

Kátia Prestrela de Jesus Conde

Contrato de Trabalho e Contrato de Prestação de Serviços Face a Nova Lei de Trabalho

UNIVERSIDADE POLITÉCNICA

A POLITÉCNICA

**ESCOLA SUPERIOR DE GESTÃO, CIÊNCIAS E TECNOLOGIAS
(ESGCT)**

MAPUTO

2011

Kátia Prestrela De Jesus Conde

Contrato de Trabalho e Contrato de Prestacao de Servicos Face a nova Lei de Trabalho

**UNIVERSIDADE POLITÉCNICA
A POLITÉCNICA
ESCOLA SUPERIOR DE GESTÃO, CIÊNCIAS E TECNOLOGIA
(ESGCT)**

MAPUTO, Dezembro de 2011

Contrato de Trabalho e Contrato de Prestação de Serviço Face a Nova Lei de Trabalho

Relatório de estágio de final do Curso apresentado à Universidade Politécnica, como parte dos requisitos de graduação e de obtenção do grau de licenciatura em Ciências Jurídicas.

Tutor: David Filipe Manjate

Maputo

2011

**PARECER DO SUPERVISOR SOBRE O TRABALHO DE LICENCIATURA EM
CIÊNCIAS JURÍDICAS**

Graduanda: Kátia Prestrela de Jesus Conde

Supervisor: Dr. David Filipe Manjate

Tema: Contrato de Trabalho e Contrato de Prestação de Serviços em Face da Nova Lei do Trabalho

A graduanda escolheu um tema de capital importância relacionando o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços. Ao longo da dissertação, a graduanda procura demonstrar a importância dos dois tipos de contrato e a possibilidade da sua coexistência na mesma entidade empregadora

Na dissertação do trabalho, a graduanda faz uma abordagem crítica à referência ao contrato de prestação de serviços feita pela Lei do Trabalho. Procura demonstrar as imprecisões da Lei do Trabalho e as dúvidas que a mesma suscita.

Na presente dissertação, a graduanda revela domínio da matéria objecto do trabalho e uma boa formulação das ideias em discussão e um óptimo enquadramento legal dos factos.

Nesses termos, sou de parecer que o presente trabalho reúne a qualidade pretendida para um trabalho de dissertação para a obtenção do Grau de Licenciatura em Ciências Jurídicas.

Maputo, 15 de Março de 2011

O Supervisor

Dr. David Filipe Manjate

Dedicatória

O presente trabalho de pesquisa é dedicado a minha família, de forma especial aos meus filhos Siyabonga e Júnior, e a minha Mãe, Isabel Maria de Lurdes Liquele Conde.

Agradecimentos

Para a conclusão da minha formação académica contei com total apoio dos meus pais Geraldo de Jesus Conde e Isabel Maria de Lurdes Liquele Conde, e dos meus irmãos Adilson Leonel de Geraldo Conde e Allan Bruno Conde, para vocês o meu muito obrigado.

Uma palavra de afecto, em especial, endereço ao meu namorado Arsénio Martins Dias Pioris pelo apoio incondicional ao longo deste período, muito obrigada meu amor.

Agradeço ao meu tutor, David Filipe Manjate, pela sábia orientação e pela disponibilidade prestada durante a realização deste trabalho.

De igual modo, os meus agradecimentos vão para todos quanto me foram úteis no meu percurso académico. Para todo efeito, agradeço em especial ao Mestre Aurélio Ginja e ao Victor Chibanga pelas reflexões em torno da pesquisa.

A todos os meus docentes do Curso de Ciências Jurídicas, vão os meus agradecimentos pelo ensinamento.

De forma geral, quero agradecer a todos que directo ou indirectamente contribuíram para a realização deste trabalho.

Resumo

O presente trabalho tem como objectivo analisar a relação existente entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviço em confronto com a Lei do Trabalho; Verificar o cumprimento das normas jurídicas estabelecidas para cada tipo de contrato; e Fazer uma análise crítica ao artigo 20 da Lei do Trabalho.

O principal problema da pesquisa aponta a existência de se ao estimular a celebração de contrato de trabalho em detrimento dos contratos de prestação de serviço e tendo em atenção o comportamento fraudulento de algumas entidades empregadoras que celebravam verdadeiros contratos de trabalho mas que atribuíam o nome de contratos de prestação de serviço. Desse modo, o presente estudo visa discutir em torno deste fenómeno procurando entender a importância de cada tipo de contrato. De igual modo, a pesquisa, visa discutir conceitos, fundamentos que também contribuem para o desenvolvimento da pesquisa académica, objectivando ampliar a compreensão do tema.

Para a prossecução dos objectivos a que nos propusemos recorreremos à análise documental, que consistiu em consulta de livros, legislação, entrevistas e a internet. Após a colecta e interpretação, ficou claro e demonstrado que, e necessário que o legislador reveja sobre os pontos levantados na dissertação , dando importância a coexistência dos dois tipos de contratos em uma entidade empregadora.

ÍNDICE

Pags	
CAPITULO I- INTRODUÇÃO.....	1
1.1 Importancia do Tema.....	1
1.2 Descricao do Problema	2
1.3 Objectivos	3
1.4 Delimitação	3
1.5 Metodologia	4
1.6 Estrutura do Trabalho	4
CAPITULO II- REVISAO DA LITERATURA.....	5
2. Contrato de Trabalho Versus Contrato de Prestação de Serviços	5
2.1 Conceitualização do Contrato de Trabalho	5
2.2 Características do Contrato de Trabalho.....	7
2.3 Natureza Juridica das Relações Laborais	10
2.4 Contrato de Prestação de Serviços	13
2.4.1 Conceitualização do Contrato de Prestação de Serviços.....	13
2.5 Distinção entre Contrato de Trabalho e Contrato de Prestação de Serviços.....	17
CAPITULO III- ABORDAGEM METODOLOGICA.....	24
3.1 Pesquisa Qualitativa	24
3.2 Técnicas de Colecta de dados	24
3.3 Pesquisa Bibliográfica	25
3.3.1 Pesquisa Bibliográfica	25
3.4 Pesquisa Documental	26

CAPITULO IV- DISCUSSAO DE RESULTADOS.....	26
4. Regime Juridico do Contrato de Trabalho e Contrato de Prestação de Serviços.....	26
4.1 Regime Juridico do Contrato de Trabalho.....	26
4.2 Regime Juridico do Contrato de Prestação de Serviços.....	32
4.3 Contrato de Trabalho e Contrato de Prestação de Serviços na Lei do Trabalho.....	37
CONCLUSÕES.....	43
RECOMENDACÕES	46
BIBLIOGRÁFIA	47
LEGISLAÇÃO	48

CAPÍTULO I- INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho é um acordo celebrado entre o empregador e o trabalhador através do qual o trabalhador se obriga a prestar a sua actividade laboral sob direcção do empregador e mediante remuneração. No contrato de trabalho o trabalhador presta uma actividade subordinando-se ao empregador. Este é que fixa as condições de trabalho, as ordens de trabalho.

Por seu turno, o artigo 1154 do Código Civil define o contrato de prestação de serviço como sendo “... *aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.*”

No contrato de prestação de serviços uma das partes se obriga para com a outra a prestar um determinado resultado e não uma actividade, o serviço é prestado de forma autónoma sem subordinação.

A vinculação do trabalhador a uma dada entidade empregadora é feita através de vários contratos, nomeadamente: o contrato a prazo certo, contrato a prazo incerto, contrato por tempo indeterminado, contrato de trabalho temporário e de utilização. O trabalho subordinado constitui a maior forma de ocupação da população activa quando comparado com o contrato de prestação de serviço.

1.1 Importância do Tema

A prestação de uma actividade laboral constitui um direito consagrado na Constituição da República e que merece protecção da parte do Estado. O contrato de trabalho constitui uma fonte privilegiada de obtenção de rendimentos de grande parte da população activa Moçambicana.

O Contrato de prestação de serviço não deixa de ocupar um papel fundamental na população activa nacional. Com o empreendedorismo à ribalta, muitas pessoas têm abraçado uma

determinada especialização, vendendo os seus serviços, conhecimentos técnicos a várias entidades empregadoras através da celebração de contratos de prestação de serviço.

Como forma de minimizar o custo e maximizar o lucro, as empresas têm optado nos últimos tempos pela tercerização de serviços considerados secundários para o seu objecto social através da celebração de contratos de prestação de serviços.

1.2. Descrição do Problema

O contrato de trabalho possui características específicas que o diferenciam do contrato de prestação de serviço. Uma das principais diferenças é a subordinação para o contrato de trabalho e a autonomia para o contrato de prestação de serviço. No entanto, não deixa de existir pontos de aproximação e semelhanças que poderá levar a confundir um do outro.

Na tentativa de estimular a celebração de contrato de trabalho em detrimento dos contratos de prestação de serviço e tendo em atenção o comportamento fraudulento de algumas entidades empregadoras que celebravam verdadeiros contratos de trabalho mas que atribuíam o nome de contratos de prestação de serviço, a nova Lei do Trabalho no nº 1 do artigo 20, equipara os contratos de prestação de serviço a contratos de trabalho quando o prestador de serviço esteja numa situação de subordinação económica perante o empregador.

O legislador equipara mas não diz que o contrato de prestação de serviço executado naquelas condições converte-se em contrato de trabalho, pois, a equiparação é diferente da conversão, isto é, significará que o contrato de prestação de serviço passa a ser considerado como um contrato de trabalho? E se assim for, ao prestador de serviço são lhe aplicáveis todos os direitos e deveres que recaem sobre o trabalhador?

Por seu turno, o número 2 do artigo 20 da Lei do Trabalho considera nulos e convertidos a contratos de trabalho os contratos de prestação de serviço celebrados para a realização de actividades correspondentes a vagas do quadro da empresa. O legislador anula os contratos de prestação de serviço e os converte em contratos de trabalho apenas pelo simples facto de o

serviço ora prestado ser igual ao da actividade das vagas do quadro da empresa e não pela existência de uma viciação do próprio contrato de prestação de serviço.

Converter de forma automática um contrato de prestação de serviço entraria em choque com natureza deste tipo de contrato cujo trabalho deve ser livre e não por imposição da lei. O prestador de serviço pode não pretender se vincular à empresa assim como o empregador pode não querer o prestador como seu trabalhador.

A questão da protecção de vagas existentes no quadro do pessoal da empresa já encontra protecção nos contratos de trabalho a prazo certo conforme o nº 3 do artigo 40 da Lei do Trabalho.

Diante da situação acima apresentada, coloca-se que a seguinte pergunta de partida: *Quais os factores subjacentes a opção do patronato pelo contrato de trabalho em detrimento do contrato de prestação de serviço?*

1.3 Objectivos

- **Objectivo Geral:** Discutir, numa perspectiva jurídica, os factores inerentes à adopção pelo patronato do contrato de prestação de serviços em virtude do contrato de trabalho.

Objectivo Específico

- Analisar a relação existente entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços no confronto com a Lei do Trabalho;
- Verificar o cumprimento das normas jurídicas estabelecidas para cada tipo de contrato;
- Fazer uma análise crítica ao artigo 20 da Lei do Trabalho.

4. Delimitação

O trabalho aborda a questão sobre o contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço, o regime jurídico dos dois contratos, análise comparativa dos dois tipos de contratos.

5. METODOLOGIA

No presente trabalho será adoptada a seguinte metodologia:

- Pesquisa bibliográfica;
- Consulta de fontes legislativas;
- Pesquisa de dados na Internet.

6. ESTRUTURA DO TRABALHO

O presente trabalho estrutura-se do seguinte modo: O primeiro capítulo está reservado a introdução, onde são apresentados os objectivos, a motivação, o problema da pesquisa e a justificação em torno do tema na qual se pretende analisar. O segundo capítulo dedica-se a discussão teórica em torno do tema em análise. Neste capítulo são apresentados os principais conceitos relacionados com o contrato de trabalho, contrato de prestação de serviço com vista a dar uma maior compreensão da pesquisa. O terceiro capítulo, debruça acerca da abordagem metodológica, em que são apresentadas as técnicas de recolha e tratamento dos dados. O quarto capítulo centra-se na discussão dos resultados relativamente ao regime jurídico, com especial atenção na discussão em torno da formação dos contratos por parte das entidades empregadoras, que por seu turno celebram verdadeiros contratos de trabalho que atribuem o nome de contrato de prestação de serviço. O quinto capítulo é reservado às conclusões, recomendações e referências bibliográficas.

CAPÍTULO I I – REVISÃO DE LITERATURA

2. Contrato de Trabalho *Versus* Contrato de Prestação de serviços

2.1 Conceitualização do contrato de trabalho

O contrato de trabalho é definido tanto no Código Civil assim como na Lei do Trabalho, com algumas diferenças assinaláveis. Segundo o artigo 1152 do Código Civil, o contrato de trabalho é *“aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante a retribuição, a prestar sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa sobre a autoridade e direcção desta.”*

A Lei do Trabalho no artigo 18, define o contrato de trabalho como sendo *“ o acordo pelo qual uma pessoa, trabalhador, se obriga a prestar a sua actividade a outra pessoa, empregador, sob a autoridade e direcção desta, mediante remuneração.”*

O Código Civil distingue o trabalho manual do trabalho intelectual. Esta distinção já não é feita na Lei do Trabalho. A razão para a distinção entre o trabalho manual e trabalho intelectual resultou do facto de nos tempos não muito remotos ter-se menosprezado o trabalho manual e valorizado o trabalho intelectual. Nos tempos contemporâneos tal distinção não encontra uma fundamentação plausível, pois o trabalho manual é tão valoroso quanto o trabalho intelectual.

Outra diferença nas definições dos dois regimes jurídicos, encontramos quanto à referência à *“autoridade e direcção”*, por parte do Código Civil, o que não acontece na Lei do Trabalho, aqui não se faz menção à expressão *“ direcção ”* apenas a expressão *“ autoridade ”*.

Na definição do contrato de trabalho previsto no artigo 18 da Lei do Trabalho podem ser extraídos certos elementos, designadamente **o acordo de vontades; o negócio bilateral; a prestação de actividade; a subordinação jurídica e a retribuição.**

No que respeita ao primeiro elemento, o contrato de Trabalho é um acordo de vontades, ou seja, trata-se de uma convenção que vincula as partes contratantes (trabalhador e empregador), as partes contratantes têm direitos e obrigações resultantes do acordo por si celebrado.

O Contrato de Trabalho é também um negócio jurídico bilateral em virtude da existência de duas partes, por um lado encontra-se o trabalhador que presta actividade laboral a favor do empregador e, por outro, o empregador que recebe a actividade prestada pelo trabalhador e procede à respectiva remuneração.

No que se refere ao objecto do contrato de trabalho, há que dizer que o objecto imediato do contrato de trabalho é a Prestação de actividade. Interessa ao empregador, actividade em si, a Lei do Trabalho protege e regula esta actividade e não tanto o resultado, como ocorre no contrato de prestação de serviços, como veremos mais adiante.

A subordinação Jurídica, é outro elemento fundamental na definição do contrato de trabalho. O dever do trabalhador de prestar a actividade não é feita de forma livre, o trabalho é executado sob a autoridade da entidade empregadora; a actividade é prestada sob o regime da subordinação jurídica, esta pressupõe dependência ou sujeição do trabalhador às ordens e instruções da entidade empregadora, não significando uma dependência servil, mas sim jurídica.

O empregador, goza de certos poderes fixados na Lei do Trabalho. Segundo o artigo 60 da Lei do Trabalho compete ao empregador fixar e dirigir em concreto o serviço acordado de forma abstracta pelo trabalhador. O trabalhador exerce a sua actividade sob dependência do empregador.

A retribuição consiste na obrigação que impede sobre o empregador de remunerar o trabalhador, é a contraprestação do empregador enquanto beneficiário imediato do resultado da actividade prestada pelo trabalhador. O contrato de trabalho é sinalagmático por conter a reciprocidade de prestações, o trabalhador presta a sua actividade a favor do empregador e este por sua vez remunera o trabalhador pelo trabalho prestado. A prestação de uma actividade a título gratuito

não se enquadra no conceito de contrato de trabalho, pois este tem como uma das características a onerosidade ¹.

2.1.1 Características do contrato de trabalho

O contrato de trabalho apresenta várias características, nomeadamente:

- Contratualidade;
- Onerosidade;
- Bilateralidade;
- Sinalagma;
- Durabilidade;
- Carácter fiduciário.

a) Contratualidade

Esta característica pressupõe que o contrato de trabalho é negócio jurídico. Este é definido como um acto voluntário através do qual, com consciência de vinculação jurídica se opera a ordenação automática de interesses privados.

No contrato de trabalho releva o acordo das partes, é deste acordo que estão previstos os direitos e obrigações das partes contratantes. No plano normativo, o contrato de trabalho é “*Lei entre as partes*” por conter cláusulas imperativas que afixam direitos e obrigações das partes.

¹ FERNANDES, António de Lemos Monteiro, *Direito do Trabalho, Introdução. Relações Individuais de Trabalho*, 9ª Edição, Almedina, Coimbra – 1994, P. 112

b) Onerosidade

O contrato de trabalho é oneroso, pois a remuneração constitui elemento essencial do mesmo, embora não seja um elemento caracterizador e diferenciador, a remuneração é um elemento imprescindível até para a definição do contrato de trabalho previsto no artigo 5 da lei do trabalho.

O contrato de trabalho não é gratuito, o trabalhador recebe salário pela actividade prestada ao empregador. O trabalhador tem o dever de prestar a actividade e o empregador, em contrapartida, deve pagar salários pela actividade prestada².

c) Bilateralidade

O contrato de trabalho é um negócio jurídico bilateral pois são dois os contraentes que prosseguem interesses específicos, por um lado temos o trabalhador e por outro o empregador ou dador de trabalho que recebe a actividade prestada pelo trabalhador e remunera essa actividade.

A relação jurídica laboral pressupõe a existência de um negócio jurídico bilateral, porque resulta do encontro entre duas vontades contrapostas. A relação que se estabelece entre o trabalhador e o empregador diferencia duas partes com interesses contrapostos, mas que se conjugam³.

² MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito do Trabalho*, 23ª Edição, Editoras Atlas, São Paulo – 2007, P. 93

³ibidem, P280

d) Sinalagma

O contrato de trabalho assenta num sinalagma tanto na sua génese quanto no seu funcionamento. As prestações das partes contratantes, são equivalentes, existe uma corresponsabilidade das prestações. Ambas as partes contraem obrigações, havendo entre elas nexo causal⁴.

Todavia, importa realçar que no contrato de trabalho o sinalagma nem sempre é perfeito, pois, devido à complexidade do conteúdo do contrato de trabalho, existem situações jurídico-laborais onde a lei obriga à entidade empregadora a remunerar ao trabalhador mesmo que este não tenha prestado a actividade laborar, estamos-nos a referir às faltas justificadas, férias, doenças entre outras.

e) Carácter Fiduciário

O Contrato de trabalho reveste a natureza pessoal “*intuitu personae*” implica uma relação de confiança e de colaboração estreita particularmente no exercício de cargo ou chefia⁵.

A fedúcia é uma característica bem presente no contrato de trabalho, quando tal confiança é quebrada entre o trabalhador e a entidade empregadora, pode levar em determinadas situações à cessação do próprio contrato de trabalho mediante despedimento ou acordo mútuo.

f) Durabilidade

O contrato de trabalho é por via de regra duradouro, ou seja, é tendencialmente duradouro quando se celebra o contrato de trabalho a tendência ou as expectativas das partes é de que o mesmo se prolongue no tempo.

⁴ FERNANDES, António de Lemos Monteiro, *Direito do Trabalho, Introdução. Relações Individuais de Trabalho*, 9ª Edição, Almedina, Coimbra – 1994, P 158

⁵ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra- 2002, P. 285

Como princípio, e segundo o regime jurídico moçambicano, os contratos de trabalho são elaborados por tempo indeterminado como se extrai da primeira parte do nº1 do artigo 9 da Lei do Trabalho, excepcionalmente é que são celebrados contratos de trabalho por tempo determinado como são os casos descritos no nº 4 do mesmo dispositivo legal.

A obrigação de prestar uma certa actividade assumida pelo trabalhador implica, de certo modo, continuidade, pressupõe a prática de uma série de actos; a própria subordinação tem carácter duradouro, supõe a integração estável de uma das partes na organização de meios dispostos pela outra parte⁶.

2. 2 Natureza Jurídica das Relações laborais

As relações de trabalho enquadram-se no âmbito do Direito do Trabalho, como um direito especial do Direito Comum ou Direito Civil. Não existem consensos na determinação da natureza jurídica do Direito do Trabalho, por parte da Doutrina Juslaboralista.

Existem três posições doutrinárias a assinalar na determinação da natureza jurídica do Direito do Trabalho: para um certo grupo, o Direito do Trabalho tem natureza *pública*, para outros tem natureza *privada* e outro grupo defende uma natureza *mista*.

Os defensores da natureza mista do Direito do Trabalho, consideram que este ramo do Direito contém elementos do Direito Público, nomeadamente as normas do Direito de Protecção do Trabalho, que dizem respeito as normas que impõem aos trabalhadores e empregadores, deveres jurídicos para com o Estado com vista a tutela do trabalho e cuja execução é assegurada pela Administração recorrendo a meios de coacção coactiva específicos. Exemplo deste tipo de normas temos as normas sobre higiene, saúde e segurança dos trabalhadores, normas relativas a duração do trabalho, normas sobre as condições especiais de trabalho, nomeadamente a tutela da mulher, menores e deficientes.

⁶ FERNANDES, António de Lemos Monteiro, *Direito do Trabalho, Introdução. Relações Individuais de Trabalho*, 9ª Edição, Almedina, Coimbra – 1994, P. 163

No que respeita aos elementos do Direito Privado há que apontar a quase generalidade dos capítulos referentes as relações individuais de trabalho. Integram este grupo, o contrato individual de trabalho (formação, execução e extinção), integram também as normas referentes aos contratos especiais de trabalho (trabalho doméstico)⁷.

Há autores que negam a natureza mista do Direito do Trabalho, considerando um Direito Público. Para estes, o Direito do Trabalho é um direito público porque contém normas de natureza administrativa, nomeadamente as normas de fiscalização da Lei do Trabalho e que têm natureza imperativa que em muito se assemelham as normas que regem o funcionalismo público (Estatuto Geral dos Funcionários do Estado).

A principal crítica que se faz a corrente que defende o Direito do Trabalho como um ramo do Direito Público é a de que a relação empregador-trabalhador difere na sua essência da relação Estado – Funcionário pois a primeira é de natureza contratual, na qual se ajustam as condições de trabalho, e a segunda é de natureza estatutária, cujas condições são impostas pela Administração.

Para os defensores da Teoria do Direito Privado, consideram que este ramo do Direito assim se enquadra porque os seus sujeitos são particulares e as suas relações jurídicas também o são, sendo que as relações que eventualmente ocorram entre o Estado e o trabalhador não passam de excepções.

Aqueles fundamentam também a sua tese, argumentando que se fôssemos a considerar o Direito do Trabalho como um ramo do Direito Público, então os Sindicatos seriam órgãos do Estado, o que no mínimo é incongruente e as convenções colectivas de trabalho não exprimiriam a autonomia privada colectiva. A crítica que se faz a esta teoria é essencialmente o facto de ela descuidar toda a matéria relativa ao Direito de Protecção do Trabalho.

⁷ Cf. Artigo 3 da Lei do Trabalho

Tomando uma posição, quantos a nós, o Direito do Trabalho é um Direito Privado, ele insere-se tradicionalmente no âmbito do Direito Privado pois não há dúvidas que o contrato de trabalho é um contrato de natureza obrigacional⁸.

São vários os critérios que servem para distinguir o direito público do direito privado. Partindo do critério do interesse, no Direito do Trabalho não estão em causa interesses públicos, mas sim privados. No contrato individual de trabalho, assim como na convenção colectiva de trabalho, por via de regra, contrapõem-se interesses privados. Indirectamente podem estar em causa interesses públicos, em especial referidos a protecção do trabalho. Mas a existência de interesses públicos relacionados com a protecção das pessoas não é exclusiva do Direito do Trabalho, esta situação verifica-se também na protecção que decorre das vendas de produtos eventualmente prejudiciais a saúde. Estas regras especiais de protecção do consumidor não fazem com que o contrato de compra e venda se inclua no Direito Público⁹.

Quanto ao critério dos sujeitos, os intervenientes ao nível das relações laborais, tanto nas relações individuais, assim como nas relações colectivas, não são entidades públicas, mas sim sujeitos de Direito Privado, designadamente trabalhador e empregador.

Recorrendo ao critério da posição dos sujeitos, também se pode deduzir que nenhum dos intervenientes está munido de um poder de autoridade – *ius imperii*. As partes nas relações de trabalho encontram-se em pé de igualdade, quer o trabalhador quer o empregador, verifica-se tanto na celebração de contratos de trabalho como nas convenções colectivas de trabalho.

A autoridade da entidade empregadora sobre o trabalhador é alheia a autoridade como *ius imperii* que permite distinguir o Direito Público do Privado e que é apanágio do Estado e outros entes públicos¹⁰.

⁸ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra- 2002, P. 49

⁹Ibidem, P. 53

¹⁰ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra- 2002, P. 53

Para finalizar a controversa sobre a natureza jurídica do Direito de Trabalho ou das relações laborais, somos apologistas dos que defendem o Direito do Trabalho como um ramo do Direito Privado pois regula relações entre sujeitos privados, relações de natureza privada, é um ramo do Direito Privado Especial relativamente ao Direito Privado Comum (Direito Civil), especial devido a sua autonomização relativamente ao Direito Privado Comum.

O Direito do Trabalho tem natureza privada mas isso não significa que o mesmo não tenha conexões com o Direito Público em especial o Direito Administrativo, mas esta situação não é exclusiva deste tipo de relações e nem por isso lhe retira a sua natureza privada, outros ramos do direito também autónomos, possuem conexões com outros ramos do direito, quer públicos quer privados.

2.3 Contrato de Prestação de Serviços

2.3.1 Conceitualização do contrato de prestação de serviços

O artigo 1154 do Código Civil define o contrato de prestação de serviços como sendo “... aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.”

No contrato de prestação de serviços uma das partes se obriga para com a outra a prestar-lhe determinada actividade, mediante certa remuneração ou não. O contrato de prestação de serviços ou a *locatio operarum* é um negócio jurídico pelo qual alguém (o prestador) compromete-se a realizar uma determinada actividade com conteúdo lícito no interesse de outrem (o tomador) mediante certa e determinada remuneração.

No contrato de prestação de serviços, um sujeito coloca à disposição de outrem, durante certo tempo, seus próprios serviços, em troca de retribuição.

A prestação de serviços é toda espécie de actividade ou trabalho lícito, material ou imaterial, contratada mediante retribuição. Os Contratos de Prestação de Serviços são celebrados *intuitu personae*, ou seja, nenhuma das partes pode ser substituída sem o consentimento da outra.

O contrato de prestação de serviços tem os seguintes sujeitos: Tomador ou Contratante e Prestador de Serviços ou Contratado: o primeiro contrata os serviços de outrem ou beneficia dos mesmos, o segundo fornece a sua força de trabalho ou intelectual para a prestação de determinado serviço.

No contrato de prestação de serviço trata-se de proporcionar ao credor certo resultado do trabalho. Este resultado é que interessa ao credor, não importando como ele é obtido e em que condições, desde que se cumpram os prazos previstos no contrato¹¹.

O Contrato de Prestação de Serviço apresenta as principais e mais comuns cláusulas. Deve ser adaptado à natureza de cada instituição e de cada serviço que será objecto do contrato. Por exemplo, podem ser incluídos novos itens que determinam: obrigações e compromissos quanto à publicidade nos materiais que divulgam os resultados do serviço (menção da autoria, propriedade, apoio, financiamento, etc.); direitos de propriedade e de utilização dos materiais obtidos durante o serviço e dos produtos finais que foram gerados (informações, documentos, materiais); as responsabilidades civis durante a execução de serviços (quem se responsabiliza, e como, pela ocorrência de acidentes, por dívidas realizadas ou por infracção de leis).

A conclusão dos serviços contratados pode extinguir um contrato de prestação de serviços, bem como a morte de uma das partes (embora a regra geral para contratos seja o inverso – em caso de morte as obrigações e direitos são transmitidas aos herdeiros).

A extinção do contrato em virtude da morte do prestador de serviços, resulta do facto deste tipo de contrato ter a natureza pessoal, isto é, dizer respeito essencialmente à pessoa do prestador de

¹¹ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, 2ª Edição, Coimbra Editora – 2010, P.68

serviços, que possui certas e especiais qualificações na prestação do serviço, podendo a sua substituição desvirtuar o resultado pretendido.

Além dos casos citados acima, contratos com prazos de execução acima do máximo permitido devem ser extintos, assim como contratos com a impossibilidade de continuidade, por motivo de força maior. Temos, ainda, os casos de extinção do contrato por resolução de uma das partes, com ou sem justa causa.

Genericamente, a prestação de serviços pode ser assegurada sob diversas formas, tais como profissional liberal, sociedade comercial e comerciante em nome individual. Estas formas estão sujeitas a diferentes regimes legais e tributários.

Neste tipo de contrato a remuneração é paga por quem contrata o serviço (normalmente o tomador) e tem as seguintes **características**¹²:

- Quanto à sua natureza jurídica trata-se de um **contrato bilateral**, prestação recíproca, onde atribuem obrigações a ambas partes, ou para todas as partes intervenientes;
- **Contrato Sinalagmático** onde as partes são credoras e devedoras entre si. O tomador é simultaneamente credor do serviço e devedor da remuneração enquanto que o prestador é credor do preço e devedor do serviço;
- É um **contrato oneroso** onde os contratantes têm direitos e deveres, vantagens e obrigações, a carga contratual está repartida entre eles, embora nem sempre em igual nível e a retribuição pelo serviço prestado se dá normalmente, por meio de pagamento de honorários e é responsabilidade do tomador;

¹² www.Jurisway.org.br

- É **contrato consensual** que se aperfeiçoa com a simples vontade dos contratantes, seja este formal ou não. O contrato não exige a forma escrita;
- É **contrato comutativo ou predeterminado**, posto que as partes já sabem desde logo quais as suas prestações, qual o objecto do negócio, quais são os seus ganhos;
- Trata-se ainda de **contrato informal** posto que não solene não sendo exigida sequer forma escrita para sua plena configuração.

A prestação de serviço compreende toda actividade lícita de serviço especializado, realizado com liberdade técnica, sem subordinação e mediante certa retribuição. Na prestação de serviço não há espaço para emissão de instruções genéricas por parte do credor da prestação ¹³. Quanto ao preço ou retribuição deve estar presente, visando a própria configuração do contrato, à excepção de uma prestação de serviços que não envolve a retribuição.

É por conta da função social do contrato que se impõe legitimamente a vedação ao enriquecimento sem causa. Desta forma, não havendo acordo eventual sobre o arbitramento da retribuição, o ajuste judicial poderá basear-se na realidade social.

O contrato de prestação de serviços no campo civil é residual, somente as prestações de serviços não atingidas pela legislação própria de índole trabalhista permanecem regulados pelo ordenamento civil.

A real função do contrato não é a segurança jurídica e, sim atender aos interesses dos contratantes. O pagamento do contrato de prestação de serviço far-se-ia depois de prestado o serviço, se por convenção ou costume não houver sido acordado diferentemente. E nada obsta que haja o adiantamento da remuneração.

¹³ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, 2ª Edição, Coimbra Editora – 2010, P.69

Podemos apontar alguns exemplos de contratos de prestação de serviço, nomeadamente, o trabalho autónomo (profissionais liberais e representantes comerciais); O trabalho eventual (realizado quando necessário como é o caso dos jardineiros); A terciarização de serviços (trabalho realizado pelas pessoas prestadoras de serviços a terceiros: limpeza, segurança, conservação de elevadores).

2.4 Distinção Entre Contrato de Trabalho e Contrato de Prestação de Serviço

A distinção entre o contrato de trabalho e o de prestação de serviços, ainda que fácil em abstracto, na prática é muito difícil. Tal deve-se não só à existência de uma certa interligação entre os elementos essenciais de ambos os tipos contratuais, como à existência de uma "zona cinzenta", em que tanto podemos estar perante um contrato de trabalho como perante um contrato de prestação de serviços.

A complicar tudo, o clássico modo de prestação do contrato de trabalho está a perder o seu relevo, adaptando-se à necessária evolução laboral de forma a melhor corresponder às exigências colocadas aos trabalhadores.

É muito comuns as empresas por questões económicas e de mercado, formalizarem as suas relações com os colaboradores através de contratos de prestação de serviços, quando afinal o que existe de facto é uma relação laboral.

Nos casos duvidosos, o que releva é a situação concreta, a relação material subjacente a determinada relação jurídica não se concedendo especial importância ao “nome” atribuído pelas partes ao contrato celebrado entre si.

O que releva legalmente é a situação jurídica individualmente considerada, aquela situação material em concreto, as relações concretas entre as partes, e qual ou quais os elementos predominantes. A primazia é material e não a nomenclatura.

A verificação de alguns dos indícios, faria presumir a existência de contrato de trabalho, protegendo a parte mais débil na relação laboral - o trabalhador - através da inversão do ónus da prova.

Se o empregador entendesse não estar perante um contrato de trabalho, mas sim perante um contrato de prestação de serviços, então caberia a ele a prova da autonomia. Prova esta, facilitada na prática, na medida em que o empregador goza de uma posição de supremacia face ao trabalhador.

A distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços assenta em dois elementos essenciais: o objecto do contrato (prestação de actividade ou obtenção de um resultado); e o relacionamento entre as partes (subordinação ou autonomia).

O contrato de trabalho tem como objecto a prestação de uma actividade e, como elemento típico e distintivo, a subordinação jurídica do trabalhador, traduzida no poder do empregador conformar através de ordens, directivas e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou.

Diversamente, no contrato de prestação de serviços, o prestador obriga-se à obtenção de um resultado, que efectiva por si, com autonomia, sem subordinação à direcção da outra parte. Compete ao prestador de serviço programar a sua actividade e definir os meios e o tempo de execução¹⁴.

Para determinar a natureza e o conteúdo das relações estabelecidas entre as partes de um contrato, há que averiguar qual a vontade revelada pelas partes – quer quando procederam à sua qualificação, quer quando definiram as circunstâncias em que se exerceria actividade – e proceder à análise do condicionalismo factual em que, em concreto, se desenvolveu o exercício da actividade no âmbito daquela relação jurídica, prevalecendo a execução efectiva em caso de contradição entre o acordado e o realmente executado.

¹⁴ LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Serviços de Acção Social da U.C., Coimbra – 2004, P.36

Assim, “*para sabermos se a prestação que pretendemos ver exercida por um trabalhador se enquadra num contrato de trabalho (e portanto será uma relação laboral) ou num contrato de prestação de serviços, há que analisar dois aspectos fundamentais: objecto do contrato e o relacionamento entre as partes.*”¹⁵

Ou seja:

1. O objecto do contrato: prestação de actividade ou obtenção de um resultado;
2. O relacionamento entre as partes: subordinação ou autonomia.

Se pretendemos do colaborador a prestação de uma actividade, definida pela empresa, com subordinação jurídica, o desenvolvimento da actividade a prestar pelo colaborador está sujeita a ordens directas do empregador, à sua direcção, então teremos um contrato de trabalho.

Se, pelo contrário, o que motivou a contratação foi a finalidade de obtenção de determinado resultado, a desenvolver pelo colaborador, com autonomia técnica (e na maior parte das vezes autonomia de meios), então estaremos perante um contrato de prestação de serviços.

O trabalhador autónomo se distingue do empregado, porque não está submetido ao poder de direcção e de fiscalização, não tem horário regulamentar, não tem obrigação de produtividade mínima diária ou horária, não tem dever de comparecimento ao serviço, etc. No empregado, encontraremos sempre a figura de um subordinado, regido por um contrato de trabalho subordinado.

A dependência económica não pode ser tida como sinónimo de subordinação jurídica. Deve ser vista como parte da mesma, como uma primeira concepção para justificar a subordinação do trabalhador ao empregador, por força de um facto evidente: o trabalhador depende do seu salário para sobreviver e quem paga o salário é o empregador, de modo que, por razões económicas, há subordinação do empregado ao empregador.

¹⁵ FERNANDES, António (1998) *Direito do Trabalho*. Volume I, Décima Edição. Livraria Coimbra Almedina. P.129

O autónomo distingue-se do empregado por ser autor de suas determinações, dono de si mesmo, livre de injunções disciplinares e ingerência do tomador de serviços. O trabalhador é subordinado se receber ordens de fazer ou deixar de fazer; tiver hora de entrada e saída obrigatória, mesmo que originalmente fixados pelo próprio trabalhador, se recebe repreensão, advertência, suspensão ou qualquer outra forma de exercício de poder punitivo, mesmo verbal, pois significa enquadramento em disciplina.

O autónomo não está obrigado a trabalhar no momento e segundo a forma pretendida pelo tomador de serviços. A interferência elimina a autonomia. As ordens de comando da execução dos serviços, sua oportunidade, meios, modo e forma, importam na subordinação. O objecto da prestação de serviços não deve ser confundido com poder directivo.

Na relação de trabalho autónoma as partes devem ser livres para estabelecer o objeto do trabalho a ser executado e os honorários pela execução. Ao prestar o trabalho o trabalhador deve observar o cumprimento do trabalho segundo o ajustado sob pena de tornar impossível a vinculação de interesses.

Resumidamente, podemos dizer que, o contrato de trabalho cria a chamada relação de emprego de ordem trabalhista, alimentado por três elementos caracterizadores: habitualidade, subordinação, a dependência económica e a prestação de serviço não gera qualquer vínculo trabalhista. O prestador de serviço trabalha sob a fiscalização do tomador, mas não existe hierarquia entre eles¹⁶.

Um dos primeiros sinais que nos permite distinguir se estamos perante prestação de serviços ou contrato de trabalho é a existência de instrumentos de trabalho. Se pertencerem a quem vai beneficiar com a actividade, tal indica-nos que poderemos estar perante um contrato de trabalho.

¹⁶ www.Jurisway.org.br

Se pertencerem a quem executa a actividade, a situação enquadra-se numa prestação de serviços. Havendo as duas situações, este poderá não ser um factor importante para nos ajudar à distinção entre prestação de serviços e contrato de trabalho.

O local de trabalho onde a actividade é exercida é outro índice. Se a actividade for exercida nas instalações do destinatário, ou em local indicado por este, estaremos perante um contrato de trabalho. Exceptuam-se situações onde o local de trabalho depende da actividade a ser executada.

A existência de horário de trabalho (hora de início e fim de actividade) pode levar-nos a um contrato de trabalho. A não existência de horário de trabalho consubstancia a prestação de serviços.

A remuneração pode ser feita conforme as tarefas que se executam, ou conforme o tempo de trabalho. Quando alguém é remunerado à hora, tal situação é típica de um contrato de trabalho. Porém, se alguém for pago conforme cada tarefa que executa, tal situação constitui uma prestação de serviços. Se o executante da actividade auferir subsídio de Natal, subsídio de férias, tudo faz crer que estamos perante um contrato de trabalho.

Se a remuneração for variável e nem sempre periódica (variar o montante e não ser pago, por exemplo, mensalmente), tudo indica que estamos perante uma prestação de serviços. Para ser contrato de trabalho, a remuneração deve ter, pelo menos, uma parte fixa, ser periódica e regular.

Associado a este critério da remuneração, poderemos falar de outro indício importante. A prestação do executante é uma prestação de mera actividade (de meios), ou uma prestação de resultados? Numa prestação de meios, a actividade considera-se realizada apenas com a sua execução independentemente do resultado atingido, enquanto na prestação de resultados não basta executar a tarefa, há que atingir um determinado objectivo.

O critério de distinção é saber o que é mais importante: a mera execução da tarefa, ou o resultado a atingir? Numa prestação de meios, tudo aponta para a existência de contrato de trabalho, enquanto que numa prestação de resultados tudo aponta para prestação de serviços. Se o contrato

é de execução continuada como, por exemplo, a existência de férias, ou com o cumprimento dos deveres impostos pelo artigo 58 da Lei do Trabalho, então estaremos perante um contrato de trabalho.

Outra diferença fundamental entre os dois contratos, é o conceito de pessoalidade. No contrato de trabalho o trabalhador não pode delegar sua função a outra pessoa em hipótese alguma, enquanto no contrato de prestação de serviços, salvo cláusula expressa prevendo a pessoalidade, o prestador de serviços pode fazer-se substituir, desde que a prestação seja cumprida.

O risco ajuda-nos a distinguir se estamos perante contrato de trabalho ou prestação de serviços. Na falta de possibilidade em realizar a actividade, quem fica em desvantagem? Num contrato de trabalho, o risco corre por conta do empregador, devendo sempre retribuir o trabalhador, ainda que este não possa executar a actividade, por motivos que não lhe possam ser imputáveis (doença, morte de familiar, etc.).

Num contrato de prestação de serviços, o risco corre por conta dos dois: o destinatário da actividade não atinge o resultado pretendido com esta, e o executante não auferirá a retribuição.

Quem executa a actividade encontra-se inserido na estrutura organizacional da empresa que beneficia com a actividade ou não? Se sim, o contrato tem a qualificação de contrato de trabalho, se não, estamos perante um contrato de prestação de serviços.

O recurso a colaboradores é outro critério que nos ajuda nesta nossa distinção. Num contrato de prestação de serviços, o recurso a colaboradores, por parte do prestador da actividade, leva a uma situação de prestação de serviços. Por exemplo, electricistas, reparadores de televisão, etc. O importante é que aquela actividade seja feita, independentemente de quem a execute, permitindo que o prestador de serviços possa recorrer a terceiros que o coadjuvem.

O contrato de trabalho, sendo um contrato *intuitu personae*, não permite que o executante recorra a colaboradores. Há que ressaltar a situação de existirem prestadores de serviços que contratem colaboradores em regime de contrato de trabalho.

No contrato de trabalho o empregado será necessariamente pessoa física; na prestação de serviço poderá ser pessoa física ou jurídica e realiza trabalho autônomo. A prestação de serviço possui natureza eventual e esporádica.

Quanto ao objecto, a grande diferença entre os contratos de trabalho e os contratos de prestação de serviços é que o primeiro tem como objecto uma actividade, enquanto no segundo o objecto é um resultado.

Podemos também apontar como diferença entre os dois tipos de contratos em análise, a sua duração. O contrato de trabalho é, em regra, concluído por tempo indeterminado (princípio da continuidade da relação de emprego). Já os contratos de prestação de serviços têm, obrigatoriamente, um prazo determinado para acabar, já que no momento em que se cumpre o objecto considera-se extinto o contrato¹⁷.

O contrato de trabalho é obrigatoriamente oneroso. Sem retribuição, não há contrato de trabalho. A retribuição pode revestir várias formas. A prestação de serviços pode compreender retribuição ou não. Assim sendo, o contrato de prestação de serviços pode ser gratuito ou oneroso.

Dos vários índices de distinção o que mais nos dá segurança na distinção entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços é o critério da subordinação jurídica. A subordinação jurídica do trabalhador inclui o poder disciplinar que o empregador exerce sobre aquele, e o poder de direcção. Poder disciplinar é a possibilidade de o empregador aplicar sanções ao trabalhador. Poder de direcção são as orientações e ordens dadas pelo empregador no decorrer da actividade¹⁸.

No contrato de prestação de serviços existe autonomia do prestador de serviços. Não é de todo justo impor-se a um arquitecto, a um advogado ou a um médico a forma de realizar a sua

¹⁷ www.Jurisway.org.br

¹⁸ LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Serviços de Acção Social da U.C., Coimbra – 2004, P. 103

actividade. No entanto, é possível dar orientações, traçar os termos em que o trabalho deve ser prestado e acompanhar/fiscalizar o desenvolvimento da actividade.

Outro critério igualmente importante é a dependência económica. O facto de alguém trabalhar com exclusividade para uma empresa e ser esse o seu único sustento, configura um contrato de trabalho. Pelo contrário, no contrato de prestação de serviços não existe exclusividade.

Podemos socorrer-nos de outro critério que ajuda a concluir se há dependência económica: saber quem é o beneficiário da actividade. Se o beneficiário não for quem contrata, mas um terceiro, então não há dependência económica. Se, por sua vez, o beneficiário que contrata é o único interessado, há dependência económica. Por fim, temos indícios externos face à relação contratante-contratado, que é saber se quem presta o serviço está sindicalizado e inserido nas finanças e na segurança social.

CAPÍTULO III - ABORDAGEM METODOLÓGICA

Antes de apresentar os procedimentos e técnicas metodológico para a elaboração da presente pesquisa, pretende-se definir o conceito de método. De acordo com Rochardson (1999:70) “o método é visto como uma escolha de procedimentos sistemáticos para a descrição e explicação de fenómenos.” Para a proiecção deste trabalho foi com base na Pesquisa Qualitativa, Pesquisa Bibliográfica e Pesquisa Documental.

3.1 Pesquisa Qualitativa

De acordo com Denzin e Lincon (2006:17) “a pesquisa Qualitativa envolve uma abordagem naturalista , interpretativa, para o mundo, o que significa que os seus pesquisadores estudam as coisas em seus cenários naturais, tentando entender, ou interpretar os fenómenos em termos de significados, que as pessoas a eles conferem”. Este tipo de pesquisa, permitiu que a investigadora percebesse quais os factores subjacentes a opção do patronato pelo contrato do trabalho em detrimento do contrato de prestação de serviço.

3.2 Técnicas de Colecta de Dados

Para a elaboração deste trabalho foi com base ao uso de instrumentos como a entrevista. De acordo com Marconi e Lakatos (1999:94) “a entrevista é um encontro de duas pessoas a fim de que uma delas obtenha informações a respeito de um determinado assunto., mediante a uma conversação de natureza profissional”

No presente estudo, para a recolha de dados baseou-se em entrevista não estruturada. Segundo Marconi e Lacatos (1999: 96), a entrevista não estruturada é aquela em que “o entrevistado tem a liberdade para desenvolver cada situação em qualquer direção que considera adequada. Em geral as pergunta são abertas e podem ser respondidas dentro de uma conversação informal”.

Com base a raciocínio acima referenciado, a pesquisadora, para este caso, obteve informações pertinentes em conversas informais junto aos, diretores de recursos humanos, advogados e empregados.

3.3 Pesquisa Bibliográfica

Segundo Marcone e Lakatos (2009: 43-44), Pesquisa bibliográfica ou de fontes secundárias, trata-se de levantamento de toda bibliografia já publicada, em formas de livros, revistas avulsas e imprensa em escrita. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contacto directo com tudo que já foi publicado sobre um determinado assunto. Para este caso, a pesquisadora recorreu-se em autores que abordam assuntos relacionados com direito de trabalho, contrato de trabalho, teoria geral de direito civil com vista a aclarar a compreensão do tema em análise.

3.4 Pesquisa Bibliográfica

Esta é desenvolvida com base no material já elaborado (basicamente livros e artigos científicos). Segundo Gil (2002: 56-57) são comuns no campo económico, pesquisas implementadas, até exclusivamente, com apoio em fontes bibliográficas. Portanto, a pesquisa bibliográfica é fundamental porque recorre a bibliografia que permite obter informação relativamente a forma como os diversos autores trataram a questão. De acordo com o autor supracitado, “a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no facto de permitir o investigador a cobertura de fenómeno muito mais amplo do que aquele que poderia pesquisar directamente”.

3.5 Pesquisa Documental

De acordo com Marcone e Lakatos (2009: 43) “A pesquisa Documental (ou fontes primárias) são aquelas de primeira mão, provenientes dos próprios órgãos que realizam a observação. Por conseguinte, a pesquisa engloba todos os materiais, ainda não elaborados, escritos ou não, que podem servir como fonte de informação para a pesquisa científica. No entanto, importa enfatizar que este tipo pesquisa por vezes é feito com materiais que não tiveram tratamento analítico, ou que, de acordo com os objectivos, os mesmos podem ser reelaborados.

É importante referenciar que parte significativa da informação obtida para análise deste trabalho foram obtidos através da pesquisa documental, em que a pesquisadora recorreu para descrever e demonstrar com exactidão as lacunas existentes nos textos contratuais. Para este caso, houve consultas de contratos de trabalho.

CAPÍTULO IV – DISCUSSÃO DE RESULTADOS

4 Regime jurídico do Contrato de Trabalho e Contrato de Prestação de Serviços

4.1 Regime Jurídico do Contrato de Trabalho

O artigo 18 da Lei do Trabalho define o contrato de trabalho como sendo o acordo pelo qual uma pessoa, trabalhador, se obriga a prestar actividade a outra pessoa, empregador, sob a autoridade e direcção desta, mediante remuneração.

Naquela definição estão bem patentes as características do contrato de trabalho, seus elementos, nomeadamente o acordo de vontades, a prestação de actividade, a subordinação jurídica e a remuneração.

A Lei do Trabalho no artigo 58, estabelece os vários deveres do trabalhador perante o empregador. O trabalhador ao cumprir a sua actividade laboral deve prestá-la com observâncias dos deveres plasmados na Lei do Trabalho, um dos quais é a comparência ao trabalho com pontualidade e assiduidade, conforme preceitua alínea a) daquele dispositivo legal.

A não observância dos deveres de pontualidade e assiduidade pode levar o trabalhador a ser sancionado disciplinarmente pelo empregador pois constituem infracções disciplinares, conforme a alíneas *a*) e *b*) (por em itálico as alíneas para diferenciar) do nº 1 do artigo 66 artigos conjugado com a parte final do nº 1 do artigo 106 da Lei do trabalho.

O empregador por seu turno possui deveres, descritos no artigo 59 da Lei do Trabalho, que se traduzem no respeito dos deveres do trabalhador, estes previstos no artigo 54 do mesmo diploma legal.

A subordinação jurídica que caracteriza o contrato de trabalho investe o empregador de determinados poderes jurídicos, nomeadamente o poder de fixar, dirigir, regulamentar e

disciplinar os termos e as condições em que a actividade deve ser prestada pelo trabalhador, conforme se extrai do artigo 60 da Lei do Trabalho.

Os poderes do empregador exercidos sobre o trabalhador, coloca este numa situação de subordinação, a sua actividade não é prestada com autonomia mas sim com dependência hierárquica, jurídica, devendo observar as orientações, instruções do empregador.

No contrato de trabalho as partes acordam um horário de trabalho de início e termo do período normal de trabalho, incluindo os intervalos de descanso; esse horário deve observar os limites legais de duração do período normal de trabalho, conforme se extrai dos números 1 e 3 do artigo 87 da Lei do Trabalho.

A existência do horário de trabalho ajuda-nos a determinar se estamos perante um contrato de trabalho ou de prestação de serviço, em caso de dúvida, pois o horário de trabalho é próprio dos contratos de trabalho e não dos contratos de prestação de serviço.

O trabalhador tem uma série de direitos, nomeadamente as férias. O nº 1 do artigo 98 da lei do Trabalho dispõe que o trabalhador tem direito a férias remuneradas e esse direito é irrenunciável.

De acordo com a definição do contrato de trabalho previsto no artigo 18 da lei do trabalho, a remuneração é um elemento essencial do contrato de trabalho, contrariamente ao contrato de prestação de serviço. A ausência de remuneração desqualifica o contrato de trabalho.

Segundo a alínea d) do nº 5 do artigo 54 da lei do Trabalho, é reconhecido ao trabalhador o direito de ser remunerado em função da quantidade e qualidade do trabalho que presta. Por seu turno, a alínea e) do artigo 59 da lei do Trabalho prevê como um dos deveres do empregador, pagar ao trabalhador uma remuneração justa em função da quantidade e qualidade do trabalho prestado.

A Lei do Trabalho protege de forma especial o direito do trabalhador à remuneração. Com efeito, o nº 1 do artigo 114 da Lei do Trabalho dispõe que a remuneração não deve, na pendência do

contrato de trabalho, sofrer qualquer desconto ou retenção que não seja expressamente autorizado, por escrito, pelo trabalhador.

Em caso de falência ou liquidação judicial de uma empresa, o trabalhador é considerado credor privilegiado em relação às remunerações que lhe forem devidas referentes ao período anterior à declaração de falência ou liquidação., como se extrai do n.º 1 do artigo 120 da lei do trabalho.

Por sua vez o artigo 121 da Lei do Trabalho considera nulas as cláusulas pelas quais o trabalhador renuncia o seu direito a ser remunerado ou em que se estipule a prestação gratuita do trabalho.

Como regra os contratos de trabalho têm uma duração indeterminada, são de execução continuada ao contrário dos contratos de prestação de serviços. A Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto prevê a celebração de contratos de trabalho por tempo indeterminado e a prazo certo e incerto no seu n.º 1 do artigo 41.

A celebração de contratos de trabalho a prazo certo constitui uma excepção à regra. O contrato de trabalho a prazo certo está sujeito a limitações. Com efeito, o n.º 1 do artigo 40 da Lei do Trabalho dispõe que o contrato de trabalho a prazo certo só pode ser celebrado para a realização de tarefas temporárias e pelo período estritamente necessário.

Por seu turno, o n.º 2 e respectivas alíneas do artigo 40 da Lei do Trabalho enumera as situações de carácter temporário, nomeadamente a substituição de trabalhadores que, por qualquer razão, estejam temporariamente impedidos de prestar a sua actividade; a execução de tarefas que visem responder ao aumento excepcional ou anormal da produção, bem como a realização de actividades sazonais; a execução de actividades que não visa a satisfação de necessidades permanentes do empregador; a execução de uma obra, projecto ou outra actividade determinada e temporária, incluindo a execução, direcção e fiscalização de trabalhos de construção civil, obras públicas e reparações industriais, em regime de empreitada; prestação de serviços em

actividades complementares de construção civil e obras, nomeadamente a subcontratação e terceirização de serviços.

A Lei do Trabalho estabelece um regime jurídico restritivo na contratação de mão-de-obra, mediante o contrato de trabalho a prazo certo. Na verdade a regra na contratação de trabalhadores é o contrato de trabalho por tempo indeterminado.

A entidade empregadora só pode contratar trabalhadores mediante um contrato de trabalho a prazo certo se as actividades a contratar tiverem carácter temporário pois, caso contrário, a entidade empregadora estará a incorrer numa ilegalidade.

O nº 1 do artigo 40 da Lei do Trabalho prevê a celebração de contratos a prazo certo com a duração máxima de dois anos e sujeitos a uma única renovação, sem prejuízo do regime das pequenas e médias empresas.

As pequenas e médias empresas têm um tratamento especial e diferenciado com o regime regra. Com efeito, o nº 3 do artigo 42 da Lei do Trabalho atribui às pequenas e médias empresas a faculdade de celebrarem livremente os contratos de trabalho a prazo certo, nos primeiros dez anos da sua actividade.

Outra possibilidade da celebração de contratos a prazo certo ocorre com os jovens recém-formados. O nº 1 do artigo 241 da Lei do Trabalho dispõe que tendo em vista a promoção do emprego é consagrada a liberdade de utilização do contrato de trabalho a prazo para os jovens recém-formados.

O período probatório ou experimental, como a fase inicial da execução do contrato de trabalho que tem como finalidade a aferição das aptidões do trabalhador e efectivação das obrigações assumidas pelas partes ocorre nos contratos de trabalho, não se justificando nos contratos de prestação de serviço pois nestes últimos não existe subordinação jurídica, e o que interessa não é a actividade mas sim o resultado.

O número 1 do artigo 46 da Lei do Trabalho define o período probatório como sendo o tempo inicial de execução do contrato de trabalho. O período probatório é a primeira fase das relações de trabalho estabelecida entre o trabalhador e o empregador. Esta fase tem como principal finalidade permitir às partes um mútuo conhecimento por meio de funcionamento das relações laborais e o seu principal fundamento é aferir as aptidões do trabalhador e as condições de trabalho da entidade empregadora. Entre as partes, existe a necessidade de uma avaliação em concreto e o grau de satisfação ou insatisfação das expectativas reciprocamente criadas na fase preliminar¹⁹.

Os prazos do período probatórios encontram-se previstos no artigo 47 da Lei do Trabalho. Os contratos por tempo indeterminados podem estar sujeitos a períodos probatórios de 90 dias e de 180 dias, este último prazo, para os técnicos de nível médio e superior, incluindo os trabalhadores que exercem cargos de chefia.

Segundo o n.º 1 do artigo 50 da lei do Trabalho dispõe que no decurso do período probatório, qualquer das partes pode denunciar o contrato de trabalho sem necessidade de invocar a justa causa e sem direito a indemnização, bastando a comunicação a outra parte com aviso prévio, por escrito, de 7 dias. O período probatório tem a natureza de uma cláusula condicional²⁰, pois nesse período as partes podem resolver o contrato de trabalho.

Os trabalhadores têm direito de constituírem uma organização para a defesa e promoção dos seus direitos laborais, nomeadamente a constituição de Sindicatos de Trabalhadores, como se dispõe no n.º 1 do artigo 137 da Lei do Trabalho.

Os trabalhadores têm também o direito de realizar uma greve para a defesa dos seus direitos legítimos postos em causa pelo empregador segundo o artigo 194 da lei do Trabalho.

¹⁹ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra- 2002, P. 410

²⁰ CF. Art. 270 do Código Civil

Situação diversa não ocorre com os contratos de prestação de serviço, o prestador de serviço não observa uma greve apenas pode não executar os serviços por factos relacionados com a violação do contrato de prestação de serviço pelo tomador.

No contrato de trabalho, o empregador está obrigado a celebrar um contrato de seguro colectivo por riscos profissionais, normal e agravado conforme os artigos 231 e 232 todos da Lei do trabalho. Esta obrigação não se verifica nos contratos de prestação de serviço, onde o prestador pode prestar o serviço sem obrigação específica de assegurar o risco pois é este que incorre no risco de danos durante a prestação do serviço e não o tomador.

4.2 Regime Jurídico do Contrato de Prestação de Serviços

O regime jurídico geral dos contratos de prestação de serviços encontra-se regulado no artigo 1154º e seguintes do Código Civil. Para além do regime jurídico geral do Código Civil encontramos regimes especiais plasmados em legislações avulsas.

Partindo do regime geral, o artigo 1154 do Código Civil define o contrato de prestação de serviços como sendo “... *aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.*”

No contrato de prestação de serviço, o objecto do contrato é o resultado, a remuneração não constitui elemento caracterizador deste tipo de contrato podendo ou não ter lugar. No entanto, a prática mostra que a maioria dos contratos de prestação de serviços tem a remuneração, sendo a prestação gratuita uma situação marginal.

O artigo 1155 do Código Civil indica como modalidades do contrato de prestação de serviços o mandato, o depósito e a empreitada, e o Código Comercial prevê os contratos de prestação de serviços mercantis e o contrato de transporte, que passamos a analisar nos parágrafos subsequentes.

a) Contrato de Mandato

Segundo o artigo 1157 do Código Civil, o contrato de mandato é “ o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra ”. Nesta modalidade o mandante incumbe outrem, mandatário, de praticar um ou mais actos jurídicos por conta daquele, ou seja no seu interesse, retribuindo se o mandato for oneroso.

O mandato presume-se gratuito, excepto se tiver por objecto actos que o mandatário pratique por profissão, pois neste caso o mandato será oneroso, como se extrai do n 1 do artigo 1158 do Código Civil.

Os casos de mandatários que praticam o mandato como profissão temos como exemplo os advogados, gestores e administradores de empresas. Estes executam o mandato depois de haver um acordo quanto à sua remuneração.

Para a execução do mandato, o mandante confere ao mandatário poderes de representação (mandato com representação) através de procuração (acto pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos).

Segundo o artigo 1161 e respectivas alíneas do Código Civil, o mandatário possui uma série de obrigações, nomeadamente praticar os actos compreendidos no mandato, segundo as instruções do mandante; prestar as informações que lhe o mandante solicite relativas ao estado da gestão; comunicar ao mandante, com prontidão, a execução do mandato ou, se o não tiver executado, a razão por que assim procedeu; prestar contas, findo o mandato ou quando o mandante as exigir; entregar ao mandante o que recebeu em execução do mandato ou no exercício deste, se o não despendeu normalmente no cumprimento do contrato.

Segundo o artigo 1162 do Código Civil, o mandatário pode deixar de executar o mandato ou afastar-se das instruções recebidas pelo mandante, quando seja razoável supor que o mandante aprovaria a sua conduta, se conhecesse certas circunstâncias que não foi possível comunicar ao mandante em tempo útil.

Depois de o mandatário comunicar ao mandante a execução ou não do mandato e haver silêncio da parte do mandante por tempo superior àquele que o mandante teria se pronunciado, segundo os usos e costumes, ou de acordo com a natureza do assunto, considera-se aprovada a conduta do mandatário, como se extrai do artigo 1163 do Código Civil.

O mandante por seu turno tem obrigações previstas no artigo 1167 do Código Civil, nomeadamente fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato, se outra coisa não for convencionada; pagar ao mandatário as despesas feitas que este fundadamente tenha considerado indispensáveis, com juros legais desde a data em que foram realizadas; indemnizar o mandatário dos prejuízos sofridos em consequência da execução do mandato, ainda que o mandante tenha procedido sem culpa.

O mandatário pode abster-se de executar o mandato enquanto o mandante estiver em mora quanto à obrigação de fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato, conforme o artigo 1168 conjugado com a alínea a) do artigo 1167, todos do Código Civil.

O mandato é livremente revogável por qualquer das partes, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito da revogação, mas se o mandato tiver sido conferido também no interesse do mandatário ou terceiro, não pode ser revogado pelo mandante sem acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa, como se extrai dos números 1 e 2 do artigo 1170 do Código Civil.

b) Contrato de Depósito

O artigo 1185 do Código Civil define o contrato de depósito como sendo aquele em que uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida.

O contrato de depósito pode ser oneroso ou gratuito se haver remuneração ou não conforme o artigo 1158 por remissão do artigo 1186, todos do Código Civil.

Nos termos do artigo 1187 e respectivas alíneas, o depositário é obrigado a guardar a coisa depositada; a avisar imediatamente o depositante, quando saiba que algum perigo ameaça a coisa

ou que terceiro se arroga direitos em relação a ela, desde que o facto seja desconhecido do depositante; a restituir a coisa com os seus frutos.

O depositário não tem o direito de usar a coisa depositada nem dar em depósito a outra pessoa, se o depositante não tiver dado a correspondente autorização, segundo o artigo 1189 do Código Civil.

No caso de depósito cerrado, o depositário deve guardar a coisa e restituí-la no mesmo estado, sem a devassar, na eventualidade do invólucro ou recipiente ser violado, presume-se que houve culpa do depositário, como se extrai dos números 1 e 2 do artigo 1191 do Código Civil, respectivamente.

O depositante por seu turno está obrigado a pagar ao depositário a retribuição devida; a reembolsá-lo das despesas que ele fundadamente tenha considerado indispensáveis para a conservação da coisa, com juros legais desde que foram efectuadas; a indemnizar o depositário dos prejuízos sofridos em consequência do depósito, salvo se o depositante houver procedido sem culpa, como se extrai do artigo 1199 e respectivas alíneas do Código Civil.

c) Contrato de Empreitada

Segundo o artigo 1207 do Código Civil, o contrato de empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço. Trata-se de um contrato cujo objecto consiste num produto ou resultado e não numa actividade.

O contrato de empreitada é desde logo um contrato oneroso pois existe sacrifícios patrimoniais de ambas as partes: o empreiteiro e o dono da obra.

O empreiteiro deve executar a obra em conformidade com o que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para uso ordinário ou previsto no contrato, conforme o artigo 1208 do Código Civil.

O empreiteiro executa a obra com autonomia, todavia ao dono da obra assiste-lhe o direito de fiscalizar, à sua custa, a execução da obra, desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada, segundo o disposto no nº 1 do artigo 1209 do Código Civil.

O fornecimento dos materiais e utensílios para a obra compete ao empreiteiro da obra e não ao dono da obra, salvo convenção em contrário. No silêncio do contrato os materiais devem corresponder às características da obra e não podem ser de qualidade inferior à média, segundo os números 1 e 2 do artigo 1210 do Código Civil respectivamente.

O dono da obra deve verificar, antes de aceitar a obra, se a mesma não possui defeitos e os resultados devem ser comunicados ao empreiteiro; a falta de comunicação importa aceitação da obra, segundo os números 1, 4 e 5 do artigo 1218 do Código Civil, respectivamente.

d) Contrato de Prestação de Serviços Mercantis

O contrato de prestação de serviços mercantis encontra-se previsto nos artigos 509 a 521 do Código Comercial. Este tipo de contrato o objecto é a prestação de serviços de natureza mercantil.

Segundo o artigo 510 do Código Comercial, o prestador de serviços mercantis está obrigado a conduzir o serviço com inteira boa fé, garantir a eficiência dos serviços executados; prestar os serviços compatíveis com os objectivos do contrato; não divulgar informação confidencial ou reservadas que tenha tido conhecimento em virtude da execução do contrato.

Por seu turno, o destinatário dos serviços deve disponibilizar os locais, as instalações e os equipamentos necessários para a viabilização das actividades do prestador; dirigir a execução das actividades do prestador; verificar se os serviços foram prestado nos precisos termos previstos no contrato, conforme se dispõe no artigo 511 e respectivas alíneas do Código Comercial.

O prestador de serviços mercantis é remunerado de acordo com o que as partes tiverem convencionado, podendo o destinatário dos serviços efectuar um adiantamento das despesas necessárias à execução do contrato, segundo o artigo 512 do Código Comercial.

O contrato de prestação de serviços mercantis caduca fundo o prazo estipulado ou pela realização do seu objecto, conforme o disposto no artigo 515 do Código Comercial.

e) Contrato de Transporte

O artigo 557 do Código Comercial define o contrato de transporte como sendo “ ... aquele pelo qual um pessoa se obriga a conduzir pessoas ou bens de um lugar para o outro, mediante retribuição.

No contrato de transporte de pessoas o preço denomina-se passagem e no transporte de mercadorias denomina-se frete. O contrato de transporte tem o período de vigência desde a entrada e saída ou destino de pessoas ou mercadorias do meio de transporte, segundo o artigo 561 do Código Comercial.

No transporte de passageiros, o transportador é obrigado a transportar o passageiro até ao seu destino são e salvo, devendo ser responsabilizado civilmente pelo acidente que ocorra no percurso, salvo se resultar de causa que não lhe seja imputável, segundo o n 2 do artigo 565 do Código Comercial.

No transporte de passageiros, o transportador é obrigado a entregar ao passageiro o respectivo Bilhete de passagem. No transporte de mercadorias, o expedidor deve entregar ao transportador a Guia de transporte do qual consta o nome do destinatário, o lugar de destino, a qualidade de bens transportados. O expedidor deve ainda entregar ao transportador, todos os documentos que assegurem o livre trânsito dos bens, nomeadamente os documentos relacionados com obrigações fiscais, aduaneiras, sanitárias ou policiais, conforme os artigos 576 e 577, todos do Código Comercial.

4.3 Contrato de Trabalho e Contrato de Prestação de Serviços na Lei do Trabalho

Conforme a análise feita no primeiro capítulo, o contrato de trabalho possui características específicas que o diferenciam do contrato de prestação de serviço, nomeadamente a subordinação jurídica para o contrato de trabalho e a autonomia para o contrato de prestação de serviço. No entanto, não deixa de existir pontos de aproximação e semelhanças que poderá levar a confundir um do outro.

Na tentativa de estimular a celebração de contrato de trabalho em detrimento dos contratos de prestação de serviço e tendo em atenção o comportamento fraudulento de algumas entidades empregadoras que celebravam verdadeiros contratos de trabalho mas que atribuíam o nome de contratos de prestação de serviço, a nova Lei do Trabalho no seu nº 1 do artigo 20 equipara os contratos de prestação de serviço a contratos de trabalho quando o prestador de serviço esteja numa situação de subordinação económica perante o empregador.

Mesmo havendo semelhança entre os dois tipos de contratos, numa situação de litígio, na determinação do tipo de contrato teríamos que recorrer aos índices que diferenciam o contrato de trabalho do contrato de prestação de serviços, nomeadamente a existência ou não do horário; a subordinação jurídica ou a autonomia; a exclusividade, entre outros.

O legislador equipara o contrato de prestação de serviços ao contrato de trabalho sem contudo dizer que o contrato de prestação de serviço executado nas condições de subordinação económica perante o empregador converte-se em contrato de trabalho pois a equiparação é diferente da conversão.

Fica-se na dúvida se o contrato de prestação de serviço passa a ser considerado como um contrato de trabalho ou apenas se equipara ao mesmo. O termo “ equipara-se ” significará que o legislador quis sujeitar o prestador de serviço a todos os direitos e deveres que recaem sobre o trabalhador? Temos as nossas dúvidas.

Por seu turno, o número 2 do artigo 20 da Lei do Trabalho considera nulos e convertidos a contratos de trabalho os contratos de prestação de serviço celebrados para a realização de actividades correspondentes a vagas do quadro da empresa. O legislador anula os contratos de prestação de serviço e os converte em contratos de trabalho apenas pelo simples facto de o serviço ora prestador ser igual ao da actividade das vagas do quadro da empresa e não pela existência de uma viciação do próprio contrato de prestação de serviços.

Converter de forma automática um contrato de prestação de serviço em contrato de trabalho entraria em choque com natureza deste tipo de contrato cujo trabalho deve ser livre e não por imposição da lei. O prestador de serviço pode não pretender se vincular à empresa assim como o empregador pode não querer o prestador como seu trabalhador.

Ademais o trabalho ou a actividade laboral caracteriza-se por ser um trabalho voluntário e não forçado, a própria definição do contrato de trabalho previsto no artigo 18 da Lei do Trabalho, considera o contrato de trabalho como um acordo de vontades entre o trabalhador e o empregador.

A questão da protecção de vagas existentes no quadro do pessoal da empresa já encontra protecção nos contratos de trabalho a prazo certo conforme o n.º 3 do artigo 40 da Lei do Trabalho ao prever a natureza permanente da actividade laboral.

É verdade que no n.º 3 do artigo 40 da Lei do Trabalho o legislador visa limitar a celebração de contratos de trabalho a prazo certo enquanto no n.º 2 do artigo 2.º da Lei do Trabalho, o legislador tem em vista a protecção do contrato de trabalho e o impedimento da viciação de contratos de prestação de serviços.

Não obstante aquela constatação, o legislador, quanto a nós, não foi feliz ao impedir a celebração de contratos de prestação de serviços com uma dada entidade empregadora pelo simples facto de existir na entidade empregadora vagas cuja actividade é a mesma do serviço prestado.

Com efeito, uma dada entidade empregadora pode ter no seu quadro de pessoal uma vaga de Especialista em Informática mas precisar de um outro especialista que efectue trabalhos específicos e até idênticos do que são prestados pelo trabalhador, mas com as suas especiais diferenças e vantagens para o empregador.

A entidade empregadora pode contratar uma pessoa jurídica assim como uma pessoa singular ou física para prestar os serviços pretendidos e a existência de vaga igual ao serviço não nos parece que seja fundamental para a proibição da celebração de contratos de prestação de serviços.

A Lei do Trabalho ao prever o conteúdo do artigo 20 poderá levar-nos à concluir que estará a estimular a celebração de contratos de trabalho e promover desse modo o aumento do emprego, mas é importante ter presente que nem todas as pessoas singulares obtêm rendimentos para o seu sustento através do trabalho subordinado mas sim através do trabalho autónomo.

O impedimento de as entidades empregadoras só celebrarem contratos de prestação de serviços se os serviços objecto do contrato não fizerem parte das actividades previstas no quadro de pessoal do empregador, põe em causa o empreendedorismo que actualmente está em voga. Com efeito, uma pessoa que pretenda obter rendimento através da prestação de serviços, a primeira pesquisa de mercado que faz tem a ver com os seus potenciais clientes que em grande parte podem ser as entidades empregadoras.

No entanto, aquelas poderão não celebrara contratos de prestação de serviços com o interessado apenas por causa do impedimento legal.

É verdade que alguns empregadores, numa atitude de má fé, celebram contratos de trabalho e atribuem a nomenclatura de contratos de prestação de serviços para não se sujeitarem a regras rígidas dos contratos de trabalho previstas na legislação laboral. Contudo, através da análise objectiva do contrato em causa pode-se facilmente chegar à conclusão de que se trata de um o contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

Com aquela atitude de má fé, o empregador pretende ter menos custos pois não pagará o 13º salário, subsídio de férias, descontos para o Sistema de Segurança Social, instauração de processos disciplinares, entre outras imposições da legislação laboral.

No entanto, o legislador, na intenção acautelar a viciação de contratos de prestação de serviços, acaba por penalizar os verdadeiros contratos de prestação de serviços celebrados entre entidades empregadoras e prestadores de serviços, pois as proibições legais reduzem a carteira de clientes dos prestadores de serviço.

As entidades empregadoras geralmente costumam a ter certas actividades que constituem o objecto social da empresa. Por exemplo uma empresa que se dedica à produção e venda de água terá necessariamente canalizadores e técnicos de laboratório para a dosagem dos produtos químicos na água.

No entanto, para além daqueles quadros imprescindível, a mesma entidade empregadora pode ter outros quadros que exercem actividades que não dizem respeito directo ao objecto social da empresa, mas contribuem de forma indirecta na prossecução do objecto social, nomeadamente os técnicos de informática, técnicos de contabilidade e auditoria

Para as últimas actividades descritas no parágrafo precedente, a mesma entidade empregadora não poderá complementar a actividade exercida pelos técnicos internos vinculados a um contrato de trabalho, com um prestador de serviços para prestar a mesma actividade uma vez que já existem vagas no quadro da empresa. Esta situação é desconfortável, quer para o beneficiário do serviço (Empregador) quer para o prestador do serviço.

O nº 2 do artigo 20 da lei do Trabalho determina a nulidade do contrato de prestação de serviço e a sua automática conversão em contrato de trabalho. No entanto, o regime geral previsto no artigo 293 do Código Civil estabelece uma faculdade ao preceituar que o negócio nulo pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permite supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade.

O regime do Código Civil prevê uma faculdade de conversão por parte das partes contratuais e não uma imposição legal, que sujeita o empregador e trabalhador a estarem vinculados a um contrato de trabalho quando a vontade das partes ou a sua intenção na fase de celebração do contrato de prestação de serviços nunca foi estarem vinculados a esse regime jurídico.

A redacção do artigo 20 da Lei do Trabalho tem um efeito prático apenas para aquelas situações em que efectivamente houve má fé do empregador ao enganar o trabalhador com a denominação de contrato de prestação de serviço mas quando na verdade o contrato é de trabalho pela análise do seu conteúdo.

No entanto, o legislador ao pretender proteger o trabalhador lesado pela atitude do empregador foi mais longe, protegeu de forma excessiva que chegou a prejudicar os demais e verdadeiros prestadores de serviço, com a anulação dos contratos de prestação de serviços pela simples existência das vagas semelhantes ao serviço contratado.

As entidades empregadoras por vezes fazem a tercerização de certos serviços que já eram praticados pela pessoal do quadro e para preservar os seus postos de trabalho, não eliminam as vagas, apenas contratam serviços de terceiros para melhor operacionalização do serviço e eficiência.

A tercerização de serviços e a imposição do artigo 20 da lei do trabalho, levará inevitavelmente à extinção dos contratos de trabalho pois o empregador para tornar possível legalmente a celebração de contratos de prestação de serviços será obrigado a extinguir determinadas vagas no seu quadro de pessoal, através de celebração de acordos revogatórios ou terá que alterar o objecto contratual, fazendo uma reestruturação da sua mão-de-obra.

Aliás a tercerização de serviços tem sido uma prática que tem sido ultimamente adoptado pelas empresas para reduzir o custo com a mão-de-obra. Na verdade analisada a estrutura de custos da empresa, a tercerização pode implicar redução efectiva de custos globais da empresa, noutras vezes pode apenas significar a transferência desse custo para terceiro mas que em termos globais o que se pagava em salários continua o mesmo que se paga a terceiros.

A Lei do Trabalho não estabelece uma relação clara entre o trabalho subordinado e o trabalho autónomo, nem uma delimitação dos dois tipos de contrato. Apenas procura impedir a coexistência entre os dois tipos de contratos.

O contrato de trabalho é um contrato típico ao passo que nos contratos de prestação de serviços encontramos alguns que são típicos e outros atípicos, uns com regulamentação e outros sem regulamentação específica. Para estes últimos recorre-se subsidiariamente às normas gerais do Direito Civil relativas às relações obrigacionais.

A falta de regulamentação específica dos contratos de prestação de serviços, contribui, de certo modo, para a difícil distinção entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços, pois para aqueles contratos de prestação de serviços cuja regulamentação encontra-se prevista na lei, torna-se fácil distinguir um do outro pela diferença de regimes jurídicos aplicáveis.

O contrato de prestação de serviços não conflitua com o contrato de trabalho, os dois podem coexistir sem criar entraves ao outro, bastando que os elementos caracterizadores de cada contrato estejam bem clarificados quer no contrato escrito quer em termos objectivos, na execução de cada contrato.

CAPITULO V- CONCLUSÕES

A Lei do Trabalho define no artigo 18 o contrato de trabalho como sendo “ *o acordo pelo qual uma pessoa, trabalhador, se obriga a prestar a sua actividade a outra pessoa, empregador, sob a autoridade e direcção desta, mediante remuneração.*” O contrato de trabalho tem como elementos o acordo de vontades; a prestação de actividade; a subordinação jurídica e a remuneração.

Por seu turno, o contrato de prestação de serviço é “ aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar a outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”, conforme se extrai do Artigo 1154 do Código Civil.

O contrato de trabalho apresenta várias características, nomeadamente, Contratualidade, Onerosidade, Bilateralidade, Sinalagma, Durabilidade, Carácter fiduciário. O contrato de prestação de serviços tem também as suas características, nomeadamente é um contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, , consensual, predeterminado, consensual. Alguns contratos de prestação de serviço a onerosidade não existe pois a remuneração podem ou não ter lugar.

O contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços tem características quase que semelhantes, o que torna difícil distinguir um do outro em termos práticos, embora teoricamente seja relativamente fácil.

Todavia, a distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços assenta em dois elementos essenciais: o objecto do contrato (prestação de actividade ou obtenção de um resultado) e o relacionamento entre as partes (subordinação ou autonomia).

O contrato de trabalho tem como objecto a prestação de uma actividade e, como elemento típico e distintivo, a subordinação jurídica do trabalhador, traduzida no poder do empregador conformar através de ordens, directivas e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou.

Diversamente, no contrato de prestação de serviços, o prestador obriga-se à obtenção de um resultado, que efectiva por si, com autonomia, com ou sem subordinação à direcção da outra parte.

A subordinação jurídica que caracteriza o contrato de trabalho investe o empregador de determinados poderes jurídicos, nomeadamente o poder de fixar, dirigir, regulamentar e disciplinar os termos e as condições em que a actividade deve ser prestada pelo trabalhador, conforme se extrai do artigo 60 da Lei do Trabalho. Os poderes do empregador exercidos sobre o trabalhador, coloca este numa situação de subordinação, a sua actividade não é prestada com autonomia mas sim com dependência hierárquica, jurídica, devendo observar as orientações.

A remuneração é um elemento caracterizador do contrato de trabalho ao passo que a mesma já não caracteriza o contrato de prestação de serviços, uma vez que neste tipo de contrato a remuneração não é obrigatória, mas a prática demonstra que os contratos de prestação de serviços têm sempre a remuneração, há sempre uma contraprestação embora não se traduza em valores monetários.

É evidente a existência de semelhanças entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços, mas mesmo havendo semelhança entre os dois tipos de contratos, numa situação de litígio, na determinação do tipo de contrato teríamos que recorrer aos índices que diferenciam o contrato de trabalho do contrato de prestação de serviços, nomeadamente a existência ou não do horário; a subordinação jurídica ou a autonomia; a exclusividade, entre outros.

A referência ao contrato de prestação de serviço por parte da Lei do Trabalho é feita numa perspectiva de protecção do contrato de trabalho. No entanto, nos parece que o legislador não legislou correctamente ao impedir a celebração de contratos de prestação de serviços com uma dada entidade empregadora pelo simples facto de existir na entidade empregadora vagas cuja actividade é a mesma do serviço prestado.

Na verdade, o legislador, pretendendo acautelar a viciação de contratos de prestação de serviços, acaba por penalizar os verdadeiros contratos de prestação de serviços celebrados entre entidades empregadoras e prestadores de serviços, pois as proibições legais reduzem a carteira de clientes dos prestadores de serviço.

O legislador ao proteger o trabalhador pela atitude de má fé do empregador, fê-lo de forma excessiva que chegou a prejudicar os demais e verdadeiros prestadores de serviço, com a anulação dos contratos de prestação de serviços pela simples existência de vagas semelhantes ao serviço contratado.

Outro reparo a fazer tem a ver com o facto de a nova Lei do Trabalho no seu nº 1 do artigo 20 equiparar os contratos de prestação de serviço a contratos de trabalho quando o prestador de serviço esteja numa situação de subordinação económica perante o empregador. O legislador equipara o contrato de prestação de serviços ao contrato de trabalho sem contudo dizer que o contrato de prestação de serviço executado nas condições de subordinação económica perante o empregador converte-se em contrato de trabalho pois a equiparação é diferente da conversão.

Temos dúvidas se o contrato de prestação de serviço passa a ser considerado como um contrato de trabalho ou apenas se equipara ao mesmo. O termo “ equipara-se ” querará significar que o legislador quis sujeitar o prestador de serviço a todos os direitos e deveres que recaem sobre o trabalhador.

Converter de forma automática um contrato de prestação de serviço em contrato de trabalho contraria a natureza deste tipo de contrato cujo trabalho deve ser livre e não por imposição da lei. Com efeito, o trabalho ou a actividade laboral caracteriza-se por ser um trabalho voluntário e não

forçado, a própria definição do contrato de trabalho previsto no artigo 18 da Lei do Trabalho, considera o contrato de trabalho como um acordo de vontades entre o trabalhador e o empregador.

A Lei do Trabalho não estabelece uma relação clara entre o trabalho subordinado e o trabalho autónomo, nem uma delimitação dos dois tipos de contrato. Apenas procura impedir a coexistência entre os dois tipos de contratos.

6. RECOMENDAÇÕES

Em reformas legislativas futuras, a Lei do Trabalho deverá eliminar as dúvidas levantadas no presente trabalho relativas à equiparação e à conversão;

Importa ainda, em futuras reformas da Lei do Trabalho, que não se proíba a celebração de contratos de prestação de serviços com as entidades empregadoras com o simples facto da existência de vagas semelhantes à natureza do serviço;

É preciso estabelecer uma relação de convivência entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviço, com a indicação de determinados indícios que possam distinguir um do outro para evitar comportamentos de má fé de alguns empregadores.

7. BIBLIOGRAFIA

AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, 2ª Edição, Coimbra Editora – 2010;

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito do Trabalho*, Dogmática Básica e Princípios Gerais , Direito Colectivo do Trabalho, Direito Individual do Trabalho, (reimpressão), Livraria Almedina, Coimbra - 1991;

FERNANDES, A., *Direito do Trabalho, I – Introdução. Relações Individuais de Trabalho*, 9 Edição Revista e actualizada, Livraria Almedina, Coimbra - 1994;

LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Serviços de Acção Social da U.C., Coimbra – 2004;

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, IDT, Instituto de Direito do Trabalho, Almedina -2002;

MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito do Trabalho*, 23ª Edição, Editora Atlas, São Paulo;

MOTA PINTO, Carlos Alberto Da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição, Coimbra Editora – 1999;

Temas de Direito do Trabalho, Direito do Trabalho na Crise, Poder Empresarial, Greves Atípicas, IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho, Coimbra Editora – 1990

VEIGA, António Jorge da Motta, *Lições de Direito do Trabalho*, 6ª Edição (revista e actualizada), Lisboa- 1995, Universidade Lusíada;

LEGISLAÇÃO

Constituição da República de Moçambique;

Lei nº 8/98, de 20 de Julho) – Lei do Trabalho revogada;

Lei nº 23/2007, de 1 de Agosto (nova Lei do Trabalho em vigor);

Código Civil moçambicano.

Lei nº 5/89, de 18 de Setembro – Cria o Sistema de Segurança Social;

Decreto-Lei nº 45 497, de 30 de Dezembro de 1963 – Código de Processo do Trabalho;

Decreto nº 46/89, de 28 de Dezembro – aprova o Regulamento de Aplicação da Lei de Segurança Social;