhador – *home based telework* – ou mesmo qualquer local disperso onde o trabalhador exerça a sua actividade, como

---

<sup>25</sup> O conceito de Teletrabalho resultante do Acordo Quadro Europeu sobre Teletrabalho determina que este é uma forma de organização e/ou de realização do trabalho caracterizada pelo recurso às tecnologias de informação, podendo o trabalho ser realizado, de modo regular nas instalações da empresa ou fora delas.

hotéis ou aeroportos – *mobile network*) e o recuso às Tecnologias de Informação e Comunicação, sempre no pressuposto de que previamente se verifica a subordinação jurídica do trabalhador.

Se dúvidas não restam quanto à pertinência do último dos três requisitos ali exigidos (recurso a tecnologias de informação e de comunicação), resultando claro que o prefixo “tele” remete para uma ideia de contacto à distância, relativamente aos demais, o seu carácter taxativo não se revela pleno.

De resto, o próprio normativo legal acima transcrito equaciona a hipótese de o segundo dos requisitos poder não se verificar: O advérbio de modo “habitualmente”, estrategicamente colocado antes do requisito “fora da empresa”, abre a porta a situações de Teletrabalho em que o mesmo possa ser realizado dentro da própria empresa para a qual presta actividade.

Resta perceber, dissecando, qual a dimensão do primeiro dos requisitos ali elencados – “prestação laboral realizada com subordinação jurídica”. E, a resposta não poderá deixar de passar por trazer à discussão a anteriormente dissecada figurada da alienabilidade enquanto figura chave na definição de qualquer contrato como sendo de trabalho, mormente no Teletrabalho em que o trabalhador exerce a sua actividade à distância do controlo directo e efectivo do empregador, sendo necessário para esta análise ter bem presentes as diferentes formas de relacionamento que se podem estabelecer entre o teletrabalhador e o empregador, resultado da tipologia de ligações telemáticas possíveis de serem descortinadas numa relação de Teletrabalho: a ligação *online* (onde existe uma conexão em tempo real entre o equipamento informático central - do empregador - e terminal - do teletrabalhador, através do qual presta a sua actividade ao empregador), a ligação *one way* (onde existe um fluxo de informação transmitida informaticamente pelo trabalhador ao empregador, sem que haja, da parte deste, qualquer retorno) e a ligação *offline* (onde não se verifica qualquer conexão entre os equipamentos do empregador e do teletrabalhador, tornando-se assim, para aquele, mais árdua e complexa a possibilidade de garantir o cumprimento da subordinação jurídica pelo trabalhador)<sup>26</sup>.

## **2.2 - Obstáculos ao Critério da Subordinação Jurídica na Definição de Contrato de Teletrabalho: o caso das ligações *offline***

Recordando o que até aqui se veio afirmando, a noção de subordinação jurídica enquanto elemento

---

<sup>26</sup> Para maiores desenvolvimentos, Redinha, Maria Regina (2007), “Teletrabalho: anotação aos artigos 233,º a 243,º do Código do Trabalho de 2003”, *Relatório Técnico da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*; Também, Redinha, Maria Regina (1999), “O Teletrabalho”, em II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, *Memórias, s.l.*, Almedina



primordial na qualificação de um contrato de trabalho, mostra-se inoperante, fruto de os elementos que a caracterizam (os poderes de autoridade e direcção que o empregador detém sobre o trabalhador no exercício da sua actividade) se encontrarem pensados para uma realidade de produção industrial, fortemente hierarquizada e centralizada na empresa enquanto local de prestação de trabalho num horário previamente definido e com recurso a materiais da empresa, onde se encontram trabalhadores e empregadores. Todo o processo produtivo assentava na empresa, estando os trabalhadores permanentemente sujeitos aos poderes de autoridade dos empregadores (Cruz Villalón, 2003: 36)<sup>27</sup>

Sucede que a realidade mudou, fruto do desenvolvimento e progresso tecnológico, e a economia actual passa, cada vez mais, pela externalização e descentralização da actividade laboral exercida pelos trabalhadores, os quais vão ganhando maior autonomia no exercício da sua actividade, detendo a empresa cada vez menos importância na relação jurídico-laboral estabelecida entre trabalhador e empregador (Batalha, 2007: 314)<sup>28</sup>.

E, no que respeita ao Teletrabalho, em especial, quando realizado mediante uma ligação *offline*, estamos em crer que é aqui que a externalização e descentralização do processo produtivo, assim como a autonomia dos trabalhadores, se mostram em maior evidência, sendo a actividade laboral cada vez mais realizada sem condicionantes prévias respeitantes ao local ou ao horário de prestação de trabalho, diluindo-se a hierarquia rígida e típica dos modelos industriais e trabalhando-se cada vez mais por objectivos.

No Teletrabalho *offline*, a relação laboral caracteriza-se, essencialmente, por uma prestação de resultados/ objectivos que o trabalhador se compromete a alcançar em prol do empregador (o critério da alienabilidade sempre presente), mas sem qualquer intervenção deste no processo produtivo, trabalhando aquele numa quase total ausência de vigilância, muitas vezes sem horário de trabalho e com recurso a meios de produção próprios. Ora, como identificar, *in casu*, o critério da subordinação jurídica, socialmente tipificado nas doutrina e jurisprudência portuguesas, segundo o qual o trabalhador subordinado tem de se encontrar sob os poderes de autoridade e direcção do empregador? Se a relação entre o teletrabalhador e a empresa/empregador é inexistente face aos "índices" comumente aceites para que se possa falar em subordinação jurídica (horário e local de trabalho, controlo efectivo do empregador,...), limitando-se o primeiro a habilitar o segundo com o resultado final a actividade contratada, onde está a subordinação jurídica?

Efectivamente, a mesma não existe! Não existe, pelo menos, enquanto critério caracterizador

---

<sup>27</sup> Por todos, Cruz Villalón, Jesús, Patrocino Rodríguez-Ramos Velasco y Rafael Gómez Gordillo (2003), *Estatuto de los Trabajadores - Comentario*, Madrid, Tecnos Ed..

<sup>28</sup> Batalha, António Lopes (2007, 1.ª ed.), *A Alienabilidade no Direito Laboral*, Lisboa, Edições Universitárias Lusófonas

bastante do contrato de (tele)trabalho<sup>29</sup>, não sendo "o controlo da prestação pelo empregador (...) um controlo de presença (Redinha, 1999: 9)<sup>30</sup>.

Porém, se atendermos ao critério da alienabilidade, já com alguma facilidade conseguiremos encontrar a exigível subordinação do teletrabalhador ao empregador. E assim sucede porque esta subordinação se apresenta, precisamente, decorrente da alienação pessoal do trabalhador, a favor do empregador, não só da sua força produtiva, mas também dos frutos obtidos e do mercado, recebendo como contrapartida, um salário. Precisamente porque se alienou, encontra-se o (tele)trabalhador vinculado às directivas do empregador conducentes à maximização da utilidade que os frutos produzidos venham a ter no mercado.

Não se trata de uma subordinação jurídica típica pois que, como se viu, o (tele)trabalhador encontra-se espaço-temporalmente desconectado do empregador, impossibilitando assim o exercício por este dos seus poderes de direcção; trata-se, destarte, da subordinação como decorrência directa da alienabilidade pela qual vimos pugnando, afastando-se dos tradicionais "índices" rígidos e aproximando-se da concepção actualista e desejável de ser a subordinação jurídica entendida como o cumprimento, pelo trabalhador e através do resultado do seu trabalho (os frutos), dos objectivos e expectativas do empregador em contexto de mercado (máxima utilidade e máximo rendimento). relembramos que ao (tele)trabalhador se encontra vedada a possibilidade de concorrer com o empregador no mercado pois que se alienou a favor deste, dos frutos da sua actividade e, conseqüentemente, do próprio mercado, recebendo como contrapartida dessa alienação, um salário que aceitou por considerar que o mesmo era representativo do valor que a sua alienabilidade representava para o empregador.

Todas estas mutações verificadas no processo produtivo, como facilmente se pode concluir, provocaram um rombo na hegemonia da subordinação jurídica enquanto critério decisivo na qualificação do Teletrabalho enquanto contrato de trabalho. Com a introdução das Tecnologias de Informação Comunicação na realidade laboral, os anteriores "índices" de subordinação do trabalhador aos poderes de direcção e autoridade do empregador (local, horário e modo de trabalhar são alguns exemplos) deixam de se verificar. O empregador não tem como organizar, dirigir e fiscalizar permanente e continuamente a actividade exercida pelo teletrabalhador. Desde logo porque, tendencialmente, o teletrabalhador presta a sua actividade fora da empresa; por outro lado, não

---

<sup>29</sup> Idem, ibidem, entende este autor que, mesmo nos casos em que o empregador insere software próprio e de controlo no computador e demais equipamento utilizado pelo (tele)trabalhador no exercício da sua actividade, não se está na presença da típica subordinação jurídica, pois que a distância física permanece, sendo o controlo do empregador sempre muito mais direccionado para os resultados do que para o próprio processo produtivo.

<sup>30</sup> Redinha, Maria Regina (1999), "O Teletrabalho", em II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, *Memórias*, s.l., Almedina

poucas vezes o teletrabalhador exerce a sua profissão com recurso aos seus próprios materiais de trabalho; também no que respeita ao tempo de trabalho, sendo as actividades exercidas cada vez mais por objectivos, preocupar-se-á o teletrabalhador em garantir o cumprimento desses objectivos mediante uma gestão autónoma do seu tempo de trabalho.

Sendo exigência da subordinação jurídica, como até aqui entendida, que exista um efectivo poder de direcção do empregador sobre o trabalhador, parece-nos que progressivamente, e em especial no que ao Teletrabalho respeita, esta dificilmente poderá persistir, mormente, como critério decisivo na determinação de um contrato de trabalho. Cada vez menos o empregador conseguirá deter um controlo efectivo do teletrabalhador que exerce a sua actividade por intermédio de meios de comunicação à distância e a partir de um local externo à empresa. Ademais, visando o Teletrabalho, na óptica do empregador, uma forma de maximizar os lucros, reduzindo as despesas inerentes à prestação de uma actividade pelos trabalhadores nas instalações da empresa, também não se encontrará o empregador alarmado com a perda do seu poder de direcção sobre o teletrabalhador desde que este apresente os resultados pretendidos.

Por outro lado, e já aqui o dissemos, é um facto que sem subordinação jurídica, não poder-se-á falar em contrato de trabalho. Caberá então à alienabilidade (em especial, nos frutos e no mercado conforme *supra* expusemos e *infra* melhor explicitaremos) um papel determinante na solução a ser encontrada. A subordinação jurídica sempre terá de ser um efeito da causa que é a alienabilidade do teletrabalhador a favor do empregador. E, enquanto efeito da alienabilidade, a subordinação jurídica terá de deixar de ser vista como o austero poder de ordenar e dirigir o teletrabalhador no exercício a sua actividade, pois que semelhantes poderes também se podem verificar nas demais figuras afins do contrato de trabalho. Com efeito, também aqui podem ser descortinados, igualmente, os tradicionais "índices" rígidos e arcaicos de subordinação jurídica até aqui experimentados, conducentes a uma possibilidade de o empregador controlar continuamente a actividade do teletrabalhador; antes deverá a subordinação jurídica ser interpretada como a possibilidade de o empregador dirigir e controlar os frutos produzidos pelo teletrabalhador bem como a exclusividade a sua colocação no mercado comercial<sup>31</sup>.

A subordinação jurídica será, assim, o resultado da alienabilidade do teletrabalhador da sua força de trabalho, dos frutos produzidos e do próprio mercado a favor do empregador; este irá exercer os seus

<sup>31</sup> Para maiores desenvolvimentos, Thibault Aranda, Javier (2000-2001), *El Teletrabajo, Análisis jurídico-laboral*, Madrid, Consejo Economico y Social;

Também, Gallardo Moya, Rosario (s.a.), "El Viejo y el Nuevo Trabajo a Domicilio", de la maquina de hilar al ordenador, *s.l., s.n.*

Ainda, Cruz Villalón, Jesús (1999), "Outsourcing y Relaciones Laborales", Relatório apresentado no X Congresso Nacional de Direito do Trabalho e da S. Social, 28 e 29 de Maio de 1999, Saragoça (disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>, consultado em 14.10.2011).

poderes de direcção já não sobre o teletrabalhador no decorrer de todo o processo produtivo, mas apenas em determinados momentos-chave - no início, dando indicações do que pretende; a meio, informando sobre a continuidade ou não do modelo e trabalho utilizado, por exemplo; e a final, quando se deslocar ao mercado para comercializar os frutos de que o teletrabalhador previamente se alheou. Mais uma vez, o critério da alienabilidade ganha força e importância face à subordinação jurídica individualizada a qual não se coaduna com a realidade jurídico-laboral presente.

### **3 – O Critério da Alienabilidade no Teletrabalho**

#### **3.1 - A Alienabilidade como Critério de Definição**

Como anteriormente temos vindo a referir, a subordinação jurídica até aqui entendida enquanto critério basilar na definição de qualquer Contrato como sendo de Trabalho, mostra-se um conceito fortemente debilitado e arcaico face às necessidades crescentes impostas pelo actual sistema produtivo. Não queremos, com esta conclusão, aniquilar o conceito, pois que o mesmo continua a ser preponderante na qualificação de qualquer contrato de trabalho: efectivamente, sempre caberá ao empregador exercer os seus poderes de direcção e autoridade sobre os seus trabalhadores, sob pena de a actividade por estes exercida resvalar para uma figura afim de um verdadeiro contrato de trabalho.

O que se pretende com a conclusão acima plasmada é, tão só, adaptar o conceito de contrato de trabalho à realidade actual, utilizando, para tal, o critério da alienabilidade – e, pormenorizando, da alienabilidade no mercado - como aquele que se mostra central e decisivo à existência de um contrato de trabalho, cabendo à subordinação jurídica um papel menos preponderante e utilitário, a mesma sendo relevante enquanto consequência directa da alienabilidade e na exacta medida em que da mesma decorre (Alarcón Caracuel, 1988: 98)<sup>32</sup>. Só assim, recorrendo ao critério da alienabilidade, se conseguirão ultrapassar os problemas anteriormente referidos e que se mostram decorrentes da centralização, na subordinação jurídica, dos elementos diferenciadores do Teletrabalho exercido em regime de Contrato de Trabalho daquele que é exercido sem a protecção jurídica conferida pelo Código do Trabalho (Alarcón Caracuel, 1986: 536)<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Alarcón Caracuel, Manuel Ramon (1988), *La Ordenación del Tiempo de Trabajo*, Madrid, Tecnos Ed.

<sup>33</sup> Alarcón Caracuel, Manuel Ramon (1988), "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 25 Enero/ Marzo;

Não deixamos, contudo, de assumir a dificuldade desta mudança de critério. É que, contrariamente ao que resulta expresso da definição de contrato de trabalho presente no artigo 11.º do Código do Trabalho, o conceito de Teletrabalho constante do artigo 165.º do mesmo diploma legal não prescreve a exigência de o trabalhador "(...) prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas (...)". Esta referência ao trabalho "por conta de outrem", encontra-se omitida na definição de Teletrabalho constante do Código do Trabalho, pelo que, numa abordagem superficial da problemática, encontraríamos aqui o primeiro obstáculo à alienabilidade enquanto critério determinante do Teletrabalho como contrato de trabalho. Como anteriormente vimos, a alienabilidade consiste, precisamente, na disponibilidade conferida pelo trabalhador ao empregador enquanto sujeito a favor de quem presta a sua actividade. Ora, não exigindo o artigo 165.º do Código do Trabalho a verificação desse alheamento, como continuar a defender que a alienabilidade deva ser o critério a adoptar na definição de todo e qualquer contrato de trabalho, *in casu*, do Teletrabalho?

É com o recurso às técnicas interpretativas e integrativas da lei que conseguimos, então, atribuir força à alienabilidade.

É sabido que toda a lei carece de ser devidamente interpretada, de harmonia com o sistema legal na qual se insere, sob pena de a sua interpretação una e concreta poder conduzir a resultados que não seriam os desejáveis pelo legislador no momento da sua criação. Entendemos, assim, ser a definição de Teletrabalho constante do artigo 165.º do Código do Trabalho merecedora de uma interpretação sistémica e actualista. Se, por um lado, do normativo em crise nenhuma referência resulta à necessidade de a actividade exercida pelo teletrabalhador ter de o ser a favor de outro ou outros sujeitos, mas se, por outro lado, o Teletrabalho configura uma forma de contrato de trabalho, temos necessariamente de concluir que o trabalhador não exerce a sua actividade por conta própria mas sim por conta de outrem, pois que, se assim não fosse, o Código do Trabalho, enquanto regulador de situações jurídicas de prestação de actividade subordinada, não se preocuparia com o Teletrabalho. E, se da definição legal de contrato de trabalho - artigo 11.º do Código do Trabalho - resulta a obrigatoriedade de a actividade exercida pelo trabalhador ter de o ser a favor de um terceiro - o empregador -, uma interpretação conjugada de ambos os dispositivos legais soluciona o aparente problema.

O Teletrabalho definido como a **prestação laboral a favor de outra ou outras pessoas, realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação** seria, por certo, uma definição mais inequívoca e desejável, porque menos difusa, do conceito. Porém, a mesma a não existir, não poderá configurar uma objecção à mudança que propomos, a favor da alienabilidade em detrimento da subordinação jurídica, do critério preponderante na definição do Teletrabalho enquanto contrato de trabalho.

Contudo, reiteramos, não é pretensa que a figura da subordinação jurídica desapareça da definição

de contrato de trabalho, nem tal se mostraria exequível. Recordemos que a subordinação jurídica se encontra sempre presente no critério da alienabilidade. Com efeito, traduzindo-se esta alienabilidade, *lato sensu*, como o alheamento do trabalhador, de todas as fases do processo produtivo, a favor do empregador, necessariamente que aquele passará a estar sob a alçada deste último. Em concreto, se o trabalhador cede a sua força produtiva ao empregador, assim como os frutos do seu trabalho e a comercialização dos mesmos no mercado, estranho seria se essa cedência, contrabalançada pelo recebimento de um salário, não se mostrasse condicionada, pelo menos, pelos interesses objectivados pelo empregador que a aceita. Deste modo, tal cedência implica, naturalmente, a sujeição do trabalhador aos poderes de direcção do empregador (Sentencia del TSJ, 1992)<sup>34</sup>.

O Teletrabalho, enquanto modalidade de contrato de trabalho assim definido à luz do critério da alienabilidade será, então, toda a actividade exercida por qualquer trabalhador no interesse de outrem, com recurso às tecnologias de informação e comunicação, mediante o recebimento de um salário (Gaeta, 1998: 1-2)<sup>35</sup>.

O trabalhador, porque aliena a sua força produtiva, os frutos do seu trabalho e a comercialização dos mesmos no mercado, está, assim, juridicamente subordinado aos poderes de direcção e autoridade do empregador. Mas assim é, sempre e apenas, porque previamente houve um alheamento total do trabalhador de todas as fases do processo produtivo em prol do empregador; caso tal não sucedesse, também não existiria qualquer dever de obediência aos poderes deste por parte daquele. Neste caso, a actividade exercida em regime de Teletrabalho talvez fosse apenas e tão só uma figura afim, é certo; porém, não é menos verdade que, para que o Teletrabalho seja um verdadeiro contrato de trabalho, sempre terá de existir uma alienação do trabalhador e, só porque esta existe, é que a subordinação jurídica assume particular relevância. Mais uma vez, o critério da alienabilidade não afasta a subordinação jurídica pois esta sempre terá de existir para que o Teletrabalho de um verdadeiro contrato de trabalho se trate; porém, o que as doutrina e jurisprudência (e o próprio legislador) portuguesas não reconhecem e que nesta sede criticamos, é que é na análise da alienabilidade, associada à personalidade do trabalhador, que se encontra o critério base definidor de qualquer contrato de trabalho (Batalha, 2007: 279)<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> De novo, Sentencia del TSJ Extremadura - AS 1997/2411 (30.06.1997), *B.D.A. - Jurisprudência - Social*, Aranzadi Ed.: a dependência do trabalhador implícita na sua alienabilidade.

<sup>35</sup> Gaeta, Lorenzo - Paolo Pascucci (1998), "La qualificazione del Rapporto", *Telelavoro e Diritto*; "può chiamarsi telelavoro la prestazione di chi lavori, con uno strumento telematico, topograficamente al di fuori dell'azienda su incarico e/o nell'interesse della quale la prestazione è svolta".

<sup>36</sup> Batalha, António Lopes (2007, 1.ª ed.), *A Alienabilidade no Direito Laboral*, Lisboa, Edições Universitárias Lusófonas. Como bem nos elucida este autor, "o teletrabalho será uma relação jurídico-laboral quando estiverem presentes, em maior ou menor grau, a personalidade, a alienabilidade, o salário e a subordinação jurídica, bem como as suas especificidades: trabalho à distância e topograficamente fora da empresa (...),

### **3.2 - Preponderância da Alienabilidade nos Frutos e no Mercado no âmbito do Teletrabalho**

No Capítulo II destas páginas, tivemos a preocupação de evidenciar a tripla manifestação da alienabilidade, a qual pode ser encontrada na actividade produtiva, nos frutos ou no mercado. Iguualmente, avançámos que, presentemente e em resultado da realidade socioeconómica actual, caracterizada pelo recurso às Tecnologias de Informação e Comunicação, são a alienabilidade nos frutos e no mercado, aquelas que assumem maior relevância. Tal sucede, efectivamente e de modo talvez mais evidente, ao nível do Teletrabalho.

O teletrabalhador por conta de outrem - em regime de contrato de trabalho -, ainda que no exercício da sua actividade produtiva utilize materiais próprios (nomeadamente, equipamentos de *hardware* e *software*) e, não poucas vezes, tenha maior autonomia na gestão do tempo e/ou local onde exerce tal actividade, sabe que, a final, os frutos obtidos no decorrer do processo produtivo, não serão sua propriedade, mas sim do empregador. O teletrabalhador sabe que, ainda que à distância, tem para com o empregador uma obrigação de produção de bens dos quais, *ab initio*, se aliena a favor do empregador; conseqüentemente, também sabe que nunca será um *player* no mercado de comercialização desses bens, sendo tal papel exclusivamente do empregador, o qual fará integralmente sua a rentabilidade que os mesmos vierem a proporcionar, apenas pagando ao teletrabalhador o salário previamente acordado para o exercício da actividade produtiva.

O empregador, também no Teletrabalho, se apresenta como figura central na relação tripartida trabalhador-empregador-mercado; por outro lado, também no Teletrabalho exercido enquanto contrato de trabalho, não existe qualquer relação entre o teletrabalhador e o mercado, limitando-se aquele a produzir os frutos que o empregador levará ao mercado, ou seja, este faz "(...) la desconexión jurídica entre el trabajador y el destinatário final del producto (bien o servicio) de su trabajo" (Alarcón Caracuel, 1986: 514-515)<sup>37</sup>.

Ora, do que o teletrabalhador necessariamente se aliena, é dos frutos e do mercado. Já da actividade produtiva em si, tal alienação sempre será mais ou menos tendencial, consoante o maior ou menor grau de intensidade das directivas que venha a receber do empregador, bem como se a propriedade dos meios de produção lhe pertencer ou não. É na alienabilidade face aos frutos e ao mercado que concluímos que o teletrabalhador exerce a sua actividade em regime de contrato de trabalho. Caso o critério preponderante fosse o da alienabilidade na actividade produtiva, e dado que esta, como acabámos de frisar, poderá ser muito mitigada e quase inexistente, estaria inquinaria toda e qualquer

---

sendo o trabalho efectuado com o auxílio das novas tecnologias".

<sup>37</sup> Alarcón Caracuel, Manuel Ramon (1988), "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 25 Enero/ Marzo;

tentativa de qualificação do Teletrabalho como contrato de trabalho; o mesmo sempre teria de ser encarado como Teletrabalho Autónomo, por definição, realizado com total ausência de subordinação jurídica, e, como tal, enquadrável como mera figura afim. O critério da alienabilidade como elemento preponderante na qualificação jurídica de um contrato de trabalho pelo qual temos vindo a pugnar, mostrar-se-ia, assim, falacioso e inapropriado.

Deste modo, e como decorrência directa desta alienabilidade do trabalhador face aos frutos e ao mercado e, bem assim, da introdução das Tecnologias de Informação e Comunicação no exercício da actividade profissional, encontramos um critério de subordinação jurídica que se mostra fortemente desvirtuado e inoperante sempre que entendido enquanto subordinação do teletrabalhador ao controlo efectivo do empregador durante o processo produtivo; assim já não será, como propomos, quando a subordinação jurídica respeite aos objectivos empresariais do empregador para quem o teletrabalhador presta a sua actividade em função de, previamente e a título pessoal, ter-se alienado do processo produtivo.

Para melhor se compreender o alcance do que se vem defendendo relativamente à dependência da subordinação jurídica da alienabilidade do trabalhador face aos frutos e ao mercado, não nos podemos, em momento algum, dissociar dos objectivos visados pelo empregador no cômputo dos seus poderes de autoridade e direcção. Diversamente do que sucedia no sistema de produção industrial e hierarquizado, no modelo socioeconómico actual, especialmente no Teletrabalho, a direcção do empregador visa, tão-só, garantir o cumprimento da alienabilidade dos frutos e do mercado pelo trabalhador que, livre e pessoalmente, a tal se dispôs. Consequentemente, também a subordinação jurídica exigida terá de ser entendida nesta esteira: o cumprimento, pelo trabalhador, das directivas do empregador, a quem previamente se alienou. E tais directivas poderão nem passar pelo modo de realização da sua actividade; menos ainda deverão estas estar relacionadas com qualquer tipo de controlo e/ou determinação do local ou do momento da realização da prestação pelo trabalhador pois que, por definição, o Teletrabalho é prestado à distância, decorrência da externalização e descentralização da actividade produtiva.



## **CONCLUSÕES**

Aqui chegados, finalizadas que se encontram as páginas em que nos debruçámos sobre as relações jurídico-laborais em contexto de contrato de trabalho e sobre a problemática qualificação como tal das relações laborais continuando a assumir como critério determinante dessa qualificação, a subordinação jurídica, não podemos se não concluir que tal critério não se encontra, presentemente (e talvez nunca se tenha encontrado!), ajustado à realidade socioeconómica actual caracterizada por uma produção de mercado, progressivamente menos industrializada mas mais massificada, onde as Tecnologias de Informação e Comunicação assumem uma importância voraz e incontornável.

A tradicional e típica relação de proximidade física entre o trabalhador e a empresa (empregador) vai-se esbatendo em resultado de um processo de externalização e centralização não só da actividade produtiva, mas também da própria empresa, sendo então substituída pelas comunicações à distância, factor que, por si só, já impossibilita a validade do critério da subordinação jurídica enquanto elemento caracterizador, por excelência, de um contrato de trabalho. Se trabalhador e empregador não partilham o mesmo espaço físico, não poderá este exercer efectivos poderes de autoridade e direcção sobre aquele, encontrando-se, desde logo, prejudicada a subordinação jurídica.

Neste sentido, foi por forma a tentar solucionar o problema criado pelo afastamento físico entre trabalhador e empregador à eficiência do critério da subordinação jurídica - mormente e em especial, no que respeita às actividades exercidas em regime de teletrabalho - que nos propusemos a investigar uma figura pouco tratada no ordenamento jurídico português, ignorada ou mesmo desconhecida das nossas doutrina e jurisprudência: a alienabilidade. Porém, quanto mais avançávamos no estudo detalhado desta figura, mais a mesma se nos apresentava rica e de utilidade e aplicabilidade muito superior ao estrito campo das relações laborais à distância. Conceito de difícil pronúncia, a alienabilidade mostra-se, contudo, de fácil apreensão e dimensão generalizada a todos os contratos de trabalho.

Há muito presente em múltiplas discussões doutrinárias bem como em decisões judiciais espanholas, a alienabilidade apresenta-se como o critério que melhor permite diferenciar um contrato de trabalho de

uma figura sua afim, ultrapassando-se todas as dificuldades e limites em que esbarra o critério único da subordinação jurídica. A alienabilidade apresenta-se como um critério de base, que avalia a actividade do trabalhador não em função da sujeição deste aos poderes do empregador, mas sim, em função da relação estabelecida entre ambos. Diferentemente da subordinação jurídica, que se fixa na possibilidade de o empregador poder exercer os seus poderes de autoridade e direcção sobre o empregador, a alienabilidade preocupa-se em analisar a própria actividade produtiva do trabalhador e a esfera de repercussão dos resultados directos dessa actividade.

Para o critério da alienabilidade, a diferença entre o trabalho subordinado (realizado com contrato de trabalho) e o trabalho independente/ autónomo (figuras afins do contrato de trabalho) assenta no domínio que o trabalhador detém sobre o processo produtivo e sobre os resultados directos (os frutos) e indirectos (os rendimentos provenientes da venda dos frutos no mercado) da actividade exercida. Assim, existirá um verdadeiro contrato de trabalho nos casos em que o trabalhador se aliena da actividade produtiva a favor do empregador. Significa isto que, no âmbito de um contrato de trabalho, o trabalhador cede ao empregador a sua força produtiva, os resultados da aplicação dessa força produtiva e os lucros potenciais que os resultados alcançados venham a gerar. Em contrapartida, recebe do empregador um salário calculado em função do retomo e das rentabilidades alcançadas pelo empregador em resultado da alienação do trabalhador.

Para o critério da alienabilidade, existirá um contrato de trabalho sempre que o trabalhador preste a sua actividade a favor e por conta do empregador, tratando-se antes de figuras afim, as situações em que o trabalhador exerce tal actividade por conta própria e directamente para o mercado. Sempre que os bens obtidos, não obstante resultarem da força produtiva do trabalhador, sejam propriedade do empregador, podemos falar de alienabilidade dos frutos. Esta alienabilidade abre portas a uma outra, presentemente, aquela que reveste maior importância no contexto económico-social actual: a alienabilidade do mercado. Esta última existe sempre que só ao empregador seja possível deslocar-se ao mercado para vender os frutos da actividade exercida, fazendo inteiramente seus os ganhos dessas vendas e remunerando o trabalhador mediante um salário pago com parte dos lucros obtidos., O trabalhador não tem, assim, qualquer relação com os frutos do seu trabalho nem com o mercado, exercendo a sua actividade de modo a satisfazer os interesses exclusivamente do empregador. O trabalhador aliena-se, assim e por completo, da actividade produtiva, apenas lhe interessando receber o salário correspondente à actividade exercida.

Ao invés, e continuando a sustentar a alienabilidade como critério, já não existirá contrato de trabalho nos casos em que o trabalhador, ainda que se mostre realizar a sua actividade no seio de uma organização e sob os poderes de direcção e autoridade do empregador, possa fazer seus os frutos por si produzidos, possibilitando-se, conseqüentemente, a sua deslocação ao mercado para venda dos mesmos. Nestes casos, o trabalhador mais não está do que a exercer uma actividade por conta

própria, não se verificando a sua alienabilidade em prol do empregador.

A alienabilidade mostra-se, assim, o critério preponderante e necessário a uma correcta qualificação jurídica das relações jurídico-laborais. Não encontramos, aparentemente, situações onde a aplicação da alienabilidade como critério se mostre falível. Com efeito, partindo esta da análise do comportamento do trabalhador no decorrer de todo o processo produtivo, não se configuram situações (ou, pelo menos, não conseguimos configurar) em que a qualificação jurídica de um contrato de trabalho se possa vir a revelar, posteriormente, errada, contrariamente ao que pode suceder na aplicação do critério da subordinação jurídica.

Desde logo porque esta também pode estar presente nas figuras afins do contrato de trabalho (contrariamente à alienabilidade, exclusiva do contrato de trabalho em que o trabalhador exerce a sua actividade por conta do empregador), encontrando-se aqui o primeiro obstáculo à viabilidade deste critério: a possibilidade de, verificando-se que o trabalhador exerce a sua actividade sob autoridade e direcção, ainda assim não existir um contrato de trabalho.

Por outro lado, nos casos em que o exercício da prestação laboral do trabalhador é realizado em local distante das instalações da empresa, encontra-se o empregador impossibilitado, por definição, de exercer poderes de autoridade e direcção sobre o trabalhador. É certo que, dado o progresso tecnológico, sempre pode o empregador adaptar os equipamentos de trabalho na posse do trabalhador com sistemas de controlo da actividade por este exercida; porém, como facilmente se observa, tal controlo sempre será residual. E, como exemplo desta situação de trabalho realizado à distância, centrámo-nos na figura do teletrabalho. Nesta modalidade de trabalho, o teletrabalhador exerce a sua actividade por meio de equipamento tecnológico e, habitualmente, fora das instalações da empresa. A subordinação jurídica como critério de qualificação ditaria então que o teletrabalho não pudesse vir a ser exercido subordinadamente, não podendo vir a ser configurado como um contrato de trabalho.

Já para o critério da alienabilidade, a questão não se coloca: à semelhança dos demais contratos, será o teletrabalho realizado em regime de contrato de trabalho nos casos em que o teletrabalhador exerça a sua actividade por conta do empregador, alienando-se da actividade e processo produtivos, não podendo dispor dos frutos da sua actividade nem deslocar-se ao mercado para aqueles comercializar.

Saliente-se, porém, que a subordinação jurídica continua a deter importância na configuração de um qualquer contrato de trabalho. A diferença de critério introduzida pela alienabilidade apenas afasta a ideia de que é na subordinação jurídica que começa e termina a qualificação jurídica de um contrato de trabalho; a subordinação jurídica deverá, então, passar a ser entendida como uma consequência da alienabilidade. Testando-se a alienabilidade, e verificando-se que a mesma se mostra presente numa determinada relação jurídico-laboral, passar-se-á então à análise da subordinação jurídica;

inversamente, caso se conclua que a relação laboral não apresenta uma alienabilidade do trabalhador, então, *ab initio* se encontra hipotecada a possibilidade de se estar perante um contrato de trabalho, mostrando-se desnecessário qualquer teste à verificação de subordinação jurídica.

Estamos em crer que caberá à alienabilidade, em parte, muito em resultado das transformações ocorridas na forma de prestar uma actividade laboral com a introdução e o incremento das Tecnologias de Informação e Comunicação, um papel preponderante no Direito do Trabalho.

### **BIBLIOGRAFIA**

- Alarcón Caracuel, Manuel Ramón (1986), "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 25 Enero/ Marzo.
- Alarcón Caracuel, Manuel Ramon (1988), *La Ordenación del Tiempo de Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos.
- Amado, João Leal (2009), *Contrato de Trabalho à Luz do Novo Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora.
- Batalha, António Lopes (2007, 1.ª ed.), *A Alienabilidade no Direito Laboral*, Lisboa, Edições Universitárias Lusófonas.
- Bayon Chacon, Gaspar y Eugenio Perez Botija (1972-1973, 8.ª ed.), *Manual de Derecho del Trabajo, Vol. I*, Madrid, s.n.
- Borrajo DaCruz, Efrén (1994, 7.ª ed.), *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos.
- Cruz Villalón, Jesús (1999), "Outsourcing y Relaciones Laborales", Relatório apresentado no X Congresso Nacional de Direito do Trabalho e da S. Social, 28 e 29 de Maio de 1999, Saragoça.
- Cruz Villalón, Jesús, Patrocino Rodríguez-Ramos Velasco y Rafael Gómez Gordillo (2003), *Estatuto de los Trabajadores - Comentado*, Madrid, Editorial Tecnos.
- De La Villa Gil, Luis Enrique (1966), *El Trabajo a Domicilio*, Pamplona, Aranzadi Ed.
- Fernandes, António Monteiro (1987, 6.ª ed.), *Direito do Trabalho I*, Coimbra, Almedina.
- Fernandes, Maria Malta (2008, 1.ª ed.), *Os Limites à Subordinação Jurídica do Trabalhador, s.l., Quid Juris – Sociedade Editora, Lda.*
- Gaeta, Lorenzo - Paolo Pascucci (1998), "La qualificazione del Rapporto", *Telelavoro e Diritto*.
- Gallardo Moya, Rosario (s.a.), "El Viejo y el Nuevo Trabajo a Domicilio", de la maquina de hilar al ordenador, s.l., s.n.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2010, 2.ª ed.), *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina.
- Leite, Jorge (1998), *Direito do Trabalho, Vol. I*, Coimbra, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra.
- Montoya Melgar, Alfredo (1996, 17.ª ed.), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos.
- Martín Valverde, Antonio, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Joaquín García Murcia (1996, 5.ª ed.),

- Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos.
- Martinez, Pedro Romano (2002), *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina.
- Martinez, Pedro Romano, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Drey, Luís Gonçalves da Silva (2009, 8.ª ed.), *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra, Almedina.
- Radermacher, Franz Josef (1995) *Teletelavoro: azienda virtuale e aspetti lagali, s.l., s.n.*
- Ramalho, Maria do Rosário Palma (2008, 2.ª ed.), *Direito do Trabalho, s.l.*, Almedina.
- Redinha, Maria Regina (1999), "O Teletrabalho", em II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, *Memórias, s.l.*, Almedina.
- Redinha, Maria Regina (2007), "Teletrabalho: anotação aos artigos 233,º a 243,º do Código do Trabalho de 2003", *Relatório Técnico da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*.
- Sempere Navarro, Antonio, Carolina San Martín Mazzucconi (2002), *Nuevas Tecnologias y Relaciones Laborales*, Navarra, Aranzadi
- Thibault Aranda, Javier (2000-2001), *El Teletrabajo, Análisis jurídico-laboral*, Madrid, Consejo Economico y Social.
- Xavier, Bernardo Lobo (2011), *Manual de Direito do Trabalho, s.l.*, Verbo.

**FONTES**

Foram ainda utilizadas/ consultadas como ferramenta de pesquisa de informação conducente à elaboração desta disseertação:

Código do Trabalho de 2003

Código do Trabalho de 2009

Código do Trabalho Anotado

Aranzadi, [www.aranzadi.es](http://www.aranzadi.es)

ITIJ - Bases Jurídico - Documentais, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt);

Eurolex, <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>

Legix - Bases de Dados Jurídicas, [www.legix.pt](http://www.legix.pt);

Pareceres da Procuradoria Geral da República, [www.pgr.pt](http://www.pgr.pt)

Portal Jurídico, <http://portaljuridico.lexnova.es>

