jurisprudência.pt

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 2943/08.4TTLSB.L1-4

Relator: ISABEL TAPADINHAS
Sessão: 16 Março 2011
Número: RL
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: ALTERADA A DECISÃO

INSTITUTO PÚBLICO **CONTRATO DE TRABALHO** **NULIDADE**

CONVALIDAÇÃO **DESPEDIMENTO** **INDEMNIZAÇÃO**

Sumário

I – Tendo-se concluído que a relação contratual estabelecida entre autor e réu (INGA a que posteriormente sucedeu o IFADAP), sob a designação de "Contrato de Prestação de Serviços" que perdurou de 26 de Maio de 2001 até 25 de Março de 2008, deve ser qualificada como contrato de trabalho, o mesmo está ferido de nulidade por não ter sido observado o procedimento de recrutamento e selecção dos candidatos à contratação que garanta o acesso em condições de liberdade e igualdade.
II – Iniciada a relação de trabalho por tempo indeterminado ao abrigo dos Decretos-Leis nº 184/89 de 14 de Junho e nº 427/89, de 7 de Dezembro sendo, por isso, nula, mas mantendo-se, de facto, essa relação de trabalho aquando da entrada em vigor da Lei nº 3/2004 de 15 de Janeiro (1 de Fevereiro de 2004), que, além do mais, contém o regime de pessoal dos institutos públicos, deverá apurar-se, face aos normativos legais desta constantes, se aquela relação poderia continuar, agora de forma válida, com as legais consequências.
III – A celebração de um contrato de trabalho por tempo indeterminado ao abrigo da Lei nº 3/2004, exige, entre outros requisitos, um processo prévio de selecção, de que se destaca a publicitação da oferta de trabalho e a decisão de contratação fundada em critérios objectivos de selecção.
IV – Cabe ao trabalhador, como facto constitutivo do direito a ser considerado trabalhador por tempo indeterminado, a alegação e prova de que houve o processo prévio de recrutamento e selecção com vista à sua contratação bem

como dos demais requisitos exigidos pela Lei nº 3/2004.
V - Não tendo sido feita a prova desses factos, não pode o contrato de trabalho por tempo indeterminado, nulo, convalidar-se por força da entrada em vigor da Lei nº 3/2004.
VI - O disposto no nº 6 do art. 10.º do Decreto-Lei nº 184/89, de 2 de Junho não tem aplicação nos casos em que se conclui que a relação contratual estabelecida entre as partes revestiu a natureza de contrato de trabalho.
VII – O contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução, incluindo os próprios actos extintivos.
VIII - O envio pelo réu, de uma carta a comunicar a denúncia do contrato, sendo este qualificado como de trabalho, representa uma ilícita cessação, por não ancorada em qualquer das situações previstas no Cód. Trab. para a caducidade ou para a resolução por iniciativa do empregador, não podendo essa comunicação ser considerada como a invocação da nulidade desse contrato.
IX – Justifica-se uma indemnização ao trabalhador de vinte dias de retribuição base por cada ano de antiguidade, constatando-se que ele foi despedido sem precedência de qualquer procedimento adequado a permitir a extinção da relação laboral, mas que havia sido admitido a prestar a sua actividade, sob o regime de prestação de serviço – tendo permanecido a controvérsia sobre a natureza da relação estabelecida entre as partes até ser proferida a decisão da 1.ª instância que a caracterizou como relação de trabalho subordinado por tempo indeterminado –, subsistindo a execução do contrato cerca de cinco anos e auferindo à data do despedimento a retribuição base de € 2497,93.
(Elaborado pela Relatora)

Texto Parcial

Acordam na Secção Social do Tribunal da Relação de Lisboa:

Relatório

A instaurou, em 28 de Julho de 2008, contra Instituto do Financiamento da Agricultura e Pescas, IP (IFAP, IP), acção declarativa com processo comum pedindo que se declare ilícito o despedimento de que foi alvo, condenando o réu a pagar:
a) a quantia correspondente a 45 dias por cada ano de antiguidade, no montante de € 22 711,32;
b) as retribuições desde a data do despedimento até à do trânsito em julgado

da decisão, deduzidas as retribuições vencidas desde a data do despedimento até trinta dias antes da data da propositura da acção, que naquela data se cifravam em € 2523,50;
c) os subsídios de férias e de Natal referentes aos anos de 2003 a 2007, no montante total de € 22 410,68;
d) os proporcionais de férias, subsídio de férias e subsídio de Natal referentes ao ano de cessação (2008) no montante de € 2523,48;
e) o valor das férias e subsídio de férias vencidos em 1 de Janeiro de 2008, no montante de € 5046,99;
f)o valor das ajudas de custo referentes ao trabalho efectuado nos meses de Agosto e Setembro de 2007, no total de € 2040,75.

Para fundamentar a sua pretensão, alegou, em síntese, o seguinte:
- celebrou com o INGA um contrato denominado de "prestação de serviços" mas que mais não era que um verdadeiro contrato de trabalho;
- efectivamente, o autor estava sujeito às ordens e directivas daquele, aos horários que lhe eram impostos, recebendo um vencimento mensal, usando os meios colocados à sua disposição por aquele;
- com data de 13 de Março de 2008, o réu comunicou ao autor a não renovação do contrato, o que configura um despedimento sem justa causa.

Realizada a audiência de partes e não tendo havido conciliação foi ordenada a notificação do réu para contestar, o que ele fez concluindo pela improcedência da acção.

Para tal, alegou que o autor foi contratado para a prestação de um serviço e a ré entendeu, atempadamente, não renovar aquele contrato.

Instruída e julgada a causa foi proferida sentença, cujo dispositivo se transcreve:

Nestes termos, julgo a presente acção parcialmente procedente, por provada, e em consequência declaro ter o Autor sido ilicitamente despedido pelo Réu e, em consequência, vai este condenada a pagar àquele:
a)a indemnização por tal despedimento, no montante de € 14.511,14;
b)a quantia de € 2.141,08, relativa às férias não gozadas de 2008;
c)todas as retribuições, vencidas e vincendas, desde 31 de Julho de 2008 e até à data do trânsito em julgado da sentença.

No demais vai o Réu absolvido.

Sobre as quantias atrás referidas serão devidos juros de mora, contados à taxa legal, desde a data do respectivo vencimento e até integral pagamento.

Custas por Autor e Réu, na proporção do respectivo decaimento – artigo 446.º do Código de Processo Civil.

Inconformado, o réu veio interpor recurso de apelação dessa decisão, tendo sintetizado a sua alegação nas seguintes conclusões:

(...)

Na resposta, o autor pugnou pela manutenção do julgado.

Nesta Relação, o Exmo. Magistrado do Ministério Público teve vista nos autos nos termos e para os efeitos do disposto no art. 87.º, nº 3 do Cód. Proc. Trab..

Colhidos os demais vistos legais cumpre apreciar e decidir.

Como se sabe, os tribunais de recurso só podem apreciar as questões suscitadas pelas partes e decididas pelos tribunais inferiores, salvo se importar conhecê-las oficiosamente – *tantum devolutum quantum appelatum* (Alberto dos Reis Código do Processo Civil Anotado vol. V, pág. 310 e Ac. do STJ de 12.12.95, CJ/STJ Ano III, T. III, pág. 156).

No caso em apreço, não existem questões que importe conhecer oficiosamente.

As questões colocadas no recurso delimitado pelas respectivas conclusões (com trânsito em julgado das questões nela não contidas) – arts. 684.º, nº 3 e 685.º-A, nº 1 do Cód. Proc. Civil – são as seguintes:

1.ª – Regime jurídico aplicável;

2.ª – Qualificação jurídica da relação que vigorou entre as partes e, na hipótese de se concluir que estamos perante um contrato de trabalho nulidade deste e suas consequências;

3.ª – Caso seja devida indemnização por antiguidade: montante desta.

Fundamentação de facto

A 1.ª instância deu como provada a seguinte matéria de facto não objecto de impugnação e que aqui se acolhe:

1. Em 26 de Maio de 2003, o autor celebrou com o Instituto Nacional de Intervenção e Garantia Agrícola (INGA) um contrato, crismado de “prestação de serviços” para prestar, nos seus próprios termos, “serviços de engenharia, solicitados pela Direcção de Inspecção e Controlo, necessários à prossecução dos objectivos do primeiro outorgante”.

2. O INGA era uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, à data.

3.A Resolução do Conselho de Ministros nº 39/2006, publicada no Diário da República nº 79, de 21 de Abril de 2006 determinou no seu nº 20, alínea e), subalínea vii) a extinção do INGA.

4. Através do Decreto-Lei nº 87/2007, de 29/03, foi criado o Instituto de do Financiamento da Agricultura e Pescas, (IFAP IP), que sucedeu nas atribuições do INGA Instituto Nacional de Garantia Agrícola.

5. No exercício das funções para que foi contratado, o autor efectuava o controlo das ajudas do FEOGA – Garantia e Orientação, e das ajudas ao Desenvolvimento Rural (Ic´s e Maa´s), designadamente, deslocava-se

mediante indicação do INGA a propriedades agrícolas a fim de verificar no terreno da boa execução das candidaturas apresentadas pelos requerentes ao financiamento comunitário.
6. E ainda, efectuava sessões de atendimento a agricultores, tendo em vista analisar com os mesmos a forma como os fundos estavam a ser por estes aplicados.
7. Sempre que eram detectados desvios entre o que havia sido aprovados e o que estava a ser executado.
8. Para o efeito, o autor deslocava-se às propriedades em veículos automóveis de propriedade do INGA, colocados pelo mesmo à sua disposição para o efeito.
9. Pagando o INGA os respectivos abastecimentos de combustível, através de cartão GALP Frota que lhe foi distribuído.
10. Tendo-lhe sido atribuído o código de identificação pessoal nº ..., a fim de o poder utilizar.
11. Bem como a respectiva manutenção.
12. E ainda as portagens que, porventura, houvesse que pagar.
13. O INGA entregou ao autor um telemóvel – com o nº ... – para que pudesse realizar o seu serviço e comunicar com o mesmo.
14. Pagando o INGA as chamadas realizadas.
15. E entregou-lhe, entre outro equipamento como numerador e etiquetas, um aparelho de GPS, de sua propriedade, a fim de poder localizar os locais a inspeccionar.
16. O INGA emitiu por várias vezes uma "credencial de controlador", na qual, além de identificar o autor, incluindo fotografia credenciava "...o Técnico do IFADAP/INGA (...) para efeitos de realização de Controlos Superfícies a Beneficiários de Ajudas Comunitárias geridas pelo IFADAP/INGA como organismos pagadores do FEOGA – Garantia Orientação (...) devendo neste âmbito e para os efeitos tidos por convenientes, ser prestadas todas as informações solicitadas pelo técnico em causa para o correcto exercício das suas funções de fiscalização".
17. Para o efeito de documentar os relatórios, que lhe incumbia fazer, das visitas que, no exercício do controlo físico efectuava, o autor fotografava as propriedades agrícolas ou partes delas, com máquina fotográfica de propriedade do INGA, entregue para o efeito.
18. Sendo, depois, as fotografias impressas em dispositivos de cópia do INGA.
19. Nas instalações do INGA.
20. Onde o autor também efectuava o atendimento a agricultores.
21. Era o INGA que fornecia ao autor canetas, papel, secretária, computadores e, em geral, todos os instrumentos necessários para que o autor pudesse realizar o seu trabalho.

22. Acordaram autor e réu que aquando do serviço na sede/gabinete do réu, o autor tinha de aí prestar os seus serviços entre as 10 horas e as 18horas, com período para almoço.
23. Por vezes, quando no terreno e a fim de conseguir realizar os controlos que lhe eram solicitados, o autor começava a trabalhar às 9horas e ali continuava enquanto houvesse sol.
24. O autor estava adstrito ao Serviço de Controlo de Superfícies chefiado pelo Eng. JJPDL, serviço que dependia do Departamento de Inspecção e Controlo do INGA.
25. O Eng. JJPDL destinava o trabalho a efectuar pelo autor e esclarecia-o sobre dúvidas que tivesse na execução dos controlos.
26. Com vista ao bom exercício das suas funções, o autor frequentou acções de formação profissional, pagas pelo INGA.
27. O autor frequentou a acção de formação em Santarém relativa a medidas agroambientais efectuadas com base no RURIS.
28. De acordo com ordem recebida do réu, o autor era obrigado a, uma vez chegado ao local de inspecção, remeter ao Eng. JJPDL um SMS, referindo ter dado início ao trabalho e indicado o número do processo.
29. E finda a inspecção/controlo mandar novo SMS referindo a finalização daquele, bem como o número do processo.
30. O autor podia gozar de 22 dias úteis de férias por ano, dias esses que lhe eram pagos.
31. Como retribuição, o autor começou por receber a quantia mensal de € 2145,06.
32. Que, em Junho de 2004, foi aumentada para € 2376,55.
33. Em Abril de 2005 para € 2423,28.
34. Em Setembro de 2006 para € 2491,01.
35. Em Novembro de 2007 para € 2497,93.
36. Ao autor eram pagas ajudas de custo.
37. Com data de 13 de Março de 2008, foi remetido ao autor, pelo réu, o documento junto aos autos a fls. 57 cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido.
38. Com data de 31 de Março de 2008, foi remetido ao autor, pelo réu, o documento junto aos autos a fls. 58, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido.
39. Ao autor nunca foi pago subsídio de férias ou de Natal.
40. As credenciais emitidas em nome do autor destinavam-se a permitir a sua identificação perante os produtores cuja actividade deveria ser inspeccionada.
41. Ao autor cabia combinar com os produtores cuja inspecção devia fazer, a melhor altura para os visitar.

42. O réu dava ao autor indicações, através do Eng. JJPDL, de quais os controlos a realizar, onde seria realizado e sobre todo o processo relacionado com aqueles controlos.
43. A não realização do controlo indicado não conduzia a qualquer processo disciplinar.
44. Os controlos distribuídos ao autor respeitavam a vários tipos de ajudas.
45. Os controlos revestem complexidade, variando em função da natureza da ajuda pedida pelo produtor.
46. A realização destes controlos obedece a critérios rígidos, estabelecidos por regulamentos comunitários e regulamentação nacional.
47. A falta de observância, nas acções de controlo, dos requisitos exigidos pela regulamentação referida em 45), podia levar a erro sobre os pressupostos de atribuição ou negação de um subsídio, podendo conduzir a um benefício indevido ou prejuízo injustificado de um produtor e à aplicação de uma sanção ao réu, imposta pela Comissão.
48. O réu exigia uma formação cuidada de todos os colaboradores.
49. O autor estava adstrito à observância de regulamentos comunitários e nacionais.
50. Havendo dúvidas ou lapsos nos controlos era pedido ao autor que procedesse às correcções necessárias.
51. O Serviço de Administração de Pessoal não integrava o autor nos mapas de férias elaborados pelo réu.
52. No ano de 2006, o autor ausentou-se 26 dias para gozo de férias.
53. No ano de 2008 não houve alteração no montante pago ao autor.
54. O autor dava quitação dos pagamentos efectuados pelo réu através de "recibos verdes" que eram remetidos aos Recursos Humanos do réu.
55. O réu não deduzia aos pagamentos efectuados ao autor qualquer importância para a Segurança Social.
56. O réu solicitava ao autor que procedesse a controlos relacionados com processos de concessão de ajudas, que apresentasse relatórios de tais controlos.
57. O réu procedia à análise de tais controlos.
58. Quando recebia produtores nas instalações do réu, o autor estava sujeito ao horário dos Serviços.
59. O autor recebia um pagamento anual, dividido por doze meses.
60. O montante pago ao autor tinha em conta um valor base mensal multiplicado por catorze vezes e dividido por doze mensalidades.

Fundamentação de direito

Quanto à 1.ª questão:

Antes de mais, importa definir qual o regime jurídico aplicável ao caso.

À data da propositura da acção, a noção de contrato de trabalho, bem como o correspondente regime jurídico, constavam do Código do Trabalho, aprovado pela Lei nº 99/2003, de 27 de Agosto, em vigor desde 1 de Dezembro de 2003 – art. 3.º, nº 1 -, sendo que, no caso, discute-se a qualificação da relação jurídica estabelecida entre o autor e o réu, desde 26 de Maio de 2003 a 25 de Março de 2008, portanto, constituída antes da entrada em vigor do Código do Trabalho e que subsistiu após o início da vigência deste mesmo Código, cessando após a entrada em vigor da Lei nº 9/2006, de 20 de Março, diploma que alterou a redacção de diversos preceitos do mencionado Código.

As dúvidas sobre a norma aplicável em caso de alteração de um particular regime jurídico encontram solução no próprio ordenamento jurídico.

Como refere Baptista Machado ("Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador", Almedina, Coimbra, 1983, págs. 229 a 231), *os problemas de sucessão de leis no tempo suscitados pela entrada em vigor de uma LN [lei nova] podem, pelo menos em parte, ser directamente resolvidos por esta mesma lei, mediante disposições adrede formuladas, chamadas "disposições transitórias*.

Estas disposições transitórias podem ter carácter formal ou material. Dizem-se de direito transitório formal aquelas disposições que se limitam a determinar qual das leis, a LA [lei antiga] ou a LN, é aplicável a determinadas situações. São de direito transitório material aquelas que estabelecem uma regulamentação própria, não coincidente nem com a LA nem com a LN, para certas situações que se encontram na fronteira entre as duas leis.

A Lei nº 99/2003 contém normas transitórias que delimitam a vigência do Código do Trabalho quanto às relações jurídicas subsistentes à data da respectiva entrada em vigor, pelo que, para fixar a eficácia temporal daquele Código, há que recorrer aos critérios sobre aplicação da lei no tempo enunciados naquelas normas.

No que agora releva, estipula o nº 1 do art. 8.º da Lei nº 99/2003 que, *[s]em prejuízo do disposto nos artigos seguintes, ficam sujeitos ao regime do Código do Trabalho, os contratos de trabalho e os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho celebrados ou aprovados antes da sua entrada em vigor, salvo quanto às condições de validade e aos efeitos de factos ou situações totalmente passados anteriormente àquele momento*.

A norma transcrita corresponde ao art. 9.º do Decreto-Lei nº 49.408 de 24 de Novembro de 1969, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho e acolhe o regime comum de aplicação das leis no tempo contido no nº 2 do art. 12.º do Cód. Civil.

O nº 2 do art. 12.º do Cód. Civil, segundo Baptista Machado (ob. cit. pág. 233), trata-se de norma que ainda exprime o princípio da não retroactividade

nos termos da teoria do facto passado, nele se distinguindo «dois tipos de leis ou de normas: aquelas que dispõem sobre os requisitos de validade (substancial ou formal) de quaisquer factos (1.ª parte) e aquelas que dispõem sobre o conteúdo de certas relações jurídicas e o modelam sem olhar aos factos que a tais situações deram origem (2.ª parte). As primeiras só se aplicam a factos novos, ao passo que as segundas se aplicam a relações jurídicas (melhor: [situações jurídicas]) constituídas antes da LN mas subsistentes ou em curso à data do seu IV [início de vigência].

Sobre essa mesma norma, Oliveira Ascensão ("O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma Perspectiva Luso-Brasileira", 10.ª edição revista, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 489) pronuncia-se em termos que se afiguram impressivos, estabelecendo a seguinte distinção: *1) A lei pode regular efeitos como expressão duma valoração dos factos que lhes deram origem: nesse caso aplica-se só aos novos factos. Assim, a lei que delimita a obrigação de indemnizar exprime uma valoração sobre o facto gerador de responsabilidade civil; a lei que estabelece poderes e vinculações dos que casam com menos de 18 anos exprime uma valoração sobre o casamento nessas condições; 2) pelo contrário, pode a lei atender directamente à situação, seja qual for o facto que a tiver originado. Se a lei estabelece os poderes vinculações do proprietário, pouco lhe interessa que a propriedade tenha sido adquirida por contrato, ocupação ou usucapião: pretende abranger todas as propriedades que subsistam. Aplica-se, então, imediatamente a lei nova.*

Nesta mesma linha, afirmam Pires de Lima e Antunes Varela ("Código Civil Anotado", volume I, Coimbra Editora, 1967, anotação ao art. 12.º, págs. 18 e 19): *[p]revinem-se no n.º 2, em primeiro lugar, os princípios legais relativos às condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos, ou referentes aos seus efeitos. Assim, por exemplo, quanto a impedimentos matrimoniais, quanto à capacidade, quanto à legalidade do próprio negócio, quanto à forma, não pode aplicar-se a lei nova a situações anteriores, e o mesmo é de dizer quanto às obrigações do vendedor ou do comprador, quanto aos direitos ou obrigações do locatário ou do senhorio, quanto à obrigação do mutuário, etc.*

Se, porém, tratando-se do conteúdo do direito, for indiferente o facto que lhe deu origem, a nova lei é já aplicável. Assim, para fixar o conteúdo do direito de propriedade, é aplicável a lei nova e não a lei da data da sua constituição. Não interessa, na verdade, saber qual foi o título constitutivo, nem qual foi, por consequência, a data da formação deste. É sempre o mesmo direito de propriedade. O mesmo acontece, geralmente, com os direitos de natureza perpétua […].

Acompanha-se tal entendimento donde, não estando em causa qualquer das situações especificamente previstas nos artigos subsequentes ao art. 8.º

da Lei nº 99/2003 e tendo em atenção que a relação jurídica em apreciação se iniciou em 26 de Maio de 2003 e cessou em 25 de Março de 2008, não se extraindo da matéria de facto dada como provada que as partes tivessem alterado, a partir de 1 de Dezembro de 2003, os termos da relação jurídica entre elas estabelecida, à qualificação daquela relação aplica-se o regime jurídico do contrato individual de trabalho, Anexo ao Decreto-Lei nº 49.408 de 24 de Novembro de 1969, adiante designado por LCT.

Quanto à 2.ª questão:

A controvérsia das partes reconduz-se, desde a instauração do pleito, à questão de saber se o contrato aprazado entre ambas deve ser qualificado como contrato de trabalho subordinado – é a tese do autor – ou como contrato de prestação de serviço – é o entendimento do réu.

Trata-se de uma questão nuclear, porque dela depende, desde logo e sem mais, o êxito ou o fracasso de todas as pretensões accionadas no petitório inicial.

A sentença sindicada subscreveu a tese do autor no que respeita à qualificação do vínculo

Contra esta decisão se insurge o réu, que continua a sustentar a inexistência de tal contrato, reconduzindo a relação existente a um contrato de prestação de serviços.

O contrato de trabalho tem a sua definição na lei.

Segundo o art. 1152.º do Cód. Civil, cuja expressão literal viria a ser reproduzida no art. 1.º da LCT, contrato de trabalho *é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta*.

Por sua vez, o objecto do contrato de prestação de serviço reconduz-se ao resultado da actividade desenvolvida, por contraposição à actividade subordinada que tipifica o vínculo laboral – art. 1154.º do Cód. Civil.

Com efeito, é pacífico que a "subordinação jurídica" do trabalhador à sua entidade patronal constitui o elemento essencialmente caracterizador do contrato de trabalho.

Assim, o contrato de trabalho caracteriza-se, essencialmente, pelo estado de dependência jurídica em que o trabalhador se coloca face à entidade patronal, sendo que o laço de subordinação jurídica resulta da circunstância do trabalhador se encontrar submetido à autoridade e direcção do empregador que lhe dá ordens, e na prestação de serviço não se verifica essa subordinação, considerando-se apenas o resultado da actividade.

A subordinação jurídica que caracteriza o contrato de trabalho decorre precisamente daquele poder de direcção que a lei confere à entidade empregadora - nº 1 do art. 39.º da LCT - a que corresponde um dever de

obediência por parte do trabalhador - alínea c) do nº 1 do art. 20.º da LCT.

Todavia, como vem sendo repetidamente afirmado, a extrema variabilidade das situações concretas dificulta muitas vezes a subsunção dos factos na noção de trabalho subordinado, implicando a necessidade de, frequentemente, se recorrer a métodos aproximativos, baseados na interpretação de indícios.

É o que acontece nos casos em que o trabalho é prestado com grande autonomia técnica e científica do trabalhador, nomeadamente quando se trate de actividades que tradicionalmente são prestadas em regime de profissão liberal.

Nos casos limite, a doutrina e a jurisprudência aceitam a necessidade de fazer intervir indícios reveladores dos elementos que caracterizam a subordinação jurídica, os chamados indícios negociais internos (a designação dada ao contrato, o local onde é exercida a actividade, a existência de horário de trabalho fixo, a utilização de bens ou utensílios fornecidos pelo destinatário da actividade, a fixação da remuneração em função do resultado do trabalho ou em função do tempo de trabalho, direito a férias, pagamento de subsídios de férias e de Natal, incidência do risco da execução do trabalho sobre o trabalhador ou por conta do empregador, inserção do trabalhador na organização produtiva, recurso a colaboradores por parte do prestador da actividade, existência de controlo externo do modo de prestação da actividade laboral, obediência a ordens, sujeição à disciplina da empresa) e indícios negociais externos (o número de beneficiários a quem a actividade é prestada, o tipo de imposto pago pelo prestador da actividade, a inscrição do prestador da actividade na Segurança Social e a sua sindicalização).

Cada um daqueles indícios tem naturalmente um valor muito relativo e, por isso, o juízo a fazer é sempre um juízo de globalidade (Monteiro Fernandes, “Direito do Trabalho”, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 145), a ser formulado com base na totalidade dos elementos de informação disponíveis, a partir de uma maior ou menor correspondência com o conceito-tipo.

Sublinhe-se que incumbe ao trabalhador, nos termos do disposto no nº 1 do art. 342.º do Cód. Civil, fazer a prova dos elementos constitutivos do contrato de trabalho, nomeadamente, que desenvolve uma actividade remunerada para outrem, sob a autoridade e direcção do beneficiário da actividade, demonstrando que se integrou na estrutura empresarial do empregador.

No caso ficou provado que o autor, entre 26 de Maio de 2003 e 25 de Março de 2008, auferiu sempre, como contrapartida da sua actividade, uma quantia pecuniária, paga mensalmente e de valor
constante.

O autor exercia a sua actividade ou nas propriedades dos agricultores a quem tinham sido concedidos financiamentos ou nas instalações do réu. Aí, os atendimentos efectuados pelo autor tinham de ser realizados entre as 10 horas e as 18horas, gozando de um período para o almoço.

O autor usava os instrumentos de trabalho do réu.

Na verdade, o autor deslocava-se às propriedades em veículos automóveis de propriedade do INGA, colocados pelo mesmo à sua disposição para o efeito, pagando o INGA os respectivos abastecimentos de combustível, através de cartão GALP Frota que lhe foi distribuído.

O INGA entregou ao autor um telemóvel – com o nº ... – para que pudesse realizar o seu serviço e comunicar com o mesmo, pagando o INGA as chamadas realizadas.

O INGA entregou ao autor, entre outro equipamento como numerador e etiquetas, um aparelho de GPS, de sua propriedade, a fim de poder localizar os locais a inspeccionar.

Para o efeito de documentar os relatórios, que lhe incumbia fazer, das visitas que, no exercício do controlo físico efectuava, o autor fotografava as propriedades agrícolas ou partes delas, com máquina fotográfica de propriedade do INGA, entregue para o efeito, sendo, depois, as fotografias impressas em dispositivos de cópia do INGA, nas instalações daquele.

Era o INGA que fornecia ao autor canetas, papel, secretária, computadores e, em geral, todos os instrumentos necessários para que o autor pudesse realizar o seu trabalho.

O autor também efectuava o atendimento a agricultores nas instalações do INGA.

Importa ainda atender ao facto de o INGA ter atribuído o código de identificação pessoal nº ..., ao autor a fim de o poder utilizar, emitindo por várias vezes uma "credencial de controlador", na qual, além de identificar o autor, incluindo fotografia credenciava *...o Técnico do IFADAP/INGA (...) para efeitos de realização de Controlos Superfícies a Beneficiários de Ajudas Comunitárias geridas pelo IFADAP/INGA como organismos pagadores do FEOGA – Garantia Orientação (...) devendo neste âmbito e para os efeitos tidos por convenientes, ser prestadas todas as informações solicitadas pelo técnico em causa para o correcto exercício das suas funções de fiscalização*.

Apurou-se ainda que o autor beneficiava do regime de férias, podendo gozar de 22 dias úteis por ano, nunca lhe sendo descontado tal período na remuneração mensal.

Por outro lado, o autor foi contratado para prestar "serviços de engenharia, solicitados pela Direcção de Inspecção e Controlo, necessários à prossecução dos objectivos do primeiro outorgante".

No exercício das funções para que foi contratado, o autor efectuava o controlo das ajudas do FEOGA – Garantia e Orientação, e das ajudas ao Desenvolvimento Rural (Ic´s e Maa´s), designadamente, deslocava-se mediante indicação do INGA a propriedades agrícolas a fim de verificar no terreno da boa execução das candidaturas apresentadas pelos requerentes ao financiamento comunitário.

Cabia ainda ao autor efectuar sessões de atendimento a agricultores, tendo em vista analisar com os mesmos a forma como os fundos estavam a ser por estes aplicados, sempre que eram detectados desvios entre o que havia sido aprovados e o que estava a ser executado.

Para o efeito, o autor deslocava-se às propriedades.

Ora, se estas eram as atribuições do autor, a verdade é que emanavam do réu, através do Eng.º JJPDL, as indicações de quais os controlos a realizar, onde seria realizado e sobre todo o processo relacionado com aqueles controlos.

O Eng. JJPDL destinava o trabalho a efectuar pelo autor e esclarecia-o sobre dúvidas que tivesse na execução dos controlos.

Havendo dúvidas ou lapsos nos controlos, o réu, que procedia à análise dos mesmos, pedia ao autor que procedesse às correcções necessárias, atendendo aos requisitos exigidos pela regulamentação comunitária e nacional.

De acordo com ordem recebida do réu, o autor era obrigado a, uma vez chegado ao local de inspecção, remeter Eng.º JJPDL àquele um SMS, referindo ter dado início ao trabalho e indicado o número do processo e finda a inspecção/controlo mandar novo SMS referindo a finalização daquele, bem como o número do processo.

Todas estas circunstâncias nos encaminham decisivamente para a qualificação jurídica da relação contratual existente como sendo um verdadeiro contrato de trabalho. E tal torna-se evidente se nos centrarmos na própria actividade que era desenvolvida pelo autor e o fim prosseguido pelo réu. Aquele mais não era que um técnico: desempenhava, de forma permanente, o trabalho que lhe era distribuído pelos responsáveis do réu; no mais, estava completamente equiparado ao vulgar trabalhador do quadro, cumprindo horário pré-definido e circunscrito no tempo e gozando dos demais direitos e regalias, nomeadamente no que toca ao gozo de férias.

Também a remuneração ajuda a revelar aquela natureza laboral do contrato. Com efeito tal como ficou provado ela era paga mensalmente e por valor idêntico entre o momento da admissão do autor e o termo do contrato, não obstante as actualizações sofridas nos anos de 2004, 2005, 2006 e 2007.

Acresce estarmos perante um valor – € 2145,06 no início do contrato e

2497,93 no final daquele – que também nos encaminha para uma verdadeira subordinação económica, ou que pelo menos não a exclui, face à carga horária em causa.

Ora, todos estes aspectos de facto, globalmente considerados, não podem deixar de nos levar a extrair a conclusão de que a actividade desenvolvida pelo autor enquanto ao serviço do réu o foi no âmbito de uma efectiva subordinação, característica de uma vinculação jus/laboral, tal como se entendeu na decisão sindicada.

Provou-se é certo que o autor outorgou com o réu um contrato escrito intitulado "Contrato de Prestação de Serviços"

Aceita-se que o autor, pela formação académica que possuía, não desconhecia o alcance jurídico do contrato outorgado. No entanto, como é do conhecimento geral, já em Maio de 2003 a simples formação académica não era sinónimo de auto-subsistência e menos ainda de emprego garantido fosse onde quer que fosse, e, portanto, também na outorga do referido contrato o autor não poderia deixar de representar o elo mais fraco a prover, quiçá com que necessidade, pela obtenção do seu próprio meio de subsistência.

Para além disso, se o *nomen juris* utilizado como denominação do referido contrato, bem como o clausulado que do mesmo consta, por si só, pouco relevam para a qualificação jurídica do mesmo, muito menos relevam quando é certo que o conjunto daqueles outros factos demonstrados, espelha uma realidade bem diversa da que esse contrato pretende transmitir, uma realidade onde é patente a subordinação do autor a ordens e directivas emanadas dos seus superiores hierárquicos.

Os mencionados aspectos formais, eles poderão ser, sem dúvida, reveladores da vontade negocial das partes, na medida em que correspondem a uma manifestação expressa (como sucede com a designação atribuída ao contrato) ou meramente tácita de um certo regime contratual. No entanto, precisamente porque se trata de indícios meramente formais, o seu grau de credibilidade depende da simultânea verificação de um mínimo de correspondência com o conteúdo substancial do contrato. Isto é, é mister que se não verifique um desfasamento ou discrepância entre a aparência declarativa e o comportamento exterior de carácter objectivo (Ac. do STJ de 24.06.2003, www.dgsi.pt).

De resto, existindo contrato escrito denominado de prestação de serviços, pode o prestador de trabalho demonstrar que esse *nomen juris* não corresponde à realidade, face ao comportamento das partes na execução do contrato e ao enquadramento em que o mesmo se desenvolve (Acs. do STJ de 02.11.2004 e de 30.09.2009, www.dgsi.pt).

Assim, de forma alguma poderemos concluir que a vontade de ambas as

partes contratantes na outorga do mencionado contrato fosse a de estabelecer entre si, uma mera relação de prestação de serviços.

A circunstância de serem emitidos recibos verdes inculca no sentido da actividade desenvolvida pelo autor não participar das características de contrato subordinado, salientando-se, no entanto, que o respectivo valor indiciário é diminuto.

Na verdade, quanto aos chamados "recibos verdes" (modelo n° 6 do IRS), o próprio legislador declara, no verso daqueles, que *a utilização de recibos do presente modelo não implica a qualificação do trabalho prestado*, como independente, para efeitos de Direito do Trabalho.

Se a ausência de pagamento de subsídio de férias e de Natal não se apresenta como própria do regime das relações da trabalho subordinado, já o pagamento da retribuição durante o mês de férias, aponta precisamente o inverso sendo que, neste contexto, a falta daqueles pagamentos destina-se a dar ao contrato a aparência de prestação de serviços ou meramente traduzem o incumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho. O mesmo se passa quanto à demonstrada falta de pagamento das contribuições devidas à Segurança Social.

Embora o apelante venha afirmar que o autor não estava sujeito ao poder disciplinar nem tinha que justificar as ausências, o certo é que a este respeito nada se provou.

Efectivamente, nada se apurou quanto às consequências concretas em caso de infracção disciplinar grave ou leve. Havia despedimento ou aplicação de outra sanção? Não sabemos.

Também nada se provou relativamente às consequências concretas em caso de faltas. Mas também não impressionaria a mera perda da retribuição respectiva, em caso de falta, que pode ser comum ao contrato de trabalho e à prestação de serviços.

O decidido quanto à qualificação contratual é, assim, de confirmar: o autor é trabalhador por tempo indeterminado do réu desde 26 e Maio de 2003.

Mas, se, quanto àquela questão, somos chegados a conclusão que, nesse ponto, é similar à que foi levada a efeito na 1.ª instância, nem por isso fica solucionada a totalidade da questão que ora nos ocupa.

De facto, o impugnante, prevenindo a hipótese da formulação de um juízo de acordo com o qual o negócio celebrado haveria de qualificar-se como um contrato de trabalho, vem agora defender que, nessa eventualidade, deveria ser declarada a nulidade do negócio, em face do que se comanda no art. 10.º do Decreto-Lei nº 184/89, de 2 de Junho.

Já concluímos anteriormente que o contrato estabelecido entre ambas as partes em 26 de Maio de 2003 e que se prolongou até 25 de Março de 2008,

com as características que assumiu durante toda a sua execução, se deve considerar, em termos jurídicos, como um verdadeiro contrato de trabalho.

Sucede que em 26 de Maio de 2003, vigorava o Decreto-Lei nº 184/89 de 2 de Junho (alterado pelas Leis nºs 30-C/92, de 28 de Dezembro, 25/98, de 26 de Maio, 10/2004, de 22 de Março, e 23/2004, de 22 de Junho) através do qual se estabeleceram princípios gerais em matéria de emprego público - art. 1.º-, estipulando-se no seu art. 5.º que *a relação jurídica de emprego na Administração constitui-se com base em nomeação ou em contrato*, contrato que, constituindo uma relação transitória de trabalho subordinado - art. 7.º nº 1 do mesmo diploma -, de acordo com o nº 2 deste preceito, apenas poderia assumir as formas de contrato administrativo de provimento ou de contrato de trabalho a termo certo.

Importa também referir que, nos termos do nº 3 do art. 9.º do mesmo diploma, a contratação de pessoal, mediante contrato de trabalho a termo certo na Administração Pública, obedecia aos seguintes princípios:
a) Publicidade da oferta de emprego;
b) Selecção dos candidatos;
c) Fundamentação da decisão;
d) Publicação na 2ª série do Diário da República, por extracto, dos dados fundamentais da contratação efectuada.

Também em 26 de Maio de 2003, vigorava já o Decreto-Lei nº 427/89 de 7 de Dezembro (alterado pelo Decreto-Lei nº 407/91, de 17 de Outubro, pelo Decreto-Lei nº 175/95, de 21 de Julho, pelo Decreto-Lei nº 218/98, de 17 de Julho, e pela Lei nº 23/2004, de 22 de Junho), emitido pelo Governo em desenvolvimento do regime jurídico estabelecido pelo Decreto-Lei n° 184/89, de 2 de Junho, desenvolvendo e regulamentando os princípios a que obedecia a relação jurídica de emprego na Administração Pública estabelecidos por aquele outro diploma, previa, também ele, no seu art. 3º que *a relação jurídica de emprego na Administração Pública constitui-se por nomeação e contrato de pessoal*, estipulando, depois, no nº 1 do seu art. 14.º que *O contrato de pessoal só pode revestir as modalidades de: a) Contrato administrativo de provimento; b)Contrato de trabalho a termo certo,* sendo que, nos termos do respectivo art. 18.º, nº 1 *O Contrato de trabalho a termo certo é o acordo bilateral pelo qual uma pessoa não integrada nos quadros assegura, com carácter de subordinação, a satisfação de necessidades transitórias dos serviços de duração determinada que não possam ser asseguradas nos termos do artigo 15º*, enquanto que no respectivo nº 2 se estipula que *O contrato de trabalho a termo certo pode ainda ser celebrado nos seguintes casos: a) Substituição temporária de um funcionário ou agente; b) Actividades sazonais; c) Desenvolvimento de projectos não inseridos nas actividades normais dos*

serviços; d) Aumento excepcional e temporário da actividade do serviço.

Por seu turno, o nº 3 do mencionado art. 14º estabelece que *O contrato de trabalho a termo certo não confere a qualidade de agente administrativo e rege-se pela lei geral sobre contratos de trabalho a termo certo, com as especialidades constantes do presente diploma*.

Finalmente, importa referir que no art. 43.º nº 1 do mencionado Decreto-Lei 427/89, se determina que *A partir da data de entrada em vigor do presente diploma é vedada aos serviços e organismos referidos no artigo 2º a constituição de relações de emprego com carácter subordinado por forma diferente das previstas no presente diploma*.

O certo é, porém, que o Decreto-Lei nº 427/89, ao mesmo tempo que prescrevia que as relações de emprego público não se poderiam constituir por forma diversa das previstas no dito art. 14.°, veio determinar, no nº 1 do seu art. 44.°, epigrafado "Salvaguarda de regimes especiais", que ao pessoal dos institutos públicos que revestissem a forma de serviços personalizados ou de fundos públicos abrangidos pelo regime aplicável às empresas públicas ou pelo contrato individual de trabalho aplicavam-se as respectivas disposições estatutárias.

Neste mesmo sentido era já a previsão do nº 4 do art. 41.° do Decreto-Lei nº 184/89, de 2 de Junho, regime jurídico que o Decreto-Lei nº 427/89 desenvolveu.

Consequentemente, estes dois preceitos salvaguardam a existência de regimes especiais, determinando a aplicação das respectivas disposições estatutárias ao pessoal dos institutos públicos que revistam a natureza de serviço personalizado e se rejam pelo regime do contrato individual de trabalho, como acontece com o réu - art. 10.º do Decreto-Lei nº 87/2007 de 29 de Março – e já acontecia com o INGA - art. 29.º, nº 1 do Decreto-Lei nº 78/98, de 27 de Março - com cujas atribuições o réu sucedeu.

Daqui decorria como inequívoco ser aplicável aos trabalhadores do réu a disciplina do contrato individual de trabalho do regime privado.

Contudo este entendimento veio a ser posto em crise depois do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 409/2007, de 11.07.2007, o qual julgou inconstitucional, por violação do art. 47.º nº 2 da Constituição da República Portuguesa, a norma extraída da conjugação dos arts. 41.º nº 4 do Decreto-Lei nº 184/89, de 2 de Junho, 44.º nº 1 do Decreto-Lei nº 427/89, de 7 de Dezembro, e 13.º dos Estatutos do Instituto para a Conservação e Exploração da Rede Rodoviária (ICERR), aprovados pelo Decreto-Lei nº 237/99, de 25 de Junho, que mandou aplicar ao pessoal desse organismo – que é um instituto público – o regime jurídico do contrato individual de trabalho, interpretados no sentido de permitirem a contratação de pessoal sujeito ao regime jurídico

do contrato individual de trabalho, sem imposição de procedimento de recrutamento e selecção dos candidatos à contratação que garanta o acesso em condições de liberdade e igualdade.

O STJ, nos Acs. de 26.09.2007 (doc. SJ200709260044704), de 3.10.2007 (doc. SJ200771003001774), de 14.11.2007 (doc. SJ200711140024514) e de 1.10.2008 (doc. SJ200810010015364), todos disponíveis em www.dgsi.pt, cuja solução perfilhamos, e que entendemos ser ao caso aplicável, visto que o INGA era uma é uma pessoa colectiva de direito público e o réu é um instituto público acolheu a doutrina desse Acórdão do Tribunal Constitucional, reconhecendo a inconstitucionalidade material assinalada sem uma prévia avaliação judicial da suficiência, ou não, em concreto, dos procedimentos objectivos de selecção do pessoal a contratar que porventura tenham sido implementados.

Como diz nos acórdãos citados retira-se dos fundamentos do referido Acórdão do Tribunal Constitucional a conclusão de que o nº 2 do art. 47.º da Constituição da República Portuguesa não permite que uma lei ordinária consinta a contratação por institutos públicos, investidos de poderes de autoridade – por isso que equiparáveis ao Estado – de pessoal sujeito ao regime jurídico do contrato individual de trabalho, sem precedência de recrutamento e selecção dos candidatos à contratação que garanta o acesso em condições de liberdade e igualdade. Daí a inconstitucionalidade da interpretação do bloco constituído pelos arts. 41.º nº 4 do Decreto-Lei nº 184/89, 44.º nº 1 do Decreto-Lei n.º 427/89 e 13.º nº 1 dos Estatutos do ICERR – no sentido de ser autorizada a contratação sem aquela garantia tornada efectiva, em regra, por via de concurso.

Note-se que o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucionais, em si mesmas, as normas dos arts. 41.º nº 4 do Decreto-Lei nº 184/89 e 44.º nº 1 do Decreto-Lei nº 427/89, na parte em que salvaguardam a existência de regimes especiais – diversos do regime geral de emprego público – permitindo a aplicação das disposições estatutárias dos organismos visados que prevejam a sujeição dos seus agentes ao regime privatístico da contratação.

Em consonância com essa postura, também não julgou inconstitucional, em si mesmo, o comando do citado art. 13.º nº 1 dos Estatutos do ICERR.

O juízo de inconstitucionalidade recaiu apenas sobre a norma extraída daqueles três conjugados preceitos, na interpretação segundo a qual seria permitida a contratação de pessoal do ICERR, sujeita ao regime jurídico do contrato individual de trabalho, sem imposição do recrutamento e selecção dos candidatos a regras que garantam o acesso de todos em condições de liberdade e igualdade.

Este juízo foi concretamente reportado a uma violação do art. 47.º nº 2 da

Constituição da República Portuguesa – segundo a qual *Todos os cidadãos têm direito de acesso à função pública em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso* – e consequência a nulidade de todos os vínculos laborais que hajam sido celebrados com preterição das formalidades assinaladas.

No caso concreto, não dão os autos a menor notícia sobre a forma como o réu seleccionou o autor, o que impede o Tribunal de sindicar o mecanismo selectivo, confrontando-o com as faladas exigências do texto fundamental.

Esta insuficiência – que não é só probatória mas, desde logo, alegatória – desfavorece o autor, sobre quem impendiam os respectivos ónus.

Na verdade segundo os Acórdãos do STJ, acima assinalados, a prova da verificação do procedimento concursório reveste natureza constitutiva e o ónus da prova cabe, por isso, ao trabalhador, nos termos do art. 342.º nº 1 do Cód. Civil. E não estando demonstrado o adequado procedimento concursório, a dúvida resolve-se contra o autor trabalhador – arts. 342.º nº 1 do Cód. Civil e 516.º do Cód. Proc. Civil.

Por isso, atento o disposto nos arts. 280.º nº 1 e 294.º do Cód. Civil, tendo o contrato aqui em causa sido caracterizado como de trabalho, o mesmo tem de ser considerado nulo desde o seu início e, como tal, tendo em conta o disposto no art. 286.º do Cód. Civil, assim declarado.

É certo que na vigência da relação laboral estabelecida entre ambas as partes, entrou em vigor a Lei nº 99/2003 de 27 de Agosto, que introduziu no nosso ordenamento jurídico o Código do Trabalho, estabelecendo no seu art. 6º que *Ao trabalhador de pessoa colectiva pública que não seja funcionário ou agente da Administração Pública aplica-se o disposto no Código do Trabalho, nos termos previstos em legislação especial, sem prejuízo dos princípios gerais em matéria de emprego público* e também é certo que, posteriormente, foi publicada e entrou em vigor em 1 de Fevereiro de 2004, a Lei nº 3/2004 de 15 de Janeiro que estabeleceu os princípios e as normas por que se regem os institutos públicos, declarando que as normas dela constantes são de aplicação imperativa e prevalecem sobre as normas especiais actualmente em vigor, salvo na medida em que o contrário resulte expressamente dessa lei – art. 1.º, na qual – entre outras que aqui não relevam – se estabelece a possibilidade de celebração de contrato de trabalho por tempo indeterminado, contrariamente ao que sucedia na anterior legislação como tivemos a oportunidade de observar.

Ora, estipulando o art. 118.º nº 1 do Cód. Trab. que *Cessando a causa de invalidade durante a execução do contrato, este considera-se convalidado desde o início*, a questão que, agora, se nos suscita, é a de saber se, no caso vertente e por força da entrada em vigor da mencionada Lei nº 3/2004, o

contrato de trabalho estabelecido entre o autor e o réu em 26 de Maio de 2003 e que se desenvolveu até 25 de Março de 2008, se deve considerar convalidado desde o seu início.

A aplicação da lei no tempo está prevista no art. 12.º do Cód. Civil que dispõe:

1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.

Isto é, como, de modo impressivo, observa Baptista Machado ("Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador", 11.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 233), trata-se de uma norma que exprime o princípio da não retroactividade nos termos da teoria do facto passado, nele se distinguindo *dois tipos de leis ou de normas: aquelas que dispõem sobre os requisitos de validade (substancial ou formal) de quaisquer factos (1.ª parte) e aquelas que dispõem sobre o conteúdo de certas relações jurídicas e o modelam sem olhar aos factos que a tais situações deram origem (2.ª parte). As primeiras só se aplicam a factos novos, ao passo que as segundas se aplicam a relações jurídicas (melhor: Ss Js [situações jurídicas]) constituídas antes da LN [Lei Nova] mas subsistentes ou em curso à data do seu IV [início de vigência].*

E, mais adiante (págs. 233 e 234), sintetizando a teoria da aplicação das leis no tempo], distingue *(...) entre constituição e conteúdo das Ss JS [situações jurídicas]. À constituição das Ss Js (requisitos de validade, substancial e formal, factos constitutivos) aplica-se a lei do momento em que essa constituição se verifica; ao conteúdo das Ss Js que subsistam à data do IV [início de vigência] da LN [Lei Nova] aplica-se imediatamente esta lei, pelo que respeita ao regime futuro deste conteúdo e seus efeitos, com ressalva das situações de origem contratual relativamente às quais poderia haver uma como que "sobrevigência" da LA [Lei Anterior].*

Também Pires de Lima e Antunes Varela escrevem a propósito do nº 2 do art. 12.º do Cód. Civil ("Código Civil Anotado", Volume I, Coimbra Editora, 1967, em anotação ao artigo 12.º, pp. 18-19): *[p]revinem-se no n.º 2, em primeiro lugar, os princípios legais relativos às condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos, ou referentes aos seus efeitos. Assim, por exemplo, as condições de validade de um contrato (capacidade,*

vícios de consentimento, forma, etc.), bem como os efeitos da respectiva invalidade, têm de aferir-se pela lei vigente ao tempo em que o negócio foi celebrado (...). Se, porém, tratando-se do conteúdo do direito, for indiferente o facto que lhe deu origem, a nova lei é já aplicável. Assim, para fixar o conteúdo do direito de propriedade, ou de qualquer outro direito real, é aplicável a lei nova e não a lei da data da sua constituição. Não interessa, na verdade, saber qual foi o título constitutivo, nem qual foi, por consequência, a data da formação do direito (...). O mesmo acontece, geralmente, com os direitos de natureza perpétua, como os relativos ao estado de casado, de filho, de adoptado, etc. [...].

No caso em apreço, quanto à validade ou não do contrato de trabalho por tempo indeterminado (requisitos de validade formal e substancial), já se afirmou a sua nulidade, por, no momento da sua constituição (Maio de 2003), quer ao abrigo do Decreto-Lei nº 427/89 quer do Decreto-Lei nº 184/89 não ser admissível a celebração de tais contratos.

Todavia, do que se trata agora é de apurar as consequências jurídicas da entrada em vigor da Lei nº 3/2004 sobre a relação, de facto, de trabalho que vinha vigorando, tendo presente que esta se iniciou em 26 Maio de 2003 e cessou em 25 de Março de 2008.

Ou seja, o que está agora em causa é apurar o regime dos direitos e deveres emergentes para as partes da relação de trabalho, definido pelas normas em vigor no momento dos factos ou efeitos relevantes que estejam concretamente em apreço.

Importa, para este efeito, atender também ao que dispõe o nº 1 do art. 118.º do Cód. Trab. acima transcrito, ou seja, que cessando a causa de invalidade durante a execução do contrato, este considera-se convalidado desde o início.

Nesta perspectiva, subsistindo a relação de trabalho no momento da entrada em vigor da Lei nº 3/2004, há que analisar, face aos normativos legais dela constantes, se a mesma poderia continuar, agora de forma válida, com as legais consequências.

Como resulta do que se deixou explanado supra, a causa de invalidade do contrato de trabalho era a proibição legal estabelecida pelos Decretos-Leis nº 427/89 e 184/89, pelo que cessando a proibição ficariam convalidados os contratos anteriormente celebrados.

Resulta da Lei nº 3/2004, a admissibilidade, genérica, de os institutos públicos celebrarem contratos de trabalho por tempo indeterminado – art. 34.º, nº 1.

Porém, o contrato de trabalho encontra-se sujeito à observância de determinadas formalidades.

Desde logo, no âmbito da referida lei - art. 34.º, nº 3. -, o recrutamento do pessoal deve, em qualquer caso, observar os seguintes princípios:
a) Publicitação da oferta de emprego pelos meios mais adequados;
b) Igualdade de condições e de oportunidades dos candidatos;
c) Fundamentação da decisão tomada.

Procura-se salvaguardar, com aquela imposição legal, o princípio da igualdade de oportunidades no acesso ao emprego, a igualdade de condições no acesso ao emprego, através da publicitação da oferta de emprego e da garantia de imparcialidade na apreciação dos candidatos.

Atente-se que nos termos do nº 2 do art. 47.º, da Constituição da República Portuguesa, *[t]odos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.*

Sobre este preceito, pronunciou-se o Tribunal Constitucional nos seguintes termos (Acórdão nº 683/99, Diário da República, II Série, nº 28, de 3 de Fevereiro de 2000):

Entre nós, retira-se do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição, como concretização do direito de igualdade no acesso à função pública, um direito a um procedimento justo de recrutamento e selecção de candidatos à função pública, que se traduz, em regra, no concurso (embora não um direito subjectivo de qualquer dos candidatos à contratação – assim, v. recentemente o Acórdão n.º 556/99).

Este não pode, por outro lado, ser procedimentalmente organizado, ou decidido, em condições ou segundo critérios discriminatórios, conducentes a privilégios ou preferências arbitrárias, pela sua previsão ou pela desconsideração de parâmetros ou elementos que devam ser relevantes (...).

É certo que o direito de acesso previsto no artigo 47.º, n.º 2, não proíbe toda e qualquer diferenciação, desde que fundada razoavelmente em valores com relevância constitucional – como exemplos pode referir-se a preferência no recrutamento de deficientes ou na colocação de cônjuges um junto do outro (assim G. Canotilho/V. Moreira, Constituição..., cit., pág. 265). Poderá discutir-se se do princípio consagrado no artigo 47.º, n.º 2, resulta, como concretização dos princípios de igualdade e liberdade, que os critérios de acesso (em regra, de decisão de um concurso) tenham de ser exclusivamente meritocráticos, ou se pode conceder-se preferência a candidatos devido a características diversas das suas capacidades ou mérito, desde que não importem qualquer preferência arbitrária ou discriminatória – assim, por exemplo, o facto de serem oriundos de uma determinada região, ou de terem outra característica (por exemplo, uma deficiência) reputada relevante para os fins prosseguidos pelo Estado.

Seja como for, pode dizer-se que a previsão da regra do concurso,

associada aos princípios da igualdade e liberdade no acesso à função pública, funda uma preferência geral por critérios relativos ao mérito e à capacidade dos candidatos (…).

E o concurso é justamente previsto como regra por se tratar do procedimento de selecção que, em regra, com maior transparência e rigor se adequa a uma escolha dos mais capazes – onde o concurso não existe e a Administração pode escolher livremente os funcionários não se reconhece, assim, um direito de acesso (Gomes Canotilho/Vital Moreira, ob. e loc. cits., anotação XI; sobre o fundamento do procedimento concursal, v. também Ana Fernanda Neves, Relação jurídica de emprego público, cit., págs. 147 e seguintes).

Assim, para respeito do direito de igualdade no acesso à função pública, o estabelecimento de excepções à regra do concurso não pode estar na simples discricionariedade do legislador, que é justamente limitada com a imposição de tal princípio. Caso contrário, este princípio do concurso – fundamentado, como se viu, no próprio direito de igualdade no acesso à função pública (e no direito a um procedimento justo de selecção) – poderia ser inteiramente frustrado. Antes tais excepções terão de justificar-se com base em princípios materiais, para não defraudar o requisito constitucional (assim Gomes Canotilho/Vital Moreira, loc. cit.; Ana F. Neves, ob. cit., págs. 153-4).

Em idêntico sentido, podem ver-se, entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 368/2000 (Diário da República, I Série-A, nº 277, de 30 de Novembro de 2000, pág. 6886, e nº 409/07, de 11 de Julho de 2007, em www.tribunalconstitucional.pt).

Voltando ao caso que nos ocupa, a contratação nos termos da Lei nº 3/2004, visando a salvaguarda de oportunidades no acesso ao emprego no Estado e noutras pessoas colectivas públicas, reitera-se, exige a observância de um processo prévio de selecção, de que se destaca a publicitação da oferta de trabalho e a decisão de contratação fundamentada em critérios objectivos de selecção.

Ora, desconhece-se se houve processo de recrutamento e selecção com vista à contratação do autor, ainda que sob a denominação de prestação de serviço, sendo certo que como facto constitutivo do direito pela autor invocado, a esta competia a alegação e prova dos referidos factos.

Mas a lei – art. 34.º, nº 5 - faz também depender a celebração de contratos de trabalho por tempo indeterminado, da existência, para o efeito, de um mapa de pessoal aprovado e publicado e nos limites desse mapa.

Dos autos não decorre a existência do referido mapa, sendo que também quanto a este requisito, competia ao autor a alegação e prova da sua existência.

Ora, não constando dos autos a existência de qualquer processo de recrutamento nem a existência do tal mapa, sempre faltaria um pressuposto para se considerar válido (convalidado) o contrato em causa.

Mantém-se, pois, a conclusão anteriormente extraída de estarmos em face de um contrato de trabalho ferido de nulidade na medida em que celebrado e mantido ao longo dos anos em manifesta violação de normas legais de natureza imperativa.

A nulidade de tal contrato apenas foi invocada pelo réu em sede de contra-alegações apresentadas no dia 7 de Outubro de 2010 uma vez que na comunicação de fls. 58 se limitou a transmitir ao autor que o contrato cessava em 25 de Março de 2008.

Ora, a nulidade do negócio jurídico é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal - art. 286.º do Cód. Civil - e, em termos gerais, tem efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente - art. 289º nº 1 do mesmo diploma).

Sucede, porém, que o Código do Trabalho aprovado pela Lei nº 99/2003 de 27-08 – enquanto legislação vigente à data em que cessou o relacionamento laboral entre as partes e que aqui tem que ser considerado por força do disposto no art. 8.º nº 1 desta Lei – estabelece um regime especial em termos de efeitos da nulidade ou invalidade do contrato de trabalho que tenha tido efectiva execução entre as partes contratantes – à semelhança, aliás, do que se verificava já no anterior regime jurídico do contrato de trabalho aprovado pela LCT e que, nessa medida, prevalece sobre aquele regime geral - art. 7.º nº 3 do próprio Cód. Civil.

Na verdade, à semelhança do que se previa no anterior regime jurídico do contrato individual do trabalho, estabelece o art. 115.º, nº 1 do Cód. Trab. que *O contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução*.

Há, pois, como que uma ficção legal de plena validade do contrato de trabalho efectivamente celebrado, durante o período em que o mesmo esteve em execução entre as partes contratantes, razão pela qual, ficcionando-se esta validade contratual, a licitude da respectiva cessação apenas se verificará se pudermos concluir ter sido efectuada com respeito pelas normas legais que a prevêem. É que de acordo com o disposto no art. 116.º nº 1 do Cód. Trab. *Aos factos extintivos ocorridos antes da declaração de nulidade ou anulação do contrato de trabalho aplicam-se as normas sobre a cessação do contrato*.

As modalidades de cessação do contrato de trabalho legalmente previstas eram a caducidade, a revogação a resolução e a denúncia - art. 384.º do Cód. Trab..

Já referimos anteriormente que na comunicação que dirigiu ao autor, o réu pôs termo ao contrato que mantinha com aquele, com efeitos a partir de 25 de Março de 2008. Contudo, essa forma de cessação unilateralmente assumida pelo réu apenas faria sentido se estivéssemos no âmbito de um contrato de trabalho a termo certo (embora ficcionado) e desde que efectuada para produzir efeitos a partir da verificação do respectivo termo.

Acontece que, pelas razões já expostas, tal se não verificava no caso em apreço. Com efeito, o contrato de trabalho que, embora nulo, efectivamente existiu e esteve em execução entre ambas as partes desde 26 de Maio de 2003 até 25 de Março de 2008, foi celebrado naquela primeira data sem qualquer aposição de termo.

Assim, no âmbito da referida ficção legal de validade do mencionado contrato de trabalho, a única forma lícita de o réu, unilateralmente, ter posto fim a esse contrato, seria através de resolução mediante despedimento por facto imputável ao autor e apurado em sede de processo disciplinar.

Não se tendo verificado esta forma lícita de cessação do aludido contrato, não poderemos deixar de concluir que estamos perante o despedimento ilícito do autor, já que levado a efeito ao arrepio das circunstâncias em que o mesmo poderia ter lugar, constituindo, portanto, uma forma ilícita de cessação do mencionado contrato de trabalho, como se concluiu na sentença recorrida.

Tendo-se concluído pela cessação ilícita do mencionado contrato de trabalho, pelas razões que deixámos expostas, mostra-se plenamente justificada e fundamentada nos termos da lei a condenação do réu, nos termos constantes das alíneas b) e c) do dispositivo da decisão sindicada, apenas se discutindo o montante da indemnização de antiguidade devida, questão esta que a seguir analisaremos.

É certo que o art. 10.º do Decreto-Lei nº 184/89, de 2 de Junho, na redacção introduzida pela Lei nº 25/98, de 26 de Maio, determina que *[s]ão nulos todos os contratos de prestação de serviços, seja qual for a forma utilizada, para o exercício de actividades subordinadas, sem prejuízo da produção de todos os seus efeitos como se fossem válidos em relação ao tempo durante o qual estiveram em execução* - nº 6 - e prevê um regime específico destinado a sancionar a celebração de contratos de prestação de serviços fora do regime legalmente instituído, fazendo recair sobre os dirigentes que os celebrem ou autorizem, a responsabilidade civil e disciplinar pela prática de actos ilícitos, bem como a responsabilidade financeira, que se efectiva através da entrega nos cofres do Estado do quantitativo igual ao que tiver sido abonado ao pessoal ilegalmente contratado - nºs 7 e 8.

Acresce que o Ac. do STJ de 8.11.2006 (doc. SJ200611080015444), disponível em www.dgsi.pt, decidiu que, em consequência da declaração de

nulidade do contrato de prestação de serviço firmado por parte da Administração, *o trabalhador não pode reclamar quaisquer diferenças salariais ou direitos estatutários que se não compreendam no quadro jurídico do contrato efectivamente celebrado, do mesmo modo que não pode exigir quaisquer direitos remuneratórios e indemnizatórios supervenientes à extinção do contrato, que pudessem derivar da diversa qualificação jurídica atribuível à relação contratual*, sendo que *[a] única sanção estabelecida para a indevida celebração de contratos de prestação de serviços, por parte da Administração, é a prevista nos n.os 6 e 7 do citado artigo 10.º, que faz recair sobre os dirigentes que celebrem ou autorizem a celebração desses contratos a responsabilidade civil e disciplinar pela prática dos actos ilícitos, com a consequente cessação da respectiva comissão de serviço, bem como a correspondente responsabilidade financeira, efectivada através da entrega nos cofres do Estado do quantitativo igual ao que tiver sido abonado ao pessoal ilegalmente contratado*.

Todavia, esta orientação jurisprudencial foi, entretanto, abandonada.

Conforme é afirmado no recente Ac. do STJ de 30.09.2009, proc. nº 4646/06.5TTLSB.L1.S., disponível em www.dgsi.pt, *não se afigura que deva ser objecto de cobrança de aplicação ao caso o dispositivo constante do n.º 6 do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 184/89, em termos de ser interpretado no sentido de os efeitos do contrato celebrado entre as partes, uma vez declarado ele nulo, se haverem de ter como válidos relativamente ao tempo em que esse contrato esteve em execução, mas reportados à espécie contratual que deflui do nomen nele aposto, pois que, em verdade, o que se passou foi a celebração, desde o início, de um contrato de trabalho entre a autora e o réu*.

De facto, tendo-se concluído que a relação contratual estabelecida entre as partes revestiu a natureza de contrato de trabalho, não tem aplicação, no caso sujeito, o disposto no nº 6 do art. 10.º do Decreto-Lei nº 184/89, pelo que improcedem também neste aspecto as conclusões do recurso.

Quanto à 3.ª questão:

Sustenta a ré que a fixação da indemnização por despedimento com referência a 30 dias por cada ano ou fracção de antiguidade faz incorrecta interpretação e aplicação do art. 439. nº 1 do Cód. Trab. na redacção vigente à data da cessação do contrato, que sempre entendeu que existia um contrato de prestação de serviços pelo que não se lhe podia exigir que fizesse cessar o contrato através de um processo disciplinar e que o grau de ilicitude é muito reduzido, o que justifica a fixação do montante indemnizatório com referência a 15 dias de retribuição por cada ano ou fracção.

Na fixação da indemnização de antiguidade, manda o art. 439.º, nº 1, do Cód. Trab., atender ao valor da retribuição e ao grau de ilicitude decorrente

do disposto no art. 429.º.

Neste último preceito, consigna-se que é ilícito qualquer tipo de despedimento se: (*a*) não tiver sido precedido do respectivo procedimento; (*b*) se fundar em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ainda que com invocação de motivo diverso; (*c*) forem declarados improcedentes os motivos justificativos invocados para o despedimento.

No Ac. do STJ de 18.05.2006, disponível em www.dgsi.pt (doc. SJ200605180002914), pode ler-se, a propósito da graduação da indemnização, a que se referem as citadas normas:

Ao fazer intervir na medida da indemnização o grau de ilicitude do despedimento, por referência às situações descritas no artigo 429.º, o legislador parece ter pretendido distinguir o índice de censurabilidade que a conduta da entidade empregadora possa ter revelado, quer no que se refere à observância dos direitos processuais, quer no que se refere ao respeito pela dignidade social e humana do trabalhador visado. Neste contexto, afigura-se que assume maior relevância o despedimento que é imposto como medida discriminatória, em clara violação do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais dos cidadãos, ou que tenha sido adoptado sem qualquer justificação e sem precedência de processo disciplinar, daquele outro que, seguindo os procedimentos legalmente previstos e respeitando o direito de defesa do trabalhador, acaba por ser julgado ilícito por insubsistência dos motivos que foram indicados como determinantes da decisão disciplinar.

A referência à retribuição parece, por outro lado, funcionar como um factor de equidade na fixação do montante indemnizatório, de modo a evitar que a natural variação dos níveis de remuneração dos trabalhadores, em função da categoria, qualificação e responsabilidade profissional, possa introduzir desequilíbrios e desvirtuar o carácter ressarcitório da obrigação, que, por regra, deverá ter em conta também a situação económica do lesado (artigo 494.º do Código Civil).

Na mesma linha de orientação, observou-se no Ac. do STJ de 6.02.2008, também disponível em www.dgsi.pt (doc. SJ200802060026214), que a indemnização, *para além de um cariz reparador ou ressarcitório, associado à ideia geral de obtenção pelo trabalhador de uma compensação pela perda do emprego, que o acautele e prepare para o relançamento futuro da sua actividade profissional, assume uma natureza sancionatória ou "penalizadora" da actuação ilícita do empregador*.

No caso, e no que respeita ao grau de ilicitude do despedimento, nada na factualidade disponível aponta para existência de motivos discriminatórios na origem da decisão do réu de fazer cessar a relação profissional estabelecida com o autor.

É certo que a declaração de dispensa do autor, que traduziu o despedimento, não foi precedida de qualquer procedimento adequado a permitir a extinção da relação laboral por iniciativa do empregador.

Todavia, há que ponderar, para efeito de determinar o grau de ilicitude, que o autor fora admitido a prestar a sua actividade, sob o regime de "prestação de serviço", e que a controvérsia sobre a natureza da relação estabelecida entre as partes permaneceu até ser proferida a decisão da 1.ª instância que a caracterizou como relação de trabalho subordinado por tempo indeterminado.

Trata-se de uma situação em que a censurabilidade pela inexistência de procedimento prévio à declaração de cessação do contrato não atinge grau tão elevado como sucederia caso fosse líquido, para ambas as partes, desde o início do contrato, o seu carácter laboral não precário, caso este em que, tendencialmente, se justificaria apontar para o limite máximo da moldura da base de cálculo da indemnização (45 dias de retribuição).

Considerando o critério da retribuição, uma vez que a retribuição auferida - € 2497,93 - é de montante em muito superior ao do salário mínimo nacional, vigente à data do despedimento - € 426,00, segundo o Decreto-Lei nº 327/2007, de 31 de Dezembro -, deverá a indemnização ser fixada atendendo também a um número de dias inferior ao limite máximo da moldura legal.

Ponderando os factos atendíveis de acordo com os referidos critérios legais vigentes, entendemos ser de fixar a indemnização de antiguidade atendendo 20 dias de retribuição por anuidade, ou seja no ponto aquém do médio dos limites vertidos no nº 1 do art. 439.º, por esta se mostrar equitativa e adequada.

Tudo ponderado:
- considerando que o autor, à data do despedimento, tinha 4 anos e 10 meses de antiguidade no réu, auferia a retribuição base de € 2497,93 e atendendo ao critério gradativo sufragado, somos a concluir que o valor da questionada indemnização é de € 8326,43 (€2497,93:30x20x5), sem prejuízo do que se venha a liquidar oportunamente, atenta a data do trânsito em julgado da decisão final do processo – art. 439.º n.º 2.

Quanto a esta questão, procedem, pois, em parte, as conclusões do recurso.

Decisão

Pelo exposto, acorda-se em julgar a apelação parcialmente procedente razão pela qual se altera a alínea a) do dispositivo da sentença recorrida que passa a ter a seguinte redacção:
a) a quantia que se vier a apurar em execução de sentença a título de

indemnização por antiguidade, tendo em atenção os critérios referidos no presente acórdão.

Custas na proporção do decaimento.

Lisboa, 16 de Março de 2011

Isabel Tapadinhas
Natalino Bolas
Albertina Pereira