



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Diogo Gonçalves Santos

**A AÇÃO DE RECONHECIMENTO DA
EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE TRABALHO
E A PRESUNÇÃO LABORAL NA ERA
DIGITAL**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre)
na área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em
Direito Processual Civil, sob a orientação da Senhora Professora Doutora
Maria José Oliveira Capelo Pinto Resende.**

Junho de 2021



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Diogo Gonçalves Santos

**A AÇÃO DE RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE
CONTRATO DE TRABALHO E A PRESUNÇÃO
LABORAL NA ERA DIGITAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil, sob a orientação da Senhora Professora Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto Resende.

Coimbra, junho de 2021

AGRADECIMENTOS

À Mãe (a incessante e exemplar lutadora), ao Pai (o sublime audaz) e ao Irmão (o guardião protetor), faltam-me as palavras para poder exprimir a vossa importância neste percurso, sem vocês nada disto seria possível, como nem sequer faria qualquer sentido.

Conto com vocês para serem, como sempre, a grande bússola e força que motivam e orientam as minhas pegadas. Acreditem, para vocês e nunca sem vocês, um obrigado jamais será suficiente;

À Andreína, cunhada, madrinha, mas, mais do que tudo, amiga e companheira de sonhos. Alguém com que sempre contei e que sempre contarei. A Ti, muito obrigado!

Ao Martim, tão pequeno e tão grande ao mesmo tempo. A doçura do seu olhar faz-me perceber que tudo é possível, basta querermos. Nós seremos sempre do tamanho dos nossos sonhos;

À minha orientadora, Exm.^a Senhora Professora Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto Resende, um exemplo na docência e no ensino, que me fez perceber que o Direito não se traduz apenas num mero conjunto de leis escritas, tem de ser [e é!] muito mais do que isso! Muito obrigado por toda a ajuda, apoio e motivação!

Ao Exm.^o Senhor Professor João Leal Amado, por me ter transmitido a sua paixão pelo Direito do Trabalho dentro e fora dos bancos da Faculdade. Sem dúvida alguém que me marcou e ajudou a definir o horizonte profissional que quero seguir. Muito obrigado!

À Luis Filipe Pirré Advogados, que tão cedo se tornou também parte de mim. Coesão, inovação, determinação, trabalho, rigor e profissionalismo. Muito obrigado por me ensinarem o outro lado do Direito e que, efetivamente, um jurista que saiba apenas de Direito, de Direito nada sabe;

Aos meus amigos – eles sabem bem quem são – que sempre compreenderam que um “não” ou um “não posso” sempre foram em prólogo de um bem maior. Obrigado!

A Coimbra e à FDUC, eternas testemunhas do meu crescimento e locais onde o meu sonho ganhou asas para voar... razão pela qual, devido a Elas, certamente, aprenderei com quantas letras se escreve a palavra Saudade.

RESUMO:

Com este estudo propomo-nos refletir acerca da Ação de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho (ARECT) na Era Digital e, sobretudo, sobre os problemas que esta coloca ao nível da prova no âmbito da presunção laboral prevista no artigo 12.º do Código do Trabalho.

A ARECT afigura-se uma ação laboral especial que visa qualificar determinada relação contratual como contrato de trabalho verificados certos indícios de laboralidade e que apresenta uma tramitação própria, desde logo, porque é constituída por duas fases: a administrativa e a judicial. No entanto, a Lei não é clara e várias são as dúvidas que surgem no decorrer da mesma, a começar pelo estatuto processual que cada um dos intervenientes na ação é titular, passando pela terminologia utilizada e a acabar nos limites que os efeitos da mesma apresentam.

Por outro lado, não é novidade de que o Teletrabalho ganhou maior aplicação, publicidade e “popularidade” no seio da comunidade jurídica mais conservadora. Nesta ótica, algumas empresas começaram a introduzir tal modalidade contratual especial enquanto regra nas novas contratações e, outras, remodelaram por completo as suas relações laborais criando uma espécie de regime misto (presencial e à distância).

Deste modo, as controvérsias que sempre se colocaram face ao regime de prestação laboral tradicional surgem também, agora, relativamente a esta modalidade. Não obstante, os tempos mudaram, mas as armas do trabalhador (parte contratual mais frágil) continuaram a ser as mesmas.

Por fim, a par da tramitação propriamente dita, procuraremos analisar se a presunção laboral referida anteriormente se encontra preparada e apta para enfrentar estes novos problemas e atipicidades contratuais ou se, pelo contrário, se assume completamente desvitalizada e, portanto, irradia uma necessidade de intervenção do legislador nesta matéria (ainda que muito por força do acelerador que a pandemia COVID-19 representou nestas questões). Nesta medida, será que faz sentido começarmos a pensar na criação de uma [nova] presunção de Telessubordinação? Veremos.

PALAVRAS-CHAVE:

Trabalhador; Teletrabalho; Parte; Dignidade; Prova; Presunção.

ABSTRACT:

With this study we propose to reflect on the Action to Acknowledge the Existence of an Employment Contract (ARECT) in the Digital Age and, above all, about the problems that it poses at the level of evidence within the scope of the job presumption provided for in article 12 of the Labor Code .

ARECT appears to be a special labor action that aims to qualify a certain contractual relationship as an employment contract, checking certain signs of labor and that presents its own procedure, since it consists of two phases: administrative and judicial. However, the Law is not clear and there are several doubts that arise in the course of it, starting with the procedural statute that each of the intervening parties in the action holds, passing through the terminology used and ending in the limits that the effects of the same present .

On the other hand, it is not new that Telework has gained greater application, publicity and “popularity” within the more legal conservative community. In this light, some companies have started to introduce such a special contractual modality as a rule in new hires and others have completely remodeled their labor relations creating a kind of mixed regime (in person and at a distance).

In this way, the controversies that have always arisen in the face of the traditional labor provision regime also arise, now, in relation to this modality. Nevertheless, times have changed, but the worker's weapons (the most fragile contractual part) have remained be the same.

Finally, alongside the procedure itself, we will seek to analyze whether the presumption of work referred to above is prepared and able to face these new problems and contractual atypicalities or if, on the contrary, it is completely devitalized and, therefore, radiates a need for intervention the legislator in this matter (albeit due to the acceleration that the pandemic COVID-19 represented in these matters). To that extent, does it make sense to start thinking about creating a [new] presumption of Telesubordination? We will see.

KEY WORDS:

Worker; Teleworking; Part; Dignity; Proof; Presumption.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- CC – Código Civil
- ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho
- ARECT – Ação de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho
- CE – Comunidade Europeia
- CPC – Código de Processo Civil
- CPT – Código Processo do Trabalho
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CT – Código do Trabalho
- DL – Decreto-Lei
- DR – Diário da República
- EMP – Estatuto do Ministério Público
- IRCT – Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho
- JOUE – Jornal Oficial da União Europeia
- OIT – Organização Internacional do Trabalho
- ONU – Organização das Nações Unidas
- QL – Questões Laborais
- RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais
- RGCOL – Regime Geral das Contraordenações Laborais
- RPCLSS – Regime Processual das Contraordenações Laborais e de Segurança Social
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- TC – Tribunal Constitucional
- TFUE – Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia
- TIC – Tecnologias de Informação e de Comunicação
- TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
- TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
- TRE – Tribunal da Relação de Évora
- TRG – Tribunal da Relação de Guimarães
- TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
- TRP – Tribunal da Relação do Porto
- TUE – Tratado da União Europeia
- UE – União Europeia

ÍNDICE

1. Introdução.....	8
2. Algumas Questões Prévias	9
2.1. Consagração e Previsão Legal	9
2.2. Natureza, objeto do processo e razão de ser	17
3. A Tramitação da Ação de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho...23	
3.1. A Fase Administrativa: <i>non illud faciunt sensum est?</i>	24
3.2. O Procedimento Judicial	34
3.2.1. Articulados.....	35
3.2.2. Saneamento e Gestão Processual.....	51
3.2.3. Julgamento	52
3.2.3.1. A Prova.....	52
3.2.3.1.1. A Presunção Laboral prevista no Artigo 12.º do CT.....	54
3.2.3.1.2. O Regate da Figura do Teletrabalho: Noção e Características.....	60
3.2.3.1.3. A "Desvitalização" da Presunção Laboral: Necessidade de uma Reformulação ou Caminho para uma Nova Presunção Legal de Telessubordinação?.....	68
3.2.3.2. A Desistência e a Transação na Ótica do "Trabalhador"	86
3.2.4. A Sentença	92
3.2.5. O Recurso	99
4. Conclusão	100
5. Bibliografia.....	103

*A paz não se conquista com exércitos armados:
Conquista-se com uma só espada e com dois escudos;
Com uma só espada, que é a da Justiça;
E com dois escudos, que são os das duas balanças.*

P. António Vieira

1. Introdução

Ao longo deste caminho que nos propomos a percorrer iremos analisar a tramitação processual da Ação de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho – também, muitas vezes, intitulada na *praxis* jurídica sob a abreviatura de ARECT – com particular atenção no que compreende à produção de prova subjacente a estes novos tempos.

O tema que iremos desenvolver, decerto que não é novo, pelo menos no que diz respeito ao seu núcleo dogmático e fundamental. Não obstante, perante esta nova Era Tecnológica e com o renascimento do Teletrabalho das trevas do esquecimento enquanto meio de reação do direito laboral à crise pandémica desencadeada pela doença COVID-19, certamente, que muitos novos problemas se colocarão.

E, claro, apesar de toda a evolução legislativa que esta ação tem vindo a sofrer, existem ainda muitas dúvidas que o legislador não deu resposta e que, atendendo à posição desigualitária do Trabalhador, faz todo o sentido investigá-las, de acordo com uma *visão processual crítico-reflexiva*.

Deste modo, hoje, vivemos tempos novos, onde somos, mais do que nunca, colocados à prova em todas as nossas múltiplas vertentes e o Direito do Trabalho (e, neste caso, o Direito Processual Civil) não é, nem foi exceção. Neste sentido, este ramo tão especial do direito e intrínseco à nossa realidade humana foi obrigado a crescer enquanto medida de combate às dificuldades que a dicotomia contrato de trabalho | contrato de prestação de serviços provoca.

É impossível falarmos da realidade e vivência humana, sem falarmos da vertente laboral existente em cada um de nós. Nascemos com um futuro traçado: de que teremos de trabalhar mal tenhamos capacidade e formação inerente para tal. Efetivamente, paralelamente à morte, esta assinala-se como uma das certezas de que tenderá a existir já que é ponto assente que nem só de pão vive o homem, mas, sem pão, certamente que o homem também não viverá... e este adquire-se mediante a prestação de trabalho.

Naturalmente que também perante uma mera análise perfunctória da comunhão e vivência em sociedade, ao longo dos tempos, verificamos que o Homem – mesmo que não jurista – apresenta uma tendência inata para questionar e colocar à prova todo e qualquer ordenamento jurídico.

Por conseguinte, a relação laboral, atendendo aos reflexos económicos e obrigacionais que a mesma representa para a esfera da entidade empregadora, tem sido alvo de múltiplos ataques à sua qualificação, sendo que, muitas destas ofensivas, só acabam por receber uma defesa adequada tarde de mais, pois o trabalhador com o receio de perder o seu vínculo laboral só age quando este deixa de existir.

A ARECT surge, então, como uma *válvula de segurança e reação* para que os trabalhadores possam reivindicar os seus direitos. É claro que várias perguntam se impõem, como por exemplo: será que esta se afigura uma boa arma para a inerente qualificação laboral? Faz sentido sequer esta ação judicial apresentar a sua fase inicial num procedimento inequívoco e meramente administrativo? Onde fica a vontade do trabalhador? A ARECT está preparada para enfrentar e, conseqüentemente, acompanhar as novas formas de prestação de trabalho na Era Digital, entre as quais o Teletrabalho?

É precisamente isto que veremos sob a ótica, diga-se, desde já, do elemento mais fraco desta relação: o trabalhador.

2. Algumas Questões Prévias

2.1. Consagração e Previsão Legal

Inicialmente, cumpre-nos referir que o Direito do Trabalho se preocupa, essencialmente, com a regulação do trabalho assalariado e subordinado ou, por outras palavras, com todo o conjunto de relações jurídico-contratuais que possuem como denominador comum a figura do contrato de trabalho previsto legal e expressamente no artigo 11.º do CT.

Associado a esta questão, é importante também assinalarmos nesta fase, embora ainda embrionária da presente dissertação, que falarmos em “trabalho” não significa indubitavelmente que estejamos a falar de contrato de trabalho. Vejamos:

Em termos gerais, “trabalho” poderá significar uma ocupação física ou intelectual, remunerada e num regime obrigacional. Todavia, como veremos mais à frente, nem todas estas atividades/ocupações revestem as vestes de prestação laboral com a inerente regulamentação legal e social específica aplicável.

Para além de que, relacionado com a indeterminação mencionada anteriormente, a imaginação, flexibilidade e abertura constante da economia para novos mercados e produtos faz com que seja impossível prever taxativamente *a priori* todo um conjunto de prestações laborais que, efetivamente, poderão existir, bem como as mais variadas formas em que este poderá ser executado, muitas das vezes, tendo em vista uma intrépida fuga à qualificação como contrato de trabalho.

Além de que, como sublinham os autores ROBERTO PEDERSINI e DIEGO COLETTI, afigura-se uma tarefa complexa definir estas categorias visto que estas se encontram associadas às “mudanças na regulação do mercado de trabalho, ligadas principalmente à introdução e desenvolvimento de formas de trabalho flexível e atípico” e que tendem a utilizar o trabalho de modos diversificados e seletivos, cada vez mais, incluindo vários tipos de contratos”¹.

Portanto, claro está, que a interpretação e qualificação de uma determinada atividade como prestação de trabalho não poderá ficar ligada à discricionariedade do juízo que cada parte poderá fazer, pois esta poderá suscitar e potenciar a utilização enganosa dessa mesma indeterminação.

Assim, dado que está em causa uma *proteção efetiva dos trabalhadores* - o designado *decent work*² -, esta questão tem sido tratada e discutida de acordo com um espetro nacional, mas também europeu e, tal como assinalou o *Acórdão do TRP de 17 de dezembro de 2017 (Relator António José Ramos)*³, existe, em Portugal, uma “utilização indevida [dos recibos verdes] que há muito mina as relações laborais e tem ajudado de forma significativa a que vivamos num mundo onde a precaridade do trabalho predomina e assim, se estabelecendo desigualdades sociais. Na verdade, os falsos recibos verdes que encobrem a existência de um contrato de trabalho, criam instabilidade no emprego, diminuem as

¹ PEDERSINI, Roberto, COLETTI, Diego, “Self-employed workers: industrial relations and working conditions”, Project Network of European observatories (EIRO and EWCO), European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, página 13, disponível em https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/comparative/tn0801018s/tn0801018s.pdf e consultado em 31.05.2021. Tradução feita pelo autor.

² Expressão recorrentemente mobilizada para as instâncias se referirem ao dito *trabalho digno*, sendo que foi utilizada, pela primeira vez, em 1999, pelo Diretor-geral da organização Juan Somavia que, na sua perspetiva, deveria alcançar os quatro objetivos estratégicos da organização: as normas e princípios fundamentais nas relações de trabalho, emprego, proteção social e diálogo social. Para maiores desenvolvimentos, *vide* MOREIRA, Vital, *Trabalho Digno Para Todos*, Coimbra Editora, junho 2014, páginas 59 a 61.

³ Processo n.º 309/14.6TTGDM.P1, disponível em www.dgsi.pt.

garantias dos trabalhadores, apenas o trabalhador contribui para a Segurança Social, inexistente qualquer proteção na doença, tem de ser o trabalhador a suportar os pagamentos dos prémios de seguro por acidentes de trabalho, criam, ainda, uma concorrência desleal em relação às empresas cumpridoras da lei. São um verdadeiro flagelo social”.

Neste sentido, a OIT, no âmbito da sua *Recomendação n.º 198 de 2006* sobre relações de trabalho, defendeu, em particular, as seguintes posições:

- A natureza e o alcance da proteção conferida aos trabalhadores vinculados por uma relação de trabalho devem ser definidos pela legislação ou prática nacional, ou ambas, levando em consideração os padrões internacionais pertinentes, devendo esta ser clara, adequada e efetiva (ponto 2);
- A política nacional deve incluir medidas destinadas ao combate das relações de trabalho disfarçadas^{4 5}, no âmbito, por exemplo, de outras relações que podem incluir o recurso a outras formas de acordos contratuais que ocultam a verdadeira situação jurídica (ponto 4, alínea b));
- No âmbito da política nacional, os estados devem assegurar a proteção efetiva dos trabalhadores especialmente afetados pela incerteza quanto à existência de uma relação de trabalho (ponto 5);
- A existência de uma relação de trabalho deve ser determinada principalmente com base nos factos relativos ao desempenho do trabalho e à remuneração do trabalhador, sem prejuízo na forma como a relação se caracteriza em qualquer disposição contrária, seja de natureza contratual ou de outra natureza, pactuada entre as partes (ponto 9).

⁴ A recomendação da OIT n.º 198 de 2006 considera que existe uma relação de trabalho disfarçada quando o empregador trata o trabalhador como se este não o fosse, de forma a ocultar o seu verdadeiro estatuto jurídico, podendo mesmo surgir situações em que os acordos contratuais resultem na privação do trabalhador da proteção a que tem direito.

⁵ A nível europeu, o trabalho não declarado é definido como “qualquer atividade remunerada de caráter lícito, mas não declarada aos poderes públicos, tendo em conta as diferenças de caráter legislativo existentes entre os Estados-Membros” – *vide*, Comunicação da Comissão “Intensificar o combate ao trabalho não declarado” COM (2007), página 628. Compreenderemos melhor a esta noção mais tarde quando refletirmos acerca da existência de interesses públicos, e não apenas particulares (à semelhança do que sucede na maioria das ações civis comuns), na esfera da ARECT.

- A fim de facilitar a determinação da existência de uma relação de trabalho, os estados devem considerar, no âmbito da política nacional referida nesta Recomendação, a possibilidade de (ponto 11):
 - a) Admitir uma ampla variedade de meios para determinar a existência de uma relação de trabalho;
 - b) Estabelecer uma presunção legal da existência de uma relação de trabalho quando uma ou mais indicações forem dadas;**
 - c) Determinar, após consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, quais trabalhadores com certas características devem ser considerados, em geral ou em um setor específico, como assalariados ou independentes.
- A resolução de litígios sobre a existência e as condições de uma relação de trabalho deve ser da responsabilidade dos tribunais do trabalho ou outros tribunais ou órgãos de arbitragem aos quais os trabalhadores e empregadores tenham acesso efetivo, de acordo com o legislação e prática nacional (ponto 14).

Desta forma, no ano de 2006, a OIT deu o pontapé de partida para a resolução, de acordo com uma perspetiva uniforme, deste problema, consagrando uma pluralidade de mecanismos para a determinação de existência de um contrato de trabalho e realçando a possibilidade de consagração de uma presunção que facilite o reconhecimento de uma relação laboral, facilitando assim a intervenção do trabalhador ao nível da prova.

Ainda nesta linha, afirmava-se, de forma geral, que todas as políticas nacionais que viessem a ser adotadas deveriam resultar em medidas *transparentes, claras e efetivas*.

Também em 2013, a OIT interveio nesta matéria, nomeadamente, ao nível do estudo e análise das políticas europeia de combate ao *Undeclared Work*, concluindo, mesmo que, no seio da Europa, *a inspeção do trabalho tem como principal política e responsabilidade operacional o combate ao trabalho não declarado*⁶, apesar de constar no

⁶ Vide Documento de Trabalho n.º 29, “Labour Inspection and Undeclared Work in the EU”, 2013, OIT, página 59. Tradução feita pelo autor.

mesmo estudo a evidência de falta de recursos humanos e investimento neste setor por parte dos Estados que, conseqüentemente, tem dificultado bastante a ação dessas mesmas equipas.

A nível europeu, a Carta Social Europeia⁷, na sua parte primeira, ponto 2, também prevê que as Partes integrantes da mesma reconhecem como objetivo comum e fundamental a prossecução e salvaguarda do princípio de que “todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho justas”, ou, no ponto 26, artigo 26.º, que “todos os trabalhadores têm direito à dignidade no trabalho”.

Assim, as previsões acima referidas proíbem a existência de todas as situações jurídicas em que ocorra a fuga à aplicação do regime laboral, de modo simulado e fraudulento, impedindo os trabalhadores de ter acesso a certos *direitos dignos e justos* inerentes à sua qualidade humana⁸.

Mais uma vez, também em resposta às condutas fraudulentas de trabalho não declarado, surgiu uma *Proposta de Decisão do parlamento Europeu e do Conselho de 9 de abril de 2014* com vista a estabelecer uma Plataforma Europeia^{9 10} para reforçar a cooperação na prevenção e dissuasão do trabalho não declarado.

Tal proposta mereceu, em termos gerais, um parecer positivo do Comité Económico e Social Europeu¹¹ e destacou os benefícios de uma intervenção conjunta entre as autoridades competentes dos Estados-membros ao abrigo da criação de uma plataforma europeia,

⁷ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17 de outubro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, de 17 de outubro e em vigor em Portugal desde 1 de julho de 2002.

⁸ Realce-se que verdadeiramente está em causa a dimensão humana dos trabalhadores (isto é, encontramos-nos na ótica da Pessoa-Trabalhador e não tanto do Trabalhador-Pessoa). Esta situação vem também referida no âmbito das Recomendações da OIT que prescrevem a necessidade de uma atitude do Estado de mudança de mentalidade das suas populações nesta perspetiva, não porque é legal ou ilegal e, conseqüentemente, desencadear procedimentos contraordenacionais, mas porque *tal comportamento fraudulento constitui um forte ataque e uma violação clara dos direitos humanos no seio do trabalho*.

⁹ A plataforma foi lançada em maio de 2016 – vide, neste sentido, a Decisão (UE) 2016/344 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março de 2016 que criou uma plataforma europeia para reforçar a cooperação no combate ao trabalho não declarado, incluindo o falso trabalho independente.

¹⁰ A plataforma era composta por membros representativos dos Estados Membros e por Observadores de parceiros sociais que representavam os setores mais afetados pelo trabalho não declarado, bem como por membros da *Eurofound*, *European Agency for safety and Health at Work* e OIT. Na sua atividade, a plataforma visava ajudar os Estados europeus no combate a estes problemas, criando estratégias e mecanismos com amplitude europeia nesse sentido.

¹¹ Vide Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de decisão do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece uma plataforma europeia para reforçar a cooperação na prevenção e dissuasão do trabalho não declarado publicado no Jornal Oficial da União Europeia, C 458/43, em 19.12.2014.

sublinhando, paralelamente, as repercussões eminentemente económicas e fiscais dos sistemas nacionais com esta fraude.

Ademais, acaba por assinalar a grande importância das entidades inspetivas e fiscalizadoras dos Estados.

Ora, sendo este um problema universal da União Europeia, naturalmente, esta tinha de avançar com meios de reação a este fenómeno pelo que esta Plataforma Europeia visou justamente tal objetivo.

Mas, claro, é lógico que a UE teria de intervir, mais que não seja ao abrigo dos artigos 4.º/2/alínea b), 5.º/2 e 6.º/alínea a) do Tratado da União Europeia, todavia, o problema teria de começar a ser resolvido precisamente desde o seu núcleo, do seu cerne, isto é, pelos próprios Estados-Membros.

Em Portugal, o impulso legislativo surgiu do *Projeto de Lei n.º 142/XII, de 16 de janeiro de 2012*, iniciativa legislativa que reuniu cerca de 30.000 cidadãos eleitores ao abrigo do disposto no artigo 167.º/1 da CRP, que se intitulava como “Lei contra a Precariedade” e que instituía mecanismos de combate ao falso trabalho independente, limitava o tempo permitido para os contratos a termo e promovia a integração dos trabalhadores temporários nas instituições para as quais realizavam a sua atividade^{12 13}.

Note-se que, já neste projeto, se destacava, primariamente, a intervenção da ACT no domínio dos seus poderes de fiscalização no que concerne à verificação da existência de indícios suficientes de contrato de trabalho, remetendo, posteriormente, em caso de parecer positivo, para o Tribunal de Trabalho competente com a maior celeridade possível^{14 15}.

Posto isto, com base na discussão europeia que se fazia sentir e motivado pelo Projeto de lei recebido¹⁶, foi aprovado um “texto de substituição” desse mesmo projeto que

¹² Vide o artigo 1.º do Projeto de Lei n.º 142/XII, de 16 de janeiro de 2012.

¹³ Assim, este projeto de lei que assentava na voz do povo apresentava um âmbito de incidência muito mais abrangente do que o tema que nos encontramos a desenvolver, isto é, pretendia também atuar ao nível da contratação a termo e temporária.

¹⁴ Vide o artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 142/XII, de 16 de janeiro de 2012.

¹⁵ É interessante o facto de este Projeto se caracterizar mesmo pela celeridade pois, por exemplo, obrigava a que o Tribunal reconhecesse determinada relação como laboral em 5 dias após a receção das respostas do empregador e do “suposto trabalhador”, bastando para o efeito a existência de “probabilidade seria da existência de relação de trabalho subordinada”.

¹⁶ Apesar de, em bom rigor, se considerar que a iniciativa legislativa dos cidadãos foi rejeitada, uma vez que o texto que foi elaborado e submetido a votação foi da autoria da Comissão de Segurança Social e do Trabalho da Assembleia da República – vide, neste sentido, SILVA, Filipe Fraústo da, “As Perplexidades Geradas pela

deu origem à *Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto*, que instituiu, *expressis verbis*, mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado^{17 18} (um dos vetores fundamentais da degradação das relações laborais com prejuízo claro para o lado do trabalhador) e que se bipartiu em duas grandes atuações: (1) alterações ao regime processual das contraordenações laborais e de segurança social¹⁹ e (2) ao nível do Código de Processo do Trabalho.

Deste modo, em 2013, foi integrado um mecanismo processual que pretendia combater aquelas situações em que um trabalhador está formalmente declarado como independente, mas que, na prática, exerce a sua prestação laboral em conformidade com todos os critérios e padrões que a legislação nacional utiliza para proceder à caracterização de uma relação laboral²⁰.

No entanto, já conhecemos o legislador português: ou seja, que este é caracterizado pelo facto de para cada problema não ficar apenas e tão só com um diploma legal pelo que, volvidos 4 anos depois, proferiu alterações à ARECT com o surgimento da *Lei n.º 55/2017, de 17 de julho*.

Esta nova Lei aprofundava o regime jurídico da ARECT instituído pela *Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto*, alargando os mecanismos processuais de combate aos falsos “recibos verdes” a todas as formas de trabalho não declarado, incluindo falsos estágios e falso voluntariado²¹, procedendo, portanto, como referimos, à *segunda alteração à Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro*, e à quinta alteração ao Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo *Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de novembro*.

Ação Especial de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho”, Comunicação no VII Colóquio sobre Direito do Trabalho coorganizado pelo Supremo Tribunal de Justiça e pela Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, página 2.

¹⁷ Artigo 1.º da Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto.

¹⁸ Sublinhe-se que a UE ia muito mais longe, não se cingia apenas aos designados “falsos recibos verdes” ou “utilização indevida do contrato de prestação de serviços”, ela abrangia na sua luta o combate à prevenção e dissuasão de todo o trabalho não declarado (*Undeclared Work*). Portanto, de acordo com uma ótica europeia, não se referia apenas a esta vertente de trabalho não declarado, mas a todo o trabalho não declarado.

¹⁹ Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro.

²⁰ Por outras palavras, pretende-se evitar uma “fuga ilícita para o trabalho autónomo” que se norteia “numa evasão fraudulenta à aplicação da disciplina própria do contrato de trabalho” – *vide* MARTINS, Pedro Furtado, “A crise do contrato de trabalho”, RDES n.º 4, 1997, página 340.

²¹ *Vide* artigo 1.º da Lei n.º 55/2017, de 17 de julho.

Assim sendo, e no seguimento da visão europeia que temos vindo a descrever, Portugal já foi mais longe. Remou ao sopro dos objetivos europeus, combatendo todo e qualquer tipo de trabalho não declarado²².

Ademais, a *Lei n.º 55/2017, de 17 de julho*, também alicerçou o reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público²³, eliminou a audiência de partes a preceder o julgamento²⁴, clarificou o propósito da comunicação de sentença ao Instituto de Segurança Social²⁵, introduziu uma suspensão especial de despedimento na esfera do Ministério Público²⁶ e, *last but not least*, alterou a competência territorial para o local de prestação do trabalho²⁷.

Por último, recentemente, fruto da *Lei n.º 107/2019, de 9 de setembro*²⁸, a ARECT foi, mais uma vez, alvo de alterações. Contudo, agora, pouco mudou: somente existiu adaptação dos termos utilizados e determinou-se a notificação da sentença ao trabalhador²⁹
30.

Logo, neste conspecto, a ARECT que iremos analisar reflete uma espécie de *tríade processuali peracti laboris*, isto é, assenta na conjugação de 3 diplomas legais de cariz processual e laboral: a *Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto*, a *Lei n.º 55/2017, de 17 de julho* e a *Lei n.º 107/2019, de 9 de setembro*, com consagração legal expressa nos artigos 186.º-K a 186.º-S do CPT, sendo certo que esta lei “não é um exemplo de arte de bem legislar,

²² Não obstante, sublinhamos que era este o conteúdo expresso na *lex*, todavia, como bem sabemos, infelizmente, tal circunstância não é sinónimo de efetividade legal.

²³ Vide o artigo 5.º-A/alínea c) do CPT.

²⁴ Vide o artigo 186.º-O do CPT.

²⁵ Vide o artigo 186.º-O/9 do CPT.

²⁶ Vide o artigo 186.º-S do CPT.

²⁷ Vide o artigo 15.º-A/3 do RGCOL.

²⁸ Alterou, tal como descreve no seu artigo 1.º, o Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de novembro, adequando-o ao Código de Processo Civil, e a Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

²⁹ Vide o artigo 186.º-O/9 do CPT.

³⁰ Pode parecer estranho o facto de, anteriormente a 2019, não se encontrar prevista legalmente a exigência de notificação do trabalhador da sentença, mas tal prende-se essencialmente com o tipo de posição que se atribua ao trabalhador, uma vez que a ação poderá tramitar sem existir sequer uma intervenção do mesmo no processo. Por outro lado, a situação de o trabalhador não ser notificado também poderia colocar bastantes dúvidas quanto ao elemento subjetivo dos efeitos do trânsito em julgado da decisão. Não obstante, analisaremos estas questões, absolutamente pertinentes, mais à frente.

suscitando imensas dúvidas”³¹ traduzindo-se num “quadro normativo [que] enferma de um conjunto de lacunas, incongruências e ambiguidades”³².

2.2. Natureza, objeto do processo e razão de ser

a) A Natureza

Como vimos, a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho encontra-se prevista na *Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto*, na sua redação em vigor, com reflexo legal nos artigos 186.º-K a 186.º-S, ambos do CPT, e visa reconhecer determinada situação jurídico-contratual como contrato de trabalho.

Outrossim, por força do artigo 10.º/2/3 do CPC, as ações declarativas³³, de acordo com o seu fim, podem ser classificadas como:

- i. Ações de simples apreciação** – obtêm unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto;
- ii. Ações de condenação** – exigem a prestação de uma coisa ou de um facto, pressupondo ou prevendo a violação de um direito;
- iii. Ações constitutivas** – autorizam uma mudança na ordem jurídica existente³⁴.

Ora, tal como acabámos de referir, com a presente ação o prestador de atividade e/ou o Ministério Público pretendem unicamente que determinada situação existente e, conseqüentemente, identificada por via de fiscalização da ACT, verificados os seus indícios de relação subordinada, seja reconhecida como contrato de trabalho e, portanto, somos da

³¹ Vide o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17.12.2014, relator António José Ramos e processo n.º 309/14.6TTGDM.P1, disponível em www.dgsi.pt.

³² MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira, “A ação especial de reconhecimento de existência de contrato de trabalho – vinho velho em odres novos”, *Julgar* n.º 25, Jan-Abr 2015, página 199.

³³ Excluimos, portanto, imediatamente, as ações executivas, devido ao facto de o presente meio processual não dizer respeito a um requerimento das providências adequadas à realização coativa de uma obrigação que lhe é devida (artigo 10.º/4 *a contrario* do CPC).

³⁴ Ainda que “todas as ações declarativas implicam o reconhecimento, sendo este prejudicial [no sentido de algo que é prévio e condição essencial para um passo posterior] à condenação ou à constituição de um efeito jurídico” – vide ZANZUCCHI, Marco Tullio, *Diritto processuale Civile*, volume I, Milano, A. Giuffrè, 1964 página 227.

opinião que esta só poderá constituir uma ação declarativa de simples apreciação (artigo 10.º/3/alínea a) do CPC)^{35 36}.

A este propósito importa questionar se, verdadeiramente, não se poderia atender à possibilidade de esta ação se classificar como ação declarativa de condenação com base nas consequências fiscais e contributivas que poderão surgir na eventual procedência da ação uma vez que o empregador fica obrigado não só a regularizar a situação para com o trabalhador, mas também para com o Estado.

Não obstante, tais dúvidas desaparecem mediante a consulta do artigo 186.º-O do CPT, no seu número 8, que nos diz que “a sentença que reconheça a existência de um contrato de trabalho fixa a data do início laboral” e, consequentemente, no seu número 9, ao referir que “a decisão proferida é comunicada oficiosamente pelo tribunal ao trabalhador, à ACT e ao Instituto da Segurança Social, I.P., com vista à regularização das contribuições desde a data de início laboral fixada nos termos do número anterior”.

Assim, por força da conjugação dos elementos literais destes dois números, só poderemos concluir que os eventuais reflexos da procedência da ação revelar-se-ão apenas isso mesmo, reflexos, pelo que só se desencadearão *a posteriori* da decisão do tribunal judicial e por iniciativa dos órgãos administrativos competentes ainda que com o auxílio do Tribunal, numa eventual ação futura (regra-geral, administrativa).

Deste modo, reitera-se a classificação da ARECT quanto ao seu fim como ação declarativa de simples apreciação.

b) Objeto da ARECT em termos gerais

O objeto do processo é alvo de bastante discussão e análise por parte da doutrina, sendo várias as interpretações que os autores fazem acerca do mesmo. Ora, apesar de não ser este o núcleo central do nosso caminho, importa tecer algumas notas introdutórias acerca do mesmo antes de analisarmos propriamente a tramitação da ARECT que acompanhará precisamente o seu objeto.

³⁵ Além de que, nas sábias palavras de ALBERTO DOS REIS, “na acção de simples apreciação não se exige do réu prestação alguma, porque não se lhe imputa a falta de cumprimento de qualquer obrigação. O autor tem simplesmente em vista pôr termo a uma incerteza que o prejudica: incerteza sobre a existência dum direito ou dum facto” – vide “anotação ao artigo 10.º do CPC” in REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado*, volume I, página 22.

³⁶ Neste mesmo sentido, vide *Coletânea de Jurisprudência*, 2014, tomo IV, páginas 58 e 154.

Sucedem que, alguns autores, seguidores da corrente italiana, defendem que o objeto do processo é o litígio³⁷. Neste sentido, para CARNELUTTI o litígio é constituído basicamente por dois elementos: *elemento material* (constituído pelo conflito de interesses) e o *elemento formal* (compreendido pelo binómio pretensão-resistência, isto é, qualquer ação se inicia com uma petição inicial onde o Autor expõe a sua pretensão, conseqüentemente, em contra-ataque, o Réu apresenta a sua contestação [a dita “resistência”], negando a pretensão ou simplesmente recusando a satisfação do interesse do Autor)³⁸.

Não obstante, e tal como assinala CASTRO MENDES, em termos gerais, o elemento formal apresenta alguns problemas, nomeadamente, porque nem sempre existe resistência do autor (v.g. Ações de condenação com base em obrigações constituídas³⁹ ou constituídas, mas não vencidas⁴⁰, apesar de o Autor não as impugnar; ações de simples apreciação da existência de um direito de propriedade contra sujeitos que não o violaram nem impugnaram e, portanto, inexistem qualquer litígio e, conseqüentemente, interessem em agir ou ações de simples apreciação contra incertos). Assim, na perspectiva deste autor, o objeto do processo é constituído pelo elemento material e pretensão do Autor⁴¹.

Bem vistas as coisas, efetivamente, considerar-se-á um elemento formal, mas esta basta-se com uma *resistência eventual*, isto é, este elemento será constituído por uma pretensão e resistência atual ou eventual, é necessário apenas que esta possa acontecer e não propriamente que exista. Por outras palavras, a “resistência pode faltar, pelo menos a resistência atual”⁴².

Destarte, na base de um processo está sempre um conflito de interesses (artigo 3.º/1 do CPC), contudo, o seu objeto não se configura com base apenas nesse mesmo conflito, mas com a pretensão que é dirigida ao tribunal, já que “o conflito de interesses não é ainda

³⁷ Outros autores, identificam o objeto do processo como a relação jurídica material controvertida (artigo 30.º/3 do CPC). Vide, em sentido crítico, MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, Lisboa, volume I, páginas 48 a 52 e FREITAS, José Lebre, *Introdução ao Processo Civil*, Conceito e Princípios Gerais à luz do Novo Código, 4.ª edição, Gestlegal, páginas 59 e 60.

³⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito*, tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1942, páginas 95 e 96.

³⁹ Vide artigo 557.º/2 do CPC.

⁴⁰ Vide artigo 610.º/2 do CPC.

⁴¹ Vide MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, Lisboa, volume I, páginas 62 a 64.

⁴² Vide MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, Lisboa, volume I, página 64.

o litígio, nele apenas contido potencialmente; o litígio resulta da pretensão formulada em juízo, independentemente de ela ser contestada ou de o réu se a recusar a satisfazê-la”⁴³.

Deste modo, no que concerne à ARECT, o seu objeto compreende o apuramento da factualidade relevante necessária para a qualificação, ou não, de determinado vínculo contratual enquanto vínculo laboral e o inerente reconhecimento de contrato de trabalho.

Neste sentido, sublinha o *Acórdão do STJ de 04.04.2018*⁴⁴ que “a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho é uma ação de cariz publicista que resulta da atividade da Autoridade para as Condições do Trabalho, com uma tramitação muito simplificada, cujo objeto consiste em apurar a factualidade relevante para qualificar o vínculo existente, e caso se reconheça a existência de um contrato de trabalho fixar a data do início da relação laboral, como impõe o n.º 8 do art.º 186.º-O do Código de Processo do Trabalho”.

Por fim, tal apuramento da factualidade é operado com base na presunção laboral do artigo 12.º do CT⁴⁵, tal e qual como iremos ver mais à frente no ponto 3.2.3.1 respeitante à temática da “Prova”.

c) Razão de ser

Como observámos anteriormente, perante a luta europeia incessante contra o *Undeclared Work*, a ARECT surgiu enquanto mecanismo reativo aos falsos recibos verdes e todas as demais formas de trabalho não declarado, apresentando-se como um instrumento processual de salvaguarda do *decent work* fazendo *ius* à tutela da dignidade humana prevista constitucionalmente (artigo 1.º da CRP).

Todavia, a sua principal fonte de inspiração foi a *certificazione del contratto di lavoro italiana*⁴⁶ que surgiu na sequência da recomendação constante do *Livro Bianco sul mercato del lavoro in Italia* (2001).

⁴³ Vide FREITAS, José Lebre, *Introdução ao Processo Civil*, Conceito e Princípios Gerais à luz do Novo Código, 4.ª edição, Gestlegal, páginas 62 a 63.

⁴⁴ Relator Chambel Mourisco, processo n.º 2635/17.3T8VFX.L1.S1.

⁴⁵ Em sintética, mas consciente análise, como iremos ver, esta presunção reflete um conjunto de características que caracterizam a relação laboral comum em termos gerais e, provadas pelo menos duas destas, presume-se a existência de um contrato de trabalho (*vide*, neste sentido, o acórdão do STJ de 09.10.2019, Relator António Leones Dantas, processo n.º 1358/16.5T8CSC.L2.S1).

⁴⁶ Vide o Decreto Legislativo n.º 276/2003 e o Regolamento Interno della Commissione di Certificazione del Contratti di Lavoro al sensi del Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n.º 276, artt. 75 e ss.

Este tipo de certificação foi, então, uma das grandes novidades do *Decreto legislativo n.º 276/2003*⁴⁷ e, em termos gerais, consistia num procedimento de cariz voluntário, que só poderia ser realizado por iniciativa de ambas as partes (futuro trabalhador e empregador) que visava evitar a disputa de um futuro litígio que incida sobre a qualificação de determinado contrato⁴⁸.

Assim sendo, de acordo com este regime italiano, as partes antes de celebrar o contrato de trabalho poderiam submeter, de forma espontânea e conjunta, a sua vontade às Comissões de Certificações (organismos bilaterais, constituídos por uma ou mais associações de empregadores e trabalhadores, Direções Territoriais do Trabalho (DTL) e as Províncias, Universidades públicas, privadas e fundações universitárias, aos Conselhos Provinciais de Consultores de Trabalho ou à Direção-Geral para a Proteção das Condições de Trabalho do Ministério do Trabalho⁴⁹) e estas iriam proceder a um juízo casuístico, aferindo se estava em causa um “contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro”^{50 51}, concluindo, assim, pela qualificação jurídico-contratual que as partes pretendiam estabelecer.

Logo, nesta perspetiva, o Estado não renuncia ao seu próprio papel super partes em benefício dos operadores do mercado, mas antes desempenha um *papel de garantia e reforço da autorregulação dos operadores do mercado com vista a um fim de utilidade geral*, que no caso de certificação de contratos é definido por lei, a fim de reduzir conflitos trabalhistas (art.75 d.lgs. n. 276 del 2003)⁵².

⁴⁷ Chegou a ser denominado como a *Lei de Biagi*.

⁴⁸ Veja-se a este respeito LUCA NOGLER (NOGLER, LUCA, “La certificazione del contratti di lavoro”, I working Papers, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo, Massimo D’Antona, IT – 8/2003, página 11) ao referir que “la prima conseguenza sistematica è che l’atto di certificazione non accerta uno stato di fatto ma qualifica il rapporto determinando così le conseguenze giuridiche del comportamento contrattuale delle parti”, ou seja, em português, que a primeira consequência sistemática do ato de certificação é que este não verifica um estado de coisas, mas antes qualifica a relação, determinando, assim, as consequências jurídicas derivadas do comportamento contratual das partes.

⁴⁹ Vide artigo 76.º do Decreto Legislativo n.º 276/2003.

⁵⁰ Artigo 75.º do Decreto Legislativo n.º 276/2003, com as modificações da Lei n.º 183/2010.

⁵¹ Isto é, contratos em que exista, de forma direta ou indireta, prestação laboral.

⁵² Vide PASQUINI, Flavia, VENTURI, Davide, “La Certificazione Dei Contratti Come Modello Di Autoregolazione e Strumento Di Controllo Dell’attività D’impresa Ai Sensi Dell’art. 41, Comma 3 Della Costituzione”, IANUS n.º5, 2011, ISSN 1 1974-9805, página 310. Tradução feita pelo autor.

Quanto à característica da *voluntariedade*, assinalam ainda os mesmos autores que a possibilidade de os controlos serem voluntários e de serem uma expressão do princípio da autorregulação entre as partes suscita perplexidade entre alguns juristas, geralmente com base no argumento de que os sistemas normalmente autorreguladores acabam sendo uma expressão do neocorporativismo por parte dos sujeitos que deveriam ser regulados por uma fonte externa (a lei) e que, em vez disso, tentam impor modelos de controlo de princípios

Note-se que, a doutrina italiana tem defendido que, atualmente, esta *certificazione* não pretende resolver somente os litígios laborais de qualificação laboral, mas os litígios laborais em sentido *lato sensu*⁵³.

Tal entendimento deriva da conjugação do artigo 75.º do Decreto Legislativo *supra* referido com o artigo 30.º/2 da *Lei 183/2010* que dispõe que, no âmbito da qualificação do contrato de trabalho e na interpretação das respetivas cláusulas, o juiz não pode se poderá afastar do entendimento das partes que se encontra aferido e verificado mediante certificação, salvo nos casos em que esta qualificação se encontre incorreta, existam vícios no consentimento ou divergências entre aquilo que foi estipulado contratualmente pelas partes e aquilo que efetivamente está a ser realizado pelas mesmas (*errore di qualificazione* ou *diffornità programma negoziale dichiarato*)^{54 55}.

Outra fonte da ARECT, para além do modelo italiano que acabámos de referir, foi o Direito Alemão, nomeadamente, a *Statusfestellungsverfahren*, que surgiu em dezembro de 1999 e que se traduzia num procedimento prévio ou posterior, novamente desencadeado pelas partes, para o *Deutsche Rentenversicherung Bund* que proferia uma decisão que

regulatórios substancialmente elusivos (*vide* novamente PASQUINI, Flavia, VENTURI, Davide, “La Certificazione Dei Contratti Come Modello Di Autoregolazione e Strumento Di Controllo Dell’attività D’impresa Ai Sensi Dell’art. 41, Comma 3 Della Costituzione”, IANUS n.º5, 2011, ISSN 1 1974-9805, página 310. Tradução feita pelo autor).

⁵³ Deste modo, as comissões de Certificação irão analisar o contrato como um todo, verificando a individualidade de cada cláusula constante no contrato e, em regra, realizando um teste de compatibilidade entre o modelo contratual escolhido e a organização/estrutura da empresa (sublinhe-se que, durante o processo de certificação, poderá haver intervenção das associações sindicais e de empregadores e, inclusive, poderão integrar a própria Comissão de Certificação, tal como já se mencionou anteriormente).

⁵⁴ Cumpre-nos sublinhar, também a este respeito, que contrariamente a um ato contratual simples isto é, que carece de certificação, este apresenta eficácia não apenas entre as partes, mas também perante os órgãos administrativos. Neste sentido, qualquer órgão administrativo ou terceiro que duvida dessa mesma qualificação e inerente certificação terá de a impugnar judicialmente, requerendo a sua nulidade ao abrigo do artigo 433.º do CPC italiano, apesar de ter de existir uma prévia interpelação à Comissão que certificou o contrato com o intuito de proceder a uma tentativa de conciliação (artigo 80.º, parágrafo 4.º do Decreto Legislativo 276/2003). A par desta questão cível, o presente Decreto Legislativo também consagra a possibilidade de recurso administrativo, no entanto, aqui os seus efeitos cingem-se apenas ao ato administrativo de qualificação não tendo quaisquer efeitos no que concerne ao negócio jurídico que lhe subjaz.

⁵⁵ Para maiores desenvolvimentos, *vide* PASQUINI, Flavia, VENTURI, Davide, “La Certificazione Dei Contratti Come Modello Di Autoregolazione e Strumento Di Controllo Dell’attività D’impresa Ai Sensi Dell’art. 41, Comma 3 Della Costituzione”, IANUS n.º5, 2011, ISSN 1 1974-9805; PASQUINI, Flávia, “La certificazione dei contratti alla luce dell’esperienza del Centro Studi Marco Biagi (diponível, em formato digital no link: http://www.puntosicuro.info/documenti/documenti/120907_Adapt_qualificazione_impresa_certificazione_cntratti.pdf.- Consultado em 31.05.2021), G. HERA, “La certificazione dei contratti di lavoro” (disponível em www.csdn.it – consultado em 31.05.2021); GRANDI, “La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto”, DRI, 2008, n.º 2 e T. IRABOSCHI, “Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione” in T. IRABOSCHI, *La riforma Biagi del mercato del lavoro: prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. n. 276/2003. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Milano, 2004.

clarificaria a natureza do vínculo contratual submetido á sua apreciação (a dita, *Anfrageverfahren*). Porém, os seus efeitos estavam limitados à posição do trabalhador perante a Segurança Social⁵⁶.

Parece-nos que na atual fase embrionária de análise em que nos encontramos seria prudente e importante introduzirmos estas breves notas caracterizadoras das fontes de inspiração da ARECT, com particular atenção e enfoque no regime italiano.

Logo, motivada pela conjuntura nacional e europeia, a ARECT surgiu com o objetivo principal de combater os falsos recibos verdes e, portanto, de reconhecer contratos de trabalho.

Afigura-se deveras importante sublinhar a ideia de que, mais do que tudo, esta ação constitui um instrumento de regularização e não propriamente um mecanismo auxiliar e potenciador de procedimentos contraordenacionais⁵⁷. Por outras palavras, sempre se poderá dizer que *a ARECT se apresenta como uma agente [ainda que de índole processual] da salvaguarda e tutela da dignidade humana*.

3. A Tramitação da Ação de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho

A ARECT é um mecanismo processual bipartido, uma vez que se desdobra em duas fases: a fase administrativa e a fase judicial, ainda que a segunda fase não tenha obrigatoriamente de existir (embora, o contrário já não possa acontecer)⁵⁸.

⁵⁶ Vide PEREIRA, Rita Garcia, "A nova ação especial para reconhecimento de contrato de trabalho (Lei n.º 63/2013) - uma caixa de Pandora?", Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Direito e Justiça, Volume III, 2015, páginas 351 e 352.

⁵⁷ Fez, e faz, todo o sentido invocar, em jeito de nota inicial, a autêntica *ratio* inerente à existência da ARECT. Só a conhecendo é que poderemos retirar *verdadeiras* e *justas* conclusões casuísticas da realidade imanente. Repare-se que, na própria introdução, identificámos o método a ser seguido ao longo deste caminho que nos propomos percorrer: uma análise *juslaboral*, embora, naturalmente processual, crítica e, sobretudo, reflexiva. Apenas assim, fundando-nos e tendo sempre em mente o elemento teleológico (aquele que impõe o sentido a ser dado à norma) subjacente à ARECT é que poderemos [tentar] tirar conclusões e, conseqüentemente, verificar se as premissas que têm sido lançadas pela prática jurisprudencial se podem transformar nessas mesmas conclusões, sendo claro que o direito é feito das circunstâncias do caso concreto pelo que nunca poderão ser ignoradas essas mesmas especificidades – Para mais desenvolvimentos quanto ao elemento teleológico, vide NEVES, Castanheira, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, STVDIA IVRIDICA, reimpressão, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2013, página 105.

⁵⁸ Como nota inicial e adicional à tramitação da ARECT cumpre-nos referir que, nos primeiros tempos de vigência da ARECT existiram algumas decisões de tribunais de primeira instância que desaplicaram alguns preceitos constantes na Lei n.º 63/2013 com fundamento na sua inconstitucionalidade. No entanto, o Tribunal Constitucional quando chamado a intervir veio discordar precisamente dessas decisões (veja-se a este respeito

Assim, esta ação inicia a sua tramitação com uma fase administrativa norteadada pela intervenção da ACT e regulada pela *Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro*, na sua redação atual, que consagra o regime processual aplicável às contraordenações laborais e da segurança social.

Numa segunda fase, o comando processual é entregue ao Ministério Público e inicia-se a instância com a receção da participação da ACT pelo mesmo (artigo 26.º/6 do CPT).

Todavia, começamos já por tecer uma crítica ao nível da terminologia erroneamente utilizada pelo legislador e que se apresenta constante ao longo dos artigos do CPT respeitantes à ARECT (artigos 186.º-K a 186.º-S), nomeadamente, o facto de serem mobilizados constante e precocemente os conceitos de “trabalhador” e “empregador”.

Parece-nos que, na perspetiva do legislador, o prestador de serviços já apresenta um caminho traçado desde o início do processo: transformar-se em trabalhador. E isto não pode, nem poderá acontecer!

Compreendemos a intenção do legislador que se afigura bem visível ao longo de toda a tramitação da ARECT – *rectius*, a tutela dos designados interesses públicos como iremos ver em seguida -, no entanto, tal “transformação” nunca poderia surgir antes de existir prova produzida e, conseqüentemente, uma sentença judicial com trânsito em julgado.

Mas, vejamos:

3.1. A Fase Administrativa: *non illud faciunt sensum est?*

Se atendermos à história do direito laboral, verificamos que por mais anos que andemos para a frente ou para trás, existe sempre um denominador comum: a debilidade do trabalhador. Portanto, por mais que se argumente acerca do cariz público desta ação, o nosso olhar nunca poderá fugir de tal denominador. Resulta crucial reter esta ideia!

O trabalhador é frágil, tem medos e, claro, como já dizia CHARLES CHAPLIN⁵⁹, “a vida é maravilhosa se não se tem medo dela”, pois este sentimento limita-a no seu todo e

os Acórdãos do TC n.º 94/2015, de 03.02.2015 (relator João Cura Mariano), n.º 204/2015, de 25.03.2015 (relator João Cura Mariano), n.º 219/2015, de 08.04.2015 (relator Ana Guerra Martins), n.º 220/2015, de 08.04.2015 (relator Fernando Vaz Ventura) e n.º 228/2015, de 28.04.2015 (relator Maria de Fátima Mata-Mouros).

⁵⁹ Conhecido ator pelos seus excelentes filmes no cinema mudo.

esplendor. Neste prisma, compreendemos facilmente que nem sempre o trabalhador reage perante injustiças e/ou simplesmente comportamentos que não concorda no âmbito da sua esfera laboral.

Veja-se, a título de exemplo, a quantidade enorme de contratos de trabalho que são, na *praxis*, verdadeiros contratos de adesão, onde a liberdade contratual do trabalhador é [quase] residual, vigorando um autêntico *max virtute* na ótica do empregador.

Ou então, repare-se nas razões que motivaram a doutrina e jurisprudência a criar um direito ao silêncio⁶⁰ [ainda] na fase pré-contratual... claramente, que assentaram no facto de o trabalhador ter medo de não ser aceite no emprego, já que o empregador pergunta, o candidato cala, o emprego esfuma-se...⁶¹ e, por isso, é permitido o silêncio sobre factos da sua esfera privada que estariam previamente proibidos de serem questionados pelo empregador.

Daí que, muitas vezes, o prestador consciente de que se encontra titular verdadeiramente de um contrato de trabalho não reage com medo de uma atitude retaliatória do beneficiário da atividade ou, se estivermos numa fase ainda bastante precoce da relação laboral, de não ser aceite no dito “emprego”.

Deste modo, o prestador, regra-geral, só recorre aos meios competentes para qualificar o seu contrato com as vestes de “contrato de trabalho” *a posteriori*, isto é, após o momento em que a sua relação contratual cessa, pois, aqui, e só aqui, ele já não terá nada a perder ou simplesmente a sombra do medo que o acompanhava até aí, desaparece⁶².

Acontece que esta demora na propositura da ação é prejudicial para o processo na medida em que nega ao prestador (que, neste caso, será trabalhador), durante a vigência laboral, o usufruto do conjunto de direitos laborais de que à partida seria titular – o seu inerente estatuto jurídico e social emergente da qualificação do vínculo laboral⁶³ - e faz com

⁶⁰ Importa salientar e reiterar, que este direito à mentira apenas terá lógica e “absolvição legal” quando tiver na sua origem questões ilícitas. Por outro lado, se estiverem em causa questões legítimas e o candidato mentir, poderá eventualmente surgir na sua esfera responsabilidade civil pré-contratual e a possível anulação do contrato celebrado.

⁶¹ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, 2019, 3.ª edição, Almedina, página 157.

⁶² Neste sentido, “quanto mais fraco for a posição dos trabalhadores no mercado de emprego menos provável é o recurso aos tribunais do trabalho como forma de tornar efetivos os seus direitos, mesmo quando estes são violados de uma forma flagrante” (FERREIRA, Casemiro, *Trabalho procura Justiça*, Almedina, página 105).

⁶³ Após a cessação do contrato de trabalho, os efeitos de uma eventual qualificação de contrato de trabalho cingem-se aos de natureza pecuniária além de que o crédito correspondente à compensação por violação do direito a férias, indemnização por aplicação de sanção abusiva ou pagamento de trabalho suplementar, vencido

que o processo sinta os reflexos e influências de um tempo que não pára e que, em consequência, promove a erosão [em muitos casos, definitiva] dos meios de prova.

É com base nesta reação tardia (ou, em muitos casos, inexistente) do prestador de atividade que o legislador português pensou nesta ação atribuindo o impulso e iniciativa processual ao Ministério Público, após participação da ACT.

Efetivamente, “na instauração desta ação dispensa-se, expressamente, a iniciativa e até o consentimento do trabalhador, ao qual é conferida apenas a possibilidade de apresentar articulado próprio e constituir advogado”⁶⁴.

Assim, a fase administrativa só poderá ter início de 3 formas: **1)** denúncia à ACT por parte do prestador; **2)** iniciativa de fiscalização da ACT autónoma e independente e **3)** denúncia de terceiros ou do próprio Ministério Público (ao abrigo do artigo 186.º-K/2 do CPT) à ACT.

Ao fim ao cabo, o legislador concluiu que o prestador (que anseia ser trabalhador) sozinho carece de força suficiente para levar ação para a frente, apenas apresenta poder suficiente para desencadeá-la. Sendo assim, poderíamos nos perguntar se isto faz sentido?

Em primeiro lugar, esta questão radica sempre na circunstância já referida de que o prestador, devido aos seus medos e receios, não denuncia o problema com a celeridade que lhe é exigida e, quando o faz, já se encontra, regra geral, numa fase posterior à cessação do contrato. Pretende-se, assim, por um lado, a existência de uma intervenção e, por outro lado, uma intervenção em tempo útil.

Em segundo lugar, traduz-se numa ideia da produção de prova, isto é, com a intervenção da ACT esta irá registar e elencar todos os indícios de prova de contrato de trabalho (artigo 12.º do CT) existentes naquela relação contratual e sendo uma entidade terceira, imparcial e com competências fiscalizatórias conseguirá chegar a dados/elementos/factos que o prestador nunca conseguirá alcançar. Vigora, portanto, uma *ideia de facilidade e antecipação de produção de prova*, com a característica de ter sido uma entidade terceira e reconhecida pelo Estado a trazê-la para o processo.

há mais de cinco anos, só pode ser provado por documento idóneo (artigo 337.º/2 do CT), dificultando, assim, [ainda] mais a prova do lado do trabalhador.

⁶⁴ Vide Acórdão do TRC de 07.05.2015, Relator Ramalho Pinto e Processo n.º 859/14.4T8CTB.C1. no mesmo sentido, vide Acórdão do TRC de 26.03.2015, Relator Ramalho Pinto e Processo n.º 848/14.9TTCBR.C1.

Em terceiro lugar, sempre se dirá que, à semelhança do regime italiano, a fase administrativa se destina, sobretudo, a regularizar a situação, sem necessidade de qualquer intervenção judicial. E, realce-se que esta regularização, regra-geral, terá mais força e possibilidade de acontecer quando é comandada por um terceiro que apresenta na sua esfera poder contraordenacional do que pelo prestador.

Em quarto lugar, se não o fundamento mais importante, atenta-se à natureza dos interesses em causa. Efetivamente, além do interesse particular do prestador em ver o seu contrato qualificado como contrato de trabalho⁶⁵, prevalece *in casu* o interesse público do Estado no combate aos “falsos recibos verdes”, pois estes implicam consequências negativas para a sustentabilidade do sistema de pensões português, mediante a menor entrada de contribuições sociais, bem como potencia uma forma de concorrência desleal entre empresas.

Por esta última razão, muitos autores, justificam o escopo da ARECT com uma índole marcadamente pública, considerando que a posição de que “a falsa contratação em regime de contrato de prestação e serviços constitui um grave problema social que não somente afeta os trabalhadores envolvidos, que vêm assim aumentar a sua precariedade e insegurança laboral, como também a própria sociedade no seu conjunto, uma vez que o Estado, por essa via, se vê impedido de cobrar as devidas contribuições à Segurança Social, bem como os pertinentes impostos, com os inerentes prejuízos no que toca, quer à sustentabilidade do próprio sistema de segurança social, quer à salvaguarda do bem comum”^{66 67}.

Embora, “do ponto de vista da defesa dos interesses patrimoniais do Estado, de natureza fiscal e parafiscal, não há [com a ARECT] ganhos significativos uma vez que o montante dos descontos para a Segurança Social sempre estaria assegurado pelas

⁶⁵ Que, sublinhe-se, muitas vezes, poderá não existir, baseado em razões de índole fiscal.

⁶⁶ PEREIRA, Albertina, *Código de Processo do Trabalho, anotado à luz da reforma do processo civil*, 2015, Almedina, página 319.

⁶⁷ No mesmo sentido, *vide* FREITAS, Pedro Petrucci de, “Da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, Volume IV, outubro-dezembro 2013, página 1425, ao referir que o “recurso indevido à figura da prestação de serviços em situação de existência de uma verdadeira relação de trabalho subordinado tem diversas implicações negativas laterais, entre as quais, o prejuízo que as mesmas acarretam para a sustentabilidade do sistemas de pensões em face da entrada tardia de jovens no mercado de trabalho propriamente dito e pela menor entrada de contribuições que o trabalho dissimulado (e também o trabalho não declarado) representam, para além de implicar uma concorrência desleal entre empresas”.

contribuições diretas do próprio trabalhador, falso independente, o mesmo sucedendo com os impostos devidos em razão dessa relação jurídica”⁶⁸.

Além de que, em qualquer relação de prestação de serviços, a contribuição assume-se *numa ótica e vertente bilateral*, isto é, é partilhada pelo trabalhador independente e pelas entidades contratantes (*vide*, nesta matéria, o artigo 11.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social - *Lei n.º 110/2009, se 16 de setembro*, na sua redação atual)⁶⁹.

Na base do processo judicial radica um conflito (embora, não baste a sua existência para originar o próprio processo) e afigura-se necessário que o sujeito interessado solicite tutela adequada à sua pretensão na justiça, o que o faz mediante uma petição inicial. A este conflito de interesses a doutrina costuma designar de *lide* que enquadra o conflito intersubjetivo (*conflitto intersoggetivo*) de interesses assente numa pretensão que se tornou objeto de resistência ou de oposição (*pretesa resistita ou contrastata*)⁷⁰.

Assim, o exercício de uma ação pressupõe, em regra, a existência de um litígio pelo que este, a não existir, faz com que falte o pressuposto processual interesse em agir⁷¹, impedindo, deste modo, que o caso seja sujeito a apreciação judicial.

Ponderados estes dois interesses na balança legislativa, foi clara a posição do legislador (ainda que não isenta de críticas): dar prevalência ao interesse público nesta questão ainda que com sacrifício da vontade do interveniente principal da relação em análise: o prestador/trabalhador.

Naturalmente, não diríamos que o prestador deveria ser o único titular do impulso processual nesta matéria, pelas razões que já vimos, porém, permitir que ela avance sem que o prestador queira consideramos que é ir longe demais⁷² (ainda que o olhar estatal esteja centrado nas contribuições e não na justiça e posição equilibrada do trabalhador, pois, se

⁶⁸ RATO, João, “A ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho – interrogações sobre a intervenção do Ministério Público e outras perplexidades” *in* Para Jorge Leite – escritos jurídico-laborais, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, página 782.

⁶⁹ Neste sentido, *vide* SILVA, Filipe Fraústo, “As Perplexidades Geradas pela Ação Especial de Reconhecimento da existência de Contrato de Trabalho”, comunicação no colóquio STJ de 21.10.2015, página 4.

⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Editorial Juris, página 15.

⁷¹ Questão diferente e que analisaremos em seguida é se o Ministério Público apresenta este interesse em agir no âmbito da ARECT.

⁷² Ressalvados os casos em que resultasse, de forma clara e evidente, que essa vontade estaria toldada por coação do beneficiário da atividade

assim fosse, ouviria e respeitaria a vontade do mesmo se esta não fosse de encontro à *ratio* da ação).

Além de que o Estado parte de uma perspectiva de que o prestador quererá sempre modificar a qualificação do vínculo contratual e só não o faz por medo ou receio, não obstante, como vimos, nem sempre assim será ...

Logo, não defendemos uma centralidade do impulso e iniciativa processual no prestador, pois estamos conscientes de que “a deteção de relações de trabalho subordinado enquanto deixada à iniciativa do trabalhador, é muito improvável, visto que os próprios trabalhadores, necessitados do trabalho para viver, colaboram nos expedientes de dissimulação do contrato de trabalho”⁷³.

No entanto, somos da opinião que esta deveria de depender do aval positivo do prestador para prosseguir, sendo certo que tal manifestação de vontade surgiria no momento de inquirição do mesmo em sede de fiscalização (transmitindo, desta forma, à ACT uma espécie de “autorização” ou “consentimento” antecipado) ou, no final da mesma, após a comunicação da verificação de indícios ou não que possam potenciar a qualificação do contrato (isto é, antes da comunicação ao Ministério Público)⁷⁴.

No final de contas, o prestador apenas detém um “impulso administrativo”⁷⁵, nada mais... E é pena já que, diga-se o que se disser, este é e será sempre o principal afetado⁷⁶.

Voltando à tramitação administrativa, esta, após a verificação de uma das 3 situações que mencionámos que lhe possa dar origem, desencadear-se-á com uma fiscalização da ACT na empresa⁷⁷.

⁷³ FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, Almedina, 17.ª edição, 2014, páginas 139 e 140.

⁷⁴ Repare-se que o fundamento principal (a par da questão fiscal e contributiva) para o prestador não ser titular de iniciativa processual, sendo esta transferida para o Ministério Público, é o medo que o ele apresenta e que o impede de, durante a vigência contratual, não requerer a regularização do vínculo contratual. Ora, existindo na fase administrativa uma manifestação negativa de vontade, isenta de qualquer coação ou intimidação por parte do beneficiário da atividade, essa suspeita da existência de medo que poderia existir inicialmente, naturalmente, deixa de existir.

⁷⁵ Mediante a possibilidade de denúncia à ACT, transferindo-se depois a iniciativa processual para esta, num primeiro plano, e ao Ministério Público, num segundo plano.

⁷⁶ Note-se que, regra-geral, o prestador quer que a ação prossiga, pois são mais os benefícios do que malefícios com a correspondente qualificação contratual, porém, não podemos generalizar, sentenciando à morte qualquer liberdade contratual que o prestador pudesse (ou, pelos vistos, aparentasse!) ter.

⁷⁷ Apesar de, atualmente, ser muito frequente a fiscalização por via de meios digitais, isto é, o inspetor da ACT solicita à empresa todos os documentos que necessita e, posteriormente, analisa-os, claramente, que no contexto em que nos encontramos hoje uma fiscalização presencial afigura-se imprescindível, nomeadamente,

No âmbito desta fiscalização, a ACT irá investigar e apurar, em conformidade com o conteúdo da presunção estabelecida no artigo 12.º/1 do CT, a existência ou não de indícios de um contrato de trabalho e, após essa averiguação, elabora o correspondente auto⁷⁸ e notifica o empregador para, no prazo de 10 dias, regularizar a situação⁷⁹, ou se pronunciar dizendo o que tiver por conveniente (artigo 15.º-A/1 do RGCOL).

no que concerne à inquirição de testemunhas e registo/observação do local de trabalhos e das metodologias/formas de prestação do mesmo.

⁷⁸ A este propósito cumpre-nos referir que o artigo 10.º/1 do RGCOL prevê expressamente que, no exercício das suas funções profissionais o inspetor do trabalho efetua, sem prejuízo do disposto em legislação específica, os seguintes procedimentos:

- a) Requisitar, com efeitos imediatos ou para apresentação nos serviços desconcentrados do serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, examinar e copiar documentos e outros registos que interessem para o esclarecimento das relações de trabalho e das condições de trabalho;
- b) Notificar o empregador para adotar medidas de prevenção no domínio da avaliação dos riscos profissionais, designadamente promover, através de organismos especializados, medições, testes ou peritagens incidentes sobre os componentes materiais de trabalho;
- c) Notificar para que sejam adotadas medidas imediatamente executórias, incluindo a suspensão de trabalhos em curso, em caso de risco grave ou probabilidade séria da verificação de lesão da vida, integridade física ou saúde dos trabalhadores;
- d) Levantar autos de notícia e participações, relativamente a infrações constatadas no exercício das respetivas competências, podendo ainda levantar autos de advertência em caso de infrações classificadas como leves e das quais ainda não tenha resultado prejuízo grave para os trabalhadores, para a administração do trabalho ou para a segurança social.

Assim sendo, como efetivamente o é, em conformidade com a alínea d) do mencionado preceito legal, apenas poderão ser levantados autos de advertência perante contraordenações classificadas como leves e que não tenha existido prejuízo grave para os trabalhadores, para a administração do trabalho ou para a segurança social.

Logo, uma vez que o artigo 12.º/2 do CT classifica a eventual prática de infração sob análise e fiscalização como contraordenação muito grave, estaria, à partida, imediatamente excluída a possibilidade de ser lavrado um auto de advertência com a inerente consequência, por força do mesmo, de regularização.

Portanto, efetivamente, constituiu uma mais-valia a consagração expressa do artigo 15.º-A do RGCOL que permite a elaboração do mesmo atribuindo uma oportunidade ao empregador de, se for esta a sua vontade, regularizar a infração em causa, sem aplicação de qualquer coima.

⁷⁹ Podemo-nos questionar e, diga-se, com razão, acerca do significado a ser atribuído ao conceito de “regularizar a situação” presente no artigo 15.º-A/1 do RGCOL. Ora, o número 2 do mesmo artigo refere que tal regularização é provada com a apresentação de um contrato de trabalho ou documento equivalente que se reporte à data de início da relação laboral. Assim sendo, para resolver a situação extrajudicialmente o empregador deverá sempre indicar uma data que contextualize o início da prestação laboral.

No entanto, facilmente concluímos que o facto de indicar uma data implica imediatamente que sejam aplicadas as contribuições e/ou impostos fiscais subjacentes a essa mesma relação e que se encontram em dívida. Daí que, atendendo unicamente ao elemento literal “regularizar” que significa tornar regular/pôr em ordem, podíamos concluir que, efetivamente, para a situação ficar regularizada o trabalhador teria não só que apresentar um contrato de trabalho ou documento equivalente mas também de apresentar os documentos comprovativos do pagamentos desses mesmos impostos e/ou taxas, pois, só assim, poderia dizer que regularizou os termos gerais a situação do trabalhador e, aliás, note-se que o facto de a maioria da doutrina defender que a ARECT assenta em interesses públicos deriva maioritariamente no argumento do sistema fiscal e social português que é defraudado.

Não obstante, somos da opinião que, para este efeito, deverá bastar a apresentação do contrato de trabalho ou documento equivalente, uma vez que: **1)** o legislador, de acordo com o elemento literal, nada diz acerca das contribuições fiscais/sociais, apenas refere expressamente o contrato de trabalho; **2)** o prazo de 10 dias é bastante curto para realizar a determinação de uma data de início laboral, serem calculadas e geradas as correspondentes guias de pagamento pelos serviços administrativos/fiscais do Estado, ser efetuado o

Em nossa perspectiva é de louvar esta possibilidade de regularização prévia por parte do beneficiário da atividade/futuro empregador, não se sujeitando aos eventuais custos e incómodos que um processo judicial traria, bem como o inerente processo contraordenacional⁸⁰, ainda mais quando, em alguns casos, não existe qualquer dolo na qualificação errada do vínculo contratual existente *in loco* (esta apenas existe por desconhecimento e/ou mau aconselhamento no momento de celebração do contrato respetivo).

Confere-se, portanto, mais um mecanismo à ACT para o desempenho da sua missão e, de certa forma, um incentivo aos empregadores na ótica da legalização das relações de trabalho e, aliás, destaca-se que o objetivo fundamental do presente procedimento é alcançar a regularização da situação e não aplicar coimas a qualquer custo.

Outrossim, resulta da análise da explanação apresentada que só haverá reconhecimento de contrato de trabalho se a ACT assim o determinar por via dos indícios que identifique no auto lavrado após fiscalização.

Digamos que a ACT, na pessoa do inspetor responsável, efetua uma operação de “validação” dos elementos recolhidos de acordo com o seu valor e conteúdo atendendo à possibilidade de existir indícios de contrato de trabalho ou não. Por outras palavras, a

pagamento; 3) em alguns casos, o valor poderia ser muito avultado e, portanto, constituiria um entrave à resolução extrajudicial do problema motivado por razões económicas e 4) a ARECT visa essencialmente qualificar o contrato de trabalho e, sendo assim, a partir do momento em que esta qualificação existe, os problemas fiscais e contributivos, apesar de estarem relacionados com esta questão, devem ser tratados posteriormente em sede própria.

Por fim, apenas realçar o facto de que, nos termos do artigo 245.º do Código Contributivo, o procedimento por contraordenação extingue-se, por efeito da prescrição, logo que sobre a prática da contraordenação hajam decorrido cinco anos. Portanto, podemos afirmar que, pelo menos no que concerne às contribuições da Segurança Social, a dita regularização encontra-se limitada pela prescrição da mesma pelo que só poderá abranger os 5 anos anteriores.

⁸⁰ Porém, o facto de regularizar o vínculo implica que seja determinada uma data de início contratual fazendo com que tenham de ser pagas as contribuições e impostos com efeitos retroativos a partir dessa mesma data estabelecida. Daí que, com efeito, está em causa um “arquivamento ilusório” já que é certo que o processo contraordenacional é arquivado, fazendo com que não ocorra a comunicação ao Ministério Público, contudo, tal regularização irá originar custos subsequentes de natureza fiscal.

Por outro lado, importa questionar se estas contribuições que agora terão de ser pagas pelo trabalhador, em alguns casos, contra a sua vontade, poderão ser substituídas, ou melhor, se a esse valor poderão ser deduzias as quantias já entregues pelo mesmo a título de recibos verdes ou o Estado ficará a ganhar, à custa do trabalhador, duas vezes? Quanto a nós temos bastantes dúvidas, é certo que pagar duas vezes seria injusto para o trabalhador, porém, atualmente, não conhecemos qualquer instituto legal no âmbito do Código Contributivo que o permita.

existência de indícios de subordinação elencados no artigo 12.º/1 do CT traduz-se numa *condição sine qua non* para o início do procedimento da ARECT⁸¹.

É claro que o empregador, não concordando com a posição da ACT, poderá sempre [e deverá] se pronunciar, desde logo, ao abrigo do princípio do contraditório, antes de haver a remessa do auto para o Ministério Público. Contudo, ao existir a verificação no caso de certos elementos e, em consequência, a aplicação da presunção laboral prevista no artigo 12.º do CT, o empregador ou apresenta factos evidentes, claros e fortemente modificativos da intenção de decisão da ACT ou a sua resposta/defesa pouco influenciará a prossecução do processo administrativo para análise do Ministério Público^{82 83}.

Destarte, podemos facilmente concluir que o sistema que aqui se consagra, contrariamente ao sistema italiano e alemão apresentado, não depende da vontade das partes, mas sim do juízo casuístico efetuado por uma entidade externa e independente, a ACT, que encaminhará, em caso de parecer favorável à existência de indícios de subordinação, para o Ministério Público no prazo de 5 dias⁸⁴ (artigo 5.º-A/3 do RGCL).

⁸¹ E tanto assim é que, se o Ministério Público tiver conhecimento de uma situação análoga à que lhe for remetida pela ACT, deverá obrigatoriamente comunicar-lhe o sucedido, para que esta inicie o correspondente procedimento administrativo no prazo de 20 dias, isto é, dito de outra forma, não poderá intentar petição inicial desprovido da participação que a sustente e identifique os indícios de subordinação (artigo 186.º-K/2 do CPT).

⁸² À semelhança de RITA GARCIA PEREIRA, defendemos que o envio da participação para o Ministério Público não se afigura obrigatório, mas antes pelo contrário, encontra-se sujeito a um juízo ponderado da ACT, isto é, mediante a receção e análise da defesa do empregador, a ACT, se assim o entender, poderá aderir aos fundamentos apresentados pelo mesmo e, consequentemente determinar o arquivamento do procedimento, sob pena de o legislador ter consagrado atos inúteis (*vide*, neste sentido, PEREIRA, Rita Garcia, “A nova ação especial para o reconhecimento de contrato de trabalho (Lei n.º 63/2013) – uma caixa de pandora?”, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo Lobo Xavier, Volume III, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015, página 357).

⁸³ Situação diferente, é a questão de se, após apresentação de defesa pelo empregador e a ACT manifestar o mesmo entendimento e, neste sentido, arquivar o processo, o trabalhador poderá reagir atendendo às consequências fiscais que resultarão para o mesmo ou pela simples razão de não concordar com o facto de ser titular de um contrato de trabalho? Neste caso, a lei é omissa, mas tratando-se o arquivamento de um ato administrativo, consideramos que poderá existir sempre a possibilidade de reclamação e recurso hierárquico, ao abrigo dos artigos 184.º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo e do artigo 268.º/4 da CRP que consagra a garantia constitucional dos administrados serem titulares de uma tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas.

⁸⁴ Quanto a este curso prazo de 5 dias perfilhamos o mesmo entendimento que o acórdão do TRC de 13.11.2014 (Relator Ramalho Pinto e processo n.º 327/14.4TTLRA.C1), ao defender “não se trata de um prazo perentório, cujo incumprimento tornaria nulos os atos praticados após o seu termo (cfr. artigo 139.º, nº 3 do CPC). Na verdade, este prazo, assim como outros, por exemplo, o prazo a que alude o artigo 24º da mesma Lei, é um prazo meramente aceleratório e disciplinador, cujo incumprimento apenas pode levar a eventual responsabilidade disciplinar para os funcionários”. No mesmo sentido, *vide* o acórdão do acórdão do TRE de 20.03.2012, Processo 38/11.2TTSTB.E1.

Por outro lado, enquanto que no ordenamento jurídico italiano, o controlo e/ou qualificação é feito *a priori*, na ARECT o controlo é realizado *a posteriori*, isto é, já depois de o contrato estar formado e, muitas vezes, após ele ter cessado.

Existindo um sistema prévio de certificação (ou melhor, qualificação) dos contratos, eventuais problemas acerca do mesmo acabariam por não surgir, no entanto, este é um instituto voluntário, que não poderia ser exigido às partes, e, assim sendo, em alguns tipos de estruturas empresariais e relações laborais, poderia ser um formalismo que demoraria tempo e obstaculizaria a contratação, tempo esse que é crucial para a economia e produção. Deste modo, neste tipo de estruturas empresariais o problema colocaria-se novamente.

Note-se que é justamente por esta razão que faz sentido existir uma fase administrativa porque irá, ainda que de forma perfunctória, realizar uma certa “certificação administrativa” da qualificação daquele contrato como contrato de trabalho, pois a partir do momento em que é lavrado o auto de notícia, ele é presumido que existe.

Somos da opinião, então, que o modelo português no que toca à fase administrativa, acaba por ser mais benéfico na circunstância em que esta não é prévia ao próprio processo, mas constitui parte integrante da ARECT, embora, anterior à fase judicial, aplicando-se a qualquer tipo de relação contratual e não constitui qualquer entrave à contratação.

Poderíamos questionar também se, não deveria valer o regime que se encontrava previsto no artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 142/XII, de 16 de janeiro de 2012, a dita “Lei contra a Precariedade” que enunciámos no ponto 2.1., nomeadamente, se a ACT, ao apurar indícios suficientes de subordinação, não deveria remeter automaticamente o processo para o Juízo do Trabalho competente?

Efetivamente, somos da opinião que não (!) uma vez que a ACT, ao longo dos tempos, tem sido caracterizada como uma força [demasiado] amiga dos trabalhadores atendendo a que a sua função é precisamente salvaguardar o respeito pelos seus direitos atendendo à sua posição contratual frágil.

Ora, é justamente esta característica que poderia levar a que todo e qualquer processo seguisse automaticamente para Tribunal sem ocorrer a devida ponderação e correta (mas não apressada!) interpretação jurídica e fáctica pelo que pensamos que faz todo o sentido não

existir esse encaminhamento imediato do processo, mas este se sujeitar à apreciação do Ministério Público e eventual solicitação de mais elementos probatórios.

Desta forma, acaba-se por consubstanciar, digamos assim, num *mecanismo de controlo preventivo e fiscalizatório* que necessariamente deverá ter em consideração a defesa efetuada pela entidade beneficiária da atividade no âmbito da fase administrativa (situação que poderá não acontecer com a ACT).

Questão diferente, é se, após a deteção desses índices de subordinação, não deveria a ACT qualificar de imediato a relação contratual enquanto contrato de trabalho, podendo depois o empregador recorrer pela via judicial? Rejeitamos em absoluto tal posição pois, por um lado, a ACT não tem meios humanos e logísticos suficientes para conseguir assegurar esta função e, por outro lado, consideramos que extravasa a esfera das suas competências, pois estes tipos de efeitos terão de ser decretados por via judicial e não pela mera via administrativa (e até pela própria complexidade e internacionalidade das questões que poderão surgir).

Para concluir e respondendo à questão inicial, já que a “dúvida é o princípio da sabedoria”⁸⁵, só poderemos manifestar o entendimento de que a fase administrativa faz todo o sentido existir, apesar das fragilidades apontadas à fase administrativa da ARECT, com base em três razões fundamentais: **1)** previamente à fase judicial, é mobilizada a presunção laboral, funcionando de forma semelhante, em alguns aspetos, com o instituto italiano da certificação; **2)** potencia a regularização prévia da situação (favorecendo as situações em que não existe qualquer intenção ou conhecimento acerca da desconformidade legal da situação vigente) e **3)** identifica e reúne, numa fase bastante embrionária do procedimento, a maior parte da prova que será, posteriormente, apreciada e valorada em tribunal.

Passemos, agora, à análise da fase judicial: o verdadeiro *ex libris* da ARECT.

3.2. O Procedimento Judicial

Finalizando a fase administrativa com a regularização extrajudicial da situação pelo (agora) empregador, o procedimento fica por aqui. No entanto, nas situações em que esta não ocorra, o processo é remetido para o Ministério Público adquirindo este o designado *comando processual*.

⁸⁵ Frase célebre de Aristóteles.

Ora, vejamos:

3.2.1. Articulados

Chegados à fase judicial, e à semelhança do defendido por VIRIATO REIS, entendemos que, apesar de o elemento literal da Lei não ser claro, o Ministério Público não se encontra sujeito a uma obrigação de intentar a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho apenas e tão só pelo simples facto de ter recebido o processo, isto é, se após a análise da participação da ACT ou perante o resultado das novas diligências probatórias que tiver requerido considerar que não estão reunidos os elementos necessários para a propositura da ação, este poderá não o fazer^{86 87}.

Manifestamos este entendimento ao abrigo de 3 razões fundamentais:

- 1) O artigo 186.º-K/1 do CPT nada nos diz acerca deste aspeto, apenas refere que “após a receção da participação prevista no n.º 3 do artigo 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, o Ministério Público dispõe de 20 dias para propor ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”. Neste prisma em nossa perspetiva, este preceito legal não diz respeito à obrigação ou não de intentar a ação, mas somente compreende os prazos legais exigíveis para o efeito. Por outras palavras, da leitura da normal legal referida não se infere uma obrigação de propositura da ação, mas sim, que no caso de esta se vir a concretizar, que o ministério Público dispõe de 20 dias para o efeito.
- 2) Por outro lado, a própria *autonomia* do Ministério Público, constitucional⁸⁸ e legalmente⁸⁹ garantida, poderá fundamentar esta inexistência de obrigação no que concerne à propositura da ação.

⁸⁶ Neste sentido, *vide* REIS, Viriato, RAVARA, Diogo, “A nova ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho (a Lei n.º 63/2013, de 27-08 e os arts. 186.º-K e ss. CPT)”, CEJ, Ebooks, Processo Civil, Caderno IV, páginas 104 e seguintes.

⁸⁷ *Vide*, também neste sentido, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 94/2015 de 09.07.2015) e n.º 204/2015 de 25.03.2015.

⁸⁸ Estabelece o artigo 219.º/2 da CRP que “o Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei”.

⁸⁹ Além de que, por sua vez, nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto, que regulamenta o Estatuto do Ministério Público, o “Ministério Público goza de autonomia em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local, nos termos da presente lei”, sendo que esta autonomia se “caracteriza pela sua vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às diretivas, ordens e instruções previstas na presente lei”.

- 3) Por fim, a ideia já defendida por nós anteriormente de que sendo a ACT, em termos gerais (e, sobretudo, realistas da *praxis* existente) caracterizada por ser uma força demasiado amiga do trabalhador, então, o facto de a passagem da fase administrativa para o tribunal judicial depender do aval positivo ou negativo do Ministério Público⁹⁰, faz com que se constitua, neste preciso momento, um mecanismo de controlo preventivo e fiscalizatório da ação/intervenção da ACT e, sobretudo, obriga a uma melhor ponderação e análise cautelosa da defesa efetuada *a priori* pela entidade beneficiária da atividade.

Atendendo aos argumentos invocados, necessariamente, só podemos concluir que, com base no Código de Processo de Trabalho, nomeadamente, no seu artigo 186.º-K/1, não existe qualquer obrigação do Ministério Público de intentar judicialmente, visto que “qualquer obrigação que tivesse como obrigatória a apresentação da petição inicial pelo Ministério Público, ainda que o magistrado entendesse fundamentadamente que a participação recebida da ACT não tinha o necessário suporte factual e probatório ou não apreciava adequadamente os elementos nela vertidos, para poder consubstanciar a causa de pedir e sustentar o pedido seria desconforme àquela garantia constitucional”⁹¹.

Por conseguinte, manifestando o Ministério Público uma apreciação positiva quanto à análise da participação recebida da ACT, dispõe de 20 dias para intentar a ação⁹².

Ora, importa sabermos que natureza apresenta o prazo processual mencionado, situação que tem sido bastante discutida na doutrina e jurisprudência portuguesa,

⁹⁰ Que, justamente, se reflete com a propositura ou não da ação e que está sujeito, como referimos, a critérios de estrita objetividade e legalidade (artigo 3.º/2 do EMP).

⁹¹ REIS, Viriato, “A ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. Controvérsias na sua aplicação”, Revista do CEJ, 1.º semestre, 2015, número 1, páginas 236 e 237.

⁹² A estipulação de 20 dias para a propositura da ação integra uma das notas que reflete a celeridade imposta pelo legislador no âmbito da tramitação da ARECT apesar de, em algumas circunstâncias, resultar efetivamente num prazo manifestamente curto (em termos gerais, parece que introduz a ideia de que tal petição inicial apenas implica uma mera adesão do Ministério Público aos factos indiciados pela ACT, contudo, claramente que não é tal simplicidade que se pretende). Basta apenas pensar nos casos em que o Ministério Público requer algum tipo de diligência probatória ou que pretende novamente ouvir o prestador da atividade ou até o próprio inspetor para se esclarecer de algum fator que considere relevante. Isto tudo num contexto em que tem outros processos nas mãos e não somente aquele e ter de, posteriormente, elaborar a correspondente petição inicial. Ora, 20 dias não nos parecem suficiente tal elaboração atendendo a toda a complexidade que poderá existir e ao rigor que, naturalmente, se exige em qualquer peça processual.

Para concluir, o legislador pretendeu introduzir celeridade nesta ação seja na qualificação como ação urgente, seja na delimitação dos prazos processuais da mesma, contudo, sublinhe-se, que até para fazer justiça é preciso tempo. Não podemos querer rapidez na justiça e, paralelamente, um enfraquecimento do ADN do direito processual civil.

particularmente, se está em causa um *prazo de natureza aceleratória/disciplinadora ou prazo de caducidade da ação*.

Alguma parte da doutrina e jurisprudência considera que está em causa um *prazo de natureza aceleratória ou disciplinadora* com base nos interesses que estão na base da ARECT, isto é, interesses fundamentalmente de cariz público (apesar de, como vimos, também poder estar em causa o interesse do próprio prestador em ter regularizado o seu vínculo contratual). Neste sentido, defendem que o prazo não poderá ser de caducidade que só a consideração como um prazo indicativo é que é congruente com a previsão legal do início da instância com a participação da ACT (artigo 26.º/6 do CPT)⁹³.

Contrariamente, poderia estar em causa um *prazo de caducidade*, nos termos do artigo 298.º do Código Civil, contudo, na nossa modesta opinião, tal entendimento vai contra o facto de a ação não se iniciar com a petição inicial, mas sim com a participação da ACT (artigo 26.º/6 do CPT). Aliás, esta posição é defendida pelo Supremo Tribunal de Justiça nos seus acórdãos de 06.05.2015 (Relator Pinto Hespanhol e processo n.º 327/14.4TTLRA.C1.S1), de 14.05.2015 (Relator Melo Lima e processo n.º 363/14.0TTLRA.C1.S1) e de 26.05.2015 (Relator António Leones Dantas e processo n.º 325/14.8TTLRA.C1.S1), ao referir que a ação não se inicia com a petição inicial e, portanto, este prazo não pode ser considerado como prazo de caducidade.

Na perspetiva de VIRIATO REIS, ilustre procurador da República, este prazo deverá ser verdadeiramente considerado como perentório, cujo decurso extingue o direito de ser praticado (artigo 139.º/1/3 do CPC), podendo, no entanto, o ato ser praticado fora do mesmo no caso de justo impedimento ou nos 3 dias úteis a seguir ao seu termo (artigo 139.º/4/5 do CPC).

Todavia, atentemos:

Refere o artigo 298.º/2 do CC que “quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição” pelo que, em caso de

⁹³ Neste sentido, *vide* o acórdão já referido do TRC de 13.11.2014, Relator Ramalho Pinto e processo n.º 327/14.4TTLRA.C1 e o acórdão do TRP de 17.12.2014, Relator António José Ramos e processo n.º 309/14.6TTGDM.P1.

dúvida sobre a natureza do prazo, deve resolver-se a situação de acordo com as regras gerais de interpretação constante no artigo 9.º do mesmo Código.

Deste modo, “a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada” e “na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” (artigo 9.º/1/3 do CC).

Neste sentido, os trabalhos preparatórios da Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto nada dizem a este respeito, o artigo 186.º-K do CPT adotou a epígrafe de “início do processo”, além de que são mobilizados os elementos literais de “dispõe” e “intentar ação” que apontam no sentido de um período de tempo em que o Ministério Público deverá exercer o direito de ação e, atendendo à necessidade de interpretação do direito como um todo, o artigo 26.º/6 do CPT estipula que a instância se inicia com a receção da participação da ACT pelo Ministério Público.

Assim, contrariamente aquilo que acontece no disposto do artigo 259.º/1 do CPC, a instância não se inicia pela propositura da ação, mas com a receção da participação da ACT pelo Ministério Público.

Consequentemente, este prazo não poderá ser considerado como ordenador, indicativo, aceleratório ou de caducidade, já que está em causa a estipulação de um momento temporal sobre um processo judicial já pendente e anteriormente iniciado.

Logo, manifestamos o mesmo entendimento de VIRIATO REIS e do Acórdão já referido do STJ de 06.05.2015 (Relator Pinto Hespanhol e processo n.º 327/14.4TTLRA.C1.S1), que entendem que este prazo se encontra submetido ao regime disposto nos artigos 138.º e seguintes do CPC, aplicável subsidiariamente nos processos de natureza laboral (artigo 1.º/2/alínea a) do CPT), já que o prazo em causa pressupõe que já existe um processo e *visa apenas e tão só consagrar um período de tempo durante a qual o Ministério Público deverá praticar um ato processual*, isto é, a apresentação da petição inicial.

Ademais, dentro destas questões introdutórias da fase judicial que nos encontramos a suscitar, cumpre-nos também questionar qual a posição processual que o Ministério

Público desempenha nesta ação já que é ele que apresenta a petição inicial e a sua inerente tramitação poderá existir normalmente sem qualquer intervenção do prestador. Ou, por outras palavras, será que o Ministério Público é parte neste processo?

A este propósito é imperioso analisar, de forma consciente e metódica, a natureza processual e laboral do Ministério Público, já que a controvérsia *in loco* não vigora nem no ordenamento jurídico alemão, nem no italiano.

O Ministério público representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar e a legalidade democrática, nos termos da CRP, do seu Estatuto e da Lei (artigo 2.º do EMP). Assim sendo, é lhe atribuída a competência da defesa da legalidade democrática, do exercício do patrocínio officioso dos trabalhadores e suas famílias na defesa dos seus direitos de carácter social e assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses coletivos e difusos (artigo 4.º/1/ alíneas a), g) e h) do EMP, respetivamente e artigos 6.º e 7.º do CPT).

Acresce que o Ministério Público apresenta intervenção principal nos processos em que representa o Estado, exerce o patrocínio officioso dos trabalhadores e das suas famílias nos termos já referidos, representa interesses difusos e coletivos e nos demais casos em que a lei lhe atribua competência para intervir nessa qualidade (artigo 9.º/1/alíneas a), e), f), g) do EMP, respetivamente).

Tais atribuições apresentam fundamento e concretização constitucional nos números 1 e 2 do artigo 219.º da CRP ao se referir expressamente que “ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática”, gozando de estatuto próprio e autonomia, nos termos da Lei.

No que diz respeito concretamente ao tema que nos encontramos a desenvolver e ao abrigo da alteração ao Código de Processo de Trabalho proferida pela Lei n.º 55/2017, de 17 de julho, o Ministério Público apresenta legitimidade ativa na propositura das ações de reconhecimento da existência de contrato de trabalho e procedimentos cautelares de suspensão de despedimento regulados no artigo 186.º-S (artigo 5.º-A/alínea c) do CPT).

Neste sentido, e tendo por base a natureza e as competências acabadas de expor, uma vez que no domínio da ARECT e no seguimento da ótica do legislador, estão em causa,

num primeiros plano, interesses públicos do Estado e só, num segundo plano, os interesses privados do trabalhador em questão, o Ministério Público vê a sua intervenção no processo legitimada, não no exercício do patrocínio ou representação do trabalhador (aqui, ainda prestador)⁹⁴, mas enquanto Estado-Coletividade⁹⁵ ⁹⁶ (embora, naturalmente, indiretamente sejam defendidos os interesses particulares do mesmo).

Por conseguinte, nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “os interesses públicos são os interesses que satisfazem as necessidades da coletividade através da prossecução do bem comum, constituindo os interesses públicos os interesses gerais de uma coletividade. [...] Porquanto, nestes interesses, é a um órgão do Estado, Ministério Público ou entidade equivalente a quem é acometida essa legitimidade”⁹⁷. Ora, é exatamente de acordo com este prisma que deve ser vista a ARECT, no que concerne ao estatuto do Ministério Público na mesma, como alguém que é parte processual e que se encontra ao serviço da Coletividade⁹⁸ e da legalidade democrática.

Outra dúvida que poderia surgir seria quanto à existência ou não de *interesse em agir* do Ministério Público visto que, como se bem sabe, “entre os pressupostos processuais referentes às partes, deve incluir-se o interesse processual ou o interesse em agir. Embora, a lei não lhe faça referência, ele encontra-se perfeitamente identificado como tal na doutrina e jurisprudência que o consideram admissível no elenco não taxativo do artigo 577.º do

⁹⁴ Como iremos ver, o prestador intervirá 1) se assim o entender, 2) de forma autónoma do Ministério Público e 3) poderá não aderir à petição inicial do mesmo. Portanto, resulta de forma inequívoca a inexistência do exercício de qualquer patrocínio por parte do Ministério Público sobre o prestador (futuro trabalhador), ainda que, poderá acontecer, que os interesses que este defenda coincidam com os do pretenseo trabalhador.

⁹⁵ Realce-se que, nas situações em que o Ministério Público patrocina o trabalhador (artigo 7.º/alínea a), é o trabalhador que é parte, situação que não se verifica na ARECT, já que, aqui, o Ministério Público adquire o estatuto de parte processual.

⁹⁶ Vide, neste sentido, os Acórdãos do TRC de 13.11.2014 (Relator Ramalho Pinto e Processo n.º 327/14.4TTLRA.C1), do TRP de 17.12.2014 (Relator António José Ramos e Processo n.º 309/14.6TTGDM.P1), do TRG de 12.03.2015 (Relatora Manuela Fialho e Processo n.º 569/14.2TTGMR.G1) e do TRE de 09.07.2015 (Relatora Paula do Paço e Processo n.º 556/14.0TTSTB.E1).

⁹⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, LEX, Lisboa, 2003, páginas 32 a 43.

⁹⁸ Embora, infelizmente, o legislador se tenha esquecido de que o trabalhador também faz parte dessa designada Coletividade e, portanto, em alguns aspetos processuais da ARECT, deveria se ter lembrado dele e, consequentemente, o ter respeitado, tal e qual como iremos dar conta posteriormente.

CPC”⁹⁹ ¹⁰⁰, afigurando-se, deste modo, requisito de existência e validade da relação jurídica processual¹⁰¹.

Contudo, tais dúvidas dissipam-se facilmente perante o raciocínio e entendimento descrito anteriormente, já que o interesse em agir urge de uma manifestação do Ministério Público no sentido da proteção e salvaguarda de interesses públicos e fundamenta-se numa política de proteção da dignidade humana e combate à precariedade laboral, sejam eles fiscais, sociais ou até mesmo de luta contra a concorrência desleal.

Para concluir, o Ministério Público, no âmbito da ARECT, tem legitimidade ativa, interesse em agir e, por conseguinte, assume as vestes de parte processual principal (artigos 219.º/1 da CRP, 2.º, 4.º/1/alínea a), 9.º/1/alíneas a) e g) do EMP, 5.º-A/alínea c) do CPT e 30.º do CPC) e, portanto, após receção da participação da ACT, dispõe de 20 dias para enviar a correspondente petição inicial¹⁰² para Tribunal, se assim o entender e concluir (artigo 186.º-K/1 do CPT).

⁹⁹ Vide Acórdão do TRG de 28.02.2019, Relatora Maria Amália Santos e Processo n.º 3504/16.0TT8BRG.G1.

¹⁰⁰ Contrariamente ao que sucede no âmbito do Código de Processo Civil Italiano, no seu artigo 100.º, onde se poderá ler que “per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse”, ou seja, em linguagem portuguesa, que para intentar uma ação ou contradizê-la é necessário haver interesse em agir.

¹⁰¹ Para maiores desenvolvimentos, vide MAURO SCHIAVI, “O novo Código de Processo Civil, os pressupostos processuais e as condições da ação - impactos ao processo do trabalho”, página 5, disponível via online no *link* https://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/O_novo_CPC_e_os_pressupostos_processuais_e_condicoes_da_acao.pdf. Consultado, via online, em 31.05.2021.

¹⁰² Como nota adicional e no sentido de sublinhar, mais uma vez, a característica de simplificação inerente à ARECT, cumpre-nos ressaltar que:

- 1) a petição inicial (à semelhança da eventual contestação do beneficiário da atividade) não tem de ser articulada (artigo 186.º-L/3 do CPT) e deverá ser apresentada em duplicado, nos termos do artigo 148.º/1 do CPC, de forma a ser remetido um duplicado, posteriormente, para o prestador da atividade; e
- 2) O legislador processual laboral estabelece que “na petição inicial, o Ministério Público expõe **sucintamente** a pretensão e os respetivos fundamentos” (artigo 186.º-L/1 do CPT). Ora, não compreendemos muito bem o porquê de ter sido utilizado o termo de “sucintamente, pois numa interpretação mais apressada e literal poderia nos levar a crer que o Ministério Público estaria limitado pela participação da ACT, isto é, que se limitaria a aderir e transcrever a mesma. No entanto, tal como já defendemos anteriormente, esta posição demasiado literal e pouco processual não deverá ser seguida ou sequer aceite devido ao facto de, por um lado, ir contra o papel que atribuímos ao Ministério Público (como vimos, em último caso, se este assim o entender perante os factos recebidos, nem elabora a correspondente petição inicial) e, por outro lado, em virtude da articulação com o princípio processual do dispositivo (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet* – artigo 5.º/1 do CPC) que dispõe, regra-geral, que o juiz está vinculado aos factos que as partes alegam em juízo e que deve abster-se de considerar factos que não alegaram no processo, implicaria que, mediante uma posição sucinta do Ministério Público e se o mesmo se verificasse com as restantes partes, que elementos essenciais ao processo não fossem considerados ainda que, de acordo com uma visão moderna do processo civil, este princípio já consagre algumas aberturas ao mesmo no que toca a factos notórios, essenciais, experimentais, complementares ou concretizadores.

Deste modo, somos da opinião que a petição do Ministério Público deverá ser o mais completa possível ainda que o prazo de 20 dias seja demasiado curto para adquirir essa perfeição, pois só assim

E, assim, inicia-se a fase judicial, tal e qual como demonstra a epígrafe do artigo 186.º-K do CPT – “início do processo”, ainda que, seja ponto assente, que a instância se inicia com o recebimento da participação da ACT pelo Ministério Público e não com o envio da petição inicial para o tribunal competente¹⁰³ (artigo 26.º/6 do CPT).

O beneficiário da atividade assume a posição de Réu no processo respeitante à ARECT (artigo 186.º-L/2 do CPT e artigo 30.º do CPC¹⁰⁴), é obrigado a ter patrocínio judiciário¹⁰⁵ e a decisão final a ser proferida na sua esfera jurídica irá automaticamente vinculá-lo.

Cumpridas então as demais formalidades introdutórias referidas o beneficiário da atividade é citado para contestar no prazo de 10 dias (artigo 186.º-L/2 do CPT) e, se não o fizer, o juiz profere decisão, também no prazo de 10 dias, a não ser que ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias ou que o pedido seja manifestamente improcedente (artigo 186.º-M do CPT)¹⁰⁶.

se assegurará um contraditório pleno, justo e efetivo dos outros intervenientes no processo e se contribuirá para a tão aclamada *justa composição do litígio*.

- 3) Refere ainda o preceito legal referido no artigo anterior que o Ministério Público deverá “juntar todos os elementos de prova recolhidos até ao momento”. Assim, realçamos a ideia já defendida de que, durante os 20 dias que o Ministério Público é titular para enviar a peça processual, poderá solicitar outros elementos de prova não constantes na participação da ACT ou voltar a realizar os mesmos (v.g. ouvir novamente testemunhas ou outras, pedir novos documentos, etc). Daí que se reitere que é certo que é ponto assente que a ARECT se caracteriza pela celeridade em vários aspetos, no entanto, este prazo de 20 dias afigura-se demasiado curto para o Ministério Público desempenhar diligentemente a sua função, pois, note-se, mais uma vez, até para fazer justiça é preciso tempo.

¹⁰³ O tribunal competente será o Juízo do Trabalho do lugar da prestação da atividade (artigo 15.º-A/3 do RGCOL) não vigorando para este efeito a regra-geral constante no artigo 13.º/1 do CPT.

No entanto, importa contextualizar que a Lei n.º 63/2013 indicava como tribunal competente o da residência do trabalhador, acabando por originar alguns constrangimentos e dificuldades à ACT na sua intervenção. Por conseguinte, desde a Lei n.º 55/2017 foi atribuído no domínio da competência territorial da ARECT o tribunal do lugar da prestação da atividade.

¹⁰⁴ Quanto à verificação deste pressuposto processual, a legitimidade, importa-nos chamar à colação as sábias palavras daquele que é visto por todos os processualistas como o Mestre, que nos diz que “o artigo 27.º [hoje 30.º] exige que o interesse seja direto. Não basta, pois, um interesse indireto ou reflexo; não basta que a decisão seja suscetível de afetar, por via da repercussão ou por via reflexa, uma relação jurídica de que a pessoa seja titular. Noutros termos: não basta que as partes sejam sujeitos numa relação jurídica conexa com a relação litigiosa; é necessário que sejam os sujeitos da própria relação litigiosa” – vide REIS, José Alberto dos, *CPC anotado*, Volume I, página 84.

¹⁰⁵ Com base na recorribilidade da decisão – Artigo 186.º-P do CPT e artigo 40.º/1/alínea b) do CPC.

¹⁰⁶ Importa-nos chamar atenção para o facto de, como vimos, a ARECT é uma ação de simples apreciação visto que a sentença que reconheça a existência de um contrato de trabalho apenas fixa a data do início laboral (artigo 186.º-O/8 do CPT). Porém, quando olhamos para o artigo 186.º-M do CPT reparamos que o legislador refere que “se o empregador não contestar, o juiz profere, no prazo de 10 dias, decisão condenatória (...)”. Ora, o conceito de “decisão condenatória” é totalmente incongruente com a natureza defendida da ação. Logo, fica a nota da incoerência do legislador na previsão dos artigos 186.º-O/8 e 186.º-M, ambos do CPT.

Em termos gerais, a citação visa garantir o contraditório e permitir que o réu apresente a sua defesa (artigo 219.º/1 do CPC) ainda que, neste caso concreto, o beneficiário da atividade se vá pronunciar/defender pela segunda vez, pois ele já o poderia ter feito em sede administrativa aquando da notificação da ACT para o efeito.

Acontece que se, ao nível da sua defesa administrativa, o beneficiário da atividade se remeter ao silêncio o processo segue os seus trâmites normais, no entanto, ao invés, agora, se o já aqui réu nada contestar, o contrato é reconhecido pelo tribunal, no prazo de 10 dias, como contrato de trabalho, “a não ser que ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias ou que o pedido seja manifestamente improcedente”. Desta forma, encontramos-nos perante uma revelia operante com efeito cominatório semipleno (artigos 57.º/1 e 186.º-M, ambos do CPT).

Na sua contestação, o beneficiário da atividade e aqui réu, poderá opor-se ao pedido formulado pelo Ministério Público de forma frontal ou direta (isto é, contradizendo os factos articulados pelo autor, afirmando que esses factos não podem produzir o efeito desejado – artigo 571.º/2/1.ª parte do CPC) ou de forma lateral ou indireta (alegando factos que inibam o tribunal de conhecer o mérito da causa – artigos 571.º/2 e 576.º/1/2, ambos do CPC – ou alegando factos que impeçam, modifiquem ou extingam o direito invocado pelo autor – artigos 571.º/2/*in fine* e 576.º/1/3, ambos do CPC)¹⁰⁷. No primeiro caso, estamos perante a *Defesa por Impugnação* e, no segundo caso, perante a *Defesa por Exceção*.

Mais do que tudo, importa perceber este grande momento em que nos encontramos, já que aqui e só aqui, o beneficiário da atividade assume o mesmo plano processual que as restantes partes.

Note-se que até ao momento da contestação, tendencialmente, o beneficiário da atividade foi apenas ouvido em sede de inquirições da ACT e, a partir daqui esta entidade administrativa, no âmbito da discricionariedade de que é titular, concluiu pela verificação de indícios laborais e poderá rejeitar¹⁰⁸, por completo, a fundamentação apresentada pela empresa na fase administrativa. Portanto, o representante da empresa só agora é que,

¹⁰⁷ Seguimos de perto, para este efeito, a terminologia adotada por PAULO PIMENTA nas suas lições (*vide* PIMENTA, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, 2.ª edição, Almedina, página 183).

¹⁰⁸ Consequentemente, o Ministério Público, apesar de não o dever fazer, poderá também proceder a tal *rejeição automática* influenciado pelo curto prazo de que dispõe para intentar judicialmente a ação e por uma certa presunção de veracidade que existe no que toca às decisões dos órgãos da ACT acompanhadas da devida prova.

efetivamente, será ouvido com toda a imparcialidade, justiça, legalidade e razoabilidade pelo juiz.

É manifesta a importância e necessidade de observar o cumprimento escrupuloso do princípio do contraditório ao longo de todo o processo, previsto no artigo 3.º do CPC ainda que, infelizmente, no domínio da ARECT, até ao momento da contestação, este princípio possa ser negligentemente desfigurado e amortecido na sua essência material e ser visto apenas como um mero e simples formalismo processual.

Outrossim, o processo deve ser visto como um sistema dinâmico de vasos comunicantes entre as partes e o tribunal, garantindo, assim, a efetividade de um princípio do contraditório que não se limite apenas a ouvir a outra parte, mas sim, que lhe atribua o verdadeiro poder de participar e influenciar a decisão¹⁰⁹.

Nesta medida, o escopo principal do princípio do contraditório deixa assim de ser a *defesa*, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser *influência*, no sentido positivo do direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo¹¹⁰.

O empregador deverá, deste modo, deduzir na sua contestação toda a sua defesa (artigo 573.º do CPC), incluindo na sua peça processual todos os meios de defesa direta e indireta de que disponha, por exemplo, recibos verdes passados, contrato de prestação de serviço existente, prova testemunhal acerca da titularidade dos instrumentos de trabalho, existência ou não de seguro de acidentes de trabalho de forma a aferir a responsabilidade pelo risco, etc.

Em jeito de síntese, como iremos ver ao nível da prova, o empregador deverá apresentar factos e elementos probatórios que possam ilidir a aplicação da presunção laboral estabelecida no artigo 12.º do CT.

Ao invés, se não apresentar contestação, consideram-se confessados todos os factos proferidos pelo Ministério Público e é proferida sentença a julgar a causa conforme for de

¹⁰⁹ Defendemos, assim, esta ideia do princípio do contraditório que apresenta origens germânicas (*vide*, neste sentido, o artigo 103.º, I, da Constituição da República Federal Alemã e FRITZ BAUR, *Der Anspruch auf rechtliches Gehor*, Archiv für die Civilistische Praxis, página 153). Ao nível da jurisprudência, *vide* também o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19.04.2018, Relatora Eugénia Cunha e Processo n.º 533/04.0TMBRG-K.G1.

¹¹⁰ NICOLÒ TROCKER, *Processo e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974, página 371.

direito, salvo se estiverem em causa, de forma evidente, exceções dilatórias ou o pedido seja manifestamente improcedente (artigos 57.º/1 e 186.º-M, ambos do CPT).

Quanto a esta última questão, importa sublinhar o carácter intrépido e enigmático das expressões utilizadas pelo legislador, nomeadamente, “evidentes exceções dilatórias” e “pedido manifestamente improcedente”.

Ora, o artigo 278.º/1 do CPC refere que o juiz deve abster-se de conhecer do pedido e absolver o réu da instância:

- a) Quando julgue procedente a exceção de incompetência absoluta do tribunal;
- b) Quando anule todo o processo;
- c) Quando entenda que alguma das partes é destituída de personalidade judiciária ou que, sendo incapaz, não está devidamente representada ou autorizada;
- d) Quando considere ilegítima alguma das partes;
- e) Quando julgue procedente alguma outra exceção dilatória.

Por outro lado, indica ainda o número 3 do mencionado preceito legal que “as exceções dilatórias só subsistem enquanto a respetiva falta ou irregularidade não for sanada, nos termos do n.º 2 do artigo 6.º; ainda que subsistam, não tem lugar a absolvição da instância quando, destinando-se a tutelar o interesse de uma das partes, nenhum outro motivo obste, no momento da apreciação da exceção, a que se conheça do mérito da causa e a decisão deva ser integralmente favorável a essa parte”.

Logo, conjugados todos estes preceitos e no seguimento da posição de RITA GARCIA PEREIRA¹¹¹, temos algumas dúvidas acerca da possibilidade de o juiz poder vir a sanar as designadas “evidentes exceções dilatórias” e, portanto, não determinar respetiva absolvição de instância¹¹².

¹¹¹ Vide PEREIRA, Rita Garcia, "A nova ação especial para reconhecimento de contrato de trabalho (Lei n.º 63/2013) - uma caixa de Pandora?", Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Direito e Justiça, Volume III, 2015, páginas 359, nota de rodapé 46.

¹¹² Contudo, note-se, verificando-se tal possibilidade, defendemos veemente que o juiz deverá ordenar a sanção dessas mesmas exceções, mais que não seja, ao abrigo do princípio da gestão processual ativa que lhe é diretamente aplicável (artigos 27.º do CPT e 6.º do CPC) e, deste modo, logicamente, não será proferida a procedência da ação automaticamente.

Ademais, considerando a natureza e a *ratio* da ARECT não conseguimos identificar uma situação em que o Ministério Público, atuando de forma diligente, apresente um pedido “manifestamente improcedente”.

Por outro lado, importa assinalar que o legislador não refere se a empresa poderá responder também ao articulado do prestador (isto claro, se este chegar a existir). Não obstante, por via da aplicação e amplitude do princípio do contraditório já mencionado, somos da opinião que este poderá e deverá responder aos factos alegados pelo prestador (até porque poderão ir contra a sua defesa ou poderão se traduzir em factos novos ainda não suscitados pelo Ministério Público ou pela sua contestação).

Em seguida, é agendada a audiência de julgamento no prazo de 30 dias, sem concertar datas (186.º-N/2 do CPT) e os duplicados da petição inicial e da contestação são remetidos ao prestador da atividade com a notificação da data de audiência final e com a expressa advertência de que, se assim o entender, poderá aderir aos factos apresentados pelo Ministério Público ou apresentar articulado próprio¹¹³ e que, a ser assim, terá de constituir mandatário (artigo 186.º-L/4 do CPT).

Agora chegados aqui, é caso para perguntar: mas afinal que posição processual ocupa o prestador/trabalhador numa ação que poderá correr sem qualquer intervenção sua? Será assistente? Parte principal? Ou, por outro lado, será que estamos perante uma substituição processual? Ou, ao invés, perante um litisconsorte necessário? Ou, então, será que estamos perante alguém que não é sequer parte?

Existem três ideias fundamentais que procurámos até aqui ressaltar e que apresentam particular importância para a análise desta questão, nomeadamente: **1)** o prestador é parte da relação contratual (seja esta laboral ou de prestação de serviços); **2)** independentemente da decisão que vier a surgir da ARECT, esta vinculará o prestador; e **3)** o legislador parte de um conceito errado, isto é, que a vontade de submeter o exercício da

¹¹³ Podemos perguntar o porquê de para o Ministério Público e beneficiário da atividade a lei não exigir “articulado”, mas para o trabalhador já exigir? A resposta não é clara, é certo que se poderá tratar de um esquecimento ou falta de coerência do legislador nesta situação. No entanto, nesta matéria e no seguimento de JOANA VASCONCELOS, pensamos que talvez o legislador se tenha inspirado no regime do litisconsorte necessário, como iremos ver em seguida (*vide*, neste sentido, VASCONCELOS, Joana, “A posição processual do trabalhador na ação especial de reconhecimento de existência de contrato de trabalho”, Temas de Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, 8 de abril de 2016, CEJ, Gravação em vídeo disponível no seguinte link <https://educast.fccn.pt/vod/clips/390mb4xwf/desktop.mp4?locale=pt>).

prestação ao regime de prestação de serviços advém sempre da empresa e esquece-se que o prestador, no exercício da sua liberdade contratual, poderá não se querer submeter ao regime do contrato de trabalho.

Estes pontos que agora referimos deverão nortear toda a tramitação da ARECT e, em especial, o último, ajuda-nos a compreender o porquê de o legislador português consagrar uma ação que afetará o prestador/trabalhador e que incide sobre uma relação contratual onde este é parte, mas que, simultaneamente, poderá prosseguir sem qualquer intervenção do mesmo¹¹⁴.

Deste modo, só poderemos concluir que o prestador da atividade, nesta ação, terá de assumir as vestes de parte principal, excluindo, portanto, qualquer posição processual que se traduza acessória e/ou secundária¹¹⁵.

E tanto assim é, que a própria legislação processual laboral se dirigia a ele como parte, no seu artigo 186.º-O/1¹¹⁶, não obstante, como a terminologia nunca foi um ponto forte desta Lei, tal artigo foi alterado pela Lei n.º 55/2017 que eliminou a “audiência de partes” a preceder o julgamento, de forma, a sublinhar a celeridade que o legislador pretende “adjudicar” à tramitação desta ação.

Por sua vez, também abandonamos qualquer posição que considere o prestador/trabalhador inserido na figura da substituição processual legal ou voluntária (artigo 262.º/alínea a) do CPC) já que esta figura corresponde a uma “situação na qual, segundo a lei, a legitimidade é atribuída a uma parte que não é o titular da relação material controvertida”¹¹⁷.

¹¹⁴ Evidentemente que apesar de a intervenção do trabalhador não se afigurar obrigatória, consideramos que a mesma é aconselhável já que o mesmo irá contribuir de forma efetiva e realista na descoberta da verdade e é, justamente, por força desta intervenção que, como iremos ver, ele se encontra abrangido pelos efeitos do trânsito julgado da decisão. Assim sendo, quem poderá explicar melhor e reconstituir a realidade dos factos e situações praticadas? Claramente, que só poderão ser os intervenientes e sujeitos principais dessa mesma realidade ainda que tenhamos autos e relatórios da ACT bem escritos, detalhados e fundamentados.

¹¹⁵ Rejeitamos, assim, qualquer tese que não considere o trabalhador parte (*vide*, neste sentido, o Acórdão do TRP de 01.02.2016, Relator Jerónimo Freitas e processo n.º 1673/14.2T8MTS.P1) ou que defenda a posição de Assistente para o mesmo, já que este último é titular de uma relação dependente ou conexa. Para maiores desenvolvimentos quanto ao instituto de assistência no processo civil, *vide* REGO, Lopes do, “Os incidentes de intervenção de terceiros em processo civil”, Revista do Ministério Público, Doutrina, Crítica de Jurisprudência, Intervenções Processuais, ano 6.º, volume 22.

¹¹⁶ Artigo 186.º-O/1 da Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto, sob a epígrafe de “Audiência de Partes e Julgamento”.

¹¹⁷ *Vide* “anotação ao artigo 30.º do CPC” in SOUSA, Miguel Teixeira de, *CPC online anotado*, Livro I, art. 1.º a 58.º, Versão de 2021.02, página 36.

Ora, como já se referiu, o prestador/trabalhador é um dos intervenientes/titulares dessa mesma relação controvertida pelo que, neste sentido, tal posição, será, na nossa opinião, de rejeitar.

Neste sentido, estabelece o artigo 30.º do CPC que:

1. O autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse direto em contradizer.
2. O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da ação e o interesse em contradizer pelo prejuízo que dessa procedência advenha.

Paralelamente, o artigo 33.º do CPC no que concerne ao litisconsórcio necessário dispõe que:

1. Se, porém, a lei ou o negócio exigir a intervenção dos vários interessados na relação controvertida, a falta de qualquer deles é motivo de ilegitimidade.
2. É igualmente necessária a intervenção de todos os interessados quando, pela própria natureza da relação jurídica, ela seja necessária para que a decisão a obter produza o seu efeito útil normal.

Neste prisma, sublinha-se que é parte legítima¹¹⁸, na posição de autor, quem apresente interesse direto em demandar, sendo que este interesse é apurado por via da utilidade derivada da procedência da ação (artigo 30.º/1/2 do CPC).

Por outro lado, a lei exige a intervenção de todos os interessados na ação quando pela própria natureza da relação jurídica esta seja necessária para a produção do efeito útil normal¹¹⁹ da ação (artigo 33.º/2 do CPC).

Relembremos que esta ação, sendo de simples apreciação positiva, visa qualificar uma relação contratual composta por duas partes: prestador e beneficiário da atividade, logo,

¹¹⁸ Para maiores desenvolvimentos, *vide* CAPELO, Maria José de Oliveira, sobre a “doutrina portuguesa e modo de apreciação da legitimidade”, Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação, *STVDIA IVRIDICA*, 15, Universidade de Coimbra.

¹¹⁹ A decisão produz o seu efeito útil normal sempre que, não vinculando embora os restantes interessados, possa regular definitivamente a situação concreta das partes relativamente ao pedido formulado (artigo 33.º/3 do CPC).

naturalmente, qualquer decisão acerca da natureza jurídica dessa mesma relação afetará a esfera jurídica de qualquer uma das partes referidas.

Por conseguinte, cumpre-nos também destacar que “no litisconsórcio necessário estamos perante situações litigiosas com pluralidade de interessados que se caracterizam por a respetiva decisão dever assumir conteúdo uniforme para os vários sujeitos nelas envolvidos, sob pena de não se operarem, ou de não se produzirem em toda a sua plenitude, na ordem jurídica, os efeitos que o direito material estabelece”^{120 121}.

Logicamente, que não se poderá qualificar a relação contratual apenas para uma das partes e tanto assim é que, em 2017, consagrou-se um dever de comunicação oficiosa da decisão pelo Tribunal ao prestador/trabalhador (sublinharam-se, desta forma, os efeitos que uma decisão, independentemente do seu sentido, pode ter para o próprio¹²²).

Em poucas palavras: o prestador da atividade é parte contratual, é titular da relação jurídica controvertida e, portanto, terá de ser também parte principal no próprio processo judicial, aliás, esta posição irradia a própria *ratio legis* do artigo 186.º-L/4 do CPT.

Estando pendente uma causa entre duas ou mais pessoas, pode nela intervir como parte principal aquele que, em relação ao seu objeto, tiver um interesse igual ao do autor ou do réu, nos termos dos artigos 32.º, 33.º e 34.º do CPC¹²³, e o interveniente principal faz valer um direito próprio, paralelo ao do autor e/ou do réu, apresentando o seu próprio articulado ou aderindo aos apresentados pela parte com quem se associa (artigo 312.º do CPC e 186.º-L/4 do CPT).

¹²⁰ Vide “anotação ao artigo 33.º do CPC” in NETO, Abílio, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2.ª edição revista e ampliada, janeiro, 2014, Edição EDIFORUM, Edições Jurídicas, Lda e Distribuição Edições Almedina, S.A., página 75.

¹²¹ “O efeito útil normal da decisão, quando transita em julgado, consiste na ordenação definitiva da situação concreta debatida entre as partes. Assim, sempre que, pela natureza da relação material controvertida, a intervenção de todos os interessados seja essencial para que a decisão produza o seu efeito útil normal, ou seja, para que a pretensão deduzida seja decidida definitivamente, não só em relação aos intervenientes, mas em relação aos interessados, a falta de intervenção de alguns destes determina a ilegitimidade dos intervenientes (artigo 28.º/2 do CPC)” – vide Acórdão do STJ de 09.01.2002 *apud* “anotação ao artigo 33.º do CPC” in NETO, Abílio, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2.ª edição revista e ampliada, janeiro, 2014, Edição EDIFORUM, Edições Jurídicas, Lda e Distribuição Edições Almedina, S.A., página 77.

¹²² Mesmo que o prestador não intervenha na ação judicial este terá sempre conhecimento da decisão. Assim, sublinha-se o facto de o trabalhador também ser parte da relação contratual e que este será sempre influenciado pelo conteúdo da mesma. Nestes termos, não existe apenas um lado num contrato, existem dois e, por conseguinte, estes sujeitos terão de assumir, em nossa perspetiva, as duas dimensões da sua posição: parte contratual e, reiteramos, processual.

¹²³ Vide o artigo 311.º do CPC.

Logo, com base em tudo o que foi exposto, somos da opinião que o prestador/trabalhador, na ARECT, constitui parte principal, intervindo ao abrigo do regime do litisconsórcio necessário, ainda que em harmonia com as especificidades próprias da presente ação ficando, por isso, vinculado pelos efeitos da mesma (artigos 30.º, 33.º, 311.º, 312.º e 320.º do CPC e 186.º-L/4 e 186.º-O/9 do CPT)¹²⁴.

Posteriormente, a intervir, o prestador poderá, então, exprimir a sua posição acerca do objeto da *lide* que poderá ser concordante ou não com ela (assume-se independente da manifestação/interpretação já apresentada pelo Ministério Público).

Dito de outra forma, o prestador poderá acompanhar total ou parcialmente a pretensão do Ministério Público ou simplesmente não acompanhar¹²⁵ – em conformidade com o disposto nos artigos 312.º do CPC e 186.º-L/4 do CPT.

Ainda neste contexto, somos ainda da opinião que, ao abrigo do princípio do contraditório¹²⁶, as restantes partes processuais poderão responder ao articulado apresentado pelo prestador no início do julgamento (artigo 3.º/4 do CPC).

Quanto ao patrocínio judiciário¹²⁷, este é obrigatório para a entidade beneficiária da atividade e para o trabalhador quando este apresente articulado próprio, por via da recorribilidade da decisão final (artigos 186.º-P do CPT e 40.º/1/alínea b) do CPC).

¹²⁴ No mesmo sentido, JOÃO RATO, PEDRO PETRUCCI FREITAS, JOANA VASCONCELOS *in* RATO, João, “A ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho – interrogações sobre a intervenção do Ministério Público e outras perplexidades” *in* Para Jorge Leite – escritos jurídico-laborais, Coimbra Editora, Coimbra, 2014; FREITAS, Pedro Petrucci de, “Da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, Volume IV, outubro-dezembro 2013 e VASCONCELOS, Joana, “A posição processual do trabalhador na ação especial de reconhecimento de existência de contrato de trabalho”, Temas de Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, 8 de abril de 2016, CEJ, Gravação em vídeo disponível no seguinte [link https://educast.fccn.pt/vod/clips/390mb4xwf/desktop.mp4?locale](https://educast.fccn.pt/vod/clips/390mb4xwf/desktop.mp4?locale), respetivamente.

¹²⁵ Seja porque conhece outros factos que Ministério Público desconsiderou ou não conhecia, seja porque concorda com os factos enunciados, mas considera que estes devem ter um efeito e/ou interpretação distinta da invocada ou seja porque, por exemplo, concorda com tudo, mas refere que a data de início do vínculo laboral deverá ser diferente.

¹²⁶ *Vide*, neste aspeto, as páginas 42 e 43 da presente dissertação.

¹²⁷ Nas palavras de PAULO PIMENTA, patrocínio judiciário pode definir-se como a assistência técnica e profissional que o advogado presta à parte, tendo em vista uma adequada e correta condução processual da ação – *vide* PIMENTA, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, 2.ª edição, Almedina, página 85. *Vide* ainda MANUEL RODRIGUES *in* RODRIGUES, Manuel, *Lições de direito processual civil*, Lisboa, 1945, página 98, ao referir que “na base da advocacia está a ideia: nenhuma causa pode ser bem conduzida num tribunal sem um técnico de direito. Na verdade, quando uma pessoa quer que lhe seja dada razão, pode suceder uma de duas coisas: ou a pessoa pratica atos que mais a vão comprometer ou deixa de praticar aqueles que são necessários. É que na base do processo está uma questão técnica”. Também MANUEL DE ANDRADE (*in* ANDRADE, Manuel, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1956, página 85) defende que “a lei considera que, tratando-se de causas de certo tipo ou de certo valor, é do interesse público e do interesse das próprias partes

3.2.2. Saneamento e Gestão Processual

Havendo contestação do beneficiário da atividade, a ação prossegue os seus trâmites normais, podendo o juiz julgar de imediato procedente alguma exceção dilatória ou nulidade que lhe cumpra conhecer ou decidir acerca do mérito da causa (artigo 186.º-N/1 do CPT).

Consequentemente, poderá agendar a audiência de julgamento para o prazo de 30 dias, não sendo para este efeito aplicável o disposto no artigo 151.º/1/2/3 do CPC (nomeadamente, que o juiz a fim de prevenir o risco de sobreposição de datas de diligências a que devam comparecer os mandatários judiciais e, portanto, deve providenciar pela marcação do dia e hora da sua realização mediante prévio acordo com aqueles (artigo 186.º-N/2)).

Mais uma vez e, infelizmente, o legislador despreza a posição e benefício para o processo da presença dos mandatários judiciais no processo, já que a audiência poderá ser marcada sem concertação de datas¹²⁸.

que estas sejam representadas em juízo por profissionais do foro: do interesse público, porque a boa administração da justiça exige que o pleito seja conduzido de modo competente, praticando as partes, em termos adequados, os atos processuais de sua responsabilidade; do interesse das próprias partes, porque a estas faltam, em regra, os conhecimentos técnicos necessários à boa condução da causa e falta, seguramente, a serenidade desinteressada que essa boa condução do litígio exige”.

No plano jurisprudencial constitucional, *vide* os Acórdãos do TC n.º 380/96 e 21/2009, onde se poderá ler que “o direito ao patrocínio judiciário é (...) uma dimensão da garantia de proteção jurídica. Quando tenham que recorrer a juízo para defender os seus direitos ou interesses juridicamente protegidos, têm pois, as partes o direito de se fazer assistir por profissionais do foro por si escolhidos e mandatados, que aí pratiquem, com a necessária competência e serenidade, os atos processuais devidos; que os pratiquem de molde a que haja uma boa administração da justiça” e “na verdade, a obrigatoriedade de patrocínio judiciário, no âmbito de um processo judicial que, reconhecidamente, se caracteriza pela especialidade e complexidade técnica, visa também a proteção de valores fundamentais objetivos, relacionados com a boa administração da justiça, para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos”, respetivamente.

Logo, mediante uma mera análise perfunctória destes pequenos excertos, percebemos facilmente a importância prática e teórica de um acompanhamento jurídico seja no campo judicial ou a nível preventivo das próprias controvérsias jurídicas e o erro do legislador processual laboral em permitir que o julgamento continue a decorrer, mesmo perante a “falta justificada” de um dos mandatários judiciais (artigo 186.º-O/3 do CPT). Nesta linha, tal erro ganha contornos especiais, quando estiver em causa a falta do mandatário do trabalhador, vulnerável contratual e, neste caso, também vulnerável processual. Onde fica o equilíbrio ou igualdade tão desejada no processo judicial? Parece que o legislador levou demasiado à letra a necessidade de imputar celeridade à tramitação da ARECT.

Consideramos que, perante faltas justificadas dos mandatários, especialmente, quando o julgamento se encontra na fase de instrução (*rectius*, produção de prova), deveria ser aplicado o disposto no artigo 269.º/1/alínea b) do CPC onde se prevê expressamente que “a instância suspende-se nos processos em que é obrigatória a constituição de advogado, quando este falecer ou ficar absolutamente impossibilitado de exercer o mandato”. A boa-fé processual e o princípio da cooperação e da igualdade das partes exigem!

¹²⁸ Tal disposição poderá, de certa forma, estar ferida de inconstitucionalidade uma vez que a lei deverá assegurar aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regular o patrocínio forense

A este propósito e como nota final neste ponto importa destacar que com Lei n.º 55/2017, de 7 de julho, a figura de audiência de partes desapareceu, passando-se prontamente à fase de julgamento.

3.2.3. Julgamento

O julgamento inicia-se com a produção de provas que ao caso couberem (artigo 186.º-O/1 do CPT).

3.2.3.1. A Prova

Etimologicamente, o conceito de “Prova” deriva do termo “Provar” (que vem do latim *probare*), serve para estabelecer a veracidade de um facto e, deste modo, estabelece o artigo 341.º do CC que “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”.

Nesta ótica, CARNELUTTI explica-nos que “as provas são assim um equivalente sensível do facto para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento desse facto” e que em noventa e nove por cento dos casos a balança da justiça passará pelas mãos do juiz¹²⁹ [alguém que não conhece os factos, que se configura como um terceiro imparcial e que apenas conhece os factos trazidos pelas partes ao processo e que, agora, terá de decidir sobre eles]. Ora, tal conhecimento e inerente decisão constituirá os seus alicerces justamente na prova, daí a sua importância¹³⁰.

como elemento essencial à administração da justiça (artigo 208.º da CRP). Neste contexto, entender-se-á por “imunidades” “as garantias necessárias para o exercício de um mandato livre, independente e responsável” (vide “anotação ao artigo 208.º da CRP” in CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *CRP: Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, artigos 108.º a 296.º, 4.ª edição, Coimbra Editora, página 541). Ora, neste caso, o referido preceito legal peca logo pelo seu início, isto é, não esta em caus ao modo de exercício do mandato, mas sim a possibilidade de exercício do mesmo.

¹²⁹ Vide CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito*, tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1942, páginas 491 e 492.

¹³⁰ Vide, neste sentido, SANDRO MERS que defende que a instrução, no âmbito do ordenamento jurídico italiano, é uma fase articulada em três fases e dotada de autonomia funcional e estrutural no âmbito do processo de conhecimento. A primeira fase, *instanza di parte*, seguida pela *ordianza di ammissione* e, finalmente, *assunzione della prova*, fase onde se dá a produção da prova consituenda – MERS, Sandro, *Manuale Pratico della Prova Civile prima e durante il processo*, CEDAM Padova, 2008, páginas 3 e 4.

Vide também LIEBMAN que afirma que “a fase instrutória é dedicada, portanto a duas atividades distintas: a de preparação (*trattazione*) da causa, que serve para concretizar, precisar e discutir as questões controvertidas que se consideram relevantes; e a da intenção em sentido estrito ou instrução probatória, destinada a reunir as provas eventualmente necessárias para decidir as questões como foram individualizadas e discutidas” – LIEBMAN, E., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, II, 4.ª ed., Milano, 1980, página 24 *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da Prova no Processo Civil*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, página 23.

Assim, perfilhamos a noção jurídica de prova adotada por ALBERTO DE REIS que afirma que “a prova é o conjunto de operações ou atos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes”¹³¹. Não obstante, vejamos em seguida que contornos a dita Prova poderá assumir no seio das relações laborais que cada vez mais se misturam e subsumem no contexto Digital.

Sempre se dirá ainda que as provas são oferecidas na audiência e cada parte¹³² pode apresentar até 3 testemunhas (artigo 186.º-N/3 do CPT)¹³³ e que, quando estas não tenham constituído mandatário judicial ou este não comparecer, a inquirição das testemunhas é efetuada pelo juiz (artigo 186.º-O/4 do CPT).

Neste ponto, poderemos questionar se os inspetores da ACT poderão ser arrolados como testemunhas na ARECT? De forma sintética, não vemos nenhum impedimento para tal e excluímos de todo a aplicação do artigo 496.º do CPC.

Porém, não nos podemos esquecer que esse inspetor que se encontra a ser arrolado será o mesmo que é autor da participação da ACT e que esteve na origem da Petição Inicial apresentada pelo Ministério Público.

Neste sentido, parece-nos que a espontaneidade e naturalidade que caracterizam a prova testemunhal não se encontrarão presentes e, conseqüentemente, facilmente aquela prova - que *a priori* seria testemunhal - se torna num mero parecer oral [técnico...]. Parecer esse que resulta daquilo que viu no âmbito das suas [escassas...] visitas à empresa e do que lhe foi transmitido pelos outros trabalhadores.

Para além de que, como é perceptível, nesta fase do processo, já poderá existir uma certa parcialidade no seu depoimento.

Deste modo, somos da opinião que não existe qualquer inconveniente de os inspetores da ACT poderem ser arrolados, mas o seu depoimento terá quer ser valorado enquanto depoimento indireto com as inerentes conseqüências legais pelo que, atendendo ao

¹³¹ REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, volume III, 3º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, página 238.

¹³² Relembremo-nos que anteriormente consideramos o trabalhador também parte pelo que este também é titular de apresentar 3 testemunhas.

¹³³ Mais uma vez verificamos a nota de celeridade que o legislador quis imputar à ARECT ao estabelecer um limite de 3 testemunhas por cada parte. Não obstante, atendendo à complexidade que esta ação poderá revestir, talvez o legislador tenha previsto um limite demasiado pequeno para as especificidades da ação no que concerne à prova testemunhal apesar de, claro, continuarem na disponibilidade das partes os outros tipos de prova (tal como o recurso à presunção laboral do artigo 12.º do CT).

número máximo de 3 testemunhas, talvez o inspetor não seja propriamente a pessoa mais indicada para preencher logo uma dessas “vagas”¹³⁴.

Por sua vez, se ao juiz parecer indispensável para a boa decisão da causa que se proceda a alguma diligência, suspende a audiência na altura que reputar mais conveniente e marca logo dia para a sua continuação, devendo o julgamento concluir-se dentro de 30 dias (artigo 186.º-O/5 do CPT).

Assim, se o juiz considerar, em sintonia com a sua perspetiva individual e casuística, que se afigura necessária a realização de alguma diligência que não tenha sido suscitada pelas partes mas que se afigure essencial e indispensável para uma “boa decisão da causa”, então, suspende a audiência e ordena a referida diligência.

No entanto, tal ordenação fica imediatamente sujeita a dois limites de cariz formal e temporal: (1) o juiz no mesmo dia que suspende a audiência tem de marcar um dia para a sua continuação e (2) o julgamento tem de se concluir no prazo de 30 dias.

3.2.3.1.1. A Presunção Laboral prevista no Artigo 12.º do CT¹³⁵

Tendo esta em vista a qualificação de um contrato enquanto contrato de trabalho, no âmbito da instrução, terá de se procurar apurar em juízo se se verificam *in casu* os requisitos da existência de um contrato de trabalho^{136 137}.

Estabelece o artigo 11.º do CT que “contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”¹³⁸. Assim, resultam fundamentalmente 3 elementos essenciais de caracterização:

¹³⁴ No mesmo sentido, *vide* PEREIRA, Rita Garcia, “A nova ação especial para reconhecimento de contrato de trabalho (Lei n.º 63/2013) - uma caixa de Pandora?”, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Direito e Justiça, Volume III, 2015, páginas 368 e 369.

¹³⁵ Sobre a eficácia temporal da presunção laboral *vide* AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, 2016, Almedina, nota de rodapé n.º 65.

¹³⁶ Circunstância que, como já sabemos, é analisada *a priori* pela ACT e, só no caso de um parecer positivo desta, é que a ação chega à situação em que nos encontramos

¹³⁷ Remissão para o ponto 2.3 da presente dissertação.

¹³⁸ A título de curiosidade e porque o elemento histórico no direito também se afigura bastante importante, em 1937, ano em que surgiu o primeiro regime específico de contrato de trabalho português, a Lei n.º 1952, de 10 de março, estabelecia no seu artigo 1.º que o contrato de trabalho se traduz “na convenção por força da qual uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a prestar a outra a sua atividade profissional, ficando, no exercício desta, sob as ordens, direção ou fiscalização da pessoa servida”. Ora, facilmente percebemos que, entre nós, não tem existido grandes alterações quando à noção a ser considerada de contrato de trabalho.

- 1) **Prestação de trabalho** – traduz-se numa prestação de facto positivo e numa das obrigações integrantes do requisito de bilateralidade do contrato de trabalho. Deste modo, terá de existir um dispêndio de energias físicas e psíquicas a favor do empregador¹³⁹.
- 2) **Existência de retribuição** – resulta na contrapartida patrimonial do exercício do elemento anterior¹⁴⁰.
- 3) **Subordinação Jurídica** – o elemento mais importante e diferenciador de outras figuras contratuais semelhantes. Corresponde ao termo literal de “no âmbito da organização e sob a autoridade desta” e compreende, portanto, o exercício da prestação laboral em conformidade com o poder diretivo do empregador, isto é, no poder de o empregador conformar, através de comandos e instruções, a prestação de que o trabalhador se obrigou e a forma de como esta deve ser executada¹⁴¹.

Neste prisma, muitas vezes, na *praxis* contratual existem zonas cinzentas onde se afigura uma tarefa difícil detetar e apurar o tipo de vínculo jurídico existente, já que este último elemento – a subordinação jurídica – constitui um conceito bastante amplo e de geometria variável, alcançando prestações de trabalho onde é largamente visível a sua presença, mas também alberca outras onde já não é assim tão forte a sua presença (v.g. prestação de trabalho realizada por médicos, arquitetos ou advogados onde é assegurada a sua autonomia e independência técnica – artigo 116.º do CT).

Frequentemente, como vimos, as partes, mobilizando o seu *animus* fraudulento e o exercício da sua liberdade contratual, estabelecem contratos intitulados como “prestação de serviços”, mas que verdadeiramente, de acordo com o seu conteúdo, se identificam com um contrato de trabalho.

É precisamente sobre estas situações que irradia o espectro da ARECT.

¹³⁹ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, 2016, Almedina, página 43.

¹⁴⁰ Vide o artigo 258.º/1/3 do CT que estabelece que “considera-se retribuição a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho”, sendo que se “presume constituir retribuição qualquer prestação do empregador ao trabalhador”. Ou seja, este elemento da retribuição encontra-se regulada na Secção I do Capítulo III do CT, onde se descreve expressamente esta ideia de contrapartida pelo trabalho prestado pelo trabalhador.

¹⁴¹ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, 2016, Almedina, página 43.

Ora, nestas situações, o *nomen iuris* nunca poderá prevalecer sobre o conteúdo¹⁴². Nestes casos, a doutrina tem aplicado o princípio da primazia da realidade que dispõe que “os contratos são o que são e não o que as partes dizem que são” já que, e utilizando para este efeito as palavras de ORLANDO DE CARVALHO, “a liberdade contratual é a liberdade de modelar e de concluir negócios, não a de decidir arbitrariamente da lei a que eles devem submeter-se (sobretudo se o *nomen* não corresponde às estipulações)”¹⁴³. Mas, mais uma vez, atendendo à amplitude que se atribua à subordinação jurídica, este apuramento da qualificação contratual poderá resultar numa tarefa bastante árdua e complexa.

Daí que, nesta questão, costuma recorrer-se à aplicação da presunção laboral¹⁴⁴ prevista no artigo 12.º/1 do CT que “presume a existência de contrato de trabalho quando,

¹⁴² Veja-se, neste sentido, o acórdão do TRL de 17.05.2017 (relator Albertina Pereira e Processo n.º 940/14.0TTLSB.L2-4) ao referir que “quanto ao nome do contrato, que foi designado como de prestação de serviços (...) essa denominação assume escassa relevância indiciária. Com efeito, face à grande precaridade que caracteriza o nosso mercado trabalho, é sabido ser o prestador de trabalho muitas vezes compelido a aceitar a contratação nos moldes e condições impostas pelo titular da empresa, incluindo a designação contratual, a fim de não perder o emprego; e de ao empregador interessar também em muitos casos criar uma falsa aparência de autonomia, por forma a não se vincular aos encargos (sociais) decorrentes do contrato de trabalho. Por isso, e como já dito, o critério mais seguro em termos qualificativos, consiste em apurar os termos e as nuances em que a relação contratual se desenvolveu, o modo como foi executada, assim se podendo concluir, em termos seguros, pela sua consonância com o *nomen iuris*” e o acórdão do TRP de 06.06.2016 (Relator Maria José Costa Pinto e Processo n.º 424/13.3TTVFR.P1) ao defender que “é irrelevante para afastar a subordinação jurídica, o facto de a A. emitir faturas e os denominados “recibos verdes” para dar quitação das importâncias pagas, bem como a subsistência de outros aspetos formais não consentâneos com a execução de um contrato de trabalho, como o não pagamento de retribuição de férias e de subsídios de férias e de Natal”.

¹⁴³ CARVALHO, Orlando, *Escritos, Páginas de Direito*, volume I, Almedina, Coimbra, 1998, páginas 22 e 23.

¹⁴⁴ Contrariamente, por exemplo, no regime francês vale uma presunção de não laboralidade – a dita *présomption d'indépendance* (artigo L.8221-6, I-1º do *Code du travail*) que é complementada pela noção de trabalhador independente (artigo L.8221-6-1 do *Code du Travail*). Não obstante, atendendo ao objetivo e razão de ser da presunção laboral consideramos que uma presunção positiva (semelhante à portuguesa) fortalece melhor a posição do trabalhador no âmbito da prova da existência do contrato de trabalho, sendo certo que “uma presunção positiva de subordinação só constitui benefício para interessado na qualificação laboral quando se restringe a alguns (poucos) desses índices, considerando-os bastantes para a inferência de subordinação. Só assim a atividade probatória (sempre exigível) desse sujeito resulta facilitada, pois não tem então que se preocupar com outros aspetos da relação, suscetíveis de contribuir para a sua “imagem global” e para a fixação da natureza que melhor lhe corresponda” (*vide* RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do art. 12.º do Código do Trabalho”, 20 anos do Código das Sociedades, Coimbra Editora, 2007, página 977).

¹⁴⁵ No mesmo sentido, também o ordenamento jurídico espanhol apresenta uma presunção legal, embora, não tão detalhada como a portuguesa (artigo 8.º do Real Decreto Legislativo n.º 2/2015, de 23 de outubro). Por conseguinte, o artigo 8.1. do Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro, que aprova a Ley del Estatuto de los Trabajadores, estabelece que se presume existente um contrato de trabalho entre aquele que presta um serviço por conta e dentro da organização de outro e que recebe uma retribuição dele (tradução do autor). Verificamos nesta presunção espanhola também os elementos da nossa noção legal de contrato de trabalho: prestação, remuneração e subordinação jurídica.

na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem algumas das seguintes características:

- a) A atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado;
- b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade;
- c) O prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma;
- d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma;
- e) O prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Acontece que nem sempre foi assim, isto é, a presunção laboral nos termos em que a temos hoje nem sempre existiu, nem como apresentou o texto atual.

Antes do Código de Trabalho de 2003, não existia presunção laboral e, deste modo, aplicavam-se às regras gerais do ónus da prova previstas no Código Civil, entre as quais se destacava o preceito legal que referia que “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado” (artigo 342.º/1 do CC). Assim sendo, sempre que um trabalhador quisesse invocar a qualificação do seu vínculo como contrato de trabalho teria de provar que, efetivamente, se encontravam preenchidos no caso concreto os requisitos constitutivos do contrato de trabalho (prestação de trabalho, retribuição e subordinação jurídica). Na dúvida, recorria-se ao método indiciário de cariz jurisprudencial, isto é, o tribunal iria confrontar com o caso concreto a verificação de vários indícios que teriam sido considerados anteriormente caracterizadores de um contrato de trabalho pela jurisprudência (indícios estes que, reitera-se, teriam de ser demonstrados pelo trabalhador, quem era titular do ónus da prova). Contudo, esta prova era difícil de ser executada pelo trabalhador, pois não tinha na sua posse documentos de relevo para a causa, a prova testemunhal era bastante difícil pois os seus colegas trabalhadores tinham receio de represálias na sua esfera contratual, constituindo assim um caminho muito complicado, o da prova desses mesmos elementos constitutivos (Para maiores desenvolvimentos quanto a esta dificuldade probatória do trabalhador, *vide* MARTINEZ, Pedro Romano, “Trabalho Subordinado e trabalho autónomo”, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, volume I, Almedina, páginas 271 a 294).

Baseada nesta dificuldade probatória, surge, então, com o Código de Trabalho de 2003, uma presunção de laboralidade que previa o seguinte, na sua redação originária:

“Presume-se que as partes celebraram um contrato de trabalho sempre que, **cumulativamente**:

- a) O prestador de trabalho esteja inserido na estrutura organizativa do beneficiário da atividade e realize a sua prestação sob as orientações deste;
- b) O trabalho seja realizado na empresa beneficiária da atividade ou em local por esta controlado, respeitando um horário previamente definido;
- c) O prestador de trabalho seja retribuído em função do tempo despendido na execução da atividade ou se encontre numa situação de dependência económica face ao beneficiário da atividade;
- d) Os instrumentos de trabalho sejam essencialmente fornecidos pelo beneficiário da atividade;
- e) A prestação de trabalho tenha sido executada por um período, ininterrupto, superior a 90 dias”.

O nosso legislador tentou [ficando-se, infelizmente, apenas pela tentativa...] facilitar a tarefa de reconhecimento de contrato de trabalho, porém, em virtude dos seus requisitos extensos e cumulativos, tal preceito legal converteu-se, em certo sentido, numa norma inútil, pois resultava bastante difícil provarem-se a

Nesta medida, a presunção de laboralidade é uma consequência direta e imediata do reconhecimento por parte do legislador da prevalência dos factos da prestação pessoal, remunerada e subordinada de serviços e, por conseguinte, do seu poder-dever de garantia das normas laborais. A imperatividade das normas substantivas salvaguarda-se presumindo-se a existência de uma relação de trabalho a partir da demonstração de determinados indícios típicos da natureza laboral, de acordo com as máximas de experiência¹⁴⁷.

Mais, “no tocante à presunção de laboralidade, a mesma viabiliza ao trabalhador, interessado, naturalmente, em que a relação que mantém com o credor da atividade que preste seja reconhecida natureza laboral, a prova da subordinação jurídica – dos três elementos constitutivos da noção de contrato de trabalho (...), o mais difícil de provar, mas outrossim, aquele a que se reconhece a verdadeira aptidão diferenciadora do mesmo face a figuras afins – através da demonstração de um conjunto de elementos, correspondentes a factos de relativamente fácil apuramento, em contraste com a verificação do elemento

verificação no caso de todos os indícios referidos e, por outro lado, propiciava, em termos gerais, pelo não qualificação laboral do vínculo, pois bastava falhar apenas um dos indícios suprarreferidos.

Logo, em boa verdade, tal presunção em nada favoreceu a posição do trabalhador, tendo funções meramente organizacionais e/ou aglutinadoras, pois limitou-se a reunir e agrupar, numa mesma norma, todos aqueles indícios que os tribunais utilizavam ao abrigo do método indiciário. Por outro lado, “dar a cada requisito um peso único e absoluto, na medida em que a falta de apenas um inviabilizava a possibilidade de ser verificada a existência de um contrato de trabalho (*vide* RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do art. 12.º do Código do Trabalho”, Nos 20 anos do Código das Sociedades, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Volume II, Coimbra Editora, 2007, página 983).

Mediante estas duras críticas, surgiu a Lei n.º 9/2006, de 20 de março, que proferiu alterações ao artigo 12.º ficando, por força desta lei, a prever-se o seguinte:

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

Ora, contrapondo com a noção legal de contrato de trabalho já existente, tão pouco diferenças se detetavam pelo que, em bom rigor, não se encontrava vigente qualquer presunção laboral. Mais, se com esta alteração se pretendia corrigir as deficiências expostas na redação originária do artigo 12.º presente no Código de Trabalho de 2003, ao invés, ainda se dificultou mais a tarefa de qualificação de um determinado vínculo como contrato de trabalho. Em termos conclusivos e perfilhando do entendimento de LEAL AMADO, “em suma, segundo aquela nova redação do artigo 12.º, quando fosse absolutamente certo e seguro que existia um contrato de trabalho, então, e só então, a lei presumiria que tal contrato existia”. Isto não é [ou pelo menos não deveria ser...] uma presunção. Uma presunção, em termos gerais, visa facilitar a prova, não a dificultar ainda mais ou não apresentar qualquer sentido útil.

Felizmente, esta situação corrigiu-se no atual Código de Trabalho, como podemos ver.

Por fim, também neste aspeto, a Recomendação n.º 198 da OIT, de 15 de junho de 2006, como vimos, recomendava aos Estados Membros da União Europeia a previsão de uma presunção legal de contrato baseada em indícios relevantes (artigo 11.º/álnea b).

¹⁴⁷ FAJARDO MORI, Martín, “La presunción de Laboralidade n la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, Derecho & Sociedad, n.º 46, Asociación Civil, página 337. Tradução feita pelo autor.

subordinação jurídica, em si mesmo, o qual salda em retas contas, num conceito abstrato, por isso que, frequentemente, abstruso”¹⁴⁸.

Logo, as presunções¹⁴⁹ surgem num panorama em que a prova se afigura difícil e, assim sendo, “dadas as dificuldades de prova de certos factos constitutivos de direitos em determinadas situações, a lei vem em socorro das partes estabelecendo a seu favor uma presunção legal”^{150 151}.

Por conseguinte, estas traduzem-se em ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido (artigo 349.º do CC)¹⁵² e, tratando-se de presunção legal, quem a tem a seu favor escusa de provar o facto a que ela conduz, embora, possam ser ilididas mediante prova em contrário, salvo se a lei o proibir (artigo 350.º do CC).

Neste sentido, conseguindo o prestador ou o Ministério Público demonstrar que se verificam alguns dos indícios laborais presentes na presunção – neste contexto, a jurisprudência e doutrina tem considerado que bastam apenas dois – presume-se que existe

¹⁴⁸ vide ROUXINOL, Milena Silva, “Notas sobre a eficácia temporal do artigo 12.º do CT – a propósito do acórdão do Tribunal da relação do Porto de 7 de outubro de 2013”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, 2014, página 74.

¹⁴⁹ Destacam-se três elementos na estrutura típica das presunções:

- a) Um facto base: os indícios ou sinais;
- b) Um facto suposto: aquilo que é suspeitado ou conjeturado;
- c) Regra da inferência: a conexão teórica entre o facto base e o facto suposto pressupõe uma regra de presunção, ou seja, uma afirmação geral cuja aceitação autoriza a passagem de um para outro facto (vide AGUILÓ REGLA, Josep, “Presunciones, Verdad y Normas Procesales”, Proceso, Prueba y Estándar, Ara editores, lima, 2009, página 92. Tradução feita pelo autor).

¹⁵⁰ MACHADO, Batista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989, página 112.

¹⁵¹ Para invocar a qualidade de trabalhador, incumbe-lhe provar que desenvolve uma atividade remunerada para outrem, sob autoridade e direção do beneficiário, demonstrando, designadamente, que se integrou na respetiva estrutura empresarial (vide MARTINEZ, Pedro Romano, “anotação ao artigo 12.º do CT” in MARTINEZ, Pedro Romano, MONTEIRO, Luis Miguel, VASCONCELOS, Joana, BRITO, Pedro Madeira de, DRAY, Guilherme Machado, SILVA, Luis Gonçalves da, *Código do Trabalho anotado*, 12.ª edição, 2020, Almedina, página 78).

¹⁵² A este propósito, MILENA ROUXINOL ao defender que “tratando-se de determinar de um contrato deve ou não se qualificar como contrato de trabalho, deve, sem dúvida, partir-se da respetiva interpretação – com o que se aferirá o sentido da vontade declarada. Num segundo momento, então, se procurará aferir da (não) correspondência entre essa e a vontade real das partes, a qual se apura, muito especialmente, por referência à fase executiva da relação laboral. E, detetando-se divergência entre a vontade real e a vontade declarada, proceder-se-á à qualificação do contrato em consonância com aquela, enquanto se opera o instituto da simulação relativa (vide ROUXINOL, Milena, “Noção de Contrato de Trabalho. Distinção de Figuras Afins” in AMADO, João Leal, ROUXINOL, Milena Silva, VICENTE, Joana Nunes, SANTOS, Catarina Gomes, MOREIRA, Teresa Coelho, *Direito do Trabalho: Relação Individual*, Almedina, página 90). Para maiores desenvolvimentos, vide também VICENTE, Joana Nunes, *A Fuga em Relação ao Trabalho (Típica): em torno da simulação e da fraude à lei*, Coimbra Editora.

um contrato de trabalho. Todavia, tratando-se de uma presunção *juris tantum* nada impede que o empregador possa ilidir essa mesma presunção (daí, a importância da sua contestação e apresentação de requerimento probatório).

Porém, a realidade dos tempos atuais faz com que, de certa forma e salvo o devido respeito, *a presunção laboral, nos moldes em que está prevista, se encontre desvitalizada perante o mergulho, nada surpreendente, da tecnologia no hemisfério das relações laborais.*

Veja-se, a título de exemplo, o facto de perante a pandemia COVID-19, o Estado ter adotado enquanto medida mitigadora e preventiva do risco de transmissão da doença a regra-geral do teletrabalho (instituto este que se encontrava esquecido no tempo e não estava pronto para tal implementação geral).

No entanto, tal regra fez com que muitas empresas repensassem os seus modelos de organização, estrutura e prestação laboral, convertendo certos contratos *standards* que dispunham em contratos de teletrabalho e, no caso de novas admissões, celebrassem *a priori* imediatamente essa modalidade contratual especial.

Cumpre-nos sublinhar que, apesar de ao longo deste ponto nos centrarmos na ótica do Teletrabalho, em razão deste ser o elemento dominante em Portugal no que toca á relação de contrato de trabalho e tecnologia e por razões formais propriamente ditas, não nos podemos olvidar que este paradigma jurídico-tecnológico cada vez se assume mais abrangente e desenvolvido (repare-se, por exemplo, nas relações estabelecidas no âmbito das prestações de trabalho no seio das plataformas digitais que também colocam vários desafios ao direito).

3.2.3.1.2. O Resgate da Figura do Teletrabalho: Noção e Caraterísticas

É ponto assente que os tempos mudaram mais do que nunca. Hoje, a tecnologia constitui um dos elementos centrais das relações laborais e da própria estrutura organizativa e produtiva da empresa¹⁵³.

Cada vez mais “a empresa “plurilocaliza-se” ou “despacializa-se” e adota uma estrutura reticular que permite adaptação mimética às exigências do mercado: produz-se apenas aquilo que serve, no momento em que serve e com os meios estritamente

¹⁵³ Vide, nesta matéria, a mais recente Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, que procede à aprovação da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital.

indispensáveis. (...) Ao mesmo tempo que trabalhar é cada vez mais comunicar, a própria informação converte-se ela própria num produto”¹⁵⁴. A tecnologia¹⁵⁵ surgiu, deste modo, como um alicerce ou, mobilizando um dos conceitos mais atuais e presentes, como a vacina para a incerteza, maleabilidade e volatilidade destes tempos modernos, embora esta apresente alguns efeitos colaterais quando administrada em excesso no plano das relações laborais.

Neste sentido, a partir dos anos 70 surgiu o Teletrabalho sob a voz de JACK NILES¹⁵⁶ que, em 1973, defendeu a redução do consumo de petróleo através da deslocação do trabalho até às pessoas em vez de serem estas a dirigirem-se ao local de trabalho, protagonizando, então, o surgimento do *telecommuting*¹⁵⁷.

Ora, nos termos do artigo 165.º do CT “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”^{158 159}.

¹⁵⁴ REDINHA, Maria Regina Gomes, “O Teletrabalho”, Revista Questões Laborais n.º 17, ano VIII – 2001, Coimbra Editora, página 88.

¹⁵⁵ Associado a este contexto surge, algumas vezes, associado o conceito de “Burótica” que constitui um neologismo francês que compreende todas as formas de automatização do trabalho de escritório, informatização da gestão e tecnologia das redes, bem como a produção, reprodução, tratamento e comunicação de informações textuais ou numéricas necessárias à administração e à gestão das unidades de produção de bens e serviços. Vide, neste campo, RUBINSTEIN, Michel, *L’impact de la domotique sur les fonctions urbaines – Étude Européene*, ed. Fondation Européenne pour l’amélioration des conditions de vie et de travail, Luxemburgo, página 7 *apud* REDINHA, Maria Regina Gomes, “O Teletrabalho”, Revista Questões Laborais n.º 17, ano VIII – 2001, Coimbra Editora, página 89.

¹⁵⁶ Contrariamente, há quem atribua a ALAN KIRON ou a LUIS ARROYO o surgimento da figura (*Vide*, neste sentido, FIOLEAIS, Rui, *Sobre as Implicações Jurídico-Laborais do Teletrabalho Subordinado em Portugal*, Instituto do Emprego e Formação Profissional, Lisboa, página 105).

¹⁵⁷ Ou seja, deslocação do trabalho para a residência dos trabalhadores através do recurso a meios telemáticos (Para mais desenvolvimentos, *vide* DRAY, Guilherme, “Teletrabalho, Sociedade de Informação e Direito”, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, volume II, Coimbra, Almedina, página 266).

¹⁵⁸ Porém, tal como MARIA REGINA REDINHA salienta, são possíveis outras definições de teletrabalho, como “desenvolvimento de trabalho à distancia através do emprego intensivo, mas não exclusivo, de tecnologias de informação e de comunicação”, “prestação de quem trabalha com um instrumento telemático, topograficamente fora da empresa, por conta e/ou no interesse da qual é efetuada a prestação”, “trabalho baseado ou facilitado pelas tecnologias da rede da sociedade”, “pluralidade de atividades laborais e de formas de execução da prestação de trabalho, cuja característica comum é representada pela utilização de tecnologias telemáticas e pela comunicação na realização da atividade laboral” (*vide* REDINHA, Maria Regina Gomes, “O Teletrabalho”, Revista Questões Laborais n.º 17, ano VIII – 2001, Coimbra Editora, nota 13, página 86).

¹⁵⁹ À semelhança da posição defendida por JÚLIO GOMES, sublinhamos que o teletrabalho não corresponde a um conceito jurídico com um tratamento unitário, antes apresenta-se como um fenómeno transversal onde existem várias modalidades de teletrabalho consoante o estatuto jurídico do teletrabalhador, podendo estar perante um contrato de trabalho subordinado, perante um contrato de prestação de serviços, perante um contrato equiparado nos termos do artigo 10.º do CT, como numa situação em que o trabalhador é um verdadeiro empresário (*vide* GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho, Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, página 736). Veremos em seguida estas modalidades mais atentamente.

Perante tal noção convém, desde já, assinalar que se tem escrito muito sobre esta modalidade contratual que não corresponde à realidade, isto é, tende-se mesmo a descrever um mundo em que os teletrabalhadores se encontrariam nas praias com os seus computadores portáteis, realizando a sua prestação entre dois mergulhos¹⁶⁰. Todavia, claramente que não é esta a realidade em que vivemos.

Aqui, o otimismo legal superou e extravasou as fronteiras da realidade, chegando mesmo a colocar em causa o direito ao repouso do teletrabalhador e a sua esfera pessoal e familiar.

Mas, retomando a noção legal, para estarmos perante um contrato de Teletrabalho consideramos que tem de estar verificados os seguintes elementos¹⁶¹:

- 1) **Elemento Objetivo** – “prestação laboral” – Não nos surpreendemos que para podermos falar em [tele]trabalho, naturalmente, o trabalho tem de estar presente, isto é, tem de haver um dispêndio de energia física e psíquica ao serviço e benefício do empregador.
- 2) **Elemento Funcional** – “com subordinação jurídica” – à semelhança do ponto anterior, ainda nos encontramos na fase de caracterização do “trabalho”, já que antes de passarmos à especificação de uma das modalidades do contrato de trabalho, afigura-se necessário, em primeiro lugar, este existir. A subordinação jurídica constitui o *ex libris* da qualificação contratual laboral. É esta que, na maioria das vezes, estabelece a fronteira na dicotomia contrato de trabalho | contrato de prestação de serviços. Ela consiste no reverso do poder diretivo do empregador, ou seja, no poder de o credor conformar, através de comandos e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou, definindo como, quando, onde e com que meios esta deve ser executada¹⁶².
- 3) **Elemento Temporal** – “habitualmente” – este elemento responde ao “quando” é que esta atividade é exercida. Apesar de, regra-geral, esta modalidade de contrato poder coincidir com o período normal de trabalho não tem

¹⁶⁰ Vide GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Relações Individuais de Trabalho, volume 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, páginas 737 e 738.

¹⁶¹ Embora saltem imediatamente à vista os dois critérios fundamentais que tem de estar verificados para podermos falar de teletrabalho: o elemento geográfico (trabalho realizado á distancia) e o elemento tecnológico (recurso às TIC).

¹⁶² AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, Coimbra Editora, página 43.

obrigatoriamente de ser assim, isto é, a prestação do trabalhador pode ser alternada entre dias de teletrabalho e dias de não teletrabalho ou até pode suceder a mesma situação no âmbito do seu horário de trabalho diário ¹⁶³. Assim, o teletrabalho não tem de ser prestado sempre nem diariamente.

- 4) **Elemento Geográfico** – “fora da empresa” – um dos principais elementos caracterizadores do teletrabalho. É essencial que exista uma separação entre o trabalhador e as instalações da empresa¹⁶⁴. Fala-se a este propósito numa empresa virtual enquanto centro de convergências das comunicações com clientes, fornecedores e entidade empregadora, dando origem à designada aldeia global^{165 166}.
- 5) **Elemento Tecnológico** – “recurso a tecnologias de informação e comunicação” – tal como o nome diz, a prestação laboral encontra-se umbilicalmente ligada com a utilização de tecnologias de informação e comunicação [à distância] com a entidade empregadora – **a dita *telessubordinação***.

Logo, verificando-se estes 5 elementos, encontra-se constituído o contrato de Teletrabalho (ou pelo menos, as condições para este existir).

Acontece que, reunidos todos estes elementos, o teletrabalho pode assumir diversas modalidades consoante o enquadramento e conjugação dos mesmos. Portanto, o teletrabalho

¹⁶³ Este elemento assume uma importância crucial por exemplo enquanto resposta à crise de saúde pública que vivemos. Em pleno epicentro da pandemia, os Estados têm introduzido enquanto regra no modo de prestação laboral o teletrabalho, de forma, a assegurar o não cruzamento de trabalhadores e, conseqüentemente, minimizando os contactos sociais. No entanto, algumas empresas podem não estar preparadas para uma aplicação geral do teletrabalho às suas relações laborais e, portanto, com base neste elemento, poderá ser implementado um teletrabalho alternado entre trabalhadores durante o horário de trabalho diário e/ou período normal de trabalho semanal.

¹⁶⁴ Na linha de JÚLIO GOMES e TERESA COELHO MOREIRA, convém atender ao facto de na definição apresentada na cláusula do Acordo-Quadro Europeu sobre Teletrabalho, de 16.07.2012, o teletrabalho apenas reveste uma possibilidade de organização e execução do trabalho com utilização das TIC, no contexto de um contrato de trabalho (*vide* COELHO, Teresa Coelho, “Algumas notas sobre as novas tecnologias de informação e comunicação e o contrato de teletrabalho subordinado”, SCIENTIA IURIDICA, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIII, n.º 335 – Maio/agosto, 2014, Universidade do Minho, páginas 329 e 330). Assim, parece que, de acordo com esta perspectiva, poderá existir teletrabalho mesmo que o trabalhador se encontre nas instalações da empresa. Ora, como verificámos, a lei portuguesa refere expressamente que a prestação do trabalho tem de realizar-se “fora da empresa”.

¹⁶⁵ *Vide* AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, Coimbra Editora, página 120.

¹⁶⁶ “Mais do que uma possibilidade remota, o teletrabalho é atualmente uma realidade, que tende a consolidar-se e a desenvolver-se enquanto vetor que integra o ideal de flexibilização laboral” *in* DRAY, Guilherme, “Teletrabalho, Sociedade de Informação e Direito”, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, volume II, Coimbra, Almedina, página 261.

assume um *caráter multifacetado e de índole geométrico*, já que poderá revestir diversas geometrias e variabilidades em razão da flexibilização que se dê aos seus elementos (embora, muitas delas não sejam tão frequentes na realidade portuguesa).

A primeira das modalidades é a mais frequente¹⁶⁷, o **teletrabalho no domicílio** (*Electronic Home-Work* ou *home based telework*). Aqui, o trabalhador encontra-se no seu domicílio (que, geralmente, corresponde à sua casa de habitação) ligado à empresa por via das TIC. As orientações, diretrizes e instruções quanto ao trabalho a realizar são enviadas à distância^{168 169}.

Outra modalidade, é a possibilidade de o teletrabalho ser exercido em **Centros de Satélite** (*Satellite Offices* ou *Branch Offices*)¹⁷⁰. Este Centro de Satélite corresponde a um local que pertence à empresa, mas que se encontra separado geograficamente da sede, apenas ligado por meios telemáticos. A verdade é que, frequentemente, este local situa-se noutro país menos desenvolvido e onde, conseqüentemente, a regulamentação das relações laborais não seja tão rígida e protetiva do trabalhador (alargamento de períodos normal de trabalho,

¹⁶⁷ E, por esta mesma razão, também é aquela que é alvo de mais críticas por parte da doutrina. Por outro lado, é precisamente nesta modalidade que iremos incidir nos pontos seguintes (4 e 5), pois é precisamente esta onde existe um maior risco do direito à desconexão ser violado.

¹⁶⁸ Note-se que, como referimos anteriormente, por via do elemento temporal, o trabalho é realizado “habitualmente” à distância. Logo, nada impede que o poder de direção do empregador seja exercido presencialmente nos momentos temporais que o trabalhador se encontre e/ou desloque para a empresa. Reiteramos, o teletrabalho não tem de ser permanente e realizado constantemente e diariamente.

¹⁶⁹ Nesta modalidade, constitui particular importância distinguirmos o instituto do Teletrabalho do Trabalho no domicílio.

Ora, em primeiro-lugar, refuta-se a ideia fundamental de que nem sempre o teletrabalho é executado no domicílio do trabalho e, portanto, esta traduz-se já numa linha diferenciadora entre estas duas figuras.

Por outro lado, o teletrabalho, como vimos, exige necessariamente o elemento tecnológico contrariamente à segunda figura que abrange, em regra, atividades de índole manual e artesanal. Além de que, nestes últimos, existem casos em que o trabalhador é dotado de uma total e ampla autonomia ou situações em que a subordinação jurídica não é certa, mas claramente vigora uma certa dependência económica seja dos rendimentos auferidos pelos seus produtos, seja no sentido de a sua atividade se destinar [quase] exclusivamente a um determinado sujeito. Neste caso, é comum recorrer-se ao conceito de origem italiana *parasubordinação* para aludir a este conjunto de situações híbridas: entre o trabalho subordinado e o trabalho autónomo.

Também aqui o Direito do Trabalho teve que crescer e adaptar-se a estes *novos rumos*, e no seu artigo 10.º, sob a epígrafe de “Situações equiparadas” prevê que “as normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho são aplicáveis a situações em que ocorra prestação de trabalho por uma pessoa a outra, sem subordinação jurídica, sempre que o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da atividade”. No final de contas acaba por, de certa forma, atribuir um estatuto jurídico-laboral a estes trabalhadores nas matérias elencadas. Nesta matéria, vide AMADO, João leal, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, Coimbra Editora, páginas 124 e 125 e RODRIGUES, Iselma Maria de Souza, “O Teletrabalho e os novos rumos de telessubordinação”, *Revista da ESMAT*13, Ano 6, n.º 6, dezembro de 2013, páginas 130 e 131.

¹⁷⁰ Alguns autores, nesta modalidade, falam de teletrabalho transnacional. As fronteiras físicas entre os países são quebradas e acaba por existir uma única empresa global que se desmembra em vários setores-chave necessários para o exercício da sua atividade.

precarização das condições de trabalho, higiene e segurança do trabalhador colocada para segundo (ou, quiçá terceiro) plano, bem como a retribuição a ser paga é mais baixa).

Também poderá existir o teletrabalho em **Centros Comunitários ou num Centro de Teletrabalho** (*telecottage*). Tratam-se de espaços organizacionais implantados próximo do local de residência dos trabalhadores, equipados com material de TIC partilhado por trabalhadores de várias empresas¹⁷¹.

Finalmente, o teletrabalho também pode assumir as vestes de **teletrabalho móvel** (*mobile work*). Aqui, perde-se a ligação a um local físico, isto é, a atividade laboral é exercida por via dos meios digitais e tecnológicos, mas estes constituem dispositivos móveis (*smartphones*, computadores portáteis, *tablets*,...).

Ao nível da ligação [isto é, comunicação...] entre o teletrabalhador e a entidade empregadora, seguindo a posição de MARIA REGINA REDINHA^{172 173}, esta pode acontecer de 3 modos:

- a) *Modo offline* – não existe comunicação informática entre as duas partes, isto é, o teletrabalhador executa todo o trabalho com base em instruções que lhe foram fornecidas previamente.
- b) *Modo one way* – existe apenas um fluxo de dados do computador periférico para a central. Existe, então, apenas um sentido pelo que se trata de uma ligação unilateral.
- c) *Ligação online* – a mais completa e que caracteriza o teletrabalho. O computador do teletrabalhador encontra-se ligado a uma rede interna (intranet) que permite um diálogo interativo entre as duas partes em tempo real em todos os terminais da rede (inclusive, trabalhos de grupo – o designado *groupware*).

¹⁷¹ É exatamente esta a nota distintiva dos Centros de Satélite. É que nestes últimos só existem trabalhadores de uma empresa, agora, os Centros comunitários são constituídos por trabalhadores de várias empresas ou até profissionais independentes, inserindo-se geralmente em zonas de difícil acessibilidade ou na periferia das grandes cidades.

¹⁷² REDINHA, Maria Regina Gomes, “O Teletrabalho”, Revista Questões Laborais n.º 17, ano VIII – 2001, Coimbra Editora, nota 13, páginas 98 e 99.

¹⁷³ Também, neste sentido, vide LOTTERMANN, Daniela Rodrigues, *A Parassubordinação no Teletrabalho*, disponível e de acesso livre em <http://www.telework2010.tic.org.ar/papers/6RODRIGUEZ%20LOTTERMAN%20PORTUGUES.pdf> (consultado em 31.05.2021).

Ademais, o teletrabalho enquanto modalidade especial de contrato de trabalho necessita de acordo ^{174 175} entre as partes e de assumir a forma escrita e conter as indicações previstas no artigo 166.º/4 do CT^{176 177} .

Por fim, no âmbito da caracterização do regime do teletrabalho português, importa igualmente referir que o trabalhador neste regime tem os mesmos direitos e deveres dos

¹⁷⁴ Em plena pandemia, com o intuito de diminuir os riscos de contágio o teletrabalho assumiu regra-geral quando ao modo de prestação de trabalho. Houve e vivenciamos períodos de tudo: durante o estado de emergência, despendeu-se da necessidade de acordo bastando o requisito da compatibilidade de funções, depois juntou-se o requisito da necessidade do pedido de trabalhador, por outro lado, cingiu-se a regra os trabalhadores de risco. Ou seja, houve sempre uma alternância e variabilidade quanto ao requisito do acordo entre as partes.

¹⁷⁵ De igual modo, prevê também excepcionalmente o artigo 166.º/3 do CT que “além das situações referidas no número anterior, o trabalhador com filho com idade até 3 anos tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada e a entidade patronal disponha de recursos e meios para o efeito”.

¹⁷⁶ Cumpre-nos dizer que os vícios de forma, nomeadamente, a necessidade de forma escrita é exigida apenas para prova da estipulação do regime de teletrabalho. Por outras palavras, tais requisitos formais apenas assumem o valor de *ad probationem*, contrariamente ao que acontecia com o CT de 2003.

¹⁷⁷ Situação distinta, é a circunstância do trabalhador vítima de violência doméstica. Nestes casos, reunidos os requisitos do artigo 195.º/1 do CT e existindo compatibilidade de funções, a vítima poderá passar por via unilateral para o regime do teletrabalho, não podendo o trabalhador opor-se (artigo 166.º/2/4 do CT). No entanto, não se compreende muito bem a previsão expressa desta medida enquanto mecanismo de resposta à violência doméstica, pois, regra-geral, o teletrabalho será prestado no domicílio da vítima e a violência doméstica, regra-geral, ocorre justamente “dentro das paredes” do seu domicílio... assim, refutamos a falta de compreensão no que toca à intenção do legislador ao construir tal previsão legal. Contudo, como existe a necessidade de verificação do requisito de saída de casa de morada de família, quiçá, pode ser que o legislador queira que o trabalhador para a exercer o regime de teletrabalho no seu novo domicílio. Temos dúvidas acerca da utilidade e adequação desta medida... mas fica a tentativa.

Estabelece o artigo 195.º do CT que:

O trabalhador vítima de violência doméstica tem direito a ser transferido, temporária ou definitivamente, a seu pedido, para outro estabelecimento da empresa, verificadas as seguintes condições:

a) Apresentação de queixa-crime;

b) Saída da casa de morada de família no momento em que se efetive a transferência”.

É claro que podia-se dizer que esta não é uma medida que abranja todas as vítimas de violência doméstica pois nem sempre a vítima apresenta queixa, mesmo que seja essa a sua vontade. Desde logo, porque para o próprio procedimento criminal seguir na sua completude o trabalhador terá de se constituir assistente e tal comportamento comporta custos económicos e depois, por outro lado, o medo, o receio, a vergonha e até os efeitos da própria prossecução de inquérito constituem entrave para apresentação de queixa. Daí que tenhamos referido que esta medida não irá abranger todas as vítimas.

Por conseguinte, em sentido contrário ao que foi dito, existe o facto de se exigir apenas a apresentação de queixa-crime e não uma decisão de acusação no MP em sede de final de inquérito, isto é, basta um trabalhador se dirigir a um posto ou delegação de um órgão de polícia criminal e apresentar queixa (corresponda esta à verdade ou não) para poder ter direito à conversão unilateral do seu contrato em contrato de teletrabalho. Questão diferente será o surgimento de uma eventual responsabilidade disciplinar no caso de o trabalhador ter apresentado queixa com base em factos inventados e/ou construídos exclusivamente para ter acesso a este regime.

Compreende-se que a vítima [considerando, claro, que esta é verdadeiramente vítima] não pode estar à espera de uma resposta do sistema jurídico, pois até para se fazer justiça é preciso tempo, ma não deixa de ser uma crítica legítima a ser feita face à legislação vigente.

Por fim, o facto de o crime de violência doméstica assumir atualmente a natureza de crime público compreende-se que, para este efeito, basta a abertura do procedimento de inquérito desencadeado pelo MP para também poder usufruir deste regime.

demais trabalhadores, nomeadamente no que se refere a formação e promoção ou carreira profissionais, limites do período normal de trabalho e outras condições de trabalho, segurança e saúde no trabalho e reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional¹⁷⁸. Deste modo, existe uma igualdade entre teletrabalhadores e não teletrabalhadores, não podendo o teletrabalhador ser discriminado em virtude desta sua qualidade e estatuto¹⁷⁹.

Surge, então, um novo paradigma de reflexão sobre este instituto manifestando uma necessidade imperiosa de intervenção legislativa no mesmo. O teletrabalho foi resgatado recentemente das trevas do esquecimento e encontra-se agora numa amplitude de utilização bastante frequente e agregadora.

Por via da associação do seu elemento funcional com o tecnológico, nem sempre a sua identificação em moldes subordinados poderá ser fácil. A presunção do artigo 12.º está preparada (ou pelo menos deveria estar...) para os casos de contrato de trabalho standard e não propriamente para as situações em que é introduzida a questão da tecnologia que potencia um afastamento do local físico da empresa e dos poderes de fiscalização do empregador.

Todavia, não é por se estar longe, que o poder diretivo do empregador não trespassa as barreiras físicas da empresa. Não é por se estar longe fisicamente, que não se está perto *online*. Não é por se estar longe que não estamos perante um contrato de trabalho subordinado, em especial, perante o Teletrabalho.

Acontece que, como referimos anteriormente, é o trabalhador que é titular do ónus da prova e se no exercício presencial da prestação de trabalho esta tarefa é difícil, então, quando passamos para o plano tecnológico mais difícil fica.

¹⁷⁸ Vide artigo 169.º/1 do CT.

¹⁷⁹ A título de direito comparado, já que, à semelhança do entendimento de MICKEL TARUFFO que nos diz que a análise é algo exótica, mas o conhecimento de outros ordenamentos não só é importante do ponto de vista cultural, mas também permite compreender o próprio sistema onde vivemos. Afasta o indesejável provincianismo cultural, cumpre-nos dizer que em 15 de dezembro de 2011, foi publicada no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n.º 12.551, que alterou a redação do artigo 6.º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nomeadamente, este passou a prever o seguinte:

“Artigo 6.º

Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

Logo, sendo o trabalhador a dita parte mais fraca na relação contratual e existindo estes desafios à qualificação da subordinação jurídica no teletrabalho, naturalmente, o trabalhador terá de ter ao seu dispor uma presunção legal que o ajude em termos probatórios a tutelar os seus direitos, tal e qual como acontece com a relação laboral *standard*.

Desta forma, a pergunta impõe-se: atendendo ao exposto e perante a desvitalização da presunção laboral do artigo 12.º do CT, esta deverá ser reformulada ou, ao invés, deverá ser criada uma presunção legal de Telessubordinação? É justamente o que iremos ver no ponto seguinte.

3.2.3.1.3. A “Desvitalização” da Presunção Laboral: Necessidade de uma Reformulação ou Caminho para uma Nova Presunção Legal de Telessubordinação?

Partimos do pressuposto que, inevitavelmente, a utilização massiva de uma figura contratual que se encontrava esquecida na inércia do legislador irá colocar bastantes desafios ao ordenamento jurídico-laboral.

Desafios esses que já se colocavam perante as figuras ditas normais e regulares, mas que, agora, ao alcançarem contornos distintos dos que existiam, encontram uma autêntica lacuna na legislação:

- a) Seja porque o legislador não esperava que o mundo laboral rompesse tão cedo o seu tradicionalismo e conservadorismo no que concerne ao tipo de contratos de utilizados (embora, existam a previsão (e não a regulação de outros))¹⁸⁰;
- b) Seja porque, efetivamente, sendo o direito um fenómeno social que reflete a *praxis* em que assenta, faz com que certas respostas jurídicas surjam apenas *a posteriori* e não *a priori* dos problemas;
- c) Seja porque a presunção laboral existente no nosso Código de Trabalho atual (2009) apresente raízes no método indiciário existente até 2003¹⁸¹ o que faz com que, atualmente, a tecnologia esteja muito mais presente na vida social, pessoal, laboral e empresarial do que em 2003 ou até mesmo em 2009. Por

¹⁸⁰ Veja-se o que acontece com o trabalho intermitente, previsto nos artigos 157.º e seguintes, que, contrariamente ao que acontece, por exemplo, no Brasil, onde é estudado e contratualizado, em Portugal, a sua utilização é rara, bem como a sua [inexistente] referência em termos jurisprudenciais.

¹⁸¹ *Vide* nota de rodapé n.º 147.

consequente, não estando no pensamento do legislador tais controvérsias seriam impossível para o mesmo inseri-las na presunção;

- d) Seja porque o teletrabalho apresenta índole geométrico e variável podendo a partir da conjugação dos seus 5 elementos gerar múltiplas figuras, e todas elas diferentes e, portanto, seria impossível de certa forma gerar indícios laborais para todas essas situações. No entanto, o mesmo já acontece quanto ao alcance mutável que se possa dar à subordinação jurídica no contrato *standard* e não é por isso que deixou de existir uma presunção;
- e) Seja porque a tecnologia não se afigura uma área *off* no seu desenvolvimento, encontrando-se em constante evolução e ascensão pelo que, num determinado momento temporal, será sempre impossível prever todo o tipo de desafios que possam surgir.

Mas analisemos especificamente cada alínea da presunção, para uma melhor clarificação da nossa posição da existência de uma desvitalização da mesma. Neste sentido, dispõe o artigo 12.º/1 do CT que se presume a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verifiquem algumas das seguintes características:

- a) **A atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado;**

Ora, por via do elemento geográfico da noção de teletrabalho concluímos que esta figura caracteriza-se pelo exercício da prestação laboral “fora da empresa” pelo que haverá sempre uma distância física entre o local de trabalho e a sede da empresa.

Ainda que, dentro das modalidades do teletrabalho, possa existir prestação laboral fora da empresa, mas em local da propriedade do empregador (v.g. Centros de Satélite), não se traduz esta a regra, pois, na grande maioria das situações em Portugal, quando se recorre ao teletrabalho é na modalidade de teletrabalho no domicílio do trabalhador.

Por outro lado, relativamente à parte final “por ele determinado” tendo o teletrabalho a sua base num acordo de vontades, então, tal situação não poderá ser aplicada ao abrigo do regime de utilização do mesmo.

Deste modo, à partida, este indício previsto na alínea a) apresenta grande dificuldade de se subsumir na realidade do trabalhador português e, consequentemente, de ser utilizado pelo próprio no âmbito da prova da existência de uma relação laboral.

b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade;

É claro que neste ponto, podemos mobilizar a presunção de propriedade constante no artigo 168.º/1 do CT que refere que “na falta de estipulação no contrato, presume-se que os instrumentos de trabalho respeitantes a tecnologias de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador”. Assim sendo, à partida, esta alínea estaria sempre presente em qualquer qualificação de relação subordinada de teletrabalho.

Não obstante, importa nos centrarmos na regra-geral de exercício de teletrabalho¹⁸², isto é, naquele trabalhador que vai para casa trabalhar no regime do teletrabalho ou simplesmente é contratado já nestes termos e para o efeito utiliza o seu smartphone e computador pessoal, fornecendo a empresa apenas um determinado software ou os elementos de trabalho por email e/ou estudo.

Ora, neste caso, não há dúvidas que a propriedade dos instrumentos de trabalho (computador e telemóvel) pertencem ao trabalhador e, logicamente, não poderá aqui haver lugar à aplicação da presunção referida.

Logo, embora, a presunção do artigo 168.º/1 do CT possa facilitar a verificação da alínea b) do artigo 12.º/1 do CT, naturalmente, existem situações – que representam a regra no exercício do teletrabalho – em que pela sua própria natureza não poderá ser aplicável.

c) O prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma;

O tempo assume um dos elementos mais importantes no âmbito do contrato individual de trabalho, bem como influencia e comanda a própria execução contratual. Pegando nas palavras do ilustre professor LEAL AMADO, *quando se celebra um contrato*

¹⁸² Excluimos aquelas situações em que são necessários instrumentos específicos de trabalho como, por exemplo, o caso dos Designers em que utilizam canetas específicas e impressoras 3D que são da propriedade da empresa. No entanto também, muitas vezes, devido às dimensões e custos de funcionamento de determinado instrumento, este só poderão ser operados na empresa, não sendo por isso possível a aplicação do teletrabalho. Todavia, nesta situação, centramo-nos na maioria das funções em que ocorre o teletrabalho, nomeadamente, funções administrativas e de coordenação, consultoria, apoio informático, etc.

*de trabalho, o trabalhador não vende o seu corpo ao empregador. Nem, decerto, a sua alma. Mas talvez se possa dizer que vende o seu tempo, parte do seu tempo*¹⁸³. É justamente isto que agora sucede. Ao fornecer a sua energia (isto é, a sua prestação laboral), o trabalhador inevitavelmente também dá [ou melhor, vende...] o seu tempo em contrapartida de uma prestação pecuniária.

Acontece que resulta impossível olhar para o tempo de trabalho de acordo com uma perspetiva sólida e rígida sem nos esquecermos da incerteza, maleabilidade do mercado, tendência tecnológica e da realidade económica que sustenta e influencia toda a estrutura empresarial em que o trabalhador se encontra inserido.

Assim, é preciso algo mais do Direito do Trabalho. É necessário que se este se ajuste a esta realidade, que seja adaptável à mudança de circunstâncias, mas sem ser quebrado por ela¹⁸⁴. Assume-se enquanto tarefa primordial e fundamental do legislador articular o **Tempo de Trabalho com o Tempo do Trabalho**¹⁸⁵.

Ademais, também o legislador laboral revela uma preocupação com uma limitação dos tempos de trabalho, embora, a tendência tenha sido de criar mecanismos de adaptabilidade e flexibilidade às novas exigências dos tempos modernos.

Nesta linha, ao longo da secção II do CT (artigos 197.º a 233.º), o legislador vai tratando precisamente desta temática, revelando uma vontade franca de proteger o trabalhador quanto à necessidade do seu efetivo descanso ao prever limites ao período normal de trabalho (artigo 203.º/1 do CT) e consagrar um direito de descanso do trabalhador (artigos 199.º, 213.º, 214.º e 232.º/1 do CT).

Verificamos, assim, que no caso específico deste índice de laboralidade, nem sempre pode se traduzir numa tarefa fácil encontrar-se um horário previamente definido para o teletrabalhador, pois nem sempre as figuras do “tempo de trabalho” e do “teletrabalho”

¹⁸³ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, Coimbra Editora, página 217.

¹⁸⁴ SENNET, Richard, *A corrosão do carácter*, Terramar, Lisboa, 2001, página 73.

¹⁸⁵ Perante o paradigma económico a que as empresas (e, por consequência, os empregadores) estão sujeitas, cada vez é preciso mais das empresas: mais produção, mais gestão, mais organização, mais marketing, mais tecnologia, sendo que todos estes “mais” se refletem no tempo do trabalho, ou seja, no tempo que o trabalho exige per si (efetivamente, parece que vivemos no tempo dos mais). Em contraposição, surge o tempo de trabalho que apenas tem por base a realidade individual do trabalho que apresenta (e bem!) limites legais de acordo com a legislação vigente. Assim, é necessário ajustar o tempo de trabalho (carácter individual) com o tempo do trabalho (vertente coletiva).

podem ser os melhores amigos, apesar de, por força da lei, estes devam ser “bestfriends forever” utilizando-se linguagem gíria americana para este efeito.

Em alguns casos – todavia, escassos -, não resulta propriamente do reflexo do poder diretivo do empregador querer impor uma tendencial isenção de horário não acordada e não retributiva, pois pode acontecer que o próprio trabalhador que partilha no mesmo local dois mundos (o laboral e o familiar), não consiga proceder a essa mesma articulação, o dado o seu contacto iminente, simultâneo e constante com ambos.

Por outro lado, também a mentalidade do trabalhador sempre se moldou no sentido de quanto mais trabalhar, melhor será compensado pelo seu esforço ou que quanto maior for o trabalho contínuo e diário, maior será a produtividade¹⁸⁶. Contudo, como vimos, especialmente nas profissões em que existe um maior contacto com a tecnologia no domicílio, deve ser garantida uma separação entre o tempo de descanso e o tempo de trabalho, sob pena da saúde e da própria produtividade do trabalhador sair prejudicada¹⁸⁷.

Sem fugir do objeto que nos propomos desenvolver ao longo desta reflexão, mas por estar relacionado com o tópico em apreço, importa referir que defendemos uma

¹⁸⁶ Porém, aqui, já não é o beneficiário da atividade a determinar o início e o fim da prestação, impossibilitando assim também a aplicação deste índice de laboralidade.

¹⁸⁷ Nas palavras de LEAL AMADO, o direito do trabalho deve continuar a proclamar e defender os valores e bases que sempre estiveram na sua origem, isto é, “o atual papel do Direito do Trabalho, neste novo contexto digital, deve continuar a ser aquele que, desde a sua origem, o anima: limitar o tempo de trabalho, preservar os períodos de repouso, salvaguardar a saúde do trabalhador e garantir a auto disponibilidade (*rectius*: a liberdade) deste, para que ele não se veja reduzido à unidimensional condição de força produtiva e assim despidido dos múltiplos atributos da sua humanidade” (*vide* AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional” *in* Trabalho sem fronteiras – O papel da regulação, (coord) Manuel M. ROXO, Almedina, Coimbra, junho de 2017, página 126).

verdadeira tutela do direito à desconexão e que de forma a efetivar tal direito, em contexto de teletrabalho, a solução deverá passar por uma previsão legal expressa do mesmo^{188 189 190}.

Logo, verificamos que, em contexto de teletrabalho, nem sempre o trabalhador exerce um período normal de trabalho com um início e um fim constante e previsto *a priori* contratualmente visto que este poderá apresentar bastante dificuldade em se desligar do universo laboral, seja por influência do empregador, seja por uma deficiente conjugação pessoal, familiar e laboral ou seja por uma impermeabilidade da sua mentalidade à mudança no que concerne implementação e usufruto do seu tão aclamado direito à desconexão.

¹⁸⁸ Quanto à forma e inserção de tal direito, insurge-se, de forma imperiosa, a necessidade romper com este tipo de cultura que radica na normalidade [aliás, quer-se se fazer parecer que constitui dever do trabalhador!] de trabalhar para além do seu período normal de trabalho e que só assim se tornará num bom trabalhador e será valorizado. Não! É altura de começar a batalhar e remar contra este tipo de culturas, princípios e valores que denigrem o ADN do Direito do Trabalho. Com efeito, basta observar as políticas legislativas de reação a estes problemas que tem sido adotadas por outros países sendo que nem é preciso ir muito longe, já que o nosso companheiro ibérico, Espanha, já começou a dar os primeiros passos nesta matéria, nomeadamente, já apresenta previsão legal expressa neste assunto desde 2018 e, mais recentemente, no quadro de resposta à pandemia em COVID-19 no que concerne à legislação em matéria de trabalho à distância, desde os finais de setembro 2020 (*vide* o artigo 88.º da Ley Orgánica 3/2018, de 5 de dezembro, e o artigo 18 do Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia).

¹⁸⁹ Podemos nos questionar-nos se devemos seguir o exemplo espanhol? Ora, se contrapormos o artigo 18.º do Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de setembro com o artigo 88.º da Ley Orgánica 3/2018, de 5 de dezembro, verificamos que em dois anos, não se passou muito mais para lá do óbvio. A única novidade centrou-se na inserção da modalidade de Teletrabalho no âmbito de aplicação do direito à desconexão que, lógica e juridicamente, já existia. Contudo, há algumas notas que fazem todo o sentido sublinhar na lei espanhola, nomeadamente: **(1)** previsão legal expressa; **(2)** não diferenciação e/ou discriminação em razão da natureza do vínculo laboral, isto é, tal direito aplica-se quer ao setor privado quer ao setor público; **(3)** reforço da ideia de que este direito existe para potenciar o respeito pelo tempo de descanso, férias e esfera pessoal e familiar do trabalhador permitindo uma conciliação da vida profissional e familiar; **(4)** abre portas e reforça o papel da negociação coletiva neste instituto e **(5)** implementa (ou será que sugere? não se percebe bem) alguns formalismos que tem de ser verificados a nível interno pela empresa. Contudo, qual a resposta da lei espanhola para a seguinte pergunta: Como é que se garante a aplicação e efetivação desse direito? Claramente, a resposta será esta: (...), isto é, nenhuma! Mais uma vez, apenas se encontra consagrado o direito, mas não os mecanismos para a sua aplicação e salvaguarda. Neste sentido, sim, o legislador nacional deve olhar para o legislador espanhol e seguir as suas pisadas, nomeadamente, no que toca à previsão do direito, mas deve realizar um percurso mitigado, isto é, seguir a legislação espanhola (e não só), mas, ao mesmo tempo, deve ir assimilando e se enriquecendo com os desafios e especificidades da prática empresarial e laboral, apresentando uma papel ativo e preponderante na legislação desta matéria já que, caso contrário, à semelhança da lei espanhola, tal percurso será absolutamente insuficiente para garantir a imunidade deste direito à tendencial (e cultural...) violação deste direito. Olhos bem abertos para os outros, mas não fechados para as controvérsias da atual praxis interna laboral, agravada pela crise pandémica.

¹⁹⁰ Não podemos ficar pelo óbvio. Não podemos afirmar simplesmente que trabalhador tem o direito. Naturalmente, ele sabe que o tem, já que a CRP [a dita “mãe de todos os diplomas legais”] afirma expressamente tal situação. A pergunta coloca-se no âmbito da esfera contrária, isto é, será que o empregador sabe que o trabalhador tem esse direito? Ou melhor, saber? Deve saber..., mas será que coloca tal conhecimento em prática? Somos da opinião que aqui a resposta do sistema jurídico deve passar por 4 linhas fundamentais: **(1)** Previsão legal expressa no quadro dos deveres do empregador; **(2)** Negociação Coletiva; **(3)** Estipulação de deveres internos na ótica da empresa e **(4)** Fiscalização externa e independente.

Assim sendo, apesar de, efetivamente, podermos defender uma obrigação de previsão contratual no que diz respeito ao horário de trabalho/período normal de trabalho ou, pelo menos, a proibição de recurso a regimes de flexibilidade do tempo de horário devido à elevada discricionariedade que poderá surgir em matéria de tempo de trabalho¹⁹¹ (v.g. isenção de horário na modalidade de não sujeição aos períodos normais de trabalho¹⁹²), no âmbito do Teletrabalho, consideramos que este indício, previsto na alínea c) da presunção de laboralidade não se revela eficaz ao nível da qualificação de contrato de teletrabalho em regime de subordinação¹⁹³.

d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma;

Este indício apresentado acaba por ser o que menos problema coloca no âmbito da sua identificação, embora, como bem sabemos, a existência de uma contrapartida pela prestação do trabalho possa ser um elemento comum ao contrato de trabalho e ao de prestação de serviços¹⁹⁴.

Deste modo, a presença deste elemento em termos de distinção das duas figuras contratuais pouco releva, no entanto, não deixa de ser um indício (ainda que pouco fiável) da aplicação da presunção laboral prevista no artigo 12.º do CT.

No entanto, apesar do que foi exposto, não podemos deixar de assinalar os três requisitos que se tem que verificar para que esta alínea tenha alguma aplicação pelo que deverão se encontrar na prática os seguintes requisitos cumulativos: **1)** existência de uma

¹⁹¹ Cumpre-nos ressaltar que não apresentamos discordância quanto à existência legal dos institutos de adaptabilidade e flexibilidade do tempo de trabalho, muito pelo contrário, consideramos que faz todo o sentido a sua existência de forma a reagir às novas exigências da economia e do mercado. No entanto, apenas defendemos que o teletrabalho, na modalidade de teletrabalho no domicílio, deve ficar afastada do seu âmbito de aplicação pelas razões já referidas.

¹⁹² Não concordamos, portanto, e com base no que foi exposto, com a disposição legal prevista no artigo 218.º/1/alínea c) do CT no que diz respeito à possibilidade legal de aplicação do regime de isenção de horário nas situações de teletrabalho e outros casos de exercício regular de atividade fora do estabelecimento, sem controlo imediato por superior hierárquico. Aludimos, deste modo, às consequências nefastas e desproporcionais que poderão surgir na ótica do trabalhador, nomeadamente, quanto à sua saúde e comprometimento negligente e grosseiro da sua vida familiar, muitas vezes, sem evidente necessidade justificativa e à *ratio* subjacente à previsão de limites ao período normal de trabalho (artigo 203.º do CT).

¹⁹³ Note-se que poderá fazer todo o sentido o trabalhador querer ficar sujeito ao Código de Trabalho, no âmbito do tempo de trabalho, pois faz que este apresente limites de duração para o mesmo.

¹⁹⁴ Recorde-se a este respeito a noção de contrato de prestação de serviços presente no artigo 1154.º do CC que refere que o “contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”.

quantia certa a ser paga; 2) periodicidade no pagamento e 3) necessidade de tal quantia se traduzir numa contrapartida exclusiva da prestação de trabalho.

Neste prisma, como bem sabemos, “a retribuição do trabalho assume-se como o conjunto de valores, pecuniários ou não, que a entidade patronal está obrigada a pagar, regular e periodicamente, ao trabalhador em razão da sua atividade, sendo integrada não só pela remuneração de base como ainda por outras prestações regulares e periódicas, que estas criem no trabalhador a convicção de que constituem um complemento do seu salário”¹⁹⁵.

Todavia, a retribuição também se poderá assumir como uma retribuição variável ou mista nos termos do artigo 261.º/1 do CT. Nesta situação, o trabalhador acaba por auferir uma retribuição que apresenta uma componente fixa e outra que varia não existindo, portanto, uma “quantia certa” que o trabalhador receba com uma determinada periodicidade em função do seu trabalho.

Veja-se, a título de exemplo, o caso dos trabalhadores que são responsáveis pela gestão de vendas *online* de uma determinada empresa e se encontram em teletrabalho. Nestes casos, eles acabam por receber uma retribuição mensal variável que resulta da aplicação de uma determinada componente fixa adicionada de outra que é calculada em função do número de vendas.

Ora, por conseguinte, afigura-se impossível [ou pelo menos difícil...] detetar uma retribuição que é paga com determinada periodicidade tal como a alínea d) do número 1 do artigo 12.º do CT exige apesar de a atividade profissional ser exercida em regime de subordinação.

Logo, mais uma vez, este indício, por via da necessidade de verificação do seu primeiro requisito, também não se encontra suscetível de suprir as novas exigências que o exercício da atividade em regime de teletrabalho subordinado implica.

¹⁹⁵ Vide o Acórdão do TRP de 05.03.2018 (Relator Nélson Fernandes e processo n.º 271/14.5TTMTS.P1) e o artigo 258.º/2 do CT.

e) O prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.

Este indício compreende os casos em que as relações laborais de uma empresa se encontram organizadas de acordo com uma determinada hierarquia ou com um conjunto estratificado de categorias profissionais.

Desde logo, identifica-se o facto de que este indício não se limita apenas a introduzir o elemento organizatório do exercício de uma prestação laboral, vai mais longe, isto é, não basta um sujeito pertencer à empresa, este tem de exercer funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa. Deste modo, naturalmente, enquanto que os outros indícios se poderiam aplicar à generalidade dos trabalhadores estes não.

Por sua vez, também se dirá ainda com base nas regras da experiência que, em boa verdade, não serão estes os trabalhadores afetados por uma qualificação ilícita do contrato que os liga à empresa, no entanto, admitimos que poderá acontecer.¹⁹⁶

Paralelamente, nas situações em que ocorra o exercício deste tipo de funções de índole diretivo e de chefia não nos poderemos olvidar que a evidência da presença de subordinação jurídica encontra-se mais enfraquecida e escondida ao “simples olho nu”.

Portanto, não tendo este indício abrangência à generalidade dos trabalhadores, bem como pressupõe uma maior dificuldade na visibilidade da subordinação jurídica inerente ao tipo de funções em causa, não poderemos concluir que este indício que integra a presunção laboral assuma especial relevo e importância para a qualificação de um contrato de teletrabalho subordinado.

Configura ponto assente que o que acabamos de analisar se traduz em indícios, isto é, não são elementos que exprimem a existência (ou não) absoluta da subordinação jurídica, contudo, a verificação de dois ou mais destes indícios fazem com que haja lugar à aplicação da presunção laboral do artigo 12.º do CT o que, conseqüentemente, origina a necessidade de o empregador, no âmbito da sua atividade probatória, ilidir essa mesma presunção¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Sendo que, presumindo que os trabalhadores que se encontrem em cargos de chefia/direção auferem uma retribuição maior devido ao tipo de funções que exercem, então, também será sobre estes que poderá existir um maior impacto fiscal para o Estado quanto aos impostos e contribuições não declaradas a nível laboral.

¹⁹⁷ Veja-se neste aspeto o sumário do Acórdão do TRP de 24.04.2017 (Relator Nélson Fernandes e Processo n.º 1857/15.6T8VNG.P1: I - O núcleo diferenciador entre contrato de trabalho e de prestação de serviços assenta na existência ou não de trabalho subordinado, sendo de conferir, dentro dos indícios de subordinação,

Não obstante, como vimos, no âmbito do regime de Teletrabalho estes indícios apresentam fraca probabilidade de se verificarem no caso, impedindo, portanto, a aplicação da presunção laboral referida¹⁹⁸. Tal circunstância implica que o ónus da prova não se transfira para o empregador e se mantenha intacto na esfera do trabalhador (e, no caso da ARECT, do Ministério Público) que *a priori* terão maior dificuldade em fazer qualquer tipo de prova.

Assim, à semelhança do que sucede com o contrato individual de trabalho *standard*, também no âmbito do teletrabalho este poderá ser disfarçado com outro tipo de vestes contratuais pelo que, mais uma vez, a grande marca distintiva e, conseqüentemente, qualificativa é a (in)existência de subordinação jurídica.

Desta forma, rapidamente percebemos que no âmbito da presunção laboral prevista no artigo 12.º do CT, na sua redação atual, remamos ao sopro de um discurso cada vez mais distante da realidade das relações laborais.

Se no início já existiam dúvidas acerca da sua efetividade e amplitude no leque de relação disponíveis, agora, mais do que nunca, tal presunção manifesta-se completamente desvitalizada perante os novos desafios e problemas da Era Digital. E como reagir? Será que a presunção deverá ser reformulada?

Note-se que nos últimos tempos tem existido uma maior expansão das figuras contratuais com recursos às NTIC e que, por influência da pandemia COVID-19, o regime de teletrabalho, durante determinados períodos, tornou-se regra-geral.

particular ênfase aos que respeitam ao chamado «momento organizatório» da subordinação; II - Impedindo sobre o autor que pretende ver reconhecida a existência de um contrato de trabalho, de acordo com o regime decorrente do n.º 1 do artigo 342.º do CC, o ónus de alegar e provar os factos necessários ao preenchimento dos elementos constitutivos do contrato, estabeleceu o legislador, com o objetivo de facilitar essa tarefa, uma presunção legal, vulgarmente denominada de laboralidade, prevista no artigo 12.º do CT/2003; e III - Não sendo a redação dada ao artigo 12.º do CT/2003 pela Lei n.º 9/2006 eficaz para atingir o fim pretendido – uma vez que não consagra quaisquer elementos relevantes que permitam qualificar, anda que presumidamente, a existência de um contrato de trabalho –, sendo essa a aplicável, impõe-se então ao julgador, afinal nos mesmos termos em que o fazia durante a vigência da LCT, a verificação do conjunto de indícios que tenha disponíveis no caso sobre a existência ou inexistência de subordinação jurídica, ponderando-os globalmente, tentando encontrar o seu sentido dominante, assim uma maior ou menor correspondência dessa dimensão global com o conceito-tipo de contrato de trabalho ou de contrato de prestação de serviço.

¹⁹⁸ Neste sentido, veja-se GAETA que defende que “relativamente ao teletrabalho, como em qualquer situação de trabalho no domicílio, a subordinação jurídica, mesmo que exista, encontrar-se-á, necessariamente, atenuada” (in GAETA, *Lavoro a distanza e Subordinazione*, Nápoles, 1993, páginas 109 e ss. *apud* MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 9.ª edição, IDET, Almedina, página 328).

Assim, potenciou-se uma absoluta reestruturação das organizações laborais no sentido de as empresas se afastarem do típico modelo contratual tradicional e começassem a ponderar utilizar também esta figura seja em novas contratações, seja em aditamentos contratuais às já existentes. Todavia, esta questão não poderá servir de justificação para deixarmos que os trabalhadores deixem de ter proteção e o acesso à designada presunção laboral.

Daí que consideramos que não basta alterar aquilo que já está feito, isto é, à semelhança dos novos problemas e figuras contratuais que surgem, também o direito deverá acompanhar esta evolução em duas frentes: **1)** com uma revisão legislativa na regulamentação do teletrabalho (situação que não é objeto de desenvolvimento no presente estudo) e **2)** mediante a criação de uma *presunção de Telessubordinação*.

Assim, atendendo à importância que esta presunção assume para a posição do trabalhador e dificuldade de prova acrescida em contexto de teletrabalho, o legislador nacional deveria intervir nesta matéria criando uma nova presunção para albergar estas novas situações e, conseqüentemente, inverter o ónus da prova do trabalhador¹⁹⁹.

Também, neste sentido, veja-se a posição de RUI VALENTE, ilustre advogado especialista em Direito Laboral, que nos diz que “a novidade e as particularidades da relação mantida entre os profissionais e as plataformas digitais são tais que o ‘encaixe’ nos tipos contratuais atualmente existentes será sempre difícil, ou, ao menos, muito forçado. Seria preferível estudar um novo tipo contratual para enquadrar este novo paradigma”, entre os quais, uma [nova presunção] para estas situações²⁰⁰ (embora, o referido especialista laboral defenda uma presunção de trabalhador independente e não, como defendemos, uma presunção de trabalho subordinado²⁰¹).

¹⁹⁹ Segundo o Livro Verde das Relações Laborais (2016), página 184, “de acordo com os resultados do Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade (IDES), em 2016, Portugal faz parte do grupo de países acima da média da UE e cuja pontuação cresceu a um ritmo mais rápido do que o da UE em comparação com 2015. Na integração da tecnologia digital pelas empresas, Portugal é o 9º país da Europa com maior integração de tecnologia digital pelas empresas aumentando 3 lugares de 2015 para 2016, posicionamento que mostra a relevância do desafio do trabalho na nova economia digital”. Face a este aumento, compreendemos facilmente, e mais uma vez, a necessidade de regulamentação desta matéria.

²⁰⁰ Vide <https://eco.sapo.pt/2021/01/31/governo-quer-regular-trabalho-nas-plataformas-digitais-o-que-faz-falta-na-lei/> (consultado em 31.05.2021).

²⁰¹ Note-se que o que nós pretendemos com a ARECT, e conseqüentemente com a previsão de uma presunção laboral, é *dignificar o trabalho* e, de certa forma, *minimizar a desigualdade de posições contratuais existente na relação laboral*. Deste modo, uma presunção de prestação de serviços em nada facilitaria a prova do trabalhador (e do Ministério Público). Aliás, muito pelo contrário, quem beneficiaria seria o empregador aquele

Ademais, o *Despacho n.º 8609/2020*, publicado no Diário da República n.º 175/2020, Série II de 8 de setembro de 2020, veio determinar a criação de um grupo de trabalho para a elaboração do Livro Verde do Futuro do Trabalho que considerará precisamente “o progresso tecnológico, os desenvolvimentos das tecnologias da informação e da comunicação e a expansão das plataformas digitais, a robótica e a inteligência artificial, a descarbonização e a passagem do modelo linear para a economia circular, a redução da pegada ambiental da atividade económica” que, na perspetiva do Governo português se encontram “a transformar rapidamente o trabalho tal como o conhecemos, e suscitam desafios complexos do ponto de vista das qualificações da população, da regulação das relações laborais, bem como da proteção social, com impactos transversais a diferentes gerações mas de mais longo prazo e mais duradouros nas gerações mais jovens”.

Logo, claramente, que no âmbito deste trabalho irão ser investigados os temas que aqui nos encontramos a refletir, nomeadamente, o trabalho prestado nas plataformas digitais e o teletrabalho. GUILHERME DRAY, ilustre professor de Direito do Trabalho e Coordenador do grupo de trabalho, refere que este “queremos trabalhar para a essência de trabalhos dignos, sejam eles quais forem em termos de modalidade, e trabalhos que permitam uma inclusão de quem presta a atividade no sistema previdencial da Segurança Social porque, hoje em dia, um dos principais problemas que temos é o trabalho informal, uma excessiva precariedade e pessoas que nem sequer têm um sistema previdencial associado. (...). E uma sociedade de futuro tem de ter toda a gente incluída para beneficiar das vantagens do Estado Social de direito e, conseqüentemente, ter uma vida digna e um trabalho igualmente digno²⁰²”.

Assim, percebemos que o horizonte do Estado parece estar a voar para este sentido, *quicá*, fruto do acelerador que a pandemia COVID-19 veio representar neste contexto. No entanto, quanto mais tempo passar, maior dificuldade o teletrabalhador terá ao fazer prova da sua efetiva relação telessubordinada [*rectius*: de lutar pela sua dignidade laboral e humana].

que, em termos gerais, apresenta menos dificuldade probatória. Assim, convergimos com RUI VALENTE na perspetiva da necessidade de uma nova presunção, mas somos da opinião que esta deverá incidir sobre aquilo que interessa: dignificar trabalho, acabar com a precariedade laboral, ou seja, na já referida Telessubordinação.
²⁰² Vide <https://eco.sapo.pt/entrevista/guilherme-machado-dray-coordenador-do-livro-verde-para-o-futuro-do-trabalho-nao-se-justifica-uma-legislacao-especial-para-o-teletrabalho/> (consultado em 31.05.2021).

Deste modo, propomo-nos a lançar para discussão um modelo de presunção de Telessubordinação que consideramos que poderá ser utilizada como recurso do trabalhador e do Ministério Público (no domínio da ARECT) em contexto laboral e digital.

É certo que poderá apresentar algumas fragilidades como qualquer figura nova que apareça, mas mais vale começar do que ficar parado, mais vale intervir do que ficar preso na inércia do Estado e legislação tradicional.

Destarte, salvo o devido respeito, propomos a adição ao Código do Trabalho da seguinte presunção laboral:

Artigo 166.º-A

Presunção de Telessubordinação

- 1.** Presume-se a existência de contrato de trabalho, na modalidade de Teletrabalho, quando, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem, para além das características elencadas no artigo 165.º (salvo no que respeita à subordinação jurídica²⁰³), pelo menos duas das seguintes características:
 - a)** O beneficiário da atividade é titular da propriedade dos instrumentos de trabalho, bem como assume os encargos relativos aos consumos de energia, internet e comunicações no âmbito da prestação da atividade;
 - b)** O prestador de atividade apresenta um horário de trabalho definido e determinado pelo beneficiário da atividade;
 - c)** É paga, seja por via física ou digital, pelo beneficiário da atividade ao prestador uma quantia certa e periódica enquanto contrapartida do seu trabalho;
 - d)** Existência da designada pegada digital na relação contratual enquanto reflexo da manifestação do poder diretivo do beneficiário da atividade;

²⁰³ Em caso de verificação no caso concreto de todas as características do artigo 165.º do CT, naturalmente, não existe necessidade de recorrer à presunção de Telessubordinação. Excluimos, portanto, o requisito da subordinação jurídica pois é este que não se afigura tarefa fácil de detetar e provar.

- e) O prestador encontra-se inserido na estrutura organizacional do beneficiário da atividade;
 - f) O beneficiário da atividade suporta as consequências do exercício de um trabalho imperfeito ou defeituoso.
2. Para efeitos da alínea d) do número 1, considera-se “pegada digital” a existência de um fluxo de dados entre os instrumentos de trabalho do beneficiário da atividade e do prestador da mesma enquanto critério delimitador do modo e conteúdo da atividade prestada (v.g. emails, mensagens, chamadas e entre outros).
 3. Para além das hipóteses elencadas no número 1, podem ser estabelecidas outras por via de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, desde que em sentido mais favorável ao trabalhador.
 4. Constitui contraordenação muito grave imputável ao empregador a prestação de atividade, por forma aparentemente autónoma, em condições características de contrato de trabalho, que possa causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado.
 5. Em caso de reincidência, é aplicada a sanção acessória de privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público, por período até dois anos ou de proibição de publicidade digital pelo mesmo período.
 6. Pelo pagamento da coima, são solidariamente responsáveis o empregador, as sociedades que com este se encontrem em relações de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, bem como o gerente, administrador ou diretor, nas condições a que se referem o artigo 334.º e o n.º 2 do artigo 335.º.

Obviamente que, se defendemos uma nova presunção e não uma reformulação da já existente, que esta deve estar inserida sistematicamente no CT na parte da regulamentação do Teletrabalho e, em especial, junto e associado ao artigo 166.º que tem como epígrafe “regime de contrato para prestação subordinada de teletrabalho”.

Até porque esta reúne indícios laborais que não se verificam na generalidade das relações contratuais pelo que não poderia ficar na parte inicial do Código. Deste modo, propomos o artigo 166.º-A como o artigo que deverá prever a presunção de telessubordinação.

Outrossim, de forma acentuar o princípio da primazia da realidade nestes moldes de prestação laboral, à semelhança do que ocorre no artigo 12.º, devemos atender à interpretação casuística dos índices de autonomia e subordinação presentes no caso em apreço e, sobretudo, ao modo de como as respetivas funções são executadas.

Para este efeito, deveremos analisar ao tipo de ligação [tecnológica] existente entre o teletrabalhador e o teleempregador e, por conseguinte, observar o modo e o conteúdo desse mesmo fluxo de dados/informações que são transmitidos, questionando simultaneamente se estes se subsumem ou não num reflexo do poder diretivo do teleempregador²⁰⁴ visto que “no teletrabalho, o controlo sobre a atividade do teletrabalhador manifesta-se de maneira diferente, não mais de forma direta e visível, e sim, de forma indireta, por meio de controlos informáticos e audiovisuais, que mantêm o teletrabalhador submetido à direção e organização empresariais”^{205 206}.

Cumpra-se também dizer que o teletrabalhador acaba por ter uma maior flexibilidade em termos de tempo de trabalho e até constitui pressuposto para a aplicação do regime de isenção de horário (artigo 2018.º/1/alínea c) do CT)²⁰⁷. Logo, por estes mesmos motivos, potencia grandes problemas à efetividade do direito à desconexão.

Porém, tal circunstância, a existir, não poderá ser interpretado enquanto existência de autonomia (característica da prestação de serviços) uma vez que o teletrabalhador continua a ser controlado e fiscalizado [mesmo à distância] pelo teleempregador mediante o acesso e

²⁰⁴ É certo que as novas tecnologias alteraram fortemente o exercício do poder diretivo, mas este não deixa de existir no âmbito do regime de teletrabalho acaba sim por assumir as vestes de um poder diretivo digital e tecnológica, e já não tanto o tradicional poder diretivo presencial.

Todavia, também no contrato de trabalho *standard* o trabalhador é submetido a um poder diretivo digital vejamos, por exemplo, a situações dos funcionários administrativos que recebem ordens por vai email à semelhança do que acontece também com os teletrabalhadores.

²⁰⁵ RAMOS LUJÁN, Hiruma Victoria, “La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”, *Relaciones laborales*, n.º 17, año XIX, 2003, página 43.

²⁰⁶ Neste sentido, veja-se no contexto do ordenamento jurídico brasileiro a Lei n.º 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que alterou o artigo 6.º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e prevê que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

²⁰⁷ Situação difícil, pois na prática, especialmente o trabalho no domicílio este é muito invariável. Todavia, se houver lugar a uma isenção de horário de trabalho o pagamento da quantia específica em razão da isenção também poderá ser um elemento a ter em conta na qualificação da prestação laboral. Mas que, no caso de o trabalho ser prestado exclusivamente num *software* da empresa, é registado a entrada e a saída da mesma que, num certo sentido, poderá corresponder a um horário de trabalho. No entanto, tal como iremos ver no ponto 5, defendemos uma obrigatoriedade de uma previsão expressa de um horário de trabalho em contexto de teletrabalho.

análise à sua pegada tecnológica. Aliás, a salvaguarda da privacidade do teletrabalhador é mais dificultada em regime de teletrabalho precisamente por essa circunstância.

Por outro lado, naturalmente, para ser aplicada esta [nova] presunção temos que estar perante uma prestação de trabalho realizada habitualmente à distância com recurso às NTIC pelo que antes de analisarmos a verificação das alíneas mencionadas no caso temos que, primariamente, validar a presença destes pressupostos (objetivo, temporal, geográfico e tecnológico²⁰⁸), pois, a não existirem *in casu*, deverá ser mobilizada a presunção prevista no artigo 12.º do CT e não esta.

Ora, um importante indício da existência de um contrato de trabalho traduz-se na questão da titularidade da propriedade dos instrumentos de trabalho utilizados²⁰⁹ e no pagamento das despesas resultantes do exercício da atividade (energia, internet e comunicações)^{210 211}, sendo certo que, por força do artigo 168.º/1 do CT, “presume-se que os instrumentos de trabalho respeitantes a tecnologias de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador, que deve assegurar as respetivas instalação e manutenção e o pagamento das inerentes despesas”²¹².

É certo que, como defendemos anteriormente, este indício laboral poderá não ter tanta aplicação como a que se possa pensar atendendo ao facto de, muitas vezes, os trabalhadores recorrerem aos seus instrumentos tecnológicos particulares para poderem exercer as suas funções, no entanto, não poderemos deixar de ignorar tal questão já que, a ser esse o caso, existirá uma comparticipação de custos por parte da entidade empregadora

²⁰⁸ *Vide supra* ponto 3.2.3.1.2.

²⁰⁹ Assinale-se que, muitas vezes, quando as categorias profissionais compreendem o típico e normal trabalho de escritório o trabalhador acaba por utilizar o seu próprio computador e programas pessoais para a prestação laboral, recebendo apenas instruções do empregador quando ao trabalho a fazer. No entanto, em alguns casos, é o próprio empregador a fornecer o computador, telefone e até inclusive o próprio *software* a ser utilizado. Assim, a importância deste na qualificação da relação laboral depende sempre muito das variabilidades do caso concreto.

²¹⁰ Sendo certo que se relativamente às comunicações o problema resolve-se com a entrega de um simples cartão SIM, no que concerne à eletricidade e energia elétrica as coisas já não são bem assim, pois nestes é impossível diferenciar os gastos que se deveram a utilização pessoal e familiar dos relativos à prestação laboral. Daí que seja mais correto falar-se não numa assunção dos encargos com essas despesas, mas sim numa comparticipação das mesmas (esta questão encontra-se a ser discutida atualmente na Assembleia da República).

²¹¹ Neste sentido, *vide* REDINHA, Maria Regina Gomes, “O Teletrabalho”, Revista Questões Laborais n.º 17, ano VIII – 2001, Coimbra Editora, nota 13, páginas 100 e ss. E RAY, Jean –Emmanuel, “Le droit du travail à l’épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur”, Revista Droit Social, n.º 2, février 1996, página 352.

²¹² Constitui requisito formal da celebração do contrato de teletrabalho a referência à titularidade da propriedade dos instrumentos de trabalho, bem como o responsável pela respetiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização (artigo 166.º/5/alínea e) do CT).

(sendo esta também uma característica de índole laboral já que o trabalhador não adquirindo os proveitos económicos não terá de suportar também as despesas da atividade).

Depois, entendemos também que deveria constituir obrigação legal de no âmbito do contrato de Teletrabalho existir uma determinação de um horário do trabalho previamente definido. No entanto, não existindo ainda tal obrigação, consideramos que, sempre que exista e este seja determinado pelo beneficiário da atividade, tal circunstância se traduz num indício bastante forte de laboralidade.

A retribuição constitui um dos próprios elementos da noção de contrato de trabalho (artigo 11.º do CT). Contudo, também poderá existir no âmbito de um contrato de prestação de serviços, apesar de não ser obrigatório.

Ora, a partir do momento em que o prestador recebe uma quantia certa de forma periódica (isto é, existe um certo padrão temporal previsível e constante de pagamento) enquanto contrapartida do exercício da prestação do trabalho encontramos potencialmente na génese do Direito do Trabalho, ou seja, na indispensabilidade de regulamentar a necessidade humana de ter que trabalhar para “ganhar o pão de cada dia”.

Apenas introduzimos uma pequena *nuance* relativamente à alínea d) do número 1 do artigo 12.º do CT já que, uma vez que nos encontramos no domínio das plataformas e contextos digitais, nada impede que o trabalhador receba sob a forma de, por exemplo, moeda eletrónica. Neste sentido, estando nós em ambientes digitais pretendemos também abranger formas de pagamentos digitais para que o requisito de “quantia certa” não seja aniquilado por esta razão.

A questão da “pegada digital” é muito importante porque diz respeito ao modo de como as ordens são proferidas, isto é, como não estamos em contexto de trabalho presencial não existe propriamente um acompanhamento e subordinação visível e física. Assim, devemos procurar o “rasto” do exercício do poder diretivo do empregador, pois, a existir, a distância geográfica não irá obstar ao seu exercício.

Nestes termos, existindo *emails*, mensagens e não só - desde que exista uma ordem/instrução/diretriz direta ao prestador afigurando-se este inequivocamente o seu destinatário e esta sirva de impulso para a prestação de qualquer trabalho em benefício da entidade empregadora -, então, tal pegada digital contribuirá para comprovar a existência da tão aclamada subordinação jurídica.

Nesta linha, haverá subordinação jurídica quando o trabalhador se encontrar inserido numa estrutura organizacional da empresa, ainda que num universo digital, e a sua prestação laboral dependa de emissões de ordens, diretrizes e instruções do outrem que também pertence a essa mesma estrutura empresarial (mesmo que este não se afigure teletrabalhador²¹³).

Por outro lado, também o critério da incidência do risco de imperfeição ou inutilização do trabalho executado, isto é, quanto à titularidade de responsabilidade pelas consequências dos defeitos e imperfeições do trabalho prestado. Neste sentido, se quem suporta as consequências do defeituoso trabalho prestado é o operador do sistema telemático, então, tendencialmente estaremos perante um trabalhador não dependente.

É claro que se, para além dos critérios referidos, se verificar que o tipo de conexão existente entre o computador externo e o computador central se encontra inserido no âmbito de uma certa hierarquia, o prestador em causa exercer funções de chefia e/ou direção de determinado grupo de trabalhadores, existir a prestação do trabalho em local da propriedade da entidade empregadora²¹⁴ e a necessidade de deslocação presencial à empresa para receber informações, diretrizes ou até elementos de trabalho, então, estes fatores deverão ser tidos em conta no momento de qualificar a relação contratual. Contudo, sublinha-se, que, em nossa opinião, estes fatores não se traduzem em consequências diretas do exercício da prestação laboral na modalidade de Teletrabalho.

Somos da opinião também, e daí termos indicado o conteúdo vertido no número 3, que a regulamentação coletiva deverá ter aqui também uma palavra a dizer devido à proximidade e conhecimento funcional que tem especificamente com determinadas categorias profissionais que, logicamente, não deveriam ser previstas expressamente numa presunção que se quer que abranja o maior número de situações. Neste sentido, poderão ser adotados outros índices laborais por IRCT's que se traduzam mais concretos para os moldes de exercício de uma determinada atividade.

Poderíamos dizer que tal previsão configuraria estabelecer uma grande margem de liberdade aos trabalhadores, por via da representação das associações sindicais, e que esta

²¹³ Logicamente, poderá existir subordinação jurídica entre sujeitos titulares de modalidades contratuais laborais distintas.

²¹⁴ Aqui incluem-se as várias modalidades de teletrabalho, à exceção do teletrabalho no domicílio.

poderá ter uma implicação bastante forte no que concerne à regulamentação jurídica aplicável a um determinado contrato.

Todavia, realce-se que tal questão, a existir, passará sempre pelo filtro da ACT, do Ministério Público e, posteriormente, será sempre interpretada pelo Tribunal e sujeito ao contraditório do empregador.

Finalmente, indicámos também, no caso de incumprimento, a possibilidade de imputação de responsabilidade contraordenacional e solidária do empregador nestas situações²¹⁵. Comparativamente à presunção do artigo 12.º do CT, apenas referimos a possibilidade de, perante uma reincidência (ou seja, existe maior culpa), de aplicação de proibição de publicidade digital pelo período de 2 anos. Faz todo o sentido tal sanção, visto que nos encontramos no contexto digital onde este tipo de sanções poderá ter um impacto maior, a nível preventivo, em certas empresas onde a sua atividade é maioritariamente digital.

Por sua vez, importa mencionar que, finda a produção de prova, cada mandatário poderá fazer uma breve alegação oral (artigo 186.º-O/6 do CPT).

Para concluir, consideramos que a prova neste tipo de contratos não é fácil, mas certamente aqui fica um pequeno contributo para o estudo e ponderação destas matérias e, sobretudo, um estímulo para o legislador olhar para esta questão com olhos atuais e realísticos das relações laborais na Era Digital ou, por outras palavras, das relações do século XXI [e seguintes...].

3.2.3.2. A Desistência e a Transação na Ótica do “Trabalhador”

Como vimos, a ARECT pode ter início sem ter existido impulso processual do prestador de atividade nesse sentido pelo que, em muitos casos, poderemos ter processo judicial no tribunal sem que para isso haja propriamente um “litígio” entre as partes.

Portanto, ao não haver atividade litigiosa entre as partes e tendo nós anteriormente qualificado o prestador como parte na ação, faz todo o sentido questionarmo-nos se pode ocorrer desistência do pedido por parte deste ou se, por outro lado, pode chegar acordo com o beneficiário da atividade no sentido de qualificar judicialmente o vínculo contratual que

²¹⁵ O que, naturalmente, funciona de certa forma como uma penalização “mais forte” para a empresa visto que responsabiliza solidariamente o empregador pessoalmente.

os une como prestação de serviços, mesmo que o Ministério Público não tenha consentido o mesmo.

É certo que a Audiência de Partes foi eliminada pela Lei n.º 55/2017, não obstante, tal questão não resolve o problema, pois no âmbito do CPC, aplicado subsidiariamente ao CPT, continuam a existir os dois institutos que mencionámos^{216 217}.

A resposta não é unânime na jurisprudência, sendo esta dividida entre dois tipos de acórdãos:

- a) Aqueles que dão prevalência ao interesse privado do prestador de atividade e, assim sendo, encontrando-nos nós no contexto da relação controvertida de que este é parte contratual, consideram que faz todo o sentido o prestador dispor do direito de desistir do pedido ou ter a possibilidade de elaborar uma transação com a empresa – Vejam-se, neste sentido, os Acórdãos do TRL de 24.09.2014 (processo n.º 4628/13.0TTLSB.L1-4 e relator Sérgio Almeida), de 24.09.2014 (processo n.º 1050/14.5TTLSB.L1-4 e relator Maria João Romba), de 02.12.2015 (processo n.º 1329/14.6TTLSB.L2 e relator Paula Sá Fernandes) e de 20.04.2016 (processo n.º 2203/14.1TTLSB.L1-4 e relator Seara Paixão); **ou**
- b) Aqueles que dão prevalência às normas de interesse e ordem pública e que, por conseguinte, não admitem que o objeto do processo se encontre na disponibilidade do prestador de atividade e, assim sendo, excluem a possibilidade de desistência ou de transação na esfera do próprio – Vejam-se, nesta linha, os Acórdãos do TRP de 17.12.2014 (processo n.º 309/14.6TTGDM.P1 e relator António José Ramos), de 13.04.2015 (processo n.º 175/14.1T8PNF.P1 e relator Paula Leal de Carvalho), de 01.02.2016 (processo n.º 1673/14.2T8MTS.P1 e relator Jerónimo Freitas) e os Acórdãos

²¹⁶ A previsão da mesma no artigo 186.º-O do CPT constituía um importante passo na defesa da possibilidade de transação e desistência na esfera do trabalhador visto que a própria lei acabava por estabelecer uma disponibilidade da qualificação jurídica do contrato antes de a audiência começar (*vide* o Acórdão TRL de 02.12.2015 – processo n.º 1329/14.6TTLSB.L2 e relator Paula Sá Fernandes). No entanto, apesar da sua eliminação legal, os restantes argumentos – mais fortes – não deixaram de se continuar a verificar.

²¹⁷ Contrariamente, no ordenamento jurídico alemão, existe uma tentativa de conciliação obrigatória, perante o juiz do processo e antes de iniciar propriamente a análise e conhecimento do mérito. Assim, neste sistema as partes podem inclusive apresentar articulados de forma a preparar a ocorrência da dita conciliação, caso não seja abem sucedida, passa-se à apreciação do mérito (*Verhandlung*).

do TRC de 13.11.2014 (processo n.º 327/14.4TTLRA.C1 e relator Ramalho Pinto) e de 07.05.2015 (Processo n.º 859/14.4T8CTB.C1 e relator Ramalho Pinto).

De forma a ficar mais claro, vejamos um exemplo prático:

Perante uma fiscalização aleatória da ACT esta verifica que, numa determinada relação contratual, se verificam certos indícios de laboralidade. Neste sentido, é notificada a entidade beneficiária da atividade para se pronunciar, mas, mesmo assim, a ACT decide remeter o auto para o Ministério Público e, este, consequentemente, intenta a ação judicial.

Ora, considerando que foram precisamente as partes, sem qualquer tipo de intenção, a querer contrair um contrato de prestação de serviços e não de contrato de trabalho, pode acontecer que o prestador de trabalho e o beneficiário da atividade queiram chegar a acordo no sentido de qualificar aquela relação exatamente como a tinham qualificado antes, isto é, de acordo com a sua vontade livre de qualquer tipo de influências e/ou coações.

Não existe nenhum litígio entre elas – efetivamente, ambas estão satisfeitas com o tipo de estatuto e posição contratual que apresentam –, apenas foram surpreendidas com uma fiscalização aleatória e que, mesmo após as suas inquirições e declarações de vontade, a entidade administrativa decidiu prosseguir com o processo em diante.

Por conseguinte, de forma a colocar termo ao mesmo, as partes decidem sujeitar o acordo que fizeram [isto é, a sua vontade contratual inicial que se mantém atual] à homologação do juiz. No entanto, o Ministério Público opõe-se porque considera que face à existência dos indícios de laboralidade verificados e, portanto, que a relação contratual em causa terá de ser inequivocamente um contrato de trabalho.

Posto isto, se seguirmos uma determinada orientação jurisprudencial dando relevo ao interesse particular do prestador, então, logicamente este poderá tentar chegar acordo com a entidade beneficiária da sua atividade, ao invés, se nos voltarmos a centrar nos interesses predominantemente públicos que suscitaram a existência da ARECT, só poderemos excluir tal possibilidade de o trabalhador poder dispor, ou melhor, tentar chegar, por acordo, a um fim do processo, extinguindo a instância (artigo 277.º alínea d) do CPC).

Mas qual será o objeto de uma eventual transação no domínio da ARECT? Consideramos que este passará pela qualificação jurídica do contrato e, a concluir-se pela

existência de contrato de trabalho, inequivocamente, pela fixação de uma data de início (já que esta não revela importância apenas para fins contributivos, mas também para razões de foro laboral).

E, por outro lado, ao se atestar a qualificação de determinado vínculo, paralelamente, afere-se o momento temporal em que a mesma existe.

Nesta medida, o artigo 283.º do CPC estabelece que o autor pode, em qualquer altura, desistir de todo o pedido ou de parte dele, como o réu pode confessar todo ou parte do pedido e, por outro lado, é lícito também às partes, em qualquer estado da instância, transigir sobre o objeto da causa.

Não obstante, não é permitida a confissão, a desistência ou a transação que importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis (artigo 289.º/1 do CPC). Ou seja, teremos de tentar perceber se a qualificação do vínculo contratual no âmbito da ARECT se traduz ou não num direito indisponível na esfera do prestador, sendo que em sempre é fácil determinar se certa relação jurídica é disponível ou não é ²¹⁸, mormente, em caso de resposta afirmativa, então o prestador não poderá desistir ou transigir sobre o mesmo e, no caso de resposta negativa, este poderá livremente fazê-lo.

CASTRO MENDES defendia que “em regra, a vontade das partes é determinante no sentido da constituição e da extinção das relações jurídicas. A aquisição e perda dos direitos depende, em regra, da vontade dos adquirentes e perdentes, por si ou conjugadas com outras vontades. Há, porém, relações jurídicas cuja constituição ou extinção (direitos e deveres cuja aquisição ou perda, absoluta ou relativa) está subtraída à vontade das partes. Estas são as relações jurídicas indisponíveis. Simplesmente, vulgar é que, quando a certa relação ou direito, certas vicissitudes estejam vedadas à vontade das partes, outras não. Então estamos perante relações jurídicas relativamente indisponíveis”²¹⁹.

Por seu turno, um direito indisponível é aquele que a possibilidade de dispor sobre o mesmo se encontra excluída por força da lei ou pela natureza do próprio direito, daí que, por exemplo, um sujeito não possa dispor livremente sobre direitos absolutos e fundamentais.

²¹⁸ MENDES, João Castro, *Direito Processual Civil*, Lições, Volume I, 1986-1987, AAFDL e página 210.

²¹⁹ MENDES, João Castro, *Direito Processual Civil*, Lições, Volume I, 1986-1987, AAFDL e página 210.

É importante e, mais uma vez, reiterarmos a ideia que, aliás, nos ajudou a fundamentar a caracterização do “trabalhador” como parte na ARECT, nomeadamente, que está em causa uma relação contratual que as partes celebraram ao abrigo da sua liberdade contratual.

Outrossim, independentemente, da conclusão a que se chegue, estaremos sempre perante por contratos de direito privado, não podendo negar-se a liberdade contratual (lícita...) de dispor sobre o mesmo aos seus outorgantes (veja-se, neste sentido, os Acórdãos do TRL de 20.04.2016 (processo n.º 2203/14.1TTLSB.L1-4 e relator Seara Paixão) e de 02.12.2015 (processo n.º 1329/14.6TTLSB.L2 e relator Paula Sá Fernandes)).

E, nesta ótica, “apesar de a lei determinar que o Ministério Público intente tal ação, quando lhe forem participados os factos pertinentes para o efeito, sendo, como é, indiscutivelmente, o contrato de trabalho um contrato de direito privado, cremos não poder negar-se aos outorgantes do contrato cuja qualificação jurídica é suscitada em tribunal pelo M.P., o direito de ver, ou não, essa questão jurisdicionalmente decidida”²²⁰.

Consequentemente, o artigo 405.º do Código Civil consagra o princípio da liberdade contratual referindo que “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos no código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”.

Nesta vertente, “pelo próprio texto do artigo se verifica que o princípio da liberdade contratual se desdobra em vários aspetos a saber: **a)** a possibilidade de as partes contratarem ou não contratarem, como melhor lhes aprouver; **b)** a faculdade de, contratando, escolher, cada uma delas, livremente, o outro contraente; **c)** a possibilidade de, na regulamentação convencional dos seus interesses, se afastarem dos contratos típicos ou paradigmáticos disciplinados na lei (celebrando contratos atípicos) ou de incluírem em qualquer destes contratos paradigmáticos cláusulas divergentes da regulamentação supletiva contida no Código Civil”²²¹.

Assim sendo, desde que a vontade do trabalhado se afigure livre, expressa, esclarecida e isenta de vícios de vontade, então, esta deverá ser considerada e respeitada pelo

²²⁰ Acórdão do TRL de 24.09.2014 (processo n.º 1050/14.5TTLSB.L1-4 e relator Maria João Romba).

²²¹ Vide “anotação ao artigo 405.º do CC” in LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, volume I, Almedina, página 355.

Ministério Público e pelo próprio tribunal²²² pois, em bom rigor, a salvaguarda do interesse público será sempre alcançado pelo eventual procedimento contraordenacional que lhe está subjacente²²³.

Por outro lado, nas demais ações que se discuta a dependência ou não do prestador, é perfeitamente legítimo e lícito que este chegue a acordo com a empresa sobre determinada questão em específico.

Em jeito de síntese, “ainda que o M.P. invocasse como fundamento de oposição a defesa do interesse público no combate à precariedade laboral, *maxime* ao fenómeno dos falsos contratos de prestação de serviços, não encontramos na lei razões que imponham que o interesse público, que como atrás referimos, assume no caso relevância secundária face ao interesse do “trabalhador” (...) deva sobrepor-se à manifestação de vontade livremente manifestada por esta, primeira titular do interesse direto na propositura da ação” (*vide* Acórdão do TRL de 24.09.2014 (processo n.º 1050/14.5TTLSB.L1-4 e relator Maria João Romba)).

Note-se que defendemos a possibilidade de transação quer quanto à qualificação do vínculo contratual como contrato de prestação de serviços, quer como contrato de trabalho, sendo que, naturalmente, existirá maior facilidade de ocorrer oposição do Ministério Público quanto a uma qualificação nos moldes do primeiro contrato.

É claro que, regra-geral, o prestador quererá sempre assumir as vestes de “trabalhador” acabando por só aceitar um acordo que expresse precisamente esta conversão contratual. No entanto, teremos de prever legalmente também as exceções a estas não poderão ser silenciadas pela regra-geral.

É isto que propugnamos: uma auscultação da vontade real, efetiva e livre do prestador/trabalhador e, se esta coincidir com a do beneficiário da atividade/empregador, então, teremos fundamento para a existência de uma transação.

²²² É justamente por esta razão que somos da opinião que o Tribunal não poderá homologar a transação de forma geral e abstrata, isto é, defendemos que este deverá tentar primeiro apurar a forma e as condições em que a vontade do prestador/trabalhador foi expressa e só perante a ausência de vícios na sua formação e exteriorização, é que deverá proferir a homologação da transação.

²²³ Em boa verdade, “o interesse público do combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços fica sempre protegido na contraordenação que lhe está subjacente, mas não o ficará, seguramente, contra a vontade livre e esclarecida do Trabalhador, numa ação em que estão em causa direitos disponíveis deste” (*vide* o Acórdão do TRL de 02.12.2015 (processo n.º 1329/14.6TTLSB.L2 e relator Paula Sá Fernandes)).

Deste modo, considerando que o prestador/trabalhador é parte no processo e principal interessado (e afetado!) na procedência ou improcedência da ação, a natureza privada dos contratos e tratando-se de um direito disponível, então, faz todo o sentido que possa transigir no âmbito da ARECT. Até porque, se com a ARECT num certo sentido se pretende combater a precariedade laboral, a partir do momento em que o prestador aceita consciente e livremente a sua posição jurídico-contratual, então, deixa de se verificar a *ratio* inerente e principal à própria ação.

E o Ministério Público? A ação pode continuar a correr no que diz respeito às contribuições para a Segurança Social e já não quanto à qualificação do vínculo? Parece-nos que não por duas ordens de razão:

- a) *Por um lado*, está em questão a competência territorial dos tribunais administrativos pelo que o juízo de trabalho atual em que se encontra a correr termos o processo afigurar-se-ia incompetente em razão da matéria; e
- b) *Por outro lado*, recordemo-nos que caracterizámos a ARECT como uma ação declarativa de simples apreciação, isto é, que visa apenas apreciar e reconhecer o tipo de vínculo em questão e não efetuar qualquer tipo de condenação.

Logo, por tudo o que foi dito, somos da opinião que, caso ocorra a desistência do pedido por parte do prestador que, por sua vez, extingue o direito que se pretendia fazer valer (artigo 285.º/1 do CPC) ou estejamos perante uma transação homologada, a instância extingue-se, terminando o processo judicial precisamente aqui (artigo 277.º/alínea d) do CPC).

3.2.4. A Sentença

Nos termos dos números 1 e 2 do artigo 152.º do CPC, os juízes têm o dever de administrar a justiça, proferindo despacho ou sentença sobre as matérias pendentes e cumprindo, nos termos da lei, as decisões dos tribunais superiores sendo que se diz “sentença” o ato pelo qual o juiz decide a causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa.

Logo, a ARECT, naturalmente, também terá de culminar numa sentença do juiz onde este irá decidir pela procedência ou improcedência da ação, isto é, irá reconhecer ou

não a existência de contrato de trabalho (salvo de tiver existido algum dos incidentes mencionados no ponto anterior).

Desta forma, após a produção de prova e eventuais alegações orais dos mandatários das partes, o juiz irá decidir sobre a causa. Neste sentido, a sentença será sucintamente fundamentada, gravada e transcrita para ata em harmonia com o disposto no artigo 155.º do CPC (artigo 186.º-O/7 do CPT).

Ora, não se percebe a razão e/ou motivação do legislador ao ter utilizado o conceito de “sucintamente” para limitar o dever de fundamentação da sentença e menos se percebe a amplitude que esse conceito poderá tomar uma vez que as decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo devem ser sempre fundamentadas e este dever não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, salvo quando, tratando-se de despacho interlocutório, a contraparte não tenha apresentado oposição ao pedido e o caso seja de manifesta simplicidade (artigo 154.º do CPC)²²⁴.

Uma sentença nunca poderá ser, de qualquer modo, sucinta, sob pena de violar o cumprimento efetivo do princípio do contraditório em sede de recurso, não permitir um controlo imparcial sobre as decisões dos juízes e, mais do que tudo, não possibilitar uma *justa composição do litígio*²²⁵.

Sublinhe-se que “tal dever constitucional e legal tem por objetivo a explicitação por parte do julgador acerca dos motivos pelos quais decidiu em determinado sentido, dirimindo determinado litígio que lhe foi colocado, de forma que os destinatários possam entender as razões da decisão proferida e, caso o entendam, sindicá-la e reagir contra a mesma”²²⁶.

²²⁴ Acrescenta LEBRE FREITAS que “a fundamentação das decisões não pode ser meramente formal ou passiva, consistente na mera declaração de adesão às razões invocadas por uma das partes, o preceito legal exige antes, uma fundamentação material ou ativa, consistente na invocação própria de fundamentos que, ainda que coincidentes com os invocados pela parte, sejam expostos num discurso próprio, capaz de demonstrar que ocorreu uma verdadeira reflexão autónoma” (vide FREITAS, José Lebre, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, Coimbra Editora, 9.ª edição, Páginas 302 e 303).

²²⁵ Isto porque a justa composição do litígio consegue-se através dos seguintes passos:

- 1) Respeito pelas garantias processuais das partes;
- 2) Descoberta da verdade; e
- 3) Correta aplicação dos direitos aos factos apurados em juízo (vide TARUFFO, Michelle, *La semplice Verita*, Editone Laterza, 2009, página 117 e seguintes).

²²⁶ Vide acórdão do TRL de 26.10.2017 (processo n.º 2585/16.0T8LSB-B.L1 e relator Margarida Fernandes).

Mais, “há que ter em conta que os destinatários da sentença que aliás, não são só as partes, mas a própria sociedade. Para que umas e outra entendam as decisões judiciais e as não sintam como um ato autoritário, importa que as sentenças e decisões se articulem de forma lógica. Uma decisão vale, sob ponto de vista doutrinal, o que valerem os seus fundamentos. E, embora a força obrigatória da sentença ou despacho esteja na decisão, sempre a força se deve apoiar na justiça. Ora os fundamentos destinam-se precisamente a formar a convicção de que a decisão é conforme à justiça. O princípio da motivação das decisões judiciais constitui uma das garantias fundamentais do cidadão no Estado de Direito²²⁷”.

Daí que mobilizar-se o conceito de “sucintamente” enquanto limite ao dever legal de fundamentação das sentenças só se poderá traduzir numa norma ferida de inconstitucionalidade e, no caso de diferente interpretação, o que apenas se poderá aceitar por mera cautela de raciocínio, então, claramente, esta norma se encontrará no limiar dessa mesma inconstitucionalidade por via da aplicação do artigo 205.º/1 da CRP.

Por conseguinte, se o juiz julgar a ação procedente, fixa a data de início da relação laboral (artigo 186.º-O/7 do CPT) – que poderá ir para além do pedido (artigo 74.º do CPT²²⁸) – e esta decisão é comunicada oficiosamente pelo tribunal ao prestador/trabalhador, à ACT e ao Instituto de Segurança Social, I. P., com vista à regularização das contribuições desde a data de início da relação laboral fixada em sentença (artigo 186.º-O/9 do CPT).

Por outro lado, o juiz também fixa o valor da causa tendo em conta a utilidade económica do pedido²²⁹ aplicando-se, por conseguinte, o disposto na alínea e) do n.º 1 do

²²⁷ VAZ, Pessoa, *Direito Processual Civil - Do antigo ao novo Código*, Coimbra, 1998, página 211.

²²⁸ Vide o artigo 74.º do CPT que prevê o princípio da Condenação *extra vel ultra petitem*, nomeadamente, que o juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objeto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 412.º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

²²⁹ “O valor da ação é o da utilidade económica do pedido, a determinar tendo em conta, em conjunto, o pedido e a causa de pedir. O valor da ação, determinados os fatos relevantes, poderá ser fixado equitativamente, se as partes não requereram, oportunamente, diligências de prova para tal” [...] “Assim exatamente, pois que a utilidade económica imediata do pedido, expressa em dinheiro, constitui o critério geral para a determinação do valor da causa. Quando o pedido tenha por objeto uma quantia pecuniária líquida (“quantia certa em dinheiro”), a determinação está *in re ipsa*, constituindo essa quantia a utilidade tida em vista pelo autor ou reconvinente, independentemente de ser pedida a condenação no seu pagamento, a simples apreciação da existência do direito a essa quantia ou a sua realização em ação executiva; nos outros casos, há que encontrar o equivalente pecuniário correspondente à utilidade (“benefício”) visada. As disposições sobre o valor da causa que consagram critérios especiais representam a concretização e a adaptação deste critério geral, em função da modalidade do pedido formulado. Há, porém, que ter em conta que o pedido se funda sempre na causa de pedir que o explica e delimita. Dela não abstrai o critério da utilidade económica imediata do pedido, pelo que este

artigo 12.º do Regulamento de Custas Processuais, previsto no Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, na sua redação atual.

Assinale-se que, neste prisma, o prestador/trabalhador só pode ser responsabilizado pelo pagamento de qualquer quantia, a título de custas se, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 186.º-L, tiver apresentado articulado próprio e se houver decaimento (artigo 186.º-Q/4 do CPT).

Como referimos nos primeiros pontos do presente estudo, entendemos que a ação que tem como finalidade o pagamento das contribuições sociais é diferente da ARECT e correrá nos tribunais de jurisdição administrativa pelo que esta se afasta do objeto da dissertação que nos propomos desenvolver. Todavia, apenas dizer que o artigo 187.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social²³⁰ não foi alterado em função da ARECT e, deste modo, prevê, nos seus números 1 e 2, o seguinte:

1 - A obrigação do pagamento das contribuições e das quotizações, respetivos juros de mora e outros valores devidos à segurança social, no âmbito da relação jurídico-contributiva, prescreve no prazo de cinco anos a contar da data em que aquela obrigação deveria ter sido cumprida.

2 - O prazo de prescrição interrompe-se pela ocorrência de qualquer diligência administrativa realizada, da qual tenha sido dado conhecimento ao responsável pelo pagamento, conducente à liquidação ou à cobrança da dívida e pela apresentação de requerimento de procedimento extrajudicial de conciliação.

Ou seja, quer isto dizer, que, apesar da data que ficar estabelecida em sentença, a produção de efeitos em sede de responsabilidade contributiva ficará sempre limitada aos últimos 5 anos atendendo ao prazo prescricional previsto legalmente para o efeito.

Contudo, saliente-se, que apesar desta limitação temporal no que compreende à responsabilidade contributiva, a fixação da data de início da relação laboral é bastante importante para o início da contagem do prazo de prescrição dos créditos laborais (artigos 186.º-R do CPT e 337.º/ do CT) e inerente contabilização desses mesmos créditos, para a contagem da antiguidade do trabalhador e fixação do termo inicial da contagem do prazo de

não é considerado abstratamente, mas sim em confronto com a causa de pedir, para o apuramento do valor da causa” – vide o Acórdão do TRG de 01.02.2006 (Processo 2513/05-1 e Relator Carvalho Martins).

²³⁰ Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro, na sua redação atual.

caducidade da ação especial de impugnação judicial da regularidade e ilicitude do despedimento (artigos 186.º-R do CPT e 387.º/2 do CT).

Questão diferente e ainda relativamente à sentença, é a dos seus efeitos no que toca ao elemento subjetivo destinatário da força de caso julgado.

Ora, o artigo 580.º/1/2 do CPC estabelece que as exceções da litispendência e do caso julgado pressupõem a repetição de uma causa; se a causa se repete estando a anterior ainda em curso, há lugar à litispendência; se a repetição se verifica depois de a primeira causa ter sido decidida por sentença que já não admite recurso ordinário, há lugar à exceção do caso julgado. Tanto a exceção da litispendência como a do caso julgado têm por fim evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior.

Nesta linha, para existir caso julgado tem de existir uma ação idêntica quanto²³¹:

- a) *Aos sujeitos* – as partes são as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica;
- b) *Ao pedido* – quando se pretende obter o mesmo efeito jurídico;
- c) *À causa de pedir* – quando a pretensão deduzida nas duas ações procede do mesmo facto jurídico. Nas ações reais a causa de pedir é o facto jurídico de que deriva o direito real; nas ações constitutivas e de anulação é o facto concreto ou a nulidade específica que se invoca para obter o efeito pretendido.

Obviamente, que, numa segunda ação que vise reconhecer o mesmo contrato de trabalho, tendencialmente poderá haver dúvidas quanto ao alcance do caso julgado no que diz respeito à identidade dos sujeitos. Isto porque:

Como bem sabemos a ARECT pode correr termos sem a intervenção do prestador e, neste sentido, este não será constituído parte nesse processo - não se encontrando preenchido o critério da identidade de sujeitos - e, portanto, nada impede que este venha a intentar nova ação contra a empresa (ou seja, de acordo com esta opinião restritiva, a força de caso julgado não abrangeria o prestador/trabalhador que não interviesse na ação e, sendo

²³¹ Vide o artigo 581.º do CPC.

assim, este mesmo sujeito poderia querer discutir novamente a qualificação do contrato judicialmente) .

Porém, na nossa modéstia opinião, discordamos dessa posição uma vez que o prestador tem sempre conhecimento de que a ação se encontra a ser discutida em tribunal, pois:

- a) É alvo de inquirição na fase administrativa e poderá acompanhar todo o seu desenvolvimento dependendo da sua categoria profissional e relação com as chefias;
- e**
- b) Recebe um duplicado da Petição Inicial proposta pelo Ministério público e é advertido que, se assim o entender, poderá se pronunciar na ação (artigo 186.º-L/4 do CPT). Ou seja, é sempre concedido ao prestador o conhecimento da ação e a possibilidade de intervir na mesma.

Portanto, pelos motivos *supra* descritos, consideramos que a sentença da ARECT produz caso julgado quanto ao Ministério Público, ao empregador, ao prestador que intervém na ação e, *last but not least*, relativamente ao prestador que não intervém, mas que tem conhecimento da existência da mesma.

Todavia, antes de passarmos para a fase de recurso, cumpre-nos chamar atenção para o disposto no artigo 186.º-S/1 do CPT, nomeadamente, que “sempre que o trabalhador tenha sido despedido entre a data de notificação do empregador do auto de inspeção a que se refere o n.º 1 do artigo 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, que presume a existência de contrato de trabalho e o trânsito em julgado da decisão judicial da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, o Ministério Público intenta procedimento cautelar de suspensão de despedimento, nos termos da alínea c) do artigo 5.º-A do CPT²³².

Nesta medida, o Ministério Público, caso tenha conhecimento, por qualquer meio, da existência do dito “despedimento” na situação a que se refere o n.º 1 do artigo 15.º-A da

²³² Ora, mais uma vez, o legislador não apresenta qualquer cuidado com a terminologia jurídica utilizada, nomeadamente, pelo facto de que só quando a sentença transita em julgado é surge verdadeiramente o estatuto jurídico e contratual de trabalhador e o seu contrato de trabalho. Neste sentido, até ao referido “trânsito em julgado da decisão judicial da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho” ainda nos encontramos apenas perante um prestador de serviços pelo que se afigura impossível este ser “despedido”. Ao invés, poderá sim cessar o seu contrato pelas formas legalmente previstas onde, naturalmente, não se enquadra o despedimento (instituto jurídico de foro laboral).

Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, interpõe oficiosamente²³³ o procedimento cautelar (artigo 186.º-S/2 do CPT)^{234 235}.

Assim sendo, perante uma cessação do contrato do prestador de atividade, surge aqui um dever acrescido para o Ministério Público consoante o momento temporal em que nos encontremos:

- **Cessaçã o de contrato ocorre antes da receçã o da participaçã o da ACT** – Ministério Público requer à ACT, até 2 dias após o conhecimento da cessação, para lhe remeter a referida participaçã o com todos os elementos de prova recolhidos até ao momento (186.º-S/4 do CPT) + interposiçã o oficiosa do procedimento cautelar (artigo 186.º-S/2 do CPT);
- **Cessaçã o do contrato entre a receçã o da participaçã o da ACT e o trâ nsito em julgado da decisã o judicial** - interposiçã o oficiosa do procedimento cautelar (artigo 186.º-S/2 do CPT).

Logo, como facilmente podemos perceber, a suspensã o da cessação do contrato poderá acontecer mesmo que o prestador de serviç os não queira e não intervenha na açã o. Nestes moldes, em bom rigor, podemos concluir que o Ministério Público, com base na lei, poderá obrigar o prestador a trabalhar, mesmo que não seja essa a sua vontade.

Ora, claramente, que só nos poderemos opor frontalmente a tal interpretaçã o. Na nossa opiniã o, este dever legal oficioso do Ministério Público terá de ter na sua base dois requisitos fundamentais:

- a) A verificaçã o de indí cios laborais no âmbito da atividade prestada pelo “candidato a trabalhador” (só assim estaremos perante o auto de participaçã o previsto no artigo 15.º-A/1 do RGCOL – condiçã o necessária para aplicaçã o do artigo 186.º-S/1/2 do CPT); e

²³³ O caráter oficioso subjacente a esta obrigaçã o legal de interposiçã o do procedimento cautelar reforça a ideia que referimos relativamente à presença de interesses públicos na *ratio* da ARECT.

²³⁴ Refere o número 3 do mesmo preceito legal que este dever legal de interposiçã o do procedimento cautelar aplica-se sempre que a pessoa ou pessoas a quem a atividade é prestada aleguem que o contrato que titula a referida atividade cessou, a qualquer título, durante o período referido no artigo 186.º-S/1 também do CPT.

²³⁵ Caso o despedimento ocorra antes da receçã o da participaçã o dos factos prevista no n.º 3 do artigo 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, o Ministério Público, até dois dias após o conhecimento da existê ncia do “despedimento”, requer à ACT para, no prazo de cinco dias, remeter a referida participaçã o, acompanhada de todos os elementos de prova recolhidos (artigo 186.º-S/4 do CPT).

- b) Manifestação positiva do prestador no sentido de querer/concordar com a interposição do procedimento cautelar (com base em fundamento constitucional²³⁶ e europeu^{237 238}).

Portanto, consideramos que esta regra da oficiosidade mencionada anteriormente encontra-se sujeita a uma *dupla limitação* e só obedecendo a estes limites é que o Ministério Público poderá prosseguir com o referido procedimento cautelar.

Os interesses públicos presentes na ARECT, efetivamente, não podem servir de desculpa para tudo. A CRP exige isto! A Lei nacional e supranacional exige isto! E, diga-se, a dignidade da pessoa humana também!

3.2.5. O Recurso

Quanto ao recurso, pretendemos deixar algumas breves notas.

Por força do artigo 186.º-P do CPT, da decisão proferida é sempre admissível recurso de apelação para a Relação²³⁹, com efeito meramente devolutivo, ou seja, isto significa que a referida decisão se afigura perfeitamente exequível durante a pendência do recurso.

Não obstante, não concordamos com o efeito atribuído pela Lei ao recurso devido ao facto de considerarmos que este deveria ser suspensivo atendendo aos efeitos e transtornos que poderá originar uma não confirmação da decisão de 1.ª instância em sede de recurso²⁴⁰.

²³⁶ Estabelece o artigo 47.º/1 da CRP que “todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade”.

²³⁷ O artigo 4.º/2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos prevê que “ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório” e o artigo 2.º da Carta Social Europeia refere que “as partes [Portugal] comprometem-se a proteger de modo eficaz o direito de o trabalhador ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente empreendido” (*sublinhado nosso*).

²³⁸ Ainda a este respeito, assinalamos o facto de que, ao defendermos um requisito prévio de consentimento do prestador e uma vez que ainda nos podemos encontrar na fase administrativa, existirá aqui mais um momento onde o prestador de atividade terá conhecimento da ARECT – associado ao facto da natureza do procedimento cautelar exigir a proposição paralela de uma ação judicial – e, assim sendo, mais um argumento no sentido da extensão do trânsito em julgado da sentença ao prestador/trabalhador que não apresente qualquer intervenção na ação.

²³⁹ Vide o artigo 186.º-Q/3 do CPT que estabelece que se for interposto recurso antes da fixação do valor da causa pelo juiz, deve este fixá-lo no despacho que admita o recurso.

²⁴⁰ Nestes termos, vide o disposto no Acórdão do TRL de 08.11.2007 (Relator Salazar Casanova e processo n.º 8754/2007-8) que defende que “a razão da lei, quando atribui efeito suspensivo, prende-se com o reconhecimento de que não há vantagem em que o acórdão do Tribunal superior seja passível de execução imediata, afigurando-se mais conveniente, pelos interesses que estão em jogo, continuar a garantir exequibilidade imediata à decisão de 1.ª instância enquanto não for definitivamente afastada”.

Ademais, contrariamente ao disposto nos regimes jurídicos italiano e alemão, em que o recurso é quase obrigatório existir - visto que se pretende densificar/esclarecer e não propriamente litigar -, em Portugal, o recurso é voluntário pelo que dependerá sempre da vontade das partes processuais²⁴¹.

Neste sentido, uma vez que a ARECT pode correr sem intervenção do prestador na mesma, pensamos que, mesmo que este não intervenha, apresenta legitimidade para recorrer da decisão proferida pelo tribunal de 1.ª instância, desde claro, que se traduza em “pessoa direta e efetivamente prejudicada pela decisão” (artigo 631.º/2 do CPC).

Finalmente, o prazo para ser interposto recurso é de 15 dias atendendo ao facto de a ARECT ser considerada processo urgente (artigo 80.º/2 do CPT) e, conseqüentemente, o requerimento deverá conter, obrigatoriamente, a alegação do recorrente, devendo constar das respetivas conclusões o fundamento específico da recorribilidade e a identificação da decisão recorrida, especificando, se for caso disso, a parte dela a que o recurso se restringe (artigo 81.º/1 do CPT).

4. Conclusão

Após percorrer este longo excuro, cremos que seja *opportune tempore* para efetuarmos uma breve súmula.

Partimos do pressuposto de que, apesar de cada vez mais a atividade empresarial ter introduzido a tecnologia na sua capacidade produtiva e, atualmente, na sua índole organizatória e estrutural, o Direito não pode ficar preso à inércia legislativa que se tem sentido nesta matéria.

Verificámos, desde cedo, que a ARECT constituiu e constitui um importante veículo de combate à precariedade laboral, mas que, lamentavelmente, o nosso legislador, associado a alguma pressa e influências nacionais e europeias, acabou por deixar algumas lacunas por resolver²⁴².

²⁴¹ Somos da opinião que, atendendo aos valores que se pretendem tutelar com a ARECT e repercussões que uma procedência da ação poderá desencadear, que o recurso deveria ser obrigatório, aproximando-se assim dos regimes jurídicos estrangeiros *suprarreferidos*, pelo menos na perspetiva do Ministério Público, por força dos artigos 2.º e 4.º/1/alínea a) do EMP.

²⁴² Desde logo, na terminologia utilizada.

Viajámos por toda a tramitação judicial questionando alguns dos seus pontos e, inclusive, em algumas situações, colocámos mesmo em causa a razão de ser da sua existência (veja-se, por exemplo, as considerações que tecemos relativamente à (des)necessidade da fase administrativa).

Contudo, apesar de tudo o que foi dito, existe um aspeto fundamental que, por vezes não chega a entrar na esfera do legislador e dos juízes, nomeadamente, o facto de que, independentemente do interesse público que se possa associar a esta ação, o elemento mais importante – aquele que se visa proteger – é o Trabalhador.

Não faz qualquer sentido desconsiderarmos a posição processual do prestador/trabalhador [e as suas inerentes consequências legais] simplesmente por presumirmos o que tal sujeito quer, pretende e/ou anseia. Temos obrigatoriamente de deixar tal presunção de lado e caminhar ao som da sua vontade efetiva.

Dizia-nos um ilustre professor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nas suas lições de Introdução ao Direito, que o Direito é um fenómeno social, isto é, que este deve irradiar e se adaptar à *praxis* atual. O Direito não pode ficar parado no tempo. E neste sentido, chegados à temática da prova, indubitavelmente teríamos que abrir caminho para estes novos tempos em que vivemos e para os novos problemas que sempre existiram – embora, em menor quantidade [e publicidade...] – mas que, quer se queira, quer não, a Pandemia COVID-19, veio renascê-los e dar-lhes voz.

É precisamente nesta lógica que defendemos a necessidade da criação de uma presunção de Telessubordinação que vá de encontro aos problemas que o reconhecimento dos vínculos laborais na Era Digital poderá suscitar. Não podemos ficar amarrados a uma presunção desvitalizada, sendo certo que temos total consciência que as soluções que defendemos poderão ser sempre objeto de interpretação diferente, até porque no campo dos direitos dos Homem – por natureza, comuns a todos os homens, se bem que concretizados tão diferentemente – não há soluções definitivas, nem fórmulas acabadas, nem conquistas irreversíveis²⁴³. Não obstante, certamente já será um ponto de partida.

Terminamos como começámos... com esta reflexão pretendemos dar voz ao trabalhador, em especial à sua vontade, na esfera jurídico-processual e de acordo com uma

²⁴³ MIRANDA, Jorge, “Escritos vários sobre Direitos Fundamentais”, 2006, Principia, página 60.

perspetiva de regresso ao ADN do Direito do Trabalho assente nos valores de estabilidade e de dignidade. E isto, reitera-se, deverá alcançar-se quer se esteja na via presencial ou na Digital. É caso para dizer: ***Fiat Justitia Pereat Mundus!***

5. Bibliografia

- AGUILÓ REGLA, Josep, “Presunciones, Verdad y Normas Procesales”, *Proceso, Prueba y Estándar*, Ara editores, Lima, 2009;
- AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional” *in* *Trabalho sem fronteiras – O papel da regulação*, (coord) Manuel M. ROXO, Almedina, Coimbra, junho de 2017;
- AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, 2016, Almedina;
- AMADO, João Leal, ROUXINOL, Milena Silva, VICENTE, Joana Nunes, SANTOS, Catarina Gomes, MOREIRA, Teresa Coelho, *Direito do Trabalho: Relação Individual*, Almedina;
- ANDRADE, Manuel, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1956;
- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *CRP: Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, artigos 108.º a 296.º, 4.ª edição, Coimbra Editora;
- CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Editorial Juris, Tradución de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin;
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito*, tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1942;
- CARVALHO, Orlando, *Escritos, Páginas de Direito*, volume I, Almedina, Coimbra, 1998;
- COELHO, Teresa Coelho, “Algumas notas sobre as novas tecnologias de informação e comunicação e o contrato de teletrabalho subordinado”, *SCIENTIA IVRIDICA*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXIII, n.º 335 – Maio/agosto, 2014;
- DRAY, Guilherme, “Teletrabalho, Sociedade de Informação e Direito”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume II, Coimbra, Almedina;
- FAJARDO MORI, Martín, “La presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, *Derecho & Sociedad*, n.º 46, Asociación Civil;
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, Almedina, 17.ª edição, 2014;
- FERREIRA, Casemiro, *Trabalho procura Justiça*, Almedina;

FIOLHAIS, Rui, *Sobre as Implicações Jurídico-Laborais do Teletrabalho Subordinado em Portugal*, Instituto do Emprego e Formação Profissional, Lisboa;

FREITAS, José Lebre, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, Coimbra Editora, 9.ª edição;

FREITAS, José Lebre, *Introdução ao Processo Civil*, Conceito e Princípios Gerais à luz do Novo Código, 4.ª edição, Gestlegal;

FREITAS, Pedro Petrucci de, “Da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, Volume IV, outubro-dezembro 2013;

GAETA, *Lavoro a distanza e Subordinazione*, Nápoles, 1993;

GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho, Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

LIEBMAN, E., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, II, 4.ª ed., Milano, 1980;

LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, volume I, Almedina.

LOTTERMANN, Daniela Rodrigues, *A Parassubordinação no Teletrabalho*, disponível e de acesso livre em <http://www.telework2010.tic.org.ar/papers/6RODRIGUEZ%20LOTTERMAN%20PORTUGUES.pdf>;

MACHADO, Batista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989;

MARTINEZ, Pedro Romano, “Trabalho Subordinado e trabalho autónomo”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume I, Almedina;

MARTINEZ, Pedro Romano, MONTEIRO, Luis Miguel, VASCONCELOS, Joana, BRITO, Pedro Madeira de, DRAY, Guilherme Machado, SILVA, Luis Gonçalves da, *Código do Trabalho anotado*, 12.ª EDIÇÃO, 2020, Almedina;

MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira, “A ação especial de reconhecimento de existência de contrato de trabalho – vinho velho em odres novos”, *Julgar* n.º 25, Jan-Abr 2015;

MARTINS, Pedro Furtado, “A crise do contrato de trabalho”, *RDES* n.º 4, 1997;

MAURO SCHIAVI, “O novo Código de Processo Civil, os pressupostos processuais e as condições da ação - impactos ao processo do trabalho”, disponível via online in www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/O_novo_CPC_e_os_pressupostos_processuais_e_condicoes_da_acao.pdf;

MENDES, João Castro, *Direito Processual Civil*, Lições, Volume I, 1986-1987, AAFDL;

MERS, Sandro, *Manuale Pratico della Prova Civile prima e durante il processo*, CEDAM Padova, 2008;

MIRANDA, Jorge, “Escritos vários sobre Direitos Fundamentais”, 2006, Principia;

MOREIRA, Vital, *Trabalho Digno Para Todos*, Coimbra Editora, junho 2014;

NETO, Abílio, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2.^a edição revista e ampliada, janeiro, 2014, Edição EDIFORUM, Edições Jurídicas, Lda e Distribuição Edições Almedina, S.A.;

NEVES, Castanheira, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, STVDIA IVRIDICA, reimpressão, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2013;

NICOLÒ TROCKER, *Processo e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974;

NOGLER, LUCA, “La certificazione del contratti di lavoro”, I working Papers, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo, Massimo D’Antona, IT – 8/2003;

PASQUINI, Flavia, VENTURI, Davide, “La Certificazione Dei Contratti Come Modello Di Autoregolazione e Strumento Di Controllo Dell’attività D’impresa Ai Sensi Dell’art. 41, Comma 3 Della Costituzione”, IANUS n.º5, 2011, ISSN 1 1974-9805;

PEDERSINI, Roberto, COLETTI, Diego, “Self-employed workers: industrial relations and working conditions”, Project Network of European observatories (EIRO and EWCO), European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, página 13, disponível em https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/comparative/tn0801018s/tn0801018s.pdf;

PEREIRA, Albertina, *Código de Processo do Trabalho, anotado à luz da reforma do processo civil*, 2015, Almedina;

PEREIRA, Rita Garcia, “A nova ação especial para o reconhecimento de contrato de trabalho (Lei n.º 63/2013) – uma caixa de pandora?”, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo Lobo Xavier, Volume III, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015;

PIMENTA, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, 2.ª edição, Almedina;

RAMOS LUJÁN, Hiruma Victoria, “La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”, *Relaciones laborales*, n.º 17, año XIX, 2003, página 43.

RATO, João, “A ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho – interrogações sobre a intervenção do Ministério Público e outras perplexidades” *in* Para Jorge Leite – escritos jurídico-laborais, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;

RAY, Jean –Emmanuel, “Le droit du travail à l’épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur”, *Revista Droit Social*, n.º 2, février 1996;

REDINHA, Maria Regina Gomes, “O Teletrabalho”, *Revista Questões Laborais* n.º 17, ano VIII – 2001, Coimbra Editora;

REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado*, volume I e III, 3º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

REIS, Viriato, RAVARA, Diogo, “A nova ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho (a Lei n.º 63/2013, de 27-08 e os arts. 186.º-K e ss. CPT)”, CEJ, Ebooks, Processo Civil, Caderno IV;

REIS, Viriato, “A ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. Controvérsias na sua aplicação”, *Revista do CEJ*, 1.º semestre, 2015, número 1;

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do art. 12.º do Código do Trabalho”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume II, Coimbra Editora, 2007;

RODRIGUES, Manuel, *Lições de direito processual civil*, Lisboa, 1945;

ROUXINOL. Milena Silva, “Notas sobre a eficácia temporal do artigo 12.º do CT – a propósito do acórdão do Tribunal da relação do Porto de 7 de outubro de 2013”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, 2014;

RUBINSTEIN, Michel, *L'impact de la domotique sur les fonctions urbaines – Étude Européene*, ed. Fondation Européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, Luxemburgo;

SENNET, Richard, *A corrosão do carácter*, Terramar, Lisboa, 2001;

SILVA, Filipe Fraústo da, “As Perplexidades Geradas pela Ação Especial de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho”, Comunicação no VII Colóquio sobre Direito do Trabalho coorganizado pelo Supremo Tribunal de Justiça e pela Associação Portuguesa de Direito do Trabalho;

SOUSA, Miguel Teixeira de, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, LEX, Lisboa, 2003;

SOUSA, Miguel Teixeira de, *CPC online anotado*, Livro I, art. 1.º a 58.º, Versão de 2021.02;

TARUFFO, Michelle, *La semplice Verita*, Editone Laterza;

VASCONCELOS, Joana, “A posição processual do trabalhador na ação especial de reconhecimento de existência de contrato de trabalho”, Temas de Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, 8 de abril de 2016, CEJ, Gravação em vídeo disponível no seguinte *link* <https://educast.fccn.pt/vod/clips/390mb4xwf/desktop.mp4?locale>

VAZ, Pessoa, *Direito Processual Civil - Do antigo ao novo Código*, Coimbra, 1998;

ZANZUCCHI, Marco Tullio, *Diritto processuale Civile*, volume I, Milano, A. Giuffrè, 1964.