A *LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM* NA GÉNESE DO CONTRATO DE SERVIÇO SALARIADO NO CÓDIGO DE SEABRA (1867): NOTAS PARA A (PRÉ-)HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

MARGARIDA SEIXAS

Este pequeno estudo visa, em primeiro lugar, estabelecer uma comparação entre dois contratos de épocas diferentes — a *locatio conductio operarum* e o contrato de serviço salariado — para determinar em que medida se aproximam e se distanciam, uma vez que o primeiro tem sido considerado como génese do segundo.

Por outro lado, uma vez que ambos os contratos serviram para regular o trabalho livre e, segundo alguns autores, subordinado, interessa apurar se os mesmos podem ser considerados antecessores do contrato de trabalho.

Outra questão diferente — e que não nos ocupa directamente nesta sede — é a de estabelecer quando e como surge o Direito do Trabalho, considerado pela doutrina como ramo jurídico recente, embora existam divergências quanto ao concreto termo inicial.

Assim, teremos de tomar posição quanto à clássica disputa sobre a origem do trabalho subordinado, entendido este ou como fenómeno remoto (com correspondência negocial já na *locatio conductio operarum*) e com permanente continuidade histórica ou como fenómeno recente, que resulta da Revolução Industrial.

Importa sucintamente lembrar os contornos da *locatio conductio* na sua tripla polimorfia e apontar algumas opiniões sobre a sua natureza — unitária ou não — para depois melhor compreender a essência da *locatio conductio operarum*.

Tendo sempre presente que a conceptualização dogmática e a catalogação abstracta eram processos estranhos ao pragmatismo dos juristas romanos, pelo que a transposição de categorias actuais (ou, no caso, oitocentistas) se revela profundamente a-histórica, evitamos também o radicalismo oposto que nega em absoluto qualquer tipo de classificação. Afirmava, exactamente a propósito da *locatio conductio*, Olivier-Martin:

> "Mais le droit romain, et c'est cela qui justifie la place qui lui est faite dans l'enseignement juridique, n'est pas une pure discipline historique, c est outre chose

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

et quelque chose de plus. (...) Livres et cours peuvent continuer à utiliser des catégories ou des classifications que l'on sait parfaitment provenir de la dogmatique médiévale ou moderne (...)" (1).

A nossa perspectiva de meio-termo justifica-se por duas ordens de razões: i) os mecanismos de protecção processual, verdadeiro cerne do Direito Romano, não promoviam a abstracção mas, vocacionados para o caso concreto, valorizavam o *distinguo*, potenciando, em épocas posteriores, a *divisio* e a classificação; ii) vamos abordar um contrato oitocentista, fortemente enraizado na tradição romanista, pelo que interessa não descurar a interpretação das fontes e a criação doutrinal, que construíram uma tripartição baseada na *locatio conductio*, dando azo a contratos tão diferentes.

Uma vez que a pandectística (2) tratou a *locatio conductio* como correspondendo a três (ou somente dois) contratos distintos, vejamos brevemente em que consiste a tripartição, bem presente nas obras dos romanistas, nomeadamente nos manuais (3).

A *locatio conductio* (4), contrato consensual, bilateral perfeito, de boa-fé e oneroso, podia então tomar a forma de *locatio conductio rei*, próximo da actual locação; neste caso entregava-se um bem, que podia inclusivamente ser um escravo (neste contexto entendido como mera *res* (5)), para ser usado e/ou

---

(1) OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *Revue d'Histoire du Droit Français et Étranger* (*RHDFE*), 15 (1936), p. 427.

(2) Para os antecedentes doutrinais desta tripartição ver OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, pp. 436 e ss., como também refere A. SANTOS JUSTO, "A *locatio-conductio rei* (Direito Romano)", *BFDUC*, vol. LXXVIII, 2002, p. 13.

(3) Assim, por exemplo, PAUL JÖRS e WOLFANG KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, tradução da segunda edição alemã por L. PRIETO CASTRO, Editoral Labor, 1937, pp. 337 e ss.; PAUL OURLIAC e J. DE MALAFOSSE, *Derecho Romano y Francés Histórico*, tradução da edição original de 1957 e anotações de MANUEL FAIRÉN, tomo I, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960, pp. 455 e ss.; JUAN IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituiciones*, 1.ª reedição da 11.ª edição, Barcelona: Editorial Ariel, 1994, pp. 377 e ss.; ARMANDO TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza: 1995, pp. 461 e ss.; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *O Direito das Obrigações em Roma*, I, Lisboa: AAFDL, 1997, pp. 345 e ss.; MAX KASER, *Direito Privado Romano*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 250 e ss.; ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano — II (Direito das Obrigações)*, 2.ª edição, Coimbra: Universidade de Coimbra — Coimbra Editora, 2006, pp. 63 e ss.

(4) Sobre a terminologia e as dificuldades de tradução, ver por todos OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, pp. 419-420, e LUIGI AMIRANTE, "Ricerche in tema di locazione", *Bulletino del'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"* (*BIDR*), vol. I da 3.ª série, 1959, p. 21 e ss.

(5) Não era esta consideração do escravo como *res* a única existente em Roma; como já antes escrevemos, "O Escravo no Direito Penal Português Moderno. Breves notas para o estudo de um regime jurídico" in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque*, edição

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

fruído por um determinado período de tempo e a troco de uma *merces* ou *pretium*.

Outra forma possível era a *locatio condutio operis faciendo*, assimilada por alguns autores à actual empreitada, uma vez se podia destinar a contratar a realização de uma obra mas podia também abranger outras situações muito diversas: o *locator* entregava ao *conductor* a *res* para que este último realizasse a obra (aqui num sentido muito abrangente).

Por último, a *locatio conductio operarum* era também uma modalidade de *locatio*, em que se acordava a prestação de um serviço mediante retribuição, ou seja, o *locator* punha a sua força de trabalho à disposição de outrem por um determinado período de tempo, sendo a *merces* proporcional à duração do trabalho prestado ([6]).

Alguns autores ([7]) aproximam estas duas últimas figuras ao trabalho autónomo e ao trabalho subordinado, respectivamente:

> "Il lavoro libero si puo esercitare o andando da chi n elo richieda o lavorando nella própria officina (o comunque con proprii mezzi) per conto altrui.
>
> A queste due forme fondamentali di impiego corrispondonno *grosso modo* le due figure giuridiche tradizionali della *locatio-conductio operarum* e della *locatio-conductio operis*: nella prima il lavoratore era pagato per il tempo impiegato (*per tempora*), nella seconda per il prodotto fornito. Tale distinzione corrisponde a grandi linee alla distinzione avanzata nella doutrina moderna tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo." ([8])

Pelas razões que explicitaremos *infra*, parece-nos excessiva tal correspondência, pelo menos realizada em termos tão absolutos.

Quanto ao regime, podemos tentar traçá-lo através da tutela judicial prevista.

Assim, o *locator* dispunha de uma *actio locati* que podia servir sempre para a devolução da *res* e, na maioria dos casos, para assegurar a prestação de

---

da FDUL/Coimbra Editora: «O tratamento jurídico do escravo enquanto coisa e enquanto pessoa está suficientemente demonstrado no Direito romano (...) Esta perspectiva é usada há muito para estudar o estatuto jurídico do escravo no Direito romano, fazendo sobressair a insuficiência de uma absoluta "reificação"».

([6]) Cf. OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, p. 436.

([7]) Cf. notava RAUL VENTURA, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho. Estudo de Direito Privado*, Porto: Imprensa Portuguesa, 1944, p. 53: "entendem certos autores que a distinção entre trabalho autónomo e subordinado coincide com a distinção entre *locatio operis* e *locatio operarum*, fazendo corresponder o trabalho autónomo àquela e o trabalho subordinado a esta." Recentemente encontramos essa correspondência em ANGEL GÓMEZ-IGLÉSIAS CASAL, "De la *locatio conductio* al contrato de trabajo", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1995, pp. 182-183.

([8]) FRANCESCO DE ROBERTIS, *I Rapporti di Lavoro nel Diritto Romano*, Milão: Multa Paucis, 1946, p. 124.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

merces devida e o *conductor* podia usar a *actio conductio* para obter a consignação do bem ou a prestação de trabalho.

Este esquema típico, que serve na *locatio conductio operarum*, podia, contudo, inverter-se, uma vez que em certos casos era ao *locator* que incumbia o pagamento de *merces*: aquele (*locator*) que entregava um bem para ser reparado (por exemplo, uma veste para ser remendada) tinha de pagar a *merces* e exigir do *conductor* que efectuasse a reparação acordada e que a devolvesse a *res* — e nesta devolução está o principal interesse de todo e qualquer *locator*:

> "(...) in tutti i casi l'interesse preminente del locatore era quello di riavere la *res locata*." ([9])

Por esta razão, na *locatio conductio* a obrigação de pagamento de *merces* (obrigação sempre presente mas acessória) não correspondia necessariamente à obrigação de pôr a *res* à disposição do *conductor*.

Perante esta configuração múltipla (ainda que unitária), parece-nos difícil estabelecer uma correspondência como a atrás mencionada entre *locatio conductio operis* / *locatio conductio operarum* e trabalho autónomo / trabalho subordinado.

Depois de considerar que esta distinção é *la plus dépourvue de bases textuelles*, Olivier-Martin questionava:

> "(...) elle est issue de pures considérations extérieures. De plus, qu'entend-on vraiment par *direction* des travaux? (...) La direction des travaux, est-ce l'inspiration première, la commande, la mise en marche du travail, la surveillance, soit lointaine, soit continue, au cours de l'exécution?" ([10]).

Outro aspecto do regime que se reveste de importância é o do risco: na *locatio conductio operarum* o pagamento de *merces* continuava a ser devido, mesmo que os serviços não pudessem ser prestados por circunstâncias relativas ao *conductor*, ainda que sem culpa do mesmo — esta generalização também não resulta nitidamente das fontes mas foi consagrada de forma clara posteriormente ([11]). Parece ser já esta a regra consagrada em D. 19, 2, 38:

> "Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet."

Devemos ainda salientar a proximidade que as fontes estabelecem entre a *locatio conductio* e a compra e venda (por exemplo, D. 19, 2, 1; D. 19, 2, 2 ou I., 2, 24).

([9]) LUIGI AMIRANTE, "Ricerche in tema di locazione", *cit.*, p. 113.

([10]) OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, p. 439.

([11]) *Idem*, pp. 449-450.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

A maioria dos autores tende a desvalorizar a importância do trabalho livre "assalariado" em Roma: as actividades hoje desenvolvidas por trabalhadores eram então prosseguidas, por um lado, por escravos e, por outro, por cidadãos actuando de forma gratuita (embora moralmente lhe fossem devidos honorários — *honorarium* — só mais tarde esta prestação se tornou exigível judicialmente). Estas duas situações não se enquadravam, obviamente, na *locatio conductio operarum*.

Porém, gradualmente, os juristas também trataram o trabalho dos libertos (que o patrono poderia ceder) e, mais tarde, o trabalho remunerado dos livres:

> "En sus comienzos Roma no conoce sino el trabajo servil sobre el que modelaron sus juristas primitivos el concepto primero de las «operae». Posteriormente el concepto de las «operae liberti» se hace com modificaciones y variantes de las «operae servi»: como el de las «operae fabriles» de los «ingenui» se construye por proyección sobre las «operae liberti» estipuladas con el patrono." ([12])

A *locatio conductio operarum* teria ganho autonomia quando a *locatio conductio rei* se revelou desadequada. Numa primeira fase, a cedência de serviços limitar-se-ia aos serviços de escravos ([13]), sendo estes a coisa/*res* locada, e a *locatio conductio rei* teria sido também utilizada para ceder os serviços devidos pelos libertos aos seus patronos ([14]). Contudo, o tratamento do liberto nestes moldes (enquanto escravo) foi considerado abusivo (édito de Rutílio e *lex Aelia Sentia* ([15])), surgindo uma nova modalidade de *locatio conductio* (*operarum*) ([16]), que veio a servir para regular o trabalho dos livres desde o nascimento.

Esta é apontada como justificação para o enquadramento da cedência do próprio trabalho na *locatio* e não na compra e venda ([17]), modelo que, como veremos, as codificações oitocentistas vieram a adoptar.

([12]) Jose Perez Leñero, "Evolucion del Pensamiento Juridico Laboral", *Revista de Politica Social*, n.º 66, Abril-Junho de 1965, p. 33.

([13]) Contra Luigi Amirante, "Ricerche in tema di locazione", *cit.*, p. 58, considerando que tal entendimento não tem apoio nas fontes, "le quali non offrono fondamento alcuno all'idea che la locazione dello schiavo sia piú antica della locazione di opere dell'uomo libero".

([14]) Assim Ugo Brasiello, "L'unitarietà del conconcetto di locazione in Diritto Romano", *Rivista Italiana perl e Scienze Giuridiche*, publicado em duas partes: a 1.ª no número do ano II da nova série (1927), fasc. IV (pp. 529-580), e a 2.ª parte no número do ano III (1928), fasc. I (pp. 3-38), 1.ª parte, p. 545; Armando Torrent, *op. cit.*, p. 464.

([15]) Cf. Angel Gómez-Iglésias Casal, "De la *locatio conductio* al contrato de trabajo", *cit.*, p. 182.

([16]) Cf. o entendimento de C. Alzon, "Réflexions sur l' Histoire de la Locatio-conductio", *RHDFE*, ano 41, 1963, pp. 589-590, considerando o Autor que, p. 590, "la *locatio operarum* n'est pas née aussi tardivement, mais qu'elle existait déjà au début du 2e siècle avant J.-C., puisqu'on la trouve à la fois chez Plaute e chez Caton".

([17]) Francesco De Robertis, *I Rapporti di Lavoro nel Diritto Romano*, *cit.*, pp. 123 e 130.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

Perante estas figuras, a doutrina diverge ([18]) quanto à natureza da *locatio conductio* ([19]): é um só contrato que apresenta diferentes sub-tipos ou são vários contratos "agrupados" sob a mesma denominação?

O primeiro entendimento ([20]) caracteriza a *locatio conductio* como a cedência de um bem, de forma temporária, existindo sempre o pagamento de *merces*. A tripartição não teria qualquer apoio nas fontes romanas, como sublinhou Brasiello:

> "Uno sguardo sommario alle fonti, dato com occhio scevro da preconcetti, basta a convincerci che i Romani, se puré ebbero sentore della oportunità de qualche distinzione in seno al contratto di locazione, non assursero mai all'idea di una tripartizione." ([21])

([18]) Para uma síntese da polémica veja-se, por exemplo, ARMANDO TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, *cit.*, p. 463, e de forma muito desenvolvida LUIGI AMIRANTE, "Ricerche in tema di locazione", *cit.*, pp. 9 e ss..

([19]) Sobre a origem da *locatio conductio*, também envolta em controvérsia, ver, por exemplo, LUIGI AMIRANTE, "Ricerche in tema di locazione", *cit.*, pp. 13 e ss., e quanto à referência nas fontes jurídicas, pp. 47 e ss.; UGO BRASIELLO, "L'unitarietà del conconcetto di locazione in Diritto Romano", *cit.*, *passim* e, quanto à terminologia, em especial, 1.ª parte, pp. 578-580; e A. SANTOS JUSTO, "A *locatio-conductio rei* (Direito Romano)", *cit.*, pp. 18-19.

([20]) Embora com alguns antecedentes (BECHMANN), esta posição foi defendida de forma pioneira quanto à interpretação das fontes por VICENZO ARANGIO-RUIZ, na primeira edição de *Istituzioni di Diritto Romano* (Nápoles, 1921) e reproduzida nas seguintes (consultámos a 14.ª edição revista, Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugénio Jovene, 1994, pp. 345 e ss.), e posteriormente também por UGO BRASIELLO, "L'unitarietà del conconcetto di locazione in Diritto Romano", *cit.*, em especial 1.ª parte, pp. 535-538, e 2.ª parte, pp. 22 e ss., 539-542; OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, pp. 421 e ss., LUIGI AMIRANTE, "Ricerche in tema di locazione", *cit.*, ao longo da obra e, de forma muito clara, com sólidos argumentos, na sua *Note conclusive*, pp. 111-119: "L'unitarietà della locazione romana non si esaurisce, allora, nel mero dato terminologico, ma si fonda sull'interesse tipico che la giurisprudenza vuole tutelato" (p. 115); FRANCESCO DE ROBERTIS, *I Rapporti di Lavoro nel Diritto Romano*, *cit.*, pp. 120-121; C. ALZON, "Réflexions sur l' Histoire de la Locatio-conductio", *cit.*, pp. 553-591, e também, entre muitos outros, PAUL JÖRS e WOLFANG KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, *cit.*, pp. 337-338: "Ellos [os romanos] solo conocieron un tipo contractual de arrendamiento, ya que su concepción era totalmente distinta de la nuestra". No mesmo sentido, MAX KASER, *op. cit.*, p. 250: "Para os Romanos, a *locatio conductio* é um contrato unitário; esta concepção mantém-se apesar da multiplicidade e diversidade das relações nela contidas", ou REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 338: "This scheme has been taken over from the pandectists. They referred to locatio conductio rei (letting and hiring of things), locatio conductio operarum (letting and hiring of services) and locatio conductio operis (letting and hiring of work). The Roman lawyers, on the other hand, did not draw these distinctions. They did not think in terms of three different transactions, but accommodated all of them within the framework of one single contract called locatio conductio".

([21]) UGO BRASIELLO, "L'unitarietà del conconcetto di locazione in Diritto Romano", *cit.*, p. 539. O autor realça que os textos são omissos nessa tripartição/classificação que está bem patente quanto a outros contratos (por exemplo, *societas* ou *mandatus*).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

Também Olivier-Martin, recorrendo às fontes, afirmava:

> "Un examen rapide des titres du Digeste et du Code consacrés au louage suffit à montrer que cette distinction parait étrangère aux compilateurs. Il y a au Digeste un titre (19, 2) *locati conducti*, termes empruntés vraisemblablement à l'Edit perpétuel; au Code, un titre *de locatio et conducto*, et rien là n'indique une subdivision de la matière." ([22])

Acresce que no *Edictum* existiria uma só única fórmula para a *actio locati* e uma outra para a *actio conducti*, que se adaptavam aos diferentes casos: os textos dão exemplos que podemos enquadrar nas diferentes modalidades mas sem nunca enunciar a tripartição ou qualquer espécie de classificação ([23]).

Assim, também a *locatio conductio operarum* era a cedência de uma coisa ([24]), a força de trabalho, ou, para outros autores, a cedência da "própria pessoa do trabalhador" ([25]), sem verdadeira autonomia; era uma locação, na qual o homem livre prescindia da sua liberdade voluntariamente para se submeter ao domínio de outrem.

A este propósito, afirmava Amirante:

> "Sebbene a prima vista possa sembrare il contrario, io non credo che la locazione delle *operae* del liberto debba prospettarsi in modo diverso; in realtà, anche in questa ipotesi, comme del resto nella locazione delle opere dell'uomo libero, oggeto del *locare* è sempre la persona stessa del lavoratore" (sublinhado nosso). ([26])

([22]) Olivier-Martin, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, p. 422. No mesmo sentido e reforçando esta posição, pp. 426-427. Contudo, o autor, pp. 427-428, pelas razões acima expostas, desvalorizava esta inexistência de tripartição entre os romanos, considerando que podemos encontrar nas fontes matéria passível de ser integrada na classificação posterior, embora advertisse para as dificuldades de realizar tal integração relativamente a alguns contratos romanos (pp. 431-432).

([23]) Cf. Ugo Brasiello, "L'unitarietà del conconcetto di locazione in Diritto Romano", *cit.*, p. 541, e Olivier-Martin, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, pp. 425-426.

([24]) Para a equiparação nas fontes, ver também Ugo Brasiello, "L'unitarietà del conconcetto di locazione in Diritto Romano", *cit.*, pp. 543-545, e na p. 546: "(...) presso i Romani le opere siano state concepite come qualche cosa di materiale e di reale (...)".

([25]) Luigi Amirante, "Ricerche in tema di locazione", *cit.*, p. 65. O autor discorda da opinião que vê na *locatio conductio operarum* uma cedência de *operae*, reforçando que na "*locatio conductio operarum* oggeto del *locare* è la persona fisica del lavoratore che, se libero, si pone, se schiavo viene posto a dispozione del *conductor*" (p. 102).

([26]) *Idem*, pp. 64-65. No mesmo sentido, também Giuliano Mazzoni, *Manuale di Diritto del Lavoro*, 6.ª edição, vol. I, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1988, p. 7, e Angel Gómez-Iglésias Casal, "De la *locatio conductio* al contrato de trabajo", *cit.*, p. 182, que refere a expressão *locare se*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

Num sentido próximo, De Robertis também considerou que a distinção entre a força de trabalho e a pessoa do trabalhador seria bastante tardia:

> "Se infatti la cessione ad altri della própria attività da parte di un uomo libero nel diritto classico avanzato non si ebbe più attraverso la cessione della *persona-cosa* (come nella ipotesi della locazione dello schiavo), essa continuò tuttavia a configurarsi come una messa a disposizione della persona, e non delle *operae* direttamente, per un periodo di tempo lunghissimo.
>
> Normalmente infatti continuò a concepirsi il contratto come una locazione di persona e non di *operae* (...)" (27).

A origem do contrato poderia corresponder à emancipação de "trabalhadores" livres, inicialmente dependentes de um patrono, a quem prestavam serviços e de quem recebiam habitação, numa situação semelhante à dos libertos e não muito distante da dos escravos. Aquela emancipação teria dado lugar a um contrato consensual — a *locatio conductio* (28).

A segunda opinião considera que a tripartição corresponde a um momento inicial de distinção do objecto, existindo pois três contratos e não apenas um (29).

Para este último ponto de vista, a *locatio conductio operarum* traduzia já uma regulação autónoma do trabalho subordinado, livre e remunerado. O objecto não era a pessoa do trabalhador — que era parte no contrato — e sim a própria actividade, desenvolvida a troco da *merces*.

De Robertis, embora afirmando a sua adesão a um conceito unitário de *locatio-conductio*, parece depois equiparar a *locatio conductio operarum* ao contrato de trabalho:

> "Si trata di un vero e próprio contratto di lavoro: la sua configurazione giuridica nel diritto classico corrisponde a grandi linee a quella propria del diritto comune nel tipo negoziale "contrato di lavoro" (30).

---

(27) FRANCESCO DE ROBERTIS, *I Rapporti di Lavoro nel Diritto Romano*, *cit.*, p. 128. Um pouco mais à frente, pp. 130 e ss., o autor trata do *estado de sujeição pessoal* do *locator* durante a duração do contrato.

(28) Neste sentido, MAX KASER, *op. cit.*, p. 249.

(29) Assim, NIEDERMEYER, in *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 203 (1941), pp. 319 e ss. (recensão à obra de VON BOLLA), e MAYER-MALY, *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Viena-Mónaco: 1956 (este último de forma pouco clara), ambos citados por LUIGI AMIRANTE, "Ricerche in tema di locazione", *cit.*, pp. 12-13; PAUL OURLIAC E J. DE MALAFOSSE, *Derecho Romano y Francés Histórico*, *cit.*, p. 457. Para uma crítica feroz a estas posições, OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, pp. 428 e ss. e, para uma síntese das críticas, pp. 462-463.

(30) FRANCESCO DE ROBERTIS, *I Rapporti di Lavoro nel Diritto Romano*, *cit.*, p. 127.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

Encontramos a mesma equivalência em autores como Barassi ([31]) ou Montoya Melgar ([32]).

Existem, contudo posições diametralmente opostas, que alegam a desnecessidade de uma regulamentação do trabalho livre face a uma sociedade a que bastavam as normas relativas ao trabalho escravo e o próprio Direito das coisas ([33]).

Entre nós, Menezes Cordeiro assume claramente que "a ordem jurídica romana *conhecia o fenómeno do trabalho subordinado* e compreendia regras que, a ele, eram dirigidas" ([34]) (itálico original). Para este autor, *a locatio conductio operarum* "era o contrato de trabalho" ([35]) e a figura teve continuidade histórica através do direito comum, nomeadamente com referência à obra de Bártolo, que "distinguia as *operae obsequiales, artificiales, fabriles e officiales*" ([36]).

Romano Martinez adopta uma perspectiva semelhante e salienta ainda as alterações introduzidas na relação de trabalho pelo Direito intermédio, marcando também a continuidade do trabalho subordinado ([37]).

Outros autores, todavia, apresentam uma ideia oposta ou, pelo menos, mitigada. Assim, Jose Perez Leñero distinguia entre trabalho (como conceito geral e aberto) e trabalho dependente e assalariado:

> "El trabajo es natural en el hombre y en la sociedad: si él ni el hombre ni la sociedad pueden subsistir. Por eso, su ordenamiento jurídico más o menos específico es tan antiguo como el proprio trabajo humano, ya que tampoco sin Derecho puede existir la sociedad ni coexistir el hombre en sociedad.

([31]) Ludovico Barassi, *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, 2.ª edição, Milão: Società Editrice Libraria, 1915, p. 42: "Il lavoro tecnicamente subordinato ricorda il rapporto servile; e certo la subordinazione di cui nella *locatio operarum* dovette avere origine da quella che caratterizzava il raporto tra il servo e il padrone". Sobre a forma como a tripartição continuou a ser atribuida aos juristas romanos pela doutrina italiana, veja-se Luciano Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e Diritto del Lavoro*, Nápoles: Morano Editore, 1967, pp. 74-75.

([32]) Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 9.ª edição, Madrid: Editorial Tecnos, 1988, embora referindo que o trabalho era regulado de *modo acidental e* acessório (p. 49), também afirma mais à frente, p. 52: "El esquema de la *locatio-conductio operarum* coincide literalmente con el del actual contrato de trabajo: un trabajador (*locator*) se comprometía a realizar personalmente un trabajo por cuenta de un patrono (*conductor*), de quien recibía una remuneración".

([33]) Cf. Klaus Adomeit, *Der Dienstvertrag des BGB und die Entwicklung zum Arbeitsrecht*, NJW, 1996, pp. 1710 e ss., citado por Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 16-17, nota 23.

([34]) António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, pp. 35-36.

([35]) *Idem*, p. 38 (também em *Isenção de Horário — Subsídios para a dogmática actual do direito da duração de trabalho*, Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 17).

([36]) *Idem*, p. 41.

([37]) Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 76 e ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

> Ahora bien, si limitamos el concepto del trabajo al dependiente y asalariado y si además, exigimos para la existencia del Derecho del trabajo unos caracteres análogos al del actualmente vigente, esa antigüedad se reduce y casi se esfuma. Puede y debe decirse que es de muy reciente creación, vinculado a sus antecedentes solamente por ser reacción contra los abusos de las etapas anteriores" ([38]).

Porém, o autor também refere a lenta evolução da *locatio* até à sua aplicação ao trabalho de livres, em que o *locator se identifica fisicamente com o objecto*, afirmando, numa clara aproximação com a actualidade:

> "Con esto se han reducido a dos las personas actuantes en la «locatio» al igual que hoy sucede en nuestro contrato de trabajo." ([39])

Giulano Mazzoni, por outro lado, admitindo que as relações de trabalho existem desde sempre e referindo a diferente importância do *lavoro subordinato* em diferentes épocas históricas, afirmava, quanto a esse mesmo trabalho subordinado:

> "(...) è certo che solo l'epoca moderna, colle sue trasformazioni economiche, ne ha accentuato il valore e l'ha caratterizzato con precisione." ([40])

Na doutrina portuguesa, Bernardo Lobo Xavier considera que o "trabalho *humano, produtivo, livre, por conta alheia e subordinado* corresponde a um modelo generalizado de relações que surge apenas a partir da Revolução Industrial" ([41]) (itálico original), embora o Autor não negue, nomeadamente em Roma, a existência de *formas de trabalho livre* ([42]), disciplinadas por normas não específicas.

Concordamos tendencialmente com a posição deste autor, expressa sucintamente numa muito lúcida conclusão:

> "Assim, na Antiguidade, a disciplina jurídica do trabalho esteve vazada em *corpos de normas jurídicas de âmbito mais genérico*: como o das várias formas de *propriedade* (para regular a escravidão e situações de trabalho servil) ou os da *locação ou arrendamento* (para regular as relações de trabalho livre, já que o trabalho

---

([38]) JOSE PEREZ LEÑERO, "Evolucion del Pensamiento Juridico Laboral", *cit.*, pp. 29-30.

([39]) *Idem*, p. 35.

([40]) GIULANO MAZZONI, *Manuale di Diritto del Lavoro*, vol. I, 6.ª edição, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, p. 7.

([41]) BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, I, Lisboa: Verbo, 2004, p. 28.

([42]) *Idem*, p. 31. Esta obra tem uma introdução histórica das mais extensas, aprofundadas e interessantes que encontrámos em manuais de Direito do Trabalho.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

era assimilado a uma coisa que o seu titular aluga). Isto é, não havia corpos de normas ou princípios jurídicos tendo o trabalho como objecto específico." (43)

Neste sentido, Júlio Gomes considera que não existiu regulação autónoma do trabalho livre no Direito romano, em concordância com a ideia de Adomeit sobre a locação de serviços enquanto *subespécie de locação* (44) e Maria do Rosário Palma Ramalho parece adoptar também esta posição, embora de forma menos definitiva (45).

Aqueles que recusam ou advertem para os perigos no uso da expressão *trabalho livre subordinado* têm acentuado que o trabalho não escravo estava marcado por outras formas de dependência que impedem a assimilação com as concepções actuais.

Interessa aqui lembrar que um dos requisitos primordiais — a liberdade do trabalhador — "só se faz sentir quando, a partir da Revolução Francesa, a ideia de liberdade passa a ser conjugada com o princípio da igualdade de todos os cidadãos e são postas formalmente em questão as relações de suserania pessoal ou de domínio de um grupo social sobre outro pacificamente aceites no *Ancien Régime*" (46).

A figura da *locatio* atravessou séculos de tradição romanística, que gradualmente foi forjando a tripartição acima analisada (47). Vamos encontrá-la em vésperas do liberalismo português, na obra paradigmática de Pascoal de Mello Freire dos Reis:

"§ XIX — Avançamos para a *locação-arrendamento*, que é o contrato sobre o *uso duma coisa ou a prestação de serviços mediante certa remuneração*" (sublinhado nosso) (48).

---

(43) *Idem*, pp. 31-32.

(44) JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 17.

(45) MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2000, pp. 00.

(46) *Idem*, p. 174.

(47) Segundo OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, p. 467 e ss., a tripartição foi enunciada pela primeira vez por JEAN VOET (embora com alguns antecessores que não chegaram à formulação) mas ALZON, "Réflexions sur l'Histoire de la Locatio-conductio", *cit.*, p. 554, nota 7, considera poder reportar essa tripartição (*se não formalmente, pelo menos no espírito*) à *Summa* de Azão. Para um elenco dos autores anteriores à pandectística que recorrem à *locatio*, veja-se, por exemplo, o próprio OLIVIER-MARTIN, *cit.*, pp. 463 e ss., e LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e Diritto del Lavoro*, *cit.*, p. 60, nota 3, p. 79, nota 15, pp. 85-90, com referências a BALDO, AZÃO, CUJÁCIO, VOET, entre outros ainda.

(48) PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, *Instituições de Direito Civil Português*, edição traduzida por Miguel Pinto de Meneses, Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1966, Livro IV, Título III, § XIX, pp. 70-71 (também disponível em http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1077.pdf).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

O autor desenvolvia a locação de coisas e era muito parco quanto à de serviços, admitindo-a para "todas as obras honestas que admitem remuneração", sendo nesse caso o "locador obrigado a fazê-las rigorosamente ou a pagar o respectivo interesse" ([49]).

Acrescentava ainda que a remuneração só devia ser taxada pelo locador ou por vezes definida por lei com carácter temporário ou, nos termos da Ordenações ([50]), fixada pelos vereadores municipais.

A codificação oitocentista utilizou a figura da *locatio conductio operarum* para construir o contrato de prestação de serviços, adoptando esta figura para o contrato pelo qual se acordava a prestação de uma actividade (em oposição a um resultado, pois este era objecto da *locatio conductio operis*) e reservada ao trabalho manual ou mecânico.

Aliás, a divisão resultava nítida das obras doutrinais mais difundidas na época, que referiam a locação de obra, como contraposição à figura da *locatio conductio rei*.

Alguns autores distinguiam expressamente a *locatio conductio operarum* e a *locatio conductio operis* ([51]), outros não enunciavam tão claramente a divisão mas pressupunham-na nos exemplos que apresentavam ([52]).

A propósito da codificação europeia, com a francesa à cabeça, afirmava Perez Leñero:

> "El contrato de arrendamiento de servicios sigue en todo la normativa general de los contratos: no es sino una variedad más. Las partes fijan sus cláusulas con autonomía de voluntad, sólo limitada por los preceptos casi exclusivamente formales de la Ley y por las exigencias del mercado, es decir, el juego de la oferta y la demanda." ([53])

([49]) *Idem*, p. 72.

([50]) A norma referida por MELLO FREIRE constava das *Ordenações Filipinas* (edição fac-similada da edição por Cândido Mendes de Almeida de 1870, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, também disponível em http://iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=84&id_obra=65&pagina=211#), livro I, título LXVI, *Dos Vereadores*, §. 32, p. 150, em que se atribuía aos mesmos a fixação de "taxa aos Officiaes mechanicos, jornaleiros, mancebos e moças de soldada, louça e as mais cousas, que se comprarem e venderem, segundo a disposição da terra e qualidade do tempo".

([51]) Assim, por exemplo, GLUCK, *Commentario alle Pandette*, tradução italiana de UMBERTO GREGO, Milão: Dott. Leonarodo Vallardi Edit., 1981, livro XIX, título II, § 1044., pp. 37-40 e § 1048., pp. 85 e ss.

([52]) Entre outros, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tradução italiana de CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENSA, Turim: Unione Tipografico — Edtrice Torinese, 1904, vol. II, II parte, 3, § 399., pp. 136-137 e § 401., pp. 145-154. Ver, a este propósito, OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, pp. 420, 429, 465-467.

([53]) JOSE PEREZ LEÑERO, "Evolucion del Pensamiento Juridico Laboral", *cit.*, p. 39.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

Outro modelo não seria de esperar face aos ideais do liberalismo económico e político e do individualismo que moldaram as "novas" atribuições do poder público:

> "O Estado deve remeter-se à função de *guarda-nocturno*, assegurando o exercício da liberdade individual contra as ameaças ou agressões que a ponham em causa. A liberdade de empresa e a liberdade de concorrência postulam, tal como a autonomia do indivíduo abstractamente considerado, a abstenção do Estado, não invadindo domínios que são da exclusiva competência de cada um dos membros da sociedade, mas postulam também que ele assuma o encargo de manter a ordem para que, sem perturbações e ameaças externas, cada um possa, em segurança, afirmar a sua *liberdade natural* (liberdade de comércio, de indústria, de trabalho...)." ([54])

No domínio dos contratos — dominados pela autonomia da vontade, o Estado tinha um papel reduzido e era às partes que cabia estabelecer a "lei" ([55]):

> "No plano jurídico, o individualismo liberal haveria de consagrar o dogma da «autonomia da vontade», que passa ao Códigos nacionais (processo codificador do século XIX) como faculdade das partes da relação contratual (também do contrato de trabalho) de estabelecer, pelo exclusivo teor de sua vontade (salvo o interesse ou ordem públicos), o conteúdo daquela. Produz-se em definitivo, uma mudança ou trânsito do *status* próprio da sociedade corporativa precedente ao contrato." ([56])

O contrato obedecia essencialmente a um paradigma que continuou presente nos códigos oitocentistas, apesar das mudanças que já se faziam sentir.

A propósito do Direito italiano mas analisando o modelo comum aos "códigos napoleónicos" herdado da época pré-industrial, afirmou Umberto Romagnoli:

> "Poiché l'archetipo della disciplina del lavoro in età pre-industriale è, irriducibilmente, la locazione d'opera (...)" ([57]).

([54]) JORGE LEITE, "Notas para uma introdução ao Direito do Trabalho", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, III, número especial do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1983, p. 220.

([55]) Lembramos o art. 1134.° do *Code Civil*, que conferia *força de lei* às *convenções legalmente estabelecidas* para os que as celebravam.

([56]) MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LOPEZ, *Direito do Trabalho e Ideologia*, tradução portuguesa, Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 21.

([57]) UMBERTO ROMAGNOLI, "Alle origini del Diritto di Lavoro: l' età pré-industriale", *RIDL*, 1985, parte prima, p. 523.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

Em Portugal, ainda antes do Código Civil (58), é significativa a construção doutrinária que encontramos, por exemplo, em Corrêa Telles:

> "É uma espécie de locação o contrato entre o amo e o criado, pelo qual este se obriga a servir aquelle por certo tempo, em algum mister, por certo salario: por tanto em falta de Lei regem este negocio as Leis da locação" (59).

Contudo, o autor tratava apenas do serviço doméstico e da aprendizagem, não referindo o serviço assalariado.

Vejamos o que sobre esta matéria escreveu Coelho da Rocha, cuja obra foi fundamental no contexto da construção civilística portuguesa de oitocentos (60). O autor analisava o contrato "locação-condução", distinguindo a locação de coisas fungíveis da locação em que uma das partes *se obriga a fazer algumas obras por certo preço, renda, ou aluguer* (61). Depois de dedicar várias páginas à locação de coisas, tratava também da *locação de obras*, começando por a definir, remetendo para o Código Civil Francês:

> "A locação de obras, segunda espécie de locação condução, é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a prestar a outra os seus serviços por certa paga, ou os serviços sejam obras determinadas, como os dos recoveiros e empreiteiros; ou por certo tempo, como o dos criados. *Cod. Civ. Fr. art. 1710.*" (62)

O *Code Civil* de 1804 (63), no art. 1779.º (64), mencionava a *louage d'ouvrage et d'industrie* para nela distinguir três tipos: *louage de gens de travail qui*

---

(58) Veja-se, a propósito da evolução anterior ao primeiro Código Civil, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, "Enquadramento Histórico do Código Civil Português", *BFDC*, vol. XXXVII, 1961, p. 147: "E, no entanto, apesar desta passividade do legislador, assiste-se também, desde os começos do Liberalismo até ao Código civil, a uma franca evolução das nossas instituições jurídico-privadas, por obra da doutrina e da jurisprudência."

(59) JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, acommodado às Leis e Costumes da Nação Portugueza, para servir de subsidio ao Novo Código Civil*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835 (também disponível em http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1148.pdf), Livro II, título VIII, *Dos Criados*, secção I, pp. 205-206, n.º 1211.

(60) Veja-se, por exemplo, o afirmado por GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, Separata da *Revista Portuguesa de História*, tomo XIV, considerando as *Instituições*, p. 313, "a obra de maior divulgação na praxe do foro e no ensino universitário, nas vésperas do *Código Civil*" e também, nota 146, "o mais equilibrado e mais perfeito manual de direito civil publicado em Portugal no séc. XIX.".

(61) MANUEL COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, tomo II, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1848 (2.ª ed.), livro III, s. IV, cap. III, p. 647. A 3.ª edição, cuja paginação nestas matérias não difere da 2.ª por nós usada, está disponível em http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1151.pdf (tomo I) e http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1152.pdf. (tomo II).

(62) *Idem*, pp. 662-663.

(63) O *Code* foi promulgado em 1804, sendo de 1790 o primeiro decreto que referia a necessidade de elaborar um código geral. Sobre o Código existe muito abundante bibliografia;

s'engagent au service de quelqu'un (sendo esta a que ora nos interessa), *louage de voituriers* e *louage des entrepreneurs d'ouvrage par suite de devis ou marches*.

No primeiro tipo, o Código distinguia entre trabalhadores *domestiques* e *ouvriers* (epígrafe do art. 1780.º), estabelecendo neste artigo que a locação de serviços só podia ser acordada para determinado período de tempo ou para uma determinada tarefa, excluindo os contratos perpétuos, para garantir a inexistência de trabalho ajustado de modo perpétuo e de situações de dependência, por vezes social e economicamente bem semelhantes às que resultavam da escravatura (65).

O art. 1781.º estipulava que nos litígios relativos ao montante da retribuição e seu pagamento a palavra da pessoa servida fazia fé (66).

O Código francês teria uma influência decisiva nos restantes processos de codificação europeia (67) (68); todavia, em Portugal não seria nesta matéria — como aliás em muitas outras — autoridade única.

Coelho da Rocha, embora incluísse na locação de obras quer a *locatio condutio operis faciendo*, quer a *locatio conductio operarum*, distinguia depois entre recoveiros e empreiteiros, a incluir na primeira, e criados, a incluir na segunda, e dedicava um ponto autónomo aos *officiaes e jornaleiros* e outro aos *criados*.

Vejamos em que medida este regime se aproximava da *locatio conductio operarum*. Devemos em primeiro lugar salientar a importância da influência do Código Prussiano (69), expressamente referido a propósito da disciplina dos jor-

---

veja-se, para uma síntese bem conseguida, entre tantos outros, MÁRIO REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*, *Boletim da Faculdade de Direito — Suplemento ao vol. XXIX*, Coimbra, 1986, pp. 130-138 e, principalmente, "O código civil francês como autocelebração do legislador", in *Revista de História das Ideias*, vol. 26 (2005), pp. 95-117.

(64) Sobre esta matéria no *Code* ver, por exemplo, com algum desenvolvimento, LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e Diritto del Lavoro*, *cit.*, pp. 90-94 e *passim* e OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *cit.*, pp. 465 e ss.

(65) Cf. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, *cit.*, p. 63, que menciona a exposição de motivos do *Code* e também o artigo 1583.º do Código Civil espanhol que considerava nulo o contrato celebrado por toda a vida.

(66) Assim, a palavra do *maître* presumia-se verdadeira e cabia ao serviçal — *domestique* ou *ouvrier* — a prova em contrário. Esta norma manteve-se em vigor até 2 de Agosto de 1868, data em que foi revogada.

(67) Assim, por exemplo, no Código Civil espanhol, de 1889, que manteve a locação e a forma tripartida (*cosas, obras e servicios*), nomeadamente no art. 1542.º, cf. ANGEL GÓMEZ-IGLÉSIAS CASAL, "De la *locatio conductio* al contrato de trabajo", *cit.*, pp. 183-184.

(68) Quanto ao Código Civil italiano, de 1865, que também adoptou o modelo francês (no art. 1568.º), veja-se, por exemplo, LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e Diritto del Lavoro*, *cit.*, pp. 69-70.

(69) O Código entrou em vigor a 1 de Junho de 1794, após um longo processo de elaboração que teve início em 1738 (com um interregno entre a morte do autor do primeiro projecto,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

naleiros, que estará também muito presente nesta matéria no primeiro Código Civil.

A propósito do uso que fez dos diferentes Códigos, Coelho da Rocha esclarecia que do Código da Prússia extraíra, entre outras matérias, "as doutrinas (...) sobre as obrigações dos criados" ([70]).

O Autor referia a conformação dos oficiais, trabalhadores e jornaleiros às *ordens, ou direcção que lhes dão* ([71]), numa terminologia que consideramos "pouco liberal", como *infra* melhor explicitaremos.

Ora, no Código da Prússia, o art. 895.º — artigo que não é especificamente referido por Coelho da Rocha — usava uma terminologia próxima:

> "§ 895. Ein gedungener Handarbeiter ist schuldig, die Arbeit verabredetermaaßen, unter der Aufsicht oder nach der Vorschrift dessen, der ihn gedungen hat, zu verrichten."
>
> (§ 895.º Um trabalhador assalariado é obrigado a realizar o trabalho, tal como acordado, sob a direcção ou segundo as ordens daquele que o contratou) ([72]).

Em consequência, estes trabalhadores não são responsáveis pelo resultado da *empresa* mas apenas pelo não cumprimento das ordens dadas.

Acrescentam-se ainda alguns traços do regime.

O contrato é geralmente diário (*jorna*) mas, existindo ajuste expresso para determinado período de tempo ou até a obra estar concluída:

i) O trabalhador só pode ser *despedido* antes de findo o prazo verificando-se incapacidade do próprio ou falta de cumprimento;

ii) se o trabalhador é contratado para uma obra que se interrompe por *acidente eventual*, o contrato pode ser rescindido e o oficial tem direito à *estimação do trabalho feito*;

Cocceji, em 1755, e novo impulso de Frederico II, em 1780). Sobre este diploma, veja-se, entre tantos outros, MÁRIO REIS MARQUES, "O Liberalismo e a Codificação do Direito civil em Portugal", *cit.*, pp. 126 a 130.

([70]) O autor confessava, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, tomo I, *cit.*, Notas Finais, Nota B ao § 43, p. 285, que consultara o *Código da Prússia*, não o original mas o *vertido em Francez*, que pensamos corresponderia à seguinte edição da época: *Code General pour les Etats Prussiens, traduit par les membres du bureau de Législation Étrangère, et publié par ordre du Ministre de la justice*, Paris, 1801 (esta é primeira de três edições).

([71]) *Idem*, tomo II, *cit.*, livro III, s. IV, cap. III, p. 666: "§ 854. 1.º Os officiaes, trabalhadores e jornaleiros são obrigados a conformar-se no seu trabalho com as ordens, ou direcção, que lhes dão (...)".

([72]) A tradução tenta, simultaneamente, respeitar a letra do artigo e utilizar as expressões que correspondem à formulação de Coelho da Rocha que, parece-nos, equivale a uma tradução correcta do texto original.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

iii) cessando o impedimento, o trabalhador está obrigado a voltar a pedido do dono da obra mas tem direito à retribuição do tempo do impedimento, descontando-se o que entretanto ganhou ou podia ter ganho;

iv) se a obra se perdeu antes de concluída, o oficial tem direito a uma indemnização pelo seu trabalho;

v) se a obra pereceu ou termina por culpa ou vontade do dono, o trabalhador tem também direito à retribuição dos dias que decorram até encontrar obra em que possa trabalhar.

Segue-se a descrição do regime dos criados, que interessa menos nesta sede, pois o mesmo permanecia em grande medida dominado por um enquadramento familiar próprio da sociedade estamental do Antigo Regime ([73]).

Na disciplina do trabalho jornaleiro encontramos quer traços da figura da *locatio conductio operarum* (a própria terminologia e a sistemática adoptada, o direito à remuneração do trabalho realizado em caso de interrupção da obra por *acidente eventual* ou da perda da mesma), quer vestígios — ou antecipação? — de uma feição protectora do jornaleiro/trabalhador (retribuição pelo tempo em que a obra estivesse interrompida; retribuição até obter nova ocupação se a obra perecesse ou cessasse antes do tempo acordado por culpa ou vontade do dono).

Vejamos então como foi consagrada na legislação portuguesa oitocentista a locação de serviços na sua vertente de trabalho jornaleiro ou assalariado, prevista no Código Civil de 1867 nos arts. 1391.º a 1395.º

Advertimos que não trataremos aqui com pormenor da codificação civil em Portugal ([74]), quer porque é matéria já estudada pela nossa juris-historiografia, quer porque extravasaríamos em muito o âmbito desta comunicação. Todavia, não nos podemos furtar a algumas linhas, essenciais para a melhor compreensão da figura que especificamente estudámos.

Assim, para lá da matriz óbvia e marcadamente individualista, é pertinente que assinalemos uma continuidade com o Direito anterior, sem uma ruptura profunda, tal como afirma Mário Reis Marques:

> "No fundo, a superação do direito antigo pelo moderno, ao menos no que toca ao direito civil, produziu-se sem quebras ao nível essencial." ([75])

([73]) Note-se que CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez*, *op. cit.*, inseria este contrato no Livro II (*Dos direitos e obrigações das pessoas de uma família*, secção VIII *Dos criados*), afirmando, p. 205, n.º 1210, que criados e escravos eram *acessórios de uma família*.

([74]) Sobre o contexto da mesma veja-se o já citado artigo de MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, "Enquadramento Histórico do Código Civil Português", *cit.*, pp. 138 e ss.

([75]) MÁRIO REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*, *cit.*, p. 3, e MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, "Enquadramento Histórico do Código Civil Português", *cit.*, pp. 153-154.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

No mesmo sentido, escreveu António dos Santos Justo:

> "(...) o Código não revolucionou profundamente o direito português: por um lado, o nosso direito já se ressentia das ideias liberais; por outro, SEABRA era avesso às inovações sem o filtro de um cuidadoso trabalho de assimilação e de adaptação às linhas orientadoras do direito pátrio." ([76])

Ainda assim também lhe foi apontado por Manuel de Andrade "um certo excesso de originalidade em confronto com os modelos existentes" ([77]), sem que não deixe de lhe reconhecer *moderação* e *um sensato equilíbrio nas posições tomadas* ([78]).

Quanto à matéria de que tratamos, devemos assinalar uma considerável diferença na sistematização ([79]) da matéria da prestação de serviços, novidade que já vimos atribuída apenas ao BGB ([80]).

De uma forma muito abreviada, reproduz-se aqui a sistemática do código de 1867:

> "Parte I — Da capacidade civil.
> Parte II — Da acquisição dos direitos.
> Parte III — Do direito de propriedade.
> Parte IV — Da offensa dos direitos e da sua reparação."

A matéria que nos ocupa está tratada na Parte II (arts. 259.º a 2166.º), sendo esta constituída pelos seguintes livros:

> "Livro I — Dos direitos originarios e dos que se adquirem por facto e vontade propria independentemente da cooperação de outrem.

([76]) ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, "Recordando o Visconde de Seabra no Centenário do seu Falecimento", *BFDUC*, vol. LXXI (1995), p. 616. Veja-se ainda MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, "Enquadramento Histórico do Código Civil Português", *cit.*, p. 153, que salienta *um certo efeito positivo* resultado do "tempo de espera" da nossa codificação civil, que favoreceu a sedimentação e o *amadurecimento*, permitindo que as novas ideias se fossem *articulando no encontro do património tradicional com feliz sentido prático*.

([77]) MANUEL DE ANDRADE, "Discurso em Memória do Visconde de Seabra", *BFDUC*, vol. XXVIII (1952), p. 282.

([78]) *Idem*, pp. 282-283.

([79]) Sobre a importância da sistematização jurídica no âmbito da codificação, ver REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*, *cit.*, pp. 177-182, e sobre a sistematização do Código de 1867, v. pp. 182 e ss. Ainda sobre essa sistematização, apontando-lhe originalidade e considerando-a inspirada em SAVIGNY, MANUEL DE ANDRADE, "Discurso em Memória do Visconde de Seabra", *cit.*, p. 282; ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, "Recordando o Visconde de Seabra no Centenário do seu Falecimento", *cit.*, p. 617; MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, "Enquadramento Histórico do Código Civil Português", *cit.*, pp. 154 e 157-158.

([80]) Assim LUCIANO SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e Diritto del Lavoro*, *cit.*, p. 70: "Una grossa novitá introduce il *BGB* tedesco, che elimina lo schema locativo di antica tradizione romanistica e pandettistica (...)".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

Livro II — Dos direitos que se adquirem por facto e vontade propria e de outrem conjuntamente.

Livro III — Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei."

O livro II da Parte II está por sua vez dividido nos seguintes títulos:

"Título I — Dos contractos e obrigações em geral.

Título II — Dos contratos em particular."

É no título II que encontramos o Capítulo IV dedicado ao *contracto de prestação de serviços*, capítulo que comporta várias secções, constando da Secção I o *serviço doméstico* (arts. 1370.º a 1390.º) — que excluímos deste estudo pelas razões acima mencionadas — e da Secção II o *serviço salariado*. Interessa mencionar que o Capítulo anterior (III) trata do *mandato ou procuradoria* e o seguinte (V) das *doações* para que fique bem clara a independência do *contrato de prestação de serviços* face à *locatio conductio rei*, uma vez que o *contracto de locação* só surge muito mais à frente, no Capítulo X do Título II.

De realçar que o Código também inclui no Capítulo IV (*Do contrato de prestação de serviços*) outros contratos que não abordaremos especificamente pois extravasaríamos já o nosso objecto: *empreitada* (secção III), *serviços prestados no exercício das artes e profissões liberais* (secção IV), *recovagem, barcagem e alquilaria* (secção V), *contrato de albergaria ou pousada* (secção VI), *depósito* (secção VIII).

Alguns destes contratos melhor se enquadrariam na mencionada *locatio conductio operis*, outros estão definitivamente excluídos do âmbito da *locatio conductio*.

Apenas deixamos uma breve nota quanto ao segundo contrato referido, *serviços prestados no exercício das artes e profissões liberais*. O trabalho independente era concebido como realidade diferente — o Código somente lhe dedica um artigo, estipulando o ajuste do vencimento entre quem presta o serviço e quem o recebe ou, na falta de ajuste, a estipulação judicial, em conformidade com o costume da terra ([81]).

Esta autonomização reforçava a concepção — não expressa no nosso Código Civil — do trabalho "intelectual" diferenciada da prestação de serviços manuais ou mecânicos.

([81]) Art. 1409.º: "*Os vencimentos dos que exercerem artes e profissões liberaes, serão ajustados entre os que prestarem essa espécie de serviços, e os que os receberem.*

§. unico. Em falta de ajuste, os tribunaes arbitrarão os vencimentos, conforme o costume da terra. A verba dos vencimentos regulada por este costume poderá, comtudo, ser modificada, tendo attenção á importância especial do serviço, á reputação de quem o hover prestado, e ás posses de quem o houver recebido."

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

Por outro lado, o Código não fornecia a definição ou qualquer critério que esclareça a agregação de contratos tão diversos:

> "Não se encontra, porém, no Código a definição do contrato de prestação de serviços, nem quaisquer preceitos que a êle se refiram isoladamente. Ao contrário, êsse capítulo esgota-se em oito secções, cada uma delas regulamente um contrato especial (...)
>
> O sistema do Código é estranho. Não se compreende a utilidade que possa ter a reunião de tantos contratos sob uma rubrica única, se não se faz corresponder a esta uma série de princípios que a todos êsses contratos seja comum." ([82])

Vejamos então especificamente o *serviço salariado*, que é, no nosso entender, aquele que verdadeiramente corresponde à figura da *locatio conductio operarum*, enquanto contrato entre partes livres e iguais, como afirma por exemplo Monteiro Fernandes, notando "a simetria ou paridade *formal* que se procurava imprimir aos estatutos do assalariado e da «pessoa servida»" ([83]). Essa paridade formal está menos presente nos outros dois contratos que é usual fazer também corresponder à *locatio conductio operarum*: o contrato de serviço doméstico e o contrato de aprendizagem.

O art. 1391.º define o serviço salariado como o prestado por um indivíduo a outro, ajustado ao dia ou à hora, mediante retribuição correspondente — o salário ([84]).

Salientamos a disponibilização/ cedência da força de trabalho própria a outrem com carácter temporário, sendo esta transitoriedade acentuada pelo tempo de ajuste previsto na lei: dia a dia ou mesmo hora a hora (embora os arts. 1394.º e 1395.º, que analisaremos *infra*, mencionem, respectivamente, "*por dia ou dias necessários para perfazer certo serviço*" e "*trabalho ajustado por certos dias, ou em quanto durar a obra*").

No art. 1391.º se fundamenta a filiação do contrato de serviço salariado na *locatio conductio operarum*.

Todavia, o primeiro Código Civil português, ao contrário das restantes codificações europeias oitocentistas (anteriores e posteriores) consagrou esta prestação de trabalho "*conforme as ordens e direcção da pessoa servida*" (art. 1392.º ([85]) ([86])).

([82]) RAUL VENTURA, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho. Estudo de Direito Privado*, *cit.*, p. 97. E no mesmo sentido, pp. 100-101.

([83]) ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 33.

([84]) *Vide* art. 1391.º, anexo final.

([85]) *Vide* art. 1392.º, anexo final.

([86]) Ver BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, I, *cit.*, p. 71: "De qualquer forma há — no plano técnico — a curiosa antecipação da ideia de direcção patro-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

O autor do projecto — António Luiz de Seabra — revelara já anteriormente que estava a par de várias das polémicas jurídicas, económicas e filosóficas acerca do trabalho em geral e do trabalho assalariado em particular que, na época, abundavam na Europa "civilizada".

Em obra anterior ([87]) dedicara três capítulos do *Livro Primeiro* a temas conexos: *Direito ao trabalho* (capítulo VII), *Do Salário* (capítulo VIII) e *Da organização do trabalho* (capítulo IX).

Para o que ora interessa, retiramos da obra algumas referências aos problemas laborais decorrentes da industrialização ([88]) mas sem abandono das principais ideias das concepções liberais. Vejam-se, por exemplo, os argumentos usados para recusar a intervenção estatal na fixação de um salário mínimo:

> "(...) o trabalho, enquanto valor necessário, tem a melhor garantia na mesma natureza das cousas, e que, em quanto ao seu valor eventual, não póde ser submettido aos regulamentos da auctoridade, tanto pelos abusos, que acintemente poderia practicar, como pela impossibilidade em que se acha, de avaliar com acerto e justiça interesses infinitamente variaveis e precarios. Em similhantes circunstâncias o arbitro do salário não póde ser senão a livre convenção das partes (...) Em todo o caso as exigencias do Direito serão mais efficazmente attendidas pela conveniencia recíproca do operario e do empresario, do que o podiam ser pela intervenção da auctoridade." ([89])

Noutra sede — a propósito dos diferentes contratos e concretamente no capítulo relativo à *permutação e suas diferentes espécies* — encontramos algumas observações sobre a prestação de serviços. Em primeiro lugar, afastava-se o autor de uma concepção estritamente patrimonial, invocando a dignidade do homem:

> "Mas não somente podemos adquirir productos em troco de outros productos; tambem adquirimos certos serviços pessoaes em troco de certos productos ou de outros serviços pessoaes.
>
> Não devemos confundir esta especie de permutação com as precedentes, porque não se casa com a dignidade do homem confundil-o com as bestas de carga e de aluguer, ou com qualquer objecto bruto, ou individuo irracional." ([90])

---

nal relativamente ao trabalho dos assalariados, traçando-se assim com anterioridade face às outras codificações europeias a ideia capital de subordinação jurídica como característica da relação de trabalho (...)".

([87]) António Luiz de Seabra, *A Propriedade Philosophia do Direito. Para servir de Introdução ao Commentario sobre a Lei dos Forais*, vol. I, Parte I, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1850, também disponível em http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1580.pdf.

([88]) Por exemplo, *op. cit.*, livro I, pp. 80-81, 89 e 101, entre outros trechos ainda.

([89]) *Idem*, pp. 100-101.

([90]) *Idem*, livro II, p. 199.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

Esta observação parece traduzir uma rejeição da tradição romanista que usava a *locatio* para disciplinar a prestação de serviços e aproximava o trabalho humano de qualquer outra *res*. Poderá ser esta concepção do autor que justifica a sistemática do Código Civil que, como vimos, abandonou a partição da *locatio*.

Após esta advertência, Seabra referia concretamente a prestação de serviços:

> "Se adquirimos a prestação de certos serviços (ou estes sejam calculados na mão de obra, ou pelo espaço de tempo, que demandam), mediante uma certa retribuição em generos ou dinheiro, — temos um contracto, que chamaremos de *operagem*; que comprehende a *domesticidade*, o *jornal*, a *empreitada*, etc., etc." (91)

Segue-se uma reflexão muito interessante sobre a proximidade (e até possível confusão) dos vários contratos que o autor agrupara sob a epígrafe *permutação* (*permutação* propriamente dita, *arrendamento*, *emphyteuse* ou *aforamento*, *feudo*, *pareceria* ou *companhia*, *aluguer*, *compra e venda*, *juro* ou *usura*, *censo reservativo*, *censo consignativo*, *sociedade*, *operagem*) para de seguida rejeitar a imposição legal de *fórmulas privativas e sacramentaes*, exprimindo de novo a sua concepção liberal (92) mas criticando o Direito Romano e as várias classificações de contratos (*nominados* e *innominados*, *convenções do Direito das gentes e estipulações do Direito civil*), assim como a *materialização* que indicava como característica deste ordenamento (93).

Mais: o autor, apesar de reconhecer certos progressos, acusava mesmo os ordenamentos contemporâneos, entre os quais o português, de manterem "os vestígios dessa tendência original", principalmente os que tinham "adoptado o Direito romano, como base da sua legislação" (94).

Esta crítica ao Direito Romano não impediria o autor de recorrer a este ordenamento — e à tradição romanística — na elaboração do Código Civil como apontámos já no caso do contrato de salariado, mas introduzindo algumas "originalidades".

Vejamos nesse sentido o estipulado no art. 1392.º (95).

Já no projecto publicado em 1858, embora com diferente designação — *serviço jornaleiro* — se entendia que o trabalho devia ser prestado "*segundo as ordens e direcção da pessoa servida*" (96), expressão mantida na íntegra no pro-

(91) *Idem*, pp. 199-200.

(92) *Idem*, p. 200: "O seu ministério [da legislação], em regra, deve por tanto limitar-se a proteger a liberdade das transacções, facilitando a sua prova, e assegurando a sua execução."

(93) *Idem*, pp. 200-201.

(94) *Idem*, pp. 202-203.

(95) *Vide* art. 1392.º, anexo final.

(96) ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA, *Codigo Civil Portuguez. Projecto redigido por...*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858, pp. 350-351, artigo 1452.º: "*O serviçal jornaleiro é obrigado a*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

jecto examinado pela Comissão Revisora e publicado em 1863, embora constando neste último a denominação depois usada no Código — *serviço salariado* ([97]).

Face às concepções liberais, a que repugnava a ideia de "subordinação" de um homem livre a outro neste âmbito não familiar, o nosso Código regulou esta matéria de forma premonitória ainda que eivada da "persistência realista de antigos quadros não suficientemente triados pela mentalidade liberal do autor do primeiro Código Civil português" ([98]).

Cabe, primeiramente, questionar a razão de ser deste preceito no contrato de serviço salariado e a sua não previsão no regime do serviço doméstico.

Parece-nos que neste último contrato a "subordinação" era já pressuposto, como resulta do art. 1383.º, n.º 1 ([99]), e não diferia das concepções da época, que entendiam tradicionalmente esta relação num contexto familiar e atribuíam ao serviçal doméstico um estatuto diferenciado — nesse sentido o interesse legal é de o "forçar" alguma limitação, com o fito de diminuir a "dependência" institucionalizada.

Quanto ao contrato de serviço salariado, pretendeu-se consagrar alguma subordinação, mas de forma bem mais ténue, pois não se afirma que o serviçal assalariado "*é obrigado a obedecer ao seu amo em tudo*" (dever do serviçal doméstico) mas antes que "*é obrigado a prestar o trabalho a que se propoz, conforme as ordens e direcção da pessoa servida*".

Assim, as ordens e direcção estão limitadas ao trabalho a que o serviçal se propôs — não sendo a típica formulação liberal, também não assimila este contrato ao de serviço doméstico.

Quanto à influência, parece-nos que se pode claramente apontar o Código Prussiano ([100]). Como acima referimos, Coelho da Rocha usava já a expressão

---

prestar o trabalho a que se propoz, segundo as ordens e direcção da pessoa servida. Se assim o não fizer poderá ser despedido, antes que finde o dia pagando-se-lhe o tempo vencido", também disponível em http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1585.pdf.

([97]) António Luiz de Seabra, *Codigo Civil Portuguez. Projecto redigido por... e examinado pela Respectiva Comissão Revisora*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1863, p. 325, artigo 1420.º, também disponível em http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1586.pdf.

([98]) Bernardo (da Gama Lobo) Xavier, "A Constituição Portuguesa como fonte do direito no Direito do Trabalho e os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores" in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 174-175, nota 30. O Autor utiliza a expressão transcrita como hipótese de uma interrogação (sendo a hipótese contrária a "antecipação corajosa e lúcida à legislação do trabalho do século seguinte"). Nesta nota é levantado um conjunto de questões muito interessantes — esperamos ter conseguido responder a algumas delas.

([99]) "*O serviçal é obrigado: 1.º A obedecer a seu amo em tudo o que não for illicito ou contrario ás condições do seu contrato*".

([100]) Sobre este aspecto e os seguintes, ver as pistas já deixadas por Bernardo da Gama Lobo Xavier, *Curso de Direito do Trabalho*, I, *op. cit.*, pp. 71-72, nota 2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

"*ordens, ou direcção*" ([101]), mencionando expressamente o Código da Prússia. Este aplicava-se em Portugal como direito subsidiário por força do previsto na célebre Lei de 18 de Agosto de 1869, apelidada de "Lei da Boa Razão" ([102]), que estipulava o recurso às *Leis das Nações Christãs, iluminadas e polidas* em matérias *Politicas, Economicas, Mercantis e Maritimas*.

Ora, a expressão utilizada pelo Código de 1867 é *conforme as ordens e direcção* ([103]), pelo que nos parece que se adoptou a orientação de Coelho da Rocha, embora a conjunção alternativa ("ou") usada por este — e que respeitava o texto original — tenha sido substituída pela conjugação copulativa ("e") no Código português, o que reforça, em nosso entender, a ideia de "subordinação".

Foi assim preterida outra linha existente na nossa civilística, exemplificada na obra de Corrêa Telles, que, como acima ficou dito, se atinha mais à figura da *locatio*, nem sequer autonomizando o serviço assalariado.

Nos arts. 1393.º a 1395.º encontramos os restantes traços do regime legal do contrato. A retribuição devia ser paga periodicamente, ao fim de cada semana ou de cada dia, de acordo com a necessidade do serviçal e presumia-se fixada em dinheiro, excepto existindo *convenção expressa* de sentido diferente ([104]).

O art. 1394.º ([105]) consagrava a proibição de rescindir antecipadamente o contrato sem justa causa quando fosse o tempo ajustado fosse necessário à conclusão de certo serviço. A sanção prevista era a perda do salário já vencido se o serviçal abandonasse o trabalho e o pagamento por inteiro se o *servido* o despedisse.

Chamamos a atenção para o uso pela lei das palavras "*despedil-o*" e "*justa causa*" neste contexto, uma vez que o "despedimento" seria (e ainda é) termo

---

([101]) COELHO DA ROCHA, *op. cit.*, tomo II, livro III, s. IV, cap. III, p. 666 (trecho transcrito *supra*).

([102]) Sobre a *Lei da Boa Razão* e os *Estatutos Pombalinos da Universidade* (que completam a Lei) assim como sobre o movimento racionalista em Portugal existe diversa bibliografia, de que referimos apenas de forma indicativa a seguinte: MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, "Debate jurídico e solução pombalina" in *BFDUC*, vol. LVIII (1982), II vol., p. 1-35, e também *Enquadramento Histórico do Código Civil Português*, *cit.*, pp. 148-150; RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina*, in Suplemento ao vol. XXXIII, *BFDC*, 1990, pp. 16-20, 44-60, 81-88, 156-174 e 180-194; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, *cit.*, pp. 279-316; RUY DE ALBUQUERQUE E MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, II, Lisboa, 1983, pp. 127-129; ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus. Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal. 1640-1820*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, pp. 286-292, 376-377, 421-441; MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 145-173; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português: fontes de direito*, 2.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, pp. 369-385, 390-403 e 429-435.

([103]) Quanto à origem da expressão "ordens e direcção", estamos a desenvolver uma investigação que parece apontar para o seu uso muito anterior em documentos de cariz militar, "administrativo" e eclesiástico.

([104]) *Vide* art. 1393.º, anexo final.

([105]) *Vide* art. 1394, anexo final.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

exclusivo para a rescisão no contrato de trabalho e a expressão *justa causa* está também intimamente associada ao termo da relação laboral.

Por fim, a lei ([106]) estipulava que se o ajuste fosse por um número certo de dias ou para o tempo de duração da obra e o trabalho fosse interrompido por caso fortuito ou força maior, o contraente servido ficava obrigado a pagar o trabalho realizado — logo, e *a contrario*, não estava obrigado a pagar a remuneração ajustada para o trabalho que não chegava a ser prestado ([107]).

Também nesta matéria o regime jurídico é idêntico ao previsto para a *locatio conductio operarum*, como acima ficou dito.

Discordamos da apreciação muito crítica de Raul Ventura quanto a esta secção da *Prestação de Serviços*:

> "Por outro lado, não se encontra também no Código qualquer referência expressa à distinção entre *locatio operis* e *locatio operarum*, nem mesmo esta distinção parece ter tido qualquer influência no sistema adoptado.
>
> (...) O que não parece de louvar é o sistema adoptado, que pôs lado a lado casos de *locatio operis* e de *locatio operarum*, sem deixar margem alguma pela qual se reconheçam as importantes diferenças que entre êles existem." ([108])

A distinção não estava de facto consagrada de forma expressa no Código mas podia retirar-se dos tipos previstos, decisivamente influenciados pelas duas categorias romanas, nomeadamente o contrato de salariado, que, como se disse, reproduz muitos dos traços da *locatio conductio operarum*.

Por outro lado, a nova sistemática, não sendo perfeita, demonstrava independência quanto ao modelo adoptado pelas codificações anteriores — *locatio* tripartida, agrupando contratos muito diferentes — ainda mais artificial que o do Código de Seabra.

Cunha Gonçalves contrapunha o modelo da *locatio* dos *códigos estrangeiros* ao modelo do nosso código, que conferia ao contrato de prestação de serviços "diversa natureza, como lhe deu diversa denominação" ([109]). O autor considerava este critério louvável:

> "(...) porque o termo *locação*, se tem por si a tradição romana — *locatio operarum* — corresponde mal às diversas categorias de pessoas que prestam os

([106]) *Vide* art. 1395.°, anexo final.

([107]) Cf. Guilherme Moreira, *Instituições do Direito* Civil, vol. II *Das obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, 1925 (2.ª edição), capítulo III, § 8, n.° 38, pp. 125-126, também disponível em http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1229.pdf.

([108]) Raul Ventura, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho. Estudo de direito Privado*, *cit.*, p. 98.

([109]) Luís da Cunha Gonçalves, *Dos Contratos em Especial*, Lisboa: Edições Ática, 1953, p. 97.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

serviços e chega a ser deprimente do homem moderno, que trabalha mas não se aluga (...)" ([110])

Afinal, o previsto no Código Civil de 1867, correspondendo ainda a uma concepção liberal do trabalho ([111]), ajustava-se melhor a um mundo em transformação, em que parte significativa do trabalho viria a ser prestado "conforme as ordens e direcção", sob o vínculo da *subordinação jurídica*.

Independentemente da polémica sobre a autonomia do Direito do Trabalho e da sua relação com o Direito Civil, não há dúvida que o trabalho, na legislação liberal, começou por ser disciplinado dentro de um programa contratual de natureza civilística.

Na verdade, aceitando que o enquadramento dado pelo legislador através da classificação enquanto prestação de serviços traduz uma concepção ideológica liberal que é geral e abrangente, interessa ainda apurar, em concreto, se existiu uma preocupação em negar uma sujeição que pudesse aproximar-se do trabalho forçado.

É porém necessário notar que a preocupação em delimitar os poderes da entidade patronal não é recente, como bem lembra, recordando um trecho de Suarez, Nunes de Carvalho. O que denominamos hoje por categoria contratual pode servir como forma de delimitação:

> "O conceito de categoria contratual, tendo a virtualidade de evidenciar a dimensão programática do contrato de trabalho, envolve, logicamente, uma outra faceta. Uma vez que a determinação do objecto do contrato de trabalho é, também, a circunscrição do domínio no qual o prestador de trabalho está obrigado a acatar as ordens e instruções da entidade patronal, com as consequentes restrições da sua liberdade, a categoria assinala igualmente as balizas do poder do empregador e da subordinação do empregador (sic)" ([112]).

([110]) *Idem, ibidem*. Já antes o autor se exprimira em termos muito semelhantes, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 1933, vol. VII, pp. 539-440. Nesta obra o autor, pp. 572-573, dirigia várias críticas às noções e terminologia usada pelo Código.

([111]) MARIA DA CONCEIÇÃO TAVARES DA SILVA, *Direito do Trabalho*, apontamentos das lições ao curso do 2.º ano, Lisboa: Instituto de Estudos Sociais, 1964-65, p. 332, retirava da disciplina do Código o facto de "não se ter apercebido o legislador do sentido da evolução sócio-económica já em curso nesta data". A mesma acusação poderia servir para o legislador do BGB, mais de trinta anos depois. Idêntica crítica fora já também apontada por LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, *cit.*, pp. 572-573.

([112]) ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, "Reflexões sobre a categoria profissional (a propósito do Código de Trabalho)" in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, *cit.*, p. 136. O uso palavra final do trecho transcrito (*empregador*) é obviamente um lapso.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

A sujeição de um homem livre a outro homem livre repugnava ao ideário liberal — tal explica o aproveitamento da *locatio romana* para construir um contrato de prestação de serviços baseado no princípio da igualdade (formal) das partes.

Assim, o nosso primeiro Código Civil reflectia um modelo contratual de regulação mínima embora demonstrasse alguma preocupação quanto ao serviço doméstico e quanto à aprendizagem ([113]).

Historicamente, o modelo civilista tem sido apontado como factor de desigualdade por pressupor uma igualdade das partes que afinal não se verificava.

Esta desigualdade veio a ser naturalmente superada também pelo Direito Civil, com a correspondente evolução doutrinal e legislativa, transformando-se num Direito que "se preocupa, e não em pouca medida, com a protecção do contraente mais débil como mostra o desenvolvimento do direito do consumo e o regime das cláusulas contratuais gerais, para referir apenas alguns exemplos." ([114])

Ora, o aspecto que queremos salientar é o oposto ao geralmente referido pela doutrina; na nossa opinião o contrato também foi — ou tentou ser — um instrumento de igualdade.

Na verdade, o paradigma contratual é afinal a afirmação civilista de um dos mais caros princípios da ideologia e Direito liberais, por contraposição ao antigo regime estatutário, *todos os homens nascem livres e iguais*:

> "Os homens são iguais porque são livres; e são livres porque são iguais: eis aqui um círculo vicioso à primeira vista mas uma demonstração verdadeira e exacta para quem a quiser profundar. (...)
>
> Somos livres, porque os direitos que temos à existência, à boa existência, a prover aos meios dela, a aperfeiçoá-la são comuns a todos; em consequência, não ficando a nenhum homem particular mais direitos que a outro, é claro que não podem impedir-se uns aos outros no exercício destes direitos: eis aqui no que consiste a liberdade tomada em abstracto.
>
> Somos iguais porque não pode nenhum homem ser impedido por outro no exercício de seus direitos, sendo estes os mesmos para uns e para outros, e portanto livres, este estado forma o que se diz, e o que é a igualdade." ([115])

([113]) Cf. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, I, *cit.*, pp. 70-71: "O Código Civil de 1867 ressente-se da pouca importância dada às questões sociais, disciplinando os contratos de serviço não autónomos (serviço salariado, doméstico e aprendizagem) pura e simplesmente como contratos civis, numa óptica paritária e sem qualquer preocupação pela tutela do trabalhador (a não ser talvez no contrato de aprendizagem, em que se limita a jornada de trabalho dos aprendizes, de acordo com a sua idade)".

([114]) JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 27. No mesmo sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, *cit.*, pp. 12-13.

([115]) ALMEIDA GARRETT, "O Dia 24 de Agosto", in *Obras de Almeida Garret*, Porto: Lello & Irmãos, 1966, tomo I, p. 1053.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

Se são livres e se são iguais, é às partes e não à lei que compete definir os seus interesses e a forma como se vinculam, ao menos dentro dos limites fixados para a autonomia privada.

O contrato era visto como um instrumento de igualdade, uma forma nobre de auto-vinculação entre homens livres, afastando em definitivo as situações de domínio/dependência tão presentes em épocas anteriores ([116]).

A civilização contemporânea e industrial acreditava nas potencialidades "libertadoras" do contrato:

> "E il contratto, che puré affonda le sue radici fin dai tempi antichi nelle relazioni economiche della vita, diventa lo strumento generale, quanto essenziale, di realizazione della liberta ed uguaglianza dei singoli e dei gruppi" ([117]).

Naquele momento histórico, o trabalho não podia, pois, deixar de ser regulado pelo contrato ([118]). Como vimos, num primeiro momento, um modelo baseado na *locatio conductio operarum* (mesmo admitindo uma reformulação mais ou menos profunda da figura romana) pareceu adequado a essa regulação, garantindo a liberdade e a igualdade formal das partes.

A falência de tal modelo quando aplicado essencialmente ao trabalho operário no novo contexto industrial constitui afinal uma das causas para o nascimento do Direito do Trabalho. Porém, este novo ramo também não prescindiu de uma base contratual, antes a adaptou a novas necessidades ([119]).

([116]) Veja-se MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 176: "Pelo contrário, a conjugação dos princípios da igualdade e da liberdade na Revolução Francesa confere ao elemento da liberdade uma dimensão axiológica nova enquanto pressuposto do trabalho subordinado: afirmado o valor da igualdade, a ideia da privação voluntária da liberdade pelo prestador, que quadra às relações de serviço de tipo patriarcal e familiar dominantes na época anterior, é agora considerada iníqua e passa a ter significado a limitação positiva da subordinação do prestador de trabalho em termos temporais e funcionais (através da proibição das relações de trabalho vitalícias, da procura de alguma determinação do débito laboral e da funcionalização dos poderes do empregador ao objecto negocial), procurando-se assegurar a manutenção efectiva da liberdade do trabalhador ao longo do desenvolvimento do vínculo e a sua posição formalmente igualitária em relação ao empregador."(sublinhado nosso).

([117]) RENATO SCOGNAMIGLIO, "La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato", *RIDL*, 2001, Parte Prima, p. 109.

([118]) *Idem*, pp. 109-110: "Qui il contratto e il lavoro subordinato si incontrano perché, in uno stadio della civiltà umana imperniato sui principi di libertà ed egualglianza, soltanto mediante l' accordo delle parti puo avvenire l'alienazione delle energie psicofisiche del prestatore a favore del datore."

([119]) Cf. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 31: "Existe, assim, uma acentuada tensão entre a crítica à autonomia privada e ao contrato enquanto instrumento de um resultado justo, crítica que, de algum modo o próprio direito do trabalho consubstancia, ao chamar a atenção para a desigualdade material das partes, e a necessidade de fazer apelo ao que foi

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

ANEXO

SECÇÃO II

Do serviço salariado

Art. 1391.º: Serviço salariado é o que presta qualquer indivíduo a outro, dia por dia, ou hora por hora, mediante certa retribuição relativa a cada dia ou a cada hora, que se chama salario."

Art. 1392.º: O serviçal assalariado é obrigado a prestar o trabalho, a que se propoz, conforme as ordens e direcção da pessoa servida. Se assim o não fizer, poderá ser despedido antes que finde o dia, pagando-se-lhe as horas de serviço prestado."

Art. 1393.º O servido é obrigado a satisfazer a retribuição promettida, ou no fim da semana, ou no fim de cada dia, conforme a necessidade do assalariado.

§. unico. O preço da retribuição presume-se sempre estipulado em dinheiro, salvo havendo convenção expressa em contrário.

Art. 1394.º O serviçal, assalariado por dia, ou pelos dias necessários para perfazer certo serviço, não póde abandonar o trabalho, nem o servido despedil-o, antes que finde o dicto dia ou dias, não havendo justa causa.

§. unico. Se o serviçal, ou o servido, fizerem o contrario, aquelle perderá o salario vencido, e este será obrigado a pagal-o por inteiro, como se fora feito.

Art. 1395.º Se o trabalho ajustado por certos dias, ou em quanto durar a obra, for interrompido por caso fortuito ou força maior, nem por isso ficará o servido desobrigado de pagar o trabalho feito.

---

querido ou consentido por elas no momento do contrato como primeira linha de defesa do contraente normalmente mais débil."

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574

https://doi.org/10.55104/FRDC_0574