



**POLITÉCNICO  
DE LEIRIA**

ESCOLA SUPERIOR  
DE TECNOLOGIA  
E GESTÃO

# **O DIREITO DO TRABALHO E AS EMPRESAS:**

NOVOS DESAFIOS, NOVAS SOLUÇÕES?

**10 OUTUBRO 2017**

Auditório 1 Edif. D

**CONGRESSO INTERNACIONAL  
DE CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS**

**O DIREITO DO TRABALHO E AS EMPRESAS**

*ATAS*

**ORGANIZAÇÃO**

ANA LAMBELHO

JORGE BARROS MENDES

MARISA DINIS

**Edição:**

Instituto Politécnico de Leiria  
Escola Superior de Tecnologia e Gestão

[www.cicje.ipleiria.pt](http://www.cicje.ipleiria.pt)

dezembro de 2017

Instituto Politécnico de Leiria  
Escola Superior de Tecnologia e Gestão  
Morro do Lena - Alto do Vieiro  
2411-901 Leiria  
Apartado 416

ISSN: 2183-5330

## **Nota de publicação**

O IX CICJE decorreu na Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria no dia 10 de outubro de 2017 e foi subordinado ao tema “O Direito do Trabalho e as Empresas”.

As Atas que agora se publicam resultam das preleções dos oradores que compuseram os vários painéis. A todos os que contribuíram com os seus escritos para esta publicação e aos participantes no Congresso deixamos o nosso agradecimento.

Leiria, dezembro de 2017

Os organizadores,

*Ana Lambelho*

*Jorge Barros Mendes*

*Marisa Dinis*

## Índice

|  |            |
|--|------------|
| <b>NOTA DE PUBLICAÇÃO</b>  | <b>4</b>   |
| <b>CONTRATO DE TRABALHO - UM MODELO FORMOSO E NÃO SEGURO (OU: QUANDO O TRABALHADOR É UM “ADÓNIS MUSCULADO DEAMBULANDO PELA PRAIA”)</b>   |            |
| <b>MILENA SILVA ROUXINOL</b>   | <b>7</b>   |
| <b>O YIN YANG DA PRESTAÇÃO SUBORDINADA EM REGIME DE TELETRABALHO</b>   |            |
| <b>SUSANA FERREIRA DOS SANTOS</b>  | <b>25</b>  |
| <b>A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E OS DESAFIOS DO SÉCULO XXI: AS RELAÇÕES DE TRABALHO TRIANGULAR E A MOBILIDADE INTERNACIONAL DE TRABALHADORES. RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA</b>                         | <b>43</b>  |
| <b>AS REDES SOCIAIS E A DES(PROTEÇÃO) DA PRIVACIDADE DO TRABALHADOR</b>  |            |
| <b>PATRÍCIA CANTEIRO</b>   | <b>60</b>  |
| <b>A UTILIZAÇÃO PELO EMPREGADOR DOS REGISTOS OBTIDOS ATRAVÉS DOS MEIOS DE VIGILÂNCIA À DISTÂNCIA COMO MEIO DE PROVA PARA DESPEDIR O TRABALHADOR: SÍNTESE DE UMA DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL</b>                |            |
| <b>SALAZAR, HELENA</b>   | <b>80</b>  |
| <b>DIREITO À DESCONEXÃO DIGITAL</b>  | <b>98</b>  |
| <b>JOÃO DIOGO DA CRUZ SANTOS</b>   | <b>98</b>  |
| <b>RAFAEL PARREIRA</b>   | <b>98</b>  |
| <b>IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES: UM IDEAL OU UMA REALIDADE ALCANÇÁVEL?</b>  | <b>111</b> |
| <b>PAULA ALEXANDRA DA CRUZ SILVA PINA DE ALMEIDA</b>   | <b>111</b> |
| <b>A GARANTIA DOS CRÉDITOS LABORAIS NO CONTEXTO DA INSOLVÊNCIA DO EMPREGADOR - O PRIVILÉGIO CREDITÓRIO IMOBILIÁRIO ESPECIAL</b>  | <b>128</b> |
| <b>ANA RITA FERNANDES PINTO, IPCA</b>  | <b>128</b> |
| <b>MARIA JOÃO MACHADO, ESTG.IPP/CHICESI</b>  | <b>128</b> |
| <b>A PROTEÇÃO DOS SEGREDOS DE NEGÓCIOS NUM CONTEXTO DE MOBILIDADE DOS TRABALHADORES</b>  | <b>167</b> |
| <b>ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM</b>   | <b>167</b> |
| <b>BREVES REFLEXÕES EM TORNO DAS SEMELHANÇAS E DISSEMELHANÇAS ENTRE OS PACTOS DE NÃO CONCORRÊNCIA DOS ADMINISTRADORES E DOS TRABALHADORES</b>  | <b>189</b> |
| <b>RITA GUIMARÃES FIALHO D’ ALMEIDA*</b>   | <b>189</b> |
| <b>BREVE RESENHA ACERCA DOS MECANISMOS DE COMBATE À UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DE RELAÇÕES DE TRABALHO SUBORDINADO - PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO (IPMAIA/N2I E ISMAI)</b> | <b>210</b> |
| <b>REFLEXÕES SOBRE O REGIME DA TRANSMISSÃO DE EMPRESA NO CÓDIGO DO TRABALHO</b>  |            |
| <b>MELANIE OLIVEIRA (ISCET)</b>  | <b>232</b> |



## **Contrato de trabalho – um modelo formoso e não seguro (ou: quando o trabalhador é um “Adónis musculado deambulando pela praia”<sup>1</sup>) Milena Silva Rouxinol<sup>2</sup>**

### **I. Introdução**

Pese embora a multiplicidade de desafios com que a ciência jurídico-laboral se vai confrontando, talvez possamos afirmar que um dos *puncta crucis* que a marcam é – continua sendo – o da delimitação das fronteiras do contrato de trabalho e, por conseguinte, do âmbito de aplicação do Direito do Trabalho. Mais até, conforme já escrevemos noutra local<sup>3</sup>, esta questão configura, na dogmática juslaboral e na correspondente *praxis* jurisprudencial, um daqueles clássicos intemporais que, a espaços, afloram revestidos, em alguns casos, travestidos, de novas roupagens, que, embora lhe acrescentem complexidade, não devem desvirtuar a essência do problema. Que a era atual tem desafiado, sobremaneira, o labor de (re)definição dos elementos constitutivos do contrato de trabalho e, em especial, dos indícios que permitem a sua identificação, ilustram-no fenómenos tão transversalmente conhecidos como o da *Uber* – ou, mais ampla, mas também mais dissimuladamente, da *economia colaborativa* –, reclamando, entre outras, resposta para a questão de saber se aqueles que conduzem os automóveis conhecidos pelo mesmo nome são trabalhadores e, nesse caso, quem

---

<sup>1</sup> A expressão sinalizada com aspas é da autoria de JEAN-FRANÇOIS CESARO e PIERRE-YVES GAUTIER (“Tenter sa chance ou travailler: qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux”, *Recueil Dalloz*, 2009, n.º 31, p. 2116-2120 [2116]), que a empregam a propósito da decisão jurisprudencial referente ao caso *Île de la Tentation*, o qual suscitou um problema de qualificação do contrato firmado entre os participantes de um programa de televisão do tipo *reality* show e a respetiva entidade produtora, tendo a *Cour de Cassation* entendido tratar-se de um contrato de trabalho. Referir-nos-emos ao caso, bem como a outros similares, *infra*, no texto.

Ao longo do texto, mobilizaremos várias expressões e frases, sobretudo de autores franceses. A tradução desses excertos é, em qualquer caso, da nossa responsabilidade.

<sup>2</sup> Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa/Membro do Centro de Estudos e Investigação em Direito (Universidade Católica Portuguesa).

<sup>3</sup> JOÃO LEAL AMADO e MILENA SILVA ROUXINOL, “A partitura da subordinação jurídica – observações em torno do Acórdão do STJ, de 21 de Novembro de 2013”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 2014, n.º 3985, p. 252-285

é o seu empregador (uma pessoa, uma plataforma virtual, ou a pessoa oculta por detrás da plataforma?)<sup>4</sup>.

Mas a era atual é, também, no plano do entretenimento, a dos *reality-shows*, programas de televisão que se traduzem na transmissão de imagens das vivências experienciadas por pessoas *reais*, por oposição a personagens contruídas e enquadradas num enredo ficcional, normalmente num contexto espacial previamente definido, o qual, evidentemente, é variável, sendo igualmente diversos os desafios e objetivos apresentados aos participantes. Ora, precisamente, sucedeu que, nos últimos anos – mais concretamente, desde 2009, como veremos –, este género de programas televisivos tem dado azo, em especial na experiência jurídico-laboral francesa, à revisitação do problema do confinamento do contrato de trabalho. Em traços gerais, levantou-se, diversas vezes e por referência a vários programas daquela estirpe, a questão de saber que tipo de vínculo ligaria os concorrentes à entidade produtora do *reality-show* em causa<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre o assunto, entre nós, JOÃO LEAL AMADO e CATARINA GOMES SANTOS, “A Uber e os seus motoristas: *mind the gap!*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 2016, n.º 4001, p. 111-127, RITA GARCIA PEREIRA, “A Uber e o contrato de trabalho: um admirável mundo novo?”, *Questões Laborais*, n.º 49, ano XXIII, 2016, p. 29-47, e ainda JOANA VASCONCELOS, “Problemas de qualificação do contrato de trabalho: o caso das relações estabelecidas no contexto da economia *on demand* entre prestadores independentes (?) de serviços e empresas tecnológicas intermediárias (?) no mercado”, in Atas do VII Colóquio de Direito do Trabalho (Supremo Tribunal de Justiça, 21-10-2015; organização da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho).

<sup>5</sup> O problema já se suscitou, igualmente, em Espanha, embora, ao que nos parece, com menor ressonância na doutrina. A posição adotada pela jurisprudência superior espanhola é similar à sustentada pelos tribunais franceses, que explicitaremos no texto. A respeito de um *reality-show* designado como *La casa de tu vida 3*, que se traduzia no acompanhamento da vida de um conjunto de pessoas dentro de uma casa disponibilizada pela produção para o efeito, o *Tribunal Superior de Justicia* – sala social (acórdão n.º 139/2008-P, de 12 de março de 2008; disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=71832&links=&optimize=20080612&publicinterface=true>), não teve dúvidas de que entre os participantes e a empresa produtora existia um contrato de trabalho (contrato especial de artistas), tendo colocado o acento tónico na existência de sinais claros de subordinação jurídica. Foi ainda no mesmo sentido a decisão adotada por este tribunal, a respeito do mesmo programa, no acórdão de 14 de abril de 2008 (acórdão n.º 294/08; disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=127103&links=&optimize=20080529&publicinterface=true>), em que pode ler-se que “não é negável a existência de contrato de trabalho”.

Veja-se, sobre a questão, JUAN PABLO MALDONADO MONTROYA, “El trabajador del ‘reality show’”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 83, p. 355-372. Também o Autor toma como seguro, ao contrário do que sucede com a doutrina gaulesa, que, na verdade, o vínculo que une os participantes dos *reality-shows* à respetiva empresa produtora pode bem qualificar-se, exatamente, como contrato de trabalho. Com efeito, nota, os participantes, que são selecionados por esta empresa atendendo às respetivas características pessoais, “realizam a sua atividade, a sua participação no *reality-show*, por conta de outrem. Os supostos ‘concorrentes’ (mais adiante, o Autor explica que se trata de “concorrentes-trabalhadores”) realizam uma

Se o facto de as querelas judiciais daí emergentes terem tido a sua génese em programas como os indicados, os quais, usualmente, contam com vasta audiência, não bastasse para explicar a ressonância, desde logo no universo jurídico, que as mesmas vieram a assumir, terá, por certo, concorrido para tal visibilidade a porventura inusitada posição que, nas diversas ocasiões em que se pronunciaram sobre o assunto, os tribunais franceses assumiram: a de que aquele vínculo é um contrato de trabalho<sup>6</sup>. Cremos que a análise desta jurisprudência e da subsequente doutrina produzida a esse respeito se mostra relevante não somente por razões de curiosidade intelectual, mas também por motivos de ordem prática<sup>7</sup>. Com efeito, aquele tipo de programa televisivo, estando, aparentemente, em voga em França, não o estará menos entre nós, pelo que bem podem suscitar-se idênticas interrogações jurídicas no espaço nacional.

---

atividade no seio do programa cedendo antecipadamente os frutos (...) que da mesma derivem à produtora. Realizam uma atividade que, junto com os demais recursos humanos do programa (...) tem como resultado um produto, aquele que a televisão emite, explorado pela produtora, que detém direitos sobre ele” (p. 357). E fazem-no de forma juridicamente subordinada e retribuída.

Embora se refira à questão da natureza laboral do vínculo em causa, o Autor analisa, em especial, o problema de saber se o contrato em causa será comum ou, diferentemente, um contrato de trabalho especial (com profissionais de espetáculo). Este problema, que, aliás, não foi ignorado em França, embora tenha quedado num segundo plano, pode, igualmente, colocar-se entre nós. Com efeito, também em Portugal existe um diploma especial regulador das relações laborais com profissionais de espetáculo (Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro), cabendo perguntar se os participantes em *reality-shows* poderiam considerar-se trabalhadores desse tipo especial. Não havendo dúvidas, parece-nos, de que os programas em causa se compreendem na noção de espetáculo definida no diploma (“as manifestações artísticas ligadas à criação, execução e interpretação que se realizem perante o público e ainda que se destinem a gravação e a transmissão para posterior difusão pública, nomeadamente em teatro, cinema, radiodifusão, televisão ou outro suporte audiovisual, internet, praça de touros, circo ou noutro local destinado a atuações ou exibições artísticas”), poderá haver lugar a hesitações quanto à qualificação dos participantes nestes concursos como *professionais* de espetáculo. É certo que, desde a revisão de 2011, a lei já não exige expressamente (como exigia, anteriormente, no artigo 1.º, n.º 2) que as atividades artísticas, para serem abrangidas pelo diploma, sejam exercidas “com caráter regular”, portanto, dir-se-ia, a título profissional. No entanto, o diploma continua a designar-se como “regime dos contratos de trabalho com *professionais* de espetáculo”, além de que as normas do artigo 3.º apontam, igualmente, para o critério da profissionalidade, a que se associa a nota da regularidade... Sobre este regime, JÚLIO GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime, in *Novos estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 197-231 [204-212]. O Autor questiona-se sobre se não deverá qualificar-se como contrato de trabalho comum aquele em que a prestação (subordinada, evidentemente), não obstante ser de natureza artística, não apresente aquele aludido caráter de regularidade. Propenderíamos para responder em sentido afirmativo. Veja-se, ainda, entre nós, MARGARIDA CORDEIRO PORTO, *A participação de menor em espectáculo ou outra actividade de natureza cultural, artística ou publicitária: análise das especificidades do regime legal*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 92-106.

Veja-se, neste estudo, a nota 38.

<sup>6</sup> Notando e procurando justificar esta ressonância, ANTOINE JEAMMAUD, “La Cour de Cassation escamote le problème (entretien avec Antoine Jeammaud), *Semaine Sociale Lamy*, 2009, n.º 1403, p. 14-15 [14], e também BÉNOÎT GÉNAUT, “Droit du Travail mai 2009-août 2009 – I-Frontières du Droit du Travail (B: qualification de contrat de travail)”, *Recueil Dalloz*, 2010, n.º 6, p. 344.

<sup>7</sup> Já se referiu ao assunto, em Portugal, RITA GARCIA PEREIRA, “Casa dos Segredos: um novo templo para a subordinação jurídica”, in *Para Jorge Leite – escritos Jurídico-Laborais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 697-731.

Por outro lado, a questão com que os tribunais franceses se confrontaram, embora possa apresentar-se como uma dimensão – mais uma, conquanto distinta – do clássico problema da definição dos contornos do contrato de trabalho<sup>8</sup>, mostra-se, contudo, um tanto singular, concitando reflexões distintas das que, habitualmente, são empreendidas no contexto do tratamento daquele problema. Com efeito, e muito embora as instâncias jurisdicionais não tenham colocado o acento tónico neste ponto – razão pela qual mereceram críticas mais ou menos veementes, cremos que legítimas, de vários autores –, a questão central a analisar era, nos casos em apreço, menos a da (in)existência de subordinação jurídica do que uma outra, situada a montante, a de saber se a atividade levada a cabo pelos pretensos trabalhadores poderia, legitimamente, considerar-se uma prestação de trabalho. Por outro lado, mas também em razão do que vimos de afirmar, o problema da qualificação não se enunciou, como sucede classicamente, sob a forma da alternativa contrato de trabalho ou contrato de prestação de serviço – como é sabido, naquele existe, mas neste inexistente, subordinação jurídica, a qual se convola, assim, em elemento distintivo decisivo. Nos casos *sub judice*, ocorreu, mormente em sede de debate doutrinal, que, ou se contrapôs ao contrato de trabalho, como alternativa de qualificação, o contrato de jogo<sup>9</sup>, ou se aventou que estaria em causa um contrato inominado, nem de jogo, nem de trabalho<sup>10</sup>, destinado a regular participação num programa televisivo, ou, finalmente, se propôs a existência de um contrato misto de jogo-trabalho<sup>11</sup>. A jurisprudência

---

<sup>8</sup> As decisões a que nos referimos foram, aliás, mencionadas em diversas crónicas de atualidade jurisprudencial dedicadas à questão da definição do contrato de trabalho. Vejam-se, por exemplo, BENOÎT GÉNIAUT, *op. cit.*; FRÉDÉRIC POLLAUD-DULIAN, “Participant à un jeu télévisé”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 2009, p. 724-724; MARIE SERNA, “La participation à une émission de télé-réalité est un travail” (obs), *Recueil Dalloz*, n.º 23, 2009, p. 1530-1532; PASCAL LOKIEC e JÉRÔME PORTA, “Droit du travail: relations individuelles de travail février 2013-mars 2014, A-Qualification de salarié”, *Recueil Dalloz*, n.º 19, 2014, p. 1115-1127 [1116]; SÉBASTIEN TOURNAUX, “Chronique d’actualité du regime juridique du contrat de travail”, *Droit Social*, n.º 1, 2014, p. 11-23 [11-13].

<sup>9</sup> Perguntou-se, a este respeito: “Posso trabalhar enquanto jogo?” (“Peut-on travailler en jouant?”) (PASCAL LOKIEC e JÉRÔME PORTA, *op. cit.*, p. 1116). E, aludindo, com alguma ironia, ao sentido da posição dos tribunais, afirmou-se, como que respondendo àquela interrogação: “Eu não me divirto, eu trabalho!” (GILLES AUZERO, “‘Je ne m’amuse pas, je travaille!’ Bref retour sur l’arrêt ‘Île de la Tentation’”, *Revue de Droit du Travail*, setembro de 2009, p. 507-508).

<sup>10</sup> Assim, a respeito do mais emblemático dos casos a que nos referimos, JEAN-FRANÇOIS CESARO e PIERRE-YVES GAUTIER, *op. cit.*, p. 2117 e ss., *maxime*, p. 2120, e também PATRICK MORVAN, “Télé-réalité et contrat de travail”, *Semaine Sociale Lamy*, n.º 1278, 2006, p. 5-9 e n.º 1279, p. 6-9 [primeira parte, p. 7 e segunda parte, p. 9].

<sup>11</sup> Assim, se bem os interpretamos, DANY COHEN e LAURENT GAMET, a propósito de um dos programas deste género, “Loft story: le jeu-travail”, *Droit Social*, n.º 9/10, 2001, p. 971-977.

terá, porém, cedido à “tentação do contrato de trabalho”<sup>12</sup>, com o que, na opinião de um setor alargado da doutrina, “não terá levado a sério o conceito de (contrato de) trabalho”<sup>13</sup>.

Daremos nota, nas linhas subseqüentes, deste interessante momento da experiência jurídica francesa. À sua maneira, foi uma parcela de “*show da vida*” – da vida jurídica, às vezes tão sedutora quanto a real. Em certas situações, com efeito, os assuntos são “exóticos, mas também jurídicos”<sup>14</sup>. Embora a questão pudesse, por certo, ser analisada de outros pontos de vista, mormente o da (in)validade (de alguns, pelo menos) destes contratos – pois bem pode entender-se estar *in obligatio* a exposição a uma manipulação física e psíquica potencialmente atentatória da dignidade humana<sup>15</sup> –, centrar-nos-emos nos pontos que mereceram maior atenção por parte da doutrina gaulesa, os quais, relacionando-se com o problema da qualificação contratual, confluem, amplamente, no debate sobre se a atividade devida poderia, em retas contas, considerar-se uma prestação laboral.

## II. A jurisprudência: uma sucessão de casos de participação em programas televisivos perspetivada como assentando num contrato de trabalho

---

<sup>12</sup> A expressão, que constitui um jogo de palavras, porquanto um dos programas televisivos, o mais mediático, envolvidos nesta série de decisões judiciais, era designado *Île de la Tentation*, deu nome a um número especial, dedicado ao assunto, da publicação *Semaine Social Lamy* (n.º 1403, 2009), bem como a um dos artigos que o integraram, a que adiante nos referiremos.

<sup>13</sup> Parafraseamos PIERRE-YVES VERKINDT, que, para um estudo crítico sobre a jurisprudência em questão, escolheu o título “Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux” *JCP – La Semaine Juridique, édition sociale*, n.º 5, 2009, p. 3-5.

<sup>14</sup> Nestes termos, FRANÇOISE CHAMPEAUX, “La tentation du contrat de travail”, *Semaine Social Lamy*, n.º 1403, 2009, p. 2.

<sup>15</sup> Assim, GWENNHAEL FRANÇOIS, “Nullité du contrat de travail des participants à une émission de télé-réalité”, *JCP – La Semaine Juridique*, n.º 19, 2009, p. 13-15. O Autor estabelece um paralelo entre o objeto dos contratos aqui em análise e, entre outros, o “lançamento do anão”, situação sobre a qual o *Conseil d’État* francês se pronunciara anteriormente (parecer de 27/10/1995), tendo entendido que a contratualização de tal atividade seria ilícita, mesmo com o consentimento do anão, porquanto estaria em causa uma desumanização da pessoa, uma negação da sua dignidade.

Também aflora a questão BERNARD EDELMAN (“Quand ‘L’Île de la Tentation’ ne séduit pas le droit”, *Recueil Dalloz*, n.º 37, 2009, p. 2517-2520), sugerindo que o facto de o contrato aí em causa ter sido qualificado como contrato de trabalho – o que coenvolveria entender que a prestação consistia, afinal, numa representação, ainda que uma representação de si mesmo, e não exatamente a revelação da pessoa e vida reais dos concorrentes – teria “devolvido aos participantes a dignidade perdida” (p. 2517).

Veja-se, ainda, DANY COHEN e LAURENT GAMET, *op. cit.*, para quem o contrato entre os concorrentes do *Loft Story* e a empresa televisiva se afigura ferido de nulidade, atenta a renúncia a vários direitos fundamentais aí coenvolvida, e JUAN PABLO MALDONADO MONTROYA, *op. cit.*

Conforme já mencionámos nas linhas anteriores, não foi apenas uma vez que a jurisprudência francesa se confrontou com a questão de saber como deveria ser qualificada – *rectius*, se deveria considerar-se como laboral – a relação estabelecida entre os participantes de programas televisivos do tipo *télé-réalité* e a respetiva entidade produtora. Na verdade, desde 2009 até 2013, foram já quatro, ao que julgamos saber, as situações em que tal problema se lhe apresentou. E a resposta dos tribunais superiores manteve-se constante: estamos perante contratos de trabalho.

O primeiro caso, já mencionado, terá sido o referente ao concurso *L'Île de la Tentation*<sup>16</sup>. O conteúdo do programa era o seguinte: quatro casais, não casados e sem filhos, deveriam permanecer durante doze dias numa praia paradisíaca (no caso, tailandesa), sendo permanentemente filmados nas vivências do quotidiano, nomeadamente durante a participação nas atividades definidas pela produção (praia, equitação, *ski* náutico, vela, etc.), sendo certo que o objetivo nuclear da vida em comum na ilha era, tal como descrito no guião do programa, que os participantes “testassem os seus sentimentos recíprocos” e a sua fidelidade, havendo, pois, lugar a momentos de sedução e concentrando-se as câmaras nesses

---

<sup>16</sup> Mas, curiosamente, o problema da qualificação dos contratos celebrados entre os participantes num programa deste tipo e a entidade produtora já havia sido aflorado, em momento anterior, pela doutrina. Em 2001, DANY COHEN e LAURENT GAMET (*op. cit.*) questionaram-se sobre a natureza de tal contrato a respeito do programa televisivo *Loft Story*, tendo refletido sobre o assunto à margem, tanto quanto julgamos saber, de qualquer querela judicial. O guião do programa era o seguinte: durante um período de setenta dias, um grupo de onze pessoas (seis homens e cinco mulheres) era permanentemente filmado, dentro de um estúdio televisivo transformado, para este efeito, numa habitação, recebendo, em contrapartida, uma soma mínima de 4520 francos, a que acresceriam 2260 por cada semana adicional de permanência; em cada semana, uma destas pessoas era eliminada pelos telespectadores, que selecionavam o concorrente a excluir de um grupo de dois ou três, previamente indicados pelos demais; no final, deveria restar somente um homem e uma mulher, que transitariam para uma segunda fase, com o que, desde logo, receberiam a quantia de 150 mil francos; neste momento, o *casal* era desafiado a coabitar numa casa dita “de sonho”, novamente sob o olhar indiscreto das câmaras e, se aí se mantivesse durante o período de tempo estabelecido, receberia uma soma avultada em dinheiro, destinada a adquirir um imóvel; se, pelo contrário, a coabitação fosse interrompida, este prémio ficaria inviabilizado.

Embora tenham considerado a hipótese de qualificação como contrato de jogo – de resto, o *Loft Story* era apresentado pelos seus promotores como, precisamente, um *jogo* –, evidenciando, como elementos presentes, a álea (quanto à eliminação) e também a perspetiva de vencer e de ganhar o prémio, os autores sublinharam que, dependendo da conceção de trabalho sustentada, poderia ser defensável qualificar a relação em causa como laboral. Na verdade, colocam o acento tónico no ponto que já evidenciámos como o mais importante: a questão de saber se a atividade aqui presente pode ser concebida como prestação laboral. Concluem que não há obstáculo decisivo a uma resposta em sentido afirmativo. Desde logo, argumentam, o nada fazer, desde que se esteja à disposição do empregador, em vez de se dispor do seu próprio tempo, tendo direito a estar indisponível, não é incompatível com a conceção de uma prestação laboral. Pois não é tempo de trabalho aquele em que o trabalhador, mesmo sem prestação efetiva, está ao dispor do empregador? Acrescentam, porém, que, na verdade, deixando-se filmar no cenário definido, os concorrentes assumiriam uma *performance* um tanto distinta do mero nada fazer, mais se aproximando do requerido a um modelo que posa para um pintor ou escultor. Por outro lado, a vida na casa era animada, segundo orientações da produção, por atividades de ordem vária: *karaoke*, dança, escrita para um jornal difundido *online*, etc. – tudo confluindo na criação de um produto, apropriado e vendido pela empresa produtora, que, em vista do domínio da *performance* dos concorrentes, exercia sobre eles uma verdadeira supremacia. Quanto à remuneração, os dados anteriormente referidos tornam clara a sua existência.

*affaires* amorosos e nas declarações feitas pelos concorrentes a esse respeito. Segundo a definição das regras do programa, não haveria vencedor, nem prémio, embora fosse paga uma soma em dinheiro aos participantes, no valor de 1525 euros.

Tendo-se suscitado judicialmente a questão de saber que tipo de contrato ligava os concorrentes à *Glem*, entidade produtora, a *Cour de Cassation*<sup>17</sup> veio a decidir que, verificando-se que os concorrentes estavam “vinculados a tomar parte nas diversas atividades e reuniões, que deveriam seguir as regras definidas unilateralmente pela produção, que eram orientados na análise da sua conduta, que certas cenas eram repetidas para valorizar momentos essenciais, que as horas de sono e vigília eram definidas pela produção, que o regulamento lhes impunha uma disponibilidade permanente, estando interdita a saída do local e a comunicação com o exterior, prevendo-se que qualquer infração às obrigações contratualmente assumidas poderia ser punida com a expulsão”<sup>18</sup>, e tendo em conta, ainda, que a designação aposta ao contrato – *règlement participants* – não é vinculativa quanto à definição da sua natureza, o contrato em causa deveria considerar-se um contrato de trabalho. Colocando o acento tónico na subordinação jurídica, revelada pelos elementos indicados e, paralelamente, na irrelevância do *nomen* comercial adotado pelas partes, a *Cour* declinou a argumentação da sociedade *Glem*, que de balde invocou não ser devida qualquer prestação de trabalho, porquanto os concorrentes apenas teriam de se comportar natural e espontaneamente, revelando a sua própria pessoa, enquanto participavam nos desafios propostos, sendo certo, ainda, que o seu objetivo não seria, como sucede num contrato de trabalho, auferir uma retribuição, e que as regras enunciadas, ao invés de se conceberem como expressão de qualquer supremacia jurídica, deveriam ser perspetivadas como regras destinadas a garantir a organização da emissão, como seria próprio de qualquer programa televisivo.

Em 2013, foram decididos dois casos similares, que foram considerados pela doutrina sinais de uma linha de continuidade da *jurisprudência Île de la Tentation*<sup>19</sup>. Referimo-nos às decisões sobre os programas *Mister France*<sup>20</sup> e *Koh Lanta*<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> *Chambre sociale*. Acórdão de 3 de junho de 2009 (reproduzido em *Recueil Dalloz*, n.º 23, 2009, p. 1530-1532. O Acórdão confirma, neste ponto, a decisão da *Cour d'Appel de Paris*.

<sup>18</sup> Excerto do Acórdão.

<sup>19</sup> Assim, FANY LALANE, “Élection de ‘Mister France’: les participants doivent être considérés comme des salariés!”, *Jurisprudence Sociale Lamy*, n.º 350, p. 16-22 [18].

Quanto ao programa *Mister France*, o seu objeto consistia na transmissão das vivências dos vinte e sete concorrentes ao título de Mister France 2003, desde os dias anteriores à cerimónia de seleção do vencedor e até este dia; o vencedor receberia um prémio no valor de 30 mil euros. Tendo o vencedor do concurso reivindicado a qualificação do contrato celebrado com a produtora como contrato de trabalho, a *Cour* respondeu, uma vez mais, favoravelmente. Neste caso, o tribunal sublinhou, para lá da ideia de que a qualificação contratual escolhida pelas partes não vincula o decisor, que o programa não se resumia a uma competição pelo título de Mister France, devendo, pois, afastar-se a qualificação de jogo; diferentemente, o produto almejado era um programa audiovisual, com valor económico e para cuja realização a participação dos concorrentes era imprescindível. O acórdão evidencia ainda, naturalmente, a existência de subordinação jurídica, visto que os concorrentes obedeciam a ordens da produção quanto aos locais de alojamento e de refeições, eram obrigados a responder a entrevistas, evidentemente transmitidas, ao longo das filmagens, bem como a realizar coreografias previamente indicadas<sup>20</sup>. Nestes termos, rejeitou os argumentos apresentados pela produtora, que podem sintetizar-se nas ideias seguintes: a existência de perspectiva de ganho e de uma álea excluem a convocação do modelo do contrato de trabalho; não existe subordinação jurídica, mas um conjunto de regras destinadas à organização da emissão; não há, na realidade, prestação de trabalho, visto que a atividade dos concorrentes não se confunde com qualquer atividade profissional, em que, de resto, ao contrário do que sucedia no caso, os sujeitos que a desempenham aspiram, fundamentalmente, a ser remunerados.

O programa *Koh Lanta* consistia no seguinte: um conjunto de dezasseis candidatos era isolado, durante cerca de cinquenta dias, num ou em vários locais, devendo viver com o mínimo de recursos e participar nas provas indicadas pela produção – tudo, evidentemente, quotidianamente filmado. Periodicamente, procedia-se à eliminação dos concorrentes, por indicação da sua equipa. No entanto, os eliminados deveriam permanecer à disposição da produção, num hotel, para que, decorrido o período definido, participassem numa assembleia

---

<sup>20</sup> *Cour de Cassation, chambre sociale*; acórdão de 25 de junho de 2013. [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/arrets\\_publics\\_2986/chambre\\_sociale\\_3168/2013\\_4448/juin\\_4502/1170\\_25\\_26950.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/arrets_publics_2986/chambre_sociale_3168/2013_4448/juin_4502/1170_25_26950.html). O acórdão confirma, neste ponto, a decisão da *Cour d'Appel de Versailles*.

<sup>21</sup> *Cour de Cassation, chambre sociale*, acórdão de 25 de junho de 2013. O aresto pode ver-se em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027636316>. O acórdão mantém, neste aspeto, a decisão da *Cour d'Appel de Montpellier*.

<sup>22</sup> Sobre os casos, DELPHINE GARDES, “De Mister France à Koh Lanta, le travail dans tous ses états”, *Révue de Droit du Travail*, 2013, p. 622-625. Em particular sobre o caso *Mister France*, FANY LALANE, *op. cit.*

geral para designação do vencedor, o concorrente que permanecesse mais tempo no local inóspito inicialmente indicado. Os concorrentes recebiam um valor monetário por cada dia de participação, estando ainda prevista uma soma a troco da obrigação de confidencialidade assumida; por outro lado, todas as despesas alimentares, de alojamento e médicas eram cobertas pela produção e o vencedor tinha direito a um prémio no valor de 10 mil euros. Colocada, judicialmente, a questão de saber que tipo de vínculo jurídico unia os concorrentes à entidade produtora, a *Cour de Cassation*, afastando a qualificação como contrato de jogo sustentada por aquela última, vincando que a prestação dos concorrentes se destinava à criação de um produto televisivo, apropriado pela produtora, e mobilizando, em suma, argumentos similares aos convocados no caso *L'Île de la Tentation e Mister France*, decidiu tratar-se de um contrato de trabalho.

Mais recentemente, em 2015, a *Cour de Cassation*<sup>23</sup> voltou a adotar a mesma posição em relação ao programa *Pékin Express*. De acordo com o guião do programa, várias equipas de dois elementos deveriam percorrer um trajeto de 10 mil quilómetros, por etapas e tentando superar vários desafios; os concorrentes recebiam, ao longo do seu período de permanência, uma soma em dinheiro e, bem assim, a produção suportava todas as despesas de viagens, alojamento e alimentação, além de estar previsto um prémio monetário para o casal vencedor. Também neste caso a *Cour* considerou que os concorrentes prestavam um atividade voltada para a construção de um produto audiovisual e que o faziam em condições de subordinação, revelada, desde logo, pelo facto de não poderem ter contacto com o exterior, deverem usar um microfone e deixar-se filmar, ou ainda por não poderem levar a cabo atividades livres senão quando a produção autorizasse, sendo certo que estavam vinculados a atividades obrigatórias e ainda à repetição das cenas que a produção indicasse; estavam em causa, pois, uma vez mais, contratos de trabalho<sup>24</sup>.

### III. A doutrina: retorno à questão de saber o que é, afinal, o trabalho

---

<sup>23</sup> *Chambre Sociale*; acórdão de 4 de fevereiro de 2015. O acórdão pode ser consultado em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030207748>. O acórdão revogou a decisão da *Cour d'Appel de Versailles*, que tinha optado pela qualificação como contrato de jogo.

<sup>24</sup> Sobre o caso, BENOÎT GÉNIAUT, “Pékin Express: requalification en contrat de travail”, *Revue de Droit du Travail*, 2015, p. 252-253.

Como referimos anteriormente, a jurisprudência ora mencionada concitou uma reação algo efusiva por parte da doutrina. Na sequência, principalmente, da decisão atinente ao programa *L'Île de la Tentation*, a primeira desta série e, por isso mesmo, a que originou expressões de surpresa, foram vários os autores que comentaram criticamente a opção pela qualificação do vínculo em causa como contrato de trabalho, com observações que, na verdade, seriam, largamente transponíveis para os demais acórdãos mencionados. Maioritariamente<sup>25</sup>, pronunciaram-se em desacordo com a *Cour de Cassation*, tendo algumas críticas sido exteriorizadas num tom de ironia porventura incomum em textos jurídicos<sup>26</sup>. Embora sem desprezar a análise, por referência ao caso *sub judice*, dos demais elementos constitutivos do contrato de trabalho, a doutrina concentrou-se naquele que, neste contexto, se mostraria mais equívoco, feita uma análise atenta – a prestação de atividade<sup>27</sup>. Poderia dizer-se, com propriedade, estar presente uma verdadeira prestação laboral, levada a cabo pelos participantes na *Île de la Tentation*, tal como nos demais programas? Parece-nos, de facto, que esta era a questão central e compreendemos, por isso, a crítica apontada à *Cour de Cassation* pelo facto de o acórdão ter deixado na sombra tão importante vetor de análise. Na síntese de PIERRE-YVES VERKINDT<sup>28</sup>, “é o trabalho que precede a aplicação do critério [da

---

<sup>25</sup> É excepcional a posição de BERNARD EDELMAN (*op. cit.*), de CHRISTOPHE RADÉ, “L’apossibilité d’une île”, *Droit Social*, n.º 9/10, 2009, p. 930-935, e ainda de JEAN-JAQUES DUPEYROUX, “Observations”, *Droit Social*, n.º 7/8, 2009, p. 791. Parece-nos razoável supor que também o seria a de DANY COHEN e LAURENT GAMET (*op. cit.*), que, embora não se hajam pronunciado sobre esta decisão, refletiram sobre a questão a respeito do programa *Loft Story*, tal como referimos em nota anterior. Para uma síntese das posições adotadas, AGNÈS FOSSAERT, “Télé-réalité et contrat de travail”, *Semaine Sociale Lamy*, n.º 1403, 2009, p. 3-10.

<sup>26</sup> Tome-se como exemplo particularmente expressivo o texto altamente crítico de JEAN-EMMANUEL RAY, “Sea, sex... and contrat de travail”, *Semaine Sociale Lamy*, n.º 1403, 2009, p. 11-13.

<sup>27</sup> Sintomaticamente, os arestos mencionados (exceto o último) estão no núcleo da análise, incidente sobre a noção jurídica de trabalho, empreendida por DELPHINE GARDES, “Une définition juridique du travail”, *Droit Social*, n.º 4, 2014, p. 373-380.

É certo que vários autores também se referem, a este respeito, à questão da (in)existência de subordinação jurídica. Parece-nos, porém, que a forma como perspetivam a multiplicidade de regras, ditadas pela produção, destinadas a condicionar a *performance* dos concorrentes é decisivamente condicionada pela posição que adotam acerca da questão – preliminar e central – de saber se existe ou não uma prestação que possa ter-se como trabalho. Os autores que aceitam tal pressuposto tendem a ver naquelas regras sinais de supremacia jurídica (assim, BERNARD EDELMAN, *op. cit.*, p. 2520; DANY COHEN e LAURENT GAMET, *op. cit.*, p. 792 e ss., GILLES AUZERO, *op. cit.*, p. 508 e ss.); os que, diferentemente, consideram tratar-se de uma prestação própria de um contrato de jogo, ou de um negócio inominado, mas, em todo o caso, distinto do vínculo laboral, perspetivam aquelas regras como um fenómeno natural no contexto da produção de um espetáculo, como no da organização de qualquer jogo, competição, ou evento afim, em que seja inequívoco não existir entre os participantes e a entidade organizadora qualquer laço laboral (assim, JEAN-FRANÇOIS CESARO e PIERRE-YVES GAUTIER, *op. cit.*, p. 2118 e ss., PATRICK MORVAN, *op. cit.*, segunda parte, p. 6, e PIERRE-YVES VERKINDT, *op. cit.*, p. 5). Na síntese de CHRISTOPHE RADÉ (*op. cit.*, p. 934), existe um fenómeno de subordinação jurídica própria de um contrato de trabalho “quando existe um contrato entre as partes, que confere a uma delas o poder de constringer a outra a respeitar as suas diretrizes e que isto sucede com o objetivo de que esta última concretize o objetivo de realizar a operação económica para que contratou aquela primeira e de que assume os riscos e as vantagens”.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 4.

subordinação]. A questão necessariamente prévia é, pois, a de saber se participar numa emissão de tele-realidade é ou não um “trabalho”<sup>29</sup>.

Podemos, certamente, admitir que a *Cour* não se debruçou sobre este ponto por ter considerado evidente, sendo, portanto, desnecessária a discussão, que havia, *in casu*, verdadeira prestação de trabalho. No entanto, o mero facto de a sociedade *Glem*, produtora do programa, ter levantado a questão já justificaria que a fundamentação do aresto a tivesse em conta. A *Glem* sustentou, recorde-se, que o objeto do programa era a transmissão de imagens da vida quotidiana dos concorrentes, ainda que num ambiente particular, sendo que “para trabalhar, é preciso fazer outra coisa que não ser a sua própria pessoa”. E foi esta, de resto, a posição assumida pelo Advogado-Geral DOMINIQUE ALIX<sup>30</sup>, previamente à pronúncia da *Cour*. Para ALIX, tão-simplesmente, “um laço de subordinação sem prestação de trabalho não pode caracterizar a existência de uma relação de trabalho...”<sup>31</sup>. E, segundo algumas vezes, não haveria, em casos deste tipo, qualquer trabalho, qualquer “esforço criativo ou produtivo de coisas ou ideias novas (...) com valor económico”, porquanto os concorrentes de programas como *L’Île de la Tentation* somente perpetuam sob o olhar da câmara o seu modo de vida privado, mostrando a sua intimidade ao público<sup>32</sup>.

Embora o acórdão não se debruce sobre esta questão, a *Cour de Cassation* veio, depois, a emitir um comunicado sobre a decisão<sup>33</sup>, em que esclareceu não ter aceitado a argumentação da sociedade *Glem*, por considerar que, devendo os concorrentes participar em atividades diversas impostas por outrem e exteriorizar dos seus sentimentos e emoções, durante um período de tempo definido e num espaço sem qualquer relação com a sua vida quotidiana, então o conteúdo do programa não se poderia confundir com o mero registo da

---

<sup>29</sup> Veja-se, ainda, ANTOINE JEAMMEAUD, *op. cit.*, p. 14, afirmando que a *Cour* “escamoteou o verdadeiro problema”; FRANÇOISE CHAMPEAUX, *op. cit.*, p. 2, considerando que o tribunal decidiu “manter-se clássico”; JEAN-EMMANUEL RAY, *op. cit.*, p. 11, que pergunta se não terá a *Cour de Cassation* efetuado uma simples análise excessivamente técnica, em vista da verificação da subordinação jurídica, sem antes ter questionado se haveria, verdadeiramente, trabalho; JEAN-FRANÇOIS CESARO e PIERRE-YVES GAUTIER, *op. cit.*, p. 2117, que evidenciam o facto de a noção de trabalho ser, tradicionalmente, secundarizada, enquanto critério de qualificação, e de a *Cour de Cassation* ter mantido esta posição. Ainda no mesmo sentido, BENOÎT GÉNIAUT, *op. cit.*, p. 344, FANY LALANE, *op. cit.*, p. 19, GILLES AUZERO, *op. cit.*, p. 508, e ainda JACQUES BARTHÉLÉMY, “Qualification de l’activité du participant à une émission de télé-réalité”, *Semaine Sociale Lamy*, n.º 1382, 2009, p. 8-11.

<sup>30</sup> Publicada em *Droit Social*, n.º 7/8, 2009, p. 780-788 (DOMINIQUE ALIX, “Un nouveau passeport pour les loisirs, le vrai ou faux contrat de travail?”).

<sup>31</sup> P. 785.

<sup>32</sup> PATRICK MORVAN, *op. cit.*, primeira parte, p. 6.

<sup>33</sup> Comunicado da *Cour de Cassation*, sobre o acórdão n.º 1159, de 3 de junho de 2009. Pode ser visto em [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_sociale\\_576/arret\\_n\\_12906.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_12906.html).

vida real dos respetivos participantes. Ora, esta asserção tem um alcance muitíssimo importante, porquanto põe em causa a ideia, acima explicitada, segundo a qual os concorrentes se limitariam a ser eles mesmos, sem empreenderem qualquer esforço – com o que se negaria, liminarmente, a existência de atividade laboral. De facto, tal perspetiva pode ser rebatida. Como explicou EDELMAN<sup>34</sup>, sendo certo que “a tele-realidade tem o efeito de “formatar os espíritos, de baralhar a relação entre realidade e ficção, ao ponto de já não se saber se se sonha o que se vive ou se se vive o que se sonha”, importa compreender que, em programas como aqueles ora em análise, não estará em causa, bem vistas as coisas, um documentário, portanto, uma *realidade documental*, mas, afinal, ficção, ou *realidade ficcional*. Com efeito, o que se pretende não é retratar a vida real dos participantes, mas “reconstruir [a realidade], transformá-la em intriga, em história”. O facto de existir um cenário, ou, mais latamente, um contexto concebido como enquadramento das vivências dos participantes, e, bem assim, um guião com objetivos e atividades definidas, permite distinguir com facilidade este género de programas de documentários, sendo que, neste último caso, as pessoas não saem do ambiente quotidiano que lhes é natural nem são confrontadas com desafios distintos dos que a vida real já lhes oferece. Habitando o palco que lhes foi fornecido, aqueles concorrentes, termina o Autor, encontram-se, é certo, num “mundo normal” – mas o mundo do trabalho, onde são verdadeiros trabalhadores, ainda que, porventura, especiais, pois que estava *in obligatio* uma prestação, tendente à materialização do produto concebido pelo produtor empregador.

Se, quanto ao caso *L'Île de la Tentation*, este esclarecimento, ao invés de constar do acórdão, foi dado em momento ulterior, o mesmo não se verificou nos casos subsequentes. Assim, nos acórdãos *Mister France* e *Koh Lanta*, a *Cour* evidenciou, como vimos, que tais programas não se cingiam ao mero jogo, compreendendo a emissão vários outros momentos, para cuja transmissão a participação dos concorrentes era essencial e, claro, obedecia a um guião pré-estabelecido: declarações sobre o curso dos acontecimentos e estados de espírito, resposta a entrevistas, etc. A prestação dos concorrentes não se confundiria, pois, com a mera participação num jogo, antes concorreria para a criação de um produto. E no acórdão *Pékin Express*, pode mesmo ler-se que se trata de uma emissão pertencente ao grupo das que “não

---

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 2517 e 2518 e ss.

Veja-se, ainda, AGNÈS FOSSEART, *op. cit.*, p. 7, e FRÉDÉRIC POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 724.

refletem a realidade, mas consistem na criação de situações específicas nas quais pessoas selecionadas mostram, como espetáculo, o seu quotidiano”.

As considerações que vimos tecendo põem em evidência um dos vetores em torno dos quais se debateu se haveria ou não, nos casos em análise, prestação de trabalho. Neste nível de análise, a questão que aflorou foi a de saber se, como sustentaram as entidades responsáveis pela produção dos programas, as imagens captadas e transmitidas mais não mostravam do que pessoas reais sendo elas próprias, ou se, diversamente, a sua atuação num contexto físico e relacional muito particular *criado pela produção*, em vista de objetivos *estabelecidos pela produção*, concretizada em jogos e atividades específicas igualmente *propostas pela produção* e, sobretudo, concorrendo para a materialização de um produto audiovisual *congeminado, financiado e depois comercializado*, voltemos a sublinhá-lo, *pela produção* – se esta atuação não teria, afinal, a natureza de uma atividade laboral.

Esta não foi, porém, a única perspetiva de análise identificável no debate que a doutrina francesa levou a cabo. Discutiu-se, outrossim, se poderia reconhecer-se como trabalho uma atividade levada a cabo com objetivos não profissionais. O que, aliás, conferiu maior acuidade à questão foi a convicção de que as motivações imediatas dos concorrentes seriam, em larga medida, a diversão, o lazer gratuito (melhor ainda: pago!), e, mediatamente, a expectativa de notoriedade social (porventura associada a possibilidades de ganhos materiais) – motivações de ordem pessoal, pois, e, ao menos aparentemente, nos antípodas das subjacentes ao exercício de uma atividade profissional para garantir a subsistência. A este respeito, observa JEAN-EMMANUEL RAY<sup>35</sup>: “...Pode, decerto, haver trabalho para lá da maldição divina (“Ganharás o teu pão com o suor do teu rosto”) (...). Mas francamente: preguiça, inveja e ainda luxúria: uma atividade que reúne três dos sete pecados capitais pode, seriamente, ser considerada trabalho?”. E conclui, acentuando, justamente, que atividades lúdicas, como as levadas a cabo no âmbito destes programas, não poderiam, em qualquer caso, merecer o epíteto de trabalho. De resto, pergunta: teriam os próprios concorrentes da *Île de la Tentation* a sensação de irem trabalhar ao saírem do hotel de luxo onde se instalavam, para se dedicarem às atividades de lazer – e às tentações – programadas para esse dia? Na mesma linha, JEAMMEAUD<sup>36</sup> assinala que o objetivo dos concorrentes era, eminentemente, o de viver uma aventura, beneficiar de uma viagem de sonho, a expensas alheias, quiçá abrir

---

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 12.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 14.

portas a uma carreira de artista, não o de obter um pagamento em troca da participação na criação de um produto comercializável. E, finalmente, para JEAN-FRANÇOIS CESARO e PIERRE-YVES GAUTIER<sup>37</sup>, estaríamos, na verdade, perante um mero “negócio de vaidades (...), um ato de não-direito, por excelência”.

O raciocínio ínsito nas observações destes autores é o de que se o objetivo prosseguido por um sujeito é, eminentemente, lúdico, então tal atividade situa-se no plano pessoal e não profissional, que se caracteriza pelo cumprimento de uma obrigação em vista do auferimento de retribuição<sup>38</sup>.

Ora, a este respeito, é lapidar a explicação inscrita no já referido comunicado da *Cour de Cassation* na sequência do primeiro dos acórdãos em análise. Aí se lê: desde que por conta e no interesse de um terceiro, em vista da criação de um produto com valor económico, e exercida em condições de subordinação, “qualquer atividade, pouco importando que seja lúdica ou isenta de penosidade, está abrangida pelo Direito do Trabalho”. Como bem sabemos, a alienidade é própria e a subordinação exclusiva do contrato de trabalho, mas, se abstrairmos desses elementos e nos detivermos, simplesmente, no conceito de trabalho juridicamente relevante, o que resta daquela asserção é que ele existirá sempre que se identifique uma atividade que se salde na criação de um valor económico<sup>39</sup>, conforme também

---

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 2120.

<sup>38</sup> Também é usual, como já referimos, associar à profissionalidade a nota da habitualidade ou regularidade. Trata-se, aliás, como já mencionámos, de um aspeto visível no domínio dos profissionais de espetáculo, que, para serem sujeitos do contrato especial tendo por objeto atividades de espetáculo, não podem, aparentemente, deixar de as realizar a título de profissão, o que aponta para a ideia de regularidade (ainda que a mesma já não conste, expressamente, da Lei n.º 4/2008). Aliás, por isso mesmo, DELPHINE GARDES (“De Mister France à Koh Lanta...”, *cit.*, p. 625), reconhecendo que participar num programa televisivo pode constituir um trabalho, pergunta-se, em seguida, se pode igualmente constituir uma profissão. E responde, com alguma ironia, que alguns aparentam mesmo querer fazer dessas participações o seu *métier*! Cfr., ainda, DELPHINE GARDES, “Une définition...”, *cit.*, p. 375, e JEAN SAVATIER, “Le travail non marchand”, *Droit Social*, n.º 1, 2009, p. 73-80 [73].

Se, porém, a exigência deste elemento pode justificar-se para alguns efeitos e faz mesmo parte dos requisitos necessários ao reconhecimento do estatuto de profissional de espetáculo, estando, por conseguinte, presente nos contratos de trabalho especiais celebrados com tais sujeitos, temos como altamente duvidoso que possa exigir-se, em geral, como condição para uma atividade ser objeto de um contrato de trabalho. Se A contratar B, que sabe representar, embora se dedique, normalmente e para garantir a sua subsistência, à profissão de contabilista, para que ele, nos meses de Verão e aos fins de semana, anime eventos promovidos por aquele A (festas de aniversário infantis, por exemplo), poderemos não estar perante um contrato de trabalho com profissional de espetáculo, mas, havendo lugar ao pagamento de uma remuneração e existindo subordinação jurídica, julgamos que existirá um contrato de trabalho comum.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 376 e ss. A Autora acrescenta que deve tratar-se de uma atividade cuja realização advenha de uma obrigação (contratual ou estatutária), referência que se compreende tendo em conta que o que pretende é desenhar uma noção de trabalho pago, mobilizável quer no âmbito do trabalho dependente, quer no do trabalho independente.

afirma, justamente no contexto da análise daquela decisão judicial, CHRISTOPHE RADÉ<sup>40</sup>. É, pois, um erro, explica ainda este autor<sup>41</sup>, procurar discernir se há ou não trabalho atendendo às motivações subjetivas de quem o presta. Na verdade, temos de reconhecer que não ocorreria à doutrina juslaboral excluir do espectro de atividades suscetíveis de constituir objeto de um contrato de trabalho aquelas cuja execução representa, para o prestador, algum, maior ou menor, prazer, elevação emocional, realização pessoal... De resto, tem-se, hoje, como adquirido – pela simples razão de que não se discute já que qualquer atividade pode ser objeto de um contrato de trabalho – que o facto de a prestação consistir num jogo, tradicionalmente, mera atividade lúdica, não exclui que ela se enquadre num contrato de trabalho. Se não, que dizer do contrato de trabalho com desportistas profissionais<sup>42</sup>? Simplesmente, quando levada a cabo nestes moldes, a atividade de jogo destina-se, precisamente, à criação de uma utilidade económica, tal como a atividade dos participantes nos referidos programas. Terá razão, por isso, JACQUES BARTHÉLÉMY<sup>43</sup>, ao observar, a respeito da participação em *reality-shows*, que a circunstância de a sua atividade consistir num jogo não deve, na verdade, ter impacto sobre a eventual qualificação do respetivo vínculo com a entidade produtora como um contrato de trabalho.

Por outro lado, por idênticos motivos, a maior ou menor relevância subjetiva do auferimento da retribuição também não opera, segundo cremos, como um elemento distintivo do contrato de trabalho. Sem prejuízo de, em regra, a retribuição ser o recurso que assegura a subsistência do trabalhador e da sua família, sendo, pois, o fito essencial da pessoa que trabalha, e de este dado fáctico ou sociológico não poder distanciar-se nem da política nem da dogmática juslaboral, a ninguém ocorreria, uma vez mais, descaracterizar o contrato de trabalho pela circunstância de, em certo caso, a retribuição não ser determinante para o trabalhador e este cumprir o contrato movido por motivações de outra índole.

---

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 932.

<sup>41</sup> *Idem.*, p. 933.

<sup>42</sup> Com muita clareza a este respeito, entre nós, JOÃO LEAL AMADO, “Aspectos gerais do trabalho desportivo em Portugal”, in *Direito do Trabalho e Desporto*, Leonardo Andreotti de Oliveira (coord.), Quartier Latin, São Paulo, Brasil, 2014, p. 407-429 [407-409].

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 11. Aliás, o Autor explica que a mesma atividade pode não se compreender então no conceito juridicamente relevante de trabalho, se se situar na esfera da vida pessoal, mas já entrar no domínio profissional, se for realizada em vista da criação de uma utilidade economicamente relevante a outrem. Assim, cozinhar pode ser uma atividade de lazer, ou então uma atividade profissional.

#### IV. Conclusão: trabalhar não é uma questão de fé

Em síntese, (i) ultrapassada a ideia de que a atividade levada a cabo pelos concorrentes mais não era do que a reprodução da vida de todos os dias, na sua própria *pele*, e o conteúdo do programa mero registo deste quotidiano real, existindo, pelo contrário, um verdadeiro *facere* canalizado para a criação de um produto audiovisual com valor económico e apropriado pela entidade produtora e (ii) considerando que as motivações subjetivas – ainda que eminentemente lúdicas, ou, em todo o caso, distantes da penosidade e constrição normalmente associadas ao trabalho – de quem presta uma atividade produtiva e capaz de aproveitar a outrem, não invalidam, em princípio, que ela se tome como trabalho e extravase, nesse sentido, da esfera estritamente pessoal, tenderíamos a concluir que, em retas contas, não se vislumbra qualquer obstáculo dogmático à integração das relações negociais em causa no âmbito das de tipo laboral.

Não deixaremos, ainda assim, de reconhecer, que a questão não é líquida, sobretudo, parece-nos, em razão deste último aspeto. É que, na verdade, as motivações subjetivas de quem conclui um negócio não podem dissociar-se da *voluntas* a que, justamente, se atende para apurar o tipo negocial em causa. Perspetivadas em abstrato, permitem a identificação da causa ou função social típica de um dado modelo negocial – a sua estrutura ou fisionomia, apreendida sob o prisma das finalidades que visa<sup>44</sup>. No caso do contrato de trabalho, esse desígnio é a prestação de uma atividade produtiva a outrem, que se apropria das respetivas utilidades, pelo e para o que remunera o prestador. Se se puder dizer que o propósito que, preponderantemente, anima as partes é distinto deste, pode, na verdade, ser duvidosa a integração do contrato firmado no modelo laboral. Será, aliás, por razões desta índole que se tem sustentado inexistir qualquer relação desta natureza entre mandatários religiosos e as instituições em cujo seio cumprem o seu ministério. Lê-se o seguinte no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de junho de 2004<sup>45</sup>: “Os diversos elementos que, segundo critérios de normalidade, poderiam apontar para a existência de uma relação jurídica de trabalho subordinado, fazendo prevalecer essa qualificação sobre modalidades de contrato afins (...), não tem qualquer valor indicativo quando se constate que as partes não quiseram estabelecer entre si qualquer relação de tipo contratual. Está nesse caso, o ministro do culto de uma

---

<sup>44</sup> Por todos, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 4.ª edição, p. 255.

<sup>45</sup> Processo 04S276; relator: Fernandes Cadilha.

associação religiosa que aceitou exercer o seu ministério de acordo com os fins religiosos que lhes são propostos pela respectiva confissão, integrando-se na sua estrutura organizativa, e cujos elementos de vinculação no exercício da actividade derivam de um *regime* estatutário, e não de uma relação contratual”. Também no espaço jurídico gaulês, aliás, se tem defendido entendimento similar, a respeito de casos com estas características<sup>46</sup>.

Supondo, porém, um pretense paralelismo, sugerido por alguma doutrina<sup>47</sup>, entre tais situações e a participação nos concursos televisivos a que nos vimos referindo, BERNARD EDELMAN<sup>48</sup> observa, cremos que com razão, que a semelhança é meramente aparente. É que, neste último conjunto de casos, para lá de existir, de facto, uma prestação exercida de forma subordinada, o *deus* a que os concorrentes serviam era, afinal, a entidade produtora dos referidos programas, que, com a respetiva emissão, obtinha um ganho económico para cuja concretização, inquestionavelmente, os participantes contribuíam, ao tomar parte na construção do produto pretendido. Se, no caso das prestações religiosas, poderá dizer-se que o serviço é prestado e recebido por força da fé que anima os crentes, se o compromisso deriva do espírito de missão, de ministério, associado àquela fé – e que tudo isto prepondera sobre a (afinal meramente) aparente fisionomia contratual-laboral da relação que une as partes –, o mesmo não sucede nos casos em análise. Nesse domínio, não só não existe comunhão de propósitos entre os sujeitos implicados – a *convergência* não se confunde, com efeito, com a *comunhão* –, como, no que respeita à entidade produtora, é bastante evidente o desígnio que a move: o aproveitamento da prestação de outrem, a quem oferece uma contrapartida económica e cuja *performance* modela, em vista da obtenção de um produto apto a ser comercializado. E é nesta prestação, cumprida nestes moldes, que se salda, bem vistas as coisas, a posição dos participantes nos programas em análise, ainda que no seu espírito não haja estado, em momento algum, senão naquele em que as mencionadas querelas judiciais eclodiram, a ideia de que estivessem a *trabalhar* para alguém ou para outro propósito que não fosse o dos seus objetivos pessoais. Mas não os terá, afinal, qualquer trabalhador? E não é certo que, tipicamente, é neles que pensa – e não no objetivo de ganho económico do empregador –, enquanto realiza a sua prestação? Deixará, enfim, de ser trabalhador, ainda que

---

<sup>46</sup> Várias referências jurisprudenciais e doutrinárias podem ver-se em BERNARD EDELMAN, *op. cit.*, p. 2518, notas 7 a 10, e em PATRICK MORVAN, *op. cit.*, primeira parte, p. 7.

Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2017, 8.º Edição, p. 360-364, *maxime* nota 728.

<sup>47</sup> Assim, PATRICK MORVAN, *op. cit.*, primeira parte, *loc. ult. cit.*

<sup>48</sup> *Loc ult cit.*

a sua vida real a muitos, e porventura a si mesmo, pareça um sonho, aquele a quem uma agência de viagens de qualidade superior pague para testar e opinar sobre hotéis, restaurantes e iates de luxo? Não cumprirá tal sujeito um contrato de trabalho, mesmo que, eventualmente, movido estritamente pelo objetivo de poder comportar-se, a expensas de outrem, como um *bon vivant*?...

Outubro de 2017

# O *Yin Yang* da prestação subordinada em regime de teletrabalho

Susana Ferreira dos Santos<sup>1</sup>

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A globalização e o desenvolvimento das sociedades modernas têm afetado, em grande escala, as relações sociais. A utilização de ferramentas tecnológicas revolucionou as práticas sociais e influenciou a conceção das relações jurídicas e, em particular, das relações de trabalho. Neste enredo de tecnologia globalizante, iniciado na década de 70 do século XX e intensificado nas duas décadas seguintes, despontou o teletrabalho, uma nova forma de trabalhar<sup>2</sup>.

A maioria da doutrina menciona a dificuldade em encontrar uma noção satisfatória para esclarecer o conceito de teletrabalho. O facto de ser uma realidade estudada por investigadores de diferentes áreas torna ainda mais complexa esta tarefa. De facto, o teletrabalho é analisado de diferentes perspetivas científicas: por sociólogos, psicólogos, geógrafos, engenheiros, economistas, gestores. Para além do mais, o teletrabalho acarreta várias possibilidades concetuais, uma vez que poderá estar em causa uma relação de trabalho subordinada, autónoma ou numa difícil zona intermédia; bem como uma relação de natureza privada ou pública.

---

<sup>1</sup> Susana Isabel Pinto Ferreira dos Santos Gil. Professora Adjunta da Escola Superior de Comunicação, Administração e Turismo, Mirandela, do Instituto Politécnico de Bragança.

<sup>2</sup> Embora seja discutível a sua origem, a maioria da doutrina atribui a invenção do conceito do teletrabalho a JACK NILLES, um norte-americano, vulgarmente designado como o “pai do teletrabalho”. No contexto da crise petrolífera dos anos 70, este cientista começou a estudar a possibilidade de levar o trabalho ao trabalhador como solução para a necessidade de diminuir o consumo de combustíveis nas deslocações diárias e para os problemas de trânsito delas decorrentes. Para mais pormenores, cf. JACK NILLES [*et al.*], *The telecommunications-transportation tradeoff, Options for tomorrow*, John Wiley & Sons, New York, 1976.

Desde a sua conceção, o teletrabalho sofreu um processo de desenvolvimento e ao seu significado original como teletrabalho no domicílio juntaram-se outras formas de teletrabalhar. Neste sentido, a doutrina europeia alude de forma frequente ao critério locativo, que respeita ao local de trabalho, e apresentam-se as seguintes modalidades de teletrabalho: domiciliário, móvel, em telecentros e transfronteiriço. Na verdade, o desígnio de definir teletrabalho é complexo, até porque há quem confunda toda a sua dimensão com a modalidade domiciliária.

Portugal foi o primeiro país europeu a regular o regime jurídico do teletrabalho para o setor privado, introduzindo-o no primeiro Código do Trabalho Português, em 2003, entretanto já revogado<sup>3</sup>, em harmonia com os principais ditames do Acordo-Quadro Europeu sobre o Teletrabalho, assinado no dia 16 de julho de 2002 pelos principais parceiros sociais europeus.

De acordo com o atual artigo 165.º CT têm de estar preenchidos dois requisitos para que se possa falar em teletrabalho subordinado: a prestação laboral tem de ser realizada, de forma habitual, fora da empresa e com recurso às tecnologias de informação e comunicação (TIC). Estamos perante um trabalho realizado à distância, isto é, fora das instalações do empregador, recorrendo, de forma intensa, às TIC, pelas quais empregador e trabalhador estabelecem uma conexão e comunicam. Se não se utilizam as TIC, não estamos perante o teletrabalho, uma vez que a sua utilização é *condição sine qua non* para a existência desta modalidade de trabalho. Por último, para que se possa falar em teletrabalho subordinado, terá que existir uma conexão ou ligação entre empregador e trabalhador durante o período de trabalho, reveladora da subordinação virtual.

Pretendemos realçar ainda que o exercício de determinadas atividades não se compatibiliza com o regime do teletrabalho, uma vez que há funções que exigem a manipulação direta ou a presença física do trabalhador. A implementação do teletrabalho tem tido lugar em inúmeros domínios, com especial relevância na área das telecomunicações,

---

<sup>3</sup> Antes da existência das regras específicas para regulamentar a prestação subordinada em regime de teletrabalho, o regime jurídico aplicável seria o regime laboral comum, com algumas especificidades da realização do trabalho à distância. Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Relações empregador empregado”, in *Direito da sociedade da informação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, Volume I, p. 190. Referimo-nos, *inter alia*, às regras sobre o local de trabalho, transferência do trabalhador, segurança e saúde no trabalho, período normal de trabalho e intervalos de descanso.

informática, seguros, marketing e formação.<sup>4</sup> Podemos ainda destacar como mais “teletrabalháveis” as seguintes atividades: programação, engenharia e análise de *software*, gestão, planeamento financeiro, contabilidade, auditoria, recursos humanos, secretariado, atendimento telefónico, design gráfico, realização de inquéritos e sondagens, vendas, marketing, publicidade, ensino à distância, jornalismo, tradução, arquitetura, advocacia e solicitadoria, *inter alia*. Desta forma, muito embora os teletrabalhadores façam parte, em regra, do setor terciário, esta realidade “manifesta, no domínio do trabalho, os efeitos da pujança do (...) setor quaternário da economia”<sup>5</sup>.

Gostaríamos, por último, de deixar claro que o teletrabalhador deverá ter capacidades para lidar facilmente com as tecnologias, deverá ser disciplinado e responsável a gerir o seu tempo. De facto, “o teletrabalho exige pessoas metódicas e organizadas para que o tempo despendido seja o ideal, assim como uma personalidade que suporte o isolamento sem angústia ou depressão”<sup>6</sup>. Quanto ao perfil de um superior hierárquico de um teletrabalhador, em particular do domiciliário, terá que ter atributos específicos: postura de confiança, relacionamento empático e contacto frequente com o seu subordinado. Por um lado, poder-se-á atenuar o sentimento de isolamento do teletrabalhador e, por outro, uma forma de controlar o seu desempenho, ao solicitar-lhe amiúde explicações sobre o trabalho desenvolvido. O sucesso ou insucesso do teletrabalho tem várias componentes e começa, em nosso entender, precisamente por se escolher o trabalhador certo para teletrabalhar e o superior hierárquico certo para o supervisionar.<sup>7</sup>

## 2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

---

<sup>4</sup> Há quem proponha quatro tipos de trabalhadores que poderão teletrabalhar: os que produzem informação, os que gerem informação, os que mantêm relações com clientela e o que trasladam informação. Cf. ANDRÉS GILS [et al.], *Perspectiva internacional del teletrabajo: nuevas formas de trabajo en la sociedad de la información*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 77.

<sup>5</sup> Nestes termos, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Novas formas da realidade laboral: o teletrabalho”, in *Estudos de direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 197.

<sup>6</sup> Parafraseamos JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, p. 932.

<sup>7</sup> A falta de produtividade dos teletrabalhadores é frequentemente contestada por JACK NILLES, que afirma convictamente que: “*it’s the Management (...) not the telework that’s the problem*”. Disponível em: <http://www.jalahq.com/blog/>.

Apresentam-se, em seguida, os principais benefícios e as mais inequívocas desvantagens desta medida de flexibilidade espacial numa trilogia: do ponto de vista do trabalhador, do empregador e da sociedade em geral.

## 2.1 Benefícios e Malefícios para o Trabalhador

O teletrabalho exhibe variadas vantagens, certificadas por várias experiências realizadas um pouco por todo o mundo.<sup>8</sup> Em primeiro lugar, há que destacar uma das principais conclusões das implicações sociais do teletrabalho: o aumento dos níveis de satisfação profissional nos teletrabalhadores.<sup>9</sup>

Na modalidade do teletrabalho domiciliário, com a redução das deslocações quotidianas, aumenta o tempo útil do trabalhador e diminuem os acidentes de trabalho.<sup>10</sup> Fala-se em flexibilidade horária<sup>11</sup>, em melhoria da qualidade de vida (até da qualidade do sono), na prestação de atividade sem interrupções, num maior conforto, numa maior disponibilidade para o lazer, num aforro financeiro (inclusive na poupança em vestuário), na possibilidade de uma alimentação mais saudável e económica.

---

<sup>8</sup> A este respeito GUILHERME DRAY, “A globalização e as novas tendências do mercado de trabalho: teletrabalho e deslocalização do trabalho: o caso português”, in *Análise contemporânea do direito em face da globalização e da crise económica*, II Congresso Internacional de Direito Brasil-Europa, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2010, p. 81. O autor exemplifica alguns dos países que já realizaram experiências-piloto: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grécia, Holanda, Japão, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido e Suécia.

<sup>9</sup> Os teletrabalhadores apresentam um nível mais elevado de qualidade de vida no trabalho e de satisfação profissional em comparação com os trabalhadores tradicionais. Veja-se, a este respeito, ELIZABETE REGINA DE MELO, *Teletrabalho, Qualidade de Vida no Trabalho e Satisfação Profissional: Um estudo Exploratório numa amostra de profissionais na área da Tecnologia da Informação*, Universidade de Lisboa, Faculdade de Psicologia, 2011. Disponível em [http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/4955/1/ulfpie039656\\_tm.pdf](http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/4955/1/ulfpie039656_tm.pdf).

<sup>10</sup> MERCADER UGUINA revela que o teletrabalho domiciliário “reduz os riscos de sinistralidade *in itinere*”. Cf. *Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 205.

<sup>11</sup> De acordo com a socióloga EMÍLIA RODRIGUES ARAÚJO, “na prática quotidiana, o indivíduo tem a possibilidade de conjugar desempenhos de papéis diversos sem estar sujeito a tempos rígidos e rotineiros”. Cf. *Teletrabalho e Articulações Temporais Vidal Sassoon*, Universidade do Minho, 2000, p. 166. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/13547>.

A conciliação entre a vida pessoal e profissional está presente como um dos maiores e importantes benefícios de prestar a atividade em regime de teletrabalho.<sup>12</sup> A maioria da doutrina destaca o facto de o teletrabalho domiciliário poder ser a solução ideal para que as trabalhadoras, em especial as que têm filhos pequenos, possam melhor gerir a sua vida familiar com a profissional.<sup>13</sup> As conclusões de inúmeros estudos de outras ciências sociais sobre as repercussões da *praxis* laboral na vida particular do trabalhador são instrumentos para a nossa reflexão. Senão vejamos. **Em 2011 foi realizado um notável estudo sobre o género mais afetado na sua saúde psicológica no trajeto diário casa-trabalho-casa: a investigação considerou que são as mulheres, tendo em conta a sua maior responsabilidade com os filhos e com as tarefas domésticas.**<sup>14</sup> Já em 2012, uma pesquisa sobre a amamentação na Escócia, chegou à conclusão que as mães que não trabalham amamentam por mais tempo do que as mães trabalhadoras; e entre as que trabalham por conta própria e por conta de outrem, são as profissionais liberais que amamentam por mais tempo<sup>15</sup> <sup>16</sup>. Neste sentido, e em ambos os casos de estudo, o teletrabalho poderia ser a solução perfeita para algumas trabalhadoras. De facto, a conciliação da vida familiar e pessoal com a laboral deveria ser promovida pelos poderes políticos não só “pelo prisma da igualdade efetiva entre homens e mulheres”, mas também pela sua

<sup>12</sup> O artigo 166.º n.º 3 do Código do Trabalho, novidade introduzida pela Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro, consagra que um “trabalhador com filho com idade até 3 anos tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada e a entidade patronal disponha de recursos e meios para o efeito”. Uma singela observação: causa-nos estranheza a utilização do termo anacrónico “patronal”.

<sup>13</sup> Se bem que muitas mulheres são teletrabalhadoras “por considerações mais gerais de liberdade, comodidade e flexibilidade e pelo estímulo e a sensação de realização pessoal que procuravam”. Cf. DI MARTINO E WIRTH, “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida”, *Revista Internacional del Trabajo*, Volume 109, n.º 4, 1990, p. 479.

<sup>14</sup> Tratou-se de um estudo realizado pela **Universidade de Sheffield e da Universidade de York, em Londres**. Cf. J. ROBERTS, R. HODGSON, P. DOLAN, “It’s driving her mad: Gender differences in the effect of commuting on psychological health”, *Journal of Health Economics*, 30 (5), 2011, pp. 1064 a 1076.

<sup>15</sup> Assim, VALERIA SKAFIDA, “Juggling work and motherhood: The impact of employment and maternity leave on breastfeeding duration: A survival analysis on Growing Up in Scotland data”, *Maternal and Child Health Journal*, 16 (2), 2012, pp. 519-527.

<sup>16</sup> A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE recomenda a amamentação em exclusivo até aos seis meses de idade e que as crianças continuem a ser amamentadas até, pelo menos, aos dois anos de idade. Destarte, são **imperiosas políticas de flexibilidade dos horários de trabalho e de sensibilidade de todos os intervenientes no processo, com especial destaque para os empregadores privados e públicos e para as principais instâncias de decisão**.

**relação com a natalidade e, em consequência, com o crescimento económico, mas principalmente pela “sustentabilidade do sistema do bem-estar social”<sup>17</sup>.**

Quando se abordam as desvantagens deste *modus operandi* no prisma do trabalhador, a doutrina usualmente enumera as desvantagens como se fossem do teletrabalho em geral, quando são exclusivas do teletrabalho domiciliário. De facto, um dos maiores inconvenientes do teletrabalho no domicílio é o isolamento social e profissional a que está sujeito.<sup>18 19</sup> Além do mais, este isolamento poderá dificultar a defesa dos respetivos direitos coletivos, uma vez que o teletrabalhador dificilmente exercerá o direito à greve<sup>20</sup>.

Para além do isolamento, poderá existir uma interferência constante entre a vida pessoal e familiar com a profissional<sup>21</sup>, por outras palavras, “curto-circuitos” entre os dois planos<sup>22</sup>. Se bem que tenha sido apresentada como vantagem, o que é facto é que podemos assistir à invasão do tempo de trabalho no tempo livre, bem como o risco de o tempo livre

---

<sup>17</sup> Nestes termos, MARÍA BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS, “Negociación sobre la adaptación de la jornada por razones personales o familiares”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 168, 2014, p. 38.

<sup>18</sup> Por esta razão, o legislador português consagrou como um dos elementos obrigatórios do contrato a identificação da pessoa com a qual o trabalhador deverá contactar no âmbito da prestação da sua atividade, obstando, deste modo, a “que o teletrabalhador fique condenado ao abandono, ao ostracismo e ao isolamento (...)”. Neste sentido, GUILHERME DRAY, *Código do Trabalho Anotado*, Coordenação de PEDRO ROMANO MARTINEZ [et al.], Almedina, Coimbra, 9.ª Edição, 2013, p. 422.

<sup>19</sup> Daí que o Acordo de Empresa celebrado entre a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e dois sindicatos: o STFPSSRA – Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Sul e Regiões Autónomas e o STFPNSN - Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte (publicado no BTE n.º 6/2013) estabeleça a oportunidade de o teletrabalhador permanecer, no mínimo, uma semana, nas instalações do empregador, no fim de cada seis meses de teletrabalho.

<sup>20</sup> “Ninguém ousará duvidar que ao teletrabalhador é reconhecido o direito de greve, mas poucos julgarão plausível ser o seu exercício frequente”. Cf. MARIA REGINA REDINHA, “O teletrabalho”, *Questões Laborais*, n.º 17, Ano VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 105. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER comenta que este trabalhador se encontra “desintegrado (...) da solidariedade da vida sindical”. Cf. *Iniciação ao Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 3.ª Edição, 2005, p. 236.

<sup>21</sup> JAVIER THIBAUT ARANDA considera que “o fracionamento do tempo da prestação laboral pode propiciar uma maior sujeição do mesmo a diferentes obrigações que se confundem, este é o caso das teletrabalhadoras domiciliárias pouco qualificadas que realizam o seu trabalho nos interstícios que lhes permite a sua vida doméstica, algo que fica graficamente refletido na fórmula utilizada pelos sindicatos alemães para descrever esta modalidade: “Kuche, Kindern, computer” (cozinha, filhos, computador)”. Assim, JAVIER THIBAUT ARANDA, “El teletrabajo”, *Zaragoza: Acciones e investigaciones sociales*, n.º 8, 1998, p. 218. Ainda sobre esta tríade, veja-se JEAN-EMMANUEL RAY e JEAN PAUL BOUCHET, “Vie professionnelle, vie personnelle et TIC”, *Droit Social*, n.º 1, 2010, p. 53.

<sup>22</sup> Veja-se, a este respeito, JEAN-DENIS COMBEXELLE, “Vie professionnelle et vie personnelle”, *Droit social*, n.º 1, 2010, p. 12.

apossar-se do tempo de trabalho, o que significa que muitas vezes a flexibilidade poderá acarretar a falta de nitidez entre os dois tempos.<sup>23</sup> Como forma de combater esta ingerência, alguns autores manifestam a importância de o teletrabalhador domiciliário criar e organizar um ambiente apropriado e ideal na sua própria casa, exclusivo para o labor<sup>24</sup>.

Será interessante chamar à colação, para se compreender a faceta mais obscura do teletrabalho, o exemplo de LLUÍS ARCARAZO, guionista de televisão, que esteve “preso” ao teletrabalho durante quatro anos. O profissional da televisão expressou fortes sentimentos relativamente a este *modus operandi*: “o teletrabalho é pouco humano”, acrescentando que não compensa “estar de sapatilhas ou escutar os discos preferidos a qualquer hora”. O guionista ainda revelou que “no início acredita-se que se vai ter mais tempo livre e que se trabalhará menos horas, mas isto é completamente falso”<sup>25</sup>.

A doutrina faz ainda referência a diversas desvantagens: a invisibilidade dos teletrabalhadores e o facto de ser frequente o teletrabalhador trabalhar mais horas quando comparado com o trabalhador do modelo tradicional. No que diz respeito a esta última consideração, JEAN-EMMANUEL RAY e JEAN-PAUL BOUCHET utilizam a expressão “toxicomania numérica”<sup>26</sup>, a fim de designar uma realidade, cada vez mais frequente no século XXI, que se traduz num descomedimento de trabalho, fenómeno que não é exclusivo dos teletrabalhadores, podendo despoletar tanto consequências físicas, como psicológicas.

Como condição *sine qua non* da existência de uma situação de teletrabalho é o recurso às TIC; estas passam a configurar um “olho eletrónico”, que supervisiona o trabalhador de forma permanente e, por vezes, intrusiva. Se à partida poderíamos equacionar a possibilidade de uma subordinação jurídica atenuada, até porque o trabalho é à distância, saiba-se que o

---

<sup>23</sup> BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO alega, inclusive, uma possível “perda de intimidade”. Cf. “La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual”, *Cuadernos de relaciones laborales*, Volume 23, nº 1, 2005, p. 126.

<sup>24</sup> Quanto ao arquétipo mobiliário (altura e estrutura das mesas de trabalho e altura, profundidade, inclinação, base de assento e antebraços das cadeiras); à iluminação ideal; ao correto posicionamento das costas e pernas; às precauções com o computador; e aos problemas originados pelo trabalho sedentário, veja-se ANTONIO BARRERO FERNÁNDEZ, *El Teletrabajo*, Agata, Madrid, 1999, pp. 108 a 116. Muito embora dirigidos ao teletrabalhador, estes conselhos aplicam-se *mutatis mutandis* ao trabalhador do modelo clássico.

<sup>25</sup> ANTONIO BARRERO FERNÁNDEZ, *El Teletrabajo*, Agata, Madrid, 1999, p. 52.

<sup>26</sup> Cf. JEAN-EMMANUEL RAY e JEAN PAUL BOUCHET, “Vie professionnelle, vie personnelle et TIC”, *Droit Social*, n.º 1, 2010, p. 54.

empregador dispõe de ferramentas tecnológicas que lhe permite um controlo rebuscado e integral. Destes comportamentos poderão resultar consequências psicológicas, refletindo-se, porventura, na própria saúde mental do trabalhador.<sup>27</sup>

Mais ainda, o facto de não trocar experiências e informações, nem partilhar e debater ideias com os colegas *in loco*, poderá ser um fator de descredibilização da importância do seu trabalho na estrutura organizativa em que se insere.<sup>28</sup> ANTONIO BARRERO FERNÁNDEZ faz uma comparação perspicaz entre os teletrabalhadores domiciliários e as amas, na medida em que os problemas vivenciados por uns e por outras são semelhantes; desde logo pelo facto de o trabalho em casa ser desvalorizado pela sociedade em geral.<sup>29</sup> No caso de estarmos perante um trabalhador em situação de primeiro emprego, ficará impedido “da necessária aprendizagem com os mais experientes”.<sup>30</sup>

Se por um lado foram enunciadas vantagens relacionadas com um eventual aforro financeiro do teletrabalhador domiciliário (por exemplo, em transportes, alimentação, vestuário, etc.), também é possível uma diminuição do seu quadro retributivo, uma vez que poderão cessar o pagamento de determinadas prestações, como é o caso do subsídio de transporte ou até, em alguns casos, o subsídio por turnos ou noturno, em virtude da inerente flexibilidade horária.

## 2.2 Proveitos e Inconvenientes para o Empregador

Do ponto de vista do empregador, o recurso ao teletrabalho permite a muitas empresas um recrutamento mais eficiente e qualificado. Na verdade, uma das suas principais valências é o facto de poder ser uma forma de atrair trabalhadores com capacidade técnica difícil de encontrar e através do trabalho à distância a barreira geográfica desaparece.

---

<sup>27</sup> No mesmo sentido *vide* TERESA COELHO MOREIRA, “As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: um Admirável Mundo Novo do Trabalho?”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 966.

<sup>28</sup> Como refere PEDRO NAVARRO, “as pessoas saem para trabalhar e o *know-how* reside na própria empresa”. Cf. *El futuro del empleo*, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 1999, p. 87.

<sup>29</sup> Cf. ANTONIO BARRERO FERNÁNDEZ, *El Teletrabajo*, Agata, Madrid, 1999, pp. 52 e 72.

<sup>30</sup> Assim, JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, p. 932.

Assiste-se, ainda, a uma redução de custos: por exemplo, rendas, consumo de energia elétrica, pagamento de subsídios de transporte no caso do teletrabalho domiciliário. Na sequência da diminuição das necessidades de espaço e de uma melhor gestão dos recursos humanos, muitas despesas fixas convertem-se em variáveis. Podemos mencionar também o aumento da produtividade do trabalhador e uma redução do absentismo<sup>31</sup>, pois constrangimentos como condições climatéricas adversas ou greves de transportes não impedirão, em especial, o teletrabalhador domiciliário de prestar a sua atividade.<sup>32</sup> No caso do teletrabalho móvel, existirá uma melhoria da produtividade, tendo em conta o menor número de deslocações às instalações do empregador e a prestação de um melhor e mais eficiente serviço aos clientes.<sup>33</sup> Aliás, o teletrabalho, em geral, “permite uma maior velocidade de resposta das empresas na prestação dos seus serviços e na elaboração de produtos”.<sup>34</sup>

Acrescente-se que o teletrabalho força a uma mudança de mentalidade, assistindo-se ao amadurecimento da gestão empresarial e à sua conseqüente flexibilização, cujo ponto nevrálgico é a gestão por objetivos.<sup>35</sup> Estamos convencidos de que esta inversão de paradigma gestonário é claramente uma vantagem para o empregador.

No que diz respeito às desvantagens, é frequente a referência ao elevado investimento inicial em equipamentos e serviços<sup>36</sup> e aos custos acrescidos em comunicações. A dificuldade

---

<sup>31</sup> A LÍNEA DIRECTA ASEGURADORA, empresa espanhola do setor dos seguros, destaca a redução do absentismo como uma das grandes vantagens do teletrabalho. Como prova do alegado, atente-se nos seguintes números, embora apenas referentes ao hiato entre 2010-2012: o absentismo dos teletrabalhadores domiciliários em 2010 foi de 10%, em 2011 de 5,3% e em 2012 de 1,3%. Cf. *El Libro Blanco del teletrabajo en España*, Fundación MásFamilia, Madrid, 2012, p. 83.

<sup>32</sup> Com base nas pesquisas efetuadas e na consulta de diferentes fontes, não obstante a dispersão dos dados, o LIVRO BRANCO DO TELETRABALHO em Espanha concluiu que existe uma poupança em 1200 € por trabalhador; 40% em espaços de trabalho e 216 horas em deslocações anuais por pessoa; bem como um aumento de 20% na produtividade do trabalhador. Cf. *El Libro Blanco del teletrabajo en España*, Fundación MásFamilia, Madrid, 2012, p. 54.

<sup>33</sup> A este respeito, veja-se ANTONIO PADILLA MELÉNDEZ, *Teletrabajo, Dirección y organización*, RA-MA Editorial, Madrid, 1998, pp. 170-171.

<sup>34</sup> ANGEL BELZUNEGUI ERASO, *Teletrabajo: Estrategias de Flexibilidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, p. 32.

<sup>35</sup> Há mais de 10 anos que A MICROSOFT ESPANHA estimula a prática do trabalho flexível. No âmbito da iniciativa “El día de la oficina en casa”, num vídeo divulgado pela própria Microsoft, em 2013, CRISTINA GARCIA (responsável da qualidade dos serviços até março de 2017) referiu que não é importante quantas horas o trabalhador trabalha, o importante é que consiga atingir os objetivos.

<sup>36</sup> A INDRA, uma empresa espanhola do setor da tecnologia, que estimula a prestação da atividade em regime de teletrabalho desde setembro de 2008, previu em 2012 como custos para cada teletrabalhador domiciliário a quantia de €1331. Este valor resulta da soma de várias compras: portátil: €850; cabo de segurança: €27; teclado

em gerir o trabalho em equipa é, de igual modo, mencionada, até porque “por motivos psicológicos, culturais e até jurídicos a interação real é ainda o meio privilegiado de estabelecimento das relações humanas e, por consequência, também das relações laborais”<sup>37</sup>. Não obstante, as mentalidades estão a mudar em consequência de uma inegável revolução tecnológica, que nos transforma e altera os costumes e ritmos diários. O contacto e a comunicação virtual começam a ser cada vez mais aceites pelas pessoas, inclusive pelas entidades empregadoras e trabalhadores.

A prevenção de riscos laborais é também uma questão bastante complexa, uma vez que a atividade se desenrola fora das instalações do empregador. Assim, exige-se a tomada de decisões astuciosas, como por exemplo ministrar formação aos trabalhadores sobre a prevenção desses riscos.

Por fim, a questão da vulnerabilidade relativamente à segurança na gestão da informação é apontada, de forma frequente, como um dos inconvenientes do teletrabalho. Não obstante, trata-se de uma matéria transversal aos teletrabalhadores e aos trabalhadores do *modus operandi* tradicional. Esta questão é delicada, tendo em conta que a informação a que o trabalhador tem acesso será, muitas vezes, sigilosa.

### 2.3 Conveniências sociais

Para a sociedade em geral, o teletrabalho domiciliário permitiria a descentralização do trabalho para zonas menos centrais, dando um novo vigor às cidades-dormitório; e, por outro lado, o descongestionamento das zonas urbanas, com diminuição do trânsito. Esta redução do trânsito poderá levar a uma diminuição da poluição; todavia, a relação benéfica entre o teletrabalho e o meio ambiente não é pacífica. É certo que há muito é apresentada como uma vantagem, tendo em conta a poupança de combustível, bem como a diminuição de emissão de gases. Não obstante, parece-nos que existe, neste contexto, uma certa utopia: a percentagem de teletrabalhadores a exercer a sua atividade no domicílio teria que ser significativa e

---

externo: €24; impressora: €60; disco externo: €100; ecrã e *dock station*: €270. Cf. *El Libro Blanco del teletrabajo en España*, Fundación MásFamilia, Madrid, 2012, p. 77.

<sup>37</sup> Assim, MARIA REGINA REDINHA, “O teletrabalho”, *Questões Laborais*, n.º 17, ano VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 93.

expressiva, para que se sentisse uma melhoria na qualidade do meio ambiente.<sup>38</sup> Para todos os efeitos, de acordo com o relatório SMART 2020 o teletrabalho seria a medida com um maior impacto ambiental, uma vez que seria possível reduzir as emissões até 260 MtCO<sub>2</sub>e.<sup>39</sup>

No caso de se estar perante o exercício da atividade nos telecentros, em particular os que se situam nas zonas rurais, os *telecottages*, tem-se considerado que poderão auxiliar ao desenvolvimento das regiões<sup>40</sup>, já que permitem criar “novas fontes de rendimento”, estabelecendo populações.<sup>41</sup> A ser assim, podemos assistir a uma diminuição da emigração para as zonas urbanas, por outras palavras, a um decréscimo do chamado êxodo rural.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Numa diferente perspetiva, GUILHERME DRAY, ao enunciar as potencialidades do teletrabalho, afirma inclusive que o facto de se diminuir os níveis de poluição e da emissão de CO<sub>2</sub> poderá ser um elemento a ter em conta na “atenuação ou desaceleração das alterações climáticas”. Veja-se, a este respeito, “A globalização e as novas tendências do mercado de trabalho: teletrabalho e deslocalização do trabalho: o caso português”, in *Análise contemporânea do direito em face da globalização e da crise económica*, II Congresso Internacional de Direito Brasil-Europa, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2010, p. 83. O autor destaca, ainda, na página seguinte, que o trabalho à distância poderá “impedir a cadeia de transmissão de fenómenos pandémicos” e por esta razão o teletrabalho “surgiu enunciado nos mais diversos planos de contingência empresariais aprovados quando do aparecimento do vírus H1N1, como forma de evitar a propagação da Gripe A”.

<sup>39</sup> Disponível em: <https://www.theclimategroup.org/sites/default/files/archive/files/Smart2020Report.pdf>, p. 30.

<sup>40</sup> Neste sentido, o LIVRO VERDE PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, em 1997, já referia que “neste caso, não só o próprio telecentro será gerador de emprego (por exemplo, pessoal de limpeza, administração do local), como também toda a área circundante poderá ver atividades de suporte (e.g. restauração) florescerem”. Veja-se, a este respeito, *Livro verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, Missão para a Sociedade da Informação, Ministério da Ciência e Tecnologia, Lisboa, 1997, p. 69.

<sup>41</sup> Cf. ADÉRITO MARCOS [et al.], *O teletrabalho no desenvolvimento das regiões. Nova economia e tecnologias de informação: desafios para Portugal*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2000, p. 224. Os autores do estudo revelam que “o financiamento, por parte do Estado ou de outras entidades de telecentros, onde os trabalhadores de diferentes empresas (...) encontram as infraestruturas necessárias à realização de trabalho através das TIC, pode ajudar ao desenvolvimento das regiões, já que permite a criação de novas fontes de rendimento e fixação das populações”.

<sup>42</sup> Este estímulo poderá ser dado pelas próprias regiões. Atente-se no exemplo do Contrato Coletivo de Trabalho celebrado entre a Associação Comercial e Industrial do Concelho do Fundão e a Confederação Geral dos Sindicatos Independentes, entre outros, publicado no BTE n.º 25/2004. Este contrato coletivo que abrangeu mais de 600 empregadores e mais de 1000 trabalhadores por conta de outrem da área geográfica do concelho do Fundão, cidade do interior, no centro de Portugal, estipulou como uma das condições de admissão ao teletrabalho “o isolamento geográfico ou cultural”.

Em termos de política social e de emprego, o teletrabalho poderá permitir a integração profissional de cidadãos com necessidades especiais, de presidiários<sup>43</sup>, reformados, pais com filhos menores, *inter alia*. Daí que esta modalidade de trabalho deva ser fomentada “diretamente pelos poderes públicos por força das vantagens sociais que lhe são assacadas”<sup>44</sup>. Em contrapartida, há quem considere pragmaticamente que o teletrabalho “não resolve o problema do desemprego, nem outras problemáticas sociais”<sup>45</sup>.

Se à partida nos parece que existirão mais benefícios do que inconvenientes, podemos enumerar três possíveis desvantagens. Poderão existir efeitos negativos no mercado imobiliário, em virtude da menor necessidade de espaços empresariais; o isolamento característico do teletrabalho domiciliário poderá conduzir a uma sociedade misantropa; e ainda poderá existir o risco eminente de infoexclusão. Relativamente a este último aspeto, o facto de o domínio tecnológico ser cada vez mais determinante, num mercado interno e internacional cada vez mais concorrencial, poderá excluir quem não domine e acompanhe a evolução das tecnologias; muito embora esta desvantagem não seja exclusiva do teletrabalho, mas de qualquer atividade cuja prestação esteja aliada e dependente das TIC.

## **2.4 O Caso Particular dos Trabalhadores com Necessidades Especiais**

Já foram apresentadas inúmeras potencialidades e, consideramos que, em pleno século XXI e num mundo marcadamente globalizado, o teletrabalho surge como um “importante

---

<sup>43</sup> Importa trazer à colação uma experiência bastante estimulante neste âmbito: o projeto de teletrabalho existente no Estabelecimento Prisional de Ponta Delgada, por volta de 2000, que nos foi dada a conhecer por JOSÉ MENÉRES PIMENTEL. Cf. “O direito do trabalho e as novas reformas”, *III Congresso nacional de direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 49. Questionado em 2015, o ainda Diretor da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, do Estabelecimento Prisional de Ponta Delgada, nos Açores, LUÍS REGO DE SOUSA referiu que a iniciativa não teve continuidade, por variadas razões, sem as especificar. Acrescentou ainda que a experiência esteve associada ao desenvolvimento de competências no domínio da informática, através de iniciativa formativa dirigida a população reclusa. Tal resposta levantou-nos dúvidas se se tratou de uma experiência de teletrabalho ou tão só de formação na área das tecnologias.

<sup>44</sup> Nestes termos, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Novas formas da realidade laboral: o teletrabalho”, *Estudos de direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 201.

<sup>45</sup> Veja-se, a este respeito, CHRISTIAN MARCELLO MAÑAS, “A Externalização da Atividade Produtiva: o Impacto do Teletrabalho na Nova Ordem Socioeconómica”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Síntese, Curitiba, Volume 39, 2003, p. 138.

instrumento de proteção de dignidade humana, ao promover a empregabilidade de pessoas deficientes, designadamente pessoas com problemas de locomoção<sup>46</sup>. O LIVRO VERDE PARA A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO, de 1997, já enaltecia a inclusão no mercado de trabalho destes profissionais como “um dos fatores mais evidenciados nos estudos sobre teletrabalho”<sup>47</sup>. Até porque o trabalho é uma das maiores condições de integração social “e quando se trata de pessoas com necessidades especiais, este fator tende a converter-se em fundamental”<sup>48</sup>.

Quando falamos em trabalhadores com necessidades especiais, na esteira do LIVRO VERDE acima mencionado, para além das pessoas com deficiências físicas ou motoras, com dificuldades de locomoção ou mesmo impossibilitados de qualquer deslocação, podemos incluir os cidadãos doentes cuja terapêutica prescreva uma estadia no domicílio. Desta forma, a opção pelo teletrabalho “permite a toda esta gama de pessoas a inclusão no mercado de trabalho ou a manutenção da sua vida ativa”<sup>49</sup>. As experiências de teletrabalho tendo como objetivo a integração profissional destes cidadãos já não é recente.<sup>50 51</sup>

---

<sup>46</sup> Assim considera GUILHERME DRAY, “A globalização e as novas tendências do mercado de trabalho: teletrabalho e deslocalização do trabalho: o caso português”, in *Análise contemporânea do direito em face da globalização e da crise económica*, II Congresso Internacional de Direito Brasil-Europa, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2010, p. 84. Daí que este autor afirme que “o teletrabalho (...) tem ou pode ter um importante papel a desempenhar no mercado laboral do século XXI”.

<sup>47</sup> Cf. *Livro verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, Missão para a Sociedade da Informação, Ministério da Ciência e Tecnologia, Lisboa, 1997, p. 68.

<sup>48</sup> Como bem refere INMACULADA GARCÍA PRESAS, “El acceso al trabajo de las personas discapacitadas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Universidade da Corunha, Corunha, n.º 17, 2013, p. 308.

<sup>49</sup> Cf. *Livro verde para a Sociedade da Informação em Portugal*, Missão para a Sociedade da Informação, Ministério da Ciência e Tecnologia, Lisboa, 1997, p. 68.

<sup>50</sup> Já em 1984, em França, o Ministério do Trabalho, Emprego e Formação Profissional, juntamente com o Ministério dos Correios, Telecomunicações e do Espaço apoiaram um projeto destinado à readaptação profissional de pessoas com necessidades especiais, mediante o teletrabalho, estando envolvidas 11 grandes empresas. Sobre este assunto, veja-se DI MARTINO E WIRTH, “Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida”, *Revista Internacional del Trabajo*, Volume 109, n.º 4, 1990, p. 473.

<sup>51</sup> Como exemplo referencial de projetos de teletrabalho em Portugal, a fim de integrar cidadãos com necessidades especiais, temos o Porcide/Think. O primeiro projeto teve lugar em 1997-2000, tendo sido realizadas, para além desta, mais duas edições. Na primeira fase, estiveram envolvidos cinco países e mais de 200 pessoas com necessidades especiais (Portugal, Espanha, Itália, Grécia e Escócia). Teve como propósito a integração profissional de cidadãos com necessidades especiais, em regime de teletrabalho, tendo sido suportado pelas empresas comprometidas no projeto (algumas delas multinacionais). Contou ainda com o apoio da União Europeia, através do projeto Think (*Towards Handicapped Integration Negotiating Knowledge*), em que o Porcide foi a sua extensão em Portugal. A destacar não a dimensão e a importância social da medida, mas sobretudo o facto de ter sido considerada economicamente viável. A fim de se perceber que a nossa afirmação

---

Em termos legislativos, destaque-se primeiramente a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>52</sup>, adotada em Nova Iorque, no dia 13 de dezembro de 2006 e ratificada por Portugal<sup>53</sup>. Em seguida, a Diretiva 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de novembro, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, diretiva que já foi transposta por todos os seus Estados-Membros. O Código do Trabalho Português estabelece algumas regras específicas sobre o trabalho de pessoas com deficiência ou doença crónica, apresentando variados princípios gerais acerca da sua contratação e, de igual modo, medidas de ação positiva em benefício destes trabalhadores.<sup>54</sup> A lei estabelece que este trabalhador goza dos mesmos direitos e está sujeito aos mesmos deveres dos demais trabalhadores no que respeita “ao acesso ao emprego, formação, promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, sem prejuízo das especificidades inerentes à sua situação” e o Estado tem o dever de incentivar e apoiar o empregador na contratação destes trabalhadores.<sup>55</sup>

---

não se trata de truísmo, foram vários os testemunhos de responsáveis de algumas das empresas envolvidas (por exemplo, a satisfação de um diretor de uma empresa de telecomunicações por se ter superado os objetivos estipulados em larga medida). Na verdade, a integração social e profissional destes cidadãos deverá ser não só uma função do estado, como também das empresas, que deverão atuar no âmbito da sua responsabilidade social.

<sup>52</sup> O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, nos últimos anos, tem proferido acórdãos em que aceita, sem reservas, o conceito de deficiência constante da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. De acordo com o seu artigo 1.º “as pessoas com deficiência incluem aquelas que tenham deficiências físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais a longo prazo que, ao interagir com diversas barreiras, possam impedir a sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com os demais”.

<sup>53</sup> As Resoluções da Assembleia da República n.º 56/2009 e n.º 57/2009, de 30 de julho, aprovaram a Convenção e o Protocolo Adicional, respetivamente; por sua vez, foram ratificados pelos Decretos do Presidente da República n.º 71/2009 e n.º 72/2009, de 30 de julho.

<sup>54</sup> A Resolução do Conselho de Ministros n.º 96/99, de 26 de agosto, criou a Iniciativa Nacional para os Cidadãos com Necessidades Especiais na Sociedade da Informação (tendo terminado a sua vigência no dia 17 de agosto de 2003), até porque as TIC poderão ser um “fator de integração social” e de “melhoria da qualidade de vida” destes cidadãos. O teletrabalho foi referenciado pelo facto de as tecnologias permitirem a execução de tarefas, sem a exigência da presença física do trabalhador nas instalações do empregador, evitando ou pelo menos reduzindo as deslocações para o trabalho. Neste último sentido, o diploma propõe como uma das medidas a criação de telecentros (intitula-os de centros de teletrabalho) onde as particularidades destes cidadãos com necessidades especiais na sociedade da informação fossem tidas em conta.

<sup>55</sup> Cf. Artigo 85.º n.º 1 e n.º 2 CT, respetivamente. O artigo 86.º CT estabelece a obrigação da entidade empregadora em escolher “medidas adequadas” para que o trabalhador em causa possa “ter acesso a um emprego, o possa exercer e nele progredir, ou para que tenha formação profissional”, a não ser que estas medidas envolvam “encargos desproporcionados” (já não serão considerados desta forma, caso sejam compensados por apoios estaduais). Nestes casos, Estado deverá, de igual modo, incitar e prestar apoio ao empregador na prossecução destes objetivos.

De facto, Portugal tem aprovado uma série de diplomas<sup>56</sup>, mas atente-se nos dois seguintes. Em primeiro lugar, na Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, que aprovou o regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação das pessoas com deficiências. Este diploma, ainda em vigor, à semelhança de outras legislações<sup>57</sup>, estabelece quotas de emprego: 2% do total dos trabalhadores, mediante a celebração de um contrato de trabalho ou prestação de serviço; no caso de estarmos perante o empregador público aquela percentagem aumenta para o mínimo de 5%.<sup>58</sup> Por outro lado, temos o regime jurídico de concessão de apoio técnico e financeiro para o desenvolvimento de políticas de emprego e de apoio às pessoas com deficiência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290/2009, de 12 de outubro.<sup>59</sup> As medidas previstas neste diploma integram as seguintes particularidades: apoio à qualificação; apoios à integração, manutenção e reintegração no mercado de trabalho (com diferentes modalidades, tais como, informação, avaliação e orientação para a qualificação e emprego; apoio à colocação; acompanhamento pós-colocação; adaptação de postos de trabalho e eliminação de barreiras arquitetónicas; e isenção e redução de contribuições para a segurança social); emprego apoiado, entre outras.

Em Espanha é frequente harmonizar o teletrabalho e trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, contribuindo para que as entidades empregadoras cumpram a chamada *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de novembro (com as alterações introduzidas

---

<sup>56</sup> Para além da já referenciada Resolução do Conselho de Ministros n.º 96/99, de 26 de agosto, destaque-se a Lei n.º 64/2014, de 16 de agosto, que aprovou o regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência.

<sup>57</sup> No Brasil, o artigo 93.º da Lei n.º 8.213 de 24 de julho de 1991 (com as últimas alterações introduzidas pela Lei n.º 13.135 de 17 de junho de 2015) consagra a obrigatoriedade para as empresas com cem ou mais trabalhadores contratarem “pessoas portadoras de beneficência” consoante o número de trabalhadores em causa. Nas empresas com até 200 empregados: 2 %; de 201 a 500: 3%; de 501 a 1000: 4%; e de 1001 em diante: 5%.

<sup>58</sup> Veja-se o artigo 28.º da Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto.

<sup>59</sup> Este diploma, no artigo 4.º, define “pessoa com deficiência e incapacidade” como sendo “aquela que apresenta limitações significativas ao nível da actividade e da participação, num ou vários domínios da vida, decorrentes de alterações funcionais e estruturais, de carácter permanente, e de cuja interacção com o meio envolvente resultem dificuldades continuadas, designadamente ao nível da obtenção, da manutenção e da progressão no emprego”. Define ainda o mesmo artigo “pessoa com deficiência e incapacidade e capacidade de trabalho reduzida” como “aquela que possua capacidade produtiva inferior a 90% da capacidade normal exigida a um trabalhador nas mesmas funções profissionais ou no mesmo posto de trabalho, em razão das alterações estruturais e funcionais e das limitações de actividade delas decorrentes”.

pela Lei 12/2015, de 24 de junho).<sup>60</sup> De acordo com este diploma, estamos perante *personas com discapacidad* quando se tenha reconhecido um grau de incapacidade igual ou superior a 33%.<sup>61</sup> Assim, todas as empresas, públicas ou privadas com 50 ou mais trabalhadores, terão que afetar 2% dos postos de trabalho aos trabalhadores com necessidades especiais.<sup>62</sup> Neste contexto, o teletrabalho pode ser perspetivado como uma forma de se cumprir a lei, respeitando as quotas de emprego estabelecidas. Conquanto, as regras podem ser tecnicamente imaculadas, mas têm que ser colocadas na prática. A falta de efetividade de uma lei é uma grande preocupação social. Mais ainda quando existem fontes que revelam que 60 a 80% dos empregadores espanhóis não cumpriam, em 2012, a Lei da Integração Social dos Deficientes, em vigor àquela data.<sup>63</sup>

O recurso ao teletrabalho para tão só cumprir a lei, tem em si o risco de não fomentar uma verdadeira inclusão no mercado de trabalho. Não obstante, parece-nos que não existem soluções perfeitas. Em determinados casos, e dependendo da deficiência em questão, os empregadores poderão reconhecer no teletrabalho uma forma de contenção de gastos: em vez de promover todas as condições físicas para receber o trabalhador, acorda-se que a prestação de atividade seja realizada no domicílio do trabalhador.<sup>64</sup> Por sua vez, o trabalhador evita penosas deslocações, exercendo a sua atividade num ambiente preparado para as suas necessidades. As tecnologias e a inerente comunicação serão a forma de contornar a possível exclusão laboral.<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> O Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de novembro, revogou a Lei 13/1982, de 7 de abril, Lei da Integração Social dos Deficientes, pioneira na regulamentação dos direitos e apoios das pessoas com deficiências em Espanha.

<sup>61</sup> Veja-se o artigo 4.º do Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de novembro.

<sup>62</sup> O artigo 42.º do Real Decreto Legislativo 1/2013 consagra as quotas mencionadas e remete para o Estatuto Básico do Empregador Público. Desta forma, o artigo 59.º do Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de outubro, prevê que nas ofertas de emprego público se reserve uma quota não inferior a 7% das vagas para estas pessoas, de modo a que progressivamente seja alcançado o número de 2% do número total de trabalhadores.

<sup>63</sup> Cf. *El Libro Blanco del teletrabajo en España*, Fundación MásFamilia, Madrid, 2012, p. 88.

<sup>64</sup> O acordo de empresa celebrado entre a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e o STFPSSRA – Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Sul e Regiões Autónomas e o STFPSN - Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte estatui um direito de preferência para o exercício de funções em regime de teletrabalho para determinados grupos de trabalhadores. Entre outros, estão os trabalhadores portadores de deficiência ou com familiares portadores de deficiência a seu cargo. Esta é, sem dúvida, a concretização de uma verdadeira responsabilidade social por parte dos empregadores.

<sup>65</sup> Neste sentido a STSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, de 28 de janeiro de 2014, ao considerar que as sequelas crónicas de um trabalhador não o impediam de desempenhar as suas atividades, tendo em conta as novas tecnologias, através do teletrabalho “que permite maiores possibilidades laborais”. No mesmo sentido a STSJ DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, de 19 de dezembro de 2000, relativamente a um trabalhador ao qual foi

### 3. BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo uma s mula do *Ying e Yang* da presta o subordinada em regime de teletrabalho, podemos afirmar o seguinte:

- ✓ As vantagens na celebra o de um contrato de teletrabalho, em especial na sua modalidade domiciliária, são prodigiosas: aumento dos níveis de satisfa o profissional do trabalhador, flexibilidade horária, melhoria da qualidade de vida, maior conforto, aforro financeiro, concilia o entre a vida pessoal e profissional. Permite a muitos empregadores um recrutamento mais eficiente e qualificado, um aumento da produtividade do trabalhador e uma redu o do absentismo. Possibilita ainda a descentraliza o do trabalho para zonas menos centrais, o descongestionamento das zonas urbanas e a integra o profissional de cidadãos com necessidades especiais.
  
- ✓ Existem, de igual modo, alguns inconvenientes, em especial no teletrabalho no domicílio: o isolamento social e profissional do trabalhador, a possível interferência entre a vida pessoal e familiar com a profissional e o maior número de horas de trabalho; bem como a dificuldade do empregador em gerir o trabalho em equipa e a preocupa o com a segurança da informa o.

Finalmente, não deixamos de reconhecer que a fórmula mais frequente   a que combina o teletrabalho no domicílio com as instala es do empregador.<sup>66</sup> A nosso ver, esta   a fusão

---

diagnosticado transtorno de ansiedade com agorafobia, de evolu o cr nica, a qual ressaltou o teletrabalho como compatível com as doenças do trabalhador.

<sup>66</sup> A título ilustrativo atente-se nos seguintes exemplos de empresas espanholas. Na IBERDROLA, empresa do setor energético, os trabalhadores não poderão optar por uma modalidade a tempo completo, mas por 1, 2 ou 3 dias de teletrabalho domiciliário por semana; a SANITAS, empresa da área dos seguros, utiliza também uma fórmula de teletrabalho composta por 3 dias nas instala es da empresa e 2 dias em casa, muito embora, 80% do horário de trabalho tenha que coincidir com o horário praticado na empresa; os teletrabalhadores da WOLTERS

perfeita, uma vez que anula algumas das desvantagens apresentadas para o teletrabalho domiciliário, por outras palavras, é como ter “o melhor dos dois mundos”. O facto de o teletrabalhador trabalhar parte dos dias da semana nas instalações do empregador e outra parte, seja na modalidade de teletrabalho domiciliário ou noutra qualquer, na nossa opinião não desvirtua a caracterização do trabalhador como teletrabalhador, não obstante o silêncio do legislador português.<sup>67</sup> Na verdade, as partes, ao abrigo da liberdade contratual e dentro dos limites da lei, poderão acordar o que bem lhes aprouver.

---

KLUWER trabalham 3 dias em casa e 2 nas instalações da editora; por último e de forma peculiar, na ENDESA, a prestação de atividade em regime de teletrabalho nunca é a tempo completo, existindo duas modalidades alternativas: a diária - 1 ou 2 dias por semana, ou a horária - 2 horas por dia, que poderão ser no início ou no fim da jornada de trabalho. Cf. *El Libro Blanco del teletrabajo en España*, Fundación MásFamilia, Madrid, 2012, pp. 80, 85, 86 e 75, respetivamente.

<sup>67</sup> O legislador belga consagrou a possibilidade do teletrabalho ser prestado de forma ocasional.

## **A evolução do direito do trabalho e os desafios do século XXI: As relações de trabalho triangular e a mobilidade internacional de trabalhadores. Rui Miguel Zeferino Ferreira<sup>1</sup>**

### **Introdução**

No mundo contemporâneo um dos maiores desafios que se colocam aos Estados é o de saber como alcançar um crescimento económico sustentável, que garanta um elevado nível de emprego, tanto em quantidade como em qualidade. Deste modo, parte-se do pressuposto que a modernização do Direito do Trabalho, associada a algumas questões de tributação internacional serão essenciais para a melhor adequação dos trabalhadores e das empresas a um contexto de globalização, bem como para alcançar os objetivos da União Europeia de pleno emprego, de produtividade laboral e de coesão social.

Atualmente será unanimemente reconhecido que o mercado exige e procura, independentemente do local onde se encontre, mão-de-obra competente, formada e adaptável aos novos desafios da globalização e do comércio internacional. Isto porque, por um lado, como já salientava o relatório intercalar anual de 2006 sobre o crescimento e o emprego, da Comissão Europeia, “*A melhoria da capacidade de resposta dos mercados de trabalho europeus é essencial para promover a actividade económica e aumentar a produtividade*”<sup>2</sup>. E, por outro lado, a globalização trouxe uma necessidade acrescida de conjugar uma maior flexibilidade laboral com a necessidade de aumentar a segurança do emprego.

Desta necessidade de flexibilidade laboral resultou o aparecimento de um novo conjunto de formas de contratos de trabalho, sendo que no presente artigo será dada especial atenção aos contratos de trabalho temporário, inseridos dentro do fenómeno da locação internacional de mão-de-obra, enquanto relação laboral triangular. Daqui resultarão contratos de trabalho que se afastarão dos modelos tradicionais, em termos das condições de segurança do emprego, das remunerações, da estabilidade das condições de trabalho e das condições de

---

<sup>1</sup> Professor-Adjunto Convidado da Escola Superior de Gestão e Tecnologia, do Instituto Politécnico de Leiria. Assistente Convidado da Escola Superior de Comunicação, Administração e Turismo de Mirandela, do Instituto Politécnico de Mirandela.

<sup>2</sup> *Vide* também o relatório conjunto sobre o emprego de 2005/2006, do Conselho e da Comissão Europeia, pp. 6 e 12-13.

vida que lhe estão associadas<sup>3</sup>. Esta segmentação é exatamente uma consequência direta da dificuldade que a globalização e o comércio internacional trouxeram ao mundo contemporâneo, que passou a exigir outras formas de relacionamento laboral de cariz transnacional. Com a cristalização dos contratos de trabalho clássicos, que impossibilitam uma maior flexibilidade, o mercado laboral internacional adaptou-se e criou novas formas de contratação, que por natureza são mais inseguras e instáveis.

Esta necessidade de flexibilização foi reconhecida nas *Orientações Integradas para o Crescimento e o Emprego 2005-2008*, que vieram a ser adotadas em 12 de julho de 2005, e que enfatizavam a necessidade de promover a flexibilização laboral em conexão com a garantia de segurança do emprego, com o objetivo de reduzir o fosso existente na referida segmentação entre trabalhadores permanente e precários.

Na atualidade, com a intensificação da globalização e do comércio internacional, o conceito de remuneração e de segurança do emprego não podem ser vistos da mesma forma como o foram a partir dos anos cinquenta e sessenta, uma vez que hoje o desafio (e o dilema) passará pela conjugação da maior flexibilidade laboral com a garantia de um mínimo de segurança laboral global. Na realidade, o mundo laboral transformou-se, existindo presentemente novas formas de emprego, que o mercado exigiu face às restrições do contrato de trabalho clássico, altamente protetor, bem como, do ponto de vista internacional, pela necessidade de uma maior mobilidade e flexibilidade dos trabalhadores.

Daqui resultam os desafios e os dilemas do trabalho triangular e da mobilidade internacional de trabalhadores. Estas duas questões embora conexas importam uma abordagem separada, tendo ainda assim o elo comum de serem resultado da celeridade da revolução tecnológica, da intensificação da concorrência, da globalização, da internacionalização da economia e da necessidade de aumento da flexibilização laboral. Por outro lado, estes desafios, dilemas e novos fenómenos também resultam da modificação da organização das empresas, as quais impulsionaram a criação de novos tipos de relações

---

<sup>3</sup> O mercado de trabalho europeu encontra-se nas últimas décadas segmentado em dois blocos, entre aqueles que possuem um trabalho permanente, com o máximo das garantias laborais, e um grupo de trabalhadores cada vez mais numeroso do qual fazem parte para além dos desempregados e das pessoas fora do mercado de trabalho, as que se inserem dentro do emprego precário e informal, que estão sujeitas a uma redução acentuada de direitos laborais. Essa insegurança e instabilidade existente a jusante está a montante na origem de problemas sociais, demográficos e familiares, por condicionarem as opções da vida privada, como seja a constituição de família, que indiretamente tem efeitos a longo prazo na diminuição da população ativa e na sustentabilidade dos sistemas de segurança social públicos.

contratuais como, por exemplo, a relação triangular de trabalho, que para além das questões laborais também levanta problemas de tributação internacional, que importam discutir.

## 1. Evolução histórica

O direito do trabalho pode-se considerar um ramo ainda jovem dentro da cultura jurídica, embora já pudesse ser encontrado no direito romano, como uma modalidade de locação em sentido amplo. Neste sentido, continua hoje a fazer sentido utilizar a expressão de locação internacional de mão-de-obra. Nesse período histórico, a locação abrangia a utilização de pessoas a troco de uma retribuição monetária, enquanto um contrato de natureza consensual sem necessidade de forma especial<sup>4</sup>. Porém, é com a industrialização a partir do final do século XVIII que o mesmo se desenvolveu enquanto ramo ligado ao trabalho subordinado, mas a grande maioria dos autores situa o seu surgimento nos inícios do século XX, uma vez que até então a relação laboral era vista como um vínculo jurídico privado, sem a intervenção do Estado, fruto do pensamento liberal surgido das revoluções francesa e americana.

Este fenómeno de algum desinteresse está bem presente no Código de Napoleão, no Código Civil Italiano de 1865, no BGB alemão ou na codificação oitocentista portuguesa, com exceção de algumas normas a propósito de trabalhadores tidos como mais desfavorecidos, como as crianças. Com a massificação da industrialização este cenário modifica-se e surge a *questão social* resultante do abuso das entidades empregadoras e da perigosidade das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores<sup>5</sup>. Com efeito, o trabalho subordinado que é o objeto do moderno direito de trabalho é uma criação e uma necessidade do século XX, devido às formas de trabalho surgidas durante esse período histórico, que conduziram a uma necessidade de regular as condições de trabalho e os vínculos laborais.

Este processo passou pela adaptação do regime civilista, que de modo disperso ia contendo algumas insipientes disposições laborais, no sentido do favorecimento do trabalhador, enquanto parte mais fraca da relação laboral, bem como na imposição de um

---

<sup>4</sup> Nesta época tem especial importância a *locatio conductio operarum*, utilizada quando estivesse em causa a prestação de uma atividade, em que o trabalhador se obrigava a prestar trabalho a outrem, a troco de uma retribuição, o qual está na base do moderno contrato de trabalho.

<sup>5</sup> Este é um período de forte influência da perspectiva social da igreja Católica e do pensamento marxista contra os excessos do liberalismo económico, fundado nas ideias da luta de classes e do sindicalismo do operariado.

regime imperativo, que abrangia os pontos fulcrais da relação laboral. Esta última circunstância conduziria ao afastamento do princípio de flexibilidade laboral, que hoje se pretende inserir na relação laboral, uma vez que se entendia que tal princípio não seria compatível com a segurança no emprego. Com as primeiras normas laborais colocou-se em causa, por um lado, a igualdade dos entes jurídicos privados, por se entender que na relação laboral uma das partes padece de inferioridade face à outra, nomeadamente, de cariz económico e, por outro, colocou-se em causa o princípio da liberdade contratual, fruto da regulamentação e do intervencionismo do Estado nas relações laborais, por via da previsão de um regime imperativo. Este regime imperativo teve por escopo salvaguardar a parte mais frágil da relação laboral. Por isso, a evolução ao longo de todo o século XX fez-se no sentido da proteção do trabalhador subordinado, que constitui o núcleo central do direito do trabalho clássico.

Com o desenvolvimento do direito do trabalho pretendeu-se garantir primordialmente a sua segurança e, indiretamente, favorecer o desenvolvimento familiar e da vida privada dos trabalhadores. Com a chegada ao século XXI toda esta construção é particularmente colocada em causa ou, pelo menos, passou a exigir-se a sua reforma pelo surgimento da globalização e pelo modo de funcionamento do comércio internacional, que vieram criar novas necessidades. Segundo MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO (2005, pp. 50) existiram três grandes fases na evolução do Direito do Trabalho, que identifica como de consolidação, de publicização e de reprivatização e relançamento. Nesta última fase, por um lado, a regulação das condições do trabalho integra-se parcialmente no âmbito do direito das situações laborais individuais. Por outro, volta a ser reforçada a dimensão coletiva do direito do trabalho, com a reposição do direito à greve. Por último, consolida-se a autonomização do contrato de trabalho e a relação de trabalho face aos contratos civis de locação e de prestação de serviços, com o estabelecimento de regulações específicas para o contrato do trabalho. Porém, agora devemos considerar existir a fase da internacionalização do direito do trabalho por influxo da globalização.

A partir dos anos setenta a orientação de proteção mais rígida do tradicionalismo laboral do século XX vai inverter-se, no sentido de uma maior flexibilidade. Este período é tido inicialmente como uma época de crise do direito do trabalho, que para alguns autores perdura até hoje, embora a vejamos como a fase da internacionalização das economias, promovida pela globalização. Assim, até ao surgimento da globalização o desenvolvimento do

direito do trabalho baseou-se na relativa uniformidade da categoria dos trabalhadores, associada à crença na sua incapacidade de se autorregularem. Isso levou que os trabalhadores tenham sido neste período capturados no âmbito de uma relação de dependência para com as associações sindicais. Ademais, aparece a grande empresa do setor secundário como modelador das relações laborais, bem como a crença na sustentabilidade do sistema laboral de proteção.

No século XXI este cenário inverteu-se, pois, o trabalhador típico sem grandes qualificações profissionais, dependente em exclusivo do seu trabalho e que trabalhava a vida inteira para o mesmo empregador, é modificado pelo surgimento de novas categorias de trabalhadores, entre os quais vão surgir os trabalhadores a termo, temporários e muito especializados, que vêm a ser designados pela doutrina como trabalhadores atípicos. Esta categoria de novos trabalhadores escapa ao regime de uniformidade, sendo cada vez menos dependentes, tanto das estruturas sindicais como dos empregadores, o que vem nas palavras MARIA FERNANDA PALMA RAMALHO a colocar em causa “*o dogma da uniformidade do estatuto do trabalhador subordinado; e o dogma da incapacidade genética dos trabalhadores para gerirem a sua vida laboral*” (2005, p. 57).

Por outro lado, com a globalização e o comércio internacional deu-se a especialização do trabalho, propiciada pela revolução tecnológica que ainda nos dias de hoje continua em desenvolvimento, conduzindo a uma alteração do cenário empresarial e, por inerência, modificando as relações laborais. Tal sucede pelo surgimento das grandes unidades produtivas do setor secundário e com o grande desenvolvimento do setor terciário e tecnológico. Com a competitividade a ser um elemento chave no mundo globalizado, as empresas tornam-se pequenas unidades, mas com maior agilidade e produtividade, recorrendo cada vez mais ao trabalho temporário e ao *outsourcing*, e flexibilizando as suas estruturas e organizações. Além da especialização, a globalização trouxe a deslocalização empresarial e a internacionalização da atividade económica, que acarretaram significativas alterações no panorama das relações laborais. Essas modificações são visíveis nas remunerações variáveis por objetivos, no surgimento do controlo de trabalhadores à distância, na locação de mão-de-obra, na flexibilidade laboral e nos incentivos à deslocalização de trabalhadores dentro de grupos económicos para distintos países. Em vez de um modelo laboral rígido, típico do período industrial inicial, surge uma multiplicidade de modelos de relacionamento laboral.

No que concerne ao mito da sustentabilidade do sistema laboral protecionista, que efetivamente permitiu uma notável melhoria das condições laborais dos trabalhadores, a crise económica e financeira veio afetar este pensamento, uma vez que os encargos associados para os empregadores têm por pilar de sustentação um quadro de crescimento e de desenvolvimento económico favorável. Assim, as circunstâncias menos favoráveis conduziram a que os empregadores passassem a tomar opções com vista à redução de custos, aí se inserindo a temática da mobilidade de trabalhadores, locação de mão-de-obra e o trabalho temporário. Esta é a fase da minimização dos custos das empresas e da exteriorização do emprego, de onde resultou também o aumento dos níveis de desemprego.

## **1.2. A evolução no século XXI**

Em face das modificações descritas e tendo em consideração os paradigmas existentes ao longo do século XX, que perduraram até meados dos anos setenta, mas cuja profunda alteração apenas se deu na passagem de século, deu-se o retrocesso na ideia de universalização e intensificação dos direitos laborais dos trabalhadores. Essa fase chegou ao fim, em favor da flexibilização das relações laborais, com uma forte conexão com o movimento de desregulamentação e de redução da intervenção do Estado nas relações económicas, que encontram as suas raízes no pensamento liberal.

Ao nível dos tipos de vínculos laborais, surgiram os referidos vínculos laborais atípicos, com novas formas contratuais, como o contrato de trabalho a termo, o contrato de trabalho temporário, o teletrabalho ou, ainda, figuras conhecidas em outros ordenamentos jurídicos como *job sharing* e o *Arbeit auf Abruf*. Estes vínculos atípicos, mas que hoje são comuns e generalizados, embora tenham tido por escopo diminuir o desemprego, tiveram como grande intenção ajudar a gestão e a organização das empresas, permitindo uma significativa diminuição de custos, com efeitos positivos na competitividade e na produtividade, que constituem elementos-chave na era da globalização e da internacionalização do comércio. Estes vínculos para cumprirem os seus objetivos têm subjacente uma diminuição da proteção dos trabalhadores e uma menor intervenção regulatória do Estado.

Por outro lado, a respeito da flexibilidade do regime jurídico do contrato de trabalho, na última década o mercado europeu tem tomado em consideração o problema da

desregulamentação marginal, que favoreceu no final do século e início do corrente a segmentação dos mercados de trabalho e influenciou negativamente a produtividade, por ter pretendido manter grande parte das exigentes regras aplicáveis aos contratos clássicos. Por isso, tem-se igualmente verificado a diminuição protetiva e a flexibilização de muitas das regras do contrato de trabalho clássico. Em particular, tem-se avançado no sentido da mobilidade e da polivalência funcional, bem como na diminuição da estabilidade do local de trabalho, de modo a facilitar as transferências, cedência e locação de trabalhadores, designadamente para efeitos de mobilidade internacional. Outro aspeto em que se tem verificado o aligeiramento, verifica-se nas regras ao nível do tempo de trabalho, da retribuição e da cessação do contrato de trabalho.

A flexibilização está intimamente relacionada com o processo de desregulamentação, o qual é resultado da diminuição do “*número de normas laborais imperativas*” (PALMA RAMALHO, 2005, p. 69), bem como do aumento do “*espaço de liberdade dos entes laborais, quer no âmbito da negociação coletiva quer no domínio dos contratos*” (PALMA RAMALHO, 2005, p. 69). Isto vem ocorrendo de várias formas, por um lado, o próprio legislador suprime normas imperativas e remete a regulação de aspetos da relação laboral para o contrato de trabalho e respetiva autonomia das partes. Por outro, adotando o mesmo comportamento remete para a regulação coletiva de trabalho, permitindo o afastamento de regras legais em sede de negociação coletiva. Por fim, através da alteração das regras especiais de interpretação, de modo a garantir a sua maior amplitude interpretativa. Estas modalidades de desregulamentação têm sido utilizadas em conjunto com o escopo de flexibilizar as relações laborais, e assim, as empresas poderem competir numa economia cada vez mais integrada e globalizada, evitando alguns dos custos inerentes à proteção do emprego.

Igualmente, estes encargos que se pretendem reduzir, têm uma influência significativa nas políticas de contratação e de criação de emprego, correspondendo a um custo demasiado oneroso, tanto para as microempresas como para as pequenas e médias empresas. Na última década o mercado europeu tem tomado em consideração o problema da desregulamentação marginal, que mantinha grande parte das exigentes regras aplicáveis aos contratos clássicos, o que favoreceu no final do século e início do corrente a segmentação dos mercados de trabalho e influenciou negativamente a produtividade.

## **2. As relações triangulares no direito do trabalho e a mobilidade de trabalhadores**

### **2.1. Considerações Iniciais**

A introdução dos contratos atípicos teve o efeito de garantir às empresas a possibilidade de conseguirem garantir uma rápida adaptação às exigências da globalização, do comércio internacional e da revolução tecnológica, bem como às escolhas dos consumidores. Acessoriamente, permitiram, por um lado, garantir em tempos de recessão económica novas oportunidades de emprego e, por outro, ser um foco de atração para uma mão-de-obra cada vez mais diversificada, que não deseja a existência de vínculos que impliquem uma duração prolongada no tempo, em face da constante mutação do mercado de emprego.

O novo século trouxe para o indivíduo-trabalhador a assunção de maiores responsabilidades individuais, que no século passado transmitiu para o Estado ou para grupos de interesses, como as associações sindicais, nomeadamente, respeitante à carreira profissional, à sua formação e à sua vida e sacrifícios familiares. Esta nova perspetiva individual conduziu a que o mercado de trabalho esteja hoje preenchido pelas empresas de trabalho temporário, que recrutam trabalhadores para depois os locarem a terceiras entidades, tanto dentro do espaço nacional como internacional. Efetivamente, num contexto de globalização, de comércio internacional e, bem assim, em plena revolução tecnológica, a reformulação dos mercados laborais não pode ser esquecida, devendo os mesmos estar abertos à inovação e à mudança.

Aliás, não se trata apenas do ponto de vista dos empregadores, pois aos trabalhadores, especialmente os mais vulneráveis, não deve ser negada as novas oportunidades que representa a mobilidade internacional de trabalhadores, mesmo tendo inerente alguns riscos, mas que devem ser por si assumidos dentro da ideia da responsabilidade individual liberal. As novas formas laborais vêm assim contrabalançar as dificuldades do trabalho tradicional, que não garante a mobilidade necessária e os incentivos ao individualismo laboral, que veja na flexibilidade não um ataque à sua condição mas uma oportunidade. Assim, a dificuldade maior deste século estará em compatibilizar a flexibilidade, a segurança no emprego e a segmentação, em que a grande prioridade tem sido a flexibilidade, por via da qual todas as formas atípicas utilizadas têm ido ao encontro desse objetivo.

## **2.2. A mobilidade de trabalhadores**

O mundo globalizado implica a reforma do direito do trabalho em vários aspetos, dentro dos quais a mobilidade de trabalhadores, em especial a internacional, é um dos pontos mais sensíveis, porque existe uma necessidade de dar coerência ao mercado de trabalho europeu e internacional.

Com a mobilidade internacional de trabalhadores, surgida no contexto do processo de internacionalização das empresas, surge o problema da falta de uniformização dos conceitos, designadamente de trabalhador, o que causa constrangimentos na sua mobilidade, mesmo dentro do espaço da União Europeia, onde as regras deveriam estar uniformizadas. Tal sucede porque esse conceito de trabalhador, que assume um papel fulcral na delimitação das relações laborais, tem sido deixado para a definição por cada um dos Estados.

Estas dificuldades são particularmente visíveis na aplicação das regras referentes às condições de destacamento de trabalhadores e às transferências de trabalhadores entre empresas ou, ainda, na locação internacional de mão-de-obra temporária, a que se vem juntar as dificuldades e a complexidade da sua tributação. Portanto, embora este problema esteja identificado há mais de uma década a sua alteração tem criado constrangimentos na concretização da flexibilidade das relações laborais.

## **2.3. Relações de trabalho triangulares**

Outra das questões fundamentais para as relações laborais deste século são as relações triangulares de trabalho, resultantes do desenvolvimento do trabalho temporário. A relação de trabalho triangular entre uma empresa utilizadora, um trabalhador e uma entidade de colocação de trabalhadores temporários corresponde em geral à situação jurídica em que um trabalhador é temporariamente empregue por uma empresa de trabalho temporário, para em seguida ser disponibilizado a uma empresa utilizadora, com o fim de efetuar uma determinada prestação de trabalho.

Esta relação na linguagem tributária internacional é conhecida como locação internacional de mão-de-obra, cujos contornos fiscais serão desenvolvidos no ponto seguinte. Portanto, a relação jurídica triangular tem assim como característica a “dualidade” de empregadores, tornando ainda mais complexa a relação laboral, bem como os efeitos jurídico-tributários da mesma.

Na grande maioria dos países, particularmente os europeus, o trabalho temporário ocorre através da intervenção de entidades ou agências de trabalho temporário (empresas), as quais têm uma regulamentação mista, centrada na legislação laboral, convenções coletivas de trabalho e autorregulação. Neste âmbito é fulcral garantir o cumprimento do princípio de não discriminação entre os trabalhadores clássicos e os trabalhadores temporários locados à empresa utilizadora.

Este tipo de problemas surge principalmente com os trabalhadores implicados em longas cadeias de subcontratação, tendo alguns países tentado resolver o problema por via de um regime jurídico de responsabilidade conjunta e solidária, em que os principais contratantes ficariam responsáveis pelas obrigações dos seus subcontratantes. Esta seria uma forma de pressionar os utilizadores ao cumprimento das obrigações e direitos laborais dos trabalhadores. A solução em causa dentro do espaço da União Europeia coloca alguns problemas, pelo facto de poder ser vista como uma medida que restringe o mercado interno e a livre prestação de serviços, quando possa restringir a subcontratação (locação de mão-de-obra) a empresas estrangeiras. Porém, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>6</sup> no que respeita ao destacamento de trabalhadores tem considerado que um regime jurídico deste tipo como aceitável, no sentido de garantir o acesso ao salário mínimo, e no pressuposto que a proteção aos trabalhadores temporários não ultrapassa o necessário, bem como entende que tal é admissível na medida que seja proporcional e conforme ao interesse geral.

Em Portugal, o trabalho temporário está consagrado no artigo 172.º e seguintes do Código de Trabalho, assentando numa relação jurídica triangular, caracterizada, por um lado, pela dissociação entre o empregador e o beneficiário da atividade prestada pelo trabalhador e, por outro lado, pela existência de duas relações jurídicas distintas. Isto é, de uma parte existe um contrato de trabalho entre a empresa de trabalho temporário e o trabalhador e, da outra parte, existe um contrato de prestação de serviço entre a empresa de trabalho temporário e o utilizador do trabalhador.

O exercício da atividade da empresa de trabalho temporário está sujeito a licenciamento, o qual está sujeito ao cumprimento de um conjunto de requisitos, a verificar e a acompanhar pelo serviço público de emprego. Em particular, exige-se a constituição de uma

---

<sup>6</sup> Vide acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2004, no processo C-60/03, caso Wolff & Müller GmbH & Co. KG, [2004] Coletânea I-9553.

caução a favor do IEF, como forma de garantir o pagamento de créditos do trabalhador temporário – retribuições, indemnizações e compensações por cessação de contrato de trabalho – e contribuições para a segurança social. Neste âmbito, existe ainda o registo nacional das empresas de trabalho temporário, onde se encontram identificadas as empresas licenciadas e aquelas em que ocorra a suspensão da atividade, caducidade ou cessação da licença ou aplicação de sanção acessória.

As relações de trabalho triangular, em concreto o trabalho temporário, tiveram um aumento acentuado desde o início do século, sobretudo entre 2002 e 2006, quando se registou um crescimento de 156,5% do número de contratos de trabalho temporário. Este crescimento ocorreu em paralelo com o aumento dos contratos de trabalho a termo, o que é resultado do recurso cada vez mais intenso às modalidades contratuais não permanentes no contexto do mercado de trabalho português. Efetivamente, em 2014 mais de 30% dos trabalhadores por conta de outrem, no setor privado, tinham contratos não permanentes.

### **3. A locação internacional de trabalhadores e as consequências tributárias**

No direito tributário com a intensificação do processo de globalização e de desenvolvimento do comércio internacional, uma das questões que com maior acuidade se levanta recorrentemente resulta de perceber onde devem ser tributados os rendimentos das atividades assalariadas. Nesse âmbito, surge o fenómeno da locação internacional de trabalhadores, que para além das questões laborais referenciadas, têm na sua génese razões fiscais. Pois, em alguns casos podem conduzir a um aproveitamento abusivo das normas estabelecidas nos acordos internacionais para evitar a dupla tributação em sede de impostos sobre o rendimento.

Os referidos acordos, via de regra, seguem o modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património, do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, estabelecendo como regra geral que, nos rendimentos provenientes de emprego assalariado, a competência tributária pertence ao Estado onde o trabalho é efetivamente exercido. Isto significa que, por exemplo, um residente português que auferir uma remuneração, a título de emprego, de fontes situadas na Alemanha, mas que aí não exerce efetivamente o emprego, não pode ser tributado

pelo Estado alemão pelo simples facto de os resultados do seu trabalho serem aí explorados, quando o trabalho ocorre efetivamente em Portugal<sup>7</sup>.

Porém, o número 2 da referida disposição estabelece uma exceção, no sentido de afastar a possibilidade do Estado onde o trabalho é efetivamente realizado poder tributar. Esta exceção tem vindo a ser utilizada e a dar origem ao desenvolvimento da locação internacional de trabalhadores. Desta disposição legal resulta a necessidade de serem cumpridas três condições de forma cumulativa. Em primeiro lugar, para que exista tal isenção no Estado onde é efetuado o trabalho é necessário que o período de execução não exceda 183 dias, “durante qualquer período de doze meses com início ou termo no ano fiscal em causa”<sup>8</sup>. A segunda condição pressupõe que a entidade patronal que paga a remuneração não seja residente no Estado onde é exercida a atividade laboral<sup>9</sup>. Por último, a terceira condição tem por base os casos em que a entidade patronal possui um estabelecimento estável no Estado em que o trabalho é exercido, pelo que a isenção depende da remuneração não ser suportada por esse estabelecimento estável<sup>1011</sup>.

Esta exceção tem dado lugar a inúmeros casos de abuso, através do recurso pelas entidades empregadoras à locação internacional de trabalhadores, estabelecendo-se as ditas

---

<sup>7</sup> vide o artigo 15.º, n.º 1, do modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património, do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, que dispõe que “Com ressalva dos disposto nos Artigos 16.º, 18.º e 19.º, os salários, vencimentos e outras remunerações similares obtidos de um emprego por um residente e outras remunerações similares obtidos de um emprego por um residente de Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser eu o emprego seja exercido no outro Estado Contratante. Se o emprego for aí exercido, as remunerações correspondentes podem ser tributadas nesse outro Estado”. Vide igualmente os comentários à referida norma em [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/occd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2014\\_mtc\\_cond-2014-en#.WbeaX7eol17w#page23](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/occd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2014_mtc_cond-2014-en#.WbeaX7eol17w#page23)

<sup>8</sup> Vide neste sentido o artigo 15.º, n.º 2, alínea a) do modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património, do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE – *ob. cit.*

<sup>9</sup> Vide neste sentido o artigo 15.º, n.º 2, alínea a) do modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património, do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE – *ob. cit.* Esta condição pode ser problemática ao nível administrativo, pelo que certos países entendem não ser desejável alargar a exceção aos casos em que a entidade patronal não é residente do Estado de residência do trabalhador, pois a determinação da remuneração do trabalhador ou a implementação das obrigações do empregador em matéria de retenção da fonte levanta problemas de aplicação.

<sup>10</sup> Vide neste sentido o artigo 15.º, n.º 2, alínea a) do modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património, do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE – *ob. cit.*

<sup>11</sup> O número 2 do artigo 15.º do modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património, do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, não se aplica às remunerações obtidas por um residente de um Estado em relação a um emprego exercido no outro Estado e pagas por, ou em nome de, um empregador que não seja residente desse outro Estado se o destinatário presta serviços no decorrer desse emprego a uma pessoa que não seja o empregador e essa pessoa, direta ou indiretamente, supervisiona, dirige ou controla a maneira como esses serviços são executados; e esses serviços constituem parte integrante das atividades comerciais exercidas por essa pessoa.

relações triangulares de trabalho. Isto conduz a que um empregador local, imagine-se, um empregador alemão, que deseja empregar trabalhadores estrangeiros durante períodos inferiores a 183 dias, o faça com recurso a um intermediário estabelecido num distinto país estrangeiro, o qual funciona como empregador dessa força laboral, que a cede em locação a um empregador local. Desta forma, o empregador local conseguirá obter trabalhadores que cumprem as identificadas três condições e, assim, beneficiar de trabalhadores com isenção de impostos no país onde exercem temporariamente as suas atividades.

Com vista a evitar-se este tipo de abusos, a OCDE tem defendido a necessidade de se interpretar a entidade patronal no contexto da identificada norma, o que encerra uma dificuldade suplementar, por não existir uma noção de entidade patronal no modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património. Contudo, entende-se que o empregador deve ser considerado como a pessoa jurídica que detém os direitos sobre o resultado da atividade do trabalhador e que assume as responsabilidades e os riscos correspondentes, o que devemos atribuir em muitas situações ao utilizador da mão-de-obra e não ao fornecedor da mesma.

Neste sentido, a substância da relação laboral deverá prevalecer sobre a forma que a mesma adota, o que implicará a necessidade de apreciar casuisticamente se é o intermediário (locador internacional de trabalhadores) ou o respetivo utilizador (empregador local) quem exerce mais amplamente as funções de empregador, o que deverá ser fixado de modo bilateral entre os Estados, como via de se aferir a amplitude do conceito de entidade patronal para efeitos da referida isenção no Estado onde é exercido o trabalho.

Em alguns casos, os serviços prestados por um indivíduo a uma empresa podem ser considerados como uma relação de emprego para fins de direito tributário interno, mesmo que esse trabalho seja prestado sob um contrato formal de serviços entre, por um lado, a empresa que adquire a serviços e, por outro lado, o próprio indivíduo ou outra empresa pela qual o indivíduo está formalmente contratado ou com o qual o indivíduo concluiu outro contrato formal de serviços. Nestes casos, a legislação nacional pode ignorar a forma como a relação laboral é concretizada nos contratos formais. Isto sucede porque pode preferir concentrar-se principalmente na natureza dos serviços prestados pelo indivíduo e a sua integração no negócio desenvolvido pela empresa que adquire os serviços, para concluir que existe uma relação de trabalho entre o indivíduo e essa empresa.

Por isso, o conceito de emprego para efeito destas convenções deve ser determinado de acordo com o direito interno do Estado que a aplica, pelo que se deve concluir que existe uma relação de trabalho entre a empresa para a qual são prestados os serviços e o indivíduo, quando se verificarem os pressupostos das alíneas b) e c) do número 2 do artigo 15.º da convenção modelo. Logo, mesmo que a lei interna do Estado não ofereça a possibilidade de questionar uma relação contratual formal, não deixa de ser possível que o Estado que procede à aplicação da convenção negue a aplicação do número 2 do artigo 15.º em casos de abuso. Assim, os Estados em que as atividades são exercidas podem rejeitar a aplicação desta exceção.

Igualmente, tal afastamento é possível nos casos em que, de acordo com o conceito de emprego de direito interno desse Estado, os serviços prestados a uma empresa local por um indivíduo formalmente empregado por uma empresa não residente, considerem-se prestados numa relação de trabalho com essa empresa local. Com efeito, desde que o Estado de residência reconheça que o conceito de emprego na legislação tributária nacional do Estado de origem ou nos acordos constitua um abuso da Convenção, permite que esse Estado tribute o rendimento de um indivíduo em conformidade com a Convenção, devendo conceder uma redução da dupla tributação de acordo com as obrigações previstas nos artigos 23.º-A e 23.º B.

A conclusão de que uma concreta relação formal contratual deve ser desconsiderada, deve no entanto ser baseada em critérios objetivos. Assim, um Estado não pode argumentar que os serviços são considerados, nos termos da sua legislação interna, como relação laboral, quando os factos e as circunstâncias relevantes tornam evidentes que esses serviços são prestados ao abrigo de um contrato para a prestação de serviços, celebrado entre duas empresas separadas. No entanto, nem sempre será claro se os serviços prestados por um indivíduo podem ser devidamente considerados por um Estado como prestados numa relação de trabalho, e não no âmbito de um contrato de prestação de serviços celebrado entre duas empresas.

A natureza dos serviços prestados pelo indivíduo será um fator importante. Por conseguinte, será importante determinar se os serviços prestados pelo indivíduo constituem integralmente uma prestação de serviços, em que a empresa locadora cobra de um cliente um

preço, baseado numa taxa horária pelo tempo gasto por um de seus funcionários na execução de um contrato específico.

É importante notar que a questão de saber se a remuneração do indivíduo é diretamente cobrada pelo empregador formal à empresa a que os serviços são fornecidos é apenas um dos fatores subsidiários que são relevantes para determinar se os serviços prestados por esse indivíduo podem ser devidamente considerados por um Estado como prestado em uma relação de trabalho, e não no âmbito de um contrato de serviços.

Portanto, podemos ter um caso exemplificativo em que uma empresa multinacional possui e opera em hotéis em todo o mundo através de várias subsidiárias, em que uma dessas subsidiárias é residente na Alemanha, onde possui e opera um hotel e, bem assim, tem um determinado funcionário que é deslocado por um período de quatro meses para outra subsidiária em França, por escassez de funcionários qualificados, que lhe paga as despesas de viagem, mas que ainda assim se mantém formalmente empregado na subsidiária alemã, de quem recebe o salário e as contribuições sociais. Ora, de acordo com as considerações anteriores se os serviços desse trabalhador forem considerados como prestados à subsidiária francesa no âmbito de uma relação de trabalho, esse Estado poderia, logicamente, considerar que essa subsidiária é o empregador e a exceção do número 2 do artigo 15.º da convenção não seria aplicável.

#### **4. Conclusões**

Do exposto nos pontos anteriores resulta que o contexto inegável da globalização e do comércio internacional introduziu profundas alterações no direito do trabalho, sendo que as formas atípicas de contratação e de relações laborais que foram sendo construídas são consequência da rigidez das regras laborais clássicas e do intervencionismo do Estado. Assim, como se assumiu, o principal dilema que surge no atual período histórico resulta do modo como se deve conciliar a flexibilização e a segurança nas relações de emprego para alcançar um crescimento económico sustentável.

A crise económica e financeira do final do século veio a acelerar o processo de flexibilização, pelo aumento da necessidade de encontrar novas soluções organizativas e de

gestão dos escassos recursos disponíveis. Este período trouxe igualmente um conjunto de novas questões no âmbito da tributação internacional da locação de mão-de-obra, do qual tem resultado o surgimento de comportamentos abusivos, resultantes do aproveitamento das regras de tributação do rendimento do trabalho assalariado, fixadas nas convenções internacionais.

Em face da atual realidade económica, centrada no comércio internacional e na globalização, o processo de flexibilização e de mobilidade internacional de trabalhadores é um processo sem retorno, que conduz o mercado a procurar mão-de-obra competente, formada e adaptável aos novos desafios, independentemente do local do mundo em que a mesma se encontre. Consequentemente, o surgimento das relações de trabalho triangular são uma consequência do desenvolvimento económico das sociedades, em que o individuo vem a reassumir maiores responsabilidades. Assim, será necessário promover a reformulação dos mercados laborais, assente no pensamento liberal e individualista, e abertos à inovação e à mudança, que inevitavelmente conduzirá a um afastamento dos modelos tradicionais, nomeadamente, ao nível das condições de segurança do emprego, da estabilidade das condições de trabalho e das condições de vida que lhes estão associadas.

Por outro lado, a cristalização dos contratos de trabalho clássicos, que impossibilitam uma maior flexibilidade é hoje incompatível com o mercado laboral internacional. Por este motivo, o setor privado promoveu a adaptação das relações laborais e criou novas formas de contratação, que por natureza serão inseguras e instáveis. Na realidade, o mundo laboral transformou-se, existindo presentemente novas formas de emprego, que o mercado exigiu face às restrições do contrato de trabalho clássico, altamente protetor, bem como, do ponto de vista internacional, pela necessidade de uma maior mobilidade e flexibilidade dos trabalhadores. Estes desafios, dilemas e novos fenómenos, também resultam da modificação da organização das empresas, as quais impulsionaram a criação de novos tipos de relações contratuais, da qual a vertente tributária teve o efeito de favorecer a locação internacional de mão-de-obra.

Por fim, as novas formas contratuais vieram contrabalançar as dificuldades impostas pelo contrato de trabalho tradicional, que não garante a mobilidade necessária e os incentivos ao individualismo laboral. Deste modo, não se deve ver na flexibilidade um ataque aos direitos dos trabalhadores, mas deve-se pelo contrário vê-la como uma oportunidade.

**Bibliografia**

**MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de.** *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008.

**MESQUITA, José Andrade.** *Direito do Trabalho*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª Ed., 2004.

**OCDE,** *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património*. Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*. Coimbra: Almedina, n.º 197, 2005.

**OCDE,** *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE. Consultada em [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2014\\_mtc\\_cond-2014-en#.WbeaX7eo17w#page23](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2014_mtc_cond-2014-en#.WbeaX7eo17w#page23). Último acesso em 08 de outubro de 2007.

**PALMA RAMALHO, Maria do Rosário.** *Direito do Trabalho: Parte I – Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005.

**UNIÃO EUROPEIA,** *Acórdão de 12 de outubro de 2004, no processo C-60/03, caso Wolff & Müller GmbH & Co. KG*. TJUE: Coletânea I-9553. Consultado em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db84693ec6689f4a2999e4c697bd76552a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxqTc390?text=&docid=64819&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=241944>. Acedido em 08 de outubro de 2017.

**UNIÃO EUROPEIA.** *Livro Verde. Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI*. Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, COM (2006) 708 final. Consultado em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bad7c5ce7-326d-481f-a248-cb41b06ac9db%7D.pdf>. Último acesso em 08 de outubro de 2007.

**UNIÃO EUROPEIA.** *Relatório conjunto sobre o emprego de 2005/2006*. Bruxelas: Conselho e Comissão Europeia, 2006.

## **As redes sociais e a des(proteção) da privacidade do trabalhador**

**Patrícia Canteiro**

Advogada

### **Introdução**

Nas últimas décadas tem-se assistido a um fenómeno que podemos designar de *Revolução Informática ou Tecnológica*, devido ao contributo admirável das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação<sup>1</sup>, particularmente a *Internet*.

Estas proliferaram transformações notáveis não só na estrutura da sociedade, mormente no modo de ser e de agir do ser humano, mas também na própria configuração das relações laborais.

O nascimento, evolução e introdução das NTIC nas empresas fizeram com que o tema do direito à privacidade adquirisse uma enorme importância no Direito do Trabalho, pois tem sido prática habitual a violação dos direitos fundamentais e de personalidade dos trabalhadores que ocorrem no seio da empresa proporcionadas pela utilização indevida destes meios tecnológicos (Moreira, 2010).

Assim, se já era notório que o trabalhador detinha uma posição mais débil na relação laboral devido à subordinação jurídica, atualmente, com estas inovações tecnológicas, verificam-se novos perigos para os seus direitos de personalidade, mormente o direito à privacidade.

Este direito tem sido ameaçado pelo crescente e rápido desenvolvimento das NTIC, designadamente as Redes Sociais, as quais permitem uma constante exposição ao público. Desta forma, assiste-se a uma alteração radical do conceito de privacidade, tornando-se urgente a necessidade de reforçar a proteção jurídica.

A utilização das redes sociais no âmbito das relações laborais tem muitas vantagens, mas também inúmeros efeitos negativos, quer para os trabalhadores, quer para os empregadores. Estas possibilitam partilha e discussão de ideias, oportunidades de trabalho e a

---

<sup>1</sup> De seguida adotar-se-á a sigla NTIC.

promoção de empresas. Contudo, também possibilitam uma maior intrusão na vida dos trabalhadores, através do controlo do empregador, realizado através de meios informáticos, que se opera na recolha sistemática e exaustiva de dados do comportamento dos trabalhadores que, devidamente recolhidos, armazenados e tratados, permitem uma projeção deste comportamento, bem como a criação de perfis dos trabalhadores (Moreira, 2013).

A utilização excessiva das redes sociais coloca novas questões ao Direito do Trabalho, designadamente na fase de acesso ao mercado de trabalho, sendo utilizado como um meio discriminatório, dado que excluem os candidatos com base, apenas, nas informações recolhidas nestes meios, sem realizar, formalmente, qualquer processo de recrutamento.

Mas também na fase de execução e cessação do contrato de trabalho, dado que surgem cada vez mais casos sobre o acesso de trabalhadores às redes sociais no local de trabalho, devido às publicações, por vezes, depreciativas sobre o empregador e colegas de trabalho, dando assim origem a processos disciplinares.

Em face do exposto, o principal objetivo deste artigo é analisar e desenvolver o novo conceito de privacidade do trabalhador, face ao incremento e utilização das Redes Sociais no ambiente laboral, bem como caracterizar o comportamento do empregador, perante as publicações dos trabalhadores nas Redes Sociais, sendo estas, mesmo quando obtidas ilicitamente, utilizadas para efeitos disciplinares.

Desta forma, será possível verificar a proteção ou desproteção da privacidade do trabalhador, analisando a conduta do empregador, face ao controlo impulsionado pelas Redes Sociais.

## **I. As Redes Sociais e o Direito à Privacidade**

### **1.1 A proteção da privacidade do trabalhador**

O direito à privacidade assenta na ideia da dignidade da pessoa humana, tendo como pressuposto a ideia da pessoa como “fim do Direito, como fundamento da personalidade jurídica e como sujeito de situações jurídicas de personalidade” (Dray, 2001, p. 39).

A proteção da privacidade do trabalhador tem acolhimento não só no artigo 16.º do Código do Trabalho, mas também nos artigos 80.º do Código Civil e 26.º da Constituição da República Portuguesa.

Segundo Canotilho, G. e Moreira, V. (2007), este direito que os trabalhadores têm à reserva da vida privada analisa-se, principalmente, em dois direitos menores: o impedir o acesso de terceiros a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue essas informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem.

Segundo estes autores é difícil definir o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o campo que é mais aberto à publicidade. Assim, entendem que o critério constitucional deve partir dos conceitos de “privacidade” e de “dignidade humana”, previstos no art. 26.º da CRP, de “modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea” (Canotilho & Moreira, 2007, p. 468). Acrescentam ainda, que o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deve ser delimitado com base num conceito de vida privada atendendo a três aspetos: “o respeito dos comportamentos, o respeito do anonimato e o respeito da vida em relação”<sup>2</sup>.

Esta proteção da privacidade<sup>3</sup> dos trabalhadores deve assim concretizar-se através de outros direitos fundamentais consagrados na CRP, que funcionam como garantia deste, como é o caso do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34.º), a proibição de tratamento informático de dados referentes à vida pessoal (artigo 35.º, n.º 3) e ainda a nulidade da prova mediante intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (artigo 32.º, n.º 8), (Moreira, 2010).

O tema do direito à privacidade dos trabalhadores ganha uma enorme importância devido ao incremento do poder computacional e ao avanço tecnológico, que propicia um rápido e fácil cruzamento de dados pessoais dos trabalhadores, tornando-se uma ameaça à sua privacidade. Este direito deve assim edificar-se como um limite aos poderes do empregador e como garantia de outros direitos dos trabalhadores que têm sido violados.

## **1.2 A utilização das redes sociais na relação laboral**

A evolução científica e tecnológica influenciou todos os setores da sociedade, com incidência nas relações laborais, despertando assim o interesse num novo Direito do Trabalho.

---

<sup>2</sup> Alguns autores adotam a teoria das três esferas dividindo entre a esfera íntima, a esfera privada e a esfera social, sendo que a primeira corresponde ao núcleo duro do direito à intimidade da vida privada, a esfera privada admite ponderações de proporcionalidade e quanto à esfera social já se estará no quadro do direito à imagem e à palavra e não do direito à intimidade da vida privada.

<sup>3</sup>A nível internacional a proteção da privacidade está vincada na Convenção do Conselho da Europa para a Proteção de Dados Pessoais Automatizados, de 28 de janeiro de 1981 e nas *Guidelines* da OCDE da proteção da vida privada e dos fluxos de dados pessoais, de 23 de setembro de 1980.

Secundando Ray (2010) a entrada da empresa e do mundo do trabalho na era da informática e da *Internet* originou a necessidade de repensar o Direito do Trabalho perante novas formas de organização e de relações de trabalho.

Este refletir num novo Direito do Trabalho deve-se, em parte, ao incremento e utilização das redes sociais no âmbito laboral, pois tornaram o controlo do empregador cada vez mais intrusivo, afetando a privacidade do trabalhador.

O problema da utilização das redes sociais está no facto de o empregador poder servir-se delas para finalidades nem sempre legítimas.

Neste sentido, irá verificar-se de que forma as redes sociais têm influência na relação laboral, designadamente se põe ou não em causa alguns dos direitos fundamentais e de personalidade dos trabalhadores, pois estas inovações tecnológicas tornam o controlo do empregador cada vez mais presente, lesando a privacidade do trabalhador, culminando no surgimento de vários problemas jurídicos no acesso ao emprego e formação do contrato de trabalho, na sua execução e, por vezes, originando a sua cessação.

### **1.2.1 No acesso ao emprego e na formação do contrato de trabalho**

O acesso ao emprego e a formação do contrato de trabalho parece ser a fase em que há uma maior possibilidade de se verificar violações aos direitos de personalidade do trabalhador, e por isso torna-se necessário uma maior proteção de possíveis intromissões na vida privada do trabalhador/candidato.

Atendendo à conjuntura económica que o país e o mundo atravessam, o trabalhador-candidato encontra-se numa posição mais débil, em consequência da elevada taxa de desemprego<sup>4</sup>. Assim, é nesta fase que se nota uma maior desigualdade entre os sujeitos contraentes, devido à sua debilidade económica e à escassa expectativa de um emprego.

Com o intuito de conseguir um emprego, por vezes, o trabalhador-candidato abdica da sua personalidade, pois este com receio de ser excluído do processo de seleção, disponibiliza-se para facultar dados e informações relativas à sua vida privada, sendo as mesmas irrelevantes para avaliar a aptidão para o posto de trabalho em causa.

Atualmente, as redes sociais fazem parte do nosso quotidiano e constituem um fator determinante dos nossos comportamentos e dos sucessos que vamos alcançando ao longo da

---

<sup>4</sup> A taxa de desemprego em Portugal em julho de 2017 era de 8,9 % (a 6.ª taxa de desemprego mais elevada da zona euro).

vida. Assim, a forma como nos integramos nestas redes pode determinar a maior ou menor probabilidade de conseguirmos um melhor emprego (Lopes & Cunha, 2011).

Hoje é prática frequente, a utilização das redes sociais pelas empresas para seleção de candidatos, pois através de uma pesquisa rápida, gratuita e discreta, o empregador passa a conhecer particularidades da vida do candidato. Através desta pesquisa à distância, é possível conhecer a intimidade de terceiros, pois estes dados, por vezes extremamente privados, encontram-se em acesso livre, pois são os próprios candidatos que os disponibilizam, ainda que involuntariamente, nas redes sociais, como o *facebook* ou *linkedin* (Moreira, 2013).

Assim, as empresas ao acederem aos perfis dos candidatos nas redes sociais têm como objetivo completar a avaliação dos mesmos, acedendo a informações que não conseguem obter através da informação contida nos Currículos. Esta consulta permite a criação de perfis, muitas vezes errada, originando assim uma grave discriminação, pois o candidato é excluído do processo com base na sua vida privada, independentemente de ser um excelente profissional.

Esta é uma realidade atual, pois segundo dados fornecidos pelo *Information and Privacy Commissioner of Ontario*<sup>5</sup>, numa pesquisa realizada pelo *ExecuNet*, 90% das pessoas que realizam recrutamento utilizaram motores de busca na *internet* para pesquisar sobre os candidatos e 46% admitiram que excluíram candidatos com base na informação que obtiveram nestes *sites*.

É cada vez mais frequente esta prática, que nos parece incorreta e discriminatória, do qual é exemplo uma organização não-governamental em Nova Iorque que excluiu um candidato devido ao conteúdo da sua página pessoal no *facebook* onde descrevia os seus inúmeros casos amorosos para além de interesse em filmes violentos. Outro exemplo absolutamente burlesco reporta-se ao recrutamento para a psiquiatria de um hospital, em que uma das candidatas detinha o melhor *Curriculum* mas o gestor de recursos humanos responsável pelo recrutamento, para além da análise do seu CV, resolveu realizar uma pesquisa em todas as redes sociais onde esta candidata tinha um perfil ou onde existia informação sobre a mesma, e como descobriu fotografias que entendeu serem inapropriadas, não a selecionou. Outro caso caricato refere-se a uma empresa norte-americana que recusou

---

<sup>5</sup> Vide in [www.ipc.on.ca](http://www.ipc.on.ca).

um estágio a uma estudante de 19 anos após ter descoberto o perfil dela numa rede social onde tinha uma fotografia a segurar uma garrafa de vodka (Moreira, 2013).

Perante estes exemplos, considera-se reprovável este tipo de controlo e decisão por parte dos empregadores, pois escolhem um candidato em detrimento de outro com base em informações, muitas vezes figuradas, sem que os candidatos se apercebam.

As conclusões retiradas da consulta das redes sociais baseiam-se, sobretudo, nas publicações que os utilizadores disponibilizam no seu perfil pessoal, mencionando detalhes da sua vida pessoal, profissional, social, amorosa, entre outros. No entanto, existem ainda outros fatores determinantes como o mero facto de dispor de um determinado número de amigos, entendendo-se que caso o número seja elevado, poderá ser uma pessoa com maior influência, assim como o tipo de pessoas que faz parte da sua rede de contactos ou o integrar determinados grupos, nomeadamente políticos e religiosos poderão ter influência na escolha pela entidade empregadora (Moreira, 2013).

Todos estes fatores vão contribuir para a criação de perfis dos trabalhadores e para a consequente avaliação dos candidatos, a qual poderá ter efeitos negativos ou positivos no processo de seleção, caso as opiniões e partilha de informações pelos trabalhadores nas redes sociais vão ou não de encontro ao interesse da entidade empregadora.

É também importante ter em atenção que muita da informação recolhida sobre os candidatos nestas redes sociais pode estar errada ou desatualizada, pois existem muitas pessoas que utilizam esporadicamente as redes, sendo necessária uma contínua ação e gestão das contas, para que a informação retirada seja atual e verdadeira.

Perante esta nova realidade é urgente refletir na recolha sistemática e sem limites de inúmeros dados pessoais aparentemente sem importância, mas que agregados permitem reconstruir todo o perfil dos trabalhadores-candidatos, tendo repercussões negativas no processo de seleção.

Por isto, entende-se que o trabalhador/candidato deve ser cauteloso quanto às informações que disponibiliza nas redes sociais, na medida em que o empregador tem acesso à informação e poderá utilizá-la de forma discriminatória no processo de seleção.

Neste sentido é importante frisar que, no caso de se verificar esta exclusão, estamos perante a chamada prova diabólica, pois é impossível ao candidato provar que foi excluído do processo de recrutamento devido à informação contida nas redes sociais, a qual o empregador teve acesso.

Esta prova só se torna possível no caso de o candidato recorrer à via judicial, obtendo assim a confirmação de exclusão pelo empregador.

### **1.2.2 Na execução do contrato de trabalho**

Na fase de execução do contrato de trabalho também emergem inúmeros problemas relacionados com a utilização das redes sociais e com a privacidade dos trabalhadores.

Com o crescente desenvolvimento das inovações tecnológicas, o problema do controlo dos trabalhadores durante a execução do contrato de trabalho conheceu uma nova realidade.

As redes sociais constituem não só um meio de controlo do comportamento dos trabalhadores, mas também um meio de difusão de informações e comentários, favoráveis ou prejudiciais à empresa ou empregador.

São assim, vários os perigos para as empresas associados à utilização das redes sociais, a saber, opiniões e comentários depreciativos referentes ao empregador, ao ambiente de trabalho ou sobre os próprios colegas de trabalho, fugas de informação, por vezes confidenciais, assim como perdas de produtividade pela utilização excessiva das redes sociais no local de trabalho.

Outro dos riscos associados ao uso destas redes é a reputação e imagem das empresas, pois consoante o tipo de comentários publicados nas redes sociais, pode ficar seriamente afetada.

Coloca-se aqui uma tensão entre dois princípios distintos: por um lado o princípio da inviolabilidade da vida privada dos trabalhadores, assim como das suas comunicações pessoais, e por outro lado, o princípio do livre exercício por parte do empregador do seu direito à gestão empresarial e do seu poder de controlo.

No ordenamento jurídico português, assiste-se ao reconhecimento generalizado da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito da relação laboral, recorrendo-se às regras dos conflitos de direitos.

Segundo alguma doutrina, no caso de haver colisão entre os interesses do empregador e respeito pela privacidade dos trabalhadores ou outros direitos fundamentais, devem prevalecer estes últimos (Moreira, 2010).

Na esteira do defendido por Abrantes (2005), estando perante um conflito de direitos tem de se recorrer às normas de conflitos, isto é, atendendo à ponderação dos vários direitos

em causa, tem de atender-se aos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP. Assim, os direitos fundamentais dos trabalhadores servirão de limite aos poderes do empregador, podendo estes prevalecer quando esteja em causa a prossecução de um interesse constitucionalmente garantido, ligado ao correto funcionamento da empresa.

Tal como já se referiu, o problema prende-se com os limites ao exercício dos direitos de personalidade das partes contratantes, pois se por um lado o trabalhador tem direito à liberdade de expressão e de opinião e à confidencialidade das suas mensagens, por outro, o empregador tem direito ao crédito, ao bom nome e a uma reputação positiva.

Neste sentido, apresentam-se alguns exemplos em que a utilização das redes sociais pelos trabalhadores, durante a execução do seu contrato, ultrapassa os limites ao exercício dos seus direitos, e que por vezes, origina processos disciplinares.

Por exemplo, em 2009, um piloto da TAP que teceu comentários no *facebook* a propósito do seu regresso de Maputo em classe económica. Após tomada de conhecimento por parte da TAP, os pilotos foram alvo de repreensão escrita e foram obrigados a frequentar um curso de ética. Uma companhia de aviação *Virgin* despediu 13 trabalhadores, após ter descoberto que tinham colocado piadas na página do *facebook* relativamente aos passageiros e aviões da companhia. Também, um trabalhador dirigente que colocou comentários depreciativos no *facebook* sobre a entidade empregadora e os próprios colegas de trabalho foi despedido. Ainda, dois professores de um colégio privado de Paredes foram despedidos por causa de uma foto publicada no *facebook*. Uma funcionária de um escritório de Lisboa, que se encontrava de baixa médica, publicou no *facebook* que estava de partida para uma grande festa no Sul do País. Quando regressou à empresa foi convidada a sair. Também, um funcionário de uma empresa que dava apoio técnico aos utilizadores de uma marca de telemóveis estava frustrado com o trabalho e desabafou, no *facebook*, que a Produtora dos Equipamentos não tinha grande interesse pelo grau de satisfação dos seus clientes ao contrário do apoio técnico. O trabalhador foi repreendido e bloqueou os seus superiores hierárquicos, não podendo estes ter acesso às suas publicações (Fachana, J., 2013, pp.58-63).

Face ao exposto, e atente-se nos direitos de personalidade dos sujeitos contraentes, de um lado, o direito à liberdade de expressão e de opinião, o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito à confidencialidade de mensagens e de acesso à informação, e de outro, o direito à liberdade de gestão empresarial e o direito ao crédito, bom nome e a uma reputação positiva, sobressaltam as seguintes questões:

O empregador pode aceder à conta e perfil do trabalhador e utilizar essa informação para efeitos disciplinares?

O empregador pode valorar comportamentos extralaborais do trabalhador para efeitos disciplinares?

A atenção dedicada a estas questões conduz-nos para o ponto seguinte, a cessação do contrato de trabalho. Quando se refere “cessação do contrato”, pretende-se identificar os comportamentos dos trabalhadores manifestados através das redes sociais que vão dar origem à cessação do contrato de trabalho e não o que acontece após cessar a relação laboral.

### **1.2.3 Na cessação do contrato de trabalho**

O ordenamento jurídico português é marcado por uma característica protetiva em relação ao trabalhador, especialmente no que diz respeito à cessação dos contratos de trabalho.

Nesta fase, coloca-se a questão da legitimidade do empregador poder ou não aceder ao perfil do trabalhador presente nas redes sociais e utilizar a informação a que teve acesso, para efeitos disciplinares.

Pragmatizando esta análise coloca-se a seguinte hipótese: O empregador vai ao local onde o trabalhador exerce a sua atividade e verifica que o mesmo não se encontra presente. Observa o seu computador e vê que o trabalhador tem o seu perfil pessoal do *facebook* aberto e que está a manter uma conversa com um amigo através do *Messenger*, difamando a sua empresa e a sua imagem. Pode despedi-lo?

Estas situações não são de fácil resolução, sobretudo, devido à escassez de regulamentação na matéria, e por isso só perante um caso concreto é que podemos saber se há ou não um comportamento do trabalhador e do empregador passível de ser censurado.

Para se concluir se este tipo de atos (comentários e publicações) por parte dos trabalhadores é suscetível de ser sancionado disciplinarmente, terá de identificar-se a natureza pública ou privada das publicações que o trabalhador insere no seu mural da rede social.

Seguindo o preconizado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 8 de setembro de 2014, a diferença entre estas vai ter em conta cinco fatores, a saber: o tipo de serviço utilizado, a matéria sobre que incidem as publicações, a parametrização da conta, os membros da rede social e suas características e o número de membros.

Neste sentido, se o trabalhador escolheu restringir o acesso da sua conta pessoal a um número restrito de pessoas, é expeável uma certa privacidade, ainda que reduzida, pois são meios de fácil transmissão de dados. Neste caso, as publicações do trabalhador na rede social terão natureza privada.

Contrariamente, se o trabalhador tecer comentários depreciativos no seu mural da rede social referentes à sua entidade empregadora, aos quais tenham acesso, não só os amigos, como também os amigos dos amigos, considera-se que terão natureza pública.

Desta forma, e chamando à colação a questão inicial do presente ponto, considera-se que quando o trabalhador escolhe as suas definições de privacidade, podendo ou não restringir o acesso à sua conta e respetivas publicações, sendo visíveis apenas aos seus amigos, o empregador não poderá invadir a esfera privada, logo não poderia utilizar a conversa retirada do *Messenger* para efeitos disciplinares, pois estas comunicações estão tuteladas pelo artigo 22.º do CT, que estabelece o princípio da confidencialidade das mensagens e de acesso à informação, incluindo as comunicações realizadas através das redes sociais.

O n.º 1 do artigo 22.º do CT confere ao trabalhador direito de reserva e confidencialidade relativamente ao acesso à informação de carácter não profissional que consulte no local de trabalho. Este artigo visa proteger assim, as informações enviadas, recebidas ou consultadas pelo trabalhador que, não sendo pessoais, não digam respeito à atividade para a qual foram contratados.

O empregador não tendo regulado a utilização quer das redes sociais, quer do correio eletrónico para fins pessoais, conforme possibilita o n.º 2 do artigo 21.º do CT, o envio de comunicações através destes meios não pode integrar infração disciplinar. Assim, o empregador não pode controlar o conteúdo destas mensagens, nem mesmo no caso de difamações à entidade empregadora.

Contudo, o empregador pode regulamentar o uso destes meios estabelecendo quanto tempo os trabalhadores poderão utilizá-los e sancionar disciplinarmente quem exceda esses limites. Porém, não fica legitimado para vigiar e controlar as páginas da *internet* visitadas<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Vide Decisão do TSJ de Cantabria, de 18 de Janeiro de 2007. Neste acórdão, o tribunal decidiu ser ilegal o controlo efetuado ao trabalhador apesar de se ter cumprido o princípio da transparência, assim como com as regras da boa fé, na medida em que se tinha informado previamente os trabalhadores acerca da existência de um sistema de controlo da utilização da Internet. Porém, a recolha de dados não se limitava a realizar controlos estatísticos dos acessos à *Internet*, mas pelo contrário, permitiam conhecer, *inter alia*, as várias páginas *Web* visitadas, as fotografias, bem como todos os *sites* visitados e o tempo de conexão, o que permitia reconstruir minuciosamente todos os passos dos trabalhadores.

No ordenamento jurídico português são cada vez mais os casos jurisprudenciais ao nível das instâncias superiores<sup>7</sup>, em consequência da publicação de comentários pouco lisonjeadores colocados no mural da rede social *facebook* que põe em causa a imagem da empresa e que dão origem a despedimentos.

A segunda questão que emerge no presente ponto refere-se ao controlo da vida extralaboral dos trabalhadores, através das redes sociais, bem como de que forma estes comportamentos podem originar despedimentos. Assim, questiona-se se os deveres dos trabalhadores para com a entidade empregadora se estendem à sua vida extraprofissional, ou seja se o trabalhador está obrigado a adotar determinados comportamentos na sua vida privada, para valorização da sua empresa, abstendo-se de realizar comportamentos que tenham efeitos negativos na imagem e reputação da empresa.

O princípio geral afirmado pela jurisprudência e pela doutrina é o da irrelevância das condutas extralaborais do trabalhador no contrato de trabalho, adotando uma posição restritiva quanto à intromissão do empregador na esfera pessoal do trabalhador. Exige-se “uma conexão objetiva entre as referidas condutas pessoais ou as restrições a direitos fundamentais e um dever especificamente laboral ou a existência de um interesse relevante da empresa, que possa ser colocado em perigo por aquelas condutas” (Ramalho, 2014, p.816).

Neste sentido, defende-se que os comportamentos exigíveis ao trabalhador não possam ir além da sua vida profissional, ou seja a tutela do empregador deve exercer-se apenas durante a prestação de trabalho e assuntos relacionados com esta. Assim, o empregador não pode obrigar os seus trabalhadores a limitarem os seus atos e a adequarem os seus comportamentos aos padrões de conduta que o empregador considera serem os mais corretos.

Entende-se que o facto de existir uma subordinação jurídica, esta não pode gerar nenhuma obrigação laboral para o trabalhador fora da empresa, significando que o poder diretivo e disciplinar do empregador não pode atuar, em princípio, sobre a vida extralaboral do trabalhador.

Assim, o empregador só poderá legitimamente imiscuir-se na vida privada do trabalhador quando seja expectável que os seus comportamentos sejam suscetíveis de

---

<sup>7</sup> No ano de 2014 surgem os primeiros casos em Portugal em que se discute a admissibilidade da valoração, para efeitos disciplinares, de comentários publicados na rede social Facebook. Vide Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 08.09.2014 e Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24.09.2014.

prejudicar os interesses legítimos do empregador ou da empresa, ou quando pela especial natureza da relação de trabalho, o trabalhador esteja obrigado a adotar um determinado comportamento na sua vida privada.

Perfilhando Leite (2004), mesmo que o trabalhador leve uma vida desregrada fora do ambiente de trabalho, o que deverá ser sempre analisado e eventualmente sancionado é o reflexo negativo produzido na empresa e na prestação laboral e não a vida privada em si.

Contudo, entende-se que alguns factos relacionados com a vida privada do trabalhador podem configurar justa causa de despedimento, nos termos do artigo 351.º do CT, quando tais comportamentos extralaborais dos trabalhadores, pela sua gravidade e consequências, tornem imediata e praticamente impossível a manutenção da relação de trabalho, havendo quebra de confiança no trabalhador. Por exemplo, o trabalhador ofender gravemente e em público a filha e a esposa do seu empregador.

Tal facto poderá não afetar a prestação da atividade do trabalhador, mas terá repercussões negativas no seio da empresa, pois verifica-se uma violação dos deveres acessórios de conduta do trabalhador, designadamente o dever de respeito, urbanidade e confiança, consagrados no artigo 128.º do CT.

### **1.3 A violação do direito à privacidade através das redes sociais**

Ao longo do presente artigo evidenciou-se que o crescente desenvolvimento e a utilização das novas tecnologias no local de trabalho, introduzidas para conferir maior eficácia em todo o processo produtivo, diminuir custos de produção, aumentar a velocidade nas comunicações e melhorar a competitividade, potencia, ao mesmo tempo, novas formas de controlo dos trabalhadores (Guerra, 2004).

Desta forma, o controlo proporcionado por estas inovações tecnológicas, no qual se integram as redes sociais, tem-se tornado uma questão controversa, principalmente porque estas novas tecnologias permitem a recolha rápida e gratuita de vários dados dos trabalhadores, traduzindo-se numa forte ingerência do empregador na sua privacidade.

A regra é a de que o empregador não pode controlar as comunicações privadas dos trabalhadores, realizadas através das redes sociais. Porém, com o incremento das Redes Sociais são cada vez mais os riscos de intromissão do empregador na privacidade do

trabalhador, através de comportamentos persecutórios, numa tentativa de controlar todos os atos dos trabalhadores dentro e fora do local de trabalho.

Este poder de controlo tem de ser exercido atendendo aos valores constitucionais de proteção dos trabalhadores, o que significa que estamos perante um limite inultrapassável. Contudo, a entidade empregadora, por vezes, ultrapassa esse limite, violando assim os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Desta forma, e atendendo ao mencionado no ponto anterior do presente estudo relativamente à natureza pública e privada dos comentários partilhados nas redes sociais, considera-se que, se o trabalhador tecer comentários depreciativos no seu mural da rede social, configurada como privada, tendo sido partilhados com um número restrito de amigos, o empregador não poderá controlar o conteúdo de tais comunicações privadas. Caso consiga aceder a estas comunicações, violando os direitos de personalidade e fundamentais dos trabalhadores, designadamente o direito à privacidade, tal comentário, ainda que ponha em causa a reputação e a imagem da empresa, não pode ser valorado para efeitos disciplinares, sendo a prova considerada nula, por ter sido obtida ilicitamente (artigo 32.º, n.º 8 CRP).

Contrariamente, entende-se que se o mesmo comentário tiver natureza pública, e se eventualmente, der origem a uma infração disciplinar, irá constituir um meio de prova lícito para efeitos disciplinares e para um possível despedimento.

No entanto, reitera-se que todos os direitos têm limites e que só casuisticamente se pode verificar se há ou não um comportamento passível de ser censurado, quer por parte do empregador, quer por parte do trabalhador.

### **Considerações Finais**

Após uma análise minuciosa do incremento e introdução das redes sociais nas relações jurídico-laborais, bem como a forma como estes meios tecnológicos podem colocar em causa a privacidade dos trabalhadores, cumpre apresentar algumas conclusões.

A sociedade está a viver um período único da sua história, o qual podemos apelidar de revolução tecnológica e que é caracterizado por uma transformação permanente impulsionada pelo incremento da utilização das NTIC.

Um dos ramos mais afetados por esta invasão das novas tecnologias, designadamente as redes sociais foi o Direito do Trabalho, pois com estas inovações tecnológicas, verificam-se

novos desafios para os trabalhadores, mas também novos perigos, sobretudo para os seus direitos de personalidade e fundamentais, mormente o direito à privacidade.

Este direito à privacidade dos trabalhadores assenta na ideia de dignidade da pessoa humana, em que cada trabalhador deve ter um espaço para desenvolver a sua personalidade, e está tutelado em vários preceitos constitucionais, civis, penais e laborais da ordem jurídica portuguesa. No entanto, tem sido ameaçado pelo crescente e rápido desenvolvimento das NTIC, designadamente das redes sociais, as quais permitem uma maior exposição ao público. Perante isto, assiste-se a uma alteração radical do conceito de privacidade, tornando-se urgente a necessidade de reforçar a proteção jurídica.

O direito à privacidade está consagrado a nível laboral e é o próprio contrato de trabalho que pressupõe o reconhecimento da dignidade do trabalhador. Assim, o direito à privacidade traduz-se também num importante limite aos poderes do empregador. Este direito enquanto direito de personalidade absoluto, não patrimonial, indisponível, intransmissível e imprescritível, só pode ser sujeito a limitações nos termos do artigo 81.º do CC.

Para além do direito à reserva da intimidade da vida privada, são tutelados nos artigos 17.º a 22.º do CT, outros direitos de personalidade do trabalhador, designadamente a liberdade de expressão e de opinião, a proteção de dados pessoais e a confidencialidade de mensagens e de acesso à informação. A atenção que se dedicou a estes direitos ao longo do presente estudo, deve-se ao facto de se considerar imperioso a sua aplicação na resolução dos problemas que emergem da utilização das redes sociais no âmbito das relações laborais.

A utilização das redes sociais tem muitas vantagens, mas também inúmeros perigos, quer para os trabalhadores, quer para as empresas, pois possibilitam uma maior intrusão na vida dos trabalhadores, através do controlo do empregador, realizado através de meios informáticos. Este controlo opera-se na recolha sistemática e exaustiva de dados do comportamento dos trabalhadores que, devidamente recolhidos, armazenados e tratados, permitem a criação de perfis dos trabalhadores.

As redes sociais, apesar de terem surgido inicialmente como um meio de lazer e de comunicação interpessoal, hoje, apresentam-se como um meio cada vez mais usado pelas empresas em termos profissionais, quer no acesso ao emprego e na formação do contrato de trabalho, quer durante a sua execução, e conseqüentemente, dando origem à cessação do mesmo.

Assim, as redes sociais converteram-se num instrumento cada vez mais utilizado pela entidade empregadora nos processos de seleção e recrutamento dos candidatos a emprego, sendo este um meio que permite ao empregador ou responsável por tal processo, de uma forma muito simples, conhecer dados referentes à vida privada dos candidatos, os quais não constam do *Curriculum*.

Porém, devido ao uso incorreto que as empresas têm feito das redes sociais, critica-se o facto de estas serem usadas como um meio discriminatório, na medida em que excluem os candidatos do processo de seleção com base apenas nas informações recolhidas nestes meios, sem realizar, formalmente, qualquer processo de recrutamento. Por vezes, a entidade empregadora seleciona um candidato em detrimento de outro, pela impressão que retira do candidato através da consulta das redes sociais.

Pergunta-se, como se prova a exclusão de um candidato através da pesquisa efetuada por estes meios? Entende-se que é quase impossível ao candidato provar que foi excluído do processo de recrutamento pela pesquisa que o empregador realizou nas redes sociais. Assim, considera-se que as empresas se devem consciencializar a não adotar esta prática discriminatória, na medida em que podem estar a excluir um excelente profissional, só porque por exemplo, tem uma fotografia no mural da sua rede social com uma garrafa de bebida alcoólica. Se a exclusão de candidatos, com base nas informações retiradas das redes sociais se tornar uma prática habitual das empresas, a mesma levará os candidatos a disponibilizar dados que não correspondem à verdade, indo de encontro àquilo que o empregador pretende, induzindo-o em erro.

Na fase de execução e cessação do contrato de trabalho, também emergem diversos problemas quanto à utilização das redes sociais, sobretudo devido ao poder de controlo do empregador e aos comentários publicados pelos trabalhadores nas redes sociais.

Apesar de o ordenamento jurídico-laboral reconhecer determinados poderes ao empregador, fixa, simultaneamente, os respetivos limites, na medida em que não podem colocar em causa os direitos de personalidade dos trabalhadores. Assim, estes direitos só podem ser restringidos, no caso de ser estritamente necessário e indispensável para satisfazer um interesse do empregador que seja merecedor de tutela.

Neste sentido, enfrenta-se um problema que consiste em ter de um lado, os direitos dos trabalhadores, designadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada, à liberdade de expressão, à proteção de dados pessoais e o direito à confidencialidade de mensagens e de

acesso à informação, e por outro os direitos do empregador, designadamente o direito de liberdade de gestão empresarial e o direito ao crédito, bom nome e a uma reputação positiva.

Perante estes direitos, considera-se que ambos não são absolutos, tendo que encontrar-se um equilíbrio entre a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores e a correta execução dos seus compromissos laborais. Assim, atendendo ao previsto no artigo 18.º da CRP, os direitos dos trabalhadores apenas podem ser restringidos para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos do empregador.

Neste sentido, torna-se fulcral descortinar as formas de resolução desta colisão de direitos, na medida em que emergem cada vez mais problemas decorrentes da utilização indevida das redes sociais no âmbito das relações laborais.

Entende-se que o ponto de partida para a resolução de todos os outros problemas que foram emergindo ao longo do presente estudo, prende-se com o facto de as redes sociais serem ou não um espaço privado. Considera-se que a solução para esta questão será o descortinar de inúmeras dúvidas que ressaltam quanto ao tema em análise.

Contrariando-se a tendência nacional da jurisprudência, a qual se refere à natureza privada da rede social, defende-se que as redes sociais na *Internet* são espaços abertos, por isso tudo o que é colocado *online* deixa de ser privado, e as redes sociais não são exceção, por isso não se pode ter qualquer expectativa de privacidade. Assim, entende-se que mesmo que o utilizador configure as definições da sua privacidade, sendo apenas visível a amigos, não podemos defender que estará dentro da esfera privada, pois os amigos poderão sempre partilhar com outros utilizadores. Desta forma, não faz sentido falar em redes sociais de natureza pública e redes sociais de natureza privada.

Questão diferente é a admissibilidade dos meios de prova para efeitos disciplinares retirados das redes sociais. Apresentam-se dois cenários possíveis com diferentes efeitos.

Numa primeira hipótese, caso a entidade empregadora consiga obter provas que o trabalhador difamou, através das redes sociais, a sua empresa ou os colegas de trabalho, porque tais provas são acessíveis ao público, ou ainda que restritas, se estendam a um número elevado de utilizadores, sendo assim uma porta fácil de transmissão, entende-se que tais factos constituem infração disciplinar, logo a prova deve ser valorada.

Contrariamente, considera-se que as provas não podem ser valoradas, para efeitos disciplinares, no caso de terem sido obtidas através da violação de direitos fundamentais e de

personalidade dos trabalhadores, nomeadamente o direito à privacidade, mesmo que tais comentários ponham em causa a reputação e a imagem da empresa.

Neste sentido, defende-se a licitude do despedimento por justa causa, no caso de o trabalhador tecer comentários ofensivos e depreciativos, numa rede social, sobre o seu empregador, pondo assim em causa o bom nome e a reputação da sua empresa. Porém, tal comportamento do trabalhador deve afetar a sua prestação laboral, ter um reflexo prejudicial no seio da empresa e quebrar a confiança da sua entidade empregadora.

Diversamente, entende-se que o despedimento deverá ser considerado ilícito no caso de o empregador conseguir obter prova contra o trabalhador através da violação dos seus direitos, designadamente o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e o direito de confidencialidade de mensagens e de acesso à informação. Neste caso, as provas não podem ser valoradas para efeitos disciplinares, defendendo-se assim, a ilicitude da prova retirada destes meios, bem como a nulidade da mesma, nos termos do artigo 32.º, n.º 8, da CRP.

Destarte, este entendimento não significa que se associe à primeira hipótese uma natureza pública e à segunda uma natureza privada, mas sim o facto de estar em causa a obtenção de provas pela violação dos direitos fundamentais e de personalidade dos trabalhadores.

Perante o exposto, reitera-se que com o incremento e a introdução das Redes Sociais nas relações laborais, não se pode falar numa verdadeira proteção da privacidade, estando hoje os trabalhadores sujeitos à ubiquidade.

## **Bibliografia**

- Abrantes, J.J. (2005). *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Abrantes, J.J. (2014). *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho, em especial, A Reserva da Intimidade da Vida Privada (Algumas Questões)*. Coimbra: Almedina.
- Bettencourt, P. (2006). A Internet no local de trabalho. In António Moreira (Cord.), *VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*. Coimbra: Almedina.
- Canotilho, J.G., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I* (4.ªed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Centro de Estudos Judiciários. (2013). *Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador*. Recuperado de <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/>.

- Comissão Nacional de Proteção de Dados. (2002). *Princípios sobre a privacidade no local de trabalho. O tratamento de dados em centrais telefónicas, o controlo do e-mail e do acesso à internet*. Recuperado de [www.cnpd.pt](http://www.cnpd.pt).
- Cunha, M. e Lopes, M. (2011). *O Mundo é Pequeno – O que podemos aprender sobre Networking e as Redes Sociais*. Actual Editora.
- Cunha, P. J. (2011). *Utilização de “Redes Sociais” em contexto de trabalho – Algumas questões* (Dissertação de Mestrado). Universidade Lusófona do Porto.
- Decreto Lei de 1976 (de 10 de Abril). Constituição da República Portuguesa. Recuperado de [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis).
- Decreto-Lei n.º 47344/66 (1966, de 25 de novembro). Código Civil. Recuperado de [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt).
- Dray, G. (2001). Justa Causa e Esfera Privada. In Pedro Romano Martinez (Cord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol.II*, 35-91. Coimbra: Almedina.
- Dray, G. (2016). Comunicações electrónicas e privacidade no contexto laboral. *Prontuário de Direito do Trabalho*, (2), 103-129. Coimbra: Almedina.
- Fachana, J. (2013, 16 de maio). *Despedidos por causa de mensagens no Facebook*. *Visão*, 58-63.
- Fernandes, A. M. (2017). *Direito do Trabalho*. (18ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Guerra, A. (2004). *A Privacidade no local de trabalho. As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina.
- Kajtár, E. & Mestre, B. (2016). Redes sociais e o direito à privacidade dos trabalhadores na fase pré-contratual: Algumas questões e considerações comparativas. *Prontuário de Direito do Trabalho*, (2), 219-243. Coimbra: Almedina.
- Lei n.º 99/2003 (2003, de 27 de Agosto). *Código do Trabalho*. Recuperado de [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=441&tabela=lei\\_velhas&nversao=6](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=441&tabela=lei_velhas&nversao=6).
- Lei n.º 7/2009 (2009, de 12 de fevereiro). Código do Trabalho. *Diário da República, Iª Série*, 30, 926-1029.
- Leite, J. (2004). *Direito do Trabalho, Vol.II*. Coimbra: Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra.

- Lomba, M. (2015). *O impacto das redes sociais na cessação do contrato de trabalho: Liberdade de Expressão versus Justa Causa de Despedimento* (Dissertação de Mestrado). Universidade do Minho, Braga.
- Lopes, M. & Cunha, M. (2011). *O Mundo é Pequeno - O que podemos aprender sobre networking e as redes sociais*. Lisboa: Actual Editora.
- Loureiro, A. (2015). *Prova por meios eletrónicos em sede de impugnação judicial de licitude e regularidade do despedimento – Análise da questão e possíveis soluções* (Dissertação de Mestrado). Universidade do Minho, Braga.
- Malraux, A. (2015). *A Condição Humana*. Brasil: Livros do Brasil.
- Mendes, C. (1978). *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1. Lisboa: AAFDL.
- Monteiro, A. (2006). Os novos horizontes do Direito do Trabalho ou a mobilidade das suas fronteiras (algumas reflexões introdutórias). In António Moreira (Cord.), *VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*. Coimbra: Almedina.
- Monteiro, A. (2014). *Direito do Trabalho* (17ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Moreira, T. (2004). *Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Moreira, T. (2010). *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coimbra: Almedina.
- Moreira, T. (2012). As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: um Admirável Mundo Novo do Trabalho. In *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Moreira, T. (2013) A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online: algumas questões. In *Questões Laborais*, Ano XX (41), 41-101.
- Nascimento, A. (2009). *O impacto das novas tecnologias no direito do trabalho e a tutela dos direitos de personalidade do trabalhador*. Recuperado de [www.uria.com](http://www.uria.com).
- Quintas, P. (2013). *Os Direitos de Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na Perspetiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado – Direitos (Des)Figurados*. Coimbra: Almedina.
- Ramalho, M. (2014). *Tratado de Direito do Trabalho Parte II Situações Laborais Individuais* (5ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Ray, J.E. (2010). *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC*. (2ª ed.). Paris: Editions Liaisons.

- Ray, J.E. (2011). Facebook, le salarié et l'employeur. *Droit Social* (2), 128-140.
- Redinha, M. (2002). Utilização de novas tecnologias no local de trabalho – Algumas questões. In António Moreira (Cord.), *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*. Coimbra: Almedina.
- Redinha, M. (2010). Redes Sociais: Incidência Laboral (primeira aproximação). *Prontuário de Direito do Trabalho*, 87(Set.-Dez), 33-44.
- Reference Check: Is Your Boss Watching? Privacy and Your Facebook Profile*. (2014). Recuperado de <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/Resources/facebook-refcheck-e.pdf>.
- Rubert, M. (2010). La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa. *Revista de Derecho Social* (52), 67-77.
- Sousa, R. C. (1995). O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora.
- Sousa, S. (2013). *AS REDES SOCIAIS E OS BLOGUES NO CONTRATO DE TRABALHO. Sobre a eventual relevância dos comportamentos extralaborais* (Dissertação de Mestrado). Universidade Católica Portuguesa. Escola de Direito do Porto.
- Supremo Tribunal de Justiça (2012, de 20 de junho). Acórdão do processo n.º 417/10.2TTVNF.P1.S1. Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
- Supremo Tribunal de Justiça (2014, de 28 de maio). Acórdão do processo n.º 2786/11.8TTLSB.L1.S1. Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
- Tribunal da Relação de Lisboa (2012, de 7 de março). Acórdão do processo n.º 24163/09.0T2SNT.L1-4. Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
- Tribuna da Relação de Coimbra (2014, 3 de julho). Acórdão do processo n.º 1162/11.7TTCBR.C1. Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
- Tribunal da Relação do Porto (2014, 8 de setembro). Acórdão do processo n.º 101/13.5TTMTS.P1. Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
- Tribunal da Relação de Lisboa (2014, 24 de setembro). Acórdão do processo n.º 431/13.6TTFUN.L1-4. Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).
- Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (2007, de 18 de janeiro). Disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=06>.
- Uguina, J.R. (2002). *Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información*. Valladolid: Editorial Lex Nova.

## **A utilização pelo empregador dos registos obtidos através dos meios de vigilância à distância como meio de prova para despedir o trabalhador: síntese de uma discussão jurisprudencial**

**SALAZAR, Helena**

ISCAP, Politécnico do Porto

hsalazar@iscap.ipp.pt

**Resumo:** A relação laboral, atentas as suas especificidades, há muito reclamava uma tutela própria em matéria de direitos de personalidade das partes.

A previsão dos direitos de personalidade no Código do Trabalho desde 2003, conferiu à relação de trabalho uma dimensão mais protetora das características próprias e individuais de cada sujeito, e de um modo muito especial ao trabalhador.

Neste contrato marcadamente *intuitus personae* em que o poder do empregador, por um lado, e o dever de obediência do trabalhador, por outro, tornam difícil a garantia da tutela da personalidade, resultam essenciais na obtenção do equilíbrio da relação laboral as normas dos artigos 14.º a 22.º do Código do Trabalho.

Neste elenco de normas do Código do Trabalho atribuem-se a ambas as partes direitos de personalidade, sendo que no âmbito da proteção da personalidade do trabalhador a lei limita a utilização pelo empregador de meios de vigilância à distância aos fins nela previstos e com carácter excecional, nada referindo quanto à possibilidade do empregador utilizar os registos obtidos no âmbito do processo disciplinar com vista ao despedimento do trabalhador.

Tal omissão tem possibilitado ao empregador a utilização dos registos obtidos como meio de prova para despedir o trabalhador com justa causa.

O problema é atual e premente, e a prova do seu interesse decorre não só da sua relevância doutrinária como das diversas decisões jurisprudenciais em que a questão se discute. Sobre este tema existe jurisprudência diversa que nos propomos analisar.

## **A utilização pelo empregador dos registos obtidos através dos meios de vigilância à distância como meio de prova para despedir o trabalhador: síntese de uma discussão jurisprudencial**

### **1. Considerações gerais**

Pela primeira vez na história do direito laboral português foi introduzida no Código do Trabalho de 2003 uma norma que regula a admissibilidade da utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho. Esta norma, a que correspondia o artigo 20.º do texto do Código de 2003, estava inserida na disciplina dos direitos de personalidade entre os artigos 15.º a 21.º<sup>1</sup>.

A previsão da norma revelou-se inovadora, e com a sua inserção procurou garantir-se ao trabalhador a reserva da vida privada, tutelando-se especialmente a sua privacidade, em particular assegurando-lhe o direito à imagem consagrado no n.º 1 do artigo 26.º Constituição da República Portuguesa (CRP) e no artigo 79.º do Código Civil (CC).

Esta norma tratou de limitar a utilização dos meios de vigilância à distância existentes no local de trabalho, prevendo que não podiam ser utilizados de forma a controlar o desempenho profissional do trabalhador, embora, como se sabe, o empregador disponha em abstrato do poder de vigilância ou de controlo sobre o trabalhador que não pode, no entanto, executar através do recurso a meios de vigilância à distância<sup>2</sup>.

A razão de ser da previsão do artigo 20.º, que hoje se mantém, compreende-se, por um lado, face à natureza especial da relação de trabalho, em particular à sua configuração

---

<sup>1</sup> Hoje a matéria dos direitos de personalidade está situada entre os artigos 14.º e 22.º do Código do Trabalho.

<sup>2</sup> Sobre o conteúdo e finalidade do poder de controlo e de vigilância do empregador vide Ramalho, Maria do Rosário Palma, Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, 4.ª edição (Coimbra, 2012), Almedina.

desequilibrada, e bem assim à dificuldade de separar do ponto de vista da proteção da personalidade os planos de ação pessoal do sujeito enquanto cidadão e enquanto trabalhador<sup>3</sup>.

A norma procura ainda o equilíbrio necessário entre a proteção da personalidade do trabalhador e os direitos do empregador – em especial o da liberdade da iniciativa económica e o da liberdade na gestão da sua organização, também eles direitos fundamentais.

Após a revisão do Código em 2009 mantém-se no essencial o texto do artigo 20.º, sendo de registar a inserção no corpo do n.º 3 do dever de informação que o empregador tem de cumprir em relação aos trabalhadores ao seu serviço quando pretenda utilizar no local de trabalho os meios de vigilância<sup>4</sup>.

Com a revisão de 2009 passaram a constar também do texto do Código do Trabalho, agora no artigo 21.º, as condições de utilização desses meios no local de trabalho, matéria que anteriormente estava regulada no artigo 28.º da Lei 35/2004 de 29 de julho<sup>5</sup>.

A utilização dos meios de vigilância à distância no local de trabalho rege-se hoje especialmente pelas normas do Código do Trabalho (CT), artigo 20.º com a epígrafe “Meios de vigilância à distância” e pelo artigo 21.º cuja epígrafe se refere à “Utilização de meios de vigilância à distância”<sup>6</sup>.

As normas em questão, de imprescindível utilidade na disciplina das relações de trabalho, em face da utilização cada vez mais frequente pelo empregador dos meios de vigilância à distância, não disciplinaram, todavia, todos os aspetos que o emprego destes meios suscita. Não se encontra nas normas referidas resposta para algumas questões determinantes suscitadas amiúde no âmbito das relações laborais.

---

<sup>3</sup> Na verdade, a utilização destes meios pelo empregador pode levar à sua utilização com fins discriminatórios e persecutórios como refere Redinha, Maria Regina, “Utilização de Novas Tecnologias nos Locais de Trabalho (algumas questões)”, IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho (Coimbra, 2002), Almedina, p. 115-125.

<sup>4</sup> Antes de 2009 os deveres do empregador nesta matéria constavam do artigo 29.º da Lei n.º 35/2004 de 29 de julho que regulamentava o anterior Código do Trabalho.

<sup>5</sup> As normas sobre a utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho constam expressamente dos artigos 20.º e 21.º CT, artigos esses que integram a secção relativa aos direitos de personalidade contemplados nos artigos 14.º a 22.º do atual Código do Trabalho.

<sup>6</sup> Em complemento das normas do Código do Trabalho, importa também considerar o regime da Lei n.º 67/98 de 26/10/98 (LPDP) e a Lei n.º 34/ 2014 de 29/8/2014 que regula a utilização de sistemas de videovigilância pelos serviços de segurança privada e de autoproteção.

Exemplo disso mesmo, o texto da lei não fixa o conceito de meios de vigilância<sup>7</sup>, deixando ao intérprete e em particular aos tribunais a determinação dos meios a que se refere a sua aplicação<sup>8</sup>. Acresce que o texto da lei também não trata da possibilidade dos registos colhidos por esses meios virem a ser utilizados no âmbito do exercício da ação disciplinar do empregador, em particular em sede de procedimento disciplinar com vista ao despedimento do trabalhador. Em particular neste caso, a falta de previsão legal tem conduzido a práticas distintas no seio das entidades patronais, como também à prolação de decisões de sentido diverso pelos tribunais portugueses.

A questão é atual e premente, tem sido abundantemente tratada pela doutrina e pela jurisprudência, e é sobre o sentido das decisões dos tribunais proferidas neste âmbito que nos propomos refletir.

## **2. Os requisitos legais de utilização pelo empregador de meios de vigilância à distância no local de trabalho**

Antes de avançarmos para a análise das decisões judiciais, impõe-se conhecer as normas disciplinadoras da matéria no Código do Trabalho.

O n.º 1 do artigo 20.º CT proíbe o empregador de utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador. Todavia, facilmente se identificam atividades em que o emprego de vigilância no local de trabalho se torna imprescindível, basta

---

<sup>7</sup> Em geral são considerados meios de vigilância à distância todos os equipamentos e correspondentes registos de imagem (câmaras de vídeo) e de som (microfones, gravação de conversas) com particular incidência para os registos obtidos por via da imagem através da videovigilância.

<sup>8</sup> A este propósito nos arestos do STJ de 22/05/2007 e de 13/11/2013, respetivamente, processos n.ºs 077S054 e 73/12.3 TTVNF.P1.S1, ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), discutiu-se sobre se a utilização do GPS pelo empregador se integra no conceito de meios de vigilância à distância, e em ambos os casos a resposta foi negativa, apontando-se como principal argumento o facto de não permitir identificar os intervenientes, nem as circunstâncias concretas da sua ação. Mais recentemente, e em sentido contrário, o Tribunal da Relação de Guimarães, em acórdão de 03/03/2016, processo n.º 522/14.6TTGMR-A.G1 e o Tribunal da Relação do Porto no acórdão de 05/12/2016, processo n.º 20/14.8T8AVR.P1, ambos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), consideraram que o GPS é um meio de controlo à distância que permite controlar o desempenho profissional do trabalhador, efeito para o qual não pode ser utilizado, sendo ilícitas as provas obtidas por seu intermédio e consequentemente não podem ser utilizadas como meio de prova para despedir o trabalhador.

pensar num banco, numa gasolinheira, num aeroporto ou numa discoteca, entre outras atividades.

Ora, procurando acautelar também os interesses do empregador, estes especialmente de cariz económico, e até interesses de terceiros como, por exemplo, a sua segurança, e “ultrapassando” um eventual conflito de interesses entre empregador e trabalhador, o legislador acabou por não consagrar na lei uma proibição absoluta<sup>9</sup>. De tal forma que, no número seguinte (artigo 20.º n.º 2 CT) o legislador admite que em algumas situações especiais (a que se refere de forma genérica) o empregador possa utilizar os aludidos equipamentos. De acordo com a disposição legal é lícito instalar no local de trabalho tais meios quando a finalidade da sua instalação seja a segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem<sup>10</sup>.

Em qualquer dos casos contemplados na norma, para que o empregador possa instalar no local de trabalho os equipamentos tecnológicos de vigilância está obrigado a cumprir diversos procedimentos.

Um deles, previsto no n.º 3 do artigo 20.º é o dever de informar o trabalhador. O empregador tem de informar o ou os trabalhadores sobre a existência e a finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente, em cumprimento deste dever, afixar símbolo identificativo nos locais de trabalho e, consoante os casos, “este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão” ou “este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e de som”. Segundo o último dos números do artigo 20.º, constitui contraordenação grave a utilização de equipamentos de vigilância com a finalidade de controlar o desempenho profissional do

---

<sup>9</sup> A propósito da instalação de sistemas de vigilância no local de trabalho ver Guerra, Amadeu, “A privacidade no local de trabalho”, Direito da Sociedade da Informação, Vol. VII (Coimbra, 2008), Coimbra Editora, p. 170, que considera que é uma utopia conceber a instalação de sistemas de vigilância sem captar os trabalhadores, os seus movimentos e postos de trabalho.

<sup>10</sup> Com a consagração da exceção procurou-se dirimir um conflito relevante de interesses e até de direitos, pois a existência dos equipamentos de vigilância, mesmo não podendo ser instalados para controlar o desempenho profissional do trabalhador, condicionam a sua ação, pois restringem a sua liberdade de atuação e tornam absolutamente “transparentes” os seus comportamentos aos olhos do empregador, o que atenta a natureza da relação de trabalho pode conduzir a situações de excesso de poder.

trabalhador, ao passo que constitui contraordenação leve a omissão da informação ao trabalhador e das menções identificativas que revelam a utilização destes equipamentos<sup>11</sup>.

Por sua vez, no artigo 21.º CT identificam-se normas de conteúdo procedimental de cumprimento obrigatório pelo empregador quando, enquadrando-se nas situações excecionais supramencionadas, pretenda instalar meios de vigilância no local de trabalho.

Segundo o n.º 1, a instalação dos equipamentos tecnológicos está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) que só será concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir (n.º 2). Este pedido de autorização com vista à instalação de equipamentos tecnológicos de vigilância deve ser acompanhado de parecer da comissão de trabalhadores (n.º 4).

Por sua vez, no n.º 3 trata-se da questão da proteção dos dados pessoais recolhidos através dos meios de vigilância à distância. A este propósito a norma dispõe que os dados pessoais recolhidos pelos meios referidos são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da utilização a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

Após breve referência às normas legais vigentes, que se mostram essenciais para compreender o tema em análise, vamos deter-nos sobre as decisões dos tribunais que têm sido abundantes sobre o tema e procuraremos saber se admitem, e em que termos, a utilização dos registos obtidos por meios de vigilância à distância para fundamentar o despedimento com justa causa do trabalhador.

### **3. Da admissibilidade da utilização pelo empregador dos registos obtidos pelos meios de vigilância à distância para despedir o trabalhador: o estado da questão na jurisprudência dos tribunais portugueses**

---

<sup>11</sup> A distinção entre contraordenação grave e leve releva especialmente quanto ao valor da coima a aplicar ao infrator, conforme se colhe dos artigos 553.º e seguintes CT.

A questão da admissibilidade da utilização pelo empregador dos registos obtidos por recurso aos meios de vigilância à distância para despedir o trabalhador não vem tratada no Código do Trabalho.

Impõe-se alcançar, no entanto, se a omissão da previsão de normas legais acerca do tema, corresponde a uma lacuna da lei, ou se, pelo contrário, não se prevendo norma especial acerca da utilização destas provas, ficam as mesmas sujeitas às regras gerais que se aplicam às demais provas utilizadas pelo empregador no despedimento disciplinar.

Pensamos tratar-se de uma efetiva omissão do legislador: a utilização destes registos não corresponde à valoração de uma prova qualquer, mas antes de provas resultantes de registos que contêm com direitos de personalidade do trabalhador que a lei eleva à categoria de direitos fundamentais<sup>12</sup>. Mais, a possibilidade da sua utilização não foi concebida para esse fim.

Como se sabe, e aliás resulta do n.º 2 do artigo 18.º CRP, os direitos fundamentais só podem ser restringidos ou limitados para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

A ser assim, pensamos que se justificava a previsão de regime especial que enunciasse os termos precisos em que tais registos pudessem ser utilizados para provar os fundamentos do despedimento do trabalhador.

Identificada a lacuna da lei, urge responder à questão fulcral no sentido de podermos concluir pela admissibilidade ou não da sua utilização para motivar o despedimento disciplinar.

Em nossa opinião é possível, ainda que com carácter excecional, atenta a natureza destas provas, que o empregador possa utilizar os registos obtidos pelos equipamentos de vigilância para efeitos disciplinares, em particular para despedir o trabalhador. O que, em todo o caso, só poderá acontecer quando o empregador cumpra os pressupostos substanciais e formais previstos na lei.

---

<sup>12</sup> De modo muito particular o direito à reserva da vida privada, o direito à imagem, ambos constitucionalmente consagrados no n.º 1 do artigo 26.º CRP.

### **3.1. A relevância do cumprimento dos pressupostos legais pelo empregador para utilização dos meios de vigilância à distância no local de trabalho**

Com o intuito de assegurar ao trabalhador a proteção da sua personalidade, o legislador limitou a utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho. Fê-lo limitando os casos em que concebe a sua utilização e que surgem configurados com caráter de excecionalidade. O que é em parte garantido ao trabalhador através da imposição ao empregador de diversos pressupostos de caráter procedimental, que analisaremos de seguida.

Refira-se que nos diversos arestos analisados o cumprimento dos pressupostos legais não é unanimemente considerado para legitimar a utilização pelo empregador dos registos por si colhidos.

De seguida procuraremos alcançar em algumas decisões dos tribunais superiores de que modo tem aplicado a lei e apreender a relevância atribuída ao cumprimento de tais pressupostos nas decisões que proferem.

#### **3.1.1. A utilização dos meios de vigilância pelo empregador para a proteção da segurança de pessoas e bens ou das necessidades inerentes à sua atividade**

A primeira das condições para que o empregador possa instalar no local de trabalho os equipamentos de vigilância é que não o faça para controlar o desempenho profissional do trabalhador (n.º 1 do artigo 20.º CT); a instalação é lícita sempre que tenha por fim a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem.

Cabe à CNPD, em face do pedido de autorização remetido pelo empregador, decidir se e em que medida os fins e as necessidades do empregador justificam o recurso aos meios de

vigilância. A CNPD apenas deve conceder autorização para o seu uso quando concluir que se verifica a adequação dos meios às necessidades do empregador<sup>13</sup>.

Sobre a admissibilidade da utilização da videovigilância no local de trabalho com finalidades de segurança, a jurisprudência tem considerado unanimemente essa possibilidade mesmo nos casos em que se pronunciam desfavoravelmente quanto à utilização dos registos para fim disciplinares.

A título de exemplo, vejam-se os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 3/05/2006, processo 872/2006-4, e os Acórdãos do Tribunal Relação do Porto de 4/02/2013, processo 2291/11.6 TTLMG.P1, e de 17/12/2014, processo 231/14.6TTVNG.P1, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Ilustrativo do exposto, consta no primeiro dos arestos que “(...) sendo o fim visado pela videovigilância exclusivamente o de prevenir ou reagir a casos de furto, vandalismo ou outros referentes à segurança de um estabelecimento relacionados com o público - e, ainda assim, com aviso aos que se encontram no estabelecimento ou a ele se deslocam de que estão a ser filmados - só nesta medida a videovigilância é legítima”.

### **3.1.2. A autorização administrativa para o empregador utilizar os meios de vigilância à distância no local de trabalho**

Outro dos pressupostos que o CT estabelece, é que o empregador carece de autorização da CNPD para utilizar estes meios, nos termos do n.º 1 do artigo 21.º CT.

Embora a CNPD não possa autorizar a utilização dos meios de vigilância com o objetivo de controlar o desempenho do trabalhador, aquando do pedido feito pelo empregador, avalia os argumentos invocados pelo empregador e se as correspondentes necessidades por si invocadas

---

<sup>13</sup> Para maior desenvolvimento sobre o tema ver Moreira, Teresa Alexandra Coelho, “Os Ilícitos Disciplinares dos Trabalhadores Detectados Através de Sistemas de Videovigilância”, Estudos de Direito do Trabalho (Coimbra, 2011), Almedina, p. 277.

para recorrer a tais meios correspondem à realidade da empresa. Avalia ainda se o tipo de atividade que o empregador exerce justifica tal instalação<sup>14</sup>.

Motivada é certo por fins diversos, mas considerando que o plano da segurança não se pode dissociar totalmente da execução da atividade dos trabalhadores, consideramos que em qualquer situação em que o empregador pretenda utilizar os registos captados pelos meios de vigilância só é admissível se estiver autorizado a fazê-lo. Ou seja, a legitimidade do empregador para utilizar tais registos para qualquer fim depende da sua captação estar autorizada pela CNPD. Tal autorização só será concedida se os meios empregues se adequarem às necessidades do empregador e forem reputados de necessários, adequados e proporcionais às necessidades do empregador (n.º 2 do artigo 21.º CT)<sup>15</sup>.

Creemos que o cumprimento deste pressuposto procedimental é um ponto relevante e decisivo no sentido de se poder admitir a utilização licita dos registos com a finalidade disciplinar<sup>16</sup>.

A jurisprudência vem considerando que a inexistência de autorização da CNPD impede a utilização dos registos, quer no processo disciplinar, quer no subsequente processo judicial. Neste sentido, vejam-se os Acórdãos do Supremo de Tribunal de Justiça de 14/05/2008, processo 08S643, do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16/11/2011, processo 17/10.7 TTBRR.L1-4, do Tribunal da Relação do Porto de 9/5/2011, processo 379/10.6TTBCL-A.P1 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8/10/2014, processo 149/14.2TTCSC.L1-4, e mais recentemente o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26/06/2017, processo 6909/16.2T8PRT.P1, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

---

<sup>14</sup> É possível encontrar no sítio online da CNPD, disponível em [www.cnpd.pt](http://www.cnpd.pt), toda a informação necessária para instruir o processo de autorização para instalar os equipamentos de vigilância na empresa.

<sup>15</sup> Sobre a interpretação da CNPD sobre os requisitos legais importa atentar no conteúdo da deliberação n.º 61/2004, disponível em [www.cnpd.pt](http://www.cnpd.pt), onde se pode ler que “(...) o tratamento a realizar e os meios utilizados devem ser considerados os necessários, adequados e proporcionados com as finalidades estabelecidas: a proteção de pessoas e bens. Ou seja, para se poder verificar se uma medida ou um direito fundamental supera o juízo de proporcionalidade imporá verificar se foram cumpridas três condições: se a medida é idónea para conseguir o objetivo proposto (princípio da idoneidade); se é necessária, no sentido de que não existia outra medida capaz de assegurar o objetivo com igual grau de eficácia (princípio da necessidade); se a medida adotada foi ponderada e é equilibrada ao ponto de, através dela, serem atingidos substanciais e superiores benefícios ou vantagens para o interesse geral quando confrontados com outros bens ou valores em conflito (juízo de proporcionalidade em sentido estrito)”.

<sup>16</sup> No sentido da necessidade da obtenção da autorização da CNPD como condição de o trabalhador poder ser vigiado, Leitão, Luis Manuel de Menezes Telles, *Direito do Trabalho*, 3.ª edição (Coimbra, 2012), Almedina, p. 150.

### **3.1.3. A informação ao trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância à distância existentes no local de trabalho**

Um outro dos requisitos de que a lei faz depender a utilização destes meios no local de trabalho é a informação ao trabalhador, embora não preveja qual o meio adequado para o empregador cumprir este seu dever.

O empregador tem assim a obrigação de informar os trabalhadores sobre a existência de equipamentos de vigilância que utiliza no local de trabalho e da finalidade com que os utiliza, afixando nos locais referidos as menções que supra referimos.

O incumprimento deste dever de informação pelo empregador constitui uma contraordenação laboral leve nos termos do n.º 4 do artigo 20.º CT.

Esta obrigação do empregador é um corolário do princípio da boa fé na execução do contrato de trabalho previsto no artigo 126.º CT e assegura ao mesmo tempo o princípio da transparência consagrado no artigo 2.º LPDP.<sup>17</sup>

No texto dos acórdãos que analisámos a propósito da verificação deste requisito legal, a questão tem sido colocada da seguinte forma: o cumprimento deste dever pelo empregador legitima ou não a utilização dos registos para o exercício da ação disciplinar? Ou seja, se o empregador cumpriu pode utilizar, se não cumpriu não poderá utilizar os registos.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/05/2011, processo 379/10.6TTBCL-A.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), considerou-se que mesmo que tenha sido prestada a informação pelo empregador ao trabalhador tal facto é irrelevante para legitimar o

---

<sup>17</sup> Para maior desenvolvimento sobre o tema ver Redinha, Maria Regina, “Direitos de Personalidade”, acessível em [www.cije.up.pt/download-file/198](http://www.cije.up.pt/download-file/198) e Moreira, Teresa Alexandra Coelho, A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: Contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador (Coimbra, 2010), Almedina.

empregador a utilizar os registos colhidos para a ação disciplinar, ou seja em caso algum podem ser utilizadas as imagens colhidas para exercício da ação disciplinar<sup>18</sup>.

Por sua vez, o Acórdão da Relação de Coimbra de 06/02/2015, processo 359/13.0TTFIG-A.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), admite que a utilização dos meios de vigilância no local de trabalho é lícita se cumprir os requisitos de fim e publicidade previstos nos n.ºs 2 e 3 do mesmo art.º 20<sup>19</sup>.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25/6/2015, processo 522/14.6 TTGMR-A.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), relativiza o dever de informação do empregador em face dos demais interesses em questão, tendo decidido que numa agência bancária se estavam afixados os avisos de que naquele local se procedia à gravação de imagens, o trabalhador não o podia ignorar, mostrando-se concretizado o conhecimento que o empregador deve dar ao trabalhador.

Resulta do exposto que, em concreto nesta decisão existe uma tendência para desvalorizar o cumprimento pelo empregador do dever de informação aos trabalhadores, concebendo a utilização dos registos obtidos como meio de prova para despedir o trabalhador, mesmo quando tal dever não tenha sido cabalmente cumprido pelo empregador.

### **3.2. A admissibilidade da utilização dos registos obtidos pelo empregador com vista ao despedimento do trabalhador quando o seu comportamento configura um ilícito criminal**

Na perspetiva de encontrar uma solução para a questão em análise, constata-se que os tribunais têm valorado outras razões que, embora não resultem expressamente da lei, têm sido determinantes para a solução a que chegam. Em especial, para formar a sua convicção têm

---

<sup>18</sup> A propósito do dever de informação prestado aos trabalhadores Dray, Guilherme, “Anotação ao artigo 20.º”, Código do Trabalho Anotado, Pedro Romano Martinez e outros, 9.ª edição (Coimbra, 2013), Almedina, p. 162, considera que tal dever se tem por satisfeito se o empregador o comunicar à comissão de trabalhadores.

<sup>19</sup> Ao contrário da relativização a que se assiste na jurisprudência, a doutrina tem entendido que o cumprimento dos requisitos legais e procedimentais, como é o caso do dever de informação aos trabalhadores, é requisito essencial da utilização dos meios de vigilância à distância no local de trabalho - neste sentido Gomes, Júlio Manuel Vieira, Direito do Trabalho, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho (Coimbra, 2007), Coimbra Editora, p. 325 e seguintes.

ponderado a utilização dos registos quando a infração disciplinar configura igualmente um crime, quando se trate de uma infração disciplinar grave<sup>20</sup>.

Para efeito de despedimento com justa causa, a gravidade da infração cometida pelo trabalhador aprecia-se nos termos do artigo 351.º CT, sendo que a aferição sobre o juízo de gravidade se aprecia também pelas consequências que o comportamento do trabalhador produz na relação de trabalho, o que se verifica quando a relação de confiança que a execução do contrato de trabalho pressupõe fica afetada de modo irreversível.

Uma parte relevante da jurisprudência tende a conceder na utilização dos registos obtidos através da vigilância no local de trabalho para fundamentar o despedimento do trabalhador apenas quando estejamos perante infrações disciplinares graves. A aferição da gravidade da infração tem sido feita atendendo aos bens jurídicos que a conduta do trabalhador violou, em particular identificando se esse comportamento do trabalhador é punível criminalmente.

O argumento de que o empregador pode utilizar os registos obtidos pelos meios de vigilância quando os mesmos registem factos que à luz da lei penal constituam crime, tem sido utilizado correntemente pela jurisprudência<sup>21</sup>.

O Acórdão da Relação de Lisboa de 19/11/2008, processo 7125/2008-4, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), decidiu que é impossível valorar o conteúdo das imagens para fundamentar o despedimento do trabalhador quando comete simultaneamente um crime, podendo ler-se que “(...) não colhe a argumentação de que sendo admissível no âmbito do processo-crime instaurado contra a trabalhadora, a gravação vídeo também poderá ser utilizada no âmbito do processo de trabalho. A previsão do artigo 20.º do CT é, quanto à captação de imagens por videovigilância bem explícita na sua proibição, nos termos expostos, e também importa não olvidar que o ilícito criminal e o ilícito disciplinar podem não ter, e bastas vezes não têm, campos de aplicação coincidentes, podendo determinado facto constituir ilícito criminal e não disciplinar e vice-versa”.

---

<sup>20</sup> No CT o legislador não definiu infração disciplinar, nem elencou as infrações disciplinares graves; como sabemos, no n.º 2 do artigo 351.º enumeram-se a título exemplificativo motivos que, uma vez preenchidos os requisitos do n.º 1 da norma, constituirão fundamento bastante para despedir o trabalhador com justa causa.

<sup>21</sup> No sentido de admitir o visionamento das imagens em sede disciplinar quando a infração seja um ilícito penal de relevo ver Moreira, Teresa Alexandra Coelho, “Direitos de Personalidade”, Estudos de Direito do Trabalho (Coimbra, 2011), Almedina, p. 288 e 289.

No mesmo sentido o Acórdão da Relação do Porto de 9/05/2011, processo 379/10.6TTBCL-A.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), considerou que mesmo quando a infração disciplinar constitua igualmente ilícito penal, isso não legitima o empregador a usar as imagens captadas para fundamentar o exercício da ação disciplinar. Concebe que as imagens sejam utilizadas nos termos da lei processual penal, mas nunca em sede de ação disciplinar.

No Acórdão da Relação do Porto de 19/10/2015, processo 402/14.5TTVNG.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), escreveu o relator que “Face a tudo o que acabo de enunciar, entendo que as imagens recolhidas por sistema de videovigilância autorizado e devidamente publicitado podem ser usadas pelo empregador como meio de prova em procedimento disciplinar, nos casos em que este tenha por objeto factos praticados pelo trabalhador que constituem crimes contra pessoas ou bens”.

No mesmo sentido, a mesma Relação do Porto em 14/03/2016, processo 1097/15.4T8VLG-A.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), considerou que “(...) de resto e havendo o sistema jurídico de ser um sistema minimamente harmonizado, não deixaria, quanto a nós, e uma vez mais com o devido respeito por diversa opinião, de ser assaz incongruente e contraditório que tal meio de prova possa ser legitimamente utilizado para sancionar infrações com dignidade penal e que já não seja admissível para sancionar a mesmíssima infração mas olhada na vertente da sua caracterização, concomitante, de infração laboral...”

O mesmo tipo de fundamentação poder encontrar-se igualmente no Acórdão da Relação do Porto de 26/06/2017, processo 6909/16.2T8PRT.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que decidiu que “(...) A prova obtida pelo sistema de videovigilância é não só lícita e válida para sustentar o processo disciplinar, como também deveria ser visionada na audiência de julgamento...”

Tudo avaliado, pensamos ser esta a melhor solução, quer em face da congruência e unidade do sistema jurídico, quer perante a “hierarquia” dos bens jurídicos violados pelo trabalhador.

Em conclusão,

A síntese da discussão jurisprudencial que nos propusemos fazer não se afigura fácil, face à quantidade de decisões e à diversidade de soluções a que chegam os tribunais superiores.

Encontramos um ponto em que toda a jurisprudência se mostra de acordo, e que resulta na impossibilidade de o empregador instalar e posteriormente utilizar registos de videovigilância para controlar o desempenho profissional do trabalhador.

Já quanto às situações de exceção que a lei contempla, toda a jurisprudência também concorda com a instalação de equipamentos de vigilância no local de trabalho, quando a finalidade é a segurança de pessoas e de bens e as especiais necessidades da atividade da empresa o justifiquem.

Quanto ao cumprimento dos pressupostos de natureza procedimental que a lei dirige ao empregador, a jurisprudência tem-lhes atribuído relevância diversa. No que respeita à necessidade de o empregador obter autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados como condição de utilização futura dos registos colhidos, os tribunais tem vindo a considerar este requisito essencial, tendendo a considerar a indispensabilidade da autorização da entidade administrativa como condição para a futura utilização dos registos para basear o exercício da ação disciplinar.

Assentes estes aspetos, tudo o resto merece discussão, originando soluções diversas patentes na jurisprudência portuguesa.

No que tange ao cumprimento do dever de informação aos trabalhadores da existência e finalidade dos equipamentos de vigilância à distância, a maioria das decisões consultadas considera que o empregador tem de cumprir este dever como condição para utilizar os registos.

Merece, contudo, ponderação que em decisões recentes se assista à relativização das consequências do incumprimento deste dever pelo empregador em face de outros direitos e

interesses mais relevantes de terceiros, tendo vindo a ser admitida a sua utilização para o exercício da ação disciplinar sem a prestação da informação aos trabalhadores.

É corrente nas diversas decisões que analisámos admitir a utilização dos registos obtidos pelos equipamentos de vigilância quando a infração disciplinar seja em simultâneo uma infração criminal.

Esta posição parece-nos correta e consentânea com a unidade do sistema jurídico que deve inspirar a ação dos tribunais na busca de critérios determinantes para decidir o conflito subjacente à proteção da personalidade do trabalhador e à proteção dos interesses do empregador e de terceiros. Visto que ambos são direitos fundamentais com tutela constitucional.

Face à gravidade dos seus comportamentos, o trabalhador não pode procurar na lei e nas decisões dos tribunais respostas distintas enquanto cidadão e enquanto trabalhador.

As decisões mais recentes dos tribunais portugueses têm propendido para admitir a utilização dos registos obtidos por meios de vigilância à distância no local de trabalho como meio de prova no despedimento do trabalhador, embora nem todas as decisões valorem da mesma maneira os pressupostos que lhe servem de base .

O tema é delicado e a solução não se afigura simples em face dos interesses em confronto e da natureza dos direitos das partes, pelo que procuraremos acompanhar a evolução da matéria.

Não obstante a diversidade de decisões, consideramos inegável o contributo da jurisprudência na resolução da questão de fundo que nos propusemos tratar - a da admissibilidade da utilização dos registos obtidos pelo empregador por meio de vigilância à distância no local de trabalho com vista ao despedimento do trabalhador.

Será interessante continuar a acompanhar as decisões dos tribunais portugueses sobre esta matéria, cujo sentido mais recente tem evoluído face às decisões mais antigas, e que tem sido

de permitir a utilização dos registos obtidos para o exercício da ação disciplinar dentro de certos limites, que os tribunais têm procurado concretizar.

### **Referências bibliográficas**

- Dray, Guilherme, “Anotação ao artigo 20.º”, Código do Trabalho Anotado, Pedro Romano Martinez e outros, 9.ª edição (Coimbra, 2013), Almedina
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, Direito do Trabalho, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho (Coimbra, 2007), Coimbra Editora
- Guerra, Amadeu, “A privacidade no local de trabalho”, Direito da Sociedade da Informação, Vol. VII (Coimbra, 2008), Coimbra Editora
- Leitão, Luis Manuel de Menezes Telles, Direito do Trabalho, 3.ª edição (Coimbra, 2012), Almedina
- Moreira, Teresa Alexandra Coelho, A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: Contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador (Coimbra, 2010), Almedina
- Moreira, Teresa Alexandra Coelho, “Direitos de Personalidade”, Estudos de Direito do Trabalho (Coimbra, 2011), Almedina
- Moreira, Teresa Alexandra Coelho, “Os Ilícitos Disciplinares dos Trabalhadores Detectados Através de Sistemas de Videovigilância”, Estudos de Direito do Trabalho (Coimbra, 2011), Almedina
- Ramalho, Maria do Rosário Palma, Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, 4.ª edição (Coimbra, 2012), Almedina
- Redinha, Maria Regina, “Utilização de Novas Tecnologias nos Locais de Trabalho (algumas questões)”, IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho (Coimbra, 2002), Almedina
- Redinha, Maria Regina, “Direitos de Personalidade”, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, acessível em [www.cije.up.pt/download-file/198](http://www.cije.up.pt/download-file/198)



## **Direito à desconexão digital**

**João Diogo da Cruz Santos**

**Rafael Parreira**

Introdução; 1. A origem do debate sobre o direito à desconexão digital; 2. O surgimento do direito à desconexão em França; 2.1. A Lei n.º 2016-1088, de 8 de agosto; 2.2. Problemas emergentes; 3. A desconexão digital em Portugal; 3.1. Garantias legais no atual panorama laboral. Eficácia; 3.2. Soluções; Conclusão; Bibliografia

### **Introdução**

O trabalho a que aqui nos propomos centra-se na análise de um dos flagelos do panorama laboral atual, a influência negativa dos meios tecnológicos de informação e comunicação nos tempos de trabalho. A facilidade de contacto fornecida por aqueles meios, aliada a uma consciência social de necessidade de compromisso laboral extremo acabam por resultar em situações de excesso no que toca à conexão ao trabalho, muito para além do tempo normal pré-definido.

São vários os estudos que apontam para uma banalização deste tipo de situações, revelando que a desconexão dos trabalhadores do seu trabalho, que deve prevalecer no sentido de garantir o descanso fundamental à produtividade profissional e pessoal, está seriamente comprometida nos dias que correm.

Reconhece-se o papel da competitividade empresarial neste problema, veiculada pelos diversos avanços tecnológicos, refletindo-se, sem dúvida, numa pesada fatura paga pelos trabalhadores sob forma de conexão digital ao trabalho indeterminada e ilimitada. A situação apresentada não se reflete exclusivamente em Portugal, pelo contrário, verifica-se a nível global, tendo sido implementado no ordenamento legal francês um mecanismo que procura garantir a desconexão dos trabalhadores, o qual será alvo de análise na primeira parte deste trabalho, que conduzirá a um paralelismo com o sistema laboral português e eventuais soluções a implementar.

Conscientes de que a figura do direito ao descanso está consagrada no nosso ordenamento, procuramos, na segunda parte deste artigo, aferir da eficácia que a mesma

oferece na defesa da desconexão, averiguar a necessidade de introdução legislativa, bem como os seus termos.

Em todo o caso, procuraremos sempre manter-nos fiéis à nossa linha de pensamento, mantendo um espírito crítico saudável com o devido respeito pela diversas posições e opiniões que se impõem sobre esta temática. A sustentabilidade do nosso raciocínio assentará também em bases doutrinárias, jurisprudenciais e legais, sendo que entendemos que as mesmas, aliadas à nossa própria sensibilidade jurídica, poderão permitir um mecanismo adequado ao objeto deste projeto.

### **1. A origem do debate sobre o direito à desconexão digital**

O tema do direito à desconexão dos trabalhadores revela-se verdadeiramente atual e de pertinente discussão, que assenta nas alterações tecnológicas verificadas ao longo das últimas décadas e que inevitavelmente refletiram os seus efeitos na vida laboral de forma genérica.

Certamente seremos obrigados a reconhecer que, nos dias que correm, não será tão raro assim o cenário em que um trabalhador, após o término da sua jornada laboral se vê, ainda, conectado ao seu trabalho por telemóvel ou e-mail, seja pela necessidade de demonstrar disponibilidade ao seu empregador, pela convicção de obrigação de resposta a determinadas solicitações ou até pelo receio de verificação de resultados penalizadores em virtude da sua não resposta. Em qualquer dos casos, cada vez mais o horário de trabalho será uma mera referência que não corresponde à verdade dos factos no que toca ao trabalho efetivamente prestado pelo trabalhador.

O desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, está na origem de cenários semelhantes aos descritos, cenários que despoletam situações de stress, redução de rendimento, infelicidade<sup>1</sup> e, no fundo, uma gradual diluição entre a vida pessoal e a vida profissional. Esta diluição, na senda de Gomes (2007, p. 651), “prende-se com a natureza intelectual que assumem (...) muitas prestações de trabalho, com a facilidade de comunicações e com os novos recursos técnicos”.

Perante tais abusos das tecnologias e evidentes violações do descanso que assiste ao trabalhador surge o debate sobre a eventual previsão de um mecanismo que proteja este último. Note-se o que nos diz o Ac. Relação de Coimbra<sup>2</sup>: “a linha de fronteira entre o ‘tempo de trabalho’ e o ‘tempo de descanso’ situa-se naquele momento em que o trabalhador adquire

---

<sup>1</sup> De acordo com Campos (1995, p.106) “o trabalho (e o direito ao trabalho) não é, só, um esforço penoso para ganhar «o pão nosso de cada dia», mas é, ou pode ser, um instrumento de realização pessoal”.

<sup>2</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 10 de março de 2016, processo n.º 250/13.0TTCTB.C1 disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/01c87abfe9dbe02580257f7900400b5a?OpenDocument&Highlight=0,laboral,tempo,de,descanso,trabalhador>

o domínio absoluto e livre da gestão da sua vida privada”, ora, esta fronteira é alvo de uma desvirtuação notória em virtude da excessiva utilização dos meios tecnológicos de informação e comunicação, que relativizam o domínio e gestão do trabalhador sobre a sua própria esfera pessoal, exigindo-se um mecanismo de preservação do descanso, que encontrou recentemente acolhimento legal e que, por essa mesma razão, tem sido alvo de intenso debate. Falamos do direito à desconexão dos trabalhadores.

Numa fase inicial o debate que se refere situa-se numa esfera de previsão ou não de medidas que assistam o direito dos trabalhadores de desligar-se do seu trabalho, quando em período de descanso, sendo certo que não ficará por aqui, pois mesmo na opção pela preservação da desconexão e do descanso, surgem inevitáveis posições antagónicas quanto aos meios a utilizar. Em todo o caso, é um dado adquirido que as mutações verificadas no meio laboral, motivadas pelo exponencial desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação, exigem reflexão ao meio jurídico.

## **2. O surgimento do direito à desconexão em França**

O direito à desconexão encontrou em França o berço da sua consagração legal, no seguimento de estudos que confirmaram a tendência de evolução do efeito negativo do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação na vida pessoal e profissional dos trabalhadores. De facto, foi com base em estudos<sup>3</sup> que sustentaram factualmente este pensamento que em França se optou por atribuir dignidade legal ao direito à desconexão, estimavam-se em 37 % os trabalhadores que prosseguiam ligados digitalmente ao seu trabalho mesmo após o término do seu horário e em 12 % os que apresentavam síndrome de burnout, estrangeirismo que empregamos em substituição de “distúrbio psíquico de cariz depressivo.”

Paralelamente a estes estudos, a motivação do legislador francês associar-se-á eventualmente às tentativas práticas de respeito pelo descanso do trabalhador, por meio de desconexão, que se verificaram nos anos anteriores à aprovação da lei. A título de exemplo, em 2014, as federações patronais das empresas francesas de informática, engenharia, consultoria e estudos de mercado acordaram “desligar” os meios de comunicação à distância que prejudicassem os tempos de descanso dos seus trabalhadores, em 2013, na Alemanha, a Volkswagen e a BMW promoveram acordo com os seus trabalhadores no sentido de estabelecer limites à utilização dos meios de comunicação à distância fora do horário de trabalho.

Perante estas iniciativas levadas a cabo por diversas empresas, com um evidente objetivo de promover a abstração dos seus trabalhadores das relações laborais no devido

---

<sup>3</sup> Estudos lançados em 2016, pela consultora francesa Éleas, disponíveis em <http://www.eleas.fr/app/uploads/2016/10/CP-Eleas-Enqu%C3%AAte-Pratiques-num%C3%A9riques-2016.pdf>

período, solidificou-se a intenção do legislador de concretizar na lei o direito à desconexão, algo que sucedeu através da Lei n.º 2016-1088, denominada El Khomri, em homenagem à ministra do trabalho Myriam El Khomri, do governo de Manuel Valls, lei que, entre outras medidas, introduziu alterações ao artigo L2242-8, parágrafo 7.º, do Código do Trabalho francês.

Com esta introdução legal, parte de uma reforma legislativa laboral significativamente mais abrangente, França tornou-se pioneira na consagração legal do direito à desconexão digital, procurando assim acompanhar o ritmo das mudanças provocadas no quotidiano de forma genérica pelo desenvolvimento exponencial das tecnologias da informação e comunicação. Não obstante a iniciativa do legislador francês, a forma como se concretizou na letra da lei o direito à desconexão está longe de ser pacífica. Assim, ao longo dos dois subcapítulos que se seguem procuraremos não só criar uma imagem fiel desta introdução legal francesa, bem como, num segundo momento, analisar os problemas que inevitavelmente dela possam surgir<sup>4</sup>.

### **2.1. A Lei n.º 2016-1088, de 8 de agosto**

A lei El Khomri viu os seus efeitos entrarem em vigor a 1 de janeiro de 2017, na nova redação que introduziu ao artigo L2242-8, parágrafo 7.º, impôs a negociação entre empresas e trabalhadores no sentido da regulação do tempo que se enquadre fora do horário de trabalho, nomeadamente no que concerne às comunicações aí efetuadas.

Numa clara intenção de controlo do período de tempo de conexão do trabalhador à empresa, esta nova lei procurou promover a integridade do período de descanso, bem como a saudável conciliação entre a vida pessoal e profissional, afastando-se, com efeito, o carácter indefinido e ilimitado da conexão digital que resulta num claro prolongamento informal dos limites dos horários de trabalho. Ainda que esta introdução legal se apresente como revolucionária, não deixa, no entanto, de ser cautelosa, na medida em que não estabelece os termos concretos de desconexão, remetendo os mesmos para a negociação entre empregador e trabalhador que acima mencionámos.

Resulta da letra da lei que, em empresas com mais de 50 trabalhadores, devem as partes em sede de negociação coletiva estabelecer os termos do “direito à desconexão digital” que assiste aos trabalhadores. Ora, importa perceber que esta negociação, no caso do ordenamento

---

<sup>4</sup> Também a legislação laboral italiana faz referência ao direito de desconexão, no entanto, fá-lo num sentido mais estrito. A Lei n.º 81 de 22 de maio de 2017 passou a contemplar que deveriam ser celebrados acordos com os trabalhadores em regime de *lavoro agile* (regime de trabalho com uma maior flexibilidade de horários, em que a atividade laboral é realizada sobretudo recorrendo a meios telemáticos e que existem períodos de laboração fora das instalações da empresa) que prevejam quais os períodos de desconexão dos meios tecnológicos ao seu dispor (artigo 19).

laboral francês, sucede anualmente pelo que os efeitos práticos da lei n.º 2016-1088, no que respeita ao direito a desligar, se veem na dependência temporal de tal negociação anual, logo, em bom rigor, a efetividade deste direito não acompanha a entrada em vigor dos efeitos daquela lei, a 1 de janeiro do presente ano.

Pertinentemente, este mecanismo legal prevê a eventualidade de frustração das negociações entre sindicatos e empregadores, pelo que, subsidiariamente, se estabelece como obrigação do empregador a redação de um código de conduta, sobre o qual deverá a comissão de trabalhadores pronunciar-se (ou, na sua inexistência, outra forma de representação dos mesmos). A intenção com o que o legislador impõe a redação deste código, vai não só ao encontro da definição concreta dos termos do direito a desligar, mas também da regulação do comportamento dos agentes hierarquicamente superiores, que não raras vezes são a origem da contínua conexão dos trabalhadores.

Assim, podemos concluir que, por um lado, o mecanismo legal introduzido pela reforma laboral em França estatui um direito que não concretiza, deixando tal responsabilidade na esfera da negociação coletiva entre empregadores e sindicatos, cuja frustração desencadeia a obrigação, para o empregador, de emanção de um conjunto de regras no mesmo sentido de concretização do direito à desconexão, nunca sem a devida consulta da comissão de trabalhadores.

## **2.2. Problemas emergentes**

Parte de uma reforma legislativa globalmente polémica, a introdução do direito à desconexão motivou, também por si, discussão, não só ao nível da pertinência da sua previsão legal, mas também no que concerne a eventuais problemas que emergem da letra da lei.

Certamente até ao momento foi perceptível o distanciamento do legislador francês relativamente à concretização da desconexão dos trabalhadores, cuja responsabilidade se atribui, preferencialmente, à negociação coletiva, por outro lado, um dos principais problemas a apontar à redação da alteração do artigo L2242-8, parágrafo 7.º, relaciona-se com a inexistência de previsão de sanções aos infratores do que aí se estatui. Parece-nos que a sensibilidade de uma introdução que implica alterações nas relações laboral de forma genérica acaba por se refletir na cautela imposta na redação do normativo, resultando numa não concretização dos termos essenciais e na impunidade das eventuais infrações.

A imprevisibilidade de sanções legais resulta inevitavelmente na desvirtuação. Num primeiro momento, desvirtuação da imposição de negociação coletiva e, subsidiariamente, da redação do código de conduta por parte do empregador. Num segundo momento, ao nível da eficácia dos próprios termos concretos do direito à desconexão do trabalhador. Estaremos assim

perante uma introdução legal sem força sancionatória que sempre estará na dependência da boa-fé das partes envolvidas.

Numa outra visão do mecanismo legal introduzido pela lei 2016-1088, tenhamos consciência de que a efetiva negociação apenas se dá ao nível da negociação coletiva anual entre empregadores e sindicatos, sendo que a sua frustração remeterá para a esfera do empregador a responsabilidade da emanção de regras de conduta conducentes à promoção da desconexão, com mera imposição de consulta da comissão de trabalhadores ou, na sua falta, delegados dos mesmos. Ora, na prática, estaremos perante um mecanismo que permite ao empregador, unilateralmente, estabelecer os termos da desconexão do trabalhador, após a frustração de negociações com os sindicatos.

Neste ponto, acresce que em empresas com 50 ou menos trabalhadores o empregador exime-se, desde logo, de negociar com sindicatos, ainda que possam existir trabalhadores sindicalizados. Em bom rigor, a redação do código de conduta a que se refere a alteração legislativa não se apresentará sempre como subsidiária à negociação coletiva, pelo contrário, nas empresas supramencionadas, a redação unilateral por parte do empregador das regras a aplicar (não obstante a consulta da comissão de trabalhadores) será a opção que resulta da letra da lei.

### **3. A desconexão digital em Portugal**

A questão da desconexão digital em Portugal foi muito recentemente trazida a público pelo Bloco de Esquerda, que apresentou um Projeto de Lei no qual propunha a alteração do Código do Trabalho de modo a que ficasse consagrado que o período de descanso deveria corresponder a um período efetivo de desconexão laboral, designadamente através da não utilização das tecnologias de informação e comunicação durante esse período. O BE propõe igualmente que as formas de atingir essa desconexão possam ser estabelecidas mediante instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

A emanção deste Projeto de Lei foi justificada pelo Bloco de Esquerda com a importância de “apontar caminhos que defendam o trabalhador da «obesidade digital» e da hiperconectividade instalada, protegendo-o da invasão do seu tempo de descanso, do seu direito fundamental ao repouso e ao lazer, a um limite máximo da jornada de trabalho e ao descanso semanal, prejudicando além disso a qualidade do trabalho, pondo em causa a saúde física e psíquica dos trabalhadores”.

Propomo-nos agora a proceder à análise do regime laboral português de modo a identificar se esta questão da desconexão digital encontra no nosso ordenamento apoio legal para que possa ser efetivamente aplicada.

### **3.1. Garantias legais no atual panorama laboral. Eficácia.**

Ao celebrar um contrato de trabalho com o empregador, o trabalhador está não só a alienar a sua força de trabalho, mas também parte do seu tempo pessoal. Tal alienação temporal é, no entanto, limitada por normas legais que tendem a assegurar, por exemplo, o descanso do trabalhador e o direito a uma vida pessoal e familiar condigna com uma linha bem vincada entre a atividade profissional e a vida pessoal. O que se pretende, nas palavras de Dray (2015, p. 678), “é evitar que a vida profissional do trabalhador esgote toda a sua vida e que deixe um espaço de liberdade para que este possa gozar a sua vida pessoal e familiar enquanto cidadão livre”.

A nossa constituição é o ponto de partida para a proteção dos trabalhadores de eventuais abusos quanto à limitação temporal do exercício da atividade laboral. Desde logo as als. b) e d), do n.º 1 artigo 59.º da CRP referem que todos os trabalhadores têm direito, por um lado, à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal, e por outro, ao repouso e aos fazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas. Também a al. b), do n.º 2 do artigo 59.º nos diz que é incumbência do estado a fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho.

Este preceito constitucional foi depois transposto para o Código do Trabalho desde logo no n.º 1 do artigo 203.º que nos refere que o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia e quarenta horas por semana, mas também em outras normas como por exemplo o direito ao descanso semanal ou o direito a férias<sup>5</sup>.

Amado (2017, p. 115) defende que “a nossa lei assenta num binómio tempo de trabalho/tempo de descanso”, mas assume (2017, p. 117) que tal “repartição dicotómica (...) nunca foi linear”. Os limites temporais da prestação da atividade laboral estão de facto aparentemente bem definidos na Lei do Trabalho, no entanto, a limitação das 8 horas diárias é tão somente o ponto de partida para uma vasta panóplia de exceções que conferem uma grande flexibilidade à estipulação dos tempos de trabalho dos trabalhadores. Tal flexibilidade torna cada vez mais difícil a efetivação de medidas que promovam e garantam o descanso. Reflitamos por exemplo nos trabalhadores sujeitos a isenção do horário de trabalho (prevista

---

<sup>5</sup> Dray (2015, p. 676-677) elenca na sua obra as várias normas que limitam o tempo de trabalho dos assalariados.

no artigo 218.º do Código do Trabalho)<sup>6</sup>, ou quando a entidade empregadora, baseada em situações excepcionais previstas na lei, ordena ao trabalhador a prestação de trabalho suplementar<sup>7</sup>.

A situação agrava-se quando nos debruçamos sobre a utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) por parte dos trabalhadores fora do período de trabalho e para fins laborais. A simples resposta a um email relacionado com a atividade laboral pode configurar, por si só, uma violação do direito ao descanso destes, no entanto, a legislação nacional não prevê expressamente, ao contrário do que passou a verificar-se em França, uma norma que combata este flagelo.

As normas genéricas quanto ao direito ao descanso diário, descanso semanal, férias e as relativas ao limite máximo do tempo de trabalho deveriam ser suficientes para que os trabalhadores fizessem valer os seus direitos e simplesmente se desconectassem do seu trabalho finda a jornada diária, todavia, verifica-se cada vez mais um acréscimo da conexão constante a meios de comunicação que liguem trabalhador e empresa 24 horas por dia. O motivo pelo qual não o fazem, prende-se muitas das vezes com o receio que têm de ficar sem os seus empregos, ou serem penalizados pela entidade empregadora.

Este problema afeta igualmente os altos cargos que dadas as suas especiais competências e responsabilidades se veem impedidos de se desligar totalmente das suas funções. Muitas das vezes, nestas situações, são os próprios trabalhadores que se obrigam a esta hiperconexão, não sendo uma imposição da entidade empregadora. Acontece que, para além do “dever de não conexão profissional fora da jornada de trabalho” que recai sobre a empresa e que é defendido por Amado (2017, p. 123), defendemos que deverá existir igualmente por parte desta uma obrigação de garantir a desconexão dos trabalhadores durante os períodos de descanso. Maior (2003, p. 9) defende que não obstante se pensar que um salário diferenciado, maior que o dos demais trabalhadores, pudesse compensar as horas de repouso que o trabalhador deixa de usufruir, “a limitação da jornada é uma questão de saúde da sociedade e não um problema meramente económico e que diga respeito à pessoa do trabalhador”.

Embora reconheçamos que a lei oferece garantias no que toca ao descanso do trabalhador, parece-nos igualmente que o espírito do legislador, no momento da regulação desse mesmo descanso, se articulou com uma realidade perfeitamente distinta da atual, ou seja, horários de

---

<sup>6</sup> A isenção de horário de trabalho apenas pode ser aplicada a trabalhadores que exerçam cargos de administração ou direção (ou funções de confiança, fiscalização ou apoios aos titulares desses cargos), em situações de execução de trabalhos preparatórios ou complementares que, pela sua natureza, só possam ser efetuados ora dos limites do horário de trabalho e ainda no exercício regular de atividades fora do estabelecimento, sem controlo imediato por superior hierárquico. Esta isenção pode traduzir-se na não sujeição aos limites máximos do período normal de trabalho, na possibilidade de determinado aumento do período normal de trabalho, por dia ou por semana, ou ainda na observância do período normal de trabalho acordado.

<sup>7</sup> Considera-se trabalho suplementar, todo aquele realizado fora do horário de trabalho, e apenas pode ocorrer em duas situações: quando a empresa necessita de fazer face a um acréscimo suplementar de trabalho e não se justifique a contratação de novos trabalhadores e quando exista um motivo de força maior e este seja indispensável para reparar prejuízo grave.

trabalho definidos cuja proteção a garantir ao trabalhador se prendia com a sua não continuidade excessiva no local de trabalho a exercer atividade laboral. No fundo, uma realidade onde recurso aos meios tecnológicos de informação e comunicação não era nem em número nem intensidade considerável para uma sensibilidade jurídica diferente da que entendemos ter motivado o legislador.

A realidade laboral alterou-se de forma quase explosiva a par da realidade social e os meios tecnológicos que referimos criaram novas exigências legislativas de proteção daquela que, no meio laboral, é por regra a parte mais fraca, o trabalhador. Assumimos uma posição em que a figura do direito ao descanso na legislação do trabalho se apresenta excessivamente genérica, sem força que ofereça garantias a mudanças de panorama como o que aqui abordamos, acabando por refletir uma desatualização da letra da lei.

Em suma, somos de opinião de que realidade legal deve refletir-se na realidade laboral, pelo que a alteração legislativa será o meio a seguir para corresponder às necessidades de proteção daqueles que efetivamente detêm o direito, ainda que não disponham de garantias com força e estrutura adequadas.

### **3.2. Soluções**

Não sendo a ideal, pelos emergentes problemas já identificados previamente no nosso trabalho, é preciso ter em conta a importância da solução francesa, uma vez que se apresenta como um mecanismo inovador de proteção dos trabalhadores para um problema dos tempos modernos. Urge a implementação de um mecanismo semelhante no nosso ordenamento jurídico. Perante uma análise genérica da alteração legislativa daquele país e o inevitável paralelismo com uma hipotética figura jurídica do direito à desconexão digital no ordenamento português, vemo-nos compelidos a estruturar um mecanismo legal que possa traduzir uma implementação exequível do direito à desconexão dos trabalhadores. Estaremos perante uma idealização que em nada compromete posições contrárias e que procura encontrar um meio eficaz de valoração deste direito.

A solução poderá passar inicialmente por um reforço expresso na nossa legislação do direito à desconexão digital dos trabalhadores, incluindo não só esse mesmo direito mas igualmente o mecanismo utilizado para o assegurar. É no mecanismo a utilizar que reside a grande problemática deste assunto e foi nele também que a solução francesa pecou.

À semelhança do que acontece atualmente em França, o caminho a seguir deveria passar pela negociação coletiva, sendo os sindicatos as entidades competentes e também, salvo certos

casos concretos<sup>8</sup>, as melhor posicionadas para celebração de acordos que visem a proteção efetiva dos trabalhadores. Destes acordos deveriam resultar medidas concretas que garantissem a desconexão dos trabalhadores vinculando ambas as partes da relação laboral. Imprescindível seria também, sob o risco de o acordo se esvaziar de real utilidade, impor penalizações para o não cumprimento do mesmo, retificando assim um dos problemas identificados na solução francesa.

Não obstante considerarmos que esta seria uma boa opção para a resolução deste problema, é preciso colocar a hipótese de o acordo com o sindicato se frustrar, ou de simplesmente não existirem trabalhadores sindicalizados na empresa em questão. Nestas situações entendemos que a empresa, depois de ouvida a Comissão de Trabalhadores e um pouco à semelhança do que foi implementado no ordenamento jurídico francês, possa subsidiariamente emanar um regulamento interno que regulamente as medidas a aplicar para proceder à desconexão dos trabalhadores findo o horário de trabalho. De forma a garantir a sua legalidade e cumprimento, somos da opinião que tal acordo deveria ser sujeito a uma aprovação administrativa por parte da entidade responsável pelo controlo do cumprimento do normativo laboral no âmbito das relações laborais privadas, neste caso a Autoridade para as Condições do Trabalho – ACT. Esta opção difere um pouco da prevista no Projeto de Lei apresentado pelo BE que propunha o envio dos horários de trabalho para o ACT.

Resta-nos referir que a violação por parte do empregador destes acordos celebrados ou, se for o caso, do regulamento interno, deverá redundar na prática de assédio moral, prática proibida prevista no artigo 29.º do Código do Trabalho. Assédio é-nos assim apresentado com um comportamento indesejado praticado no emprego com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger pessoas, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. Na senda de Amado (2017, p. 125), perante esta definição tão abrangente de assédio, não restam “grandes dúvidas sobre a possibilidade de a violação do tempo de desconexão correspondente ao período de descanso do trabalhador (...) constituir assédio moral”.

---

<sup>8</sup> Nem sempre a negociação com os sindicatos se afigura fácil. Existe uma corrente que defende que os sindicatos promovem um decréscimo da produtividade no trabalho reduzindo a flexibilidade na gestão da empresa, introduzindo normas laborais ineficazes e reduzindo as compensações baseadas em produção individual (Albert N. Link, 1992, p.1). Prova desse facto foi a Autoeuropa, empresa que começou a celebrar acordos com a Comissão de Trabalhadores marginalizando de certa forma os sindicatos e excluindo-os das negociações. Acordos esses que foram um verdadeiro sucesso. Cebola & Santos (2015, p.124) defendem que os a falta de flexibilidade e a necessidade dos sindicatos de proteger os acordos anteriormente celebrados sem espaço para o diálogo, não permite às empresas se adaptarem às suas necessidades. Habitualmente este tipo de negociação é denominada atípica, isto porque não existe no nosso ordenamento legal qualquer tipo de previsão que atribua às Comissões de Trabalhadores a legitimidade para negociar acordos coletivos com as entidades empregadoras.

Para além de constituir uma contraordenação muito grave, a prática de assédio moral confere à vítima desse assédio o direito de ser indemnizada pelos danos causados no decorrer dessa prática<sup>9</sup>.

## **Conclusão**

Ao longo do nosso estudo procedemos à análise de um dos flagelos deste século: a hiperconexão digital. Este problema assume especial relevância no momento em que tal hiperconexão limita o direito ao descanso dos trabalhadores que se veem ligado aos meios tecnológicos mesmo após o terminus da jornada laboral.

Não obstante considerarmos que foi de extrema importância este problema ter encontrado acolhimento legal em França, entendemos que o sistema adotado naquele país está longe de ser perfeito. O facto de a negociação coletiva apenas se aplicar a empresas com um grande número de trabalhadores, de o código de conduta não estar sujeito a uma real negociação e a falta de sanções para o incumprimento das regras impostas, são apenas alguns dos problemas identificados.

Neste trabalho propusemo-nos igualmente a identificar os meios legais atualmente ao dispor dos trabalhadores portugueses de forma a garantir a sua desconexão pós-laboral. Reconhecemos que existem algumas normas a este respeito, mas consideramos não serem suficientes para resolver a questão. Por este motivo, optámos por propor um mecanismo que procure garantir a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores aqui referenciados.

A celebração de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho entre as entidades empregadores e os sindicatos que regulamentasse os moldes sob os quais se procederia a esta desconexão foi a opção que considerámos mais adequada. Entendemos que desta forma será possível chegar a um acordo que, por um lado, garanta o efetivo descanso e repouso dos trabalhadores, com respeito pela sua liberdade e vida pessoal, e que, por outro, não prejudique a prossecução dos interesses económicos das empresas.

Considerámos ainda importante contemplar na nossa sugestão um mecanismo subsidiário em caso de frustração ou impossibilidade de negociar com os sindicatos. Tal, solução passaria pela elaboração de um regulamento interno, à semelhança do que acontece em França, mas com supervisão administrativa desses acordos.

---

<sup>9</sup> Para um maior desenvolvimento acerca da responsabilidade decorrente da prática de assédio moral, *vide* Pereira (2009, p. 215-228).

Por fim, não deixámos de considerar de suma importância enquadrar no âmbito do assédio moral a violação destes acordos, de forma a ficarem previstas sanções que promovam um maior cumprimento das normas estabelecidas.

De um modo geral, entendemos que ainda existe no nosso ordenamento jurídico um grande caminho a percorrer para que se respeite os trabalhadores quanto à limitação da sua jornada laboral. Tal como referido, urge uma mudança de paradigma que vise dignificar a integridade dos trabalhadores através da promoção do direito à desconexão digital.

### Bibliografia

Amado, J. (2016). *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*. Coimbra: Coimbra Editora.

Amado, J. (2017). Tempo de trabalho e o tempo de vida: Sobre o Direito à Desconexão Profissional. In M. Roxo, *Trabalho Sem Fronteiras?* (pp. 113-127). Coimbra: Almedina.

Campos, D. (1995). *Lições de Direito de Personalidade* (2.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Almedina.

Cebola, C., & Santos, J. (2015). Atypical Collective Bargaining in the portuguese labor system. *Global Business and Technology Association Seventeenth Annual International Conference Readings Book*, (pp. 123-128). Obtido de <http://gbata.org/wp-content/uploads/2015/08/GBATA2015-Readings-Book.pdf>

Dray, G. (2015). *O Princípio da Proteção do Trabalhador*. Coimbra: Almedina.

Fernandes, A. (2014). *Direito do Trabalho* (17.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Almedina.

Gomes, J. (2007). *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.

Leitão, L. (2016). *Direito do Trabalho* (5.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Almedina.

Link, A. N. (1992). Technological Change and Productivity Growth. In J. Lesourne, & H. Sonnenschein (Edits.), *Fundamentals of Pure and Applied Economics* (Vol. 13). Harwood Academic Publishers.

Maior, J. (2003). Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região*, 23, 296-313.

Pereira, R. (2009). *Mobbing ou assédio moral no trabalho*. Coimbra: Coimbra .

Ramalho, M. (2016). Tratado de Direito do Trabalho - Parte II - Situações Laborais Individuais (6.<sup>a</sup> ed.). Coimbra: Almedina.

## **IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES: UM IDEAL OU UMA REALIDADE ALCANÇÁVEL?**

**Paula Alexandra da Cruz Silva Pina de Almeida<sup>1</sup>**

### **Abstract:**

O presente estudo propõe-se analisar o estado de arte da problemática da igualdade entre homens e mulheres, como um dos principais objetivos da União Europeia e, mais concretamente, a sua eficácia no que tange à realidade portuguesa.

Tendo bem presente a dificuldade em concretizar uma igualdade entre homens e mulheres que não se confine a um plano formal, a qual nunca poderia conduzir a uma realidade de oportunidades que se almeja atingir, temos consciência de que o objetivo é ambicioso e importa a alteração de mentalidades, consciências e estados culturais que constituem a principal barreira à eficácia de medidas legislativas que, ainda que muito bem estruturadas e perfeitas possam ser difíceis de concretizar, numa sociedade em que ainda prevalecem os estereótipos sexistas e não se potencia uma repartição equitativa das tarefas e responsabilidades familiares.

Porém, o ultimo relatório da CITE sobre igualdade no trabalho vem transmitir uma perspetiva mais animadora e um avanço qualitativo nos recursos a figuras da parentalidade pelos trabalhadores homens, o que revela uma mudança de mentalidade, quer a nível dos pais, quer dos empregadores, que nos permite olhar com otimismo para o quadro legal que visa essa repartição de tarefas e envolver os pais e mães na nobre tarefa de educar e zelar pelo bem-estar físico e psicológico dos filhos, na convicção de que a maternidade e a paternidade são valores sociais eminentes.

---

<sup>1</sup> *Docente da Unidade Departamental de Ciências Sociais do Instituto Politécnico de Tomar, Quinta do Contador.*

Ao nível legislativo e doutrinal existe uma grande preocupação em tornar o objetivo europeu numa realidade eminente mas denota-se uma acentuada denúncia de situações de discriminação que conduzam a uma multiplicação de arestos que tenham que versar essa temática?

Uma análise da jurisprudência nacional permite-nos concluir que são poucas as decisões dos tribunais superiores sobre a matéria da igualdade entre homens e mulheres, o que não nos permite tirar ilações positivas sobre a inexistência de situações de discriminação e que se esteja a ferir, de forma grave, a meta da igualdade, mas podendo aliviar a ineficácia dos meios de fiscalização e o receio de represálias dos trabalhadores.

Que mais passos podem ser dados no sentido de esbater as diferenças de tratamento entre homens e mulheres nas empresas, bem sabendo que, na sociedade portuguesa, a mão-de obra qualificada é, cada vez mais, do género feminino? Estas são algumas das questões que nos propomos abordar no presente estudo.

**Keywords:** Igualdade; práticas discriminatórias, parentalidade, jurisprudência nacional.

## INTRODUÇÃO

Tal como é referido no artigo 2º do Tratado da União Europeia, de entre os valores por que todos os Estados devem pautar a sua conduta, figura o da igualdade entre homens e mulheres.

De resto, o artigo 3º do referido tratado vem corroborar essa missão da União Europeia, uma vez que se pretende criar um espaço europeu, pluricultural, livre e sem discriminações que não ponha em causa o bem-estar da população e a justiça social. Facto esse reafirmado no artigo 8º do Tratado de Funcionamento da União Europeia ao definir que *“Na realização de todas as suas ações, a União terá por objetivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres”*.

O regime jurídico existente, em Portugal, cedo revelou essa mesma preocupação, em estabelecer como meta alcançável, a da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, sendo que, a sua simples regulamentação não constitui garantia de alcance desse resultado pretendido, uma vez que embate numa barreira constituída por estereótipos que persistem em qualificar determinadas tarefas como femininas ou masculinas.

Ora, se a nossa lei fundamental consagra como eminentes valores sociais, os da maternidade e da paternidade, atribuindo a mesma relevância de papéis aos pais e mães, numa sociedade que se pretende de mentalidade aberta e não assente em modelos arcaicos em que ao pai incumbia o papel de provedor e à mãe o de cuidadora, exclusivamente, temos vindo a derrubar as barreiras que não permitem às mulheres progredir no mercado de trabalho e de alcançar cargos de relevância que muitas vezes se coadunam com as suas habilitações e competências, porquanto se mantém a prevalência do papel da mãe na educação e subsistência da criança.

Como iremos analisar, estas barreiras que derivam de uma não repartição equitativa das tarefas familiares e a conciliação entre a vida familiar e profissional têm vindo, paulatinamente a ser derrubadas, de forma lenta e cautelosa, quer a nível normativo, quer nas decisões proferidas pelos tribunais relativas ao cumprimento das responsabilidades parentais.

Assim, o princípio da igualdade entre homens e mulheres que, há alguns anos atrás se vislumbrava como um “mito”, uma vez que todo o quadro legislativo era distorcido na sua aplicação prática, tem vindo a manifestar-se como uma meta a ser alcançada, como sobressai dos relatórios da CITE sobre o progresso da igualdade entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional, em que se conclui que significativas alterações se têm feito sentir, denotando uma maior sensibilização de todos os intervenientes para a necessidade de abandonar velhos estereótipos e permitir que a igualdade saia dum plano formal, para um plano material em que as mulheres que acedem ao mercado profissional e pretendem ter uma carreira enriquecedora e gratificante, não têm que prescindir da maternidade, como única via de lhes ser reconhecido o empenho e disponibilidade para o exercício de cargos de grande relevo ou responsabilidade.

De resto, todo este panorama se coaduna com a evolução na formação académica dos trabalhadores pois são os do sexo feminino que revelam maiores habilitações académicas e

profissionais, mercê de um maior empenho e maturidade das alunas e do abandono da ideia de que cumpre ao homem desempenhar o papel do provedor.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GERAL**

Demonstrar a evolução da concretização do princípio e objetivo da igualdade entre homens e mulheres, quer pela via da abolição dos estereótipos sociais ligados ao género, quer pela via da sensibilização dos vários atores do mercado laboral para a necessidade de o trabalhador-pai gozar das licenças consagradas no panorama legislativo nacional, o que permitirá às trabalhadoras ascender a cargos que impliquem maior disponibilidade para investir na carreira, por via da repartição das responsabilidades familiares.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Analisar a evolução legislativa relativa à abolição das desigualdades de género.

Analisar o impacto produzido por esta regulamentação e consagração de licenças que permitem aos trabalhadores conciliar a vida familiar e a profissional, os aspetos e os efeitos positivos e negativos do mesmo.

Analisar os meios de controlo e fiscalização deste fenómeno, sugerindo novas formas de intervenção institucional que possam combater os efeitos perniciosos da desigualdade.

### **METODOLOGIA**

Análise comparativa dos diplomas que regulam a figura da Igualdade entre Homens e Mulheres.

Consulta dos dados existentes relativos a jurisprudência nacional que se pronuncie sobre a questão da igualdade entre homens e mulheres.

Análise de estudo elaborado pelo ISCE-UL em colaboração com a CITE, no âmbito do projeto “ Os papéis dos homens numa perspetiva de igualdade de género”.

Análise do Relatório sobre o progresso da igualdade entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação, efetuado pela CITE, em cumprimento da Lei nº10/2001, de 21 de Maio e relativo a dados de 2015.

Análise do documento “2017 Report on equality between women and men in the EU”, publicado pela Comissão Europeia<sup>2</sup>.

## **ANÁLISE**

A igualdade entre homens e mulheres constitui um objetivo da União Europeia, que se manifesta, pela primeira vez, no tratado que impõe uma igualdade salarial entre trabalhadores de género diferente, ainda que o objetivo que se almejava atingir não fosse o de uma maior coesão e paridade social mas sim o económico.

Certo é que, nas sociedades ocidentais, a igualdade de género se tem revelado sinónimo de uma luta das mulheres pela sua independência económica, por salários iguais e uma progressão nas carreiras que se coadune com as suas habilitações e competências demonstradas, bem como por uma paridade de responsabilidades e poderes.

Ora, esta luta travada pelas trabalhadoras tem tido eco normativo, quer a nível da legislação europeia, quer a nível da legislação nacional, mesmo em momento em que Portugal ainda não tinha integrado a Comunidade Económica Europeia. De facto, em Portugal, na década de setenta já existiam referências normativas a uma luta pela igualdade e em que as mesmas foram conquistando espaço de intervenção e ganho algumas reivindicações, na sua afirmação no mercado de trabalho e como cidadãs, em geral.

Assim, as políticas públicas de igualdade de género orientaram-se, até ao momento, para uma melhoria das condições sociais femininas, procurando, antes de mais, sedimentar o

---

<sup>2</sup> Relatório elaborado pela Comissão Europeia e publicado no site da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, em Agosto de 2017.

lugar das mulheres na esfera pública, quer no que tange ao emprego, aos direitos e participação política, em que se pretende atingir uma maior equilíbrio de forças e de intervenção, atendendo a perspectivas diferentes aliadas a sensibilidades diferentes<sup>3</sup>.

Mas se existe uma panóplia de instrumentos jurídicos que visam atingir a igualdade entre trabalhadores, sem discriminação em razão do género e noutras vertentes da vida social das mulheres, qual o grande entrave a que, no momento atual se dê como alcançado esse fim?

A análise do último relatório da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, a que pudemos ter acesso (2016), vem revelar alguns avanços na concretização desse objetivo da igualdade entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional, uma vez que constata um crescimento do peso das mulheres na população ativa, um ligeiro acréscimo da proporção das mulheres nos níveis de qualificação de “profissionais qualificados”, o que acompanha o facto de serem as mulheres que têm os níveis de habilitação mais elevados.<sup>4</sup>

Também se verifica que houve um aumento da taxa de feminização nos níveis de qualificação mais elevados enquanto nas categorias com nível de qualificação mais baixo, a taxa de feminização diminuiu.

A segregação do mercado de trabalho em função do género torna-se evidente na análise do emprego, segundo a atividade económica, onde as mulheres predominam no setor terciário (56,6%) tendo, porém, diminuído a sua participação. As atividades com maior presença de mulheres continuam a ser as do serviço doméstico, saúde humana e apoio social, educação, outras atividades de serviços, alojamento, restauração e similares e atividades de consultoria, científica, técnica e similares e atividades imobiliárias.

Por outro lado, a segregação por via masculina revela-se na predominância nas atividades de indústria extrativa, da construção, de transportes e armazenagem, da

---

<sup>3</sup> Livro Branco Homens e Igualdade de Género em Portugal, elaborado no âmbito do projeto “ Os papéis dos homens numa perspectiva de igualdade de género”, financiado pelo Programa Integração da Igualdade de Género e Promoção do Equilíbrio entre o Trabalho e a Vida Privada e desenvolvido pela CITE e o ICS-ULisboa e publicado no site oficial do organismo.

<sup>4</sup> Relatório sobre o Progresso da Igualdade entre Mulheres e Homens no Trabalho, no Emprego e na Formação Profissional, de 2016, pag.30.

eletricidade, gás, vapor, água quente e fria e ar frio e a da captação, tratamento e distribuição de água, gestão de resíduos e despoluição.<sup>5</sup>

Mas se esta tem sido a realidade observada, a diferença de tratamento em razão do género tem-se vindo a esbater, uma vez que se tem combatido, por várias ações, legislativas e instrumentais, a manutenção da repartição compartimentada de papéis de intervenção na vida social e laboral e a não repartição de tarefas familiares e conciliação entre a vida profissional e a vida familiar.

O caminho pretendido é o da abolição das diferenças de tratamento, sendo que a igualdade de género diz respeito tanto aos homens como às mulheres, uma vez que a não existência de quadros normativos e culturas empresariais que permitam uma maior intervenção masculina na vida familiar, que não o reduza ao papel de provedor de sustento, torna inviável qualquer tentativa de atingir a igualdade de oportunidades no trabalho.

Tudo parece assentar na questão de género, que segundo Ridgeway e Correll é “uma construção social e um aspeto fundamental da estrutura social, incentivando práticas sociais institucionalizadas que categorizam as pessoas em papéis femininos e masculinos e estabelecem sistemas de desigualdade a partir dessas diferenças”<sup>6</sup>.

Acontece que, a questão de género vai condicionar as relações entre homens e mulheres por via de mecanismos situados a nível institucional, interativo e individual<sup>7-8</sup>

A nível institucional, as políticas públicas, a legislação e as normas e regras organizacionais distribuem recursos e oportunidades de forma genderizada. A política de licenças em Portugal ilustra bem o modo como o Estado ainda atribui de forma diferenciada o exercício das responsabilidades parentais, dando mais poderes de intervenção às mães e, assim, assentando numa distribuição de papéis que privilegia a relação da mulher-cuidadora, em detrimento da intervenção do pai na educação e acompanhamento dos filhos.

A nível da interação, os papéis têm de ser entendidos como comportamentos situados, enquadrados por normas e expectativas de género<sup>9</sup>, o que determina uma subversão do que se

---

<sup>5</sup> Idem, pág.35.

<sup>6</sup> Ridgeway e Correll,2000.

<sup>7</sup> Livro Branco Homens e Igualdade de Género em Portugal.

<sup>8</sup> Risman,2004.

pretende, uma vez que, um trabalhador que pretenda gozar a licença de parentalidade inicial, por repartição da mesma, com a mulher, pode esbarrar numa atitude de descontentamento e até de repúdio, por parte da maioria dos empregadores, que na sua visão mantêm os trabalhadores masculinos aliados ao papel do pai provedor, olhando com desconfiança o homem que pretenda ficar em casa com o filho enquanto a mãe retoma a sua atividade profissional.

A nível individual, a socialização ao longo da vida, quer na família quer nos grupos, em que ainda se representa determinado comportamento, prática e hábitos como de “menino” ou de “menina”, mantendo os estereótipos arcaicos que condicionam o alcance da igualdade de oportunidades.

Em Portugal, à semelhança do que acontece noutros países da Europa mais ocidental e em que existe uma perduração dessa diferenciação dos papéis femininos e masculinos, tende a constatar-se uma evolução significativa, tendo-se abandonado uma sociedade escravizadora do papel da mulher, pelo facto de o homem se demitir da prática de qualquer trabalho não pago, que recaía, inelutavelmente e com exclusividade sobre a mãe-cuidadora.

Ora, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho e a manutenção desses estereótipos tradicionais, recaía sobre a mulher que realizasse todo o trabalho não pago, que se prendia com as responsabilidades familiares, como sejam tarefas domésticas e educação dos filhos, o que a libertava muito pouco para o desempenho de uma performance profissional que requeresse muito empenho e dedicação, por não ter qualquer estrutura familiar que a ajudasse.

A simples manutenção desse modelo que atribuía às mulheres o desempenho de todas as tarefas e educação, determinaria, por si só, uma inviabilidade de investimento numa carreira profissional, ou, pelo menos, uma progressão na mesma, por não haver repartição dessas tarefas, sendo que o quadro normativo que tentasse criar essa igualdade de oportunidades não veria qualquer fruto, a não ser que as mulheres passassem a viver sozinhas e a abdicar de ser mães para se dedicar a uma carreira profissional.

---

<sup>9</sup> Hobson, Duvander e Haaldén, 2006.

Durante décadas, em Portugal as mulheres tentaram fazer valer o seu direito à igualdade e inverter esses estereótipos que ditavam a genderização das atividades a dinamizar. Só na última década se tem começado a sentir as diferenças de atitude, quer dos homens, quer das mulheres, na perspetivação das tarefas e divisão dessas e das responsabilidades familiares.

O facto de as mulheres que estão no mercado de trabalho já terem tido uma formação pessoal que se radica na ideia de que a mulher também contribui para os sustento familiar, não tendo que ser apenas o seu parceiro a prover às necessidades familiares, define uma dinâmica familiar em que haja maior repartição de tarefas e responsabilidades, de molde a permitir a evolução profissional de ambos e a partilha de afetos e emoções entre todos.

Nos casos em que os homens não revelam essa diferença de mentalidade, que já existe nos países nórdicos, em que a paternidade é tão valorizada como a maternidade e em que os homens se revelam perfeitamente capazes de cuidar dos filhos e assumir as tarefas domésticas com igual mestria, o que se verifica é um aumento de famílias monoparentais ou mulheres que abdicam da sua condição de ser mãe, para investir numa carreira onde apenas se perspetiva singrar se abdicar duma vida familiar.

O que se constata, no panorama nacional em que existe um quadro legislativo que abraça a ideia do exercício da parentalidade e concede meios que apenas podiam embater numa visão sexista empresarial é diametralmente oposto ao que ocorria nos países nórdicos em que os pais lutavam por uma regulamentação que lhes permitisse exercer em pelo a sua função de pai, repartindo as responsabilidades e tarefas, sendo que era o quadro legal que confinava os direitos às mães.

Também aqui se verifica uma maior concretização da igualdade entre homens e mulheres, uma vez que, os pais portugueses recorrem, cada vez mais, ao gozo das licenças que lhes são concedidas enquanto nos restantes países da União Europeia se dinamizam ações que permitem a esses pais usufruir de licenças que não lhes estavam consagradas, tal como se alcança do Relatório de 2017.<sup>10</sup>

Se os mais recentes relatórios e estudos apontam para uma alteração do paradigma social, ocorrendo uma afunilamento da mentalidade relativa aos tradicionais papéis a

---

<sup>10</sup> 2017 Report on equality between women and men in the EU.

desempenhar no seio familiar, uma vez que os pais portugueses são cada vez mais empenhados em exercer a paternidade, em pleno, tal como o pretendiam e já faziam alguns pais de outros países da união europeia, apenas um fenómeno recente pode vir a subverter esta evolução: o acolhimento de refugiados que se pretendem integrar nas nossas comunidades mas que, mercê das suas culturas e crenças religiosas têm os estereótipos cristalizados, sendo um enorme desafio, o da integração desses homens nas nossas comunidades.

Assim, se foi dado um passo de gigante, na última década, no sentido da concretização da igualdade entre homens e mulheres porque subsistem diferenças salariais tão acentuadas, quer no setor público, quer no privado e como podemos romper com as mesmas?

No setor público, sabemos que as diferenças salariais se realizam pela via da não progressão tão rápida na carreira ou da atribuição dos cargos mais bem remunerados a trabalhadores homens enquanto no setor privado se faz por via dum contratação para categorias subadequadas às qualificações e habilitações da trabalhadora, o que permite ao empregador, pagar menos, sem deixar de comprimir o definido nos instrumentos de regulamentação social.

Porém, essas diferenças salariais têm-se vindo a diluir mercê de políticas públicas e institucionais que potenciam a tomada de consciência da problemática e base e que se espartilhava nessa repartição não equitativa das responsabilidades familiares, de que resultava uma dificuldade de empenho das mulheres numa carreira profissional.

Essa falta de tempo para dedicar à carreira aportava uma frustração das mulheres que se refletia na sua vida familiar e uma frustração que gerava sentimentos negativos que tinham repercussão no meio profissional, gerando conflitos e azedumes difíceis de gerir. Para esse azedume muito contribui a situação de assédio que, afetando trabalhadores, independentemente do género, conduzia a uma pior performance nas mulheres e prejudicava a sua progressão.

A existência de instrumentos jurídicos que preveem a fiscalização destas situações e consequente punição deveria ser o bastante para inibir essas práticas, uma vez que, se observarmos o número de arestos que se pronunciam sobre a matéria são escassos, o que erroneamente nos pode levar a concluir que há uma eficácia que não existe. Ainda existe uma

grande dificuldade de denunciar essas situações pois a prova das mesmas só é fácil quando há uma fiscalização que certifica essa situação<sup>11</sup>.

Mas...pela análise dos dados de que dispomos, podemos afirmar que a igualdade entre homens e mulheres, em Portugal, deixou de ser um mito inalcançável embora ainda exista um longo caminho a percorrer para uma igualdade de oportunidades plena.

Em Portugal, a consagração constitucional desse princípio de igualdade entre homens e mulheres foi abalar um regime de género que, cultural, social e politicamente instalado, assegurava através da legislação a reprodução das desigualdades e embora tenha ocorrido uma alteração significativa, essa conquista ainda não se traduziu num total desmantelamento de normas culturais genderizadas, que ainda persistem inscritas nos papéis masculinos e femininos sob a forma de expectativas sociais de desempenho na sociedade portuguesa.

É no domínio da conciliação que se cruzam os contextos em que se reproduzem desigualdades, como sejam a família e o trabalho mas as mesmas têm revelado uma evolução muito positiva, por ter havido uma grande mudança de atitude e de práticas dos homens face ao papel que desempenham na vida familiar e a conciliam com a vida profissional.

No dia-a-dia já se constata uma interação familiar que nos permite ver muitos pais a deixar os filhos na escola ou a ir fazer as compras ao supermercado ou com os filhos às compras, quer de vestuário, calçado ou material escolar, o que, há cerca de 20 anos nunca se via pois o papel do pai nessas atividades era sempre secundário ou mesmo inexistente pois o paradigma que se mantinha era o da mãe cuidadora, ainda que isso importasse uma sobrecarga de trabalho para a mulher<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Acórdão do STJ de 12/03/2014, consultado no site da [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), no âmbito do Processo nº590/12.5TTLRA.C1S1 e disponível em 23/12/2014.

Acórdão do STJ de 18/12/2013, consultado no site supra referido, proferido no âmbito do Proc.º248/10.0TTBRG.P1.S1.

Acórdão do STJ, de 18/12/2014, consultado no site citado e proferido no âmbito do Proc.º298/07.3TTPRT.P3.S1.

Acórdão do STJ de 3/12/2014, consultado no site referido e proferido no âmbito do Proc.º712/12.6TTPRT.P1.S1.

Acórdão do STJ de 3/12/2014, consultado no site referido e proferido no âmbito do Proc.º420/06.7TTLSB.1.S1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, consultado no site referido e proferido no âmbito do Proc.º410/13.3TTYFR.P1, todos os arestos consultados em 1 de setembro de 2017.

<sup>12</sup> Casaca, Sara Falcão, 2010 e 2013.

O fenómeno que surge na nossa sociedade atual já tende a ser o inverso, em que são os homens a travar uma luta pelo exercício paritário das responsabilidades parentais, mercê do exponencial aumento do número de divórcios ou separações, na sequência das quais surgem inúmeras situações de alienação parental, em clara prática dum incumprimento que impede o exercício da parentalidade pelo pai, o que, a longo prazo se revelará nefasto para a criança e jovem envolvido nesta disputa.

Essa alienação parental prejudica, gravemente, não só a relação do menor com o pai mas com toda uma parte da família, inibindo o desenvolvimento de afetos que podem marcar a sua personalidade de modo profundo e indelével, deixando cicatrizes que condicionam a vida adulta desses menores que, pela não participação de um dos progenitores na sua educação e acompanhamento do desenvolvimento dos valores e princípios, tem, muitas vezes, um caráter destrutivo ou um desequilíbrio emocional que o próprio não entende e lhe custa a aceitar.

Daí que, tendo sido alvo desse desligamento, ainda que por razões culturais, sociais e económicas, os pais se empenhem em participar, de modo ativo, na vida dos filhos, para colmatar as falhas educacionais de que foram alvo ou evitar que os filhos sofram as situações traumáticas a que foram sujeitos, tornando-os seres mais equilibrados e mais felizes.

### **PROPOSTAS DE AÇÃO**

Apesar de ao longo do estudo se ter tornada evidente uma significativa evolução, no sentido da concretização da igualdade entre homens e mulheres, por via da alteração de postura e mentalidade, quer dos intervenientes diretos, quer da sociedade em geral, existem ainda muitas arestas a ser limadas, de modo a tornar esse princípio uma edificação sólida e inabalável.

De entre algumas das medidas que devem ser tomadas, temos:

- a) A dinamização de mais ações de divulgação da figura das licenças e modalidades de gozo das mesmas, quer junto dos trabalhadores, quer junto dos empresários, o que permitirá, também, proceder a uma eficaz fiscalização e punição dos

- empregadores que tenham criado obstáculos à fruição de direitos constitucionalmente consagrados;
- b) A promoção institucional das licenças parentais, dinamizando a atribuição de uma selo de boas práticas às empresas que adotarem modelos de gestão igualitária a nível da conciliação e da promoção do gozo dos direitos exclusivos facultativos e da partilha da licença parental inicial entre os progenitores;
- c) Alterar uma política de licenças que ainda peca pelo facto de atribuir maior ênfase à maternidade, uma vez que só por acordo, o pai pode gozar o remanescente da licença parental inicial, fazendo perdurar o papel da mãe à do progenitor cuidador, existindo ainda um enorme hiato temporal entre os períodos de licença consagrados a ambos os progenitores;
- d) Introdução ao nível da pré-primária e do ensino básico de conteúdos programáticos que sensibilizem os menores para a questão da igualdade, desmistificando a ideia de tarefas de “menino” e de “menina”, o que contribuirá para uma consciencialização das crianças para o respeito mútuo e a partilha na vida familiar;
- e) Apostar, a nível de decisão relativa ao exercício das responsabilidades parentais, em sequência de divórcio ou separação dos pais, num regime de residência alternada, sempre que a mesma se torne viável e se coadune a uma manutenção nas rotinas educacionais dos menores. Se, durante muito tempo, os senhores procuradores manifestavam alguma resistência em promover regimes de exercício em que existiam residências alternadas, por entender que criava alguma instabilidade nos menores, que se tinham que adaptar a rotinas e hábitos diferentes, concluiu-se que, a atribuição da guarda só a um dos progenitores tem contribuído

para muitos fenómenos de alienação parental, o qual consubstancia, desde logo, uma violação ao princípio da igualdade entre homens e mulheres. Daí que, a posição se tenha alterado e se revele uma maior sensibilidade na promoção da residência alternada, que permite aos filhos usufruir da companhia, cuidados e carinho, não só de cada progenitor mas do seu lado da família.

- f) A consciencialização de que, os pais não têm apenas o dever de cuidar dos menores e contribuir para o seu crescimento saudável e equilibrado, tendo que ser criadas condições para que os progenitores também tenham o direito a cuidar dos filhos, sem que se tenham que anular enquanto pessoas e cidadãos.

A dinamização destas ações importaria uma alteração do paradigma social, com um impacto tão profundo que, seguramente, se alcançaria a meta da igualdade de oportunidades entre os homens e mulheres, com a realização de uma das principais linhas de ação das políticas nacionais e comunitárias.

Já foi trilhado muito do caminho necessário a tornar a igualdade uma realidade, pois o passo principal que pressupõe uma alteração dos estereótipos de género já está em curso, uma vez que os mais recentes estudos certificam uma mutação, ainda que incipiente da realidade nacional, em que os homens já participam na vida familiar noutros moldes, preocupando-se em ter um papel relevante na vida dos filhos e na realização de trabalho não pago, que era só executado pelas mulheres.

## **CONCLUSÕES**

A concretização do princípio da igualdade entre homens e mulheres, quer a nível nacional, quer a nível dos países da União Europeia deixou de ser uma miragem, revelando-se cada vez mais um objetivo alcançável, ainda que haja um caminho a percorrer para que essa mesma igualdade seja plena.

Da análise dos mais recentes estudos realizados e que versam essa igualdade de oportunidades se alcança que há uma diluição dos estereótipos de género que aliavam os papéis masculinos e femininos, não surgindo uma expectativa que possa, desde logo, condicionar os comportamentos das pessoas.

É um facto que os homens, independentemente da sua idade, quando têm cônjuges com uma carreira profissional, estão mais receptivos à repartição das tarefas domésticas e na partilha das responsabilidades familiares, como sejam, o cuidar dos filhos ou tomar decisões relativas à economia doméstica.

Ao mesmo tempo, cresce a percepção de que a divisão do trabalho doméstico e das responsabilidades parentais está aliada a uma justiça subjacente à condição de ambos os membros do casal, uma vez que executando ambos trabalho pago, o que não é pago, deve ser partilhado, sob pena de as mulheres prescindirem da sua condição feminina e apostarem apenas numa carreira, o que já vimos acontecer em muitos países da União Europeia que, confrontados com baixas de natalidade assustadoras, estão empenhados em criar figuras jurídicas como as licenças, em que se beneficiem os pais, não só para assumirem o papel de cuidadores, mas para permitir que as mães regressem mais cedo ao mercado de trabalho.

As medidas adoptadas em Portugal e que permitem uma envolvimento precoce dos pais na vida dos seus filhos coaduna-se com uma política que visa a igualdade entre os sexos, o bem-estar da criança e a harmonização das responsabilidades. Porém, há que estar atento e incrementar a disseminação de uma masculinidade cuidadora, da qual resulta uma maior coesão e empatia no casal.

Ainda existem vários passos a ser dados, ainda existem muitos progressos a ser feitos mas a meta a atingir, a da igualdade entre homens e mulheres, já se vislumbra ao fundo de um túnel a percorrer, sendo que tal caminho tem que ser dado de forma segura e cuidada, para que se torne eficaz e duradouro e não um foco de tensões que conduza a um desequilíbrio conjugal, que force situações de separação e, conseqüentemente, novos focos de desentendimento que vão prejudicar os filhos.

Além da alteração de mentalidade e cultura que ainda perdura nesta sociedade ocidental, temos que dinamizar mais ações de sensibilização para a questão da igualdade, que

passa pela alteração do papel dos homens e mulheres na vida familiar e, ao mesmo tempo, fiscalizar as entidades empregadoras que criem obstáculos ao exercício duma parentalidade ativa, quer pela via da aplicação de sanções, quer pela via de atribuição de incentivos às que revelem maiores taxas de gozo das licenças ligadas à parentalidade.

Os estudos mais recentes revelam que, face a uma alteração do paradigma societário, serão os homens que terão de lutar pelo exercício de uma parentalidade partilhada, pelo menos em países como o nosso em que ainda estamos formatados para uma atribuição de maior relevo ao papel da mãe na dinâmica familiar.

#### BIBLIOGRAFIA:

- (1) Aboim, Sofia, 2010. "Género, família e mudança em Portugal", In Karin Wall, Sofia Aboim e Vanessa Cunha. A vida familiar no masculino. Negociando Velhas e Novas Masculinidades. Lisboa, CITE, 39-66.
- (2) Aboim, Sofia e Vasconcelos, Pedro. 2012. Study on the Role of Men in Gender Equality in Portugal. Lisboa, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Publicação disponível em: <https://hdl.handle.net/10451/7741>.
- (3) Brown, David; Brown, Debra e Anastasopoulos, Vanessa. 2002. Women on boards: Not just the right thing...but the "bright" thing. Report 341-02. Ottawa: Conference Board of Canada.
- (4) Casaca, Sara Falcão. 2010. "A igualdade de género e a precarização do emprego". In Virginia Ferreira (org.). A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal: Políticas e Circunstâncias. Lisboa.
- (5) Casaca, Sara Falcão. 2013. "As novas dinâmicas laborais e os desafios da articulação com a vida familiar". Sociologia-Problemas e Práticas. 72:31-52.
- (6) Connell, R.W. 2002. Gender. Cambridge: Polity Press.
- (7) Ferreira, Virginia e Monteiro, Rosa. 2013. Trabalho, Igualdade e Diálogo Social. Estratégias e Desafios de um Percursos. Lisboa: CITE.
- (8) Gomes, Júlio Manuel Vieira, Direito do Trabalho, I, 2007, pp. 410-436.
- (9) Marinho, Sofia. 2011. Paternidades de hoje. Significados, práticas e negociações da parentalidade na conjugalidade e na residência alternada. Tese de

Doutoramento.Lisboa. ICS-ULisboa. Publicação disponível em:<http://repositório.ul.p/handle/10451/4940>.

- (10) Perista, Heloísa.2002. “Género e trabalho não pago: os tempos dos homens e os tempos das mulheres”. *Análise Social*,163: 447-474.
- (11) Ramalho, Maria do Rosário da Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, II*, 4ªedição, pp.152-162.
- (12) Ridgeway,Cecilia e Correll,Shelley.2000. “Limiting inequality through interaction”. *Contemporary Sociology*. 20:110-120.
- (13) Risman, Barbara J.2004. “Gender as a social structure:theory wrestling with activism”. *Gender and Society*. 18(4):429-450.
- (14) Wall, Karin; Aboim, Sofia e Cunha, Vanessa(coord.).2010. *A Vida Familiar no Masculino. Negociando Velhas e Novas Masculinidades*. Lisboa:CITE.
- (15) Wall, Karin(coord.); Leitão, Mafalda; Atalaia, Susana e Cunha, Vanessa.2014.*Políticas de Apoio Económico às Famílias em 2013. Policy Brief 2014*.Lisboa: OFAP/ICS-ULisboa.
- (16) Wall, Karin; Leitão, Mafalda; Correia, Sónia Vladimira e Ramos, Vasco.2016.*Políticas de Família em 2014 e 2015-Principais Desenvolvimentos*. Lisboa: OFAP/Observatório do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

# **A GARANTIA DOS CRÉDITOS LABORAIS NO CONTEXTO DA INSOLVÊNCIA DO EMPREGADOR - O PRIVILÉGIO CREDITÓRIO IMOBILIÁRIO ESPECIAL**

**Ana Rita Fernandes Pinto, IPCA**

**Maria João Machado, ESTG.IPP/CIICESI**

## **BREVE INTRODUÇÃO**

A falta de liquidez das empresas tem constituído uma das principais causas do elevado número de pedidos de declaração de insolvência, uma vez que as instituições de crédito não disponibilizam meios suficientes, ficando aquelas sem capacidade financeira para honrar os seus compromissos<sup>1</sup>.

Embora nos últimos dois anos se tenha assistido a uma ligeira diminuição da taxa de desemprego, o certo é que os últimos anos têm sido assinalados pela densa perda de postos de trabalho e, em consequência, pelo bárbaro crescimento do desemprego<sup>2</sup>. Várias são as formas que esta destruição de emprego revestiu, como a extinção dos contratos de trabalho de carácter precário<sup>3</sup>, o despedimento coletivo, extinção de posto de trabalho, e alguns outros processos da mais perturbante ilegalidade<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. CORDEIRO, António Menezes – “Perspectivas Evolutivas do Direito da Insolvência”. In Revista de Direito das Sociedades. Almedina. Número 3. Ano IV (2012). p. 566 e 567.

<sup>2</sup> De acordo com os dados fornecidos pelo INE e pelo PORDATA, a taxa de desemprego em Portugal no ano de 1990, situava-se nos 4,6%, no ano de 2016, situava-se nos 11,1% e, no ano de 2015, situava-se nos 12,4%. Isto sem deixar de referir que em 2013 a taxa de desemprego alcançou máximos históricos, situando-se nos 16,2%, cfr. PORDATA – Base de Dados Portugal Contemporâneo. Fontes/ Entidades: INE, PORDATA. Última Atualização: 01/09/2017. Disponível em [http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+desemprego+total+e+por+sexo+\(percentagem\)-550](http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+desemprego+total+e+por+sexo+(percentagem)-550).

<sup>3</sup> Como os contratos de trabalho a termo, temporários ou a recibos verdes, conforme refere BRANDÃO, Manuel Cavaleiro – “Algumas Notas (interrogações) em Torno da Cessação de Contratos de Trabalho em Caso de

Quase todos os dias são denunciados os chamados “*encerramentos de empresa*”, quer se trate de extinção de pessoa coletiva empregadora, por via de dissolução ou liquidação por iniciativa dos titulares do capital da empresa, quer se trate do simples encerramento do estabelecimento ou, ainda, quando se trate da insolvência com a liquidação do património e encerramento<sup>5</sup>.

Ou seja, a insolvência é um instituto interligado com a situação económica do país, pois a sua construção jurídica altera-se, aprofunda-se e modela-se em tempos de crise, como os que vivemos<sup>6</sup>.

Por outro lado, devemos ter em consideração a especial importância do salário-rendimento auferido pelo trabalhador como contrapartida da prestação de trabalho a favor do empregador. Facilmente se percebe que todo o regime jurídico constante no Código do Trabalho (doravante, CT), aprovado pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro, relativo à retribuição, tem como perspetiva a destinação do salário à satisfação das necessidades pessoais e familiares do trabalhador<sup>7</sup>.

A retribuição é, assim, um direito do trabalhador com previsão no artigo 59.º, nº1 al. a) da Constituição da República Portuguesa aprovada pelo Decreto de 10/04 de 1976, que estabelece que “*todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, convicções políticas, ou ideológicas, têm direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna*”.

---

“encerramento da empresa” e de “insolvência e recuperação de empresa”. *In Revista do Centro de Estudos Judiciários*. janeiro de 2014. p. 143.

<sup>4</sup> Cfr. refere BRANDÃO, Manuel Cavaleiro – “Algumas Notas (interrogações)...”, *in Revista do Centro de Estudos Judiciários*, ob. cit., p. 143, designadamente, o cruel encerramento das unidades produtivas e o desaparecimento do empregador ou de quem pudesse ser responsabilizado pela situação.

<sup>5</sup> Cfr. BRANDÃO, Manuel Cavaleiro – “Algumas Notas (interrogações)...”, *in Revista do Centro de Estudos Judiciários*, ob. cit., p. 144.

<sup>6</sup> Cfr. MONTEIRO, Leonor Pizarro – “O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora”. Coimbra. Almedina. 2016. p. 17.

<sup>7</sup> Cfr. FERNANDES, António Monteiro – “Direito do Trabalho”. Coimbra. Almedina. 2014. pp. 408.

Deste modo, concentramos a nossa atenção, especialmente, na relação entre a empresa/empregador e o trabalhador em contexto de insolvência da entidade empregadora, tendo como objeto de análise primordial a garantia dos créditos laborais (que compreendem a retribuição, a compensação e, em alguns casos, a indemnização) dos trabalhadores.

## **1. A PREVISÃO DO PRIVILÉGIO CREDITÓRIO IMOBILIÁRIO ESPECIAL NO CT: O OBJETO**

### **1.1. O CÓDIGO DO TRABALHO DE 2003**

Até 1986 os trabalhadores não tinham ao seu dispor qualquer garantia sobre o património imobiliário do empregador. A Lei dos Salários em Atraso (doravante, LSA), aprovada pela Lei nº 17/86, de 14 de junho institui um privilégio imobiliário geral que foi gerador de uma grande controvérsia<sup>8</sup>.

O privilégio creditório imobiliário especial foi introduzido pelo CT de 2003, substituindo o privilégio imobiliário geral anteriormente previsto como garantia dos créditos laborais. As razões entretanto enunciadas suscetíveis de terem influenciado esta transmutação da natureza do privilégio de geral em especial foram as dúvidas que à data da aprovação do Código do Trabalho pairavam sobre a constitucionalidade da prevalência do privilégio imobiliário geral sobre as hipotecas anteriormente registadas. Outra razão terá sido a nova redação dada aos artigos 749.º e 751.º do Código Civil (doravante, CC), Decreto-Lei nº 47344/66, de 25 de novembro, introduzida pouco tempo antes da aprovação do CT, nos termos da qual passou a ser inequívoco que as garantias sobre os mesmos bens prevaleciam sobre o privilégio imobiliário geral, aplicando-se assim o disposto no artigo 749.º do CC. Perante a nova redação conferida aos artigos 749.º e 751.º do CC, os créditos laborais gozavam de uma débil proteção, uma vez que na grande maioria dos casos os credores detentores de hipotecas sobre os bens do insolvente eram sociedades financeiras cujos créditos ascendiam a montantes muito elevados<sup>9</sup>.

Deste modo, o legislador, pretendendo melhorar a proteção dos créditos laborais, adotou uma solução que passou pela identificação de determinados bens imóveis do devedor,

---

<sup>8</sup> Cfr. MONTEIRO, Leonor Pizarro, ob. cit., p. 134.

<sup>9</sup> Cfr. PIRES, Luís Miguel Lucas – “A Amplitude e a (In)constitucionalidade...”, ob. cit., pp. 80 e 81.

transformando o privilégio em imobiliário especial. Atribuído o privilégio imobiliário aos créditos laborais, dúvidas não restaram quanto à sua prevalência sobre a hipoteca, consignação em rendimentos e direito de retenção, mesmo que estes direitos tivessem sido constituídos anteriormente, nos termos do disposto no artigo 751.º do CC. No entanto, pese embora a menor abrangência do privilégio, o certo é que a partir deste momento os créditos laborais ficaram dotados de uma proteção mais intensa<sup>10 11</sup>.

Passou assim a dispor o artigo 377.º nº1 do CT, na versão dada pela Lei 99/2003, de 27 de agosto, que: “*os créditos emergentes do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação, pertencentes ao trabalhador, gozam dos seguintes privilégios creditórios: a) privilégio mobiliário geral; b) privilégio imobiliário especial sobre os bens imóveis do empregador no qual o trabalhador preste a sua atividade*”.

Porém, com esta redação dada ao artigo 377.º, nº1, al. b) do CT, o objeto do privilégio imobiliário foi claramente reduzido, uma vez que, como expressamente refere o aludido artigo, este privilégio apenas engloba os imóveis do empregador nos quais os trabalhadores prestem a sua atividade. Confrontadas com este panorama, e compreendendo a grande diversidade de atividades profissionais<sup>12</sup> que pela sua natureza ou pelo seu fim não são realizadas em imóvel do empregador, a doutrina e a jurisprudência perceberam que existiriam trabalhadores que poderiam ver os seus direitos limitados atento o disposto naquele artigo<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Todavia, ao limitar o objeto da garantia, impede que os trabalhadores, no âmbito duma execução onde fosse penhorado um qualquer bem imóvel do devedor, reclamem os seus créditos, sendo assim aumentada a probabilidade do exequente obter a satisfação do seu crédito desde que sobre o bem penhorado não recaia qualquer privilégio imobiliário especial, cfr. PIRES, Luís Miguel Lucas – “Os Privilégios Creditórios...”, ob. cit., p. 189.

<sup>11</sup> Cfr. PIRES, Luís Miguel Lucas – “A Amplitude e a (In)constitucionalidade...”, ob. cit., p. 81.

<sup>12</sup> Tais como, os motoristas, as empregadas domésticas, os construtores civis, os vendedores, os promotores publicitários dos produtos junto de superfícies comerciais, os trabalhadores que prestam assistência técnica a clientes, os vendedores nas feiras, os trabalhadores que exercem funções em teletrabalho, etc. Diga-se até que, em muitos casos, embora o trabalhador preste a sua atividade profissional em certo imóvel, não são muito raras as vezes em que este não é propriedade da entidade patronal, porque esta apenas o arrendou, cfr. COSTEIRA, Joana – “Os Efeitos da Declaração...”, ob. cit., p. 128.

<sup>13</sup> Cfr. COSTEIRA, Joana – “Os Efeitos da Declaração...”, ob. cit., p. 128.

Assim, foram surgindo interpretações distintas na doutrina e na jurisprudência, sendo umas mais amplas e outras mais restritas. Como expõe Miguel Lucas Pires<sup>14</sup>, “*uma primeira, mais fiel ao teor literal do preceito, considera apenas abrangidos pelo privilégio os concretos bens imóveis do empregador devedor nos quais o trabalhador exercesse a sua atividade, com exclusão de quaisquer outros que eventualmente sejam propriedade da entidade patronal*”<sup>15</sup>, enquanto “*outra posição, mais abrangente, entende que o privilégio em questão abrange, em relação a cada trabalhador, não apenas o certo imóvel onde o mesmo tenha desenvolvido a sua atividade, mas outros de que seja proprietário o empregador e que sejam igualmente afetos à sua organização empresarial*”<sup>16 17</sup>.

Ora, este autor defende que apenas deve ser objeto do privilégio imobiliário dos trabalhadores o concreto imóvel onde o trabalhador exerça a sua atividade. A admissão da tese que defende a sujeição de todos os imóveis do empregador ao privilégio imobiliário, independentemente da prestação da sua atividade, poria em causa o próprio carácter especial do privilégio. Implicaria ainda que, na prática, a generalidade dos bens do empregador se achassem sob a alçada do privilégio, em contraposição com o propósito restritivo do seu

---

<sup>14</sup> Cfr. PIRES, Luís Miguel Lucas – “A Amplitude e a (In)constitucionalidade...”, ob. cit., pp. 81 e 82.

<sup>15</sup> Cfr. o ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 29/04/2008, Processo nº 08A1090, disponível em <http://www.dgsi.pt>, que considera “*fundamental que o privilégio em referência apenas abrange, relativamente a cada trabalhador, o imóvel concreto onde o mesmo desenvolveu a sua atividade*”.

<sup>16</sup> Neste sentido, o ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/10/2007, Processo nº 3213/04.2TJCBR-AL.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>, segundo o qual, sendo o empregador uma pessoa singular, ressaltava-se os imóveis que fossem destinados à exclusiva fruição pessoal daquele, bem como todos os bens que estivessem incorporados num estabelecimento diverso daquele em que o trabalhador exerceu a sua atividade. Defendendo a tese em que o privilégio creditório dos trabalhadores recai sobre todos os imóveis do empregador, mais se diz naquele acórdão que “*o trabalhador de escritório, de armazém, e da produção não gozam apenas de privilégio creditório, respetivamente, sobre o escritório, sobre o armazém e sobre o pavilhão de produção... sendo que tal solução carece de qualquer sentido, nem é essa a `ratio legis`, pois conduziria a uma injustificada discriminação entre os trabalhadores da mesma empresa. E tal (...) se questiona: O que restaria, por exemplo, para um motorista?*”

<sup>17</sup> Perfilhando também este segundo entendimento expõe-se no ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 25/12/2006, Processo nº 1587/06-1, disponível em <http://www.dgsi.pt>, que “*o privilégio imobiliário especial de que gozam os créditos dos trabalhadores da falida abrange todos os imóveis integrados no estabelecimento para o qual o trabalhador prestou a sua atividade, independentemente de essa atividade ter sido aí prestada ou no seu exterior*”.

âmbito mirado pelo legislador. Por outro lado, não se afigura alheia à criação do privilégio a previsão de uma conexão entre os bens a ele afetos e os seus beneficiários, sendo certo que essa ligação desapareceria caso se admitisse que fossem objeto do privilégio todos os imóveis cuja propriedade pertencesse ao empregador<sup>18</sup>. Mais, a admitir um privilégio (imobiliário) geral, este, tal como o privilégio especial, nunca poderia incidir sobre bens de terceiros, quando o empregador não é proprietário de nenhum imóvel e apenas detém sobre os imóveis onde se encontra implantada a empresa o direito de arrendamento ou de locação financeira, pois neste caso o privilégio fica vazio de objeto. Este entendimento é também perfilhado por Salvador da Costa,<sup>19</sup> uma vez que, também para este autor, o privilégio imobiliário atribuído aos trabalhadores deixou de abarcar todos os imóveis do empregador, passando a compreender apenas os imóveis nos quais os trabalhadores exerçam a sua atividade profissional.

Por outro lado, Júlio Vieira Gomes<sup>20</sup> julga que antes de mais deverá ser atendida a proteção dos direitos dos trabalhadores, pelo que a tese que defende uma interpretação restritiva da norma poderá levar a diferenças de tratamento entre trabalhadores do mesmo empregador; face a este argumento, entende que deverão ser objeto deste privilégio todos os imóveis cuja propriedade pertença ao empregador.

Este entendimento foi também sufragado pelo acórdão (doravante, ac.) do Tribunal da Relação de Guimarães de 05/12/2006, Processo nº 1587/06-1 e pelo ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 27/02/2007, Processo nº 530/04.5TBSEI-X.C1<sup>21</sup> <sup>22</sup>, bem como pelo já

---

<sup>18</sup> Mais se dirá até que o disposto no artigo 377.º do CT “*é de constitucionalidade mais que duvidosa por violação do princípio da igualdade quando restringe, de modo arbitrário e sem justificação plausível, o privilégio creditório imobiliário especial aos créditos laborais dos trabalhadores que exerciam a atividade em dado imóvel (...) ao produto desse imóvel em confronto com os demais credores laborais que trabalhavam em outros imóveis de que a entidade patronal não era proprietária (...)*”, conforme se refere no ac. do Tribunal da Relação de Évora de 24/05/2007, Processo nº 301/07-2, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>19</sup> Cfr. COSTA, Salvador da – “O Concurso de Credores”. 5ª Edição. Coimbra. Almedina. 2015. p. 248.

<sup>20</sup> Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Direito do Trabalho”. Vol. I. Coimbra. Coimbra Editora. 2007. p. 899.

<sup>21</sup> Escreveu-se neste acórdão que “*embora concedendo o legislador tal privilégio imobiliário especial com a eficácia e a amplitude prevista no artigo 751.º do Código Civil, logo o restringiu ao património do empregador onde o trabalhador presta a sua atividade, excluindo todo o demais património, mas sem estabelecer qualquer discriminação entre os trabalhadores. Portanto, o trabalhador integrado numa unidade empresarial, e*

citado ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/10/2007, Processo nº 3213/04.2TJCBR-AL.C1<sup>23</sup>, nos quais também se entende que se devem considerar compreendidos todos os imóveis pertencentes ao empregador destinados à atividade prosseguida por este, na qual o trabalhador se inclua, sendo que estes imóveis servem de garantia a todos os trabalhadores independentemente das funções que desempenhem ou do concreto espaço físico ocupado por cada um. Ou seja, basta que os tais imóveis sejam parte integrante da unidade empresarial a que aqueles trabalhadores pertenceram para que sobre todos os imóveis apreendidos recaia o privilégio imobiliário especial, verificando-se assim o elemento de conexão típico destes privilégios, que se materializa na “especial relação intercedente entre o crédito e a coisa garante, ou seja, entre o exercício da atividade profissional do trabalhador e o património imobiliário do empregador em função do qual a mesma se desenvolveu e concretizou”<sup>24</sup>.

Esta tese demonstra uma clara preocupação em evitar desigualdades entre trabalhadores da mesma empresa, tanto mais inaceitáveis quanto se pense que o acesso a este reforço da garantia variaria em função da actividade desenvolvida ou do local de trabalho, que de forma alguma poderiam justificar a desigualdade de tratamento. Deste modo, a tese patenteada consistiu numa tentativa de, através de uma interpretação conforme, acautelar a eventual inconstitucionalidade da nova solução<sup>25</sup>.

Todavia, certo é que para os restantes credores é bem diferente o facto de o privilégio incidir sobre todos os imóveis do empregador afetos à atividade por ele prosseguida ou, por outro lado, apenas incidir sobre o imóvel onde o trabalhador exerce a sua atividade. No primeiro caso o imóvel, sobre o qual um outro credor dispõe de hipoteca, está afeto à satisfação dos créditos laborais de todos os trabalhadores, enquanto, na segunda situação, o imóvel apenas será afeto à satisfação dos créditos laborais dos trabalhadores que ali exerçam a sua atividade e, apenas e só destes<sup>26</sup>.

---

*relativamente aos seus créditos laborais, goza de privilégio sobre todos os imóveis afetos a essa atividade e apenas sobre esses prédios ”.*

<sup>22</sup> Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>23</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>24</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana - “O Novo Privilégio Imobiliário...”, ob. cit., p. 439.

<sup>25</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana - “O Novo Privilégio Imobiliário...”, ob. cit., p. 440.

<sup>26</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana - “O Novo Privilégio Imobiliário...”, ob. cit., pp. 440 e 441.

No mais, sempre se poderia dizer, como entende Joana Vasconcelos<sup>27</sup>, que esta segunda tese poderia certamente ter acarretado um renascimento, ainda que de forma diferente, do privilégio imobiliário geral que o Código do Trabalho revogou. Ou seja, pese embora a maior proteção concedida aos créditos laborais pelo disposto no artigo 377.º do CT, a verdade é que envolve o retorno, a propósito da nova figura, de toda a incerteza que rodeava a que antecedeu<sup>28</sup>. No entanto, como bem se refere no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 31-03-2016, Processo nº 8/16.4YFLSB<sup>29</sup>, mesmo que o privilégio compreenda todos os imóveis do empregador destinados à sua atividade empresarial ao qual os trabalhadores se encontram ligados funcionalmente, este nunca se identificaria com o privilégio imobiliário geral, uma vez que ficariam sempre excluídos do privilégio imobiliário especial os imóveis utilizados pelo empregador noutra atividade, como por exemplo quando os arrendasse a terceiros, e os imóveis destinados à fruição pessoal do empregador, no caso de se tratar de pessoa singular.

Por fim, parece claro que a posição dominante na doutrina é aquela que considera que apenas poderão ser objeto do privilégio imobiliário especial os imóveis onde os trabalhadores efetivamente prestem a sua atividade.

Embora nos pronunciemos mais adiante acerca deste assunto, temos para nós que, não obstante a disposição em apreço já ter sido alvo de alterações, o direito à retribuição é um direito fundamental dos trabalhadores com previsão legal no artigo 59.º, nº1 da CRP e a existência do mesmo não depende do local de trabalho onde a atividade profissional é desenvolvida. Logo, quando se estatuem medidas para tutela da retribuição dos trabalhadores deverá ser na ótica de que elas se aplicam a todos de forma igualitária. E, para além do mais, e tendo em conta que os defensores da tese que restringe o objeto do privilégio invocam a falta de conexão entre os bens a ele afetos e os seus beneficiários, defendemos a existência dessa conexão entre o exercício da atividade profissional, que é a fonte do crédito, e o património

---

<sup>27</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana - “O Novo Privilégio Imobiliário Especial dos Créditos Laborais – algumas questões suscitadas pelas suas primeiras aplicações jurisprudenciais”. In *Liberdade e Compromisso – Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*. Vol. II. Universidade Católica Editora. Lisboa. 2009. P. 441.

<sup>28</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana - “O Novo Privilégio Imobiliário...”, ob. cit., p. 441.

<sup>29</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

imobiliário do empregador afeto àquela mesma atividade. Ora, se pensarmos num camionista, verificamos que de facto existe um elemento de conexão entre o imóvel onde se encontra a sede da empresa e o próprio trabalhador, pois embora o mesmo não desempenhe a sua função naquele imóvel e, por isso, a sua conexão não é imediata, a verdade é que é àquela organização empresarial que ele pertence e é da mesma que recebe ordens e orientações superiores.

## 1.2. O CÓDIGO DO TRABALHO DE 2009

Em 2009 o CT foi alterado pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro. Em consequência dessa alteração, o anterior artigo 377.º, que agora corresponde ao artigo 333.º nº1, passou a dispor o seguinte: “*Os créditos do trabalhador emergentes do contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação gozam dos seguintes privilégios creditórios:*”

- a) *Privilégio mobiliário geral;*
- b) *Privilégio imobiliário especial sobre bem imóvel do empregador no qual o trabalhador preste a sua atividade.”*

Antes de mais note-se que a grande alteração neste artigo consistiu na substituição de “bens imóveis” por “bem imóvel”<sup>30</sup> sendo que a graduação destes créditos se mantém antes dos créditos mencionados no artigo 748.º do CC e dos créditos relativos a contribuições para a Segurança Social. Continuam a prevalecer sobre os direitos reais de gozo e de garantia de terceiros nos termos do disposto no artigo 751.º do CC e apenas cedem perante os privilégios por despesas de justiça, nos termos do artigo 746.º do CC<sup>31</sup>.

Posto isto, parece que o legislador, com esta alteração, tentou uma vez mais resolver a discórdia existente até aqui na doutrina acerca dos privilégios dos trabalhadores, tomando posição a favor da tese mais restritiva que a maioria da doutrina e jurisprudência defendiam.

Ora, perante esta alteração restritiva, se fizermos uma interpretação literal do citado preceito, os créditos laborais apenas beneficiarão de privilégio imobiliário especial se o bem imóvel em que o trabalhador desempenha a sua atividade pertencer ao empregador e, mesmo

---

<sup>30</sup> Cfr. COSTEIRA, Joana – “Os Efeitos da Declaração...”, ob. cit., p. 129.

<sup>31</sup> ROMEIRO, Daniela Dias – “O Objeto do Privilégio Creditório Imobiliário Especial sobre o Bem Imóvel do Empregador no Qual o Trabalhador Preste a sua Atividade: Proposta de Interpretação Conforme à Constituição da República Portuguesa”. Lisboa: (s.n.). 2014. Tese de Mestrado. p. 35.

que o empregador seja proprietário de mais bens imóveis, estes não servirão como garantia dos créditos do trabalhador<sup>32</sup>.

Porém, e não obstante esta restrição feita pelo próprio legislador e o facto de algumas decisões judiciais<sup>33</sup> e alguns autores<sup>34</sup> considerarem insustentável a tese que, numa interpretação não literal e muito lata do anterior artigo 377.º, defendia que se deveriam considerar abrangidos todos os imóveis do empregador, o certo é que as correntes doutrinárias e jurisprudenciais<sup>35</sup> defensoras da aplicação deste privilégio a todos os trabalhadores independentemente de exercerem a sua atividade ou não no imóvel, continuaram a existir<sup>36</sup>. E o principal fundamento desta corrente para considerar a aplicação deste privilégio nestas circunstâncias era a necessidade de existência da igualdade entre trabalhadores que exerçam efetivamente a sua atividade nos prédios do empregador e aqueles que trabalhem no exterior

---

<sup>32</sup> Neste sentido ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 31/01/2007, Processo nº07A4111, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>33</sup> Que decidiram segundo uma interpretação literal da norma, exigindo-se como condição obrigatória para beneficiar do privilégio a alegação e prova pelo trabalhador de que realmente exercia a sua atividade naquele imóvel sobre o qual pretende ver recair tal garantia. Além do mais, retira-se do exposto no artigo 128.º, nº1, al. c) que o credor, neste caso o trabalhador enquanto credor, deverá indicar a natureza do seu crédito, o seu montante, identificar o bem objeto da garantia e os respetivos dados de identificação registral, conforme se decidiu no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 31/01/2007, Processo nº07A4111, no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 19/06/2008, Processo nº 08B974 e no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 10/05/2011, Processo nº 576-D/2001.P1.S1, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>34</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana – Código do Trabalho - Anotado. 9ª Edição. Coimbra. Almedina. 2013. p. 705 e 750; Cfr. PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., p. 252.

<sup>35</sup> Tal como se decidiu no ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 28-09-2011, Processo nº 345/09.4TBRMR-C.L1-1, disponível em <http://www.dgsi.pt>, que o crédito do trabalhador/recorrente “gozará de privilégio imobiliário especial sobre todos os imóveis afetos à atividade da insolvente, independentemente de qualquer concreta conexão específica entre o imóvel e a atividade laboral do recorrente”, no ac. do Tribunal da Relação de 22-05-2012, Processo nº 148/09.6TBPST-F.L1-1, disponível em <http://www.dgsi.pt>, que “o privilégio imobiliário previsto no artigo 333º do Código do Trabalho abrange todos os imóveis existentes na massa insolvente que estavam afetos à atividade empresarial da mesma” e ainda no ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-06-2012, Processo nº 1087/10.3TJCBR-J.C1 e no ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 18-12-2013, Processo nº 2805/11.8TBVIS-D.C1, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>36</sup> Como entende PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., pp. 253 e 254.

da empresa, como por exemplo, os motoristas. Pelo que, a defender-se a tese mais restritiva, está-se a valorizar o elemento literal da norma e a sobrevalorizar o local de trabalho<sup>37</sup>.

Ora, atento o confronto entre o anterior artigo 377.º do CT e o atual artigo 333.º do CT, parece resultar que perante este último normativo os trabalhadores, de facto, viram os seus créditos dotados duma tutela menos privilegiada<sup>38</sup>.

Assim, Joana Vasconcelos<sup>39</sup> e, mais recentemente, Salvador da Costa<sup>40</sup> acolhem a tese de que apenas poderá ser objeto do privilégio imobiliário especial o bem imóvel do empregador onde o trabalhador efetivamente preste a sua atividade. Argumenta Salvador da Costa<sup>41</sup> que, *“interpretando a expressão da lei a partir da sua letra e tendo em conta que o privilégio imobiliário especial, bem como a exigência de uma publicidade mínima para a segurança do comércio jurídico, a referida garantia especial só releva em relação ao concreto imóvel onde o trabalhador exerça ou exerceu a sua atividade profissional”*. Joana Vasconcelos<sup>42</sup> chama a atenção para o acolhimento da tese contrária, uma vez que esta pode fazer ressurgir, ainda que de outra forma, o privilégio imobiliário geral que foi abolido pelo CT de 2003.

Em sentido diverso, Júlio Manuel Vieira Gomes<sup>43</sup> e Maria do Rosário Ramalho<sup>44</sup> seguem o sentido da jurisprudência que sufraga uma interpretação ampla da norma em análise. Júlio Manuel Vieira Gomes<sup>45</sup> entende que uma interpretação literal e restritiva pode fomentar desigualdades de tratamento entre trabalhadores subordinados do mesmo empregador. Já Maria do Rosário Palma Ramalho<sup>46</sup> entende que, mais do que fixar um único

---

<sup>37</sup> Cfr. COSTA, Salvador da, ob. cit., p. 250.

<sup>38</sup> Cfr. PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., p. 253.

<sup>39</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana – Código do Trabalho - Anotado. 9ª Edição. Coimbra. Almedina. 2013. p. 709.

<sup>40</sup> Cfr. COSTA, Salvador da, ob. cit., p. 251.

<sup>41</sup> Cfr. COSTA, Salvador da, ob. cit., pp. 250 e 251.

<sup>42</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana – “Código do Trabalho – Anotado (anotação ao artigo 333.º do CT, ponto VII)”. 9ª Edição. Coimbra. Almedina. 2013. p. 707.

<sup>43</sup> Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Direito do Trabalho”. Vol. I. Coimbra. Coimbra Editora. 2007. p. 899

<sup>44</sup> Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Os Trabalhadores no Processo...”, ob. cit., p. 399.

<sup>45</sup> Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Direito do Trabalho”. Vol. I. Coimbra. Coimbra Editora. 2007. p. 899

<sup>46</sup> Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Os Trabalhadores no Processo...”, ob. cit., p. 399.

imóvel, o que se pretende é excluir do privilégio os imóveis pertencentes ao empregador para uso pessoal, isto, num imperativo de igualdade entre trabalhadores.

No artigo 1.º da CRP visa-se garantir a dignidade da pessoa humana que, neste caso, se materializa na criação de garantias de subsistência e de condições materiais de vida. Desta forma, prevê-se na al. a) do n.º1 e no n.º3 do artigo 59.º da CRP que o trabalhador tem direito a uma remuneração e que essa remuneração goza de garantias especiais. Porém, esta proteção não se afigura inteiramente absoluta, porquanto o legislador não consagra um privilégio absoluto para garantia desses mesmos créditos<sup>47</sup>.

Dos argumentos adiantados pela doutrina e pela jurisprudência para defesa dos seus entendimentos resulta que o problema em análise se prende com a possível violação de dois princípios dotados de proteção constitucional, o princípio da igualdade na perspetiva de garantir a igualdade salarial, e o princípio da tutela da confiança legítima<sup>48</sup>.

Analisaremos de seguida cada um dos mencionados princípios.

## **2. A CONSEQUENTE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE TRABALHADORES**

Estabelece o artigo 13.º, n.º1 da CRP que “*todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*”<sup>49</sup>, instituindo, assim, o princípio da igualdade que se concretiza num dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático e Social.

Como bem expõem Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>50</sup>, o princípio da igualdade efetiva-se como “*direito subjetivo específico e autónomo e como direito, liberdade e garantia*

---

<sup>47</sup> Cfr. ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 31/03/2016, Processo n.º 8/16.4YFLSB, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>48</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana – “Código do Trabalho – Anotado (anotação ao artigo 333.º do CT, ponto IX)”. 9ª Edição. Coimbra. Almedina. 2013. pp. 707 e 709.

<sup>49</sup> O princípio da igualdade impõe que se trate de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente, na medida da própria diferença, cfr. COSTEIRA, Joana – “Os Efeitos da Declaração...”, ob. cit., p. 112.

<sup>50</sup> Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital – “Constituição da República Portuguesa Anotada”. Vol. I. Art.º 1º a 107º. Coimbra. Coimbra Editora. 2014. p. 337.

*de natureza defensiva, (...), positiva (...) e corretiva...*”. Assim, o princípio da igualdade impõe a proibição de arbítrio, a proibição de discriminação e a obrigação de diferenciação.

Tendo em conta o objeto do nosso estudo, importa referir que um dos objetivos deste princípio é o tratamento igual de situações iguais, atendendo sempre à proibição da arbitrariedade, ou seja, não se admite um tratamento diferenciado sem que haja uma razão plausível<sup>51</sup>.

Todas as entidades no exercício de poderes públicos têm de atender ao princípio da igualdade, designadamente a atividade legislativa. Este princípio, neste contexto, impõe ao legislador a concretização de imposições constitucionais direcionadas à exclusão de desigualdades que impeçam o exercício de direitos fundamentais<sup>52</sup>. Ou seja, poder-se-á dizer que o princípio da igualdade vincula o legislador quando este atribui benefícios, concede prestações estaduais, determina encargos ou sanções e, essencialmente, quando reconhece ou restringe direitos<sup>53</sup>.

Além de que, também neste âmbito se pode aludir ao princípio de democracia social. Este princípio não se limita a um esquema de segurança, providência e assistência social, antes compreende um conjunto de tarefas conformadoras que visam garantir uma verdadeira «dignidade social» ao cidadão e, sobretudo, uma autêntica igualdade entre portugueses nos termos do disposto no artigo 9.º, al. d) da CRP<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Neste sentido veja-se o ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 12/10/2011, Processo nº 343/04.4TTBCL.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt>, quando refere que “*o princípio da igualdade (art. 13.º da C.R.P.), previsto no art. 59.º/1 da mesma C.R.P., reporta-se a uma igualdade material, que não meramente formal, e concretiza-se na proscrição de arbítrio e da discriminação, devendo tratar-se igual o que é essencialmente igual e desigualmente o que é essencialmente desigual*”.

<sup>52</sup> Cfr. OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita – “Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste”. 1ª Edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2015 (março). p. 372. (Consult. 25 agosto de 2016). Disponível em [http://www.fd.uc.pt/hrc/timor/pdfs/livroDFTimor\\_completo.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/timor/pdfs/livroDFTimor_completo.pdf).

<sup>53</sup> Cfr. ROMEIRO, Daniela Dias, ob. cit., p. 48.

<sup>54</sup> Cfr. ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 11-09-2012, Processo nº 168-A/1994.L1.

No âmbito do Direito do Trabalho, o princípio da igualdade está previsto no artigo 59.º, n.º1 al. a) da CRP, onde se consigna que todos os trabalhadores<sup>55</sup> têm direito “à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna”. Também refere o n.º3 do mesmo artigo que “os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei”. Assim, a concretização constitucional do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da CRP, em matéria de remuneração, é feita no artigo 59.º n.º1 al. a) da CRP<sup>56</sup>.

Sempre se dirá que esta proteção especial conferida aos créditos de natureza laboral emerge da consideração de que a retribuição do trabalhador integra o suporte da sua existência e da subsistência dos que compõem o seu agregado familiar, para além de revelar, obviamente, a contrapartida do trabalho por ele efetuado<sup>57</sup>. É assim que esta vertente da retribuição assume uma dimensão social ou alimentar do salário. E é nesta medida que lhe é conferida um conjunto de garantias para proteção dos seus créditos, quer sejam remuneratórios quer sejam indemnizatórios<sup>58</sup>. E de entre todas, a mais relevante para o nosso estudo, o privilégio imobiliário especial.

Pese embora a alteração surgida em 2009 no artigo 333.º do CT, que passou a dispor que os trabalhadores gozam de privilégio imobiliário especial sobre “o bem imóvel do empregador no qual o trabalhador preste a sua atividade”, e que à primeira vista se podia

---

<sup>55</sup> Segundo ROMEIRO, Daniela Dias, ob cit, p. 47, nota de rodapé n.º 77, este direito classifica-se como sendo um Direito Económico, Social e Cultural e nessa medida prende-se com a tarefa fundamental do próprio Estado de diligenciar pela efetivação dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (DESC) nos termos do artigo 9.º al.d) da CRP.

<sup>56</sup> Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Igualdade de Tratamento entre Trabalhadores em Matéria Remuneratória: A Aplicação da Diretiva n.º 75/117/CE em Portugal”. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 57. Vol. I. 1997. p. 164; MIRANDA, Jorge – “Manual de Direito Constitucional”. Vol. IV. 1ª Edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2014. p. 275.

<sup>57</sup> Refere-se no ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 26/11/2013, Processo n.º 2534/09.2TBVIS-F.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>, que o direito dos trabalhadores à remuneração configura-se na expressão de um direito fundamental.

<sup>58</sup> Cfr. CARVALHO, A. Nunes de – “Reflexos Laborais...”, in *RDES* 37. n.º 1, 2, 3, ob. cit., pp. 67 e 68.

afirmar que havia sido reconhecida a tese restritiva, o certo é que não tem sido este o sentido dado pelos nossos tribunais.

Conforme se escreveu no ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 14/06/2012, Processo nº 222/11.9TTVIS.C1<sup>59</sup>, *“todos os trabalhadores têm direito à retribuição do trabalho segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual. São pressupostos do princípio «a trabalho igual, salário igual», a identidade de natureza da atividade e a igualdade do tempo de trabalho.”* Além do mais, viola o princípio “a trabalho igual, salário igual”, *“o empregador que dispensa tratamento diferenciado ao nível das retribuições pagas a pessoas que, exercendo funções no âmbito da sua organização, contratadas sob o mesmo regime legal, desempenham exatamente as mesmas funções do ponto de vista da qualidade e quantidade”*<sup>60</sup>.

Recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se quanto a esta questão no ac. de uniformização de jurisprudência de 31/03/2016, Processo nº 8/16.4YFLSB<sup>61</sup>. Declara-se neste acórdão que *“todos os trabalhadores carecem da mesma proteção, como forma de assegurar o direito fundamental à retribuição, para salvaguarda de uma existência condigna”*, pelo que *“será, pois, essa interpretação mais ampla a que se harmoniza com a Constituição”*. Considera-se neste acórdão, e bem, que o local de trabalho onde cada trabalhador desempenha a sua função apenas se revela num simples elemento accidental da relação laboral, existindo, desta forma, uma verdadeira conexão de todos os trabalhadores ao património do empregador e inexistindo desta forma qualquer fundamento para um tratamento desigual entre trabalhadores.

Posto tudo isto, não estaremos perante uma verdadeira violação do princípio da igualdade entre trabalhadores quando não se concede o privilégio imobiliário especial a um ou

---

<sup>59</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>,

<sup>60</sup> Como também se entendeu no ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 24/02/2015, Processo nº 3475/12.1TBVIS-N.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>, onde se defende que *“não existe qualquer razão para que os créditos de dois trabalhadores da mesma empresa tenham um tratamento diferente, apenas porque um prestou serviço num imóvel propriedade da empresa e outro num imóvel arrendado; assim como, o trabalhador que exerce as suas funções fora das instalações da empresa ou que está sujeito ao regime do teletrabalho não gozaria de qualquer garantia especial sobre os bens imóveis do empregador”*.

<sup>61</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>,

mais trabalhadores e se concede a outros trabalhadores, apenas e só porque, aqueles não exercem a sua atividade num determinado imóvel? No mais, todos os trabalhadores têm os mesmos direitos, como o direito à retribuição consagrado no artigo 59.º, nº1 al. a) da CRP e o empregador é comum a todos. Não será excessiva uma interpretação literal do artigo 333.º do CT? Não será esta interpretação violadora do direito fundamental à retribuição consagrado no artigo 59.º, nº1 al. a) da CRP? Não será esta interpretação literal do artigo 333.º do CT limitadora das garantias dos trabalhadores, neste caso, das garantias de alguns trabalhadores?

Consideramos impróprio que o legislador imponha um tratamento igual para situações iguais, exigindo-se até uma remuneração igual para os trabalhadores que desempenhem a mesma função do ponto de vista da quantidade e qualidade e depois, em termos de garantias dos trabalhadores, ou seja, dessa mesma remuneração, prevê-se um tratamento diferenciado para situações iguais. Isto porque o trabalhador que exerça exatamente as mesmas funções que o seu colega, no mesmo prédio, poderá ver o seu crédito gozar de privilégio imobiliário especial porque desempenha a sua atividade, permanentemente, no piso inferior dum imóvel cuja propriedade pertence ao empregador, enquanto o seu colega que exerce as suas funções, permanentemente, no piso superior, que é arrendado, não beneficiará deste privilégio.

Nada mais nos parece do que uma verdadeira violação ao princípio da igualdade entre trabalhadores, quando se faz uma interpretação literal do artigo 333.º do CT e apenas se considera abrangido pelo privilégio imobiliário especial o bem imóvel, e apenas aquele, onde o trabalhador exerce a sua atividade. E muito mais que isso, existindo, como acontece na esmagadora maioria dos casos, créditos remuneratórios<sup>62</sup> em dívida, põe-se em causa o próprio direito do trabalhador à retribuição consagrado no artigo 59.º, nº1, al. a) da CRP e o direito à proteção do salário. E são estes direitos que concedem ao trabalhador o direito a uma vida digna e a ter, mais do que uma natureza patrimonial, uma evidente natureza alimentar visando a sua subsistência pessoal e muitas vezes a do agregado familiar. Logo, esta dimensão pessoal e existencial que qualifica diferenciadamente os créditos laborais justifica uma tutela constitucional reforçada, sem qualquer distinção ou desigualdades entre trabalhadores.

---

<sup>62</sup> E mesmo no caso de estarem em dívida créditos de natureza indemnizatória, uma vez que também estes asseguram a subsistência condigna do trabalhador, consistem numa evidente “*função de substituição do direito ao salário perdido*”, cfr. ROMEIRO, Daniela Dias, ob. cit., p. 50.

Dir-se-á, ainda, que não parece fundamento suficiente para esta discriminação, a falta de conexão entre a atividade desenvolvida pelo trabalhador e o imóvel objeto do privilégio, aliás, muito pelo contrário, julgamos que, existindo um vínculo contratual entre o empregador e os trabalhadores, sempre existirá para qualquer um deles uma conexão com o património do empregador, independentemente de exercerem a sua atividade ou não nesses imóveis. Ou seja, a imposição que resulta do artigo 333.º do CT, quando se faz uma interpretação literal da norma, de que apenas beneficiam de privilégio imobiliário especial sobre o bem imóvel no qual prestem a sua atividade, não é para nós de acolher nem muito menos será fundamento suficiente para que se possa admitir uma desigualdade entre trabalhadores. Todos têm um vínculo contratual, o devedor é comum, todos contribuem para a prossecução da atividade global da empresa e integram a mesma organização empresarial, todos estão ligados aos imóveis que servem de suporte físico a essa atividade e logo constituem património da empresa.

Devemos ainda partir do pressuposto de que a relação entre a atividade que o trabalhador desempenha e o(s) imóvel(s) do empregador deve ser entendida em termos funcionais e não naturalísticos, ou seja, devemos partir do princípio que a lei quando refere “bem imóvel do empregador no qual o trabalhador preste a sua atividade” está a referir-se à ligação funcional do trabalhador a certo imóvel e não à concreta localização física do seu posto de trabalho<sup>63</sup> <sup>64</sup>. Neste sentido, aponta o ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 13/11/2014, Processo nº 1444/08.5TBAMT-A.P1.S1<sup>65</sup>, ao defender que os imóveis construídos pelos trabalhadores de uma empresa de construção civil não poderão ser objeto deste privilégio, que “*o legislador teve em mente, não um concreto ou individualizado local de trabalho, mas os imóveis em que esteja implantado o estabelecimento para o qual o trabalhador prestou a sua atividade, independentemente de essa atividade ter sido aí desenvolvida ou no exterior*” e que este é o único entendimento que impede uma injustificada

---

<sup>63</sup> Este entendimento foi sufragado no ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 08/07/2015, Processo nº 1772/09.2TBPMS-F.C1 e no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 13/01/2015, Processo nº 1145/12, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>64</sup> Neste sentido, vejam-se os recentes acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/05/2017, Processo nº 923/11.1TBCTB-C.C2 e do Supremo Tribunal de Justiça de 30/05/2017, Processo nº 4118/15.7T8CBR-B.C1.S1, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>65</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

discriminação entre trabalhadores da mesma empresa, uma vez que não se pode aceitar uma distinção entre trabalhadores baseada na atividade que cada um desempenha. Este foi também o entendimento perfilhado no recente ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 19/01/2017, Processo nº 1436/14.5T8PDL-C,L1.2, onde se entendeu que o privilégio imobiliário especial abarca o conjunto de imóveis integrantes do património da empresa insolvente que estejam destinados ao exercício da respectiva actividade empresarial, exigindo-se, apenas, uma conexão em termos funcionais, entre a actividade dos trabalhadores e unidade empresarial.

Por isto, e atento às diversas profissões que pela sua natureza impõem o exercício da sua atividade em diversos locais e/ou apenas no exterior dos imóveis e que nessa medida recusam um centro estável ou permanente, por exemplo, aos técnicos de venda e aos motoristas, trabalhadores temporários, teletrabalhadores no domicílio que não prestem a atividade laboral nas instalações da entidade empregadora, operários da construção civil que, como o exercício da sua atividade tem sido considerado prestado num imóvel que é resultado da própria atividade do empregador e não suporte organizacional da empresa, tem sido afastado como objeto do privilégio<sup>66</sup>, e mesmo aqueles que exercem a sua atividade num imóvel arrendado, nunca se poderia admitir que só parte dos trabalhadores beneficiassem deste privilégio. Conforme se defende no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 13/11/2014, Processo nº 1444/08.5TBAMT-A.P1.S1<sup>67</sup> supra mencionado, “*o empregado de escritório, o motorista, e o carpinteiro ou outro operário das obras, vinculados contratualmente a uma mesma empresa de construção civil, não devem ser tratados de forma diferente no tocante ao aludido privilégio*”. Isto levaria a uma injusta situação de desproteção de uns trabalhadores em face de outros da mesma entidade patronal<sup>68</sup>.

Assim, cremos que o legislador teve em vista, em sentido amplo, os imóveis que constituem a sede do empregador para o qual o trabalhador prestou a sua atividade, quer esta

---

<sup>66</sup> Pense-se nas empresas de construção civil que têm elevada estrutura organizacional, com sede e diversos estaleiros. Ora os funcionários administrativos e todos aqueles que prestam a sua atividade permanentemente nos estaleiros beneficiarão do privilégio imobiliário especial enquanto os operários de construção civil que desempenham a sua função em diversos locais/imóveis não beneficiarão deste privilégio. Adiante analisaremos esta situação em concreto.

<sup>67</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>,

<sup>68</sup> Cfr. ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 26/11/2013, Processo nº 2534/09.2TBVIS-F.C1.

tivesse sido aí exercida, quer tivesse sido exercida no exterior<sup>69</sup>. Ou seja, como se refere no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 30/05/2017, Processo nº 4118/15.7T8CBR-B.C1.S1<sup>70</sup>o local específico onde cada trabalhador exerce a sua actividade consiste, como tem sido reconhecido, “*mero elemento accidental da relação laboral*”, e “*não sendo elemento diferenciador dos direitos dos trabalhadores*”, não devendo por isso ser utilizado como um critério de atribuição de garantias que resultam daquela relação.

Em face do exposto, todos os trabalhadores deverão dispor desta garantia em contexto de insolvência do empregador, que incidirá sobre todos os imóveis integrantes do património deste afetos à sua actividade empresarial e não apenas sobre o específico prédio onde aqueles trabalham ou trabalharam, independentemente do particular posto de trabalho e do local de trabalho ser no interior ou exterior das instalações, excluindo-se apenas o património que se destina à fruição pessoal do empregador, sob pena de violação do princípio da igualdade entre trabalhadores quer quanto à remuneração, quer no que respeita às garantias destes. Ou seja, o administrativo que presta a sua actividade no escritório da empresa não terá apenas privilégio imobiliário especial sobre o imóvel onde se situa o escritório, mas antes sobre todos os imóveis que integram o estabelecimento no qual o trabalhador desenvolve a sua actividade profissional. Se a lei pretendeu atribuir uma protecção especial aos créditos laborais, essa protecção seria deficiente e nunca atingível se fizéssemos uma interpretação que limitasse o privilégio ao local onde realmente o trabalhador presta a sua actividade<sup>71</sup>.

### **3. A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TUTELA DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO CONFRONTO ENTRE A HIPOTECA E OS PRIVILÉGIOS IMOBILIÁRIOS ESPECIAIS**

Antes de mais, e porque nos dedicamos aqui ao estudo do confronto entre o privilégio imobiliário especial e as garantias reais, importa referir que estes privilégios “*são oponíveis a terceiros que adquiram o prédio ou um direito real sobre ele, e preferem à consignação em rendimentos, à hipoteca, ou ao direito de retenção, ainda que estas garantias sejam anteriores*”, tal como dispõe o artigo 751.º do CC.

---

<sup>69</sup> Cfr. ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 28/06/2011, Processo nº 4224/10.4TBBERG-D.G1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>70</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>

<sup>71</sup> Este entendimento foi partilhado na decisão dada no ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 03/04/2014, Processo nº 1500/13.8TBGMR-D.G1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Importa também precisar que, nos termos do artigo 686.º, nº1 do CC, “*a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo*”. Para além do mais, note-se que o Código do Trabalho não trouxe qualquer alteração ao regime jurídico da hipoteca, apenas alterou o regime das garantias dos créditos laborais com as consequentes repercussões nas garantias já existentes, como a hipoteca.

O princípio da tutela da confiança deriva do princípio do “Estado de Direito Democrático” patente no artigo 2.º da CRP, que define a República Portuguesa como um Estado de Direito Democrático, representado, no que aqui releva, pelo princípio da segurança jurídica que se reconduz à proteção da confiança<sup>72</sup>.

Ora, o prevalecimento do privilégio imobiliário especial sobre direitos reais de gozo e de garantia, mesmo que estes fossem constituídos anteriormente, em relação aos imóveis do empregador em que incide, já colocou em causa, mais do que uma vez, a sua constitucionalidade, por violação dos princípios da confiança e da segurança jurídica, ínsitos no princípio do Estado de Direito, anunciado no artigo 2.º da CRP. Porém, a jurisprudência<sup>73</sup> tem decidido em sentido negativo, invocando, como fundamento, o ac. do Tribunal Constitucional nº 498/2003<sup>74</sup> <sup>75</sup>, no qual se declara expressamente que a prevalência dos privilégios creditórios imobiliários gerais sobre os créditos hipotecários não viola qualquer norma ou princípio constitucional, logo, deve-se entender que o mesmo acontece com o

---

<sup>72</sup> Cfr. ROMEIRO, Daniela Dias, ob. cit., p. 51.

<sup>73</sup> Tal como o ac. do Tribunal da Relação do Porto de 14/06/2007, Processo nº 0732733, o ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 31/05/2007, Processo nº 198/07-2 e o ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 05/06/2007, Processo nº 07A1279, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>74</sup> Note-se que, o ac. do Tribunal Constitucional nº 498/2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>, foi proferido em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade dos privilégios imobiliários gerais da Fazenda Pública e da Segurança Social e que neste acórdão o Tribunal Constitucional decidiu pela não inconstitucionalidade da norma constante na al. b) do nº1 do artigo 12.º da LSA, ou seja, que os privilégios imobiliários gerais, garantia atribuída naquele momento aos créditos laborais, preferiam à hipoteca, cfr. VASCONCELOS, Joana - “O Novo Privilégio Imobiliário...”, ob. cit., pp. 434 e 435.

<sup>75</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana - “O Novo Privilégio Imobiliário...”, ob. cit., pp. 434 e 435.

privilégio imobiliário especial criado pelo Código de Trabalho<sup>76</sup>. Posteriormente, o Tribunal Constitucional, no seu ac. de 19/06/2008, acórdão nº 335/2008<sup>77</sup>, também se pronunciou em sentido negativo invocando “*a dimensão pessoal e existencial*” que qualifica os créditos laborais.

No entanto, a preferência do privilégio imobiliário especial sobre as garantias reais pode originar a afetação das legítimas expectativas dos outros credores, constituindo um verdadeiro perigo para o comércio jurídico-económico, uma vez que, tal como já referimos, têm carácter oculto por não serem objeto de registo predial e valem contra terceiros<sup>78</sup>. Ou seja, aquando da apreensão, os credores hipotecários vêm as suas expectativas frustradas por os seus créditos não poderem ser satisfeitos preferencialmente, como julgavam que viessem a ser<sup>79</sup>.

Com efeito, para Miguel Lucas Pires<sup>80</sup>, o que é censurável é o regime estabelecido na segunda parte do artigo 751.º do CC, onde se consagra a supremacia dos privilégios imobiliários especiais sobre outras garantias que eventualmente incidam sobre os mesmos bens, mesmo que estas tenham sido constituídas anteriormente. Embora este autor reconheça que o interesse público subjacente à criação do privilégio imobiliário especial sobre os créditos laborais é o único fundamento que reveste alguma pertinência, considera que o mesmo também não é suficiente para justificar a sua prevalência sobre as outras garantias, pelo que sendo este privilégio um direito real de garantia, o mesmo deveria ser sujeito ao critério da prioridade temporal, normalmente utilizado para resolver estes conflitos, ou à sua conversão em hipotecas legais sujeitas à regra *prior in tempore potior in jure*, ou, então, manter o privilégio mas sujeitando-o a registo, sendo que estas duas últimas opções sempre teriam que ser sujeitas ao critério da prioridade temporal. Em caso de conflito entre um crédito hipotecário e outro dotado de privilégio imobiliário especial, o autor considera que era este último que deveria ser preterido em razão do seu carácter oculto.

---

<sup>76</sup> Cfr. PIRES, Luís Miguel Lucas – “A Amplitude e a (In)constitucionalidade...”, ob. cit., p. 85.

<sup>77</sup> Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

<sup>78</sup> Cfr. ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/02/2012, Processo nº 286-A/2001.L1-8, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>79</sup> Cfr. ROMEIRO, Daniela Dias, ob. cit., pp. 51 e 52.

<sup>80</sup> Cfr. PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., pp. 165 a 167.

Vejamus que, nestes casos em que temos dum lado um trabalhador e do outro um credor hipotecário, assistimos a um verdadeiro conflito entre um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, que é o direito que o trabalhador tem à retribuição pelo trabalho prestado e o princípio geral da segurança jurídica e da confiança no direito<sup>81</sup>.

Se é certo que “*o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida*”, sendo que a “*proteção da confiança dos cidadãos relativamente à ação dos órgãos do Estado é um elemento essencial*”, conforme se entendeu no já referido ac. do Tribunal Constitucional de 19/06/2008, acórdão n° 335/2008<sup>82</sup>, dúvidas não existem de que a frequente alteração das leis pode ameaçar essa confiança das pessoas, principalmente quando as situações jurídicas sejam lesadas pela entrada em vigor de uma nova lei com eficácia retroativa. Todavia, a proteção da confiança dos cidadãos não pode impedir qualquer alteração às leis em vigor<sup>83</sup>.

Posto tudo isto, verifica-se que tem sido entendimento unânime da jurisprudência que, em caso de confronto entre este privilégio e a hipoteca, será preterida a hipoteca. Ou seja, defende-se que a limitação à confiança que resulta do registo é um meio necessário e adequado à proteção dos direitos dos trabalhadores, uma vez que este poderá ser o único meio que estes têm para assegurar os seus direitos<sup>84</sup>.

No entanto, pode ler-se no ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 20/04/2010, Processo n° 412-A/2000.C1 e no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 26/10/2010, Processo n° 103-H/2000.C1.S2<sup>85</sup> que os créditos garantidos por hipoteca constituída ao abrigo da

---

<sup>81</sup> Cfr. ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 26/11/2013, Processo n° 2534/09.2TBVIS-F.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>82</sup> Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

<sup>83</sup> Conforme se escreveu no ac. do Tribunal Constitucional de 19/06/2008, acórdão n° 335/2008, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

<sup>84</sup> Tal como se decidiu no ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 08/07/2015, Processo n° 406/14.8TBCVL-A.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>. Neste sentido veja-se também o ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 28/01/2009, Processo n° 374-D/1977.C1, o ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 20/10/2009, Processo n° 1799/06.6TBAGD-B.C1.S1 e o ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 28/06/2011, Processo n° 278/10.1TBFND-C.C1, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>85</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

legislação anterior ao CT de 2003 devem ser pagos com preferência sobre os créditos laborais, relativamente aos bens imóveis sobre que aquela recai.

Porém, e em sentido diverso, entendeu-se no ac. do Tribunal da Relação do Porto de 06/06/2011, Processo nº 562/05.6TTBRG-C.P1<sup>86</sup>, que “*entre a constituição da hipoteca e a produção de ocorrência do seu efeito principal (a satisfação do direito de crédito garantido através do bem hipotecado) decorre um período de tempo mais ou menos prolongado no qual não é expectável que as intervenções legislativas nesse domínio não possam reforçar a posição de créditos já constituídos ou a constituir*”. Neste sentido, considera-se que não é possível dizer que os credores hipotecários tenham uma legítima expectativa de que, em caso de falência do devedor, os seus créditos prevaleçam sobre outros, nomeadamente, sobre os dos trabalhadores. Aliás, esta solidez de qualquer expectativa sempre seria enfraquecida, pois desde sempre que são conhecidas as divergências presentes na doutrina e na jurisprudência relativamente à graduação dos créditos laborais.

Mesmo que se viesse a entender que o credor hipotecário era titular de uma expectativa atendível de que o seu crédito iria prevalecer sobre os créditos laborais, tal expectativa cedia perante a ponderação com o interesse que levou à valorização desta garantia. A verdadeira justificação para uma tutela constitucional reforçada consiste, como já referimos, na dimensão pessoal e existencial da remuneração<sup>87</sup>.

Referir que, como se assinalou no ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/03/2016, Processo nº 8958/2005.6<sup>88</sup>, caso se defendesse que a hipoteca devia prevalecer sobre o privilégio imobiliário especial dos créditos laborais, criar-se-iam situações geradoras de verdadeiras desigualdades, colocando em crise a tutela constitucional da retribuição, bem como a paz e o equilíbrio sociais.

Temos para nós, e considerando a dimensão constitucional que lhe é atribuída, bem como a própria função alimentar que detém, que em caso de confronto entre um credor hipotecário e um trabalhador, sempre deverá ser pago com preferência o crédito do

---

<sup>86</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>87</sup> Cfr. se entendeu no ac. do Tribunal da Relação do Porto de 06/06/2011, Processo nº 562/05.6TTBRG-C.P1, disponível <http://www.dgsi.pt>.

<sup>88</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

trabalhador. Deve, neste caso, ser enaltecido o direito do trabalhador à retribuição uma vez que representa a contraprestação do seu trabalho. E, ainda, porque tendemos a considerar que, embora no momento da constituição esta situação não fosse conhecida, cada vez mais são previsíveis as frequentes alterações à legislação. Pelo que nunca estaria em causa violação do princípio de confiança e de segurança do comércio jurídico.

Concluindo, deverá o direito à retribuição, direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, prevalecer sobre o princípio geral da segurança jurídica e da confiança no direito.

#### **4. A INSOLVÊNCIA DE UMA EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL: ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO**

No que respeita ao privilégio imobiliário especial enquanto garantia do crédito de um trabalhador cuja entidade patronal era uma empresa de construção civil, a questão que se coloca prende-se com a possibilidade do privilégio imobiliário incidir apenas sobre o imóvel que integra a sede da mesma ou, se por outro lado, incide, não só sobre este, como também sobre todos os imóveis que aquela construiu e que fazem parte do seu património imobiliário<sup>89</sup>.

Como temos constatado ao longo deste estudo, a jurisprudência em matéria de privilégios imobiliários dos trabalhadores não apresenta entendimentos muito uniformes e este caso também não é exceção.

Algumas decisões jurisprudenciais, tal como a decisão proferida no ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 30/05/2013, processo nº 1193/07.1TBGMR-E.G1, no ac. do Tribunal da Relação do Porto de 28/04/2014, processo nº 434/07.0TYVNG-B.P1, no ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 29/05/2014, processo nº 5049/11.5TBBRG-J.G1 e no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 13/02/2015, processo nº 1145/12.0TBBCL-C.G1.S1<sup>90</sup>, acantonam o privilégio imobiliário especial apenas aos imóveis que constituem as instalações do empregador, alegando para o efeito que a lei alude aos bens imóveis do empregador nos quais os trabalhadores prestem a sua atividade e não aos imóveis que resultam da atividade do

---

<sup>89</sup> Cfr. COSTEIRA, Joana – “I Colóquio de Direito...”, ob. cit., p. 177.

<sup>90</sup> Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

empregador onde os trabalhadores desenvolvem o seu trabalho. Aqui, invocam o conceito de local de trabalho enquanto centro estável ou permanente da atividade de determinado trabalhador, fazendo o privilégio incidir sobre os escritórios, os estaleiros ou outras instalações afetas à atividade, excetuando os imóveis construídos para venda<sup>91</sup>. Assim, nesta ótica, o privilégio não abrange os imóveis em cuja construção os trabalhadores participaram, uma vez que se trata de imóveis que integram o resultado da atividade daquela empresa e porque se destinam à venda<sup>92</sup>. Este é o entendimento defendido também por Joana Costeira<sup>93</sup>, uma vez que entende que a incidência deste privilégio sobre os imóveis construídos para venda pela empresa empregadora estabelece uma posição ampla e injusta, na medida em que se consubstancia na existência de um privilégio imobiliário geral e na neutralização da hipoteca já que as obras que a empresa executa resultam, na grande parte dos casos, do capital dos credores.

A este entendimento opõe-se um outro, segundo o qual a lei não limita, para além da essencial conexão com a atividade laboral, este privilégio aos imóveis afetos à atividade da empresa de forma estável e permanente, pelo que se aquela atividade laboral for desenvolvida nos imóveis construídos pela empresa para venda posterior, sobre estes também se alargará esta garantia<sup>94</sup>.

Ora, perfilhando este último entendimento, pode ler-se no ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/07/2013, processo nº 55/12.5TBRMR-B.L1-1<sup>95</sup>, que “*numa empresa de construção civil, os imóveis destinados à construção ou construídos para revenda são intrinsecamente objeto da atividade da empresa; como bens tangíveis constitutivos do seu ativo são parte integrante da unidade empresarial a que os trabalhadores pertenciam e nos quais trabalharam, pelo que são inquestionavelmente parte integrante do património afeto à atividade empresarial que a insolvente desenvolvia*”, devendo assim, “*presumir-se que, se o legislador tivesse querido restringir a atribuição do referido privilégio (...) aos imóveis onde*

---

<sup>91</sup> Tal como refere PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., p. 256, tendo sido indicado no contrato de trabalho como local de trabalho, um imóvel do empregador, deve entender-se que é nesse mesmo imóvel que o trabalhador exerce a sua atividade.

<sup>92</sup> Cfr. PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., pp. 256 e 257.

<sup>93</sup> Cfr. COSTEIRA, Joana – “I Colóquio de Direito...”, ob. cit., p. 179.

<sup>94</sup> Cfr. PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., p. 257.

<sup>95</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

*o empregador tivesse a sua sede ou estabelecimento (...) certamente teria dado outra redação a este artigo, referindo claramente essa exclusão, e que esse privilégio recairia somente sobre os imóveis onde se encontrassem instalados os serviços da empresa, o que não aconteceu”.*

Miguel Lucas Pires<sup>96</sup> entende que, nestes casos e até independentemente do ramo de atividade em que operem, o critério a utilizar para fazer incidir o privilégio imobiliário especial sobre determinado imóvel deverá ser o local de trabalho contratualmente definido, que poderá, ou não, coincidir com a sede da empresa, sem prejuízo de se provar que o trabalhador desenvolveu a sua atividade num outro local.

Salvador da Costa<sup>97</sup> considera que no caso dos trabalhadores de construção civil, que exerceram a sua atividade na edificação de imóveis, a problemática deve resolver-se a partir da letra da lei e do seu fim, presumindo-se que o legislador adotou as decisões mais adequadas ao exprimir-se nos termos em que o fez (artigo 9.º, nº3 do CC). Assim, Salvador da Costa<sup>98</sup> entende que, *“interpretando a expressão da lei a partir da sua letra e tendo em conta a natureza e o efeito deste privilégio imobiliário especial, bem como a exigência de uma publicidade mínima para a segurança do comércio jurídico, a referida garantia especial só releva em relação ao concreto imóvel onde o trabalhador exerça ou exerceu a sua atividade profissional”.*

#### **4.1 O ACÓRDÃO UNIFORMIZADOR DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 31/03/2016, PROCESSO Nº 8/16.4YFLSB.**

Tendo por base toda esta acesa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca dos bens imóveis objeto do privilégio imobiliário especial em caso de insolvência de uma empresa de construção civil, em 31 de março de 2016 é proferido o acórdão nº 8/16.4YFLSB para uniformização de jurisprudência no sentido de que: *“os imóveis construídos por empresa de construção civil, destinados a comercialização, estão excluídos da garantia do privilégio imobiliário especial previsto no artigo 377.º, nº1, al. b), do Código do Trabalho de 2003”.*

---

<sup>96</sup> Cfr. PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., p. 259.

<sup>97</sup> Cfr. COSTA, Salvador da, ob. cit., p. 250.

<sup>98</sup> Cfr. COSTA, Salvador da, ob. cit., pp. 250 e 251.

Ora, pode ler-se neste acórdão que, pese embora a ligação naturalística entre a atividade desenvolvida pelos trabalhadores e os imóveis construídos para revenda, esta ligação apenas constitui um mero elemento accidental da relação laboral subjacente, uma vez que esta se afigura como transitória e circunscrita no tempo, pelo que, terminada a obra, o trabalhador deixa de ali exercer funções, embora continuando ao serviço da empresa.

Por outro lado, admite-se neste acórdão que, os imóveis edificados para comercialização integram o património da empresa enquanto não forem vendidos, mas não integram essa organização estável de meios com vista à persecução da referida atividade.

Levantando a hipótese de serem objeto deste privilégio os imóveis contruídos para comercialização, conclui-se neste acórdão que tal levaria ao ressurgir do privilégio imobiliário geral como, já vimos, entende Joana Costeira<sup>99</sup>.

Mas, embora levantadas todas estas questões, parece-nos que a principal preocupação neste acórdão foi a proteção dos direitos de terceiros no confronto com esta garantia. Entendeu-se neste acórdão, no caso dos imóveis construídos para comercialização por empresa de construção civil, que, será de destacar que o crédito que a hipoteca garante serviu para financiar a própria construção do imóvel objeto do privilégio. Assim, se se entendesse que o privilégio deveria incidir sobre esse imóvel, a proteção dos créditos laborais seria efetuada à custa do credor hipotecário em vez de o ser através do património do empregador. Mais, caso exista um promitente-comprador para aquisição de habitação própria que beneficia do direito de retenção, considera-se que a necessidade neste caso é a tutela do direito do consumidor, do seu interesse e expectativa sobre o negócio, podendo ser colocado em causa o próprio direito à habitação consagrado no artigo 6.º da C.R.P. Conclui-se assim que, em todo caso, os trabalhadores sempre continuarão a beneficiar desta garantia sobre os imóveis que integram a organização de forma estável e permanente, como ocorre com a generalidade das empresas<sup>100</sup>.

Interrogamo-nos, e se porventura a empresa não tiver qualquer imóvel afeto à sua atividade de forma estável e permanente? Continuaremos a estar perante uma situação

---

<sup>99</sup> Cfr. COSTEIRA, Joana – “I Colóquio de Direito...”, ob. cit., p. 179.

<sup>100</sup> Cfr. ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 31/03/2016, Processo n.º 8/16.4YFLSB, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

semelhante à das empresas de outros sectores de atividade económica? Será proporcional a prevalência dos direitos dos credores hipotecários e do próprio direito à habitação sobre o direito à retribuição, direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias?

Tendemos a considerar aqui que todos os bens imóveis que integram a organização empresarial e aqueles que são o produto da atividade dessa mesma organização empresarial deverão ser onerados com este privilégio.

Vejamos. Aqueles que defendem uma aplicação restritiva do privilégio nestes casos e que apenas o fazem incidir sobre os bens que integram a organização empresarial de forma estável e permanente, entendem que os imóveis construídos pela empresa são o resultado da sua atividade. Mais, suscitam até dúvidas sobre a aplicação deste privilégio a estes imóveis, mormente, quanto ao momento que se deve ter em conta para saber qual o imóvel que ficaria onerado com tal privilégio.

Para nós todas estas questões se revelam menores. Como já referimos, a remuneração apresenta-se com uma dimensão pessoal e existencial, sendo, nesta medida, um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, bem como garantia de subsistência da própria sociedade humana. Assim, entendemos que quando estejamos perante a insolvência de uma empresa de construção civil, existindo na sua organização empresarial imóveis que a integram ou imóveis que constituem o próprio resultado da sua atividade, todos eles deverão ser onerados com o privilégio imobiliário especial. A este respeito pronunciou-se a Exma. Conselheira Maria Clara Pinto de Sousa Santiago Sottomayor na declaração de voto de vencida no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31/03/2016, Processo nº 8/16.4YFLSB<sup>101</sup>, em que entendeu que, no momento em que é declarada a insolvência da empresa, todos os imóveis são propriedade da empresa, independentemente do fim a que se destinavam, até porque, quando no Código se refere “bem imóvel do empregador no qual o trabalhador preste a sua atividade”, não se faz qualquer distinção entre os bens afetos de forma permanente à empresa e os que se destinam à venda. Julga, ainda, que no processo de insolvência não se afigura pertinente o destino inicial de cada imóvel mas antes a sua situação jurídica na data em que a insolvência é decretada, ou seja, o que interessa é constatar se a

---

<sup>101</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

propriedade daqueles bens pertence à empresa insolvente para satisfação dos créditos graduados.

Julgamos que este é o entendimento que deve prevalecer, sendo este o mais adequado tendo em conta a realidade socioeconómica em que vivemos.

E até consideramos mais, não se limita a incidência deste privilégio a todos os imóveis apenas para garantia do crédito salarial do próprio empregado de construção civil que exerceu a sua atividade nos imóveis que constituem o resultado da atividade económica, mas antes para garantia de todos os créditos salariais de todos os funcionários, quer sejam operários de construção civil, engenheiros ou funcionários administrativos.

Quanto a esta questão, Miguel Lucas Pires<sup>102</sup> refere que o fundo da questão está “*na colocação dos trabalhadores das empresas de construção civil, no confronto com outros de distintos ramos de atividade, numa posição mais favorável, em razão de o privilégio recair sobre um acervo de bens consideravelmente superior ao que é detido pela generalidade dos empregados*”.

Todavia, assumimos uma posição diferente, na medida em que consideramos que, na grande maioria dos casos de insolvência de empresas de construção civil, os trabalhadores não beneficiam dessa posição mais favorável, uma vez que, predominando no setor da construção civil o empregador empresário individual e as microempresas em que a mão-de-obra se caracteriza por baixos salários, não poucas são as vezes em que o empresário em nome individual nem sequer detém imóveis afetos a esta mesma atividade de forma estável e permanente ou, então, sendo microempresas, mesmo que os detenham, sendo os salários destes trabalhadores de baixo valor, desde logo se verifica que apenas uma pequena parte do valor global dos imóveis fica afeta a este privilégio, não prejudicando assim de modo tão relevante os interesses dos credores hipotecários.

Nesta medida, não concordamos com a jurisprudência que agora foi fixada neste acórdão, porquanto se a empresa não tiver qualquer bem afeto à sua atividade económica de forma estável e permanente, sempre se dirá que o trabalhador verá esta garantia esvaziada e violado o seu direito à retribuição, colocando em causa a sua própria subsistência e a do seu

---

<sup>102</sup> Cfr. PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., p. 258.

agregado familiar, para que os credores hipotecários possam ser ressarcidos e/ou, então, para defesa do direito à habitação quando haja promitente-comprador. E ainda, não poucas vezes, os estaleiros, a parte principal da logística e, até, a organização de trabalho encontram-se nestes imóveis considerados como o resultado da atividade da empresa, ou então nem sequer existem.

Posto tudo isto, dúvidas não nos restam de que o entendimento que deve prevalecer é aquele que mais protege o trabalhador, sujeito da relação laboral mais desprotegido e que, nessa medida, consideramos que este privilégio deverá ser extensivo aos imóveis construídos para comercialização pela empresa de construção civil, desde que à data da declaração de insolvência estes sejam propriedade do empregador. Caso contrário, poderemos estar a anular a existência desta garantia dos créditos laborais no caso de insolvência de uma empresa de construção civil.

## **5. A (DES)NECESSIDADE DE PROVA PELO TRABALHADOR DO EXERCÍCIO DA SUA ATIVIDADE EM DETERMINADO IMÓVEL**

Nos termos do disposto no artigo 128.º, nº1, al. c) do CIRE, “(...) *devem os credores da insolvência (...) reclamar a verificação dos seus créditos por meio de requerimento, acompanhado de todos os documentos probatórios de que disponham, no qual indiquem (...) a sua natureza comum, subordinada, privilegiada ou garantida, e, neste último caso, os bens ou direitos objetos da garantia e respetivos dados de identificação registral, se aplicável*”.

Por sua vez, dispõe o artigo 342.º, nº1 do C.C., que “*àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado*”.

Tendo em conta as regras gerais que, coloca-se aqui a questão de saber se sobre o trabalhador recai, ou não, o ónus de provar que desenvolvia a sua atividade laboral em determinados imóveis para que sobre eles incida o privilégio imobiliário especial<sup>103</sup>.

Já se tem entendido na jurisprudência, nomeadamente nas decisões proferidas nos acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 10/05/2007, Processo nº 450/07-2, de 12/05/2011, Processo nº 2873/10.0TBGMR-D.G1, de 28/06/2011, Processo nº 4224/10.4TBBERG-D.G1 e no ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 24/02/2015,

---

<sup>103</sup> Cfr. PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., p. 254.

Processo 3475/12.1TBVIS-N.C1<sup>104</sup>, que, caso exista apenas um único imóvel apreendido para a massa insolvente, deve presumir-se que é nesse imóvel que os trabalhadores desenvolvem a sua atividade.

Ainda na perspetiva de que o trabalhador fica dispensado de provar que exercia a sua atividade laboral em determinado imóvel apreendido para a massa insolvente, decidiu-se no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 07/02/2013, Processo nº 148/09.6TBPST-F.L1.S1<sup>105</sup>, que, “*é (...) irrelevante que coubesse aos trabalhadores o ónus de alegar ou de provar os factos em causa, uma vez que, quer a alegação, quer a prova estão adquiridas para o processo*”. Ou seja, à luz do princípio da aquisição processual, consagrado no Código de Processo Civil, que se aplica também ao processo de insolvência, em geral, e aos incidentes de embargos e de verificação e graduação de créditos, em especial, tratando-se de factos de que o Tribunal tem conhecimento, nomeadamente com base nas informações fornecidas pelo administrador de insolvência<sup>106</sup>, cabe ao juiz a verificação dessa aludida conexão entre o imóvel e a atividade desenvolvida pelo trabalhador. Assim, quando existam, no processo, factos, mesmo que não tenham sido alegados pelos trabalhadores, que permitam ao juiz pronunciar-se acerca da existência deste privilégio, os mesmos deverão ser considerados processualmente adquiridos, sendo que, só assim se poderá garantir a supremacia da verdade material<sup>107</sup>. Para Joana Vasconcelos<sup>108</sup> esta recente jurisprudência tende a amenizar o rigor da orientação até então prevalecente.

Neste sentido, vai mais longe o entendimento assumido no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 07/06/2011, Processo nº 897/06.0TBOBR-B.C1.S1, quando admite a

---

<sup>104</sup> Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>105</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>106</sup> Tal como se decidiu no ac. do Tribunal da Relação do Porto de 23/02/2012, Processo nº 817/08.8TYVNG-B.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt>. Este entendimento foi ainda perfilhado nas decisões proferidas no ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 23/09/2014, Processo nº 528/13.2TBFND-C.C1 e no ac. do Tribunal da Relação de Évora de 14/11/2013, Processo nº 1479/12.3TBABT-A.E1, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>, sendo que este último refere-se a possível violação da lei substantiva, caso o juiz não reconheça a existência da aludida conexão.

<sup>107</sup> Cfr. MONTEIRO, Leonor Pizarro, ob. cit., pp. 145 e 146.

<sup>108</sup> Cfr. VASCONCELOS, Joana – “Código do Trabalho – Anotado (anotação ao artigo 333.º do CT, ponto IX)”. 9ª Edição. Coimbra. Almedina. 2013. p. 708.

possibilidade do juiz solicitar ao administrador de insolvência os elementos necessários para caracterizar os créditos reclamados.

No entanto, também existem decisões em sentido contrário, ou seja, consideram que quem invoca um direito, tem de fazer a prova dos factos constitutivos desse mesmo direito de harmonia com o preceituado no artigo 342.º, nº1 do CC<sup>109</sup>. Assim, o trabalhador que não alegar ou provar o facto constitutivo do seu direito, não gozará de privilégio imobiliário especial sobre os bens imóveis apreendidos para a massa insolvente<sup>110</sup>.

Na doutrina, Salvador da Costa<sup>111</sup> julga que “*devem alegar os factos reveladores da constituição do seu direito de crédito quando exerciam a sua atividade em determinado e identificado imóvel do empregador afetado à empresa deste*”. Ou seja, para este autor, o facto de ter sido apreendido um único bem imóvel para a massa insolvente não permite a presunção de que os reclamantes trabalhadores exerciam nele ou em função dele a sua atividade laboral, pelo que o trabalhador, para além de afirmar que exercia a sua atividade em determinado imóvel, deverá fazer referência a algum dos imóveis apreendidos para a massa insolvente.

Com o mesmo entendimento, Miguel Lucas Pires<sup>112</sup> impugna a operatividade da presunção relativa à desobrigação, por parte do trabalhador, de invocar a conexão entre um determinado imóvel do empregador e a sua atividade, uma vez que, ainda que o imóvel em causa seja o único, não só não existe nenhuma presunção expressa, tendo em conta que as presunções apenas têm fonte legal ou judicial não podemos presumir uma presunção, como esta circunstância é condição da atribuição do aludido privilégio. Além do mais, as regras gerais em matéria de ónus da prova, como já referimos, fazem impender sobre o trabalhador o

---

<sup>109</sup> Vejam-se o ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 08/07/2015, Processo nº 1772/09.2TBPMS-F.C1, os Acs. do Tribunal da Relação do Porto de 08/02/2011, Processo nº 1272/09.0TBPRD-D.P1, de 30/05/2013, Processo nº 1193/07.1TBGMR-E.G1, de 19/01/2012, Processo nº 183/10.1TBLMG-A.P1 e de 06/12/2007, Processo nº 0735226, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>, sendo que neste último acórdão considera-se que o facto de existir apenas um único imóvel apreendido para a massa insolvente, tal não demonstra que era nele que os reclamantes trabalhadores exerciam a respetiva atividade, pois, pese embora fosse possível, não será uma situação que possa ser afirmada com toda a probabilidade.

<sup>110</sup> Cfr. ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/01/2014, Processo nº 246/09.6TBPDL-F.L1.8, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>111</sup> Cfr. COSTA, Salvador da, ob. cit., p. 251.

<sup>112</sup> Cfr. PIRES, Miguel Lucas – “Dos Privilégios...”, ob. cit., pp. 255 e 256.

ónus de expor aquela conexão. Posto isto, o autor acaba por entender que, havendo um único imóvel apreendido que seja indicado no contrato de trabalho como o local de trabalho, o que se poderá aceitar é a presunção de ser nesse imóvel que o trabalhador presta a sua atividade, bastando para isso que mencione essa cláusula na reclamação de créditos, não obstante a possibilidade de prova em contrário.

Entendemos, atenta à posição que temos vindo a tomar em relação a esta garantia, não só que, existindo um único imóvel, se deve presumir que é neste que o trabalhador desenvolve a sua atividade, mas também, mesmo nos casos em que sejam apreendidos para a massa insolvente mais do que um imóvel, haverá que concluir que todos os trabalhadores prestaram a sua atividade nas instalações da insolvente, mesmo que estes imóveis estejam fisicamente separados e ainda que os reclamantes trabalhadores não os identifiquem concretamente nos seus pedidos. Defendemos, assim, a posição adotada no ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 28/06/2011, Processo nº 4224/10.4TBBRG-D.G1<sup>113</sup>. No entanto, julgamos ainda que a aludida conexão que é exigida entre os imóveis do empregador e a atividade desenvolvida pelo trabalhador continua a existir.

Em face do exposto, só este entendimento permite um verdadeiro respeito pelos princípios fundamentais.

## **CONCLUSÕES**

Em contexto de insolvência, entre as garantias dos créditos laborais que mais se destacam são de assinalar os privilégios creditórios.

No âmbito do processo de insolvência, os privilégios creditórios dos trabalhadores afiguram-se como uma verdadeira derrogação ao princípio da igualdade entre credores, conferindo aos seus titulares a possibilidade de serem pagos com preferência em relação a outros. Nestes termos, fica patente a possibilidade de existência de um tratamento diferenciado entre credores.

No que respeita aos privilégios imobiliários especiais dos trabalhadores (instituídos no CT de 2003 e cujo objeto foi restringido ao “...bem imóvel do empregador...” no CT de 2009), verificamos que, em certos casos, pode ser colocado em causa, para além do princípio

---

<sup>113</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

da igualdade entre credores, o princípio da igualdade entre trabalhadores, previsto no artigo 59.º, nº1, al. a) da CRP. Logo, nos termos deste último princípio, todos os trabalhadores carecem da mesma proteção, como forma de garantir o direito fundamental à retribuição.

Como pudemos analisar, existem atividades profissionais que pela sua própria natureza não são exercidas num bem imóvel ou, então, são exercidas num imóvel arrendado, pelo que concluímos, considerando a natureza alimentar da retribuição, que deve ser feita uma interpretação ampla desta norma, conferindo este privilégio imobiliário a todos os trabalhadores, e fazendo-o recair sobre todos os imóveis que à data da declaração de insolvência estejam na esfera jurídica do empregador. Ou seja, entendemos que, mesmo tratando-se de uma empresa de construção civil, os imóveis que foram construídos para venda deverão ser objeto do privilégio imobiliário, desde que, como referimos, à data da declaração de insolvência a propriedade seja do insolvente, ao contrário do que tem entendido a jurisprudência maioritária. Neste sentido, não concordamos com a jurisprudência que agora foi fixada no ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 31/03/2016, Processo nº 8/16.4YFLSB.

No que respeita à necessidade de prova pelo trabalhador de que era naquele determinado bem imóvel apreendido para a massa insolvente que prestava a sua atividade, em larga maioria, a doutrina e a jurisprudência entendem que esta prova por parte do trabalhador é condição necessária para que este possa dispor desta garantia, mesmo que apenas tenha sido apreendido para a massa insolvente um único bem imóvel. Discordamos uma vez que entendemos que nunca haverá necessidade de prova por parte do trabalhador, quer exista um único bem imóvel apreendido para a massa insolvente, quer existam vários, pois defendemos que os privilégios devem recair sobre todos os imóveis cuja propriedade pertencia ao empregador à data da declaração de insolvência.

Quando a par dos trabalhadores existam credores hipotecários a reclamar os seus créditos no processo de insolvência, os créditos que deverão ser satisfeitos primeiramente serão os laborais, não obstante a invocação da violação do princípio da confiança jurídica. Caso contrário estar-se-ia a violar um direito de natureza análoga aos direitos económicos, sociais e culturais, o direito à retribuição. Mais, se considerássemos a possibilidade da hipoteca prevalecer sobre os privilégios dos créditos laborais, poderíamos estar colocar em causa a tutela constitucional da retribuição.

Deste modo, verificamos que, por muito que se reforcem os privilégios creditórios concedidos aos trabalhadores, a verdade é que nem assim desaparece totalmente a insuficiência daqueles em ordem a uma adequada tutela destes. Porquanto, caso o património do empregador-devedor não esteja em condições de satisfazer tais créditos, por muito que se reconheça a precedência em graus cada vez mais elevados dos privilégios creditórios, não se pode magicamente assegurar o pagamento daqueles.

Porque este tema se nos afigura atual tendo em conta a, ainda presente, discórdia na doutrina e na jurisprudência, esperamos ter, com o nosso entendimento manifestado através das posições que fomos adotando ao longo do trabalho, contribuído para uma melhor clarificação das questões que se foram suscitando

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANACORETA, José Pedro; COSTA, Rita Garcia e – “Prevalência de Créditos Laborais Face à Hipoteca” (Consult. 25 agosto de 2016). Disponível na <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1926/documento/articuloUM.pdf?id=3169>.

BRANDÃO, Manuel Cavaleiro – “Algumas Notas (interrogações) em Torno da Cessação de Contratos de Trabalho em Caso de “Encerramento da Empresa” e de “Insolvência e Recuperação de Empresa”. *In Revista do Centro de Estudos Judiciários*. janeiro de 2014. pp. 143-159.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital – “Constituição da República Portuguesa Anotada”. Vol. I. Art.º 1º a 107º. Coimbra. Coimbra Editora. 2014.

CARVALHO, A. Nunes de – “Reflexos Laborais do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência”. *In RDES 37*. janeiro – setembro – 1995. Nº 1, 2, 3. pp. 55-68.

COSTA, Salvador da – “O Concurso de Credores”. 5ª Edição. Coimbra. Almedina. 2015.

COSTEIRA, Joana – “I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso”. Coimbra. Almedina. 2015.

\_\_\_\_\_ – “Os Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho: A Tutela dos Créditos Laborais”. Coimbra. Almedina. 2013.

CORDEIRO, António Menezes – “Perspectivas Evolutivas do Direito da Insolvência”. In *Revista de Direito das Sociedades*. Almedina. Número 3. Ano IV (2012).

FERNANDES, António Monteiro – “Direito do Trabalho”. Coimbra. Almedina. 17ª Edição. 2014.

GOMES, Júlio Manuel Vieira – “Direito do Trabalho”. Vol. I. Coimbra. Coimbra Editora. 2007.

MIRANDA, Jorge – “Manual de Direito Constitucional”. Vol. IV. 1ª Edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2014.

MONTEIRO, Leonor Pizarro – “O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora”. Coimbra. Almedina. 2016.

OLIVEIRA, Bárbara; GOMES, Carla; SANTOS, Rita – “Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste”. 1ª Edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2015 (março). p. 372. (Consult. 25 agosto de 2016). Disponível em [http://www.fd.uc.pt/hrc/timor/pdfs/livroDFTimor\\_completo.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/timor/pdfs/livroDFTimor_completo.pdf).

PIRES, Luís Miguel Lucas – “Dos Privilégios Creditórios – Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores”. 2ª Edição Revista e Atualizada. Coimbra. Almedina. 2015.

\_\_\_\_\_ - “A Amplitude e a (In)constitucionalidade dos Privilégios Creditórios dos Trabalhadores”. In *Questões Laborais*. Nº 31. 2008. pp. 59 a 88.

\_\_\_\_\_ - “Os Privilégios Creditórios do Créditos Laborais”. In *Questões Laborais*. Nº 20. 2002. pp. 164-202.

PORDATA – Base de Dados Portugal Contemporâneo. Fontes/ Entidades: INE, PORDATA. Última Atualização: 01/09/2017. Disponível em [http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+desemprego+total+e+por+sexo+\(percentagem\)-550](http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+desemprego+total+e+por+sexo+(percentagem)-550).

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “Os Trabalhadores no Processo de Insolvência”. In *III Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra. Almedina. 2015. pp. 383-404.

\_\_\_\_\_ - “Igualdade de Tratamento entre Trabalhadores em Matéria Remuneratória: A Aplicação da Diretiva nº 75/117/CE em Portugal”. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 57. Vol. I. 1997. p. 159-181.

ROMEIRO, Daniela Dias – “O Objeto do Privilégio Creditório Imobiliário Especial sobre o Bem Imóvel do Empregador no Qual o Trabalhador Preste a sua Atividade: Proposta de

Interpretação Conforme à Constituição da República Portuguesa”. Lisboa: (s.n.). 2014. Tese de Mestrado.

VASCONCELOS, Joana – “Insolvência do Empregador e Contrato de Trabalho”. *In Congresso Europeu de Direito do Trabalho*. Coimbra. Almedina. 2014. pp. 394-397.

\_\_\_\_\_ – “Código do Trabalho Anotado”. 9ª Edição. Coimbra. Almedina. 2013.

\_\_\_\_\_ – “O Novo Privilégio Imobiliário Especial dos Créditos Laborais – algumas questões suscitadas pelas suas primeiras aplicações jurisprudenciais”. *In Liberdade e Compromisso – Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*. Vol. II. Universidade Católica Editora. Lisboa. 2009. pp. 423-442.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

De 19/06/2008, Acórdão nº 335/2008, Processo nº 74/08.

De 22/10/2003, Acórdão nº 498/2003, Processo nº 317/02.

### **DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

De 30/05/2017, Processo nº 4118/15.7T8CBR-B.C1.S1.

De 31/03/2016, Processo nº 8/16.4YFLSB.

De 13/01/2015, Processo nº 1145/12.0TBBCL-C.G1.S1.

De 07/02/2013, Processo nº 148/09.6TBPST-F.L1.S1.

De 11-09-2012, Processo nº 168-A/1994.L1.

De 12/10/2011, Processo nº 343/04.4TTBCL.P1.S1.

De 07/06/2011, Processo nº 897/06.0TBOBR-B.C1.S1.

De 10/05/2011, Processo nº 576-D/2001.P1.S1.

De 26/10/2010, Processo nº 103-H/2000.C1.S2.

De 19/06/2008, Processo nº 08B974.

De 29/04/2008, Processo nº 08A1090.

De 31/01/2007, Processo nº 07A4111.

De 05/06/2007, Processo nº 07A1279.

#### **DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA**

De 16/05/2017, Processo nº 923/11.1TBCTB-C.C2.

De 08/07/2015, Processo nº 1772/09.2TBPMS-F.C1.

De 08/07/2015, Processo nº 406/14.8TBCVL-A.C1.

De 23/09/2014, Processo nº 528/13.2TBFND-C.C1.

De 26/11/2013, Processo nº 2534/09.2TBVIS-F.C1.

De 14/06/2012, Processo nº 222/11.9TTVIS.C1.

De 28/06/2011, Processo nº 278/10.1TBFND-C.C1.

De 28/01/2009, Processo nº 374-D/1977.C1.

De 27/02/2007, Processo nº 530/04.5TBSEI-X.C1.

#### **DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA**

De 14/11/2013, Processo nº 1479/12.3TBABT-A.E1.

#### **DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES**

De 29/05/2014, processo nº 5049/11.5TBBERG-J.G1.

De 30/05/2013, processo nº 1193/07.1TBGMR-E.G1.

De 28/06/2011, Processo nº 4224/10.4TBBERG-D.G1.

De 31/05/2007, Processo nº 198/07-2.

De 10/05/2007, Processo nº 450/07-2.

#### **DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA**

De 19/01/2017, Processo nº 1436/14.5T8PDL-C,L1.2.

#### **DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO**

De 30/05/2013, Processo nº 1193/07.1TBGMR-E.G1.

De 19/01/2012, Processo nº 183/10.1TBLMG-A.P1.

De 14/06/2007, Processo nº 0732733.

**Ressalva:** a jurisprudência supra mencionada encontra-se disponível no Website <http://www.dgsi.pt/>, exceto a jurisprudência do Tribunal Constitucional que se encontra disponível no Website <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

## **LEGISLAÇÃO**

Lei nº 41/2013, de 26 de junho, publicado no Diário da República – 1ª Série, Nº 121, de 2013/06/26, aprova o Código de Processo Civil.

Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro, publicado no Diário da República - 1ª Série, Nº 30, de 2009/02/12, aprova a revisão do Código do Trabalho.

Lei nº 99/2003, de 27 de agosto, publicado no Diário da República – 1ª Série – A, Nº 197, de 2003/08/27, aprova o Código de Trabalho.

Lei nº 17/86, de 14 de junho, publicado no Diário da República – 1ª Série, Nº 134, e 1986/06/14, aprova a Lei dos Salários em Atraso.

Decreto de 10/04 de 1976, publicado no Diário da República – 1ª Série, Nº 86, de 1976/04/10, aprova a Constituição da República Portuguesa.

Decreto - Lei nº 53/2004, de 18 de março, publicado no Diário da República – 1ª Série A, Nº 66, de 2004/03/18, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei nº 39/2003, de 22 de agosto, aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Decreto-Lei nº 47344/66, de 25 de novembro, publicado no Diário da República – 1ª Série, Nº 274, de 1966/11/25, aprova o Código Civil e regula a sua aplicação.

# A proteção dos segredos de negócios num contexto de mobilidade dos trabalhadores

Ana Clara Azevedo de Amorim <sup>1</sup>

1. Introdução
2. Regime jurídico dos segredos de negócios
  - 2.1. Conceito, evolução e enquadramento atual
  - 2.2. Diretiva (UE) 2016/943
3. O dever de lealdade dos trabalhadores e os pactos de não concorrência
4. A utilização das informações após a cessação da relação laboral
  - 4.1. Perspetiva constitucional: a restrição da liberdade de trabalho
  - 4.2. O problema da extensão da proteção
    - 4.2.1. Pressupostos genéricos e licitude da aquisição
    - 4.2.2. Princípio da proporcionalidade
5. Considerações finais

## 1. Introdução

Face à acentuada mobilidade que caracteriza as relações laborais no século XXI, a proteção dos segredos de negócios do anterior empregador pode constituir uma restrição da liberdade de trabalho. Considerando a especial importância prática que a proteção dos segredos de negócios assume neste contexto, importa analisar em que medida aquela informação pode ser utilizada pelos trabalhadores no exercício de outra atividade profissional, por conta própria ou alheia.

---

<sup>1</sup> Universidade Portucalense.

Reconhecida a existência de um dever de lealdade dos trabalhadores, bem como a possibilidade de celebração de pactos de não concorrência, a hipótese da utilização da informação releva sobretudo após a cessação da relação laboral. Para este efeito, o regime jurídico dos segredos de negócios, tradicionalmente enquadrado na disciplina da Concorrência Desleal, vai ser abordado à luz do artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial e da Diretiva (UE) 2016/943.

## **2. Regime jurídico dos segredos de negócios**

### **2.1. Conceito, evolução e enquadramento atual**

I. No ordenamento jurídico português, a proteção dos segredos de negócios tem como primeiro antecedente histórico o artigo 221.º n.º 8 da Carta de Lei de 21 de maio de 1896, que qualificava como concorrência desleal os casos “em que o industrial, por suborno, espionagem, compra de empregados ou operários, ou por outro qualquer meio criminoso, consegue a divulgação de um segredo de fábrica e o utiliza”.

Posteriormente, o artigo 212.º n.º 9 do Código da Propriedade Industrial de 1940 voltaria a incluir entre as hipóteses de concorrência desleal “a ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos da indústria ou comércio de outrem, se ao agente não couber maior responsabilidade pela aplicação do artigo 462.º do Código Penal”. Nos termos do referido preceito, “todo o operário ou empregado em fábrica ou estabelecimento industrial, ou encarregado da sua administração ou direção, que com prejuízo do seu proprietário descobrir os segredos da sua indústria, será punido com prisão de três meses a dois anos e multa correspondente”. Enquadrado nos crimes contra a propriedade, o artigo 462.º do Código Penal de 1886 não coincide com os artigos 195.º e 196.º do Código Penal em vigor, relativos à violação e ao aproveitamento indevido de segredo, que visam já a garantia da reserva da vida privada, como resulta do seu enquadramento sistemático.

E, o artigo 260.º alínea i) do Código da Propriedade Industrial de 1995 visava “quem, com intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo, praticar qualquer ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade, nomeadamente: (...) a ilícita apropriação, utilização ou divulgação dos segredos da indústria ou comércio de outrem”. A alusão ao dolo específico alternativo na cláusula geral viria a ser afastada com a descriminalização da Concorrência Desleal.

II. O artigo 318.º do atual Código da Propriedade Industrial, relativo à proteção de informações não divulgadas, estabelece que “nos termos do artigo anterior, constitui ato ilícito, nomeadamente, a divulgação, a aquisição ou a utilização de segredos de negócios de um concorrente, sem o consentimento do mesmo, desde que essas informações: a) sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão; b) tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; c) tenham sido objeto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas”. Este conceito de segredos de negócios é tributário do artigo 39.º do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS), que enuncia os pressupostos da proteção.

De acordo com a alínea a), o conceito depende de um secretismo relativo, devendo admitir-se a partilha seletiva da informação, sem que fique comprometida a sua qualificação como segredos de negócios. Esta qualificação depende, por isso, sobretudo da dificuldade em aceder à informação. Neste sentido, fica excluída, por exemplo, a informação divulgada à generalidade dos trabalhadores ou suscetível de ser obtida através de uma pesquisa na Internet.

Nos termos da alínea b), releva a suscetibilidade de avaliação pecuniária da informação, que pode ser negociada como bem jurídico, desde que adequadamente identificada e descrita. Importa estabelecer uma relação de causalidade entre o valor comercial e o secretismo anteriormente referido. Trata-se de uma vantagem competitiva avaliada segundo um critério objetivo.

Por fim, a alínea c) faz depender a qualificação como segredos de negócios da adoção de medidas de proteção pelo respetivo titular. Este terceiro pressuposto restringe a relevância jurídica aos segredos voluntários, em detrimento dos segredos fortuitos.<sup>2</sup> Desta forma, o titular deve demonstrar a adoção de medidas destinadas a assegurar a confidencialidade da informação, como o recurso a palavras-chave, cofres, sistemas de vigilância, destruição controlada de documentos e tratamento de lixo. Porém, tem vindo a defender-se a necessidade

---

<sup>2</sup> JOSÉ ANTÓNIO GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial (know-how) – concepto y protection*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, pág. 45.

de um mero “cuidado razoável” do titular na manutenção do secretismo, de acordo com o valor da informação.<sup>3</sup>

Os Códigos da Propriedade Industrial de 1940 e 1995 abrangiam expressamente os segredos de indústria e comércio. Cabem na primeira modalidade os dados relativos a procedimentos ou produtos, os desenhos técnicos, as receitas e fórmulas químicas, especialmente relevantes no sector agroalimentar. Na segunda modalidade cabem já os planos estratégicos de comunicação e marketing, os dados sobre vendas, a planificação financeira e as listas de clientes ou fornecedores. Atenta a alteração terminológica consagrada no diploma em vigor, passam a ficar abrangidos pela proteção dos segredos de negócios também a agricultura e os serviços.

III. Daqui resulta que enquanto modalidade de proteção da informação relevante no exercício de uma atividade económica, o regime jurídico dos segredos de negócios pode constituir uma alternativa ou um complemento dos direitos de propriedade industrial – nomeadamente, as patentes – e do direito de autor, quando se encontrem preenchidos os respetivos pressupostos.

Ora, em casos pontuais, a informação em causa fica abrangida pelo artigo 51.º do Código da Propriedade Industrial, nos termos do qual “podem ser objeto de patente as invenções novas, implicando atividade inventiva, se forem suscetíveis de aplicação industrial”. A estrita aplicação desta modalidade de proteção justifica-se pelo disposto no artigo 55.º que delimita os requisitos de patenteabilidade. Para este efeito, “uma invenção é considerada nova quando não está compreendida no estado da técnica” (n.º 1), “considera-se que uma invenção implica atividade inventiva se, para um perito na especialidade, não resultar de uma maneira evidente do estado da técnica” (n.º 2) e “considera-se que uma invenção é suscetível de aplicação industrial se o seu objeto puder ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura” (n.º 3). Nos termos do artigo 99.º do mesmo diploma, a duração da patente é de “20 anos contados da data do pedido”. Ainda no domínio da propriedade industrial, subsiste a possibilidade de tutela da informação pela via dos modelos de utilidade (artigo 117.º), das topografias de produtos semicondutores (artigo 153.º) e desenhos ou modelos (artigo 173.º).

---

<sup>3</sup> Na doutrina nacional, JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, *Biotechnologia(s) e Propriedade Intelectual*, volume II – *Obtenções Vegetais. Conhecimentos Tradicionais. Sinais Distintivos. Bioinformática e Bases de Dados. Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 481.

Já em sede de direito de autor, a proteção incide sobre as “criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas”, de acordo com o artigo 1.º n.º 1 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Aqui se incluem as obras originais enunciadas no artigo 2.º n.º 1, nomeadamente “a) livros, folhetos, revistas, jornais e outros escritos; b) conferências, lições, alocações e sermões; c) obras dramáticas e dramático-musicais e a sua encenação; d) obras coreográficas e pantomimas, cuja expressão se fixa por escrito ou por qualquer outra forma; e) composições musicais, com ou sem palavras; f) obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas e radiofónicas; g) obras de desenho, tapeçaria, pintura, escultura, cerâmica, azulejo, gravura, litografia e arquitetura; h) obras fotográficas ou produzidas por quaisquer processos análogos aos da fotografia; i) obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de design que constituam criação artística, independentemente da proteção relativa à propriedade industrial”. Nos termos do artigo 31.º do mesmo diploma, o direito de autor caduca “70 anos após a morte do criador intelectual”.

Ao contrário dos segredos de negócios, as patentes e as obras são por definição difundidas junto dos interessados. Acresce que a informação cai no domínio público após o decurso do prazo da proteção, fazendo cessar o exclusivo da exploração económica. Associado à ausência de custos, este limite temporal da proteção constitui um motivo de opção pela via dos segredos de negócios, valorizado sobretudo pelas pequenas e médias empresas. No entanto, ao contrário dos direitos privativos, a referida opção integra-se na disciplina da Concorrência Desleal, não atribuindo uma tutela absoluta mas meramente valorativa. Esta distinção fica demonstrada pela licitude da aquisição decorrente de descoberta ou criação independente do segredo, bem como da desmontagem conceptual do produto ou engenharia inversa (*reverse engineering*), a que aludia já a doutrina tradicional.<sup>4</sup>

IV. De acordo com o proémio do artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial, a violação dos segredos de negócios depende da aquisição da informação, seguida de divulgação ou utilização. O primeiro caso configura-se como um ato de agressão. Já o segundo, mais frequente, traduz uma hipótese de parasitismo económico, entendido como um aproveitamento do esforço realizado por outro profissional, que beneficia do sucesso

---

<sup>4</sup> NUNO SOUSA E SILVA, “Um retrato do regime português dos segredos de negócio”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 75, n.º 1 e 2, pág. 246.

comercial das iniciativas de outrem, sem assunção de risco próprio nem necessidade de incorrer nas respetivas despesas.<sup>5</sup> Tem também sido criticada a natureza exemplificativa das modalidades de violação (“nomeadamente”).<sup>6</sup>

Para efeitos do enquadramento da conduta no artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial, é suficiente a ilicitude de um dos atos, pelo que o problema começa por se suscitar a propósito da aquisição dos segredos de negócios. Assim, a aquisição que não traduz o exercício normal da atividade do agente – como se verifica, por exemplo, na espionagem industrial – inquina a posterior divulgação ou utilização. Neste contexto, a cláusula geral de Concorrência Desleal contribui para determinar a ilicitude da aquisição, utilização e divulgação da informação.

Na verdade, ao contrário do que resultava do artigo 221.º n.º 8 da Carta de Lei de 21 de maio de 1896, bem como do artigo 212.º n.º 9 do Código da Propriedade Industrial de 1940 e do artigo 260.º alínea i) do Código da Propriedade Industrial de 1995, o atual diploma autonomizou o regime jurídico dos segredos de negócios, seguindo uma opção legislativa amplamente criticada pela doutrina.<sup>7</sup> No entanto, o artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial continua a remeter a proteção de informações não divulgadas para a disciplina da Concorrência Desleal. Ou seja, a hipótese integra ainda uma concretização da cláusula geral prevista no artigo 317.º n.º 1 do Código da Propriedade Industrial, segundo o qual “constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”.

Esta cláusula geral de conteúdo valorativo é a norma estruturante da disciplina. Na medida em que pode aplicar-se diretamente aos casos concretos, permite dar resposta às lacunas do sistema, bem como integrar a evolução da doutrina e da jurisprudência. Atento o carácter difuso e mutável dos comportamentos de mercado, esta flexibilidade tem sido determinante da relevância da Concorrência Desleal num contexto económico, social e tecnológico em constante evolução.

Ora, os atos especialmente previstos nas alíneas – confusórios, denegritórios, parasitários e enganosos – e a proteção de informações não divulgadas consagrada no artigo

---

<sup>5</sup> Desenvolvidamente, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Parasitismo económico e direito*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 59.

<sup>6</sup> Neste sentido, JORGE PATRÍCIO PAÚL, “Breve análise do regime da concorrência desleal no novo Código da Propriedade Industrial”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 63, I/II, abril 2003, pág. 340.

<sup>7</sup> LUÍS COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 402.

318.º do Código da Propriedade Industrial constituem as hipóteses de verificação mais frequente de comportamentos desleais. Segundo alguns autores, a violação dos segredos de negócios integra uma categoria ampla de atos de desorganização de um concorrente, que visam afetar o normal funcionamento da sua organização interna, incluindo as hipóteses de aliciamento de trabalhadores, boicote e incitamento à greve, não consagradas pelo legislador.<sup>8</sup>

Ainda que a proteção dos segredos de negócios vise exclusivamente a tutela dos profissionais, a Concorrência Desleal assenta hoje globalmente num princípio de dupla proteção, que abrange também a garantia dos interesses dos consumidores. Assim se justifica que a alusão ao ato de concorrência na referida cláusula geral seja entendida, para efeitos da delimitação do âmbito de aplicação da disciplina, como ato de intervenção no mercado, afastando-se progressivamente o recurso aos tradicionais critérios da identidade, substituição e complementaridade dos produtos ou serviços, bem como da coincidência temporal e espacial do exercício das respetivas atividades, que caracterizavam a relação de concorrência. Já relativamente ao critério normativo, apesar da opção predominante por um conteúdo deontológico, que remete os usos honestos para a ética comercial e faz coincidir a referência às normas com padrões sociais de comportamento, o Supremo Tribunal de Justiça invocou já o princípio geral de boa fé no acórdão de 12 de fevereiro de 2008 (processo n.º 07A4618) e do acórdão de 17 de junho de 2010 (processo n.º 806/03.TBMGR.C1.S1) ou a proteção das legítimas expectativas dos agentes económicos envolvidos no mercado, no acórdão de 7 de maio de 2015 (processo n.º 2443/09.5TBCLD.L1.S1).<sup>9</sup>

Acresce que segundo o artigo 331.º do Código da Propriedade Industrial, quem praticar qualquer um dos atos de Concorrência Desleal “é punido com coima de € 3000 a € 30 000, caso se trate de pessoa coletiva, e de € 750 a € 7500, caso se trate de pessoa singular”. A competência para a instrução dos processos contraordenacionais pertence à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (artigo 343.º do Código da Propriedade Industrial, na redação do DL n.º 143/2008, de 25 de julho) e para a decisão final e aplicação das coimas e sanções acessórias ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (artigo 344.º). A descriminalização da Concorrência Desleal resulta de uma reivindicação da doutrina nacional,

---

<sup>8</sup> Neste sentido, JORGE PATRÍCIO PAÚL, *Concorrência desleal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1965, pág. 183 e CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 282.

<sup>9</sup> ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos”, *RED – Revista Electrónica de Direito*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, n.º 2-2017, pág. 32.

assente na falta de densidade axiológica do bem jurídico protegido e do princípio da intervenção mínima do Direito Penal. No entanto, os montantes legais das coimas consideram-se insuficientes para desincentivar a violação de segredos de negócios.

Por fim, a tutela judicial contra a violação de segredos de negócios coincide sobretudo com a ação inibitória e de cessação, que têm respetivamente natureza preventiva e repressiva. De acordo com o artigo 317.º n.º 2 do Código da Propriedade Industrial, introduzido pela Lei n.º 16/2008, de 1 de abril, subsiste igualmente a possibilidade de instaurar a providências cautelares a que alude o artigo 338.º “sempre que haja violação ou fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável” dos segredos de negócios. Porém, esta possibilidade decorria já do artigo 362.º do Código de Processo Civil, independentemente de consagração expressa. Com estas medidas pode ainda cumular-se a responsabilidade civil extracontratual, nos termos gerais do artigo 483.º do Código Civil, que constitui o instrumento de tutela dos segredos de negócios mais relevante na prática.

## **2.2. Diretiva (UE) 2016/943**

I. Em 8 de junho de 2016, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram a Diretiva (UE) 2016/943 relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais, que deve ser transposta pelos Estados Membros até 9 de junho de 2018.

Atenta a existência de divergências nos ordenamentos jurídicos nacionais em sede de Concorrência Desleal suscetíveis de prejudicar as atividades económicas transfronteiriças, o diploma tem como base jurídica o artigo 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, sobre as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. Não obstante, ao contrário do que resultava da proposta, trata-se de um diploma de harmonização mínima, que acautela a possibilidade de os Estados Membros preverem uma proteção mais ampla contra a aquisição, utilização ou divulgação ilegais dos segredos de negócios, nos termos do disposto no artigo 1.º n.º 1.

Ora, sendo tributária do artigo 39.º do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (TRIPS), a definição de segredo comercial constante do artigo 2.º n.º 1 traduz o disposto nos ordenamentos jurídicos nacionais.

No entanto, paralelamente ao regime jurídico dos direitos de propriedade industrial, o artigo 2.º n.º 4 introduz o conceito de “mercadoria em infração”, relativo às “mercadorias cuja conceção, características, funcionamento, processo de produção ou comercialização beneficiam significativamente de segredos comerciais adquiridos, utilizados ou divulgados ilegalmente”. Mas apesar desta aproximação, o diploma reitera a dimensão valorativa da proteção dos segredos de negócios, tributária do seu enquadramento na disciplina da Concorrência Desleal, através da remissão subsidiária para uma cláusula geral relativa à conformidade com as “práticas comerciais honestas”, no artigo 3.º n.º 1 alínea d) e no artigo 4.º n.º 2 alínea b) para efeitos da delimitação da licitude da aquisição. Antevê-se que esta cláusula geral venha a ser concretizada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

E, ao contrário do que resultava da proposta, a versão final da Diretiva (UE) 2016/943 dispensou o elemento subjetivo (“dolo ou negligência grave”), fazendo assentar a relevância dos comportamentos no desvalor do resultado.<sup>10</sup> Também a ilicitude da divulgação e da utilização da informação continua a estar maioritariamente dependente da aquisição ilegal, nos termos do artigo 4.º n.º 3 alínea a). O legislador europeu fez coincidir a ilicitude da aquisição com a ilicitude da divulgação ou da utilização, de acordo com o que defendia a doutrina tradicional.

No essencial, a Diretiva (UE) 2016/943 alarga o âmbito de aplicação da proteção dos segredos de negócios face aos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros, na medida em que dispensa a relação de concorrência entre os sujeitos. Ou seja, à semelhança do que resulta da *Ley de Competencia Desleal* espanhola e do *Uniform Trade Secrets Act* norte-americano, os segredos de negócios são agora protegidos como bem imaterial, independentemente da existência de um ato que se realiza no mercado com fins concorrenciais. Neste sentido, ao criar pela primeira vez ao nível europeu uma disciplina geral dos segredos de negócios, a Diretiva (UE) 2016/943 suscita o problema de uma eventual transposição fora do quadro da Concorrência Desleal.

II. Acresce que a vertente processual da proteção dos segredos de negócios ocupa um lugar central na Diretiva (UE) 2016/943. Os artigos 6.º a 15.º enunciam as medidas,

---

<sup>10</sup> TANYA APLIN, “A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive”, *King's College London Law School*, Legal Studies Research Paper Series, n.º 2014-15, pág. 16.

procedimentos e vias de reparação que podem ser utilizadas contra a aquisição, utilização ou divulgação ilegais de segredos comerciais. O diploma introduz como principal novidade a preservação da confidencialidade dos segredos comerciais no decurso de processos judiciais, prevista no artigo 9.º que abrange “as partes, os seus advogados ou outros representantes, os funcionários judiciais, as testemunhas, os peritos e qualquer outra pessoa que participe num processo judicial relacionado com a aquisição, utilização ou divulgação”.

Assim, constituem medidas provisórias e cautelares previstas no artigo 10.º n.º 1 “a) a cessação ou, consoante o caso, a proibição da utilização ou divulgação do segredo comercial numa base provisória; b) a proibição de produzir, oferecer, colocar no mercado ou utilizar mercadorias em infração, ou de importar, exportar ou armazenar mercadorias em infração para esses fins; c) a apreensão ou a entrega de mercadorias suspeitas de infração, incluindo mercadorias importadas, a fim de evitar a sua entrada ou a sua circulação no mercado”. Apesar de o legislador europeu ter consagrado de forma taxativa as pretensões abrangidas pela norma, estas medidas provisórias e cautelares correspondem no ordenamento jurídico nacional ao disposto no artigo 338.º-I, aplicável à Concorrência Desleal por remissão do artigo 317.º n.º 2 do Código da Propriedade Industrial.

Integram medidas inibitórias, nos termos do 12.º n.º 1, “a) a cessação ou, consoante o caso, a proibição da utilização ou divulgação do segredo comercial; b) a proibição de produzir, oferecer, colocar no mercado ou utilizar mercadorias em infração, ou de importar, exportar ou armazenar mercadorias em infração para esses fins; (...) d) a destruição da totalidade ou de parte de um documento, objeto, material, substância ou ficheiro eletrónico que contenha ou constitua o segredo comercial ou, se for caso disso, a entrega da totalidade ou de parte desses documentos, objetos, materiais, substâncias ou ficheiros eletrónicos ao requerente”.

E medidas corretivas, nos termos do artigo 12.º n.º 2, “a) a retirada das mercadorias em infração do mercado; b) a eliminação, nas mercadorias em infração, das características que lhes conferem a qualidade de infratoras; c) a destruição das mercadorias em infração ou, se for caso disso, a sua exclusão dos circuitos comerciais, desde que essa exclusão não comprometa a proteção do segredo comercial em questão”. Acresce que de acordo com o artigo 12.º n.º 3, os Estados Membros “podem prever que, ao ordenar a exclusão das mercadorias em infração dos circuitos comerciais, as suas autoridades judiciais competentes possam ordenar, mediante pedido do titular do segredo comercial, que as mercadorias sejam

entregues ao titular ou a organizações de caridade”. Ao fazer incidir as medidas corretivas sobre as mercadorias em infração, a Diretiva (UE) 2016/943 aproxima os segredos de negócios do regime jurídico dos direitos de propriedade industrial, ao contrário da disciplina da Concorrência Desleal que se limita a sancionar uma conduta ilícita.<sup>11</sup>

O artigo 14.º prevê também a indemnização do prejuízo sofrido pelo titular do segredo de negócio violado, de acordo com o que resulta genericamente do regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual. Neste contexto, a indemnização abrange os danos morais (n.º 2). Tradicionalmente, uma vez que as pessoas coletivas não sofrem reflexos negativos de natureza psicológica, os danos provocados no exercício de uma atividade mercantil configuram-se apenas como diminuição do volume de negócios, decorrente do desvio de clientela alheia. No entanto, o artigo 496.º do Código Civil estabelece que a fixação de indemnização deve atender aos danos não patrimoniais, sendo relevante em sede de Concorrência Desleal, designadamente, para efeitos da lesão da reputação económica.

Por fim, à semelhança do que decorre da Diretiva 84/450/CEE sobre publicidade enganosa e da Diretiva 2005/29/CE em matéria de práticas comerciais desleais, o artigo 15.º consagra como sanção acessória a publicação das decisões judiciais, estabelecendo que nos processos judiciais instaurados devido à aquisição, utilização ou divulgação ilegais de um segredo comercial, os Estados Membros assegurem às autoridades judiciais competentes a possibilidade de “ordenar, mediante pedido do requerente e a expensas do infrator, medidas apropriadas para a divulgação das informações relativas à decisão, incluindo a sua publicação total ou parcial”. Contrariando o enquadramento da publicidade da decisão na proibição de penas infamantes prevista no artigo 25.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, a doutrina tende a reconhecer que nas infrações antieconómicas se verifica um “efeito legalmente controlado da estigmatização”.<sup>12</sup>

Em suma, a necessidade de transposição da Diretiva (UE) 2016/943 constitui uma oportunidade para o legislador nacional autonomizar a disciplina da Concorrência Desleal face à propriedade industrial, em conformidade com o que se verifica já em alguns sistemas de direito comparado.

<sup>11</sup> Neste sentido, MANUEL LOPES ROCHA, “Breve nota sobre a Proposta de Directiva relativa à protecção do know-how não divulgado e ao segredo comercial”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1-2016, pág. 115.

<sup>12</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Quarteto, Coimbra, 2003, pág. 95.

### **3. O dever de lealdade dos trabalhadores e os pactos de não concorrência**

I. Os trabalhadores estão sujeitos ao dever de lealdade previsto no artigo 128.º n.º 1 alínea f) do Código do Trabalho, que obriga a “guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios”.

A norma integra um dever acessório autónomo da prestação principal, fundado na relação de confiança entre as partes e no carácter tendencialmente duradouro do vínculo, que restringe a liberdade do trabalhador, atenta a necessidade de proteção do empregador contra os atos suscetíveis de lesar os seus interesses, nomeadamente, mediante desvio de clientela. Este dever de lealdade do trabalhador coincide com o dever de cumprimento pontual dos contratos assente no princípio geral de boa fé, enunciado no artigo 762.º n.º 2 do Código Civil e reiterado no artigo 126.º n.º 1 do Código do Trabalho, nos termos do qual “o empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respetivas obrigações”. Como reconheceu o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 9 de setembro de 2015 (processo n.º 477/11.9TTVRL), “a capacidade profissional, as aptidões do trabalhador e os seus conhecimentos devem ser colocados ao serviço da entidade patronal por força do contrato de trabalho celebrado”.

A violação do dever de lealdade dos trabalhadores integra uma hipótese de concorrência ilícita, que tende a ser sancionada sobretudo no quadro da relação laboral como ilícito disciplinar. Alguns comportamentos são ainda suscetíveis de integrar os crimes de abuso de confiança e infidelidade, para os efeitos dos artigos 205.º e 224.º do Código Penal, que punem respetivamente “quem ilegítimamente se apropriar de coisa móvel ou animal que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade” e “quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por ato jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante”.

Enquanto proibição ou restrição ao próprio exercício da atividade económica, esta hipótese de concorrência ilícita decorrente da violação do dever de lealdade dos trabalhadores não pode confundir-se com a disciplina da Concorrência Desleal, aplicável numa dimensão extracontratual. Ao incidir sobre os meios utilizados pelos profissionais, o disposto nos artigos 317.º e 318.º do Código da Propriedade Industrial aplica-se no contexto do exercício de uma atividade económica genericamente admitida, visando a proteção de interesses

privados nas relações de mercado.<sup>13</sup> Porém, o § 17 da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemã enquadra na violação dos segredos de negócios em sede de Concorrência Desleal também a divulgação pelos trabalhadores, independentemente da natureza do vínculo.<sup>14</sup> Neste caso, a relevância socioeconómica justifica a natureza penal da tutela.

II. Com a extinção da relação laboral, cessa também o dever de lealdade dos trabalhadores. No entanto, subsiste a possibilidade de celebração de um pacto de não concorrência, nos termos do artigo 136.º do Código do Trabalho. Assim, “é lícita a limitação da atividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho, nas seguintes condições: a) constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste; b) tratar-se de atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador; c) atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da atividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional” (n.º 2). Acresce que “tratando-se de trabalhador afeto ao exercício de atividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o n.º 2 pode durar até três anos” (n.º 5). Ou seja, o acordo tem natureza onerosa e sinalagmática, visando compensar a limitação da liberdade de trabalho que resulta da celebração de um pacto de não concorrência.

Ora, esta limitação da liberdade de trabalho continua a assentar na necessidade de proteção do interesse legítimo do empregador, fundada no acesso privilegiado do trabalhador a determinadas informações e no risco da sua utilização após a extinção da relação laboral. A validade do pacto de não concorrência depende, por isso, da demonstração da existência de uma probabilidade séria de prejuízo, decorrente do exercício de atividade concorrente pelo trabalhador.<sup>15</sup> Este exercício de atividade concorrente deve ser aferido numa dimensão material e territorial.

---

<sup>13</sup> ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 29.

<sup>14</sup> HELMUT KÖHLER e JOACHIM BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 31.ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 2013, pág. 1502.

<sup>15</sup> JÚLIO GOMES, “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 1, 1999, pág. 23 e LAURA MOTA, *O dever de lealdade do trabalhador após a cessação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 97.

#### **4. A utilização das informações após a cessação da relação laboral**

##### **4.1. Perspetiva constitucional: a restrição da liberdade de trabalho**

A liberdade de trabalho funda-se axiologicamente na liberdade de escolha de profissão e no direito ao trabalho, previstos nos artigos 47.º e 58.º da Constituição da República Portuguesa, nos termos dos quais “todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade” e “todos têm direito ao trabalho”. Mas funda-se também no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, enunciado no artigo 26.º Constituição da República Portuguesa. Ora, numa vertente negativa, esta liberdade de trabalho pressupõe a inexistência de entraves ao exercício de uma profissão livremente escolhida, quando cumpridos os requisitos legalmente necessários para o efeito.

Associada ao risco das tecnologias digitais, a mobilidade dos trabalhadores que caracteriza as relações laborais no século XXI determina a importância prática da abordagem dos segredos de negócios como restrição desta liberdade, sobretudo na ausência de pacto de não concorrência ou após a respetiva cessação. Assim, a partir do momento em que não subsistem limitações contratuais à liberdade de trabalho, deve admitir-se o exercício de qualquer atividade profissional, por conta própria ou alheia. Neste contexto, a utilização dos segredos de negócios do anterior empregador integra, de acordo com a doutrina atualmente maioritária, um elemento necessário da progressão profissional do trabalhador que tomou conhecimento da informação em causa no decurso normal das suas funções.<sup>16</sup> Pelo contrário, alguns autores afirmam que mesmo na ausência de pacto de não concorrência ou após a respetiva cessação, o princípio geral de boa fé pode conduzir a uma responsabilização do trabalhador pelos danos causados ao anterior empregador.<sup>17</sup>

No entanto, quando passa a exercer uma atividade no mesmo sector do anterior empregador, o trabalhador atua como seu concorrente, sendo-lhe aplicável a proteção dos segredos de negócios consagrada no artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial. Como resulta do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 2009 (processo n.º 08A3836), “terminado o contrato de trabalho, o trabalhador readquire a sua plena liberdade de trabalho e de empresa, podendo, por conseguinte, iniciar, licitamente, uma nova atividade, por conta própria ou alheia, diretamente concorrente com o seu anterior empregador, mas sempre

---

<sup>16</sup> Por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 474.

<sup>17</sup> JOÃO ZENHA MARTINS, “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 3 e 4, 2006, pág. 308.

dentro dos limites legais impostos pela proibição da concorrência desleal”. Ou seja, deixa de estar vinculado pelos deveres de natureza contratual decorrentes do artigo 128.º n.º 1 alínea f) do Código do Trabalho ou da celebração de um pacto de não concorrência, subsistindo apenas o recurso genérico à disciplina da Concorrência Desleal.

## **4.2. O problema da extensão da proteção**

### **4.2.1. Pressupostos genéricos e licitude da aquisição**

I. Importa começar por recordar que o âmbito de aplicação do artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial relativo à proteção dos segredos de negócios se restringe a informações que não são “geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão”. O conceito exclui as informações triviais, a experiência e as competências adquiridas pelos trabalhadores no decurso normal das suas funções, que podem continuar a ser utilizadas após a cessação da relação laboral.

Também designadas *skill and knowledge*, as informações imprescindíveis para o exercício da profissão, tendem a ser naturalmente memorizadas pelos trabalhadores.<sup>18</sup> Segundo as circunstâncias do caso concreto, este critério de inevitabilidade permite considerar lícitas determinadas formas de aquisição. A restrição da liberdade de trabalho incide, desta forma, apenas sobre as informações que integram os pressupostos dos segredos de negócios enunciados nos ordenamentos jurídicos nacionais e na Diretiva (UE) 2016/943, quando as informações forem ilicitamente adquiridas.

Daqui decorre que o conceito de segredos de negócios é mais restrito do que a alusão ampla a “informações” no artigo 128.º n.º 1 alínea f) do Código do Trabalho ou a “informação particularmente sensível no plano da concorrência” no artigo 136.º n.º 5 do Código do Trabalho. Assim, o legislador adotou, no domínio contratual, um regime jurídico especialmente protetor dos interesses legítimos do empregador, que se justifica face à relação de confiança e ao dever de cumprimento pontual dos contratos. No entanto, manteve em sede de Concorrência Desleal uma proteção delimitada por pressupostos genéricos suscetíveis de restringir o âmbito de aplicação do artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial em

---

<sup>18</sup> Desenvolvidamente, AUREA SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial: un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 2009, pág. 264.

função dos vários interesses em conflito, a ponderar de acordo com a dimensão valorativa da disciplina.

Na verdade, também ao nível europeu, de acordo com o disposto no artigo 1.º n.º 3 da Diretiva (UE) 2016/943, a proteção dos segredos de negócios não pode limitar a mobilidade dos trabalhadores, nomeadamente, não pode proporcionar fundamento para “a) limitar a utilização pelos trabalhadores de informações que não constituam um segredo comercial (...); b) limitar a utilização pelos trabalhadores da experiência e das competências adquiridas de forma honesta no decurso normal do seu trabalho; c) impor aos trabalhadores restrições adicionais nos seus contratos de trabalho para além das previstas no direito da União ou no direito nacional”.

Ora, um dos exemplos paradigmáticos de proteção dos segredos de negócios coincide com a utilização de listas de clientes do anterior empregador após a cessação da relação laboral, que pode traduzir a censurabilidade dos meios utilizados no exercício de uma atividade económica genericamente admitida. Como resulta do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de setembro de 2009 (processo n.º 359/09.4YFLSB), relativo ao sector da formação profissional e das atividades desportivas, “a repressão da concorrência desleal condena o meio (a deslealdade) não o fim (o desvio da clientela) pelo que a ilicitude radica-se na deslealdade e não em qualquer direito específico”. Neste contexto, a ilicitude não resulta do contacto estabelecido com os clientes do anterior empregador, mas da utilização não consentida dos seus ficheiros. No direito comparado, importa referir que os tribunais espanhóis tendem a não enquadrar as listas de clientes na disciplina dos segredos de negócios.<sup>19</sup>

II. Nos termos do artigo 3.º n.º 1 da Diretiva (UE) 2016/943, a aquisição do segredo é considerada legal quando resulta de “a) descoberta ou criação independente; b) observação, estudo, desmontagem ou teste de um produto ou objeto que tenha sido disponibilizado ao público ou que esteja legalmente na posse do adquirente da informação, não estando este sujeito a qualquer dever legalmente válido de limitar a aquisição do segredo comercial; c) exercício do direito dos trabalhadores ou dos representantes dos trabalhadores a informações e consultas em conformidade com o direito da União ou com as legislações e as práticas nacionais; d) outras práticas que, nas circunstâncias específicas, estejam em conformidade

---

<sup>19</sup> RAFAEL GARCÍA PÉREZ, *Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 334.

com práticas comerciais honestas”. Neste sentido, sempre que a aquisição do segredo pelos trabalhadores tiver lugar no decurso normal das suas funções, a utilização ou a divulgação após a cessação da relação laboral deve ser genericamente admitida.

Porém, o artigo 4.º n.º 2 considera ilegal a aquisição de um segredo comercial sem o consentimento do respetivo titular realizada mediante “a) acesso, apropriação ou cópia não autorizados de documentos, objetos, materiais, substâncias ou ficheiros eletrónicos, legalmente sob controlo do titular do segredo comercial, que contenham o segredo comercial ou a partir dos quais seja possível deduzir o segredo comercial; b) outras condutas que, nas circunstâncias específicas, sejam consideradas contrárias às práticas comerciais honestas”. Consequentemente, nos termos do artigo 4.º n.º 3, a utilização ou a divulgação é considerada ilegal, quando a pessoa “a) tenha adquirido o segredo comercial ilegalmente; b) viole um acordo de confidencialidade ou qualquer outro dever de não divulgar o segredo comercial; c) viole um dever contratual ou qualquer outro dever de limitar a utilização do segredo comercial”. Assim, por exemplo, o trabalhador que no momento da cessação da relação laboral leva o suporte material da informação, afastando o referido princípio da inevitabilidade, adquire ilicitamente o segredo do anterior empregador. Este modo de aquisição, especialmente relevante face às listas de clientes, inquina a posterior utilização da informação no exercício de atividade por conta própria.

Quando o trabalhador passa a exercer atividade concorrente por conta de outrem, releva já o artigo 4.º n.º 3, segundo o qual “a aquisição, utilização ou divulgação de um segredo comercial é também considerada ilegal sempre que uma pessoa, no momento da sua aquisição, utilização ou divulgação, tivesse ou devesse ter tido conhecimento, nas circunstâncias específicas, de que o segredo comercial tinha sido obtido direta ou indiretamente de outra pessoa que estava a utilizá-lo ou a divulgá-lo ilegalmente”. Enquadra-se aqui o caso do trabalhador que coloca à disposição do novo empregador os segredos de negócios do anterior.

#### **4.2.2. Princípio da proporcionalidade**

A proteção dos segredos de negócios pode representar um conflito de direitos fundamentais, na medida em que coincide com uma restrição da liberdade de trabalho, axiologicamente fundada na liberdade de escolha de profissão e no direito ao trabalho, previstos nos artigos 47.º e 58.º da Constituição da República Portuguesa. Neste sentido, a

utilização de determinadas informações no exercício de outra atividade profissional após a cessação da relação laboral deve também ser ponderada à luz do princípio da proporcionalidade que, face à existência de um conflito de interesses, permite limitar a restrição da liberdade de trabalho decorrente da proteção dos segredos de negócios do anterior empregador.

Ora, nos termos do artigo 18.º n.º 2, “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Assim, a proteção dos segredos de negócios – assente na garantia da livre iniciativa económica privada e no direito de propriedade, enunciados nos artigos 61.º e 62.º da Constituição da República Portuguesa – fica dependente da adequação, da necessidade e da proibição do excesso. Na hipótese da utilização de segredos de negócios do anterior empregador, a valoração dinâmica dos interesses em conflito deve assentar na ponderação de um conjunto de circunstâncias, que permitam ainda salvaguardar a liberdade de trabalho.<sup>20</sup> Entre estas circunstâncias encontram-se sobretudo a forma de aquisição da informação, as funções desempenhadas e a duração do contrato de trabalho.

Ao nível europeu, o princípio da proporcionalidade permite evitar a proteção excessiva dos segredos de negócios suscetível de entravar o funcionamento do Mercado Interno.<sup>21</sup> A relevância deste princípio da proporcionalidade é, por isso, igualmente reconhecida na Diretiva (UE) 2016/943. Nos termos do Considerando 21, “as medidas, os procedimentos e as vias de reparação destinados a proteger os segredos comerciais deverão ser adaptados de modo a cumprirem o objetivo de um bom funcionamento do mercado interno em matéria de investigação e inovação, nomeadamente dissuadindo a aquisição, a utilização e a divulgação ilegais de segredos comerciais. Essa adaptação de medidas, procedimentos e vias de recurso não deverá pôr em risco ou comprometer os direitos e as liberdades fundamentais ou o interesse público, tais como a segurança pública, a defesa dos consumidores, a saúde pública e a proteção do ambiente, nem deverá prejudicar a mobilidade dos trabalhadores. A este respeito, as medidas, os procedimentos e as vias de reparação previstos na presente diretiva

---

<sup>20</sup> FABIANA MASSA FELSANI, *Contributo all'analisi del know-how*, Giuffrè, Milão, 1997, pág. 173.

<sup>21</sup> Face à Proposta de Diretiva, LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ, “Los futuros avances en la armonización del derecho de la competencia desleal en la Unión Europea: la propuesta de directiva sobre la protección de la información empresarial no divulgada”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 35, 2014/2015, pág. 143.

destinam-se a assegurar que as autoridades judiciais competentes tenham em conta fatores como o valor de um segredo comercial, a gravidade da conduta que deu origem à aquisição, utilização ou divulgação ilegal do segredo comercial e o impacto dessa conduta”. Desta forma, não releva apenas o impacto da conduta na esfera económica do titular mas também o impacto social, devendo as autoridades competentes ter discricionariedade necessária para a ponderação dos interesses das partes em conflito e de terceiros, nomeadamente, os consumidores.

De acordo com o disposto no artigo 7.º n.º 1 alínea a) da Diretiva (UE) 2016/943, a aplicação das medidas, dos procedimentos e das vias de reparação contra a aquisição, utilização ou divulgação ilegais de segredos comerciais deve atender ao princípio da proporcionalidade, que se concretiza nas circunstâncias determinantes enunciadas no artigo 11.º n.º 2 relativo às medidas provisórias e cautelares, bem como no artigo 13.º n.º 1 relativo às medidas inibitórias e corretivas. Assim, no caso concreto, as autoridades competentes devem ter em conta “a) o valor do segredo comercial ou outras características específicas do mesmo; b) as medidas tomadas para proteger o segredo comercial; c) a conduta do requerido ao adquirir, utilizar ou divulgar o segredo comercial; d) o impacto da utilização ou divulgação ilegais do segredo comercial; e) os interesses legítimos das partes e o impacto que o deferimento ou indeferimento das medidas possa ter sobre elas; f) os interesses legítimos de terceiros; g) o interesse público; e h) a salvaguarda dos direitos fundamentais”.

## **5. Considerações finais**

Ao contrário do que resulta da violação do dever de lealdade previsto no artigo 128.º n.º 1 alínea f) do Código do Trabalho ou da celebração de um pacto de não concorrência, a proteção dos segredos de negócios consagrada no artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial assenta na censurabilidade dos meios utilizados no exercício de uma atividade económica genericamente admitida. Daqui decorre que este regime jurídico tem aplicação numa dimensão extracontratual das relações de mercado. O seu conteúdo valorativo foi reiterado pela Diretiva (UE) 2016/943, através de uma cláusula geral relativa às “práticas comerciais honestas”.

No entanto, após a cessação da relação laboral, a proteção dos segredos de negócios do anterior empregador em sede de Concorrência Desleal pode constituir uma restrição da liberdade de trabalho. Para efeitos da delimitação do âmbito desta restrição, a ponderação dos

interesses em conflito deve assentar no conceito restrito de segredos de negócios e no princípio da proporcionalidade. Neste contexto, importa atender sobretudo ao modo de aquisição dos segredos de negócios, com recurso ao critério da inevitabilidade, que permite acautelar as informações naturalmente memorizadas pelos trabalhadores e imprescindíveis para o exercício da profissão. Esta ponderação é especialmente relevante face à acentuada mobilidade que caracteriza as relações laborais no século XXI.

### Referências bibliográficas

AMORIM, Ana Clara Azevedo de — *Parasitismo económico e direito*, Almedina, Coimbra, 2009.

— *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017.

— “A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos”, *RED – Revista Electrónica de Direito*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, n.º 2-2017, disponível em <http://www.cije.up.pt/revistared>.

APLIN, Tanya — “A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive”, *King's College London Law School*, Legal Studies Research Paper Series, n.º 2014-15, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2467946](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2467946).

ASCENSÃO, José de Oliveira — *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002.

COSTA — José de Faria, *Direito Penal Económico*, Quarteto, Coimbra, 2003.

FELSANI, Fabiana Massa — *Contributo all'analisi del know-how*, Giuffrè, Milão, 1997.

GARCÍA PÉREZ, Rafael — *Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra, 2008.

GOMES, Júlio — “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 1, 1999, pág. 7 a 40.

GÓMEZ SEGADE, José António — *El secreto industrial (know-how) – concepto y protection*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

GONÇALVES, Luís Couto — *Manual de Direito Industrial*, 7.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2017.

KÖHLER, Helmut; BORNKAMM, Joachim — *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 31.<sup>a</sup> edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 2013.

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto — “Los futuros avances en la armonización del derecho de la competencia desleal en la Unión Europea: la propuesta de directiva sobre la protección de la información empresarial no divulgada”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 35, 2014/2015, pág. 131 a 150.

MARQUES, João Paulo Remédio — *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, volume II – *Obtenções Vegetais. Conhecimentos Tradicionais. Sinais Distintivos. Bioinformática e Bases de Dados. Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2007.

MARTINS, João Zenha — “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 3 e 4, 2006, pág. 291 a 372.

MOTA, Laura — *O dever de lealdade do trabalhador após a cessação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2015.

OLAVO, Carlos — *Propriedade Industrial*, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2005.

PAÚL, Jorge Patrício — *Concorrência desleal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1965.

— “Breve análise do regime da concorrência desleal no novo Código da Propriedade Industrial”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 63, I/II, abril 2003, pág. 329 a 343.

ROCHA, Manuel Lopes — “Breve nota sobre a Proposta de Directiva relativa à protecção do know-how não divulgado e ao segredo comercial”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1-2016, pág. 111 a 118.

SILVA, Nuno Sousa e — “Um retrato do regime português dos segredos de negócio”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 75, n.º 1 e 2, pág. 223 a 257.

SUÑOL LUCEA, Aurea — *El secreto empresarial: un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 2009.



## Breves reflexões em torno das semelhanças e dissemelhanças entre os pactos de não concorrência dos administradores e dos trabalhadores

Rita Guimarães Fialho d' Almeida \*

### 1. Considerações preliminares

No presente trabalho propomo-nos abordar, ainda que resumidamente, determinadas interrogações que poderão surgir da estipulação de uma obrigação de não concorrência dos administradores – pessoas singulares – de uma sociedade anónima com eficácia após a cessação do respectivo mandato<sup>1</sup>.

De entre as razões que presidiram ao nosso interesse e escolha na abordagem da presente problemática conta-se a constatação de que esta permanece uma matéria insuficientemente estudada e, por conseguinte, sequiosa de uma maior e mais aprofundada investigação. Esta circunstância é, desde logo, indiciada pela escassez de escritos científicos e de decisões jurisprudenciais em torno da temática, para além de alguns textos e de observações pontuais que, aqui e ali, vão aparecendo.

Ora, no decurso do mandato, o n.º 3 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais vem expressamente determinar que “os administradores não podem exercer por

---

\*Assistente Convidada na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Aluna de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

\*\* Por opção da Autora, a redacção do presente trabalho obedece a grafia anterior à do novo acordo ortográfico.

<sup>1</sup> Relativamente às sociedades por quotas, o que normalmente acontece é que os gerentes são os titulares das quotas da sociedade, não se colocando, por essa razão, a emergência em assegurar a não concorrência daqueles no termo do mandato, excepto quando o mesmo seja acompanhado de uma cessão de quotas e, simultaneamente, “saída” da sociedade. Neste sentido, FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato: Da admissibilidade do pacto de não concorrência* [em linha], Dissertação de Mestrado, Lisboa: ISCTE-IUL, 2016, p. 7 [consult. a 22 de Setembro de 2017]. Disponível na internet: <https://repositorio.iscte-iul.pt/handle/10071/12600>.

conta própria ou alheia actividade concorrente da sociedade nem exercer funções em sociedade concorrente ou ser designados por conta ou em representação desta”, salvo se existir autorização em contrário. Com o termo do mandato, naturalmente que a obrigação em causa se extingue, salvaguardando-se, ainda assim, a protecção que advém para a sociedade do instituto da “concorrência desleal” com previsão no artigo 317.º do Código da Propriedade Industrial<sup>2</sup>, bem diferente embora daquela que é lograda mediante a celebração de um pacto de não concorrência, desde logo porque os conceitos ali utilizados são de difícil apreciação, não se revelando o preceito adequado à protecção das sociedades quando esteja em causa a concorrência preconizada por um administrador que nela tenha cessado as suas funções<sup>3</sup>.

Assim sendo, urge questionar: poderão as partes, concretamente o administrador e a sociedade, acordar que aquele permaneça obrigado a não concorrer com esta última após o termo do respectivo mandato? Quais são, afinal, os interesses aí subjacentes? A estas e a outras questões, procuraremos responder ao longo das próximas páginas.

## **2. Dos interesses e admissibilidade do pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato**

Começando pelos interesses subjacentes à obrigação de não concorrência com eficácia pós-mandato<sup>4</sup>, agora sob o ponto de vista da sociedade, facilmente se compreende que o administrador poderá constituir uma “ameaça” séria em termos comerciais, pois, como logo

---

<sup>2</sup> Sob a epígrafe “concorrência desleal”, o artigo 317.º do Código da Propriedade Industrial dispõe nos termos que seguem: “1 – Constitui concorrência desleal todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica, nomeadamente: / a) Os actos susceptíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue; / b) As falsas afirmações feitas no exercício de uma actividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes; / c) As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios; / d) As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas actividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela; / e) As falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adoptado; / f) A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento. / 2 – São aplicáveis, com as necessárias adaptações, as medidas previstas no artigo 338.º-I”.

<sup>3</sup> FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 31 e 33-34.

<sup>4</sup> Seguimos, de perto, SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato: contornos e limites”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* [em linha], n.º 30 (2011), p. 116-117 [consult. a 22 de Setembro de 2017]. Disponível na internet: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3233/documento/art15.pdf?id=3381>.

se vê, durante o exercício das suas funções, o mesmo pode ter estabelecido relações de confiança pessoal com clientes da sociedade e outros terceiros e, ainda, ter tido acesso a informação privilegiada dentro da sociedade<sup>5</sup>. Recorde-se, aliás, a circunstância de, nas sociedades anónimas, o grau de profissionalismo e autonomia dos administradores ser mais intenso, assim como maior complexidade revestem as matérias com as quais estes têm de se relacionar<sup>6</sup>. Depois, também ao administrador poderá interessar a estipulação do pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato. Senão vejamos: daí lhe advém uma compensação pecuniária enquanto contrapartida da obrigação de não concorrência e, por conseguinte, rendimentos futuros numa altura em que já não estará adstrito a desempenhar as funções que, até então, recaíam sobre si<sup>7</sup>.

Em se admitindo a validade de um pacto de não concorrência desta natureza, certamente que a sua génese assentará na liberdade contratual das partes, bem como na possibilidade de o administrador aceitar livremente restringir a sua liberdade de trabalho, a sua liberdade de escolha de profissão e a sua liberdade de iniciativa económica, mas nunca no prolongamento implícito dos deveres de lealdade previstos no artigo 64.º, n.º 1, alínea b), do Código das Sociedades Comerciais, que recaíam sobre este durante o mandato<sup>8</sup>. E se assim é,

---

<sup>5</sup> No mesmo sentido, cfr. também FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 33.

<sup>6</sup> FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 8.

<sup>7</sup> No mesmo sentido, cfr. também FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 37.

<sup>8</sup> Pese embora a lealdade não se encontrasse positivada como dever geral, a versão anterior do artigo 64.º continha já a sua consagração implícita. Existiam também alguns afloramentos díspares no Código das Sociedades Comerciais e beneficiava de concretizações fundamentais no âmbito do direito de insolvência. Apresenta-se ela como o dever que impende sobre os administradores de atender e satisfazer exclusivamente os interesses da sociedade, com a consequente abstenção da promoção do benefício próprio ou de interesses alheios. Repare-se que a lealdade não se fundamenta na emergência de tutelar a confiança de outrem, a qual pode mesmo não existir, e nem por isso, ela deixa de ser devida. Do mesmo passo, a imposição do dever de lealdade pode não significar a correspondência a expectativas, designadamente quando se não haja pedido qualquer confiança de outrem. Embora a exigência de lealdade brote no contexto de uma específica relação entre sujeitos (*Sonderverbindung*), no seio da qual as expectativas conformam particularmente o relacionamento e a conduta a que as partes se encontram adstritas, a conveniência de acautelar tais expectativas não é imposta em si mesma, mas antes como consequência necessária de uma correcção de comportamento, de pendor ético-jurídico objectivo. Muito embora o dever ora em análise não carecesse de positivação, a verdade é que a mesma se justifica, sobretudo em razão da função pedagógica da lei, que pretendeu lembrar, aos administradores e ao intérprete, aquilo que nem sempre se considerou adequadamente. Sem prescindir da importância da sua positivação, sempre se dirá que os deveres de lealdade não foram referenciados de forma apropriada, na medida em que os mesmos não se traduzem em deveres “no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”. Observe-se que a lealdade não realiza, por si, interesses, situando-se acima e para além deles. Quer dizer, o dever de lealdade que impende sobre o administrador não existe em ordem a prosseguir e maximizar os interesses mencionados na disposição legal, fundando-se antes no

---

estatuto ético-jurídico basilar da função do administrador, de que é elemento constitutivo, até porque o “direito” à lealdade dos administradores é irrenunciável. Embora reduzida, na lei, a uma simples menção, afigura-se-nos possível proceder, em termos gerais, a uma tipificação exemplificativa de alguns imperativos da lealdade, hoje comumente reconhecidos. Concretizando os “deveres de lealdade”, os administradores devem: a) actuar com correcção (*fairness*) quando contratam com a sociedade; b) não concorrer com ela; c) não aproveitar em benefício próprio as oportunidades de negócio societárias; d) não aproveitar bens e informações da sociedade; e) finalmente, não devem abusar do estatuto ou posição de administrador. Dúvidas não restam de que a lealdade – ou, noutra formulação, a fidelidade – é uma conduta exigível ao administrador, mero dever de comportamento, o que resulta do facto de ele ser susceptível de romper em outras relações jurídicas, especialmente naquelas em que alguém gere um interesse alheio, em nome e/ou por conta de outrem. Repare-se ainda que esse dever se não confunde com o dever de administrar, na medida em que um administrador leal pode não administrar correctamente, e um bom administrador pode, pelo menos em determinado momento, não ser leal. Seja como for, sempre se dirá que a relação de administração importa um especial dever de lealdade. Nas palavras de FRADA, Manuel A. Carneiro da, “A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, in: AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 215, “a relação de administração constitui uma daquelas relações fiduciárias ou de confiança que manifestam uma textura de comportamentos exigíveis em nome da lealdade particularmente densa (relação *uberrimae fidei*). Se todos os sujeitos estão adstritos a deveres de lealdade na sua vida de relação, o administrador encontra-se colocado perante uma lealdade qualificada, derivada da função que exerce no que respeita a interesses alheios”. Diferentemente do dever de cuidado, o dever de lealdade não se constrói com base na vontade manifestada num negócio jurídico, mas antes emerge de uma ponderação ético-jurídica autónoma de uma qualquer antevisão das partes nesse sentido e aparece como consequência de uma valoração *ex lege* da ordem jurídica, ultrapassando naturalmente a medida da conduta genericamente imposta em nome da boa-fé plasmada no artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil, o qual não profibe a prossecução de interesses próprios – o que não se compreenderia nos contratos onerosos ou com interesses opostos –, antes promove apenas uma forma de concordância prática dos interesses das partes numa relação de troca, impondo padrões e limites de razoabilidade, em razão da existência simultânea daqueles interesses. No dever de lealdade que impende sobre os titulares do órgão de administração das sociedades a situação apresenta-se diferente, pois a sua relação com a pessoa colectiva é de curadoria ou de administração de interesses, competindo ao titular do órgão impulsionar a realização do interesse daquela e se o não faz de forma apropriada, é esse interesse (de outrem) que fica por satisfazer. Assim sendo, a regra da boa-fé de que possa falar-se nesta sede tem por intuito a garantia da sobre-ordenação dos interesses da sociedade e respectivas condições de prossecução, e não a delimitação da prossecução de interesses próprios. Nesta ordem de ideias, a lealdade devida pelo administrador aos sócios assume contornos distintos daquela que ele tem perante a sociedade; daí que o efeito da sua violação para com aqueles se limite, em regra, à responsabilidade civil, não fundamentando, em princípio, qualquer obrigação de restituição daquilo que foi obtido directamente a esses sócios, para além do dano que lhes haja sido causado. De todo o modo, ainda que a lealdade qualificada do administrador exista apenas, propriamente, em relação à sociedade que serve, isso não significa a dispensa de lealdade do administrador para com outros sujeitos com que entrou em relação (v.g., trabalhadores, sócios, clientes e credores). Por outras palavras, pese embora o legislador entenda diferenciar vários limiares de incidência de lealdade, reconduzindo-a mormente à sociedade e respectivo interesse, a lealdade “qualificada” não isenta da lealdade “comum” para com os outros. Ela há-de observar-se, sempre e como princípio, perante todos, devendo prevenir-se a ocorrência de quaisquer conflitos. Naturalmente a lealdade devida pelo administrador na sua relação perante os sócios, os clientes, os trabalhadores ou os credores pode, *in casu*, conflitar com o interesse social. Pense-se, por exemplo, na circunstância de o administrador não prevenir, como havia de o ter feito, o conflito de deveres, comprometendo-se, quando não lhe incumbia nem tinha por que tal, perante outros (sócios, clientes, trabalhadores ou credores) em detrimento da sociedade. Nessas hipóteses, se pode ser-lhe consentido dar prevalência ao interesse social, o dever de lealdade relativamente aos outros sujeitos não desaparece, pelo que a sua violação acarreta sempre responsabilidade civil perante os terceiros atingidos. Neste contexto, haverá certamente demarcações daquilo que a lealdade impõe em função das pessoas e circunstâncias compreendidas. Assim, as condições em que a omissão de uma informação ou de prestação de um esclarecimento são consideradas desleais variam. Repare-se ainda que o sigilo profissional dos administradores não afectará, em regra, a lealdade perante terceiros. Uma possível delimitação será, pois, a de atender ao tipo de interessados na matéria. De todo o modo, parece que a mentira ou a falta consciente à verdade representa sempre uma censura ético-jurídica, independentemente dos interessados em causa, donde ela tende a coincidir com uma violação do dever de lealdade, conquanto exista uma ligação específica anteriormente estabelecida entre o autor

a admissibilidade da obrigação de não concorrência pós-mandato deverá ser aferida, não à luz de normas e princípios consagrados no Código das Sociedades Comerciais, mas antes fora dele, designadamente no Código Civil e na Constituição da República Portuguesa, a que acresce o recurso a outros normativos enquanto elementos acessórios de interpretação<sup>9</sup>. E, uma vez mais, se assim é, a circunstância de o Código das Sociedades Comerciais não prever expressamente a figura do pacto de não concorrência do administrador com eficácia pós-mandato não transportará, por isso só, a ideia de que o mesmo deva ser considerado inválido<sup>10</sup>.

Vimo-lo já, o pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato traduzir-se-á numa limitação à liberdade de iniciativa económica, à liberdade de trabalho do administrador e, também, à liberdade fundamental de escolha de profissão. E, repare-se, em termos do respectivo enquadramento constitucional, esta liberdade de escolha de profissão constitui um direito fundamental com consagração em preceito integrado no capítulo respeitante aos direitos, liberdades e garantias pessoais, cuja restrição vem sendo admitida em nome da efectivação de outros direitos e liberdades fundamentais. Referimo-nos, mais exactamente, ao n.º 1 do artigo 47.º da Constituição da República Portuguesa, que dispõe nos termos que seguem: “Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”<sup>11</sup>.

Recorde-se, nesta sede, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 256/2004, de 14 de Abril de 2004 (MÁRIO TORRES), processo n.º 09S0625, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, a respeito da eventual inconstitucionalidade do artigo 16.º do Decreto-lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969, que consagrou o Regime Jurídico do

---

e o destinatário do conteúdo transmitido. Enquanto produto de uma valoração ético-jurídica indisponível, a lealdade não é graduável ou susceptível de considerações de eficiência económica, segundo uma análise económica do Direito, pelo que ela há-de ser devida sempre, ainda que tal importe um custo elevado; o que vale por dizer não se afigurar admissível exigir-se mais ou menos lealdade conforme os interesses em causa ou passíveis de serem afectados. Neste sentido, M. CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, p. 219-221.

<sup>9</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, *cit.*, p. 117.

<sup>10</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, *cit.*, p. 118 e 120; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, *cit.*, p. 37.

<sup>11</sup> Em moldes idênticos, *cfr.* também o artigo 15.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sob a epígrafe “liberdade profissional e direito de trabalhar”.

Contrato Individual de Trabalho, correspondendo, ainda que com ligeiras alterações, ao actual artigo 136.º do Código do Trabalho:

*“(...) em balanço global, que a regulação legal dos pactos de não concorrência contida na norma questionada não pode ser considerada como restringindo de forma constitucionalmente intolerável a liberdade de trabalho. / Sendo irrecusável a possibilidade da existência, em alguns casos, do apontado constrangimento à aceitação desta cláusula restritiva, não deixa de ser relevante que ela não resulte de imposição do legislador, mas antes de acordo de vontades das partes, assentando, assim, em último termo, na autonomia do trabalhador”.*

Claro está que a mesma decisão não deixa de tecer algumas considerações acerca de quais as condições a que os pactos de não concorrência devem obediência. Em primeiro lugar, a exigência de forma escrita, enquanto formalidade *ad substantiam* ou, dito de outro modo, enquanto condição de validade do negócio jurídico, vem assegurar “a assunção consciente da restrição e delimita[r] o seu âmbito de aplicação”<sup>12</sup>.

Em segundo lugar, há-de tratar-se de uma restrição com limitação temporal e, também, limitação geográfica, pois, como logo se vê, “nada justificaria o impedimento da actividade do trabalhador em zona aonde o seu antigo empregador não estende a sua acção empresarial”.

Em terceiro lugar, “a exigência legal da existência de risco efectivo de prejuízos para o ex-empregador” ou, dito doutro modo, o risco daquilo a que a doutrina designa por “concorrência diferencial”; o mesmo é dizer “a especificidade da concorrência que um ex-trabalhador está em condições de realizar relativamente ao seu antigo empregador, por ter trabalhado para ele”, não bastando, para tanto, “o prejuízo comum de o empregador perder um seu trabalhador de qualidade para outra empresa concorrente”.

Exige-se ainda a estipulação de uma adequada compensação monetária, a qual terá de ser justa, no sentido de bastante para compensar o trabalhador da perda de rendimentos emergente da restrição da sua actividade.

---

<sup>12</sup> No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Maio de 2008 (BRAVO SERRA), processo n.º 08S322, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, veio decidir no sentido de que as “condições que permitem a estipulação de uma cláusula de limitação da actividade do trabalhador (...) são ditadas por interesse e ordem pública e constituem formalidades *ad substantiam*, sem as quais não será possível efectuar-se a outorga desse específico arco do negócio jurídico”.

Finalmente, o trabalhador não fica, em bom rigor, absolutamente privado do seu direito ao trabalho, pois que a limitação voluntária ao exercício desse direito é sempre revogável, nos termos do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, além de que o incumprimento do pacto, mediante a celebração de contrato de trabalho com empresa concorrente do antigo empregador não gera, em regra, a invalidade deste contrato, mas antes, eventualmente, a mera obrigação de indemnização. E se tiver sido estabelecida cláusula penal existirá sempre a possibilidade da sua redução pelo tribunal de acordo com a equidade, quando a mesma for manifestamente excessiva, nos termos do artigo 812.º, n.º 1, do Código Civil.

“Ponderadas todas estas cautelas e restrições legais, conclui-se [no referido Acórdão] que a possibilidade de estipulação de pacto de concorrência não viola, de forma intolerável, os valores constitucionais invocados pela sentença recorrida”<sup>13</sup>.

Bem vistas as coisas, o exercício da função de administrador numa sociedade anónima encontra-se, também ele, a coberto da liberdade de escolha de profissão constitucionalmente consagrada, afigurando-se, por isso, como um direito de personalidade do administrador, de que este pode dispor, designadamente limitando-o de forma voluntária, podendo, então, ser objecto de um negócio jurídico, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, conforme resulta das disposições conjugadas do artigo 81.º, n.º 1, *a contrario*, 280.º e 405.º do Código Civil<sup>14</sup>.

Acresce que a circunstância de o n.º 2 do artigo 81.º do Código Civil admitir, de forma expressa, a livre revogação das restrições voluntárias aos direitos de personalidade vem igualmente corroborar a possibilidade de o administrador restringir a sua liberdade de trabalho<sup>15</sup>.

Por outro lado ainda, o recurso a outros normativos enquanto elementos acessórios de interpretação revela-se útil, também ele, à demonstração de que o pacto de não concorrência é

---

<sup>13</sup> O mesmo entendimento foi inteiramente subscrito pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Dezembro de 2009 (VASQUES DINIS), processo n.º 09S0625, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>14</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 118; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 35-37. Veja-se ainda o Acórdão do Supremo Tribunal, de 25 de Setembro de 2003 (OLIVEIRA BARROS), processo n.º 03B2361, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, em cujo sumário se dispõe o seguinte: “Desde que não contrariados por esse modo os princípios da ordem pública interna, é lícita a limitação voluntária do exercício dos direitos de personalidade, designadamente, podendo, em princípio, o exercício do direito ao resguardo, nas suas várias manifestações, ser objecto de limitações voluntárias” (itálico nosso).

<sup>15</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 119.

conforme à ordem pública, desde que proporcional e justificado<sup>16</sup>. Referimo-nos ao actual artigo 136.º do Código do Trabalho e ao artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, que aprovou o regime legal do contrato de agência.

Começemos pelo primeiro dos normativos citados. Ora, pese embora a relação entre o administrador e a sociedade não configurar um contrato de trabalho, logo proibido pelo n.º 1 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais, não devemos deixar de atender a que, no domínio do direito laboral, o n.º 2 do artigo 136.º do Código do Trabalho, o pacto de não concorrência com eficácia após a cessação do contrato de trabalho é expressamente admitido, desde que observado um conjunto de pressupostos. São eles: (i) o período de não concorrência ter a duração máxima de dois anos (ou três anos no caso de o trabalhador estar “afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência”, nos termos do n.º 5 do mesmo preceito legal); (ii) constar de acordo escrito, designadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste; (iii) estar em causa uma actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador; (iv) ser atribuída uma compensação ao trabalhador durante o período de limitação, compensação essa “que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional”.

Pois bem, se o trabalhador se encontra, em regra, numa posição de maior fragilidade em relação ao empregador do que aquela em que se encontra o administrador em relação à sociedade, então, por maioria de razão, um administrador poderá restringir a sua liberdade de trabalho, mediante a estipulação de um pacto de não concorrência, naturalmente embora, também este, com algumas restrições em termos da respectiva duração e âmbito material, assim como no respeitante à estipulação de uma compensação pecuniária a favor do administrador<sup>17</sup>.

Outrossim, o administrador, mais do que o trabalhador, terá acesso a informação privilegiada da sociedade e estará, porventura, mais apto a estabelecer relações de confiança

---

<sup>16</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 119-120.

<sup>17</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 119; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 38.

peçoal com clientes e terceiros (v.g., fornecedores), em razão das funções que desempenhou<sup>18</sup>.

Passemos à análise do regime do contrato de agência, mais concretamente do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 178/86 acima mencionado. De acordo com o preceituado nos seus n.ºs 1 e 2, o principal e o agente podem, licitamente, convencionar um pacto de não concorrência com eficácia pós-contrato de agência, desde que respeitadas algumas condições. São elas: (i) constar o acordo de documento escrito; (ii) o período de não concorrência não ultrapassar os dois anos; (iii) a não concorrência restringir-se à proibição do exercício de actividades potencialmente concorrentes com a actividade do principal; (iv) circunscrever-se à zona ou ao círculo de clientes confiado ao agente. E, acrescente-se, (iv) seja atribuída uma compensação ao agente, nos termos da alínea g) do artigo 13.º do mesmo diploma legal.

Ora, se é verdade que a relação societária de administração e a relação de agência apresentam diferenças (desde logo porque o agente apenas pratica actos jurídicos por conta do principal de forma eventual e acessória, ao invés do que sucede na relação entre o administrador e a sociedade), não é menos verdade que igualmente partilham alguns traços em comum, pois, como é consabido, agente e administrador actuam no interesse e por conta de outrem, além de ambos poderem desenvolver uma relação de confiança com os clientes e, bem assim, ter acesso a informação privilegiada.

Por todo o exposto, a consideração da disposição em causa vem, também ela, testemunhar o entendimento segundo o qual o pacto de não concorrência entre o administrador e a sociedade com eficácia pós-mandato deve ser considerado conforme à ordem pública, desde que proporcional e justificado.

A validade de uma cláusula desta natureza é também, acertadamente, admitida por M. Nogueira Serens, ainda que, aparentemente, com base no paralelismo entre a obrigação de não concorrência do administrador com eficácia pós-mandato e a obrigação de não concorrência do trespassante do estabelecimento comercial<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 119.

<sup>19</sup> SERENS, M. Nogueira, *Notas sobre a Sociedade Anónima*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 75-76. Apresentando algumas reservas quanto à razão de ser desta comparação, SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 120, pois “em rigor, a cessação do mandato não obriga o administrador a proceder à entrega efectiva de qualquer negócio à sociedade, nem tão pouco faz emergir uma obrigação implícita de não concorrência, ao contrário do que sucede com o trespassante face ao trespassário”.

### **3. Da admissibilidade do pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato aos seus limites**

#### **3.1. Âmbito temporal da obrigação de não concorrência**

Primeiro dos limites de ordem pública de um pacto de não concorrência que importa considerar é precisamente o do seu âmbito temporal ou, dito doutro modo, o período de duração máxima da obrigação de não concorrência.

Recorde-se que o ordenamento jurídico português compreende normas que expressamente regulam o prazo de duração máxima de um pacto de não concorrência estipulado no âmbito de um contrato de trabalho e de um contrato de agência, porventura, apropriadas, também, no contexto de que ora nos ocupamos.

Com efeito, o n.º 2 do artigo 136.º do Código do Trabalho vem dizer que “é lícita a limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho”, enquanto no seu n.º 5 estabelece-se que “tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o n.º 2 pode durar até três anos”. Em causa está uma diferenciação baseada no tipo de trabalhador e na relação existente entre este e a entidade patronal, que justifica o interesse desta última em alargar a duração da restrição e que pressupõe a especial relação de confiança ou o efectivo acesso a informação particularmente sensível.

Por seu turno, o n.º 2 do artigo 9.º do citado Decreto-Lei n.º 178/86 dispõe que “a obrigação de não concorrência só pode ser convencionada por um período máximo de dois anos e circunscreve-se à zona ou ao círculo de clientes confiado ao agente”.

Salvo melhor opinião, a *ratio* do regime consagrado no n.º 5 do artigo 136.º do Código do Trabalho parece aproximar-se, *mutatis mutandis*, aos interesses que um pacto de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato intenta salvaguardar, quais sejam o de impedir que o anterior administrador utilize informações, conhecimentos ou

recursos a que teve acesso em virtude do exercício das suas funções em benefício de uma sociedade concorrente e, ao mesmo tempo, em prejuízo da sociedade protegida pelo pacto<sup>20</sup>.

Assim sendo, o regime previsto no n.º 5 do artigo 136.º do Código do Trabalho, de que resulta a conformidade à ordem pública de pactos de não concorrência com um prazo de duração até três anos nas situações em que um trabalhador esteja afecto ao desempenho de uma actividade que pressuponha uma relação de especial confiança com o empregador ou tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, apresenta-se como uma referência a considerar na averiguação do prazo de duração máxima de um pacto de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato, embora sem que, com isso, se pretenda afirmar estar em causa um regime analogicamente aplicável à limitação do exercício da função de administrador propriamente dita (recorde-se, a relação entre o administrador e a sociedade não configura um contrato de trabalho).

Ora, a relação entre um administrador e uma sociedade supõe, como logo se vê, a existência de uma relação de especial confiança, na qual o administrador tem, designadamente, acesso a informação privilegiada e contacto directo com clientes. Por essa razão, não repugnará que a obrigação de não concorrência assumida por um administrador com eficácia pós-mandato possa durar até três anos e, conseqüentemente, tanto se revele conforme à ordem pública.

Mas, repare-se, mesmo os pactos de não concorrência cujo período de duração máxima exceda os três anos devem ser considerados admissíveis, desde que essa restrição à liberdade de trabalho e à iniciativa económica se mostre, *in casu*, compatível, justificada e proporcional diante os ditames constitucionais<sup>21</sup>, até porque um administrador não se encontra na mesma posição de desigualdade e fragilidade com que um trabalhador subordinado se depara. De resto, alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros prevêm, mesmo no âmbito do direito laboral, prazos de duração máxima da obrigação de não concorrência superiores a três anos, especialmente nos casos em que um trabalhador esteja afecto ao desempenho de uma actividade que pressuponha uma relação de especial confiança (cfr., por exemplo, o artigo

---

<sup>20</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 120; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 40.

<sup>21</sup> Assim, SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 121, dando o exemplo de alguns administradores executivos.

2125.º do Código Civil Italiano em que se consagra um prazo de cinco anos sempre que estejamos perante *dirigenti*).

É óbvio que, por razões de ordem pública, a estipulação do prazo de uma obrigação de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato possui, certamente, um limite máximo, o qual, caso excedido, mostra-se inadmissível e, por conseguinte, passível de ser objecto de redução, nos termos do artigo 292.º do Código Civil – repare-se, ainda que dentro dos limites máximos –, designadamente em situações em que a relação contratual teve uma curta duração e se estipulou um período de não concorrência perto do limite máximo<sup>22</sup>. Simplesmente, a concretização de qual seja o limite máximo deste tipo de pactos de não concorrência não se revela uma tarefa simples, pois se é certo que o limite máximo de três anos previsto no n.º 5 do artigo 136.º do Código do Trabalho não constitui, nos termos descritos, um prazo inultrapassável para os pactos de não concorrência de que nos ocupamos, não é menos verdade que não existe nenhum outro preceito legal que se revele útil e possa servir como referência para este efeito.

De todo o modo, em caso de omissão do período de duração máxima da obrigação de não concorrência, e uma vez que a referência expressa da duração do pacto não parece constituir requisito de validade, aceitamos como válida a aplicação ao pacto de não concorrência do período máximo legalmente admissível previsto no n.º 5 do artigo 136.º do Código do Trabalho<sup>23</sup>.

Também não parece estar afastada a possibilidade de, uma vez estipulado um prazo de duração inicial do pacto inferior aos limites legais, as partes acordarem a prorrogação do mesmo ou, inclusivamente, a possibilidade de as partes virem reduzir o prazo inicialmente acordado em resultado de alteração das circunstâncias<sup>24</sup>.

Por todo o exposto, a conformidade com a ordem pública de um prazo de eficácia de uma obrigação de não concorrência pós-mandato terá de ser analisada casuisticamente, caso a caso, de modo a apurar se o mesmo é proporcional e justificado em face dos ditames constitucionais<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 41.

<sup>23</sup> FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 40-41.

<sup>24</sup> FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 41.

<sup>25</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 121.

### 3.2. Âmbito material da obrigação de não concorrência

O pacto de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato compreende, além do mencionado âmbito temporal, também, limites materiais, no sentido em que, por um lado, somente poderá proibir a prática de actividades concorrentes que tenham sido realmente desenvolvidas pela sociedade protegida durante o mandato do obrigado à não concorrência, e que, por outro lado, possam causar um prejuízo efectivo à sociedade protegida, resultante, designadamente, da utilização pelo obrigado à não concorrência de informação privilegiada. Note-se ainda não ser de excluir a admissibilidade de um pacto de não concorrência que interdite o exercício de “actividades que a sociedade protegida tenha preparado com um grau de detalhe juridicamente relevante”, mas que não vieram a ser efectivamente desenvolvidas durante o mandato do obrigado<sup>26</sup>.

E a previsão das concretas actividades interditas ao obrigado à não concorrência de acordo com os critérios acima mencionados constitui referência incontornável no pacto de não concorrência, pois, como é óbvio, o mesmo não pode ser omissivo ou simplesmente remeter para uma restrição genérica indeterminada à liberdade de trabalho e à liberdade de iniciativa económica. Se assim suceder, ou seja, se o pacto não delimitar especificamente as actividades interditas ao obrigado à não concorrência ou estipular um âmbito de interdição excessivamente amplo, então, o mesmo poderá ser objecto de redução, nos termos do artigo 292.º do Código Civil, de modo a incluir somente as actividades económicas que a sociedade protegida realmente desenvolveu (ou preparou) durante o exercício do mandato do obrigado à não concorrência e cujo exercício possa causar um prejuízo efectivo à sociedade<sup>27</sup>.

Elemento essencial na demarcação do âmbito material de uma obrigação de não concorrência com eficácia pós-mandato e, por conseguinte, também, na operação de redução de um pacto omissivo ou excessivamente amplo na definição das actividades interditas, é o conceito de “actividade concorrente”, com previsão no n.º 2 do artigo 254.º do Código das Sociedades Comerciais, igualmente aplicável à obrigação de não concorrência de

---

<sup>26</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 121.

<sup>27</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 122. Em idêntico sentido, FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 41.

administrador por força do disposto no n.º 5 do artigo 398.º. E isto, apesar de o n.º 2 do artigo 254.º do Código das Sociedades Comerciais versar sobre a obrigação de não concorrência de um administrador *apenas* durante a vigência do respectivo mandato.

“Entende-se como concorrente com a da sociedade qualquer actividade abrangida no objecto desta, desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios” (artigo 254.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais).

Transpondo agora os seus dizeres para a matéria que nos ocupa, um pacto de não concorrência de administrador com eficácia pós-mandato demasiado amplo ou omissivo na definição do respectivo âmbito material deverá ser reduzido, de modo a interditar somente as actividades económicas compreendidas pelo objecto social da sociedade protegida. Mas, repare-se, a circunstância de as actividades se encontrarem formalmente abrangidas pelo objecto social da sociedade protegida não constitui critério bastante para se definir o âmbito material de interdição de um pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato, pois é ainda necessário que a sociedade protegida tenha efectivamente desempenhado a(s) actividade(s) abrangida(s) pelo seu objecto social durante o exercício do mandato pelo obrigado à não concorrência.

E se a sociedade, durante o mandato do obrigado à não concorrência, tiver exercido uma actividade que não estava formalmente abrangida pelo seu objecto social? Poderá o pacto de não concorrência interditar o exercício dessa actividade de facto? Parece-nos que sim.

Note-se que a obrigação de não concorrência pós-mandato abrangerá não apenas a prática de um conjunto de actos, como também a prática de um acto isolado de concorrência, e ainda que essa obrigação compreenderá, como é evidente, a proibição do exercício de actividade concorrente quer por conta própria, quer por conta alheia.

Recorde-se ainda que este tipo de pacto de não concorrência de um administrador apenas poderá interditar o exercício de actividades aptas a causar um prejuízo efectivo à sociedade protegida. Por essa razão, o âmbito de interdição de um pacto deste tipo terá de se restringir (ou deverá ser reduzido) às actividades em que se possa constatar a possibilidade de uma concorrência diferencial por parte do obrigado à não concorrência, resultante, designadamente, da transmissão por este último de um *know-how* específico ou de

informações privilegiadas para uma sociedade concorrente, a que ele teve acesso durante e por causa do exercício das suas funções enquanto administrador<sup>28</sup>.

Outrossim, um pacto de não concorrência possui limites espaciais imanescentes ou, se preferirmos, a obrigação de não concorrência encontra-se, à partida, geograficamente limitada, pois, como vimos, a mesma só será válida e eficaz na medida em que seja provável que a actividade concorrente possa vir a causar um prejuízo efectivo à sociedade protegida. Mesmo assim, e apesar dos seus limites espaciais imanescentes, o pacto de não concorrência deverá, em regra, definir expressamente tais limites<sup>29</sup>.

Urge ainda questionar o seguinte: a obrigação de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato aproveitará também a sociedades do mesmo grupo da sociedade protegida ou reduzir-se-á, antes, à protecção desta última? Ora, parece-nos que, em determinados casos, a protecção da obrigação de não concorrência deve igualmente estender-se a sociedades do mesmo grupo da sociedade directamente protegida pelo pacto de não concorrência, atendendo a que o obrigado à concorrência, no exercício das suas funções de administrador da sociedade protegida, possa, por exemplo, ter tido acesso a clientela ou a informações privilegiadas de outras sociedades do grupo.

### **3.3. Forma do pacto de não concorrência**

Noutro prisma, é igualmente questionável se a validade do pacto de não concorrência de administrador com eficácia pós-mandato, além dos já mencionados âmbito temporal e âmbito material, depende, ou não, também, da observância de forma especial.

Ora, de acordo com o disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 136.º do Código do Trabalho, o pacto de não concorrência que vise limitar a actividade de um trabalhador deverá “constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste”.

---

<sup>28</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 122-123; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 42.

<sup>29</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 123; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 42-43. Também o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 256/2004, de 14 de Abril de 2004 (MÁRIO TORRES), processo n.º 09S0625, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, veio afirmar a relevância prática da circunscrição geográfica da obrigação de concorrência, pois, como logo se vê, “nada justificaria o impedimento da actividade do trabalhador em zona aonde o seu antigo empregador não estende a sua acção empresarial”.

Ao mesmo tempo, também o n.º 1 do artigo 9.º do regime do contrato de agência impõe que a obrigação de não concorrência assumida pelo agente conste de documento escrito.

Porém, as mencionadas normas excepcionais não são, em princípio, aplicáveis ao pacto de não concorrência de administradores com eficácia pós-mandato. E isto porque, por um lado, a regra prevista no Código do Trabalho somente se aplica às cláusulas que visam restringir a actividade de um trabalhador (e não já de um administrador) e que sejam negociadas no âmbito de um contrato de trabalho, e, por outro lado, a norma do contrato de agência somente se aplica a este tipo contratual.

Assim sendo, um pacto de não concorrência de um administrador com eficácia pós-mandato não estará, em regra, sujeito a forma escrita, antes valendo o princípio da liberdade de forma, tal como consagrado no artigo 219.º do Código Civil. Em todo o caso, e como é óbvio, razões de certeza, segurança jurídica e prova apontam para que o pacto de não concorrência revista sempre forma escrita<sup>30</sup>.

### **3.4. Compensação**

Como vimos, o pacto de não concorrência configura uma limitação a um direito de personalidade, mais exactamente do direito de liberdade de escolha de profissão, razão pela qual a sua validade impõe o respeito pelos parâmetros de proporcionalidade e de ordem pública, sob pena de nulidade (cfr. artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil). Se assim é, parece-nos que o pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato apenas pode ser considerado conforme à ordem pública nos casos em que seja estipulada uma compensação em benefício do administrador, até porque, a entender-se o contrário, o pacto de não concorrência mostrar-se-ia desproporcional e desequilibrado, dando lugar à limitação de um direito fundamental sem que houvesse qualquer contrapartida que contrapesasse essa restrição gerada na esfera jurídica do administrador<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 124. Em sentido contrário, FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 43-45, para quem se impõe a redução a escrito do pacto de não concorrência celebrado entre a sociedade e o ex-administrador, sob pena de nulidade.

<sup>31</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 124; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 45.

Qual, então, a medida da compensação pela não concorrência com eficácia pós-mandato? Terá ela de corresponder, por exemplo, a metade da retribuição que o administrador recebeu durante o mandato?

Parece-nos que valerá aqui o princípio da liberdade contratual das partes consagrado no artigo 405.º do Código Civil, limitado pelo princípio da “proporcionalidade”, o qual, enquanto conceito indeterminado, há-de ser interpretado caso a caso. Na realidade, a imposição geral e acrítica de a compensação pela não concorrência com eficácia pós-mandato ter de corresponder a uma determinada percentagem mínima da retribuição do administrador não se apresenta adequada, pois que estamos na presença de prestações pecuniárias com naturezas distintas: a compensação pela não concorrência é uma contraprestação devida por um comportamento negativo do ex-administrador, ao passo que a retribuição durante o mandato constitui uma contraprestação por um comportamento positivo<sup>32</sup>.

Quanto se disse, não significa que a retribuição que o administrador auferia não deva constituir um dos elementos relevantes para avaliar, em termos monetários, a justeza da restrição do direito de personalidade voluntariamente assumida pelo administrador ou, se preferirmos, um dos elementos a ponderar no controlo da “proporcionalidade” da compensação, mas antes que o tribunal poderá aceitar a fixação de um valor inferior à retribuição que vinha sendo auferida pelo administrador, até porque o pacto simplesmente limita o administrador quanto à actividade concorrencial da sociedade e não relativamente a qualquer outra actividade<sup>33</sup>.

No respeitante ao momento da determinação da compensação, acreditamos que nada obsta a que a mesma não seja acordada concomitantemente com a celebração do pacto de não concorrência, embora nunca após o momento em que a obrigação de não concorrência com eficácia pós-mandato comece a ser cumprida, de modo a salvaguardar o respeito pela ordem pública e o equilíbrio das prestações<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 124.

<sup>33</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 124; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 46.

<sup>34</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 124-125; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 46.

Finalmente, e quanto ao momento do pagamento da compensação em causa, pode suceder uma das seguintes situações<sup>35</sup>: (i) pagamento durante o mandato; (ii) pagamento integral da compensação no momento da cessação do mandato; (iii) pagamento gradual durante o período de eficácia da obrigação de não concorrência; e (iv) pagamento integral no final do período de não concorrência.

Quanto a nós, e pese embora a circunstância de nos encontrarmos no domínio da liberdade contratual, acreditamos que a primeira hipótese, qual seja a do pagamento durante o mandato, poderá abrir portas a eventuais fraudes, fazendo passar parte da verdadeira retribuição do mandato por pagamento antecipado da compensação de não concorrência, daí podendo resultar um litígio judicial, enquanto a última das hipóteses, a saber, a do pagamento integral no final do período de não concorrência, poderá suscitar interrogações quanto à sua conformidade com a ordem pública<sup>36</sup>.

Recordem-se, a este respeito, as palavras de Joana de Almeida Ferreira, que se pronuncia nos termos que seguem:

*“Tanto a letra da lei, como os motivos teleológicos se direccionam no sentido de que a limitação à liberdade de trabalho deve ser devidamente compensada em momento útil que garanta a adequação àquela limitação. Se a compensação não for atribuída durante o período em que o obrigado se vê impossibilitado ao exercício da actividade, ou no início desse período, a sua prestação de non facere torna-se excessiva face à inexistência de contraprestação no período em que, precisamente, se encontra mais limitado ao livre exercício da profissão, e consequentemente, à obtenção de proventos do trabalho”.*

Nesta sede, poder-se-á colocar, também, a questão de saber se a compensação deverá ser igualmente estipulada em benefício de administrador não remunerado pelo exercício das suas funções. Quanto a nós, a análise da necessidade de assegurar a compensação como critério de admissibilidade e legalidade do pacto de não concorrência sempre terá de ser feita

---

<sup>35</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 125; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 46.

<sup>36</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 125; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 46-49.

casuisticamente, avaliadas as especificidades do caso concreto, embora se admita, em tese geral, que a compensação pela não concorrência não tem de ser, nesta hipótese particular, um critério de admissibilidade<sup>37</sup>.

#### **4. Do incumprimento do pacto de não concorrência**

Reconhecida, em tese geral, a sua admissibilidade, resta, agora, averiguar o seguinte: em caso de incumprimento da obrigação de não concorrência do administrador no período após o mandato, quais as consequências daí resultantes se esse incumprimento for imputável ao administrador? Será a obrigação em causa susceptível de execução específica? E o que sucederá em caso de incumprimento por parte da sociedade do pagamento da compensação acordada em virtude do pacto de não concorrência? Será possível, questionar-se-á ainda, responsabilizar terceiros, concretamente um concorrente da sociedade protegida, que, tendo conhecimento do pacto de concorrência, tenha culposamente contribuído para o seu incumprimento?

Recorde-se a circunstância de a limitação da liberdade de escolha de profissão corresponder a uma limitação de um direito de personalidade sujeita ao regime previsto no artigo 81.º do Código Civil, cujo n.º 2 vem dizer que “a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. Quer dizer, não obstante a obrigação voluntariamente assumida, o administrador poderá revogar unilateralmente o pacto de não concorrência com eficácia pós-mandato, ainda que obrigado a indemnizar a sociedade protegida pelos prejuízos causados às suas legítimas expectativas. Claro que será conveniente a estipulação antecipada de uma cláusula penal para o caso de o administrador vir a incumprir a obrigação de não concorrência durante o período pós-mandato, no sentido de a sociedade ficar dispensada de alegar e provar danos (cfr. artigo 810.º do Código Civil) e, assim, obviar as dificuldades de prova<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 49-50.

<sup>38</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 125; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 54.

Note-se que o cumprimento da obrigação de não concorrência não é susceptível de execução específica, atendendo a que está em causa uma prestação infungível do administrador, designadamente de um facto negativo.

Cumpra ainda questionar se o incumprimento parcial da obrigação de não concorrência determina que a cláusula penal seja, toda ela, exigida. Parece-nos que o tribunal terá legitimidade para, nestes casos, reduzir a mesma<sup>39</sup>, atendendo sempre à circunstância de o período mais relevante de não concorrência ser o imediatamente seguinte à cessação do mandato, sem prejuízo do direito da sociedade protegida ao reembolso das quantias já pagas a título de contrapartida, uma vez que se tratam de prestações de natureza distinta.

Respondamos agora à terceira das questões colocadas. Ora, perante o incumprimento por parte da sociedade do pagamento da compensação acordada em virtude do pacto de não concorrência, o administrador tem a possibilidade de resolver o pacto ou cumprir a sua obrigação e reclamar à sociedade o pagamento da compensação – se necessário com recurso aos tribunais –, sem prejuízo do direito a indemnização a que haja lugar, pelos danos causados pelo incumprimento<sup>40</sup>.

Quanto à última das interrogações, somos levados a admitir a possibilidade de responsabilizar um terceira entidade, concorrente da sociedade protegida, que, tendo conhecimento do pacto de não concorrência, tenha culposamente contribuído para o seu incumprimento por parte do ex-administrador<sup>41</sup>.

Importante, ainda, será não esquecer que, estando diante violações de direito da concorrência, sempre poderá ser assacada responsabilidade à terceira entidade, concorrente da sociedade protegida, nos termos gerais, desde que reunidos os pressupostos da concorrência desleal<sup>42</sup>.

## Conclusões

---

<sup>39</sup> SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento, “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato...”, cit., p. 126; FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 55.

<sup>40</sup> FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 53-54.

<sup>41</sup> FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 58.

<sup>42</sup> FERREIRA, Joana de Almeida, *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato*, cit., p. 59.

Naturalmente a reflexão ora empreendida não esgota todas as questões que poderiam e podem colocar-se a respeito dos pactos de não concorrência de administrador de sociedades anónimas com eficácia pós-mandato, reclamando a matéria um contínuo aprofundamento dos dados já lançados. Acreditamos, porém, ter apresentado uma sùmula dos seus aspectos essenciais.

Procurámos, de forma despretensiosa, avançar com algumas pistas a respeito da admissibilidade e interesses subjacentes a este tipo de pactos, assim como em torno dos respectivos limites, designadamente no que se refere ao âmbito temporal e material, à forma, à compensação, porventura imposta, a favor do administrador, em razão da limitação de um direito de personalidade (concretamente do direito de liberdade de escolha de profissão) e ao seu “incumprimento”.

E se com a presente reflexão conseguirmos contribuir para o espicaçar da curiosidade em torno da temática e lançado alguns argumentos para o debate, sob o ponto de vista científico, então, teremos o nosso objectivo por alcançado.

### **Referências bibliográficas**

- FERREIRA, Joana de Almeida. *A obrigação de não concorrência dos administradores de sociedades anónimas após o mandato: Da admissibilidade do pacto de não concorrência* [em linha], Dissertação de Mestrado, Lisboa: ISCTE-IUL, 2016 [consult. a 22 de Setembro de 2017]. Disponível na internet: <https://repositorio.iscte-iul.pt/handle/10071/12600>.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in: AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 207-248.
- SERENS, M. Nogueira, *Notas sobre a Sociedade Anónima*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- SQUILACCE, Adriano / ALVES, Daniel Bento. “A obrigação de não concorrência dos administradores com eficácia pós-mandato: contornos e limites”, *Actualidad Jurídica*

*Uría Menéndez* [em linha], n.º 30 (2011), p. 116-126 [consult. a 22 de Setembro de 2017]. Disponível na internet:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3233/documento/art15.pdf?id=3381>.

### **Jurisprudência citada**

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/2004, de 14 de Abril de 2004 (MÁRIO TORRES), processo n.º 09S0625, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Maio de 2008 (BRAVO SERRA), processo n.º 08S322, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Dezembro de 2009 (VASQUES DINIS), processo n.º 09S0625, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

**Breve resenha acerca dos mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços**

## no âmbito de relações de trabalho subordinado - Patrícia Anjos Azevedo (IPMAIA/N2i e ISMAI) <sup>43</sup>

### 1. Introdução e generalidades

#### 1.1. Enquadramento factual e legislativo; estrutura e principais destaques deste contributo

Não pretendendo o presente contributo ser uma análise exaustiva acerca dos mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços no âmbito de relações de trabalho subordinado, pretende aqui abordar-se aquilo que se encontra subjacente à Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto que, no âmbito do combate à realidade já aludida, e com entrada em vigor no dia 1 de setembro de 2013, veio proceder à alteração da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro (regime processual das contra-ordenações laborais e de Segurança Social), introduzindo o regime processual aplicável às contraordenações laborais e de segurança social nestas matérias; bem como alterando o Código de Processo de Trabalho (CPT), ao prever a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho e respetiva tramitação.

Destarte, com a Lei n.º 63/2013 veio instituir-se um procedimento administrativo da competência da Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT), bem como um novo tipo de ação judicial (de reconhecimento da existência de contrato de trabalho), que passou assim a constar do elenco do art.º 26.º do Código de Processo de Trabalho (CPT). Ora, o principal objetivo desta Lei foi penalizar e dar resposta a um grave problema laboral e social, ou seja, “os falsos recibos verdes”, com o propósito de se atingir um nível de “*decent work*” e combater a precariedade laboral.

---

<sup>43</sup> Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta Convidada no IPMAIA (Instituto Politécnico da Maia). Professora Auxiliar Convidada no ISMAI (Instituto Universitário da Maia). Membro da Comissão Científica do N2i (Núcleo de Investigação do IPMAIA).

A aludida alteração ao art.º 26.º do CPT foi introduzida pelo art.º 3.º da Lei n.º 63/2013, que atribui a este processo natureza urgente e oficiosa, já que, por exemplo, o art.º 186.º-O, n.º 8 do CPT determina que a sentença que reconheça a existência de um contrato de trabalho fixa a data da relação laboral, independentemente de um correspondente pedido autónomo que o Ministério Público formule na petição inicial<sup>44</sup>.

Ademais, note-se que a utilização indevida do contrato de prestação de serviços numa relação de trabalho subordinado conduz, designadamente, à concorrência desleal entre empresas, já que para a empresa “empregadora”, a possibilidade de contratar trabalhadores “por conta própria” evita que suporte um variado leque de gastos com contribuições para a Segurança Social, seguros, direitos relativos a férias, subsídio de Natal, feriados, etc., não se dando ainda qualquer tipo de obrigação para o “empregador” com o fim da relação negocial entre as partes. Do lado do trabalhador “independente”, este sujeita-se às mesmas obrigações que um trabalhador “subordinado”, mas, quanto aos direitos, fica num patamar desfavorecido, uma vez que o seu vínculo não lhe permite usufruir das mesmas proteções conferidas aos trabalhadores “subordinados”.

O nosso contributo começa assim, num primeiro ponto, por uma introdução factual e legislativa acerca desta problemática, estabelecendo-se uma definição legal de contrato de trabalho e destacando-se ainda os índices (previstos no art.º 12.º do Código do Trabalho) que presumem a existência de um contrato de trabalho.

Por sua vez, no segundo ponto, o nosso contributo refere-se aos mecanismos, propriamente ditos, de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado, destacando-se o procedimento de regularização promovido pela ACT, no âmbito das suas competências inspetivas, em caso de utilização indevida do contrato de prestação de serviços; bem como a já aludida ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. Relativamente a esta ação, abordar-se-á a natureza da intervenção do Ministério Público, bem como a natureza do prazo para este intentar a ação, enquadrando-se ainda os moldes da intervenção do trabalhador. Seguir-se-á a tramitação da ação em causa e os efeitos da sentença, com especial destaque para a regularização do

---

<sup>44</sup> Cr. SILVA, Filipe Fraústo, “As perplexidades geradas pela ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 42-2016, pp. 47-48.

contrato de trabalho perante a Segurança Social, à luz do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social.

Ainda no segundo ponto deste nosso contributo serão abordadas as questões fiscais na esfera jurídica do trabalhador, designadamente em sede de IRS, destacando-se a possibilidade de, prestando serviços maioritariamente a uma única entidade, o contribuinte poder optar pelas regras de tributação aplicáveis à Categoria A (trabalho dependente), afastando assim as regras de tributação próprias da Categoria B (trabalho independente).

Finalmente, no terceiro ponto deste nosso contributo efetuaremos um balanço e apresentaremos algumas conclusões acerca das temáticas abordadas, por forma a perceber-se a relevância prática das alterações legislativas expostas, bem como alguns problemas práticos, constrangimentos e perplexidades.

## **1.2. Distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços; a presunção de contrato de trabalho**

De acordo com o art.º 1152.º do Código Civil, “*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*”.

Num âmbito mais específico, a definição legal de contrato de trabalho encontra-se ainda prevista no art.º 11.º do Código do Trabalho (CT), aprovado pela Lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. Assim, “*contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou a outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.*”

*Na lei, existem também algumas características que indiciam a existência de um contrato de trabalho – presunções da existência de contrato de trabalho –, pelo que se presume a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem algumas das seguintes características (cfr. n.º 1 do art.º 12.º do CT): (a) a atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado; (b) os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao*

beneficiário da atividade; (c) o prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma; (d) seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma; (e) o prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.

Neste seguimento, e de acordo com o n.º 2 do mesmo art.º 12.º do CT, constitui contra-ordenação muito grave, imputável ao empregador, a prestação de atividade, por forma aparentemente autónoma, em condições características de contrato de trabalho, que possa causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado. Em caso de reincidência, é aplicada a sanção acessória de privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público, por um período até dois anos (cfr. n.º 3 do art.º 12.º do CT). Pelo pagamento da coima, são solidariamente responsáveis o empregador, as sociedades que com este se encontrem em relações de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, bem como o gerente, o administrador ou o diretor, conforme prescrito por lei (n.º 4 do art.º 12.º do CT).

Por sua vez, e quanto à definição de contrato de prestação de serviços, o art.º 1154.º do Código Civil esclarece que: *“contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.”*

Quanto às diferenças entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços, no entendimento do Tribunal da Relação de Coimbra<sup>45</sup>, *“dos conceitos vazados nos art.ºs 1152.º e 1154.º do Código Civil decorre que as diferenças entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços são estabelecidas através, por um lado, da obrigatoriedade de retribuição (presente no contrato de trabalho, mas não necessariamente no contrato de prestação de serviços, embora na realidade nele exista retribuição na maior parte dos casos); por outro, na prestação objecto do contrato – uma obrigação de meios (actividade, no contrato de trabalho) ou de resultado (no contrato de prestação de serviços) – e, por último, na existência ou não de subordinação jurídica do prestador de trabalho ao respectivo credor.”* O aludido tribunal refere ainda que *“decisivo para a distinção é o chamado*

---

<sup>45</sup> Em Acórdão com data de 26/09/2014, proferido no âmbito do Processo n.º 160/14.3TLRA.C1.

*elemento de subordinação jurídica, que consiste na circunstância de o prestador do trabalho desenvolver a sua actividade sob a autoridade e direcção do empregador.”*

Ademais, note-se que, de acordo com o princípio da autonomia contratual, previsto no art.º 405.º do Código Civil, as partes gozam de liberdade no estabelecimento das modalidades negociais que pretendam, com a regulamentação que bem entendam. Todavia, esta liberdade contratual deverá encontrar-se dentro dos limites da lei. Assim, o exercício da liberdade contratual é limitado pelos valores fundamentais do ordenamento jurídico, designadamente a cláusula geral da ordem pública, que constitui um conjunto de princípios subjacentes ao ordenamento jurídico, que alicerçam a ordem económica e social. Daí que a liberdade contratual não permita às partes atribuir falsamente uma determinada denominação a um dado negócio jurídico, que não corresponda, na sua substância, ao nome dado ao contrato. A liberdade contratual também não permite às partes a modelação do conteúdo dos contratos, como forma de manipular ilicitamente a relação jurídica em causa<sup>46</sup>.

Assim, o que se encontra em causa com a dissimulação do contrato de trabalho é a pretensão do empregador, com toda a sua força negocial, de impedir que o trabalhador beneficie de um determinado regime de proteção. De facto, nas situações de falso trabalho independente, o facto de o trabalhador emitir e entregar ao suposto beneficiário da atividade o chamado “recibo verde”, constitui uma das principais componentes do encobrimento da relação de trabalho subordinado. Contudo, nas instruções da Portaria que aprovou os modelos oficiais do “recibo verde electrónico” (v.g., Portaria n.º 879-A/2010, de 29 de novembro), pode ler-se que *“a utilização dos recibos verdes eletrónicos não determina a qualificação do trabalho prestado como independente.”*

De acordo com Pedro Petrucci de Freitas<sup>47</sup>, *“o recurso indevido à figura da prestação de serviços em situação de existência de uma verdadeira relação de trabalho subordinado tem diversas implicações negativas laterais, entre as quais, o prejuízo que as mesmas acarretam para a sustentabilidade dos sistemas de pensões em face da entrada tardia dos*

---

<sup>46</sup> Neste sentido, veja-se REIS, Viriato, “As perplexidades geradas pela ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”, 2015, p. 9. Este texto serviu de base à comunicação apresentada por este autor no VII Colóquio do Supremo Tribunal de Justiça sobre Direito do Trabalho, que decorreu no dia 21/10/2015, em Lisboa.

<sup>47</sup> FREITAS, Pedro Petrucci, “Da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. IV (outubro/dezembro de 2013), p. 1425.

*jovens no mercado de trabalho propriamente dito e pela menor entrada de contribuições que o trabalho dissimulado (e também o trabalho não declarado) representam, além de implicar uma concorrência desleal entre empresas.”*

### **1.3. Principais destaques relativamente à Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto**

No essencial, a Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto, que nasceu da iniciativa popular, através da Proposta de Lei Contra a Precariedade<sup>48</sup>, e que entrou em vigor no dia 1 de setembro de 2013, veio instituir mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado, através de um procedimento administrativo, a cargo da Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), e de um novo tipo de ação judicial, denominada por “ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”, que passou a constar no elenco previsto no art.º 26.º do Código de Processo de Trabalho.

Com esta lei, foram alterados alguns preceitos do regime processual aplicável às contra-ordenações laborais e de segurança social, aprovado pela Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, bem como algumas disposições do Código de Processo do Trabalho (CPT), a cujos regimes processuais foram aditadas novas normas, que regulam, designadamente, a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho.

De acordo o art.º 1.º da Lei n.º 63/2013, o objetivo é precisamente instituir legalmente os referidos mecanismos, em resposta a um grave problema social, com o propósito de se atingir um nível de “*decent work*”, eliminando-se assim o fenómeno da precariedade laboral<sup>49</sup>. Na verdade, e além de muitos outros efeitos perversos, a utilização indevida da figura do contrato de prestação de serviços nas relações de trabalho subordinado conduz ainda à concorrência desleal entre empresas<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Esta proposta foi subscrita por 35.008 cidadãos eleitores que, ao abrigo do disposto no art.º 167.º, n.º 1 da CRP, submeteram à AR, no dia 16 de janeiro de 2012, a “Proposta de Lei Contra a Precariedade”, em cuja exposição de motivos se assinalava a necessidade da introdução de mecanismos legais tendentes a evitar as formas atípicas e injustas de trabalho, com destaque para os “falsos recibos verdes”. Cfr. SILVA, Filipe Fraústo, “As perplexidades geradas pela ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 42-2016, p. 46.

<sup>49</sup> Neste sentido, veja-se FREITAS, Pedro Petrucci, “Da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. IV (outubro/dezembro de 2013), p. 1425.

<sup>50</sup> Cfr. FREITAS, Pedro Petrucci, “Da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. IV (outubro/dezembro de 2013), p. 1425.

Esta lei aplica-se aos trabalhadores “supostamente independentes”, mas que na realidade prestam a sua atividade nas mesmas condições dos trabalhadores reconhecidamente por conta de outrem, sendo-lhes assim negados os direitos que decorreriam de uma relação jurídica de contrato de trabalho.

O procedimento a levar a cabo pela ACT encontra-se regulado no art.º 15.º-A da já aludida Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro (regime processual das contra-ordenações laborais e de Segurança Social), tendo início com a verificação, por parte do inspetor do trabalho, de indícios de uma situação de prestação de serviços, de forma aparentemente autónoma, em condições análogas ao contrato de trabalho.

Ora, e de uma maneira muito geral, caso a ACT detete a existência de falso recibo verde, dá um prazo de 10 dias à entidade empregadora para que esta regularize a situação, celebrando um contrato de trabalho com data reportada ao início da relação laboral.

Caso a entidade empregadora não regularize a situação, o processo é encaminhado para o Ministério Público, que inicia a ação para o reconhecimento da existência de contrato de trabalho, prevista e regulada nos art.ºs 186.º-K a 186.º-R do Código de Processo de Trabalho.

A ação em causa, de caráter urgente (ou seja, o processo decorre mesmo durante o período de férias judiciais) dispensa a iniciativa do trabalhador, sendo que, caso a ação tenha provimento, garante-se a celebração do contrato de trabalho em causa, reconhecendo-se assim ao trabalhador todos os direitos em falta, reportados ao início da relação laboral.

## **2. Os mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado**

Tal como acabamos de referir, a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho é precedida de um procedimento a adotar pela ACT em caso de utilização indevida de contrato de prestação de serviços.

Assim, a ACT passa a deter um verdadeiro poder/dever, atuando no sentido de zelar pela regularização da situação quando verifique a existência de trabalho prestado por intermédio de falsos recibos verdes.

### **2.1. O procedimento de regularização promovido pela ACT, no âmbito das suas competências inspetivas, em caso de utilização indevida do contrato de prestação de serviços**

Em primeiro lugar, e para que este procedimento possa ter lugar, é necessário verificar-se uma ação inspetiva por parte da ACT, podendo a iniciativa partir: da própria ACT; de qualquer pessoa ou entidade que denuncie determinada situação à ACT ou ao Ministério Público; ou ainda, por comunicação do Ministério Público à ACT, quando tome conhecimento por qualquer meio próprio.

O procedimento de regularização promovido pela ACT inicia-se quando um inspetor da ACT verifique a existência de indícios de uma situação de prestação de serviços, aparentemente autónoma, em condições análogas ao contrato de trabalho (cfr. art.º 12.º do CT). Quando tal aconteça, o inspetor da ACT lavra um auto e notifica o empregador para, no prazo de 10 dias, regularizar a situação ou pronunciar-se sobre a mesma (cfr. art.º 15.º-A, n.º 1 da Lei n.º 107/2009, de 15 de setembro).

Caso o empregador faça prova da regularização da situação do trabalhador por uma das formas previstas no art.º 15.º-A, n.º 2 do referido diploma, o processo é arquivado. O empregador prova que regularizou a situação mediante a apresentação de contrato de trabalho ou documento comprovativo da existência do mesmo, devendo o contrato de trabalho reportar-se à data em que teve início a relação laboral.

Todavia, e caso o empregador não regularize a situação, mas apresente uma proposta escrita à ACT, acompanhada de meios probatórios que apontem para a existência de um verdadeiro contrato de prestação de serviços, a ACT deveria ter a possibilidade de investigar e, eventualmente, arquivar o processo, o que não foi previsto pelo legislador.

Assim, e não havendo regularização da situação, a ACT remete, no prazo de 5 dias, o processo (acompanhado de todos os elementos de prova recolhidos) para o Ministério Público da área do trabalhador, que instaura a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho (cfr. art.º 15.º-A, n.º 3).

Recebida a participação da ACT, o Ministério Público tem 20 dias para intentar a ação em causa (que suspende, até ao trânsito em julgado da decisão, o procedimento contra-ordenacional – art.º 15.º-A, n.º 4).

Mas o Ministério Público será obrigado a intentar esta ação?

Entendemos que existe liberdade no exercício desta ação, já que se verifica o princípio da autonomia do Ministério Público (art.º 2.º do Estatuto do Ministério Público e art.º 219.º da CRP), pelo que o art.º 186.º-K do Código de Processo de Trabalho será inconstitucional caso seja interpretado no sentido de obrigar o Ministério Público a intentar a ação<sup>51</sup>. Ou seja, encontramos-nos aqui perante um poder/dever, mas não propriamente perante uma obrigação, de carácter imperativo.

## **2.2. A ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho**

Uma primeira nota para referir que, nesta ação, não se encontra em causa primacialmente o interesse público ou da coletividade, mas antes o interesse próprio de uma das partes da relação jurídica, ou seja o “pretense trabalhador”, que pretende beneficiar de tutela legal adequada à sua posição jurídica, já que a eventual laboralidade decorre da forma como sempre prestou a sua atividade.

Destarte, o interesse que a ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho visa acautelar é o do pretense trabalhador, que pretende ver-lhe reconhecida a

---

<sup>51</sup> Veja-se CAMANHO, Paula Ponces, “Acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho – Breves reflexões (e algumas perplexidades)”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 67-68.

existência de um contrato de trabalho. O único interesse público que poderá estar em causa é o de proporcionar um meio adequado e eficiente de tutela jurídica a quem dele necessite<sup>52</sup>.

### **2.2.1. A intervenção do Ministério Público (particularidades): natureza da respetiva iniciativa e natureza do prazo para intentar a ação**

De uma maneira geral, e de acordo com o previsto no art.º 3.º, n.º 1, alínea l) do Estatuto do Ministério Público, o Ministério Público tem competência para intervir nos processos que envolvam o interesse público.

Além disso, e quando a lei lhe atribua competência para tal, o Ministério Público tem intervenção principal, conforme disposto no art.º 5.º, n.º 1, alínea g) do correspondente Estatuto.

Mais concretamente, a intervenção principal do Ministério Público como parte ativa na ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho resulta claramente ao art.º 15.º-A, n.º 3 da Lei n.º 107/2009, bem como dos art.ºs 186.º-K, n.º 1 e 186.º-L, n.º 1, ambos do CPT.

A este propósito, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08/10/2014<sup>53</sup>, argumenta-se que a intervenção do Ministério Público justifica-se *“desde que entenda haver elementos suficientes para o efeito, fazendo-o em representação do Estado e para a defesa, em primeira linha, dos interesses públicos pelo mesmo prosseguidos”*, acrescentando-se que o trabalhador, que pode nem sequer ter qualquer intervenção no processo, *“nunca é patrocinado pelo Ministério Público”*, ou seja, entende a jurisprudência que o Ministério Público intervém no processo como parte principal, na qualidade de autor, e não em patrocínio ou em representação judiciária do trabalhador<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. CAMANHO, Paula Ponces, “Acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho – Breves reflexões (e algumas perplexidades)”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 71.

<sup>53</sup> Acórdão referente ao Processo n.º 1330/14.0TTLSB.L1-4.

<sup>54</sup> Neste sentido, vejam-se os seguintes Acórdãos: TRC, de 13/11/2014, Processo n.º 327/14.4TTLRA.C1; TRP, de 17/12/2014, Processo n.º 309/14.6TTGDM.P1; TRG, de 12/03/2015, Processo n.º 569/14.2TTGMR.G1; e TRE, de 09/07/2015, Processo n.º 556/14.0TTSTB.E1.

Embora esta ação tenha, na sua génese, uma situação em que a ACT deteta indícios de contrato de trabalho, nos termos descritos no art.º 12.º do CT, pode questionar-se se o Ministério Público (ou o pretense trabalhador) terá de provar os factos constantes de, no mínimo, duas alíneas do n.º 1 da aludida disposição, tendo o pretense empregador de ilidir a presunção. Em alternativa, pode questionar-se se terá o Ministério Público (ou o pretense trabalhador) que provar a existência de um contrato de trabalho.

A resposta depende da vontade do pretense trabalhador. Ora, se este manifestou aderir à posição do Ministério Público ou apresentou articulado em que manifeste posição idêntica, a presunção do art.º 12.º do CT deverá ser atendida pelo tribunal. Se, por outro lado, o pretense trabalhador veio ao processo conciliar-se, desistir ou manifestar a sua vontade, afirmando que a relação jurídica onde é parte é, de facto, um contrato de prestação de serviços, não existe fundamento para a aplicação da presunção em causa, que existe apenas para tutelar a posição do pretense trabalhador e facilitá-lo em termos de prova<sup>55</sup>.

Quando ao prazo do Ministério Público para intentar a ação, prazo esse que se encontra previsto no art.º 186.º-K, n.º 1 do CPT, de acordo com Viriato Reis, aquele poderá ser interpretado das seguintes formas<sup>56</sup>:

- (a) Prazo de natureza aceleratória ou disciplinadora, com fundamento no facto de os interesses objeto da ação serem de cariz público e não particular;
- (b) Prazo de caducidade da ação, já que o art.º 186.º-K, n.º 1 do CPT prevê que o Ministério Público dispõe de 20 dias para intentar a ação;
- (c) Posição do STJ<sup>57</sup>, de acordo com a qual este prazo não pode ser classificado com um prazo para propositura da ação, sujeito ao regime da caducidade, uma vez que a instância não se inicia com a petição inicial, mas antes com o recebimento da participação da ACT (cfr. art.º 26.º, n.º 6 do CPT).

---

<sup>55</sup> CAMANHO, Paula Ponces, “Acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho – Breves reflexões (e algumas perplexidades)”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 76.

<sup>56</sup> Para maiores desenvolvimentos, veja-se REIS, Viriato, “As perplexidades geradas pela ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”, 2015, p. 15. Este texto serviu de base à comunicação apresentada por este autor no VII Colóquio do Supremo Tribunal de Justiça sobre Direito do Trabalho, que decorreu no dia 21/10/2015, em Lisboa.

<sup>57</sup> Cfr. os seguintes Acórdãos do STJ: de 06/05/2015, Processo n.º 327/14.4TTLRA.C1.S1; de 14/05/2015, Processo n.º 363/14.0TTLRA.C1.S1; e de 26/06/2015, Processo n.º 325/14.8TTLRA.C1.S1.

### 2.2.2. Enquadramento e moldes da intervenção do trabalhador

Esta ação, sendo instaurada pelo Ministério Público, após participação da ACT, inicia-se independentemente da vontade (e da respetiva intervenção) do trabalhador, que fica liberto do ónus da prova e da iniciativa processual. Alias, como refere a jurisprudência<sup>58</sup>, “*na instauração desta acção dispensa-se, expressamente, a iniciativa e até o consentimento do trabalhador, ao qual é conferida apenas a possibilidade de apresentar articulado próprio e constituir advogado.*”

A desnecessidade de iniciativa do trabalhador justifica-se “*tendo em conta o temor e a inércia do trabalhador nesse tipo de situações*”<sup>59</sup>, sendo que “*enquanto deixada à iniciativa do trabalhador, é muito improvável*” a instauração desta ação, visto que “*os próprios trabalhadores, necessitados do trabalho para viver, colaboram nos expedientes de dissimulação do contrato de trabalho.*”<sup>60</sup>

O trabalhador poderá intervir na ação, mas apenas se o Reú contestar e a mesma prossiga, tal como decorre dos art.ºs 186.º-L, n.º 4 e 186.º-M, ambos do CPT. Ora, nesta ação, o trabalhador pode intervir das seguintes formas: aderindo aos factos apresentados pelo Ministério Público; apresentando a sua própria versão dos factos e constituindo mandatário judicial; pode ainda optar por nada fazer.

Além disso, note-se que o trabalhador só poderá ser responsabilizado pelo pagamento de custas caso tenha apresentado articulado próprio e caso o empregador não seja integralmente condenado no pedido do trabalhador, isto é, se houver decaimento (cfr. art.º 186.º-Q, n.º 4 do CPT).

---

<sup>58</sup> Por exemplo, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07/05/2015, referentes aos processos n.ºs 859/14.4T8CTB.C1 e 725/14.3TTCBR.C1.

<sup>59</sup> Cfr. REIS, Viriato, “As perplexidades geradas pela ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”, 2015, p. 3. Este texto serviu de base à comunicação apresentada por este autor no VII Colóquio do Supremo Tribunal de Justiça sobre Direito do Trabalho, que decorreu no dia 21/10/2015, em Lisboa.

<sup>60</sup> As duas últimas citações são da autoria de FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2014, pp. 139-140.

Caso sejam devidas custas, o trabalhador, em caso de insuficiência económica, poderá pedir apoio judiciário junto da Segurança Social, nos termos do acesso ao Direito e aos Tribunais, por intermédio de requerimento próprio, apresentado pessoalmente ou por correio registado.

Deste modo, e no limite, todo o processo pode correr os seus termos sem a intervenção do trabalhador, facto que reforça a ideia de que o Ministério Público age em defesa do interesse público<sup>61</sup>.

### **2.2.3. Tramitação**

A ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho tem como objetivo verificar se, numa determinada situação, estamos perante um contrato de trabalho ou perante trabalho prestado de forma independente.

Destaquemos agora, no essencial, a tramitação desta ação, que se encontra regulada nos art.ºs 186.º-K a 186.º-R do CPT.

#### **2.2.3.1. Iniciativa**

Esta ação inicia-se com o recebimento da participação da ACT no Ministério Público, junto do Tribunal do Trabalho. Após a receção desta participação, o Ministério Público dispõe de 20 dias para intentar a ação.

Na petição inicial, o Ministério Público deverá expor sucintamente os fundamentos e juntar todos os elementos de prova de que disponha até ao momento (art.º 186.º-L, n.º 1 do CPT).

O “suposto empregador”, citado, dispõe de um prazo de 10 dias (cfr. n.º 2 da mesma disposição), para contestar. Note-se que, caso exista representação por mandatário, não se aplica esta regra, sendo a citação efetuada obrigatoriamente via portal *Citius*. Nenhuma destas peças processuais (petição inicial e contestação) carece de forma articulada, devendo ser apresentadas em duplicado (n.º 3).

---

<sup>61</sup> Assim se afirma no seguinte Acórdão: TRE, de 09/07/2015, Processo n.º 556/14.0TTSTB.E1.

Caso o suposto empregador não apresente contestação, consideram-se confessados os factos aludidos na petição inicial e o juiz profere decisão condenatória (reconhecendo a existência de contrato de trabalho e fixando a data de início da relação laboral), a menos que ocorram exceções dilatórias ou o pedido seja manifestamente improcedente (art.º 186.º-M do CPT).

Os duplicados da petição inicial e da contestação são remetidos ao pretense trabalhador, em conjunto com a notificação da data de audiência (art.º 186.º-L do CPT), sendo que este pode, no prazo de 10 dias, aderir aos factos articulados pelo Ministério Público, apresentar articulado e constituir mandatário.

A partir desse momento, o pretense trabalhador passa a ser parte, sendo obrigatória a constituição de mandatário nas causas em que seja sempre admissível recurso, independentemente do valor (cfr. art.º 186.º-P do CPT). Não constituindo mandatário, verifica-se a falta de um pressuposto processual (exceção dilatória) que obsta ao conhecimento do mérito da causa e que conduz à absolvição do Réu da instância (art.º 41.º do CPC).

Nos termos do art.º 7.º do CPT, o Ministério Público pode intervir como representante do pretense trabalhador, mas só nessa qualidade e caso seja mandatado pelo trabalhador. Todavia, caso o pretense trabalhador constitua mandatário, cessa a intervenção do Ministério Público (art.º 9.º do CPT).

Para a hipótese de o pretense trabalhador apresentar articulado, o CPT não prevê a possibilidade de resposta por parte do pretendo empregador. Contudo, tal prerrogativa não pode ser-lhe vedada, de acordo com o princípio do contraditório, previsto no art.º 3.º, n.º 3 do CPC, aplicável por força do art.º 1.º, n.º 2, alínea a) do CPT.

#### **2.2.3.2. Tentativa de conciliação**

Previamente à audiência de julgamento, que deverá ser marcado no prazo de 30 dias (cfr. art.º 186.º-N, n.º 2 do CPT), tem lugar a audiência de partes, onde se verifica uma tentativa de conciliação por parte do juiz (art.º 186.º-O, n.º 1 do CPT)<sup>62</sup>.

Esta tentativa de conciliação procura colocar um termo ao litígio, mediante um acordo equitativo, encontrando-se presentes os pretensos empregador e trabalhador, ainda que o último não tenha tido qualquer intervenção processual até ao momento.

No fundo, a conciliação no processo judicial tem em vista regularizar a situação do trabalhador, o que o empregador poderia ter efetuado, numa fase pré-judicial, antes da participação ter sido remetida ao Ministério Público.

Além disso, nos termos do art.º 52.º, n.º 2 do CPT, a conciliação das partes poderá traduzir-se numa desistência, confissão ou transacção, já que se destina a colocar um termo ao litígio.

De notar que a lei não prevê aqui qualquer intervenção do Ministério Público, a não ser que o pretense trabalhador tenha de constituir mandatário, nos termos já analisados, e o Ministério Público atue em representação do pretense trabalhador, nos termos do art.º 7.º do CPT.

### **2.2.3.3. Julgamento**

Caso não se verifique nenhum tipo de conciliação entre os pretensos trabalhador e empregador, terá lugar a audiência de julgamento.

De acordo com o art.º 186.º-N, n.º 3 do CPT, todos os meios probatórios são oferecidos na audiência, podendo as partes arrolar até três testemunhas.

---

<sup>62</sup> O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 86/2015, no âmbito do pedido de apreciação da constitucionalidade do art.º 186.º-O, n.º 1 do CPT, decidiu não julgar inconstitucional a norma em causa, “*interpretada no sentido de, na ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, não ser permitido aos putativos trabalhador e empregador dispor do objeto do litígio, acordando, em sede de audiência de partes, que a relação jurídica existente entre ambos é de prestação de serviços (...)*”.

Caso o julgamento não consiga concluir-se no mesmo dia, a audiência é suspensa, mas terá de ser concluída no prazo de 30 dias.

Se o pretense trabalhador não tiver apresentado articulado (e arrolado testemunhas), as testemunhas serão as arroladas (e/ou apresentadas) pelo Ministério Público. Todavia, caso o pretense trabalhador tenha apresentado testemunhas, só estas serão ouvidas, não podendo ser ouvidas as arroladas pelo Ministério Público, caso contrário o Réu ver-se-ia perante dois autores, “*com faculdade autónoma de prova*”<sup>63</sup>.

Caso as partes não constituam mandatário, a inquirição das testemunhas é efetuada pelo juiz, nos termos do art.º 186.º-O, n.º 4 do CPT.

Faltando à audiência de julgamento alguma das partes (ou mandatários), ainda que justificadamente, tal não constitui motivo de adiamento da mesma (art.º 186.º-O, n.º 3 do CPT).

A sentença é ditada para ata, podendo nela reconhecer-se a existência de um contrato de trabalho, sendo que, neste caso, deve fixar-se a data de início da relação laboral, de acordo com o art.º 186.º-O, n.ºs 7 e 8 do CPT. Mas, no entendimento de Pedro Petrucci de Freitas<sup>64</sup>, “*a ação deveria ter uma finalidade mais abrangente, permitindo, entre outros, a fixação da retribuição do trabalhador e o seu enquadramento profissional na organização do empregador. Não o permitindo, o trabalhador, salvo se o contrário resultar, por hipótese, por acordo das partes, é forçado a intentar uma outra ação judicial para fazer valer outros direitos.*” Todavia, pelo contrário, pode não reconhecer-se a existência de um contrato de trabalho.

Segundo o art.º 186.º-N, n.º 1 do CPT, podem ainda ser suscitadas algumas questões, designadamente relacionadas com a exceção dilatória de litispendência ou de caso julgado. Na verdade, o trabalhador pode já ter intentado uma ação de processo comum com o mesmo objeto, cabendo ao tribunal avaliar se se verifica ou não a correspondente exceção dilatória.

---

<sup>63</sup> CAMANHO, Paula Ponces, “Ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho – Breves reflexões (e algumas perplexidades)”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 75.

<sup>64</sup> Cfr. FREITAS, Pedro Petrucci, “Da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. IV (outubro/dezembro de 2013), p. 1437.

Note-se que a sentença é comunicada à ACT e ao Instituto da Segurança Social, I.P., de acordo com o previsto no art.º 186.º-O, n.º 9 do CPT.

Na eventualidade de a ação ser julgada procedente, tal acarreta um processo contra-ordenacional (cfr. art.º 15.º-A, n.º 4 da Lei n.º 107/2009), daí resultando a aplicação de uma coima ao Réu. Não pode, contudo, presumir-se contra-ordenação, já que tal violaria o princípio da presunção de inocência do arguido.

A parte que tiver ficado vencida poderá recorrer da decisão para o Tribunal da Relação. A decisão em causa é sempre passível de recurso, nos termos dos art.ºs 186.º-P do CPT e 40.º do CPC. Este recurso não tem efeitos suspensivos da decisão, pelo que a decisão continua a produzir os seus efeitos enquanto o recurso não for decidido (cfr. art.º 186.º-P do CPT, que refere que o recurso de apelação para a Relação, aqui em causa, apresenta efeito meramente devolutivo).

#### **2.2.4. Efeitos da sentença, com especial destaque para a regularização do contrato de trabalho perante a segurança social**

O impacto da decisão judicial de reconhecimento da existência de um contrato de trabalho apresenta diversos efeitos, implicando desde logo, entre outros, a inscrição retroativa na Segurança Social e o pagamento das respetivas contribuições. A inscrição retroativa poderá basear-se na certidão da sentença resultante da ação intentada contra a entidade empregadora, onde se reconhece a relação de trabalho e o respetivo período.

O regime em causa apresenta, todavia, natureza excecional, dependendo da autorização da Segurança Social, conforme resulta do previsto no art.º 254.º, n.º 1 do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (CRC). Do aludido preceito resulta ainda que a autorização em causa incide sobre uma obrigação que se encontra prescrita ou sobre uma obrigação que não existia à data da prestação de trabalho, pelo facto de a atividade não se encontrar obrigatoriamente abrangida pelo sistema de Segurança Social.

Sendo este um procedimento excecional, e por isso carecendo de requerimento das entidades empregadoras em falta ou dos trabalhadores interessados, é natural que a Segurança

Social faça a distinção entre as obrigações já prescritas (podendo autorizar o respetivo pagamento) e as obrigações ainda exigíveis, notificando a entidade empregadora para proceder ao pagamento devido.

Assim, e de acordo com o art.º 259.º, n.º 1 do CRC, *“A base de incidência contributiva a considerar para efeitos de pagamento de contribuições prescritas, quando os trabalhadores se encontrem abrangidos pelo sistema de segurança social, corresponde: (a) Ao valor médio das remunerações registadas no sistema previdencial nos últimos 12 meses anteriores ao do requerimento, tomando-se em consideração a remuneração mais elevada em cada mês nas situações de registo de remunerações correspondentes às diversas actividades; (b) Ao valor mensal correspondente a três vezes o valor do IAS nas restantes situações.”* Além disso, *“Tratando-se de trabalhadores abrangidos por diferente sistema de proteção social à data do requerimento, a base de incidência é calculada nos termos da alínea b) do número anterior, salvo se o interessado fizer prova, através de declaração emitida pela entidade gestora do sistema de proteção social que o abrange, de qual o valor das remunerações auferidas nos últimos 12 meses anteriores ao do requerimento, caso em que é a média desta a considerada.”* (cfr. n.º 2 do mesmo art.º 259.º do CRC).

Caso as partes solicitem também a restituição das contribuições pagas enquanto trabalhador independente, nos termos do art.º 267.º do CRC, verifica-se que só é legalmente admissível a restituição de contribuições e quotizações indevidamente pagas, quando o respetivo pagamento não resulte da lei, que fixa o respetivo enquadramento em termos de base de incidência contributiva<sup>65</sup>.

Face ao exposto, podemos concluir que carecemos ainda da criação de mecanismos de articulação entre esta ação e alguns dos procedimentos formais da Segurança Social<sup>66</sup>.

### **2.2.5. Questões fiscais na esfera jurídica do trabalhador, designadamente em sede de IRS**

---

<sup>65</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, cfr. FREITAS, Pedro Petrucci, “Da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. IV (outubro/dezembro de 2013), pp. 1438 a 1441.

<sup>66</sup> Baseamo-nos no texto de FREITAS, Pedro Petrucci, “Da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. IV (outubro/dezembro de 2013), p. 1443.

De acordo com a redação em vigor do art.º 28.º, n.º 8 do Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS), *“se os rendimentos auferidos resultarem de serviços prestados a uma única entidade, exceto tratando-se de prestações de serviços efetuadas por um sócio a uma sociedade abrangida pelo regime de transparência fiscal, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º do Código do IRC, o sujeito passivo pode, em cada ano, optar pela tributação de acordo com as regras estabelecidas para a categoria A.”*

Ou seja, perante situações de “falso recibo verde” (ainda assim, categoria B – trabalho independente), o legislador fiscal determina que, em sede de IRS, possa ser exercida a opção pela tributação como se de trabalhadores dependentes (categoria A) se tratassem.

Mais concretamente, este regime especial, de carácter facultativo, aplica-se aos casos em que os rendimentos auferidos resultem de serviços prestados a uma única entidade, efetuando-se assim a tributação de acordo com as regras estabelecidas para a categoria A (rendimentos do trabalho dependente), o que implica, designadamente, o recurso às deduções específicas respeitantes a esta categoria de rendimentos. Todavia, a opção em causa não pode ser exercida tendo por referência a prestações de serviços efetuadas por um sócio a uma sociedade de profissionais, sujeitas ao regime de transparência fiscal [cfr. art.º 6.º n.º 1 alínea b) do CIRC].

Nota-se que, na vigência da redação anterior deste preceito, ou seja, anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, tal opção deveria ser mantida por um período de três anos, não podendo sendo efetuada em cada exercício económico, situação que se aplica atualmente.

### **3. Balanço e conclusões**

Aqui chegados, podemos referir, em jeito de balanço e conclusões, o seguinte:

Muitas são as situações em que o recurso ao contrato de prestação de serviços serve para dissimular uma relação jurídica subjacente a um contrato de trabalho, vedando-se assim ao trabalhador a possibilidade de usufruir de diversos benefícios e proteções previstos por lei.

Ora, e como forma de combater esta forma de precariedade, a Lei n.º 63/2013 veio instituir mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços

em relações de trabalho subordinado (cfr. art.º 1.º do referido diploma), tendo o legislador identificado a necessidade de alterar o regime processual das contra-ordenações laborais e de Segurança Social (Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro), bem como o CPT.

Tais mecanismos passam pelo procedimento da ACT a adotar em caso de utilização indevida do contrato de prestação de serviços, bem como pela ação judicial de reconhecimento da existência de um contrato de trabalho.

Assim, e apesar de não se encontrar totalmente isenta de críticas, a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho pode resultar no reconhecimento de um contrato de trabalho, em face da verificação de alguns dos indícios previstos no art.º 12.º do CT (presunções da existência de um contrato de trabalho), fixando-se nessa sentença a data de início do respetivo vínculo.

Mais recentemente, e na prossecução do objetivo de reduzir a precariedade, muito embora não tendo sido este tema abordado neste nosso contributo, já que não era esse o objetivo a que nos propusemos, surgiu o PREVPAP, um programa de regularização extraordinária dos vínculos precários na Administração Pública. Por intermédio deste programa, os trabalhadores da Administração Central e do Setor Empresarial do Estado podem regularizar o seu vínculo laboral com o Estado.

Assim, a Portaria n.º 150/2017, de 3 de maio veio estabelecer os procedimentos da avaliação de situações a submeter ao PREVAP, no âmbito da estratégia plurianual de combate à precariedade, prevista no artigo 19.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, no artigo 25.º da Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro e na Resolução do Conselho de Ministros n.º 32/2017, de 28 de fevereiro, criando as Comissões de Avaliação Bipartida (CAB), constituídas por representantes ministeriais, dos serviços e das associações sindicais. O objetivo desta fase é avaliar se as funções exercidas pelos trabalhadores correspondem a necessidades permanentes e, se assim for, se os vínculos jurídicos ao abrigo dos quais essas funções são exercidas são adequados.

Mais tarde, e caso se verifiquem motivos que o justifiquem, os trabalhadores (anteriormente com vínculos precários, muitos deles, precisamente, “falsos trabalhadores independentes”) serão integrados no setor público.

#### 4. Referências bibliográficas

CAMANHO, Paula Ponces, “Acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho – Breves reflexões (e algumas perplexidades)”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015

FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2014

FREITAS, Pedro Petrucci, “Da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. IV (outubro/dezembro de 2013)

REIS, Viriato, “As perplexidades geradas pela ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”, 2015

SILVA, Filipe Fraústo, “As perplexidades geradas pela ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 42-2016

## **Reflexões sobre o regime da transmissão de empresa no Código do Trabalho**

**Melanie Oliveira (ISCET)**

**Sumário:** 1. Nota preliminar; 2. Evolução normativa da figura da transmissão da empresa; 3. A jurisprudência do TJCE; 4. A hipótese normativa do artigo 285.º do CT; 4.1 Empresa e unidade económica; 4.2 O conceito de transmissão; 5. A posição jurídica do trabalhador; 6. Conclusão.

### **1. Nota preliminar**

A transmissão de empresa ou estabelecimento é objeto de regulação no Código do Trabalho<sup>67</sup>, no seu capítulo V, sob a epígrafe “Vicissitudes contratuais”. A transmissão de empresa ou estabelecimento está prevista na norma contida no artigo 285.º do CT a qual, tratando dos seus efeitos, dispõe, no seu n.º 1, que “Em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral.” O conceito de unidade económica é definido pelo legislador, no n.º 5 deste normativo, como “(...) o conjunto de meios organizados com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória.”

O regime jurídico da transmissão da empresa ou estabelecimento, no âmbito do direito laboral, tem sido objeto de inúmeras posições na doutrina e na jurisprudência, nacionais e internacionais, sendo várias as questões debatidas em torno da transmissão e dos seus efeitos.

A presente comunicação destina-se ao IX Congresso Internacional de Ciências Jurídico Empresariais que tem como tema “O Direito do Trabalho e as empresas: novos desafios, novas soluções?”. Neste contexto, a nossa análise incidirá sobre os conceitos de transmissão

---

<sup>67</sup> Adiante apenas CT.

e unidade económica. E analisados os referidos conceitos, que constituem a hipótese normativa contida no artigo 285.º, será considerada a posição jurídica do trabalhador no quadro de uma relação laboral em que se perspetiva a alteração do empregador, decorrente da transmissão de empresa ou estabelecimento.

## 2. Evolução normativa da figura da transmissão da empresa

O artigo 37º da Lei do Contrato de Trabalho<sup>68 69</sup> previa, sob o título “Transmissão do estabelecimento”, uma transferência *ope legis* da posição contratual do empregador para o adquirente de um estabelecimento. Dispunha o seu n.º 1 que “A posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal transmite-se ao adquirente, por qualquer título, do estabelecimento onde os trabalhadores exerçam a sua atividade, salvo se, antes da transmissão, o contrato de trabalho houver deixado de vigorar nos termos legais, ou se tiver havido acordo entre o transmitente e o adquirente no sentido de os trabalhadores continuarem ao serviço daquele noutra estabelecimento sem prejuízo do disposto no artigo 24.º”

A jurisprudência nacional interpretou o conceito de estabelecimento, contido no artigo 37.º da LCT, num sentido amplo e acolheu em diversos arestos a doutrina da objetividade da empresa.<sup>70 71</sup> A solução interpretativa adotada nas referidas decisões incluía no conceito de empresa toda a organização afeta ao exercício de uma dada atividade, estabelecendo uma ligação do trabalhador ao estabelecimento e não ao empresário. O trabalhador constituía um elemento da empresa, com um consequente esbatimento da autonomia da vontade no quadro do contrato de trabalho.

Ulteriormente, a questão foi objeto de tratamento no artigo 318.º do Código de Trabalho de 2003<sup>72</sup>. Na norma contida no seu n.º 1 podia ler-se que “Em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa, do estabelecimento ou de parte da empresa ou

---

<sup>68</sup> Decreto-Lei n.º 49 408 de 24/11/1969, diploma revogado.

<sup>69</sup> Doravante apenas LCT.

<sup>70</sup> Neste sentido *vide, inter alia*, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 24/05/1995, CJ 294/2, da Relação de Lisboa de 05/11/1979, BMJ 295/451 e da Relação do Porto de 12/05/1986, CJ 239/3, *apud* ROCHA, Gonçalves (2009), Transmissão de Estabelecimento. Manutenção dos Contratos de Trabalho, *Prontuário da Legislação do Trabalho*, 79-81, Centro de Estudos Judiciários, pp. 289-302.

<sup>71</sup> Neste sentido ROCHA, Gonçalves, *op. cit.*

<sup>72</sup> Lei n.º 99/2003, de 27/08, doravante CT 2003.

estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmite-se para o adquirente a posição jurídica de empregador nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral.” E de acordo com o seu n.º 4 considerava-se unidade económica “o conjunto de meios organizados com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória.”

O regime vertido no artigo 318.º visou transpor a Diretiva 2001/23/CE<sup>73</sup> para o ordenamento jurídico nacional, transposição expressamente referida no artigo 2º, alínea q) do diploma preambular ao código. De acordo com o artigo 3º, nº 1 da diretiva transposta, “Os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário. Os Estados-Membros podem prever que, após a data da transferência, o cedente e o cessionário sejam solidariamente responsáveis pelas obrigações resultantes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes antes da data da transferência.”

Por força da transposição da diretiva, o artigo 318.º do CT 2003 operou uma alteração na posição jurídica do adquirente da empresa que na redação do nº 2, do artigo 37º da LCT, respondia solidariamente pelas obrigações do transmitente vencidas nos últimos seis meses anteriores à transmissão e passou a responder solidariamente pelas obrigações vencidas até à data da transmissão da empresa, solução legal que permaneceu inalterada no artigo 285.º do CT.<sup>74</sup>

As alterações introduzidas nesta matéria no ordenamento jurídico nacional acompanharam a evolução operada no direito comunitário, que por sua vez foi necessária por razões de segurança jurídica face à inúmera jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>75</sup> neste domínio.

---

<sup>73</sup> Diretiva 2001/23/CE de 12/03 relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos. A Diretiva 2001/23/CE atualizou a Diretiva 77/187/CEE, de 14/02 que, por sua vez, fora alterada pela Diretiva 98/50/CE de 29/06.

<sup>74</sup> Para uma análise crítica da particular questão da responsabilidade do adquirente da empresa ou estabelecimento por créditos laborais *vide* VASCONCELOS, Joana (2011), Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 87, Centro de Estudos Judiciários, pp. 173-182.

<sup>75</sup> Doravante apenas TJCE. Após a revisão do Tratado de Nice o TJCE passou a designar-se por Tribunal de Justiça da União Europeia.

O primado do direito da união europeia determina uma interpretação do direito nacional à luz da diretiva europeia. Assim a análise dos conceitos presentes na hipótese normativa do artigo 285.º CT, pressupõe a consideração da jurisprudência desenvolvida pelo TJCE.

### 3. A jurisprudência do TJCE

No caso *Mohamed Jouini and Others v Princess Personal Service GmbH (PPS)*<sup>76</sup> os factos em análise envolviam o encerramento de uma empresa de trabalho temporário, seguido da criação de uma nova empresa de trabalho temporário, com recurso a parte dos trabalhadores da empresa inicial.

Neste processo o TJCE pronunciou-se sobre o âmbito de aplicação da diretiva 2001/23/CE e o conceito de transmissão de parte de empresa e decidiu que o “artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos, deve ser interpretado no sentido de que esta última é aplicável quando uma parte dos trabalhadores da administração e uma parte dos trabalhadores temporários forem transferidas para outra empresa de trabalho temporário para aí exercerem as mesmas actividades ao serviço de uma clientela idêntica e quando, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, os elementos abrangidos pela transferência forem suficientes, por si sós, para permitir a prestação dos serviços característicos da actividade económica em causa sem recorrer a outros meios de exploração significativos nem a outras partes da empresa.”<sup>77</sup>

Nas conclusões formuladas pelo advogado-geral, pode ler-se que “No essencial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se a Directiva 2001/23 se aplica a uma situação em que um conjunto formado por uma parte do pessoal administrativo e uma parte do pessoal temporário de uma empresa de trabalho temporário é transferida para outra empresa de trabalho temporário para nela exercer actividades idênticas, ao serviço dos mesmos clientes. (...) Saber se se pode considerar que a retoma deste conjunto por outra

---

<sup>76</sup> Caso C-458/05, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-458/05>.

<sup>77</sup> Decisão.

empresa de trabalho temporário constitui uma transferência de uma entidade económica na acepção dessa directiva.”<sup>78</sup>

Conforme salienta Bruno Mestre<sup>79</sup>, a decisão em apreço é importante por se reportar a uma situação comum, em que o encerramento de uma empresa é seguido da implementação de uma nova empresa para a qual parte dos trabalhadores são transferidos. A decisão é ainda relevante porque o TJCE teve oportunidade de clarificar a abundante jurisprudência já produzida sobre a matéria.

Uma das particularidades do caso reside no facto de se tratar de empresas de trabalho temporário, que por definição têm poucos trabalhadores no próprio estabelecimento e colocam os seus trabalhadores ao serviço de outros empregadores, as empresas utilizadoras.

Reafirmando a interpretação sustentada em decisões anteriores, o TJCE revisitou os conceitos de transferência, de cessão e de entidade económica para efeitos de aplicação da Directiva, razão pela qual nos referimos a esta decisão em particular.

No que concerne à transferência o critério decisivo para estabelecer a sua existência “(...), na acepção desta directiva, é, pois, o de saber se a entidade em questão mantém a sua identidade, o que resulta designadamente da continuação efectiva da exploração ou da sua retoma (v., nomeadamente, acórdãos de 18 de Março de 1986, Spijkers, 24/85, Colect., p. 1119, n.ºs 11 e 12, e de 15 de Dezembro de 2005, Güney-Görres e Demir, C-232/04 e C-233/04, Colect., p. I-11237, n.º 31 e jurisprudência aí referida).”<sup>80</sup>

“No que diz que diz respeito ao requisito relativo à existência de uma cessão convencional, decorre de jurisprudência assente que o alcance do disposto no artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 2001/23 não pode ser apenas apreciado com base na interpretação literal (v., a propósito do artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 77/187, acórdãos de 7 de Fevereiro de 1985, Abels, 135/83, Recueil, p. 469, n.ºs 11 a 13, e de 19 de Maio de 1992, Redmond Stichting, C-29/91, Colect., p. I-3189, n.º 10). Dadas as diferenças entre as versões linguísticas da directiva e as divergências entre as legislações nacionais sobre o conceito de cessão contratual, o Tribunal de Justiça interpretou este conceito de modo suficientemente flexível para satisfazer o objectivo da directiva, que é proteger os trabalhadores em caso de transferência da sua

---

<sup>78</sup> Conclusões 23 e 24.

<sup>79</sup> MESTRE, Bruno (2007), The ECJ considers employees as the main assets of temporary employment agencies, *European Law Reporter*, 12, pp. 451-452.

<sup>80</sup> Conclusão 23.

empresa (acórdão Redmond Stichting, já referido, n.º 11, e acórdão de 7 de Março de 1996, Merckx e Neuhuys, C-171/94 e C-172/94, Colect., p. I-1253, n.º 28).<sup>81</sup>

Analisando o conceito de entidade económica, concluiu o TJCE que a aplicação da Diretiva 2001/23 pressupõe a transferência de uma entidade entendida como “(...) um conjunto organizado de pessoas e elementos que permita o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio<sup>82</sup> (...) e que seja suficientemente estruturada e autónoma.” Clarificando que “Tal entidade não inclui necessariamente elementos de activos, materiais ou imateriais, significativos. Com efeito, em certos sectores económicos, estes elementos são muitas vezes reduzidos à sua expressão mais simples e a actividade assenta essencialmente na mão-de-obra. Assim, um conjunto organizado de trabalhadores que são especial e duradouramente afectados a uma tarefa comum pode, na ausência de outros factores de produção, corresponder a uma entidade económica (acórdão Hernández Vidal e o., já referido, n.º 27).”<sup>83</sup>

A segunda questão que nos propomos abordar reside na posição jurídica do trabalhador decorrente da alteração do empregador em caso de transmissão da empresa ou estabelecimento. Ao nível da jurisprudência do TJCE o Acórdão *Katsikas*<sup>84</sup> constitui um marco nesta matéria. O processo resultou de um reenvio prejudicial feito por tribunais alemães sobre o alcance da Diretiva 77/187/CEE<sup>85</sup>. Apoiando-se no direito nacional, a jurisprudência alemã reconhecia ao trabalhador um direito de oposição à transmissão do seu contrato de trabalho para o adquirente, solução (aparentemente) contrariada pela letra da referida diretiva que previa uma transmissão automática. A questão residia em determinar se o direito de oposição reconhecido pela jurisprudência alemã ao trabalhador ficava afastado por força transmissão automática prevista no artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva.

Pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo tribunal alemão, o TJCE decidiu que as disposições do n.º 1 do artigo 3.º da Directiva 77/187/CEE “(...) devem ser interpretadas no sentido de que não obstam a que um trabalhador empregado pelo cedente à data da

<sup>81</sup> Conclusão 24.

<sup>82</sup> Conclusão 31 em que são referenciadas as seguintes decisões anteriores: acórdão de 10 de dezembro de 1998, Hernández Vidal e o., C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Colect., p. I-8179, e acórdão 15 de dezembro de 2005, Güney-Görres e Demir C-232/04 e C-233/04, Colect., p. I-11237.

<sup>83</sup> Conclusão 32.

<sup>84</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 16/12/1992, Proc. Apensos C-132/91, C-138/91 e C-139/91.

<sup>85</sup> Relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos, alterada pela Diretiva 98/50/CE de 29/06/98 e atualizada, em 2001, pela Diretiva 2001/23/CE, de 12/03.

transferência da empresa, na acepção do n.º 1 do artigo 1.º da directiva, se oponha à transferência do seu contrato ou da sua relação laboral para o cessionário. A directiva não obriga, no entanto, os Estados-membros a prever que, na hipótese de o trabalhador decidir livremente não manter o contrato ou a relação laboral com o cessionário, o contrato ou a relação de trabalho se mantêm com o cedente. Também não se opõe a isso. No caso vertente, compete aos Estados-membros determinar o destino reservado ao contrato ou à relação laboral com o cedente.”

Esta doutrina foi reafirmada em decisões subsequentes do TJCE como foi, designadamente, o caso dos Acórdãos *Albert Merckx*<sup>86</sup>, *Europiéces*<sup>87</sup> e *Temco Services*<sup>88</sup>, conforme refere Serra Lourenço<sup>89</sup>. De acordo com este autor, foi a partir da decisão *Katsikas* que parte da doutrina nacional passou a defender a necessidade da anuência do trabalhador para que se transfira a sua relação laboral para o cedente por força da transmissão da empresa, incluindo neste elenco Júlio Gomes, Liberal Fernandes e Rita Garcia Pereira.<sup>90</sup> Esta necessidade de anuência do trabalhador é, porém, uma questão que divide a doutrina e a jurisprudência nacionais, conforme adiante se referirá.

#### **4. A hipótese normativa do artigo 285º do CT**

##### **4.1. Empresa e unidade económica**

Conforme resulta da leitura conjugada dos n.ºs 1 e 5 do artigo 285.º do CT, para efeitos de aplicação do regime de transmissão de empresa ou de estabelecimento é determinante o conceito de unidade ou identidade económica.

A empresa ou estabelecimento terá que constituir um conjunto de meios organizados com o objetivo de exercer uma atividade económica. Os meios que integram essa unidade poderão ser corpóreos ou incorpóreos, nomeadamente as instalações, os equipamentos, o *know-how*, as marcas e as licenças.

A jurisprudência do TJCE assenta numa apreciação global dos vários fatores, analisados à luz da concreta situação. Assim alguns dos aspetos indiciários de uma transmissão de empresa

---

<sup>86</sup> Caso C-171/94 e C-172/94 (processos apensos).

<sup>87</sup> Caso C-399/96.

<sup>88</sup> Caso C-51100.

<sup>89</sup> LOURENÇO, R. Serra (2009), O regime da transmissão da empresa no Código de Trabalho, *ROA*, 1-2.

<sup>90</sup> *Ibid.*

referidos em diversos arestos são a transmissão do ativo corpóreo, a manutenção da clientela, o *know-how*, a continuidade ou grau de similitude entre a atividade desenvolvida antes e depois da transferência.<sup>91</sup>

Em função da natureza da atividade da empresa podemos assistir a uma relativização do suporte material. Joana Vicente<sup>92</sup> distingue entre as chamadas atividades de capital intensivo, que exigem um acervo material avultado, e as atividades de mão-de-obra intensiva, em que o fator trabalho assume especial relevo, como será o caso das empresas de serviços, designadamente de limpeza e vigilância.

Esta autora faz ainda apelo às atividades com *know-how* específico, distinguindo aqui dois grupos: o que integra a habilidade e experiência técnicas, indissociável das pessoas, e o que incorpora os conhecimentos técnicos e procedimentos, que se materializa em documentos e outros suportes.<sup>93</sup> Assim, como bem sublinha a autora, tratando-se de empresa cujo *know-how* seja indissociável das pessoas, a manutenção dos trabalhadores como indício da transmissão deve ser avaliada em termos qualitativos e não meramente quantitativos, valorizando-se, para este efeito, a manutenção de determinados trabalhadores.<sup>94</sup>

No Acórdão *Mohamed Jouini and Others*<sup>95</sup> o TJCE refere-se às atividades que assentam essencialmente na mão-de-obra, sustentando que o conjunto organizado de trabalhadores, e na ausência de outros fatores de produção, pode constituir uma unidade económica na aceção da Diretiva<sup>96</sup>. Este aspeto foi desenvolvido de forma particularmente ampla no caso *Christel Schmidt*<sup>97</sup>.

Na jurisprudência nacional pode ler-se no Acórdão de 16/03/2017 <sup>98</sup>, do Tribunal da Relação de Évora que “A noção de transmissão de empresa ou estabelecimento, prevista no art.º 285º do Código do Trabalho, não deve limitar-se à ideia de titularidade de um conjunto de bens corpóreos, mas abranger também uma atividade de serviços, desde que prestada organizadamente por forma a constituir uma unidade económica individualizada e autonomizada.”

---

<sup>91</sup> *Christel Schmidt* (C-392/92), *Ayşe Süzen* (C-13/95), *Spijkers* (C-24/85).

<sup>92</sup> VICENTE, J. Nunes (2008), Contrato de prestação de serviço versus cedência ilegal de trabalhadores: diálogo com a doutrina da transmissão de empresa, *Questões Laborais*, 32, disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao\\_estabelecimento.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao_estabelecimento.pdf), p. 148-149.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 153-155.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Supra* 9.

<sup>96</sup> Conclusão 32.

<sup>97</sup> Caso C-392/92.

<sup>98</sup> Proc. 480/14.7T8STB.E1, disponível em <http://www.dgsi.pt>

E na doutrina nacional Júlio Gomes refere que “(...) existirá uma entidade económica quando a parte da empresa ou estabelecimento represente um conjunto de meios organizados, com suficiente autonomia para poder funcionar independentemente no mercado”<sup>99</sup> e neste contexto é de “importância central para a existência de uma transferência (...) que a unidade económica mantenha a sua identidade”<sup>100</sup>.

Romano Martinez sustenta que “para se poder falar em transmissão da empresa ou estabelecimento é imperativo que exista um estabelecimento individualizado ou, pelo menos, uma unidade económica autónoma, que continua apto a desenvolver a sua actividade produtiva, conservando, portanto, a identidade e mantendo-se em condições de continuidade produtiva”<sup>101</sup>.

Palma Ramalho<sup>102</sup> sublinha que o âmbito de aplicação da figura da transmissão de empresa foi amplamente alargado com a introdução do conceito de unidade económica no CT 2003, por força da transposição da Diretiva 2001/23. Segundo a autora “o critério a ter em conta não deve ser o da organização formal da empresa (em secções ou serviços), mas antes o critério económico da possibilidade de individualização de uma parte da sua actividade numa unidade negocial autónoma.”<sup>103</sup>

A este propósito J. Mouly destaca que “o elemento que parece na realidade aqui determinante é a existência de uma comunidade de trabalhadores precisamente afectados à actividade transmitida”, pelo que “a autonomia exigida não é pois sempre uma autonomia de funcionamento. Afastamo-nos progressivamente da noção de empresa-organização.”<sup>104</sup>

No que respeita à natureza da entidade o artigo 1.º alínea d) da Diretiva 2001/23 dispõe que esta é aplicável “(...) a todas as empresas, públicas ou privadas, que exercem uma actividade económica, com ou sem fins lucrativos.” Esta norma ressalva que “A reorganização administrativa de instituições oficiais ou a transferência de funções administrativas entre instituições oficiais não constituem uma transferência na acepção da presente directiva.”

---

<sup>99</sup> GOMES, J. (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra Editora, p. 815.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> MARTINEZ, R. (2010), *Direito do Trabalho*, 5.ª edição, Almedina, p. 829.

<sup>102</sup> RAMALHO, M. R. Palma (2016), *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Situações Laborais Individuais*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, p. 646.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Droit Social*, n.º 12, Déc. 2003, p. 1131, *apud* REIS, J. (2008), *O regime de transmissão da empresa no Código do Trabalho*, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, disponível em [http://www.cej.mj.p/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao\\_estabelecimento](http://www.cej.mj.p/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao_estabelecimento), p.191.

#### 4.2. O conceito de transmissão

A noção de transmissão é interpretada, quer pela jurisprudência, quer pela doutrina, em sentido amplo abrangendo negócios jurídicos como o trespasse, a locação, a venda judicial, a fusão ou cisão de empresas, a concessão e independentemente do seu carácter definitivo ou temporário.

No acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23/02/2017<sup>105</sup>, pode ler-se que “O conceito de transmissão para este efeito é especialmente amplo, podendo corresponder a um negócio relativo à transmissão do direito de propriedade sobre o bem, mas também à transmissão (formal ou de facto) dos direitos de exploração desse bem, abrangendo todas as alterações estáveis (mas não necessariamente definitivas) na gestão do estabelecimento ou da empresa, mesmo que inexista um vínculo obrigacional direto entre transmitente e transmissário.”

Palma Ramalho qualifica como transmissão, para efeitos do disposto no artigo 285º CT, “(...) não apenas a mudança da titularidade da empresa por qualquer título (i.e., uma transmissão definitiva, por efeito de trespasse, fusão, cisão ou venda judicial), mas também a transmissão, a cessão ou reversão da exploração da empresa ou do estabelecimento sem alteração da respectiva titularidade (i.e., uma transmissão das responsabilidades de gestão a título temporário, embora estável) – artigo 285.º n.ºs 1 e 2”<sup>106</sup>. Assim, o conceito de transmissão é especialmente amplo, compreendendo “(...) todas as alterações estáveis (mas não necessariamente definitivas) na gestão do estabelecimento ou empresa.”<sup>107</sup>

Para esta autora e no que respeita ao universo de trabalhadores abrangidos, a transmissão opera em relação a todos os trabalhadores, incluindo-se aqui os contratos celebrados por tempo indeterminado, os contratos a termo, os trabalhadores em efetividade de funções e aqueles com contrato suspenso à data da operação da transmissão<sup>108</sup>.

João Reis entende igualmente que o regime jurídico acolhido no artigo 285.º CT perfilha uma noção ampla de transmissão “(...) onde cabe uma grande diversidade de títulos translativos (trespasse, locação, venda judicial, fusão ou cisão de empresas, etc.).”<sup>109</sup> Para o

---

<sup>105</sup> Processo n.º 1335/13.8TTTCBR.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>

<sup>106</sup> *Op. cit.*, p. 644.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 645.

<sup>108</sup> *Ibid.*, pp. 646-647.

<sup>109</sup> *Op. cit.*, p. 172.

autor o conceito de transmissão é adotado de forma abrangente, orientação entre nós já seguida no direito anterior. “Neste sentido, Coutinho de Abreu, já ligava a noção de transmissão à «modificação subjectiva do empregador» em virtude de um qualquer acto, negocial ou não negocial, que implicasse circulação da empresa.”<sup>110</sup>

## 5. A posição jurídica do trabalhador

Preenchida a hipótese normativa do artigo 285.º CT, produzem-se como efeitos a transmissão para o adquirente da posição do empregador nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral.

A questão que se coloca no que concerne aos efeitos do artigo 285.º é a da sua compatibilização com a jurisprudência do TJCE que reconhece um direito de oposição do trabalhador à transmissão do seu contrato para o adquirente da empresa.

Conforme ficou supra exposto, a questão divide a doutrina e a jurisprudência.

Júlio Gomes reconhece a existência/necessidade do direito de oposição fazendo apelo ao direito ao trabalho, ao direito à livre escolha de emprego, à autonomia privada, à proibição do trabalho forçado decorrente dos princípios da OIT e, à fundamentação seguida pelos tribunais alemães, que este direito resulta diretamente do respeito pela dignidade da pessoa humana.<sup>111</sup> Contudo, e conforme enfatiza Serra Lourenço, aquele autor “(...) reconhece a dificuldade em retirar (...) um conteúdo específico para esse direito no plano do direito constituído, admitindo ser essa uma solução a criar principalmente pelo direito a constituir.”<sup>112</sup> Acabando por considerar existir uma lacuna no direito nacional, a integrar nos termos gerais de direito.

Ainda de acordo com Serra Lourenço, a posição de Liberal Fernandes sobre a existência do direito de oposição é configurada de modo diverso, porquanto para este autor assiste ao trabalhador a faculdade de continuar a relação de trabalho com o empregador cedente.<sup>113</sup>

Rita Garcia Pereira fundamenta o direito de oposição, desde logo, na liberdade de trabalho, com tutela constitucional no art.º 47º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, e que tal liberdade “(...) traduz uma consagração constitucional da autonomia da vontade,

---

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> GOMES, J. (2008), Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho, *Questões Laborais*, 32, Coimbra, pp. 141-167.

<sup>112</sup> *Op. cit.*

<sup>113</sup> *Idem.*

devendo-se concluir que a inexistência de uma vontade livre no que concerne a todas as condições inerentes ao trabalho, *verbi gratia* no que se refere à pessoa (física ou jurídica) do empregador, viola o imperativo constitucional, termos em que bastaria esta invocação.”<sup>114</sup> E acrescenta que “tendo presente o basilar e mais que elementar princípio da dignidade da pessoa, resulta óbvio que um trabalhador não pode ser obrigado a manter uma relação contratual que, assinala-se porque com relevância inegável, não só tem duração indeterminada e duradoura como lhe coarctar parte da sua liberdade de determinação (atenta a sujeição em que se coloca) com uma entidade patronal que lhe é absolutamente estranha.”<sup>115</sup> A autora afirma, em suma, a existência do direito de oposição com fundamento no princípio da segurança no emprego e da confiança nas relações contratuais estabelecidas. Assim, o trabalhador tem o direito à continuidade do vínculo laboral, e apenas quando tal solução não se afigure possível, assiste-lhe o direito à rescisão com justa causa.<sup>116</sup>

No sentido da inexistência de um direito de oposição, nos termos defendidos pelos autores supra referenciados, pronunciou-se Furtado Martins. Para este autor, caso o trabalhador não pretenda a transmissão da relação laboral para o cedente “terá, em regra, de lançar mão da denúncia do respetivo contrato, mediante aviso prévio normalmente exigido”.<sup>117</sup> A par do direito de denúncia, reconhece, ainda, ao trabalhador o direito de resolução do contrato mediante prova dos factos constitutivos do direito invocado.

Para Palma Ramalho a transmissão do estabelecimento determina a assunção por parte do adquirente da posição jurídica do empregador em relação aos contratos de trabalho vigentes ao tempo da transmissão, efeito que se produz independentemente da anuência do trabalhador.<sup>118</sup>

A autora sublinha que a figura da transmissão da empresa prossegue um duplo objetivo: por um lado, a plena liberdade do empresário nos negócios que celebra com respeito à sua empresa ou a parte dela, o que decorre do princípio constitucional da livre iniciativa económica e justifica a dispensa da anuência dos trabalhadores do estabelecimento ou empresa transmitidos; por outro, assegurar que os trabalhadores não sejam afetados na sua posição contratual por efeito da transmissão da posição contratual do empregador, o que

---

<sup>114</sup> *Op. cit.*, p. 13.

<sup>115</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>116</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>117</sup> *Apud* LOURENÇO, Serra *op. cit.*

<sup>118</sup> *Op. cit.*, pp. 642-643.

justifica que os respetivos contratos acompanhem o estabelecimento ou a empresa transmitida sem dependência da vontade do adquirente.<sup>119</sup>

Embora reconheça um direito de oposição, Serra Lourenço não é da opinião que “a mudança de entidade patronal justifique, sem mais, o direito do trabalhador a uma indemnização.”<sup>120</sup> Também este autor sustenta a sua posição no exercício da liberdade de iniciativa económica do empresário, garantido pela Constituição da República Portuguesa.

No que respeita ao conteúdo do direito de oposição não reconhece ao trabalhador um direito à continuidade da relação jurídica com o empregador cedente. Sustenta que “é admissível que os trabalhadores não pretendam trabalhar para quem surge como seu sucessor, e até recebendo por isso uma indemnização, embora não se concorde com esta ideia particular, quando seja *só* por isso.”<sup>121</sup>

A discordância doutrinal nesta matéria é acompanhada de igual disparidade na jurisprudência, mesmo ao nível do Supremo Tribunal de Justiça.<sup>122 123</sup>

Analisada a letra da lei e o contexto histórico da sua elaboração, perfilhamos a posição de que o regime legal da transmissão da empresa no CT não permite sustentar, *de iure constituto*, a exigência duma anuência do trabalhador. A solução legal aponta, antes, para uma transmissão automática da posição do empregador para o cedente no contrato de trabalho, independentemente da vontade do trabalhador e do adquirente. Com efeito, a figura da transmissão da empresa acompanhada da transmissão dos contratos de trabalho para o adquirente da empresa é objeto de tratamento autónomo, distinto da cedência da posição contratual.

Acresce que a Diretiva 2001/23 e a interpretação seguida pelo TJCE em diversos arestos não consagra a necessidade de uma anuência por parte do trabalhador. A solução visa, afinal, proteger o próprio trabalhador, conferindo segurança jurídica no quadro da relação laboral.

Acompanhamos a posição de autores com Pinto Furtado e Pedro Romano Martinez, segundo a qual assiste ao trabalhador o direito de denúncia do contrato, como corolário da

---

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> *Op. cit.*

<sup>121</sup> *Idem*.

<sup>122</sup> A favor de um direito de oposição, Rita Garcia Pereira, *op. cit.*, refere os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de fevereiro de 2002, (Revista n.º 1579/02 da 4ª secção), de 19 de junho de 2002, proferido na Revista n.º 458/02 e de 27 de maio de 2004, no âmbito da Revista n.º 2476/03.

<sup>123</sup> Em sentido contrário o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/06/1999, Processo n.º 98S390, negou a existência do direito de oposição, in <http://www.dgsi.pt>. E, ainda, no sentido de não ser necessária a anuência do trabalhador *vide* os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 09/11/1994 e de 24/05/1994, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>, *apud* Lourenço Serra, *op. cit.*

autonomia privada. A par deste direito assiste ao trabalhador o direito de resolução, sempre que para tal exista fundamento. Como bem refere Serra Lourenço, não se compreende que a alteração subjetiva do empregador deva, *per se*, atribuir ao trabalhador o direito à resolução do contrato com justa causa, acompanhado assim do direito a uma indemnização.

Sustentamos ainda a inexistência dum direito à continuidade da relação laboral com o empregador/cedente, seguindo aqui o argumento expendido por Palma Ramalho de que a figura da transmissão prossegue um duplo objetivo que tutela não só a posição do trabalhador, mas também a livre iniciativa económica, direito com tutela constitucional.

A este propósito João Reis<sup>124</sup> argumenta que o direito de oposição tem autonomia em face dos direitos de denúncia ou resolução do contrato. Para este autor o direito de oposição tem que ser exercido, necessariamente, antes da transferência e o efeito pretendido é, precisamente, a manutenção do contrato de trabalho. Contudo, parece-nos, por um lado, que a norma do artigo 285.º CT não prevê tal direito que afinal se reconduz a um requisito de anuência prévia pelo trabalhador e, por outro, que a jurisprudência desenvolvida pelo TJCE não impõe tal solução interpretativa. Com efeito, o que o TJCE decidiu no Acórdão *Katsikas* é que a diretiva não obsta “(...) a que um trabalhador empregado pelo cedente à data da transferência da empresa, na acepção do n.º 1 do artigo 1.º da directiva, se oponha à transferência do seu contrato ou da sua relação laboral para o cessionário. A directiva não obriga, no entanto, os Estados-membros a prever que, na hipótese de o trabalhador decidir livremente não manter o contrato ou a relação laboral com o cessionário, o contrato ou a relação de trabalho se mantêm com o cedente.”

Acompanhamos aqui a posição de Serra Lourenço quando sustenta que “(..) a doutrina do Acórdão *Katsikas* tem um alcance necessariamente mais limitado, que passa pela opção do TJCE em não se imiscuir no que seja o respetivo conteúdo, impondo apenas aos Estados-membros uma obrigação de resultado no sentido de garantir ao trabalhador que não terá de trabalhar para o cessionário se assim não o desejar.”<sup>125</sup>

## 6. Conclusão

---

<sup>124</sup> *Op. cit.*

<sup>125</sup> *Op. cit.*

A resposta não será sempre fácil em face das situações concretas e alguns dos problemas apontados pela doutrina que sustenta a existência de um direito de oposição distinto da cessação unilateral do contrato são de resposta delicada. Conforme bem salienta Júlio Gomes a evolução nesta matéria fez-se em muitos aspetos à custa de uma fuga para a frente, sem solução para questões fundamentais<sup>126</sup>. Contudo, uma eventual clarificação e densificação das garantias do trabalhador terá que se realizar *de iure constituendo*.

Justamente porque a matéria em análise tem merecido posições discordantes e se reveste de particular importância na presente conjuntura económica, em que o tecido empresarial tem sido objeto de inúmeras reestruturações, foram apresentadas, na atual legislatura, diversas iniciativas tendentes a uma alteração do regime jurídico da transmissão de empresa no CT.<sup>127</sup>

Na exposição dos motivos, dos diferentes projetos de lei, é manifestado o objetivo de reforçar as garantias dos trabalhadores e são identificadas situações em que a transmissão da empresa constitui um meio para desvirtuar um dos escopos do regime jurídico em apreço<sup>128</sup>, a saber a manutenção dos direitos dos trabalhadores, feita referência à jurisprudência do TJCE<sup>129</sup> e invocada a necessidade de maior regulação *ab initio* do processo de transmissão e de reforço do conteúdo da informação a prestar aos trabalhadores<sup>130</sup>.

As alterações propostas ao regime jurídico de transmissão de empresa incluem, designadamente, a expressa consagração do direito de oposição do trabalhador em norma a aditar ao CT, a presunção da ilicitude do despedimento promovido no prazo de 2 anos após a transmissão, a obrigação de disponibilizar o contrato celebrado entre transmitente e transmissário, nos termos do artigo 286º CT<sup>131</sup>, a densificação da norma contida no artigo 285º CT com a inclusão de um direito de oposição pelo trabalhador, uma previsão específica para a transmissão de empresa entre sociedades coligadas<sup>132</sup>, intervenção do ministério

<sup>126</sup> GOMES, J. (2008), Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho, *Questões Laborais*, 32, Coimbra, pp. 141-167.

<sup>127</sup> Projeto de lei n.º 603/XIII (2.ª) – Altera o Código do Trabalho, modificando o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento (PAN), Projeto de lei n.º 606/XIII (3.ª) – Altera o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento (PS), publicados em Separata do Diário da Assembleia da República, n.º 70, de 28/09/2017, Projeto de lei n.º 600/XIII (2.ª) – clarifica e reforça a defesa dos direitos dos trabalhadores em caso de transmissão de empresa ou estabelecimento (PCP), publicado em Separata do Diário da Assembleia da República, n.º 69, de 13/09/2017 e Projeto de lei n.º 587/XIII (2.ª) – Altera o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento (BE), publicado em Separata do Diário da Assembleia da República, n.º 57, de 13/09/2017.

<sup>128</sup> Projetos de lei n.ºs 587/XIII (2.ª) e 600/XIII (2.ª).

<sup>129</sup> Projeto de lei n.º 603/XIII (2.ª).

<sup>130</sup> Projeto de lei n.º 606/XIII (3.ª).

<sup>131</sup> Alterações constantes do Projeto de lei n.º 587/XIII (2.ª).

<sup>132</sup> Soluções previstas no Projeto de lei n.º 600/XIII (2.ª).

responsável pela área laboral<sup>133</sup>, uma clarificação do conceito de unidade económica, a obrigação de informar o serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área do emprego e os representantes dos trabalhadores do conteúdo do contrato entre transmitente e adquirente<sup>134</sup>.

Conclui-se, pois, que a atual intenção do legislador é a de reforçar as garantias do trabalhador no regime jurídico da transmissão da empresa, constituindo uma preocupação comum o dever de comunicar, aos trabalhadores, o conteúdo do contrato celebrado entre transmitente e adquirente e o conhecimento dos termos da transmissão por parte do ministério responsável pela área do emprego.

---

<sup>133</sup> Solução prevista nos Projetos de lei n.º 600/XIII (2.ª) e 603/XIII (3.ª).

<sup>134</sup> Alterações incluídas no Projeto de lei n.º 606/XIII (3.ª).

**BIBLIOGRAFIA**

ANACORETA, J. P. e MAGALHÃES, J. A. (2007), Perspectiva Laboral da Transmissão de Estabelecimento, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 17, pp. 97-101, disponível em: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1733/documento/03Foro10.pdf?id=2177>

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (2014), *Transmissão de Estabelecimento*, Jurisdição do Trabalho e da Empresa, J. Pena Reis (coorden.), disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao\\_estabelecimento.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao_estabelecimento.pdf)

CAMPOS, D. Leite (2016), Tempo, Pessoa e Agregado na Relação Jurídica, *RJLB*, 2-1, pp. 841-864.

GOMES, Júlio (2007), *Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra.

\_\_\_\_\_ (2008), Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho, *Questões Laborais*, 32, Coimbra, pp. 141-167.

HARTZÉN, A.-C., HOS, N., LECOMTE, F., MARZO, C., MESTRE, B., OLBRICH, H., FULLER, S., (2008), The Right of the Employee to Refuse to Be Transferred. A comparative and a theoretical analysis, *EUI Working Paper Law*, 20, pp. 1-41, disponível em: CADMUS EUI Research Repository.

LOURENÇO, R. Serra (2009), O regime da transmissão da empresa no Código de Trabalho, *ROA*, 1-2, disponível em: [https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista\\_ano-2009/ano-69-vol-iii/doutrina/rodrigo-serra-lourenco-sobre-o-direito-de-oposicao-dos-trabalhadores-na-transmissao-do-estabelecimento-ou-empresa/](https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista_ano-2009/ano-69-vol-iii/doutrina/rodrigo-serra-lourenco-sobre-o-direito-de-oposicao-dos-trabalhadores-na-transmissao-do-estabelecimento-ou-empresa/).

MARTINEZ, P. Romano (2017), *Da Cessação do Contrato*, Almedina, Coimbra.

\_\_\_\_\_ (2010), *Direito do Trabalho*, 5.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra.

MESTRE, Bruno (2007), The ECJ considers employees as the main assets of temporary employment agencies, *European Law Reporter*, 12, pp. 448-454.

PEREIRA, R. Garcia (2005), Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial, *Verbo Jurídico*, disponível em: [www.verbojuridico.com](http://www.verbojuridico.com)

RAMALHO, M. R. Palma (2016), *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Situações Laborais Individuais*, 6ª ed., Almedina, Coimbra.

REIS, J. (2008), O Regime de transmissão da empresa no Código do Trabalho in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/transmissao\\_estabelecimento](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/transmissao_estabelecimento)

ROCHA, A. Gonçalves (2009), Transmissão de Estabelecimento. Manutenção dos Contratos de Trabalho, *Prontuário da Legislação do Trabalho*, 79-81, Centro de Estudos Judiciários, pp. 289-302.

SIMÃO, L. N. Guedes (2013), *O direito de oposição do trabalhador na transmissão da unidade económica*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Lisboa, disponível em: Veritati – Repositório Institucional da Universidade Católica Portuguesa.

SOARES, C. Correia (2017), *Do direito de oposição do trabalhador à transferência do seu contrato de trabalho, nos casos de transmissão de empresa ou estabelecimento*, disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/do-direito-de-oposicao-trabalhador-a-transferencia-seu-soares>

VASCONCELOS, Joana (2011), Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 87, Centro de Estudos Judiciários, pp. 173-182.

VICENTE, J. Nunes (2008), Contrato de prestação de serviço versus cedência ilegal de trabalhadores: diálogo com a doutrina da transmissão de empresa, *Questões Laborais*, 32, disponível em [http://www.cej.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao\\_estabelecimento.pdf](http://www.cej.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao_estabelecimento.pdf)