

ESTUDOS DE DIREITO DAS EMPRESAS E DE DIREITO DO TRABALHO

**OBRA COMEMORATIVA DOS 12 ANOS
DO CURSO DE MESTRADO EM
SOLICITADORIA DE EMPRESA**

ANA LAMBELHO (COORD.)

Estudos de Direito das Empresas e de Direito do Trabalho

OBRA COMEMORATIVA DOS 12 ANOS DO CURSO
DE MESTRADO EM SOLICITADORIA DE EMPRESA

2023

COORDENAÇÃO DA OBRA

Ana Lambelho

COMISSÃO CIENTÍFICA

Ana Filipa Conceição

Ana Lambelho

Cátia Marques Cebola

Eugénio Pereira Lucas

Jorge Barros Mendes

Luísa Andias Gonçalves

Rita D'Almeida

Susana Almeida



IJP PORTUGALENSE INSTITUTE
FOR LEGAL RESEARCH

ESTUDOS DE DIREITO DAS EMPRESAS E DE DIREITO DO TRABALHO

Esta publicação enquadra-se no âmbito das atividades de investigação do polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense (IJP-IPLeiria), na base do Apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia FCT com a ref. UIDB/04112/2020.

COORDENAÇÃO DA OBRA

Ana Lambelho

COMISSÃO CIENTÍFICA

Ana Filipa Conceição

Ana Lambelho

Cátia Marques Cebola

Eugénio Pereira Lucas

Jorge Barros Mendes

Luísa Andias Gonçalves

Rita D'Almeida

Susana Almeida

© os autores dos textos e Edições Almedina, 2023

Todos os direitos reservados

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Avenida Emídio Navarro, 81, 3D – 3000-151 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

REVISÃO

Ana Breda

CAPA

Edições Almedina

PAGINAÇÃO

João Jegundo

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

DPS - DIGITAL PRINTING SERVICES, LDA

novembro, 2023

DEPÓSITO LEGAL

523961/23

ISBN

978-989-40-1655-7

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusivas responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

APRESENTAÇÃO

No ano letivo 2012–2013 surgiu, na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria e, pela primeira vez, no ensino superior politécnico, um curso de mestrado na área da Solicitadoria especialmente vocacionado para formar profissionais aptos a prestar apoio jurídico às empresas: o mestrado em Solicitadoria de Empresa.

Desde então, o curso cresceu e sedimentou-se como oferta formativa de excelência na área respetiva.

No dealbar dos seus 12 anos de atividade, é com profundo orgulho que apresentamos a obra *Estudos de Direito das Empresas e de Direito do Trabalho*, que congrega 19 textos ilustrativos do trabalho científico desenvolvido por todos aqueles que fazem parte do curso de mestrado em Solicitadoria de Empresa: os seus professores (os atuais e os que, em momento pretérito, nele lecionaram) e os seus estudantes (os que o frequentam e os que, sendo já diplomados, não quiseram deixar de se associar a esta iniciativa).

Os temas abordados, à semelhança do plano de estudos do curso, versam sobre várias áreas do Direito relacionadas com as empresas, tais como a do Direito do Trabalho, a do Direito das Sociedades, a dos Contratos Comerciais, a do Direito da Segurança Social, a do Direito do Consumo, a do Direito da Insolvência, a da Resolução Extrajudicial de Conflitos e a do Direito Tributário.

Durante mais de uma década, tivemos o privilégio de coordenar o curso de mestrado em Solicitadoria de Empresa. Um trabalho sobejamente facilitado pela cordialidade, pelo profissionalismo e pelo rigor de todos os colegas e pela urbanidade dos estudantes. Estas qualidades manifestaram-se, novamente, durante o trabalho de preparação desta obra, pelo que agradecemos, penhoradamente, a todos, mesmo aos que, por motivos vários, não puderam, agora, dar o seu contributo.

Gostaríamos de terminar estas palavras de abertura dirigindo um agradecimento especial à Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, por sempre ter apoiado as iniciativas desenvolvidas no âmbito do mestrado em Solicitadoria de Empresa.

A coordenadora,
ANA LAMBELHO

O PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA A INSOLVÊNCIA DE MICROEMPRESAS EM ESPANHA

ANA FILIPA CONCEIÇÃO^{*}

CATARINA FERNANDES^{**}

RAFAELA PRADIANTE^{***}

Sumário: 1. Considerações gerais; 2. Os requisitos de acesso ao procedimento; 3. A tramitação do procedimento; 4. Os efeitos da abertura do procedimento; 5. O plano de continuação; 6. O procedimento especial de liquidação; 7. Conclusão.

1. Considerações gerais

O regime insolvencial espanhol, depois de uma larga vigência da *Ley Concursal* de 2003¹, foi recentemente alterado pela Ley 16/2022,

^{*} Professora adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria; investigadora colaboradora no IJP-IPLeiria e no CES-UC.

^{**} Mestranda em Solicitadoria de Empresa na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria; licenciada em Direito pela FD-ULisboa.

^{***} Mestranda em Solicitadoria de Empresa na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria; licenciada em Solicitadoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria.

¹ *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. A *Ley Concursal* reuniu pela primeira vez num único instrumento legal as regras insolvenciais espanholas, tendo a situação de insolvência passado a ser o pressuposto único do processo de insolvência, aplicável a todos os devedores, fossem pessoas singulares ou coletivas. Para mais desenvolvimento, veja-se Olivencia Ruiz (2006).

de 5 de setembro², que visou a reforma do *texto refundido da Ley Concursal*³, trazendo a transposição da Diretiva 2019/1023⁴. Esta transposição, precedida de reflexão e debate públicos alargados, revitalizou e modernizou a lei insolvencial espanhola, tornando-a num exemplo de adequação legislativa de acordo com os padrões europeus e internacionais, sem descuidar aspetos específicos do ordenamento jurídico em causa. Desta feita, a *Ley 16/2022* incidiu em quatro eixos fundamentais: **alterações ao processo de insolvência**, como sejam a introdução dos *pre-packs*⁵, a alteração de regras relativas à exoneração do passivo restante⁶ ou um novo enquadramento dos processos que encerrem por insuficiência da massa (*los concursos sin masa*); **uma reforma profunda na matéria de pré-insolvência**, congregando-se os vários instrumentos de recuperação num só mecanismo, o *plan de reestructuración*, de âmbito mais alargado do que os anteriores, a

² *Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)*. A lei entrou em vigor a 26 de setembro de 2022, sendo que a matéria ora em análise, o procedimento especial para microempresas, entrou em vigor a 1 de janeiro de 2023.

³ A lei já tinha sido alterada de forma relevante pelo *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal* (doravante *TRLC*).

⁴ Diretiva (EU) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, doravante designada por Diretiva.

⁵ Os *pre-packs*, ou seja, a aprovação de um plano de venda de unidades produtivas anterior à abertura do processo de insolvência, eram elaborados sem suporte legal, como se comprova pelos guias de boas práticas existentes. Para mais desenvolvimento, veja-se <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2021/04/Guia-de-Buenas-Practicas-para-la-venta-de-unidades-productivas.pdf>. A legislação espanhola veio antecipar a obrigatoriedade de introdução destes instrumentos que surge com a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que harmoniza certos aspetos do direito da insolvência, nomeadamente nos seus artigos 19.º a 35.º. A proposta encontra-se disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52022PC0702> (doravante, proposta de Diretiva).

⁶ Com a importante alteração da eliminação do período de cessão em caso de liquidação dos bens do devedor, podendo este, em alternativa, manter os seus bens através da aprovação de um plano de pagamentos. Para mais desenvolvimento, veja-se Tomás Tomás (2022), pp. 85–140.

aprovar pelos sócios e que será homologado judicialmente em casos específicos⁷; **a introdução de novas tecnologias ao serviço do processo de insolvência**, com a disponibilização de um simulador de prestações de plano de pagamentos, gratuito e acessível *online*, um portal de liquidação das massas insolventes, um algoritmo de auto-diagnóstico de empresas em dificuldades (acompanhado de serviços de aconselhamento para as empresas), e um portal com os formulários e a forma de tramitação referentes ao último eixo e aquele que ocupará este trabalho: o **procedimento especial para microempresas**, definido como um mecanismo de insolvência único e especialmente adaptado às necessidades destas empresas, havendo intenção de promover uma *simplificación processual máxima*.⁸

As micro, pequenas e médias empresas, dentro do universo insolvencial, têm sido identificadas como carecendo de medidas específicas — com destaque para a **facilitação de acesso à informação**⁹; **simplicidade e flexibilidade das medidas**, não devendo distinguir-se formalmente pessoas singulares de sociedades comerciais no que tange à criação de medidas específicas.¹⁰ Isto porque estas empresas

⁷ Por exemplo, perante a necessidade de resolução de contratos, para proteção dos credores financiadores ou para estender a sua aplicação aos credores dissidentes. Na senda da transposição da Diretiva, criou-se ainda, neste âmbito, a figura do profissional de recuperação de empresas (em oposição à figura genérica do administrador *concursal*). Para maior desenvolvimento, veja-se Rossi e Cammarata (2023), pp. 126–137.

⁸ Preâmbulo da *Ley 16/2022*. Tradução nossa.

⁹ No caso da Diretiva, esta questão surge destacada no artigo 8.º, n.º 2, com a indicação da necessidade de criação de *checklists* para a preparação dos planos de recuperação e, ainda, nos termos do artigo 3.º, n.º 4, sobre a implementação de um regime de alerta precoce, entre nós implementado previamente à transposição pelo Decreto-Lei n.º 47/2019. No caso espanhol, existem algumas iniciativas autónomas, como o questionário *Salud Empresarial*, disponível em <https://saludempresarial.ipyme.org/Home>. Para o estado da arte e propostas de evolução, veja-se Rivas Aragón (2023), pp. 225–239.

¹⁰ Indica o Banco Mundial que se deve promover, caso haja viabilidade da empresa, um acesso rápido, desburocratizado e com custos reduzidos, privilegiando-se os procedimentos voluntários iniciados pelo devedor, permitindo que este continue a administrar os seus negócios, com intervenção de um administrador judicial apenas em casos excecionais; que as votações e maiorias sejam simplificadas, promovendo-se o uso de meios eletrónicos, com simplificação das medidas relativas a garantias pessoais, responsabilidade dos administradores; uma facilitação da exoneração do passivo restante, adequada a um rápido regresso à

representam 99% do número de empresas ao nível europeu¹¹ e são mais suscetíveis a uma declaração de insolvência, não só pela incapacidade interna de lidar com as crises (falta de capitais próprios, de massa crítica, de apoio técnico¹², conflitos entre os sócios), mas também pela externa (pela falta de capacidade de negociação com os credores financeiros, não tendo bens suscetíveis de garantir novos investimentos, pela apatia generalizada dos credores e pela falta de aconselhamento técnico-jurídico acessível e de qualidade). Além disso, o facto de se exigirem garantias pessoais aos sócios (no caso de sociedades comerciais) faz com que estes sejam expostos a perdas das quais não conseguirão recuperar, impedindo a sobrevivência da empresa, que não regressa ao mercado, e limitando fortemente a capacidade de sobrevivência do próprio sócio que, normalmente, terá de confrontar-se com uma insolvência pessoal.¹³ O receio das consequências de um processo de insolvência é ainda outro elemento que limita o acesso deste tipo de empresas.¹⁴

Desta feita, o legislador espanhol introduz o procedimento especial para microempresas, previsto nos artigos 685 e ss.¹⁵ do *TRLC*, indo ao encontro do propósito da Diretiva em encontrar soluções direcionadas, que fujam da vocação universalista do *one size fits all* e permitam que o microempresário encontre um sistema simplificado, célere e barato para a sua recuperação ou mesmo para a sua liquidação. Isto porque, nos termos do artigo 685/5 do *TRLC*, está claramente indicado que o procedimento pode levar à continuação da

atividade; uma redução das dívidas não-exoneráveis (nomeadamente, dívidas tributárias, por exemplo); uma disseminação de serviços públicos de aconselhamento ou de resolução alternativa de litígios. Veja-se WORLD BANK GROUP (2018). *Saving Entrepreneurs, Saving Enterprises; Proposals on the Treatment of MSME DC*, disponível em <http://hdl.handle.net/10986/30474>.

¹¹ Considerando 17 da Diretiva.

¹² No que respeita, por exemplo, à avaliação do risco, por falta de preparação técnica, os empresários aprendem *by doing the job*, o que não é suficiente. Veja-se O'Hara, Dickety, & Weyman (2005), pp. 31 e 41.

¹³ Gurrea-Martínez (2020), p. 7.

¹⁴ Podviezko, Kurschus & Lapinskiene (2019), p. 3.

¹⁵ Livro Terceiro do *TRLC*, artigos 685 a 720. Tradução nossa.

empresa ou à sua liquidação, com ou sem alienação da empresa como um todo. Este sistema é então caracterizado como «modular», ou seja, os seus efeitos ou alcance são flexíveis¹⁶, ainda que se apresente um procedimento por defeito, sujeito às opções dos intervenientes (não só o devedor como os credores mais relevantes).¹⁷ Será uma breve análise deste procedimento, incluindo requisitos de acesso, tramitação e conclusão do mesmo, que nos ocupará neste trabalho, permitindo uma reflexão sobre uma futura introdução de um mecanismo semelhante em outros ordenamentos jurídicos europeus.

2. Os requisitos de acesso ao procedimento

O artigo 685 do *TRLC* estabelece o âmbito de aplicação do procedimento, com especial incidência nos requisitos subjetivos. Desta feita, irá aplicar-se, de acordo com o n.º 1 do referido artigo, a todos os devedores que sejam pessoas singulares ou coletivas (incluindo em relação de grupo, como indica o n.º 2) que exerçam uma atividade empresarial ou profissional e que reúnem as seguintes características: (i) ter empregado no ano anterior uma média de dez trabalhadores¹⁸; e (ii) ter um volume de negócio anual inferior a 700 mil euros ou um passivo inferior a 350 mil euros, de acordo com a prestação de contas depositada no ano anterior ao início do procedimento. Por outro lado, o procedimento abrange todos os credores do devedor, nos termos do artigo 685/4 do *TRLC*. Irá afetar a totalidade dos bens e direitos integrados no património do devedor na abertura do procedimento, com a exceção dos bens e direitos impenhoráveis e, sendo esse o caso, com respeito pelo regime de bens do casamento do devedor pessoa singular, de acordo com o artigo 685/3 do *TRLC*.

No que tange aos requisitos de acesso objetivos, de acordo com o artigo 686/1 do *TRLC*, é exigido às microempresas que se encontrem numa situação de probabilidade de insolvência, insolvência iminente

¹⁶ González Vázquez (2023).

¹⁷ Veja-se, para exemplificação e desenvolvimento, Mokal *et al.* (2018).

¹⁸ «Este requisito se entenderá cumplido cuando el número de horas de trabajo realizadas por el conjunto de la plantilla sea igual o inferior al que habría correspondido a menos de diez trabajadores a tiempo completo.»

ou em insolvência atual¹⁹, tentando, desta forma, combinar os aspetos da insolvência e dos planos de reestruturação que melhor se adaptam às microempresas. Devemos destacar o aparecimento do conceito de probabilidade de insolvência na reforma concursal, definindo-o como «quando é objetivamente previsível que, caso não seja alcançado um plano de reestruturação, o devedor não conseguirá cumprir regularmente as suas obrigações que expiram nos próximos dois anos» (artigo 585/2 do *TRLC*). O aparecimento deste conceito tem na sua base a transposição da Diretiva, nomeadamente o artigo 19.º do *TRLC*, que regula as obrigações dos administradores em caso de insolvência provável.²⁰

O devedor, após o conhecimento do estado de insolvência atual, terá dois meses para solicitar a abertura do procedimento especial (artigo 686/2 do *TRLC*)²¹, no qual deverá ter assistência jurídica e ser representado por procurador, neste caso um advogado²². Salvo prova em contrário, irá presumir-se que o devedor tinha conhecimento de que se encontrava em estado de insolvência atual quando tenham ocorrido factos que sirvam de fundamento para qualquer outro legitimado pedir a abertura de um processo de insolvência.²³ A lei prevê ainda especificidades conforme o devedor pretenda alienar a empresa

¹⁹ Artigo 2/3 do *TRLC*: «[...] se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.»

²⁰ Serra (2023), p. 375.

²¹ O prazo é reduzido para metade caso se verifique o previsto nos artigos 691/5 e 2.º/4/5.º do *TRLC*, ou seja, quando o facto-índice da insolvência atual é «el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.»

²² Artigos 687/6 e 691/1 do *TRLC*, podendo o devedor pessoa singular ter acesso a assistência jurídica gratuita. Para mais informação, veja-se o artigo 86 ter/3 1.ª da *Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil*.

²³ Artigo 2/4 do *TRLC*.

em funcionamento, exigindo-se nesse caso insolvência iminente ou atual, se o procedimento for por si iniciado, e insolvência atual, caso seja um outro legitimado a pedir a declaração de insolvência (artigo 686/3 do *TRLC*). No caso de pelo menos 85% dos créditos serem públicos, é obrigatório que o procedimento especial seja de liquidação (artigo 686/4 do *TRLC*).

3. A tramitação do procedimento

Este procedimento especial para microempresas é um processo formal, bastante flexível e de baixo custo, podendo ser aberto tanto pelo devedor (artigo 691 do *TRLC*), como por outros legitimados, nomeadamente credores ou sócios pessoalmente responsáveis pelas dívidas da empresa (artigo 691 ter do *TRLC*). A primeira possibilidade será a de a microempresa comunicar ao tribunal competente a abertura de um período negocial improrrogável de três meses (artigo 690 do *TRLC*), no qual se pode elaborar um plano de continuação (recuperação) ou liquidação da empresa em atividade ou, em alternativa, aprovar um plano de liquidação, que será a solução por defeito caso não se pretenda ou não se logre a aprovação ou homologação do plano de continuação/recuperação (artigo 705 do *TRLC*). De notar que esta negociação pode levar à recuperação da empresa ou à sua transmissão e aqui se aplicam os efeitos previstos para a negociação de planos de recuperação em geral, nomeadamente a proibição geral de instauração de ações executivas e a suspensão das que estejam pendentes (artigos 600 e 601 do *TRLC*), com a inexplicável exceção dos créditos públicos.²⁴ Pode afirmar-se que esta fase de negociações poderá ser designada por «preconcurso» (Caamaño Rodriguez, 2023, p. 213). Caso se esgote o prazo para negociações sem resultados, e encontrando-se o devedor em insolvência atual, este terá cinco dias úteis para solicitar a abertura do procedimento especial para microempresas (artigo 690/7 do *TRLC*).

A abertura do procedimento especial para microempresas, concretamente, será feita pelo devedor ou outros legitimados, tal como

²⁴ Com exceções previstas na lei, tal como previa o art.º 6.º da Diretiva.

indicámos acima, com o objetivo de aprovar um plano de continuação ou de liquidação, sendo a tramitação distinta conforme a opção tomada.

De acordo com o artigo 687 do *TRLC*, todos os atos processuais do procedimento serão realizados por meio de plataforma eletrónica²⁵, o que reduzirá os custos de aconselhamento do devedor e permitirá uma tramitação célere e desmaterializada junto do tribunal de comércio competente. O procedimento iniciar-se-á com o preenchimento de um formulário (n.º 2)²⁶, sendo todos os atos (n.º 1), incluindo a sentença, que será gravada (n.º 3), realizados de forma telemática. Trata-se de uma inovação importante²⁷, que não é isenta de críticas²⁸, nomeadamente pelas dificuldades técnicas e falta de formação dos intervenientes.²⁹ Cabe ainda ao devedor, em 72 horas, comunicar a abertura do procedimento à *Agencia Estatal de Administración Tributaria* e à *Tesorería General de la Seguridad Social*, quando sejam credoras, sob pena de exclusão dos créditos da negociação do plano de continuação (artigo 691 bis do *TRLC*).

O pilar do procedimento é a veracidade das informações prestadas. O procedimento será qualificado como culposo quando o devedor tiver cometido um erro grave nos formulários apresentados *ab initio* ou na pendência do procedimento, ou se tiver apresentado documentos falsos (artigo 688/1 do *TRLC*). Deve-se entender como um erro grave a situação de o montante total de um exercício, do passivo ou do ativo ou dos proveitos ou dos gastos, for efetivamente superior ou

²⁵ O acesso à plataforma pode fazer-se em <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/servicio-electronico-de-microempresas>. Caso os legitimados não tenham acesso aos meios tecnológicos adequados, prevê a lei que, de forma gratuita, se possa aceder ao procedimento junto de «las notarías, oficinas del registro mercantil e cámaras de comercio» aderentes (artigo 692/2 do *TRLC*). No entanto, a representação por advogado sana a impossibilidade de acesso, uma vez que estes poderão aceder aos formulários.

²⁶ Artigo 691/1 do *TRLC*, antecipando o previsto no artigo 41.º/3 da proposta de Diretiva.

²⁷ Sobre a evolução da tecnologia aplicada à justiça, veja-se Frade; Fernando; Conceição (2020).

²⁸ Para mais desenvolvimento, veja-se González Vazquez (2021), pp. 18–19.

²⁹ Vejam-se as críticas tecidas no final do mês de janeiro quanto às dificuldades de acesso aos formulários, em https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/01/27/legal/1674815742_063108.html.

inferior a 20% do montante registado no formulário, desde que implique um montante de pelo menos 10 mil euros, como explicitado no artigo 688/3 do *TRLC*. Tratando-se de causa expressa de qualificação culposa ou de existência de crime, será levada ao conhecimento do Ministério Público (artigo 688/2 do *TRLC*). De notar que, além da entrega dos formulários, as partes devem entregar a extensa lista de documentos previstos nos artigos 691 e 691 ter, podendo estes ter natureza algo complexa para os microempresários.

Uma vez enviados os formulários, a tramitação varia conforme for o devedor ou outro legitimado a iniciar o processo, sendo este tramitado no tribunal que seria competente para a abertura do processo de insolvência (artigo 691 quater do *TRLC*). A tramitação é extremamente célere, sendo o pedido distribuído no próprio dia ou no dia útil seguinte (n.º 2); sendo tomada a decisão sobre a conformidade do pedido no próprio dia da distribuição ou no dia útil seguinte (n.º 3), havendo possibilidade de sanção (n.º 4) — caso o pedido provenha do devedor.

Caso o pedido provenha do credor ou do sócio pessoalmente responsável pelas dívidas da microempresa (artigo 691 quinquies do *TRLC*), o *letrado de administración de justicia (LAJ)* notifica do devedor para que, no prazo de cinco dias úteis, opte por: (i) aceitar, através de formulário, a abertura do procedimento, com os respetivos documentos, valendo o silêncio como aceitação (n.º 1/1.º); (ii) caso a solicitação seja de abertura de um plano de continuação, solicitar a abertura de um plano de liquidação (n.º 1/2.º); (iii) ou vice-versa (n.º 1/3.º)³⁰; (iv) indicar exceções dilatórias, como a falta de legitimidade, por exemplo; ou (v) indicar que ainda não se encontra em insolvência atual (n.º 1/4.º). Cumprirá ao tribunal decidir, em caso de oposição, a abertura ou não do procedimento (n.º 2). A abertura do procedimento, a publicidade e o registo podem ser encontradas nos artigos 692 e ss. do *TRLC*, competindo ao juiz a elaboração do *auto*.

³⁰ Que será automática, caso se encontrem preenchidos corretamente os documentos e verificados os requisitos legais.

No decorrer das negociações entre as partes, estabelecem-se dois itinerários possíveis: uma liquidação rápida (*fast-track*) ou um procedimento de continuação célere e flexível (artigo 693 do *TRLC*). Cabe esclarecer que somente empresas insolventes podem ser liquidadas por meio desse procedimento, uma vez que a regulamentação societária e comercial já oferece formas para a liquidação de empresas solventes. Mais importante é verificar que, independentemente das intenções do devedor ou de qualquer legitimado, certas maiorias de credores podem alterar o curso do procedimento, nomeadamente convertendo um procedimento de continuação num procedimento de liquidação — tal como ocorre, nos termos do referido artigo, quando os credores que representem mais de metade do passivo o justifiquem com base na insolvência atual do devedor (n.º 1) ou quando os credores que representem mais de 25% do passivo indiquem que, objetivamente, a atividade empresarial não poderá continuar a curto ou a médio prazo (n.º 2).

4. Os efeitos de abertura do procedimento

A abertura do procedimento, seja ele de continuação ou de liquidação, gera um conjunto de efeitos de índole diversa, tanto patrimonial como processual, como sobre os créditos, sem prejuízo de efeitos específicos, de carácter modular, gerados com cada uma das opções de encerramento do procedimento.

Desta feita, em termos gerais, os dois efeitos mais importantes podem encontrar-se no artigo 694 do *TRLC*. Em primeiro lugar, o devedor manterá os seus poderes de administração e disposição até ao encerramento do procedimento (n.º 1), estando, porém, limitado aos atos essenciais no caso de a empresa se manter em funcionamento, de acordo com as condições normais de mercado, em caso de disposição de bens.³¹

Em segundo lugar, o artigo 694/4 do *TRLC* estatui, como regra geral, que ficam suspensas as execuções sobre o património da

³¹ Poderão existir limitações mais extensas, de acordo com o preceituado para o regime geral do processo de insolvência (artigo 694/2 *TRLC*).

microempresa. Tratando-se de bens e direitos objeto de garantia real, esta só ocorre quando expressamente solicitado pelo devedor e preenchidos os requisitos legais para o efeito³², havendo também exceções para os créditos tributários e da segurança social, não se suspendendo também os créditos não afetados pelo plano de continuação. Este efeito de *standstill*, com o objetivo de garantir que as negociações entre o devedor e os credores não são afetadas, permite também configurar o caráter modular do procedimento, valorizando ainda a empresa até que seja decidido o seu destino final.

Caso o procedimento enverede pela via da continuação ou da venda da unidade produtiva em funcionamento, aplicar-se-ão os efeitos do artigo 694 bis do *TRLC*, especificando que se aplicam os efeitos gerais sobre os negócios em curso (n.ºs 1 e 4), proibindo as cláusulas *ipso facto* (n.º 2)³³ e suspendendo o dever legal de dissolução por *pérdidas cualificadas*³⁴, na pendência da tramitação do procedimento (n.º 3).

Se a opção for a liquidação sem transmissão da unidade produtiva em funcionamento, aplicar-se-á o artigo 694 ter do *TRLC*. O n.º 1 vem determinar o âmbito de aplicação deste artigo, indicando que não há transmissão da unidade produtiva quando o devedor assim o indica no pedido de abertura da liquidação, quando decorre do conteúdo do plano de liquidação ou quando o juiz o determina oficiosamente após auscultar os credores sobre o plano de liquidação.

No que tange aos efeitos, vencer-se-ão os créditos, sendo também convertidos em dinheiro aqueles que ainda não estavam determinados (n.º 2); a sociedade entrará em dissolução (n.º 3); e aplicar-se-á ao devedor pessoal singular as regras gerais sobre alimentos e regimes de bens dos cônjuges (n.º 4).

³² Aplicam-se aqui as regras gerais para o processo de insolvência.

³³ Proibindo a cessação do contrato por força da abertura do procedimento especial para microempresas (1.º), do pedido de suspensão de ações executivas (2.º) ou outros pedidos análogos (3.º).

³⁴ Artigo 363/1/e *Ley de Sociedades de Capital*, que as define como «pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.»

5. O plano de continuação

O sistema de opção pela recuperação combina a disposição da Diretiva³⁵, que exige o consentimento da microempresa para chegar validamente a um plano de continuação, com a necessidade de evitar que o processo se prolongue desnecessariamente quando os credores não acreditam na possibilidade de solução de continuação, como vimos acima.

O plano de continuação tem em conta as características especiais das microempresas. Este procedimento é uma combinação entre os planos de insolvência e os acordos de insolvência preconcursais, uma vez que podem ser executados numa situação de probabilidade de insolvência ou numa situação de insolvência atual ou iminente, articulando-se através de um procedimento judicial. Tal como aqueles, deverá ser aprovado e homologado judicialmente para que produza os seus efeitos.

De forma a concretizar a natureza modular do procedimento, tal como referimos, ao invés da verificação tradicional de uma série de efeitos automáticos que normalmente acarretam custos para os credores, o procedimento especial, nomeadamente no caso da recuperação da empresa, permite que as partes requeiram a aplicação de certos efeitos apenas se assim o desejarem: é o caso da suspensão das execuções de bens com garantia real (artigo 701 do *TRLC*); ou a suspensão de poderes de administração e disposição do devedor em situação de insolvência atual (artigo 703 do *TRLC*) e da nomeação de profissionais, que tanto podem ser um *mediador concursal* (artigo 702 do *TRLC*) como um *experto en la restructuración* (artigo 704 do *TRLC*).

A intervenção de profissionais (mediador, administrador de insolvência, perito em reestruturação) é exigida apenas para o desempenho de determinadas funções ou quando as partes o solicitem e assumam o custo. Assim se demonstra a diminuição de custos que se pretende com o procedimento especial, ainda que as microempresas possam beneficiar do apoio dado por estes profissionais, sendo que as funções do mediador irão passar pelas negociações do plano de

³⁵ Artigo 4.º/7 e 8 Diretiva, por referência às PME.

continuação, enquanto o *experto* pode substituir o devedor na administração da empresa ou elaborar a proposta de plano, por exemplo.

O plano de continuação pode ser apresentado pelo devedor ou pelos credores, no momento da abertura do procedimento especial ou num momento posterior, nos 10 dias seguintes à declaração de abertura do procedimento especial (artigo 697/1 do *TRLC*) contendo os elementos do artigo 697 ter do *TRLC*.³⁶ Tal como ocorre com os *planes de reestructuración*, o conteúdo do plano de continuação é livre e flexível, permitindo ao devedor encontrar as soluções mais favoráveis à continuidade do seu negócio, sejam elas de natureza económica ou financeira. Se não for apresentado dentro do prazo supraindicado, haverá a conversão automática do processo para processo de liquidação caso o devedor se encontre em situação de insolvência atual (artigo 697/2 do *TRLC*) ou não venha a opor — caso não se encontre. Saudamos desde logo a introdução desta possibilidade de apresentação por parte dos credores, permitindo desencadear um procedimento que, ainda que tenha de ser aceite por aquele, permite

³⁶ Entre outros, a proposta do plano de continuação deve conter, pelo menos, «1.º La relación nominal y cuantía de los créditos afectados por el plan. 2.º Los efectos sobre los créditos, que podrán ser tanto quitas como esperas, una combinación de ambas, su conversión en préstamos participativos o su capitalización; si el plan va a afectar a los derechos de los socios, el valor nominal de sus acciones o participaciones sociales. 3.º La agrupación de cada uno de los créditos en clases, que se conformarán de acuerdo con su valor económico, reflejado por la graduación de los créditos en el concurso de acreedores, según el libro primero de esta ley. 4.º Un plan de pagos, que incluya con detalle las cuantías y los plazos durante toda la duración del plan de continuación. 5.º Los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que, en su caso, vayan a quedar afectados por el plan. 6.º Una descripción justificada de los medios con los que propone cumplir con la propuesta, incluyendo las fuentes de financiación proyectadas. 7.º Las garantías con que cuente la ejecución del plan, cuando resulte aplicable. 8.º Una descripción justificada de las medidas de reestructuración operativa que prevé el plan, la duración, en su caso, de las medidas, y los flujos de caja estimados, que deberá estar relacionada con el plan de pagos. 9.º Una memoria que explique las condiciones necesarias para el éxito del plan de reestructuración y las razones por las que ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa en el medio plazo. 10.º **Las medidas de información y consulta con los trabajadores que, de conformidad con la ley aplicable, se hayan adoptado o se vayan a adoptar.**» (destacado nosso). Veja-se ainda a obrigatoriedade de informação aos trabalhadores patente no artigo 697 quater *TRLC*.

ultrapassar a apatia ou as dificuldades do devedor em apresentar um plano de continuação.

Em primeiro lugar, entender-se-á que o credor que não emite qualquer voto o faz a favor do plano. Essa regra visa incentivar a participação dos credores, principalmente os de maior porte, que não raro relutam a participar de procedimentos de menor porte. Em segundo lugar, a redução dos percentuais necessários, para que seja entendido como aprovado. Esta medida visa favorecer este tipo de acordo, preservando, em todo o caso, largas maiorias.

O LAJ deve verificar a regularidade formal do plano de continuação para, se for caso disso, conceder um prazo de retificação de três dias úteis; caso nada seja comunicado ao devedor nos três dias seguintes à sua apresentação, entender-se-á que foi aceite o procedimento (artigo 697 bis/1 do *TRLC*). Caso haja erros e não sejam corrigidos, existirá, nos termos anteriormente expostos acima, conversão num procedimento de liquidação.

Emitida a proposta para tramitação, expressa ou tacitamente, deverá ser o devedor a comunicar eletronicamente aos seus credores no prazo de três dias úteis, com cópia para LAJ (artigo 697 bis/2 do *TRLC*), sancionando-se a falta de comunicação com a conversão do procedimento em procedimento de liquidação (n.º 3). A tramitação da proposta deverá ser por escrito (artigo 697 quinquies/1 do *TRLC*), proporcionando a todas as partes um prazo de 15 dias úteis para fazerem alegações ao plano a partir da comunicação da referida proposta (n.º 2), em relação a «cualquier parte del contenido del plan de continuación, incluidas las referidas a la cuantía, características y naturaleza de los créditos afectados por el plan» (artigo 697, n.º 3, do *TRLC*). Qualquer credor que não conste da relação original pode pedir para aderir ao plano no prazo de 20 dias úteis, através de formulário (n.º 5).

O devedor deverá notificar, pela plataforma eletrónica, os credores do início do período de votação, que será de 15 dias úteis, e deverá manifestar o seu voto através do formulário, também disponibilizado na plataforma acima referida (n.º 6). Os prazos para a votação

serão distintos conforme haja ou não alegações quanto ao plano ou ao tratamento dos créditos (n.º 7), podendo haver intervenção do juiz para decidir sobre tais alegações. Os votos serão contabilizados e certificados pelo LAJ, notificando eletronicamente o devedor e os credores (n.º 9).

De acordo com o artigo 697 sexies do *TRLC*, o plano pode ser aprovado provisoriamente se, ao fim de 15 dias úteis, estando pendentes impugnações, já se tenham alcançado as maiorias necessárias (n.º 1); por seu turno, será definitivamente rejeitado pelo LAJ se, no mesmo prazo, se demonstrar que não será possível alcançar as maiorias necessárias.

A aprovação do plano de continuação está regulada no artigo 698 do *TRLC*. Em primeiro lugar, é necessário obter os respetivos consentimentos para que se proceda à votação, nomeadamente do devedor, dos sócios com responsabilidade pessoal ou, afetando-se direitos políticos ou económicos dos sócios, destes (n.º 1). Tal como afirmámos, sem tais consentimentos, o plano não pode ser implementado.

De acordo com o n.º 3 do referido artigo, podem ser afetados todos os créditos do devedor, exceto os previstos neste artigo, que incluem créditos por alimentos, créditos derivados de responsabilidade extracontratual, créditos laborais distintos dos de *personal de alta dirección*, créditos públicos privilegiados e créditos correspondentes a quotas para a segurança social ou seguros de acidentes profissionais.³⁷ O elenco de créditos parece querer acorrer, mais uma vez, à proteção de créditos públicos, podendo conduzir a um desinteresse generalizado dos restantes credores (Camaano Rodríguez, *cit.* p. 224).

O plano deve contemplar a igualdade de tratamento dos créditos em condições homogêneas, sendo que nenhum crédito manterá ou receberá, de acordo com o plano, pagamentos, direitos, ações ou participações, de valor superior ao valor dos seus créditos (artigo 698/5 do *TRLC*).

³⁷ A proteção adicional dos créditos públicos, no que tange a modificações e garantias, pode ser ainda encontrada no artigo 698/6 *TRLC*.

No que tange à votação, ela obedecerá à divisão por classes de credores estipulada na proposta de plano de continuação (n.º 7)³⁸, podendo votar todos os credores afetados (n.º 4). De forma a promover a celeridade processual, caso o credor não vote, entender-se-á que votou a favor do plano de continuação (n.º 8). Para que o plano seja aprovado, é necessário que, dentro de cada classe, aquele seja votado favoravelmente por mais de metade do passivo dessa mesma classe — exceto tratando-se de créditos com garantia real, exigindo-se nesse caso uma aprovação por dois terços do passivo (n.º 9). De seguida, computar-se-ão os votos das classes votantes, sendo o plano aprovado se (i) for aprovado por todas as classes; (ii) for aprovado por uma maioria simples das classes, desde que uma delas seja de créditos *privilegiados*, especiais ou gerais; ou (iii) por uma maioria simples de classes, desde que relativamente a uma delas possa razoavelmente presumir-se que obterá algum pagamento pelo facto de a empresa do devedor ser valorizada por continuar em funcionamento (n.º 10).³⁹

Contudo, não tendo sido alcançadas as maiorias necessárias, o juiz decretará por despacho a abertura da liquidação no próprio dia ou nos dois dias úteis seguintes ao término da fase escrita (artigos 699 bis/2 e 705/1 do *TRLC*).

Decorrido o período de votação, o *LAJ* certificará o resultado e irá comunicá-lo eletronicamente a todas as partes (artigo 689/1 bis do *TRLC*). Esta notificação permite a alegação eletrónica de fundamentos para a não homologação do plano, pelo prazo de dez dias úteis, tendo legitimidade o devedor e os credores afetados (n.º 1). Caso não haja alegações, no final do prazo indicado dá-se a homologação tácita do plano (n.º 2).⁴⁰ Tendo havido alegações, ou pedido de apreciação judicial, cabe ao *LAJ* notificar o devedor e os credores para que, no

³⁸ As classes de credores, que derivam do artigo 269 *TRLC*, dividem os créditos em *privilegiados* (*especiales y generales*), *ordinários* e *subordinados*. Estas classes derivam do artigo 9.º/4 da Diretiva.

³⁹ Caso tal credor seja a *Agencia Estatal de Administración Tributária*, aplicam-se regras específicas.

⁴⁰ A homologação tácita não é possível caso a maioria dos votos se tenha obtido na ausência de votação expressa, sendo necessária homologação expressa sempre que sejam afetados créditos públicos (n.º 3).

prazo de 15 dias úteis, possam indicar o que tiverem por conveniente (n.º 4), tendo o juiz posteriormente 10 dias para homologar ou não o plano, desde que cumpridos cumulativamente os requisitos do n.º 6.⁴¹

A homologação do plano de continuação poderá ser impugnada perante o Tribunal Provincial no prazo de 15 dias (artigo 698 quater do *TRLC*) a contar da sua publicação no Registo Público Concursal (artigo 698 ter do *TRLC*), pelos titulares de créditos afetos que tenham votado contra o plano (n.º 1) e pelos credores públicos, embora sem efeitos suspensivos (n.º 2). Qualquer credor pode requerer a declaração de incumprimento do plano, através do formulário correspondente, durante os dois meses desde a sua produção (artigo 699/1 do ter *TRLC*), cabendo ao juiz, após auscultar devedor e credores, decidir sobre o incumprimento (n.º 3) que, existindo, faz converter o procedimento em liquidação. O mesmo acontece se o devedor incumprir, após a abertura do procedimento, créditos tributários e da segurança social (artigo 699 quater do *TRLC*). O plano considera-se cumprido automaticamente se ninguém solicitar o seu incumprimento nos 30 dias corridos a partir do último pagamento programado (artigo 699 do *TRLC*).

⁴¹ «1.º Que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual y el plan ofrezca una perspectiva razonable de asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo. 2.º Se hayan observado los requisitos procesales y se hayan alcanzado las mayorías necesarias previstas para el procedimiento especial de continuación. 3.º Que los créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria. 4.º Que el plan supere la prueba del interés superior de los acreedores, de acuerdo con las reglas del libro segundo. 5.º Que, en el caso de que el plan no haya sido aprobado por una clase de acreedores, el plan sea justo y equitativo. Como regla general se entenderá que el plan es justo y equitativo cuando la clase de acreedores que haya votado en contra reciba un trato más favorable que cualquier clase de rango inferior, el plan sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente. 6.º Cuando se haya concedido o se vaya a conceder financiación al deudor en virtud del plan de continuación, que dicha financiación sea necesaria para asegurar la viabilidad de la empresa y no perjudique injustificadamente los intereses de los acreedores. 7.º Se hayan observado los requisitos y efectos previstos en este libro respecto de los acreedores públicos y el 383 deudor se encuentre al corriente en el pago de las deudas tributarias y de seguridad social devengadas que hayan surgido con posterioridad a la solicitud de apertura del procedimiento especial de continuación.»

6. O procedimento especial de liquidação

A conclusão, por defeito, do procedimento especial para microempresas, é a liquidação. Todavia, ela pode ser a opção primária do devedor, não sendo obrigatória a tentativa prévia de negociação de um plano de continuação. A liquidação aqui prevista destina-se a dotar as micro-, pequenas e médias empresas de um instrumento simples, rápido e flexível que lhes permita terminar de forma ordenada um projeto empresarial que, por uma razão ou outra, não teve sucesso. Além das situações acima indicadas, a liquidação será aberta a pedido do devedor ou dos credores (artigo 705/1 do *TRLC*). Como referimos acima, o devedor pode solicitar a abertura do procedimento de liquidação quando se encontre em situação de insolvência atual ou pré-insolvência; nos restantes casos, quando o credor inicie o procedimento (incluindo no caso de abertura obrigatória, por força da existência de 85% de créditos públicos) ou haja conversão do plano de continuação em liquidação, será sempre exigida a existência de insolvência atual.

Também aqui, a fazer valer a natureza modular do procedimento, poderá o devedor solicitar a suspensão das ações executivas nas quais estejam em causa créditos com garantia real, sempre que se pretenda alienar a empresa (artigo 712 do *TRLC*); ou as partes solicitarem a nomeação de um *administrador concursal* (artigo 713 do *TRLC*), que poderá substituir o devedor na administração da massa insolvente, bem como elaborar o plano de liquidação e emitir pareceres técnicos; ou ainda um *experto*, em casos excecionais, para avaliar o valor da empresa (artigo 714 do *TRLC*).

A liquidação será composta por três fases: verificação do passivo e inventário (artigo 706 do *TRLC*), plano de liquidação (artigo 707 e ss. do *TRLC*) e execução das operações de venda (artigo 708 do *TRLC*), com ou sem a venda da unidade produtiva em funcionamento.

Em primeiro lugar, estabelece o artigo 706 do *TRLC* um prazo de 20 dias úteis para reclamar créditos (n.º 2), reclamar o inventário e a lista de credores, através do formulário-padrão correspondente (n.º 1), tendo de fornecer a documentação correspondente.

Se forem apresentadas alegações, nos cinco dias úteis seguintes, o LAJ irá verificar a veracidade das mesmas, podendo o devedor ou o administrador de insolvência, se for nomeado, formular as suas próprias alegações a este respeito (n.º 3). O juiz resolverá por despacho no prazo de 15 dias, após o término dos prazos de alegações (n.º 4).

Tal como indicado acima, os efeitos da abertura do procedimento especial de liquidação variam consoante haja ou não a possibilidade de transmissão da sociedade ou de qualquer unidade produtiva em funcionamento. Enquanto existir esta possibilidade, a abertura do procedimento não afetará os contratos pendentes de celebração por ambas as partes e as cláusulas *ipso facto*, que vinculam a resolução automática com a abertura da liquidação serão ineficazes (artigo 694 bis do TRLC).

A novidade quanto à liquidação é que esta pode ser feita pelo devedor ou por um *administrador de insolvência*, através de um plano de liquidação (artigo 707/1 do TRLC). O plano deverá ser apresentado no prazo de 20 dias úteis após a abertura do processo, através do formulário normalizado (n.º 2), que «deve indicar, fundamentalmente, os tempos e a forma prevista para a liquidação do ativo, individualmente para cada bem ou categoria de bens genéricos», havendo preferência à alienação conjunta da empresa ou da unidade produtiva, embora esta exija a inclusão de «uma avaliação da empresa ou das unidades produtivas efetuadas por um administrador da falência ou, no caso de não ter sido nomeado, por um perito designado para o efeito» (artigo 707/3.º TRLC) [Tradução nossa]. Este plano é notificado no mesmo dia ou no primeiro dia útil seguinte, aos credores, com cópia para o LAJ, pelo devedor, o que implicará que todos aqueles credores cujo *e-mail* seja desconhecido, não terão conhecimento do funcionamento do plano.

Todas as partes, incluindo os representantes dos trabalhadores, podem apresentar observações ou propostas de alteração ao plano nos 10 dias úteis seguintes (artigo 707/4 do TRLC). Posteriormente, o autor do plano terá o prazo de 10 dias para modificá-lo com base nas referidas alegações (n.º 5). Caso alguma das partes não concorde

com o plano, modificado ou não, terá o prazo de três dias úteis para impugná-lo, sendo deferido pelo juiz em contrário por meio de despacho, sendo imediatamente executável (n.º 6) Caso haja impugnações, cumpre ao juiz a decisão, após auscultação das partes, podendo aprovar ou modificar o plano, nos três dias úteis seguintes (n.º 7), não havendo recurso da aprovação do plano (n.º 8). Por fim, o plano pode ser modificado a qualquer altura, por solicitação do devedor ou do *administrador concursal*, com o fundamento de uma liquidação mais rápida e mais eficaz para os credores, cabendo ao juiz a decisão final (artigo 707 bis n.ºs 1, 2, 3 do *TRLC*).

As operações de liquidação deverão estar executadas no prazo de três meses, de acordo com o artigo 708/2 do *TRLC*, prorrogáveis a pedido do devedor ou do *administrador concursal*, serão feitas preferencialmente por meios eletrónicos (n.º 3)⁴² e devem ser apresentados relatórios mensais (artigo 709 do *TRLC*). Este prazo poderá considerar-se demasiado curto em face das circunstâncias concretas do mercado, mas garante a celeridade processual pretendida pela lei. Caso o microempresário seja uma pessoa singular, finda a liquidação, pode solicitar a exoneração do passivo restante (artigo 715 do *TRLC*), garantindo-lhe a exoneração imediata de créditos⁴³, sem período de cessão, uma enorme vantagem da lei.

Caso se pretenda alienar a empresa ou as suas unidades produtivas, aplicar-se-ão as regras específicas do artigo 710 do *TRLC*⁴⁴, que indicam que as formas de venda preferenciais serão a venda direta ou o leilão. Caso se faça por venda direta, poderá vender-se a terceiro que ofereça como mínimo mais 15% do valor acordado (n.º 1, 1.º); caso seja por leilão, o valor mínimo deve ser o valor dos bens e direitos do devedor patentes no inventário (n.º 1, 4.º). Havendo várias propostas, objetivamente diferentes, pode submeter-se a apreciação do juiz (n.º 1, 5.º).

⁴² Disponível em https://aplicaciones.justicia.es/prweb/PRAuth/app/electronic-asset-liquidation-platform_/NOKD_gIHBKFXZXSRIWrbshof07BQ_At*/!STANDARD.

⁴³ Salvo as dívidas previstas no artigo 489 *TRLC*.

⁴⁴ Bem como as regras gerais do artigo 215 e ss. *TRLC*.

7. Conclusão

Aqui chegados, resta-nos indicar que apenas o futuro poderá demonstrar se o procedimento especial para microempresas é adequado para cumprir os seus objetivos, como sejam o de potenciar a eficiência, por um lado, e a eficácia do sistema *concursal*, por outro, agora implementado em Espanha e que, como verificámos, se apresenta como um sistema de vanguarda perante os princípios e as normas internacionais e europeias.

Em termos de eficiência, o procedimento permite, através da desmaterialização e celeridade processuais, que os tribunais tenham de disponibilizar menos recursos físicos e temporais para proferir as decisões; a distribuição de funções entre o *LAJ* e o juiz também parecem apropriadas para potenciar a referida celeridade. Os formulários e a tramitação eletrónica, desde que funcionais, juntamente com as listas de controlo, o alerta precoce e os simuladores a disponibilizar, permitem ainda que a informação seja mais facilmente acessível ao microempresário. Todavia, esta tramitação não está isenta de críticas, especialmente pelas dificuldades técnicas e pela falta de formação de que os advogados intervenientes possam dispor relativamente a estas plataformas e, de forma mais preocupante, das próprias regras concursais. Isto porque, sendo uma área de direito altamente especializada, os advogados que participem como mandatários dos microempresários poderão estar impreparados para as suas especificidades.

Em termos de eficácia, esta poderá medir-se pela capacidade de o procedimento recuperar créditos, mas por duas vias distintas: por um lado, garantir que as empresas viáveis possam ser recuperadas através do plano de continuação ou da venda da empresa a terceiros, incluindo com a aprovação de um *pre-pack*; por outro, permitir que a liquidação se faça de forma rápida e transparente, através de plataformas acessíveis a todos e com prazos bem determinados e escrutinados pelos credores e pelo tribunal.

Uma última nota para o carácter modular do procedimento, concretizando a possibilidade de moldar o procedimento à necessidade do devedor, dos credores e do próprio andamento do processo, trazendo para a experiência concursal espanhola os princípios teóricos propostos ao longo de anos e que poderão servir de exemplo aos

restantes países europeus, particularmente com as novas alterações que já se anteveem à lei insolvencial, por força da harmonização de certos aspetos relacionados com a liquidação de bens, entre outros.

Referências bibliográficas

- CAAMAÑO RODÍGUEZ, Francisco José (2022). El nuevo procedimiento especial para microempresas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, 213–228.
- FRADE, Catarina; FERNANDO, Paula; CONCEIÇÃO, Ana Filipa (2020). The performance of the courts in the digital era: The case of insolvency and restructuring proceedings. *International Insolvency Review*, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/iir.1390>
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos (2023, 13 de janeiro). *Píldoras sobre la reforma concursal (lxvi) el procedimiento especial para microempresas: caracteres generales del procedimiento y ámbito de aplicación*. LinkedIn. <https://www.linkedin.com/pulse/pildoras-sobre-la-reforma-concursal-lxvi-el-especial-jos%C3%A9-carlos/>.
- (2021, 12 de setembro). Todos contra el anteproyecto de ley de reforma de la Ley Concursal. *Revista Consejeros*, 74, 18–19, em <https://revistaconsejeros.com/sumario/opinion/todos-contra-el-anteproyecto-de-ley-de-reforma-de-la-ley-concursal/>.
- GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio (2020, 20 de outubro). Implementing an Insolvency Framework for Micro and Small Firms. *Singapore Management University School of Law Research Paper* 21, <https://ssrn.com/abstract=3715654>
- MOKAL, Riz *et al.* (2018). *Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency*, Oxford University Press.
- O'HARA, Rachel, DICKETY, Nick, & WEYMAN, Andrew (2005). Good practice in assessing workplace risks by small and medium-sized enterprises. *Risk Management*, 7(1), 31–41. <https://doi.org/10.1057/palgrave.rm.8240203>.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel (2006). *La Terminología Jurídica de la Reforma Concursal*. Iustel.
- PODVIEZKO, Askoldas; KURSCHUS, Ralph; LAPINSKIENE, Giedrė (2019). Eliciting Weights of Significance of Criteria for a Monitoring Model of Performance of SMEs for Successful Insolvency Administrator's Intervention. *Sustainability*. 11(20), <https://doi.org/10.3390/sul1205667>.
- RIVAS ARAGÓ, Ana (2023). La incorporación de la alerta temprana en la directiva 2019/1023 y los sistemas actuales de alerta temprana en el derecho español y portugués. *Reestructuración de empresas y exoneración de deuda en Portugal y España*, 225–239, Instituto Jurídico.
- ROSSI, Luisina, CAMMARATA, Martín (2023). Los planes de reestructuración en la nueva Ley Concursal. *Técnica Contable y Financiera*, 59, 126–137.
- SERRA, Catarina (2023). Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades. *Revista de Direito Comercial*, 359–399, <https://www.revistadedireitocomercial.com/dever-de-prevencao-da-insolvencia>.
- TOMÁS TOMÁS, Salvador (2022). La exoneración del pasivo insatisfecho tras la Ley 16/2022 de 5 de septiembre II. *Anuario de Derecho Concursal, Extra* 58, i pp. 85–140.
- WORLD BANK GROUP (2018). Saving Entrepreneurs, Saving Enterprises; Proposals on the Treatment of MSME DC, disponível em <https://hdl.handle.net/10986/30474>.

O TRABALHO ATRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITAIS E OS TEMPOS DE DISPONIBILIDADE

ANA LAMBELHO*

Sumário: 1. Os termos do problema; 2. Quando é que o trabalhador da plataforma está a trabalhar? 3. Os períodos de disponibilidade para o trabalho. 3.1. Considerações à luz do Direito Internacional; 3.2. Considerações à luz do Direito da União Europeia; 3.3. Considerações à luz do Direito interno português; 4. O tempo de trabalho dos trabalhadores das plataformas; 4.1. Do seu enquadramento à luz do ordenamento jurídico português atual; 4.2. Perspetivas quanto à regulação dos tempos de trabalho dos trabalhadores das plataformas; 5. Conclusões.

1. Os termos do problema

A limitação do tempo de trabalho, de modo que o trabalhador possa recuperar física e psicologicamente e que o trabalho não ponha em causa a sua segurança e saúde, constituiu uma das primordiais preocupações dos legisladores nacionais e internacionais. Mais de 100 anos volvidos desde a primeira convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) — que, recorde-se, versa sobre a duração

* Professora coordenadora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão, do Instituto Politécnico de Leiria. Investigadora integrada do Instituto Jurídico Portucalense-IPLeiria.

do trabalho na indústria e data de 1919 —, o problema do tempo de trabalho volta a estar na ordem do dia: discute-se a semana de quatro dias, o direito à desconexão, as medidas que promovam a conciliação da vida familiar com a vida profissional e que garantam a segurança e a saúde dos trabalhadores.

A questão ganhou maior acuidade devido à conectividade permanente possibilitada pelas (sempre) novas tecnologias e pela Internet, que se revelam um verdadeiro Jano: permitem a flexibilização dos tempos de trabalho e facilitam a conciliação das vidas familiar e profissional, ao mesmo tempo que diluem as fronteiras entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso, pondo em causa, precisamente, o descanso, enquanto direito fundamental, e potenciando os riscos para a segurança e a saúde das pessoas que trabalham, redundando no afrontamento do princípio da conciliação das vidas familiar e profissional. Este aparente paradoxo trouxe para a ordem do dia, novamente, a discussão sobre a regulação dos tempos de trabalho, mormente a necessidade de afirmação de um «direito à desconexão» — como garantia do direito ao descanso, da segurança e saúde e da tutela da conciliação — e da regulação dos chamados tempos de disponibilidade.

A existência de tempos de guarda, de prevenção ou de disponibilidade não é uma novidade da digitalização, mas o tipo de organização do trabalho praticado pelas plataformas de prestação de trabalho, por um lado, e o facto de as tecnologias permitirem que o trabalhador já não tenha de se deslocar para aceder ao seu posto de trabalho, por outro, vêm recolocar a questão.¹

No caso das plataformas de *work on demand via app*² ou plataformas *in situ*³, a pessoa que trabalha manifesta a sua disponibilidade e aguarda que o administrador da plataforma lhe atribua uma tarefa

¹ O trabalho através de plataformas coloca um outro problema primordial em ordenamentos jurídicos, como o português, que não regulam (ou regulam pouco) o trabalho independente, que é o da qualificação do vínculo.

² Referindo que a *gig economy* comporta dois tipos de plataformas de trabalho, *vide*, por exemplo, OIT (2017), p. 32.

³ OIT (2022), p. 7.

(que poderá ter maior ou menor poder para rejeitar). O tempo de disponibilidade sem o exercício efetivo de um trabalho é indeterminado à partida, dependendo de variáveis externas ao prestador (como a existência de clientes ou a «vontade da plataforma» — ou do algoritmo que a gere — em atribuir-lhe tarefa). A duração deste período é indiferente para a plataforma, já que esta só remunera a tarefa efetivamente realizada e, portanto, se e quando executada.

Nas plataformas de *crowdwork*, o tempo que o trabalhador gasta à procura de uma tarefa também é totalmente desconsiderado. Nos casos em que o cliente pode recusar a prestação efetuada por a achar desconforme com o resultado pretendido ou por haver outra que lhe agrada mais, o trabalhador acaba por não ser remunerado, de todo.

A consideração do tempo como de trabalho ou de descanso tem efeitos não só para a determinação dos limites máximos da jornada de trabalho, mas também para a aferição do cumprimento da obrigação de pagamento da retribuição mínima mensal garantida. Como salienta a doutrina, «a disfuncionalidade da proteção jurídica que caracteriza estas relações laborais atípicas ou não estáveis implica um aumento das desigualdades sociais e o desenvolvimento do fenómeno da pobreza laboriosa.»⁴

Partindo da premissa de que o tipo de problema colocado pelo trabalho através das plataformas não é substancialmente novo (ainda que possa ter contornos diferentes), cabe estudar o enquadramento legal, doutrinal e jurisprudencial dos chamados tempos de disponibilidade.

Na ausência de uma regulamentação específica, tanto em Portugal como no Direito Internacional, temos de conjugar a legislação nacional (mormente o Código do Trabalho) com o Direito da União Europeia (em especial, a Diretiva 2003/88), com a Carta Social Europeia Revista, com o demais Direito Internacional aplicável (em especial, a Convenção n.º 1 da OIT) e com o inestimável contributo da doutrina e da jurisprudência.

⁴ Rodríguez Rodríguez (2019), p. 126 [tradução nossa].

Por uma questão de facilidade de raciocínio, começaremos pelo estudo do Direito Internacional, depois passaremos ao estudo do Direito da União Europeia e, por último, ao Direito interno português. Sendo o enfoque do presente estudo o tempo de trabalho dos trabalhadores das plataformas, cabe, antes de mais, tentar perceber, neste modelo de negócio, quando é que a pessoa está a trabalhar.

2. Quando é que o trabalhador da plataforma está a trabalhar?

Sabemos que o conceito naturalístico de trabalho não tem de coincidir exatamente com o conceito jurídico. Quando se possa afirmar uma relação de trabalho subordinado, a indicação de disponibilidade para o trabalho por parte do trabalhador constitui, juridicamente, a colocação do mesmo à disposição das ordens do empregador?

É certo que, na economia das plataformas, a mera manifestação de disponibilidade para trabalhar não significa, por um lado, que o trabalhador execute uma atividade e que, por outro, se possa dizer que o empregador não beneficia do trabalho do trabalhador porque não quer ou não precisa. De facto, mesmo estando disponível para trabalhar, pode acontecer que o trabalhador efetivamente não trabalhe, por motivos imputáveis à plataforma/empregador (não existir, naquele momento, procura do serviço; existir um número mais elevado de trabalhadores disponíveis do que a procura registada e, portanto, o trabalho disponível não ocupa todos os prestadores; o algoritmo usado pela plataforma não atribui tarefas a um prestador devido a algum fator predeterminado); ou por motivos relacionados com o trabalhador (este não aceita o serviço no tempo previamente fixado ou rejeita-o expressamente). Por outras palavras, ao contrário do que acontece na dita «economia tradicional» em que os tempos de trabalho são fixados por acordo ou pelo empregador, na economia das plataformas é o trabalhador quem, num primeiro momento, manifesta a sua disponibilidade para trabalhar, mas, depois, é necessário que a plataforma lhe atribua um serviço e que, em seguida, o trabalhador o aceite.

É pressuposto do funcionamento das plataformas de prestação de serviços que exista, em todos os momentos, um número de

trabalhadores disponíveis suficiente para satisfazer a procura, contando os operadores da plataforma com essa «reserva de recrutamento». Num quadro legal em que só se considere como tempo de trabalho o período de execução efetiva da atividade, os operadores da plataforma não têm interesse em planificar o número de trabalhadores de que necessitam; para a plataforma, quantos mais prestadores estiverem disponíveis, maior é a probabilidade de satisfazerem um potencial cliente num curto espaço de tempo, ao melhor preço e, portanto, com mais lucro. Dito de outro modo, este modelo de regulação só traz vantagens para a plataforma e acentua a precariedade da situação do prestador do trabalho. O estado da técnica e uma boa planificação permitem que a plataforma impeça o prestador de serviços de aceder à aplicação quando aquela entenda que tem à sua disposição um número suficiente de prestadores para acorrer às solicitações que prevê ocorrerem num determinado período, evitando, assim, ter um número elevado de prestadores disponíveis que não irão receber trabalho, porque não existe procura para tal. Deste modo, os riscos do negócio não serão todos transferidos para o prestador, quando, na realidade, ele não tem qualquer controlo nem intervenção sobre o mercado.

A consideração de que o trabalhador está ao serviço da plataforma a partir do momento em que manifesta a sua disponibilidade para o trabalho poderia permitir abusos da sua parte na medida em que, repetidamente, recusasse ou não aceitasse um serviço proposto pela plataforma. No entanto, também aqui se podem excogitar mecanismos técnicos e contratuais que impeçam este resultado (v. g. limitando o número de recusas permitidas; exigindo uma justificação para a recusa).

A partir do momento em que manifesta a sua disponibilidade para trabalhar, a liberdade do trabalhador da plataforma para se dedicar aos seus afazeres pessoais e sociais é meramente teórica, na medida em que está obrigado, contratualmente, a responder às chamadas num curto período e é penalizado se o não fizer. Por isso, normalmente, estes prestadores aguardam as chamadas em locais estratégicos que, por experiência, lhes permitem acorrer com maior

celeridade às chamadas, de modo a aumentarem as probabilidades de conseguir trabalho.

As condições contratuais coartam qualquer possibilidade prática de exercício livre dos tempos de disponibilidade e impedem-nos, de facto, de um mínimo de autonomia na organização desse tempo, de modo que possamos dizer que se trata de um período de descanso. Por assim ser, deve considerar-se que o trabalhador da plataforma está a trabalhar sempre que se encontre conectado à plataforma, incluindo, portanto, tanto os períodos de trabalho efetivo como os períodos de disponibilidade.⁵

Assim sendo, cumpre agora ver como se regulam os chamados tempos de disponibilidade, isto é, se são períodos de trabalho ou períodos de descanso — ou nem uma coisa, nem outra!

3. Os períodos de disponibilidade para o trabalho

3.1. Considerações à luz do Direito Internacional

A limitação da jornada de trabalho foi uma das principais reivindicações do movimento sindical e operário do final do século XIX e do início do século XX, pelo que não é de estranhar que a primeira convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) — a Convenção n.º 1, OIT — seja relativa «à aplicação do princípio do dia de trabalho de oito horas ou da semana de quarenta e oito horas».⁶ Num tempo em que as condições de trabalho eram insalubres e as horas de trabalho muitas, a tutela da saúde dos trabalhadores assumiu-se como preocupação primeira da OIT.

O âmbito da Convenção n.º 1 da OIT cinge-se aos estabelecimentos industriais, que, nos termos do artigo 1.º, englobam o «transporte de pessoas ou de mercadorias por estrada, via férrea ou via de água, marítima ou interior (...) com exceção do transporte manual», pelo

⁵ Neste sentido, *vide* também Todolí Signes, Jalil Naji, Llorens Espada (2020), pp. 20–26.

⁶ Na primeira Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1919, foram adotadas mais cinco convenções: uma relativa à proteção no desemprego (Convenção n.º 2); outra relativa à proteção da maternidade (Convenção n.º 3); outra relativa ao trabalho noturno das mulheres (Convenção n.º 4); outra relativa à idade mínima de admissão na indústria (Convenção n.º 5); e, por último, uma relativa ao trabalho noturno de menores na indústria (Convenção n.º 6).

que a Convenção é aplicável a muitas das atividades prestadas através do recurso a plataformas eletrónicas. Embora a Convenção n.º 1 da OIT não defina o que são tempos de trabalho e tempos de descanso, as alíneas *a)* e *b)* do artigo 8.º determinam que o empregador deve dar aos trabalhadores conhecimento do horário de trabalho e «dos descansos concedidos durante o tempo da laboração que se considerem como não fazendo parte das horas de trabalho».

Já a Convenção n.º 30 da OIT, de 1930, sobre as horas de trabalho no comércio e escritórios, que não foi ratificada por Portugal⁷, estabelece que, para efeitos de aplicação da Convenção, o termo «horas de trabalho» significa o tempo durante o qual os trabalhadores estão à disposição do empregador, não incluindo os períodos de descanso durante os quais os trabalhadores não estão à disposição do empregador (artigo 2.º). Como ensina Francisco Liberal Fernandes, «tem-se admitido no âmbito da OIT que o “estar à disposição do empregador” abrange tanto as situações em que, ao longo de determinado período, os trabalhadores estão adstritos à realização de uma obrigação laboral, como aquelas em que o trabalhador permanece à disposição do empregador até que lhe seja indicada a actividade a realizar».⁸

No que às fontes do Direito Internacional respeita, devemos atentar em especial na Carta Social Europeia Revista (CSER)⁹, não só

⁷ As Convenções da OIT vigoram na ordem jurídica interna depois de ratificadas pelo Estado português e publicadas (artigo 8.º, n.º 2, da CRP), e segundo o entendimento prevalente na doutrina posicionam-se abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária. Neste sentido, *vide*, Dray (2019), p. 30.

⁸ Fernandes (2018), pp. 82–83.

⁹ A Carta Social Europeia (CSE) foi aberta para assinatura por qualquer Estado-membro do Conselho da Europa em 18 de outubro de 1961 e entrou em vigor em 1965. A CSE foi ratificada pelo Estado português pelo Decreto n.º 38/91, de 6 de agosto (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 21/91, de 6 de agosto). Em 3 de maio de 1996, os Estados-membros do Conselho da Europa entenderam adotar a Carta Social Europeia Revista (CSER) «destinada a substituir progressivamente a Carta Social Europeia, os direitos garantidos pela Carta tal como foram alterados, os direitos garantidos pelo Protocolo Adicional de 1988, e de acrescentar novos direitos». A CSER foi ratificada pelo Estado português pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, de 17 de outubro (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17 de outubro), tendo entrado em vigor em 1 de julho de 2002. Portugal fez as seguintes declarações: «a) A

pela sua importância intrínseca, mas também pelo facto de, ao proteger direitos fundamentais igualmente consagrados noutras fontes de Direito Internacional, a sua interpretação e aplicação poder divergir da efetuada noutras sedes colocando um problema prático de harmonização.

O artigo 2.º da CSER, sob a epígrafe «Direito a condições de trabalho justas», consagra, entre outros, o direito a uma duração razoável do trabalho diário e do trabalho semanal (§1) e a «um descanso semanal que coincida, tanto quanto possível, com o dia da semana reconhecido como dia de descanso pela tradição ou pelos usos do país ou da região» (§5), com fundamento na proteção da segurança e saúde dos trabalhadores.

Como se pode ler no *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, o conceito de tempo de trabalho razoável não vem definido na Carta, sendo determinado casuisticamente.¹⁰ O Comité Europeu dos Direitos Sociais (CEDS), a quem cabe implementar, interpretar e fiscalizar o cumprimento da CSER, tem concretizado as supramencionadas previsões relativamente indeterminadas do artigo 2.º. Em conformidade, já decidiu que uma jornada de trabalho de 16 horas num período de 24 horas ou, em determinadas circunstâncias, de mais de 60 horas por semana, são contrárias à Carta.¹¹ Além disso, exprimiu o entendimento de que estes limites aplicam-se a todas as categorias de trabalhadores e só podem ser ultrapassados em circunstâncias excecionais, como catástrofes naturais e casos de força maior.¹²

O CEDS já se pronunciou, em concreto, sobre a qualificação dos períodos de prevenção como tempos de descanso ou de trabalho

República Portuguesa não aplica o artigo 2.º, parágrafo 6.º, aos contratos cuja duração não exceda um mês ou aos que prevejam um período normal de trabalho semanal não superior a oito horas, bem como aos que tenham carácter ocasional e ou particular. b) A vinculação ao artigo 6.º não afecta, no que respeita ao parágrafo 4.º, a proibição do *lock out*, estabelecida no n.º 4 do artigo 57.º da Constituição».

¹⁰ Conselho da Europa (2018), p. 65.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*.

para efeitos da CSER em três processos de Reclamação Coletiva¹³ (n.º 16/2003, n.º 22/2003 e n.º 55/2009). Decidiu, unanimemente, que os períodos de prevenção não poderiam ser considerados tempos de descanso independentemente de o trabalhador os ter de passar nas instalações da empresa [Reclamação Coletiva n.º 55/2009, que opôs a *Confédération Générale du Travail* (GGT) ao Estado francês] ou noutra lugar fora delas [Reclamação coletiva n.º 16/2003, que opôs a *Confédération Française de l'Encadrement* CFE-CGC ao Estado francês; e Reclamação Coletiva n.º 22/2003, que opôs a *Confédération Générale du Travail* (GGT) ao Estado francês], sob pena de violação do direito a uma duração razoável do trabalho (previsto no artigo 2.º §1 da CSER), podendo igualmente constituir uma violação do direito ao descanso semanal (artigo 2.º §5 da CSER), quando esses períodos de prevenção coincidam com o domingo.

Na Decisão sobre o Mérito, de 12 de outubro de 2004¹⁴, (Reclamação Coletiva n.º 16/2003), o CEDS considerou que os períodos em que os trabalhadores de prevenção não eram chamados a trabalhar (*périodes d'astreinte*), embora não constituam tempos de trabalho efetivo, também não poderiam ser considerados períodos de descanso, para efeitos do artigo 2.º §1 da CSER (exceto no quadro de certas atividades ou de particulares circunstâncias e, em todo o caso, sujeito a especiais procedimentos). Conforme referiu o Comité, embora a possibilidade de prestação de trabalho nestes períodos de disponibilidade seja apenas hipotética, a possibilidade de chamamento impede o trabalhador de levar a cabo as atividades que entender, como poderia fazer sem a incerteza resultante da eventual obrigação

¹³ São fundamentalmente dois os meios de controlo do cumprimento da CSER: o sistema de relatórios anuais, sobre os quais o CEDS emite conclusões, e as decisões decorrentes de procedimento de Reclamações Coletivas instituído no âmbito do Protocolo Adicional de 1995. Portugal ratificou o Protocolo Adicional à Carta Social Europeia Prevendo um Sistema de Reclamações Coletivas (de 09/11/1995) pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/97, de 6 de dezembro (aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 69/97). Para maiores desenvolvimentos sobre o sistema de implementação e controlo da CSER e respetiva análise crítica, *vide* na doutrina nacional, por exemplo, Carvalho (2017), pp. 42–61; e Alves (2017), pp. 31 e ss.

¹⁴ Adotada Resolução do Conselho de Ministros, de 4 de maio de 2005.

de prestar trabalho. Para o Comité, não pode constituir um critério de determinação do período de descanso a ausência de trabalho efetivo num período em que o trabalhador não tinha *a priori* a livre disposição. Esta posição foi reiterada na Decisão sobre o Mérito, de 7 de dezembro de 2004, que foi adotada pelo Comité de Ministros a 4 de maio de 2005 (Reclamação Coletiva n.º 22/2003), e na Decisão sobre o Mérito, de 23 de junho de 2010, que foi adotada pelo Comité de Ministros a 6 de abril de 2011 (Reclamação Coletiva n.º 55/2009¹⁵).

Como conclui Catarina Carvalho, destas decisões «resulta que os Estados signatários podem não considerar os regimes de localização/chamada como tempo de trabalho efetivo, mas nunca os poderão considerar para efeitos de período de descanso».¹⁶

Pelo exposto, à luz da CSER, os tempos de disponibilidade dos trabalhadores das plataformas não poderão ser considerados tempos de descanso.

3.2. Considerações à luz do Direito da União Europeia

A regulação dos tempos de trabalho e dos tempos de descanso na União Europeia é feita, para a generalidade das situações, pela Diretiva 2003/88 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho.¹⁷ Esta Diretiva concretiza o artigo 31.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que reconhece a todos os trabalhadores «o direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas» e «a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas».

Conforme resulta da própria Diretiva, o seu objetivo principal é o de estabelecer «prescrições mínimas de segurança e de saúde em matéria de organização do tempo de trabalho» (artigo 1.º, n.º 2, e Considerandos 2 e 4), e a prossecução deste desiderato não se pode

¹⁵ Nesta Reclamação Coletiva, o CEDS decidiu ainda que a consideração dos períodos de prevenção como tempos de descanso poderia também constituir uma violação do artigo 2.º, n.º 5, da CSER, quando coincidam com o dia de descanso semanal.

¹⁶ Carvalho (2017), p. 312; e Carvalho (2017a), p. 227.

¹⁷ A Diretiva 2003/88 substituiu a Diretiva 93/104.

subordinar a considerações de ordem puramente económica (Considerando 4 da Diretiva 2003/88).¹⁸

A Diretiva 2003/88 define «tempo de trabalho» e «período de descanso», mas não prevê uma categoria intermédia.

Ao nível da legislação da União Europeia, a regulação dos tempos de disponibilidade é feita apenas no domínio dos transportes rodoviário de mercadoria e de passageiros.¹⁹ A Diretiva 2002/15/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2002, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem atividades móveis de transporte rodoviário, define tempo de disponibilidade como «os períodos não correspondentes a períodos de pausa ou de repouso, durante os quais o trabalhador móvel não é obrigado a permanecer no seu posto de trabalho, mantendo-se no entanto disponível para responder a eventuais solicitações no sentido de iniciar ou retomar a condução ou de efectuar outros trabalhos (...). Estes períodos e a sua duração previsível devem ser previamente conhecidos do trabalhador móvel, isto é, antes da partida ou imediatamente antes do início efectivo do período em questão, ou de acordo com as condições gerais negociadas entre os parceiros sociais e/ou definidas pela legislação dos Estados-Membros; para os trabalhadores móveis que conduzem em equipa, [também é tempo de disponibilidade] o tempo passado ao lado do condutor ou numa *courette* durante a marcha do veículo».²⁰

¹⁸ Com base neste argumento, o TJ decidiu que a interpretação da Diretiva dada por aquele Tribunal no acórdão *Simap* «não pode ser posta em causa pelas objecções relativas às consequências de ordem económica e organizacional que, segundo os cinco Estados-Membros (...) resultariam do alargamento da solução seguida no acórdão *Simap*, já referido, a um caso como o da causa principal» (acórdão *Jaeger*, de 09/09/2003, proc. C-151/02, EU:C:2003:437, n.º 66).

¹⁹ Nomeadamente, através da Diretiva 2002/15/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2002, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem atividades móveis de transporte rodoviário, e o Regulamento (CE) n.º 561/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativo à harmonização de determinadas disposições em matéria social no domínio dos transportes rodoviários. Este Regulamento exclui do seu âmbito de aplicação o transporte rodoviário de passageiros em veículos com capacidade de até 9 pessoas e o transporte de mercadorias até 3,5 toneladas.

²⁰ Esta Diretiva foi transposta para o ordenamento interno português pelo DL n.º 237/2007, de 19 de junho.

Considerando este quadro legal, a jurisprudência do TJ tem assumido um papel determinante na resposta à questão de saber se os períodos de disponibilidade devem ser considerados tempos de trabalho ou períodos de descanso.

Para a Diretiva 2003/88, tempo de trabalho é «qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua actividade ou das suas funções, de acordo com a legislação e/ou a prática nacional»; e período de descanso é «qualquer período que não seja tempo de trabalho» (artigo 2.º, n.ºs 1 e 2).

Devemos aqui fazer um reparo no que tange à redação portuguesa do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva relativamente às versões da mesma norma noutras línguas, mormente a inglesa, a francesa, a espanhola e a italiana: na versão portuguesa da Diretiva, tempo de trabalho é aquele em que o trabalhador está a trabalhar *ou* aquele em que se encontra à disposição do empregador; a utilização da disjunção «ou» transmite ao intérprete a ideia de alternativa, isto é, que tanto é tempo de trabalho aquele em que o trabalhador esteja, de facto, a executar uma atividade ao serviço do empregador, como aquele em que está «apenas» à sua disposição. Ora, se atentarmos noutras versões do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva²¹, não encontramos aquela ideia, o que, porventura, ajudará a entender melhor a argumentação do TJ sobre a sua aplicação.²²

²¹ Por exemplo, a versão inglesa estatui: «“working time” means any period during which the worker is working, at the employer’s disposal and carrying out his activity or duties, in accordance with national laws and/or practice». Na versão italiana: «“orario di lavoro”: qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali». Na versão espanhola: «“tiempo de trabajo”: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». Por último, na versão francesa: «“temps de travail”: toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l’employeur et dans l’exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales».

²² O próprio TJ reconhece que «as formulações das diferentes disposições da diretiva relativa ao tempo de trabalho diferem muito consoante as várias versões linguísticas e igualmente no seio de algumas delas» (Conclusões da advogada-geral J. Kokott, de 09/03/2006, Comissão

Segundo o TJ, os conceitos de tempo de trabalho e de período de descanso excluem-se mutuamente, pelo que os períodos de disponibilidade devem ser considerados tempos de trabalho ou períodos de descanso.²³ Acresce que, segundo a jurisprudência reiterada do TJ, as noções de «tempo de trabalho» e de «período de descanso» não devem ser interpretadas em função dos direitos nacionais, antes devendo ser entendidos como um conceito de Direito da União²⁴, que não podem ser alteradas pelos direitos nacionais²⁵, embora os Estados-membros sejam livres de adotar disposições que prevejam durações de tempo de trabalho e de períodos de descanso mais favoráveis aos trabalhadores do que as fixadas pela Diretiva, por força do artigo 15.º da Diretiva 2003/88.

De acordo com a jurisprudência do TJ e com a interpretação da própria Comissão Europeia²⁶, há três critérios cumulativos²⁷ que

das Comunidades Europeias contra Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, proc. C-484/04, ECLI:EU:C:2006:166, n.º 62). Em consequência, nas próprias palavras da Comissão Europeia, «isto significa que qualquer análise das disposições da diretiva deve ter em conta não apenas a redação numa única língua, mas a de várias versões, a fim de identificar o sentido que se pretendeu dar à disposição analisada». Comissão Europeia (2017), p. 6 [14].

²³ Neste sentido, os acórdãos *Simap*, de 03/10/2000, proc. C-303/98, EU:C:2000:528, n.º 47, *Jaeger*, de 09/09/2003, proc. C-151/02, EU:C:2003:437, n.º 48, e *Dellase o.*, de 01/12/2005, proc. C-14/04, EU:C:2005:728, n.º 42; os Despachos *Vorel*, de 11/01/2007, proc. C-437/05, EU:C:2007:23, n.º 24, e *Grigore*, de 04/03/2011, proc. C-258/10, EU:C:2011:122, n.º 42; os acórdãos *Tyco*, de 10/09/2015, proc. C-266/14, EU:C:2015:578, n.ºs 25 e 26, *Matzak*, de 21/02/2018, proc. C-518/15, EU:C:2018:82, n.º 55, *Radiotelevizija Slovenija*, de 09/03/2021, proc. C-344/19, EU:C:2021:182, *RJ*, de 09/03/2021, proc. C-580/19, EU:C:2021:183, *Dopravní podnik hl. m. Prahy*, de 9/9/2021, proc. C-107/19, EU:C:2021:722, n.º 28, *MG*, de 11/11/2021, proc. C-214/20, EU:C:2021:909, n.º 35.

²⁴ Neste sentido, os acórdãos *Dellase o.*, de 01/12/2005, proc. C-14/04, EU:C:2005:728, n.ºs 44 e 45; *Jaeger*, de 09/09/2003, proc. C-151/02, EU:C:2003:437, n.º 58; *Matzak*, de 21/02/2018, proc. C-518/15, EU:C:2018:82, n.º 45; *Radiotelevizija Slovenija*, de 09/03/2021, proc. C-344/19, EU:C:2021:182, n.º 30.

²⁵ Como se conclui no acórdão *Matzak*: «O artigo 15.º da Diretiva 2003/88 deve ser interpretado no sentido de que não permite que os Estados-Membros mantenham ou adotem uma definição menos restritiva do conceito de “tempo de trabalho” que a enunciada no artigo 2.º dessa diretiva.»

²⁶ Comissão Europeia (2017).

²⁷ Dando conta da divergência doutrinal acerca do caráter cumulativo, ou não, destes requisitos constitutivos do conceito de tempo de trabalho, e avançando que esta se pode explicar pela interpretação extensiva dos critérios pelo TJ que gera alguma confundibilidade

determinam que certos períodos sejam considerados tempos de trabalho: (i) o trabalhador estar presente no local de trabalho; (ii) o trabalhador estar à disposição do empregador; (iii) o trabalhador estar no exercício da sua atividade ou das suas funções.

O primeiro dos critérios — presença no local de trabalho — remete-nos para um elemento espacial: o trabalhador está no local de trabalho ou em local determinado pelo empregador. Com base neste critério, por diversas vezes, o TJ sustentou²⁸ que «um fator decisivo na determinação do “tempo de trabalho” é o facto de o trabalhador ser obrigado a estar fisicamente presente no local determinado pela entidade patronal».²⁹

Quanto ao segundo critério — o trabalhador estar à disposição do empregador —, o que releva é o carácter imediato com que o trabalhador tem de responder à chamada. O TJ tem consistentemente decidido que este elemento característico está presente nos casos em que o trabalhador tem de observar os períodos de disponibilidade no local de trabalho, ainda que durante esse período não seja executada, de facto, nenhuma atividade³⁰ e que o trabalhador seja autorizado a descansar no local durante os períodos em que os seus serviços não são solicitados.³¹ Segundo a jurisprudência do TJ, nestes casos, a totalidade do período em que o trabalhador está à disposição do empregador para o exercício da sua função deve ser considerado tempo de trabalho. Ainda com relevo para os trabalhadores das plataformas, sobretudo para os que prestam trabalho *on demand via app*, devemos, além disso, atentar no decidido no acórdão *Tyco*: para «os trabalhadores [que] não têm local de trabalho fixo ou habitual,

entre eles, *vide* Carvalho (2017), p. 290. Assinalando também a divergência doutrinal, Ushakova (2017), p. 154.

²⁸ Ver, por exemplo, o acórdão *Simap*, de 03/10/2000, proc. C-303/98, EU:C:2000:528, n.º 48.

²⁹ Comissão Europeia (2017), p. 17.

³⁰ Neste sentido, os acórdãos *Simap*, de 03/10/2000, proc. C-303/98, EU:C:2000:528; o Despacho CIG, de 03/07/2001, proc. C-241/99, EU:C:2001:371; *Dellase o.*, de 1/12/2005, proc. C-14/04, EU:C:2005:728; os Despachos *Vorel*, de 11/1/2007, proc. C-437/05, EU:C:2007:23, e *Grigore*, de 4/3/2011, proc. C-258/10, EU:C:2011:122.

³¹ Neste sentido, o acórdão *Jaeger*, de 09/09/2003, proc. C-151/02, EU:C:2003:437.

constitui “tempo de trabalho”, na aceção desta disposição, o tempo de deslocação que esses trabalhadores gastam diariamente entre a sua residência e o domicílio do primeiro e do último cliente designado pela entidade patronal». Em consequência, o TJ também já decidiu que, caso o tempo de trabalho (incluindo estes períodos de disponibilidade) ultrapasse o período normal de trabalho máximo, as horas a mais devem ser consideradas trabalho suplementar.³²

Contrariamente, se o trabalhador, no período de disponibilidade, tem apenas de estar permanentemente acessível, sem, contudo, estar obrigado a uma presença física no local de trabalho, em princípio, apenas o tempo que se relaciona com a prestação efetiva dos serviços de urgência deve ser considerado como tempo de trabalho na aceção da Diretiva.³³ Entende o TJ que, nestes casos, em regra, o trabalhador pode gerir o seu tempo sem grandes constrangimentos e dedicar-se aos seus próprios interesses. Todavia, sempre que, em virtude das circunstâncias em que o trabalhador tem de acorrer à chamada, se possa afirmar que, na prática, não tem aquela livre disponibilidade, então o tempo de disponibilidade deve considerar-se tempo de trabalho na aceção da Diretiva.

O caso em que o TJ mais claramente referiu que o tempo de disponibilidade observado fora das instalações do empregador deve ser qualificado como tempo de trabalho foi no proc. C-518/15 — acórdão *Matzak*³⁴.

Neste conhecido acórdão *Matzak*, o trabalhador era, por um lado, obrigado a responder às chamadas da sua entidade patronal num prazo de 8 minutos e, por outro, era obrigado a estar fisicamente presente no local determinado pela entidade patronal (que era o seu domicílio). Neste caso, o TJ entendeu que o período de disponibilidade deveria ser considerado como tempo de trabalho, uma vez que

³² Neste sentido, o acórdão *Simap*, de 03/10/2000, proc. C-303/98, EU:C:2000:528, n.º 52, e o Despacho CIG, C-241/99, EU:C:2001:371, n.º 33.

³³ Neste sentido, acórdãos *Simap*, de 3/10/2000, proc. C-303/98, EU:C:2000:528, n.º 50; e *Jaeger*, de 9/9/2003, proc. C-151/02, EU:C:2003:437, n.º 51.

³⁴ Acórdão *Matzak*, de 21/02/2018, proc. C-518/15, EU:C:2018:82. Sobre este aresto e o seu impacto no ordenamento jurídico espanhol, vide Poquet Catala (2019), pp. 223–238.

estavam muito restringidas as possibilidades de o trabalhador ter outras atividades. Reformulando, para o TJ, perante as condições de resposta ao chamamento, tornava-se indiferente o trabalhador estar fisicamente no local de trabalho ou noutro local.

Mais recentemente, o TJ recuperou a mesma linha de raciocínio sem, no entanto, ser tão contundente quanto à sua aplicação no caso concreto: referimo-nos ao proc. C-344/19 — acórdão *Radiotelevizija Slovenija*³⁵ — e ao proc. C-580/19 — acórdão *RJ*³⁶.

No acórdão *Radiotelevizija Slovenija*, o trabalhador estava encarregado de assegurar o funcionamento, durante vários dias consecutivos, de um centro de transmissão situado no cume de uma montanha. Além de um período de prevenção que abrangia a obrigação de estar fisicamente presente no seu local de trabalho, o trabalhador prestava ainda serviço de prevenção em regime de disponibilidade contínua, o que implicava que, durante esse período, o trabalhador tinha apenas de estar contactável por telefone a qualquer momento, para poder chegar ao centro de transmissão em causa no prazo de uma hora, se necessário. Uma vez que o local de trabalho era de difícil acesso e grande a distância entre este e a residência do trabalhador, a entidade empregadora disponibilizava um alojamento de serviço, onde o trabalhador não era, contudo, obrigado a permanecer. Segundo o TJ, para aferir se, num caso concreto, um período de disponibilidade deve ser considerado tempo de trabalho na aceção da Diretiva, só se devem ter em consideração as limitações que são impostas ao trabalhador, seja pela regulamentação do Estado-membro em causa, por uma convenção coletiva ou pela sua entidade patronal, por força, designadamente, do contrato de trabalho, do regulamento de trabalho ou do sistema de repartição dos serviços de prevenção entre trabalhadores. As dificuldades organizacionais que um período de prevenção pode gerar para o trabalhador e que não decorrem de tais limitações não devem ser tidas em conta. Consequentemente, o facto de o trabalhador morar longe do seu local de trabalho e, por isso, não

³⁵ Acórdão *Radiotelevizija Slovenija*, de 9/03/2021, proc. C-344/19, EU:C:2021:182.

³⁶ Acórdão *RJ*, de 9/03/2021, proc. C-580/19, EU:C:2021:183.

poder, na prática, ir a casa; o caráter pouco propício das atividades de lazer da zona de que o trabalhador não pode, na prática, afastar-se durante um período de prevenção; e a natureza dificilmente acessível do seu local de trabalho não constituem uma circunstância pertinente para qualificar esse período de «tempo de trabalho» na aceção da Diretiva 2003/88. Neste acórdão, o TJ afirma claramente que o que determina que um período de disponibilidade seja considerado tempo de trabalho não é o facto de o trabalhador estar obrigado a permanecer em determinado lugar para acorrer ao chamamento do empregador, mas antes se as condições impostas pelo empregador para acorrer à chamada afetam de modo muito significativo a gestão da vida social e familiar do trabalhador e tolhem, com grande amplitude, a sua liberdade para se dedicar aos afazeres que entender.³⁷ Em última análise, cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar se, no caso concreto, um período de disponibilidade deve ser considerado tempo de trabalho, tendo em conta «o prazo de que dispõe o trabalhador, durante o seu período de prevenção, para retomar as suas

³⁷ De facto, pode ler-se no acórdão que: *i*) «se o local de trabalho engloba ou se confunde com o domicílio do trabalhador, a simples circunstância de, durante um dado período de prevenção, este último ser obrigado a permanecer no seu local de trabalho para poder, se necessário, estar disponível para a sua entidade patronal não basta para qualificar esse período de “tempo de trabalho” na aceção da Diretiva 2003/88. Com efeito, nesse caso, a interdição de o trabalhador deixar o seu local de trabalho não implica necessariamente que tenha de permanecer afastado do seu ambiente familiar e social. Além disso, essa proibição é, em si mesma, menos suscetível de entrar a capacidade de esse trabalhador gerir livremente, durante esse período, o tempo durante o qual os seus serviços profissionais não são solicitados»; *ii*) quando, «devido à própria natureza do local de trabalho, o trabalhador não dispõe, na prática, da possibilidade realista de sair desse local após o horário de trabalho, apenas os períodos durante os quais continua sujeito a limitações objetivas e muito significativas, como a obrigação de estar imediatamente disponível para a sua entidade patronal, devem ser automaticamente qualificados de “tempo de trabalho” na aceção da Diretiva 2003/88, com exclusão dos períodos durante os quais a impossibilidade de sair do seu local de trabalho decorre não dessa obrigação mas unicamente da natureza específica desse local»; «quando devido à inexistência de uma obrigação de permanecer no local de trabalho, um período de prevenção não pode ser automaticamente qualificado de “tempo de trabalho” na aceção da Diretiva 2003/88, cabe ainda aos órgãos jurisdicionais nacionais verificar se, todavia, essa qualificação não se impõe devido às consequências que o conjunto das limitações impostas ao trabalhador acarreta para a sua faculdade de gerir livremente, durante esse período, o tempo durante o qual os seus serviços profissionais não são solicitados e se dedicar aos seus próprios interesses».

atividades profissionais, a partir do momento em que o seu empregador o solicite, conjugado, se for caso disso, com a frequência média das intervenções que esse trabalhador será efetivamente chamado a assegurar durante esse período».

No acórdão *RJ*, estava em causa um trabalhador, RJ, que, nos períodos de disponibilidade, se podia deslocar livremente, desde que «estivesse em condições de chegar à zona urbana da cidade de *Offenbach am Main*, no prazo de 20 minutos, com o seu uniforme de intervenção e o veículo de serviço posto à sua disposição pela sua entidade patronal, exercendo os direitos derogatórios do Código da Estrada e os direitos de prioridade». O TJ segue a mesma linha de raciocínio do acórdão *Radiotelevizija Slovenija*, decidindo que o período de disponibilidade «só constitui, na sua totalidade, “tempo de trabalho” na aceção desta disposição se decorrer de uma apreciação global de todas as circunstâncias do caso em apreço, nomeadamente das consequências desse prazo e, sendo caso disso, da frequência média das intervenções durante esse período, que as limitações impostas a esse trabalhador durante o referido período são de uma natureza tal que afetam objetiva e muito significativamente a capacidade do trabalhador de gerir livremente, durante o mesmo período, o tempo durante o qual os seus serviços profissionais não são solicitados e dedicar esse tempo aos seus próprios interesses».

Embora o TJ não afirme com tanta clareza como no acórdão *Matzak* que os períodos de disponibilidade devem ser considerados tempo de trabalho (e esteja, seguramente, longe da posição do CEDS, para quem, recorde-se, os períodos de disponibilidade não podem ser considerados tempos de descanso), a jurisprudência mais recente demonstra uma maior abertura para que os períodos de disponibilidade possam vir a ser considerados tempos de trabalho na aceção da Diretiva. De facto, denota-se uma certa inflexão relativamente aos acórdãos *Simap* e *Jaeger* e ao Despacho *CIG*, onde se declarava expressamente que era diferente a situação dos trabalhadores «das equipas de urgência [que] efectuem as guardas nos sistema que prevê que estejam permanentemente acessíveis, sem contudo estarem obrigados a uma presença efectiva no estabelecimento de saúde»

relativamente aos que efetuavam esses períodos de guarda em regime de presença física nas instalações do empregador; nos regimes de não presença física, «os médicos podem gerir o seu tempo com menos constrangimentos e consagrar-se aos seus próprios interesses», pelo que «apenas o tempo que se relaciona com a prestação efectiva dos serviços de urgência deve ser considerado como tempo de trabalho na aceção da Directiva.»³⁸ Agora, o TJ não se opõe a que os tempos de disponibilidade que não requerem a presença física do trabalhador sejam considerados tempos de trabalho desde que se demonstre, perante as condições concretas de resposta à chamada, que o trabalhador vê seriamente afetada a possibilidade de gestão da sua vida familiar e social, cabendo essa aferição aos órgãos jurisdicionais nacionais.³⁹

Da jurisprudência mais recente do TJ⁴⁰, resulta que os tempos de disponibilidade não presencial podem ser considerados tempos de trabalho, na aceção da Directiva, desde que, atendendo às limitações impostas ao trabalhador no que respeita ao gozo, se possa afirmar que elas são de tal ordem que lhe coartam a possibilidade de descansar e de se dedicar aos afazeres pessoais, com um mínimo de livre-arbítrio. Caberá ao juiz de cada Estado determinar os casos em que estas limitações se verificam, tendo o TJ definido as seguintes linhas orientadoras:

(i) as limitações que relevam para efeitos de saber se o período de disponibilidade deve ser qualificado como tempo de trabalho ou período de descanso são apenas aquelas que derivam da lei, de convenção coletiva ou da imposição do empregador; não são de atender os constrangimentos que tenham por base elementos naturais ou a vontade do trabalhador, como, por exemplo, a distância entre o lugar

³⁸ Acórdão *Simap*, de 03/10/2000, proc. C-303/98, EU:C:2000:528, n.º 50.

³⁹ Sobre a importância dos acórdãos *Radiotelevizija Slovenija* e *RJ* e as suas consequências, vide, por exemplo, Montoya Medina (2021), pp. 169–178.

⁴⁰ Acórdãos *Matzak*, de 21/02/2018, proc. C-518/15, EU:C:2018:82, *Radiotelevizija Slovenija*, de 9/03/2021, proc. C-344/19, EU:C:2021:182, *RJ*, de 9/03/2021, proc. C-580/19, EU:C:2021:183, *MG*, de 11/11/2021, proc. C-214/20, EU:C:2021:909.

em que o trabalhador decidiu viver e o lugar onde tem de prestar a sua atividade;

(ii) deve atender-se ao tempo que o trabalhador tem para responder à chamada do empregador; quanto mais curto ele for, menores são as possibilidades de o trabalhador se dedicar ao ócio nos períodos de disponibilidade; o TJ utiliza, no entanto, o conceito indeterminado de «prazo razoável» para cuja concretização deve ter-se em conta não só o tempo de que efetivamente o trabalhador dispõe para responder à chamada, mas também as limitações (v. g. a obrigação de permanecer no domicílio durante o período de prevenção ou de ter consigo determinado equipamento de trabalho) e as facilidades concedidas (v. g. disponibilidade de veículo de serviço que permite assinalar marcha de urgência ou que a satisfação do interesse do empregador possa ser feita sem que tenha de sair do lugar em que se encontra⁴¹) e que condicionam a resposta do trabalhador à chamada;

(iii) deve também atender-se à frequência média das intervenções efetivas do trabalhador durante dos períodos de disponibilidade, ou seja, deve o juiz ter em conta a frequência com que o trabalhador é chamado a trabalhar nos períodos de disponibilidade; quanto maior for essa frequência, mais provável é que o trabalhador seja chamado a trabalhar e, portanto, menor a sua predisposição para o descanso.

Aplicando estes critérios ao caso de um bombeiro-sapador contratado a tempo parcial, que estava sujeito a um sistema de prevenção em regime de disponibilidade contínua, nos termos do qual tinha de participar em 75% das intervenções da sua brigada, que não estava obrigado, durante os seus períodos de prevenção, a estar presente num local determinado, devendo, em caso de chamada, chegar ao quartel nos cinco minutos seguintes ou, no máximo, em dez minutos e que, durante os períodos de prevenção, podia exercer outra atividade profissional, por conta própria ou alheia, o TJ, remetendo a decisão final para o tribunal de reenvio, afirmou que «a possibilidade oferecida a MG de exercer outra atividade profissional durante os

⁴¹ Do nosso ponto de vista, este critério pode ser pernicioso numa economia cada vez mais digitalizada.

seus períodos de prevenção constitui uma indicação importante de que as modalidades do regime de disponibilidade contínua não sujeitem este trabalhador a grandes restrições, com um impacto muito significativo na gestão do seu tempo, desde que se verifique que os seus direitos e obrigações decorrentes do seu contrato de trabalho, das convenções coletivas e da regulamentação do Estado-Membro em causa são adaptados de uma forma que permite o exercício efetivo dessa atividade durante uma parte considerável desses períodos.»⁴²

Ademais, o TJ já afirmou que a aplicação da Diretiva 2003/88 não afasta a aplicação da Diretiva 89/391, 12 de junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho (nomeadamente, dos seus artigos 5.º e 6.º) e, por isso, «as entidades patronais não podem instituir períodos de prevenção de tal modo longos ou frequentes que constituam um risco para a segurança ou a saúde dos trabalhadores, independentemente do facto de esses períodos serem qualificados de “períodos de descanso” na aceção do artigo 2.º, ponto 2, da Diretiva 2003/88»⁴³, cabendo aos «Estados-Membros definir, no seu direito nacional, as modalidades de aplicação desta obrigação».⁴⁴

Deste modo, sem alterar formalmente conceitos, sem criar uma terceira espécie de tempo, e sem afirmar (ainda?) que os períodos de disponibilidade são tempos de trabalho, o TJ tenta adaptar a legislação europeia às formas flexíveis de prestação de trabalho. No entanto, considerando a cada vez maior frequência destas situações, são várias as vozes que reclamam a alteração das normas da União, no sentido de as adequar às formas de trabalho atuais, afastando a incerteza interpretativa que a todos assola neste momento.

Por último, devemos referir, também, que, de acordo com a interpretação do TJ, a Diretiva 2003/88 não se opõe a que os períodos de disponibilidade sejam retribuídos de forma diferente, quer dos

⁴² Acórdão *MG*, de 11/11/2021, proc. C-214/20, EU:C:2021:909, n.º 43.

⁴³ Acórdãos *RJ*, de 9/03/2021, proc. C-580/19, EU:C:2021:183, n.º 60, e *MG*, de 11/11/2021, proc. C-214/20, EU:C:2021:909, n.º 47.

⁴⁴ Acórdão *Radiotelevizija Slovenija*, de 9/03/2021, proc. C-344/19, EU:C:2021:182, n.ºs 61 a 65 e jurisprudência referida; e Acórdão *RJ*, de 9/03/2021, proc. C-580/19, EU:C:2021:183, n.º 60.

períodos de trabalho efetivo quer dos períodos de descanso⁴⁵, deixando assim aos Estados e à contratação coletiva margem para regular os efeitos económicos da prestação de trabalho a chamada.

O terceiro critério utilizado pelo TJ para aferir se um determinado período deve ser considerado tempo de trabalho é o relativo a o trabalhador estar no exercício da sua atividade ou das suas funções. Não se exige que o trabalhador esteja sempre a executar o trabalho; o critério não se confunde com um conceito de trabalho efetivo. Para o preenchimento deste critério, a intensidade das atividades realizadas, assim como a sua interrupção, são irrelevantes.⁴⁶

3.3. Considerações à luz do Direito interno português

Nos termos do artigo 197.º, n.º 1, do Código do Trabalho, tempo de trabalho é «qualquer período durante o qual o trabalhador exerce a actividade ou permanece adstrito à realização da prestação, bem como as interrupções e os intervalos previstos» no n.º 2 do artigo.

O legislador laboral definiu os períodos de descanso pela negativa, como aqueles que não sejam tempo de trabalho (artigo 199.º do Código do Trabalho). Trata-se de períodos em que o trabalhador não está na dependência do empregador, não está sujeito às suas ordens e que pode gerir como lhe aprouver.

Assim, para o legislador nacional, o tempo ou é de trabalho ou é de descanso, não existindo um terceiro tipo.⁴⁷

No ordenamento jurídico interno, os períodos de disponibilidade são regulados apenas no DL n.º 237/2007, de 19 de junho, que

⁴⁵ Neste sentido, o acórdão *Dellas e o.*, de 01/12/2005, proc. C-14/04, EU:C:2005:728, n.º 38, o Despacho *Grigore*, de 04/03/2011, proc. C-258/10, EU:C:2011:122, n.º 4, e, de forma mais contundente, o Despacho *Vorel*, de 11/01/2007, proc. C-437/05, EU:C:2007:23, n.ºs 32, 35 e 36.

⁴⁶ Acórdão *Simap*, de 03/10/2000, proc. C-303/98, EU:C:2000:528, n.º 48; os Despachos *Vorel*, de 11/1/2007, proc. C-437/05, EU:C:2007:23, n.º 25; o Acórdão *Dellase o.*, de 01/12/2005, proc. C-14/04, EU:C:2005:728, n.º 43; Acórdão *Pfeiffer e o.*, de 5/10/2004, proc. apensos C-397/01 a C-403/01, n.ºs 93 e 94.

⁴⁷ Nas palavras de Milena Silva Rouxinol e de Joana Nunes Vicente, «o conceito de tempo de trabalho se inscreve num sistema binário, em cujos termos o tempo ou é de trabalho, ou é de repouso, sem *tertium genus*. (...) Este sistema binário adotado pelo legislador português deriva do Direito da União Europeia». Rouxinol e Vicente (2019), p. 575.

transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2002/15/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, relativa à organização do tempo de trabalho das pessoas que exercem atividades móveis de transporte rodoviário. Este diploma qualifica os tempos de disponibilidade como não sendo tempos de trabalho (artigo 5.º do DL n.º 237/2007) e a jurisprudência maioritária tem afirmado que, por assim ser, os abonos e subsídios de disponibilidade ou de prevenção recebidos pelos motoristas não devem ser considerados retribuição, ainda que haja regularidade no seu recebimento.⁴⁸ Segundo a doutrina, este regime próprio dos motoristas «difere do estabelecido no art. 197, n.º 1; porém, na medida em que tem natureza especial, aquele preceito não pode ser objecto de extensão por analogia».⁴⁹

Da leitura do CT parece resultar que tempo de trabalho: (i) é aquele em que o trabalhador está a executar a atividade contratada; (ii) é também aquele em que o trabalhador está adstrito à realização da prestação; (iii) e ainda, as interrupções e os intervalos previstos no n.º 2 do artigo 197.º. Assim, tempo de trabalho não é apenas aquele em que o trabalhador está, de facto, a executar a atividade para que foi contratado, mas engloba também os períodos em que o trabalhador não está a trabalhar mas está à disposição do empregador, e ainda períodos de não trabalho, normalmente curtos, previstos em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, no regulamento interno ou resultantes dos usos, impostos por razões de segurança e saúde, por motivos técnicos ou para satisfação de necessidades básicas do trabalhador.

⁴⁸ Neste sentido, por exemplo, os ac. STJ de 02/05/2018, proc. n.º 157/14.3TTSTR.EI.SI; os ac. TRL de 17/12/2014, proc. n.º 715/13.3TTVFX.L1-4; de 13/01/2016, proc. n.º 7421/14.0T8LSB.L1-4; de 26/04/2018, proc. n.º 716/13.1TTVFX.L1-4; os ac. TRE de 07/07/2016, proc. 119/14.0TTFAR.EI; de 07/09/2016, proc. n.º 652/13.1TTFAR.EI; de 16/02/2017, proc. n.º 618/13.1TTFAR.EI; de 14/09/2017, proc. n.º 157/14.3TTSTR.EI; de 28/09/2017, proc. n.º 21/14.6TTFAR.EI. Na nossa pesquisa, os arestos que encontramos e que decidiram que os subsídios de disponibilidade ou abonos de prevenção deviam ser considerados retribuição, não se referiam a trabalhadores do sector rodoviário [ac. TRP de 16/12/2015, proc. n.º 364/14.9TTOAZ.P1 (técnico especialista e outros); ac. TRP de 15/12/2016, proc. n.º 1116/14.IT8PNF.P1 (eletrotécnico); ac. TRP de 13/02/2017, proc. n.º 84/16.0T8PNF.P1 (técnico da área das telecomunicações) — decisão que depois foi contrariada pelo ac. STJ de 12/10/2017, proc. n.º 84/16.0T8PNF.P1].

⁴⁹ Fernandes (2018), p. 78.

Daqui advém que, por um lado, o conceito de tempo de trabalho é um conceito «normativo e não naturalístico ou simplesmente descritivo»⁵⁰, porquanto parece abarcar situações em que pode não haver a prestação efetiva de trabalho; por outro, não parece resultar do Código do Trabalho que os segmentos do n.º 1 do artigo 197.º sejam cumulativos, «como não se vislumbra qualquer sinal de um requisito de ordem espacial».⁵¹ Assim, o regime interno português torna-se mais protetor para o trabalhador, sem que a isso se oponha o Direito da União (*cf.* artigo 15.º da Diretiva 88/2003).

Sendo os tempos de disponibilidade ou de prevenção aqueles em que o trabalhador tem de estar disponível para atender ao chamamento do empregador, nos termos por ele definidos, secundamos a doutrina que defende que, à luz do Código do Trabalho, aqueles só podem ser considerados tempos de trabalho, independente de terem de ser passados nas instalações do empregador ou de o trabalhador poder ausentar-se.⁵² De facto, mesmo quando se pode ausentar do local de trabalho, o trabalhador não tem verdadeira disponibilidade deste tempo, no sentido de poder fazer com ele o que quiser, porquanto sempre impende sobre ele o jugo de poder ser chamado a trabalhar. Por assim ser, o tempo de disponibilidade não pode ser equiparado a tempo de descanso, relevante para a determinação do cumprimento dos limites à jornada de trabalho, salvaguarda do direito ao descanso e à segurança e saúde no trabalho, direitos constitucionalmente protegidos. Neste sentido, parece ir, aliás, o Tribunal Constitucional ao afirmar que «os direitos ao repouso e ao estabelecimento de um limite máximo de jornada de trabalho impõem que a actividade laboral, mesmo a acentuadamente intermitente, esteja temporalmente limitada, não sendo suficiente a possibilidade que o trabalhador tem de exercer actividades pessoais durante os intervalos entre as prestações de trabalho efectivo. A referida possibilidade

⁵⁰ Monteiro (2013), p. 477. Também neste sentido, Rouxinol e Vicente (2019), p. 577.

⁵¹ Rouxinol e Vicente (2019), p. 580.

⁵² Fernandes (2018), pp. 84–86; Carvalho (2017), p. 309; Martins (2018), pp. 59–67; Rouxinol e Vicente (2019), p. 580.

de aproveitamento para fins pessoais dos intervalos decorre da natureza do trabalho em causa, e, na medida em que cederá mediante qualquer solicitação decorrente da actividade profissional, não pode ser tida como período de descanso para efeito de preenchimento do núcleo essencial do respectivo direito constitucionalmente consagrado. Tal direito exige que o trabalhador disponha de períodos durante os quais sobre si não impenda o dever de acorrer a qualquer solicitação da entidade empregadora, o que só acontecerá se existir um limite máximo da jornada de trabalho».⁵³

Porém, não tem sido este o entendimento maioritário da jurisprudência nacional. Na verdade, os nossos tribunais têm decidido que os períodos de disponibilidade, quando passados pelo trabalhador fora das instalações do empregador, não revestem a natureza de tempo de trabalho⁵⁴, mesmo que não esteja em causa uma atividade abrangida pelo DL n.º 237/2007. Por consequência, a jurisprudência maioritária vai também no sentido de que os subsídios de prevenção ou de disponibilidade recebidos por estes trabalhadores não são de considerar retribuição⁵⁵, o que coloca problemas de compatibilidade com a CSER e com a CRP.⁵⁶

⁵³ Ac. TC n.º 368/97, de 14/05/1997, proc. n.º 21/95, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970368.html>.

⁵⁴ Neste sentido, por exemplo, os acórdãos do STJ de 20/06/2018, proc. n.º 641/15.IT8LSB.L1.S1, e de 30/04/2019, proc. n.º 6590/15.6T8LSB.L1.S1, que, de forma idêntica, decidiram que «II — Os tempos, fora dos períodos em que, de acordo com as escalas de serviço previamente divulgadas, têm serviço atribuído, os condutores não são obrigados a permanecer no seu posto de trabalho, nem sequer nas instalações da empresa, mas sabem que podem ser chamados para acorrer à realização de qualquer serviço, não revestem a natureza de tempo de trabalho, quer na qualificação do Decreto-Lei 237/2007 de 19/06, quer dos artigos 197.º e 199.º do Código de Trabalho.» Em termos semelhantes, podemos encontrar os ac. STJ de 23/02/2005, proc. n.º 04S3164 (trabalhador de clínica veterinária); de 19/11/2008, proc. n.º 08S0930 (bombeiro); de 09/01/2019, proc. n.º 2066/15.07T8PNF.P1.S1 (condutor de reboques); e o ac. TRE de 30/08/2012, proc. n.º 155/11.9T2SNS.E1 (bombeiro).

⁵⁵ Refira-se o ac. STJ de 14/05/2015, proc. n.º 2428/09.ITTLSB.L1.S1 (técnico de telecomunicações), o ac. do STJ de 21/09/2017, proc. n.º 393/16.8T8VIS.C1.S1, e o já citado ac. STJ de 12/10/2017, proc. 84/16.0T8PNF.P1.S2 (que revogou o ac. TRP de 13/02/2017, que, recorde-se, tinha decidido no sentido de que o abono de prevenção deveria ser considerado retribuição). Do TRP refira-se o ac. de 05/10/2015, proc. n.º 1983/12.3TTPNF.P1 (sector das telecomunicações) e o ac. de 10/9/2018, proc. 3126/16.5T8PNF.P1 (sector das

O facto de os períodos de disponibilidade serem considerados como tempo de trabalho não implica, necessariamente, que sejam retribuídos do mesmo modo que os tempos de trabalho efetivo. Isto mesmo foi admitido pelo TJ no Despacho *Vorel*, de 11/01/2007 (proc. C-437/05, EU:C:2007:23, n.º 35) e reiterado no Acórdão *Tyco*, de 10/09/2015 (proc. C-266/14 EU:C:2015:578, n.º 47). O TJ ressalva que, em todo o caso, o regime de retribuição instituído pelo Estado-membro deve assegurar na íntegra o efeito útil dos direitos conferidos aos trabalhadores pelas Diretivas aplicáveis, destinados a assegurar a proteção eficaz da sua saúde e da sua segurança.⁵⁷ Ademais, não deve pôr em causa o direito a uma retribuição justa pelo trabalho prestado e, no caso português, à retribuição mínima mensal garantida.

Várias convenções coletivas portuguesas regulam os períodos de disponibilidade. A licitude das estipulações convencionais depende da sua concreta formulação, na medida em que, por força do artigo 3.º, n.º 3, alíneas *g)* e *h)*, as convenções coletivas não podem alterar as normas reguladoras do contrato de trabalho em sentido menos favorável ao trabalhador no que se refere aos «[l]imites à duração dos períodos normais de trabalho diário e semanal» e à «[d]uração mínima dos períodos de repouso, incluindo a duração mínima do período anual de férias». Por assim ser, não basta que os períodos de disponibilidade estejam previstos e regulados na contratação coletiva para que, só por si, possam ser aplicados a uma concreta relação de trabalho, já que, em qualquer caso, para serem lícitos, não podem afrontar as normas legais, isto é, não podem estabelecer condições menos favoráveis do que as previstas na legislação do trabalho.⁵⁸

telecomunicações). Do TRE indique-se o ac. de 30/08/2012, proc. n.º 155/11.9T2SNS.E1 (bombeiro).

⁵⁶ Carvalho (2017), p. 310.

⁵⁷ Despacho *Vorel*, de 11/01/2007, proc. C-437/05, EU:C:2007:23, n.º 35.

⁵⁸ O mesmo se diga das estipulações do contrato individual de trabalho, por força do artigo 3.º, n.º 4 do CT.

4. O tempo de trabalho dos trabalhadores das plataformas

4.1. Do seu enquadramento à luz do ordenamento jurídico português atual

A partir do momento em que manifestam a sua disponibilidade para trabalhar, através da aplicação, os trabalhadores deixam de ter verdadeira disponibilidade pessoal, tudo se passando como se estivessem presencialmente na empresa. A utilização da tecnologia, pressuposta no trabalho através de plataformas, anula os tempos de resposta do trabalhador à chamada, impossibilitando o exercício de qualquer outra atividade, sob pena de ser excluído ou fortemente penalizado na que desempenha através da plataforma.

Os períodos de disponibilidade dos trabalhadores das plataformas assemelham-se aos períodos de disponibilidade dos trabalhadores da «economia tradicional», pelo que devem ter tratamento idêntico. Há, portanto, que trazer à colação o DL n.º 237/2007, de 19 de junho, e o Código do Trabalho, interpretados à luz das normas constitucionais e de Direito Internacional aplicáveis.

Recorde-se que o DL n.º 237/2007, de 19 de junho, não se aplica a todas as atividades móveis de transporte rodoviário. Por força da remissão para o Regulamento (CEE) n.º 3820/85, do Conselho, de 20 de dezembro, o DL n.º 237/2007 apenas se aplica ao «transporte rodoviário: a) [d]e mercadorias, em que a massa máxima autorizada dos veículos, incluindo reboques ou semi-reboques, seja superior a 3,5 toneladas, ou b) [d]e passageiros, em veículos construídos ou adaptados de forma permanente para transportar mais de nove pessoas, incluindo o condutor, e destinados a essa finalidade», pelo que estão fora do seu âmbito a maioria das situações de transporte de mercadorias típicas da economia das plataformas (*v.g.* Deliveroo, UberEats, Glovo) por implicarem o transporte de mercadorias em veículos de pequena tonelagem e de pessoas em veículos até nove lugares.⁵⁹

⁵⁹ No caso do transporte de passageiros, a limitação do número máximo de passageiros resulta da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, que instituiu o Regime Jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica (TVDE).

No entanto, no que à organização do tempo de trabalho respeita, o DL n.º 237/2007 aplica-se aos motoristas vinculados por contrato de trabalho, por força da remissão do artigo 10.º, n.º 12, da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto⁶⁰, pelo que, quanto ao transporte de pessoas solicitado a partir de plataformas, aplica-se, nomeadamente, a regra de que os períodos de disponibilidade não são tempos de trabalho.⁶¹

Quanto aos demais trabalhadores das plataformas, aplica-se o disposto no Código do Trabalho, pelo que, pelos motivos que supra-aduzimos, os períodos de disponibilidade devem considerar-se tempos de trabalho.

Ainda não existe, em Portugal, contratação coletiva dirigida, especificamente, à regulação do tempo de trabalho dos trabalhadores de plataformas nem dos períodos de disponibilidade.⁶²

Quanto aos trabalhadores independentes que desempenhem uma atividade através de plataformas digitais, quando se possa afirmar a existência de dependência económica, aplicam-se-lhes as regras do CT relativas aos direitos de personalidade, à igualdade e não-discriminação, à segurança e à saúde no trabalho, e os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho negociais em vigor no âmbito do mesmo sector de atividade, profissional e geográfico (artigos 10.º e 10.º-A do CT).⁶³

⁶⁰ Ainda por força desta Lei, ao motorista independente aplica-se o regime de organização do tempo de trabalho previsto no DL n.º 117/2012, de 5 de junho.

⁶¹ Salvo melhor opinião, não se veem razões para que os motoristas de TVDE sejam tratados de modo diferente dos demais trabalhadores quanto à qualificação dos períodos de disponibilidade.

⁶² Ao contrário do que se vem já ensaiando noutros países, como a Dinamarca. Neste país, a convenção coletiva, para os anos de 2021–2023, celebrada entre 3F e a Câmara do Comércio da Dinamarca, determina que todo o tempo de conexão dos trabalhadores à aplicação é tempo de trabalho, mas que os períodos em que o trabalhador não está a exercer uma atividade (períodos de disponibilidade) não são remunerados (artigo 3/1 da Convenção, disponível em <https://www.danskerhverv.dk/siteassets/mediafolder/dokumenter/03-overenskomster/overenskomst-2020-2023/collective-agreement-on-food-delivery-work-2021-2023-madudbringningsoverenskomsten.pdf>).

⁶³ Apesar de, desde 1 de maio de 2023, o Código do Trabalho prever a representação coletiva dos trabalhadores independentes com dependência económica (TIDE) e a possibilidade de

Na medida em que desempenhem o seu trabalho no domicílio, os trabalhadores independentes com dependência económica (TIDE) podem estar abrangidos pela Lei n.º 101/2009, de 8 de setembro, e bem assim por algumas disposições relativas aplicáveis aos teletrabalhadores (*cf.* artigo 165.º, n.º 2, do CT). Nenhuma destas normas versa, em especial, sobre a regulação dos tempos de trabalho e dos períodos de disponibilidade.

Por força do artigo 10.º, n.º 12, da Lei n.º 45/2018, 10 de agosto, aplica-se aos condutores de TVDE que sejam trabalhadores independentes as limitações aos tempos de trabalho previstos no DL n.º 117/2012, de 5 de junho.

Ciente de que um dos grandes desafios colocados pelo trabalho através de plataformas é o da qualificação do vínculo, a Lei n.º 13/2023, na sequência da recomendação do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*⁶⁴ para que se previssem indícios de laboralidade específicos para o trabalho através de plataformas digitais, aditou o artigo 12.º-A ao CT. Relacionado com o tema dos tempos de trabalho, prevê o n.º 1, alínea *d*), que se presuma a existência de um contrato de trabalho quando «[a] plataforma digital restringe a autonomia do prestador de atividade quanto à organização do trabalho, especialmente quanto à escolha do horário de trabalho ou dos períodos de ausência, à possibilidade de aceitar ou recusar tarefas, à utilização de subcontratados ou substitutos, através da aplicação de sanções, à escolha dos clientes ou de prestar atividade a terceiros via plataforma.»⁶⁵

Por força da Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, e do Código do Trabalho (artigo 106.º do CT), o empregador tem o dever de prestar

negociação de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, a verdade é que estas normas estão, ainda, dependentes de regulamentação.

⁶⁴ Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social (2022).

⁶⁵ A semelhança da técnica utilizada para o artigo 12.º do CT, para que possa fazer uso da presunção, o prestador da atividade deve provar, pelo menos, dois dos indícios listados no novo artigo 12.º-A (sem prejuízo da aplicação do previsto no atual artigo 12.º do CT).

informação sobre os tempos de trabalho e «[s]e não for possível indicar um horário fixo devido à natureza do trabalho a prestar, como no caso de um contrato de trabalho ocasional, os empregadores deverão informar os trabalhadores do modo como será determinado o seu tempo de trabalho, incluindo as faixas horárias em que podem ser chamados a trabalhar e o período de antecedência mínima com que devem ser notificados antes do início da prestação de trabalho» (Considerando 21 da referida Diretiva).

4.2. Perspetivas quanto à regulação dos tempos de trabalho dos trabalhadores das plataformas

As organizações internacionais, nomeadamente a OIT, têm sido particularmente ativas no trabalho de discussão dos problemas jurídico-laborais colocado pelas plataformas digitais.

Em 2015, na 104.^a Conferência Internacional do Trabalho, o diretor-geral da OIT, Guy Ryder, lançou a iniciativa *Future of Work*⁶⁶, que propunha uma reflexão global sobre as alterações recentes no mundo do trabalho de modo a encontrar linhas de atuação para as ações futuras daquela organização, através de uma ampla discussão em todos os países, com vista à preparação de um relatório que, depois, servisse de base à Declaração do Centenário sobre o Futuro do Trabalho.⁶⁷

Encerrando uma profunda reflexão sobre o futuro do trabalho, esta declaração assume grande importância, não só por marcar o centenário da OIT, mas sobretudo por constituir o guia de ação da Organização para os próximos anos.⁶⁸

⁶⁶ Para uma cronologia completa desta iniciativa, *vide* https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_546802/lang--en/index.htm, consultada pela última vez em 01/07/2023.

⁶⁷ Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711674.pdf, consultada pela última vez em 01/07/2023.

⁶⁸ O texto final da Declaração sofreu algumas alterações relativamente ao Projeto de Declaração para consideração da Conferência (disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_706928.pdf, consultado pela última vez em 13/07/2019), na medida em que, por exemplo, acabou por não declarar expressamente a segurança e saúde no trabalho como «um princípio e direito fundamental no trabalho.» Na verdade, enquanto no Projeto de Declaração se pode ler que

No que respeita ao trabalho através de plataformas, resulta que a Conferência convida todos os membros, tendo em conta as circunstâncias nacionais, a trabalharem individual e coletivamente, numa base tripartida e assente no diálogo social, e com o apoio da OIT, a desenvolverem a sua abordagem centrada no Homem para o futuro do trabalho, de forma que:

- todas as pessoas tenham acesso a uma proteção social universal, abrangente e sustentável⁶⁹;
- todos os trabalhadores, independentemente da sua situação laboral, usufruam de uma proteção adequada em conformidade com a agenda do trabalho digno, tendo em conta o respeito pelos seus direitos fundamentais, um salário mínimo adequado, limites máximos de tempo de trabalho, e segurança e saúde no trabalho⁷⁰;
- se promova o crescimento económico sustentado, inclusivo e sustentável, o pleno-emprego, o trabalho produtivo e o trabalho digno para todos, através de políticas e de medidas que assegurem a privacidade e a proteção dos dados pessoais e que respondam aos desafios e às oportunidades relacionadas com a transformação digital do trabalho, incluindo o trabalho através de plataformas.⁷¹

Mas o esforço da OIT em torno da discussão mundial dos problemas gerados pelas plataformas digitais e do modo como eles podem pôr em causa o objetivo do trabalho digno e do desenvolvimento sustentável não esmoreceu após a Declaração do Centenário. Vários têm sido os estudos patrocinados por aquela organização

«a segurança e saúde no trabalho é um princípio e direito fundamental no trabalho, além dos enunciados na Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998)» (p. 7), na redação final da Declaração do Centenário para o Futuro do Trabalho, adotada na 108.ª Conferência, diz-se que «a segurança e saúde no trabalho são fundamentais para o trabalho digno» (p. 5).

⁶⁹ Declaração do Centenário para o Futuro do Trabalho, cit., p. 5.

⁷⁰ Declaração do Centenário para o Futuro do Trabalho, cit., p. 5.

⁷¹ Declaração do Centenário para o Futuro do Trabalho, cit., p. 6.

internacional. Um dos mais recentes — denominado «Perspetivas Sociais e de Emprego no Mundo — O papel das plataformas digitais na transformação do mundo do trabalho» — alerta para a necessidade de alargar a regulação dos tempos de trabalho aos trabalhadores independentes (das plataformas), de modo a prover à sua segurança e saúde⁷² e descreve vários exemplos de tentativas de regulação dos tempos de trabalho dos trabalhadores das plataformas em vários países.

A OIT criou um grupo de especialistas para debater as melhores soluções a adotar quanto ao trabalho nas plataformas e, em março de 2023, o Conselho de Administração da OIT decidiu que haverá, na 113.^a Conferência Internacional do Trabalho (a realizar em 2025), uma sessão de definição de normas internacionais do trabalho sobre o trabalho digno em plataformas.⁷³

Também a União Europeia tem demonstrado que está atenta aos efeitos laborais das plataformas digitais. Em 2016, a Comissão Europeia adotou a Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, que veio clarificar o conceito de trabalho nas plataformas e fornecer orientação sobre o estatuto jurídico dos trabalhadores das plataformas. No mesmo ano, a comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões — «Lançamento de uma consulta sobre um Pilar Europeu dos Direitos Sociais» COM(2016) 127 final — defendia que o trabalho autónomo economicamente dependente deveria ser objeto de um certo grau de harmonização.

Em novembro de 2017, a proclamação do Pilar Europeu dos Direitos Sociais à União Europeia reforça a necessidade de promover relações de trabalho sustentáveis, que proporcionem aos trabalhadores segurança e bem-estar, sem que a proteção conferida às formas de trabalho mais tradicionais e às ditas atípicas ponham em causa o desenvolvimento económico.

⁷² OIT (2021), p. 234.

⁷³ Fonte: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_883731/lang--pt/index.htm, consultada em 1 de agosto de 2023.

No âmbito das iniciativas de implementação do Pilar, em 20 de junho de 2019, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a Diretiva 2019/1152, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia. Esta refere expressamente que «os trabalhadores domésticos, os trabalhadores ocasionais, os trabalhadores intermitentes, os trabalhadores por cheque-serviço, os trabalhadores de plataformas, os estagiários e os aprendizes podem ser abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva», desde que preencham os critérios que o TJ definiu para determinar o estatuto de trabalhador.⁷⁴ De fora ficam apenas os «genuínos trabalhadores por conta própria» (Considerando 8). Como refere Francisco Liberal Fernandes, «o facto de o legislador ter optado por uma técnica remissiva para definir o conceito de trabalhador deixa em aberto a possibilidade de o âmbito do direito social comunitário ganhar novos contornos e acompanhar a evolução do mercado de trabalho e de emprego».⁷⁵ Já em 8 de novembro de 2019, o Conselho adotou a Recomendação relativa ao acesso à proteção social dos trabalhadores por conta de outrem e por conta própria (2019/C 387/01).

Em 2019, a Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais, do Parlamento Europeu, deu início a um procedimento de iniciativa própria

⁷⁴ Acórdãos do Tribunal de Justiça, de 3 de julho de 1986, *Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg*, processo C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284; 14 de outubro de 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, Processo C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612; 9 de julho de 2015, *Ender Balkaya contra Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; 4 de dezembro de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411; e 17 de novembro de 2016, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH v Ruhrlandklinik gGmbH*, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

⁷⁵ Fernandes (2019), p. 107 [165]. O autor também reconhece que o facto de o TJ privilegiar o conceito tradicional de trabalhador poderá fazer com que, na prática, a opção conceitual plasmada na Diretiva 2019/1154, no imediato, contribua para «retardar a configuração a nível comunitário do vínculo laboral a partir de elementos económicos e o reconhecimento do conceito de trabalhador autónomo dependente, entre outros possíveis arranjos», mas realça que o facto de a Diretiva «reconhecer sem reservas a natureza laboral do trabalho ocasional, intermitente, à chamada, do trabalho por cheque-serviço ou do prestado através [de] plataformas digitais» contribui para reforçar a eficácia da legislação do trabalho e para resolver uma das questões com maiores repercussões na atualidade em termos de coesão social a nível dos mercados nacionais». *Ibidem*, pp. 109–110.

sobre «Condições de trabalho justas, direitos e proteção social para trabalhadores das plataformas — Novas formas de emprego ligadas ao desenvolvimento digital (2019/2186 (INI))» (relatora Sylvie Brunet, *Renew Europe*) que desembocou na Resolução do PE, de 16 de setembro de 2021, sobre condições de trabalho justas, direitos e proteção social para os trabalhadores das plataformas — novas formas de emprego associadas ao desenvolvimento digital (2019/2186(INI))⁷⁶. Nesta Resolução, o Parlamento Europeu «insta a Comissão e os Estados-Membros a assegurarem que o tempo de espera e a disponibilidade na plataforma sejam considerados tempo de trabalho para os trabalhadores de plataformas numa relação de trabalho».

Em dezembro de 2021, a Comissão Europeia apresentou uma Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais⁷⁷ que não reconhece expressamente os tempos de disponibilidade como tempos de trabalho, apesar de referir, na exposição de motivos, a jurisprudência do TJ sobre o alargamento do conceito de tempo de trabalho aos períodos de disponibilidade em que o trabalhador não tem de permanecer em local definido pelo empregador, desde que estejam significativamente restringidas as possibilidades de o trabalhador exercer outras atividades. Em reunião de 12 de junho de 2023, os ministros do Emprego e dos Assuntos Sociais chegaram a acordo sobre a orientação geral que o Conselho seguirá nas negociações com o Parlamento Europeu sobre a futura Diretiva relativa à melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais.⁷⁸

⁷⁶ Vejam-se, nesta Resolução, os vários estudos e documentos oficiais em que o Parlamento Europeu se baseou e que demonstram a intensa atividade desenvolvida neste domínio pelas instâncias europeias.

⁷⁷ Comissão Europeia (2021). Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais COM/2021/762. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0762R%2801%29&qid=1690980991482>.

⁷⁸ Para mais desenvolvimentos, vide <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2023/06/12/rights-for-platform-workers-council-agrees-its-position/>.

5. Conclusões

As atuais formas de organização empresarial e, em particular, o trabalho prestado através de plataformas digitais, reclamam uma nova definição dos tempos de trabalho e de descanso. A conceção puramente binária não responde satisfatoriamente às necessidades de regulação. A jurisprudência do Tribunal de Justiça permite identificar algumas linhas orientadoras no tratamento do tema, mas impõe-se uma tomada de posição mais clara do legislador sobre esta matéria.

Salvo melhor opinião, os tempos de disponibilidade não podem ser tratados como períodos de descanso que, por definição, devem poder ser fruídos, sem restrições, pelo trabalhador. No entanto, também se compreende que os tempos de disponibilidade podem não comungar das mesmas características do tempo de trabalho (tudo dependendo da sua configuração concreta), pelo que podem requerer tratamento jurídico diverso.

Na ausência de normas específicas sobre o assunto, e à luz do ordenamento jurídico português, parece-nos que os tempos de disponibilidade dos trabalhadores que prestam trabalho subordinado através de plataforma digital devem ser considerados como tempos de trabalho (com exceção dos motoristas de TVDE, por força da remissão da Lei n.º 45/2018, embora nos pareça defensável, de *iure constituendo*, a eliminação deste tratamento diferenciado).

Referências bibliográficas

- ALVES, Filipe Cerqueira (2017). Compreender a Carta Social Europeia Revista: convenções internacionais e os seus efeitos nas ordens jurídicas nacionais. *Lex Social — Revista de los Derechos Sociales*, n.º 1, pp. 17–41.
- CARVALHO, Catarina de Oliveira (2017a). O impacto da jurisprudência do Comité Europeu de Direitos Sociais em matéria laboral no ordenamento jurídico português. *Lex Social — Revista de los Derechos Sociales*, n.º 1, pp. 211–243.
- (2017b). Reflexões sobre o conceito de tempo de trabalho no direito europeu e respetiva articulação com o direito nacional. In Bernardo da Gama Lobo Xavier *et al.* (coord.). *Estudos do Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes* (pp. 280–312), Parte I. Vila Nova de Famalicão: NovaCausa.
- CARVALHO, Raquel (2017). Os mecanismos de monitorização da CSER realizados pelo Comité Europeu de Direitos Sociais: o Sistema de Relatórios e o Sistema de Reclamações Coletivas. *Lex Social — Revista jurídica de los Derechos Sociales*, n.º 1, pp. 42–61.

- COMISSÃO EUROPEIA (2020). *Uma nova estratégia industrial para a Europa*, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, COM(2020) 102 final, Bruxelas, 10.03.2020, p. 6, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0102>.
- (2017). *Comunicação interpretativa sobre a Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho*, (2017/C 165/01), publicada no JOUE de 24/05/2017.
- CONSELHO DA EUROPA (2018). *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*. Disponível em <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>. [Consultado em 01/08/2023.]
- DRAY, Guilherme (2019). As Convenções Fundamentais da OIT: Recepção Normativa e Dificuldades de Aplicação. *Documentación Laboral*, ISSN 0211-8556, N.º 116, pp. 27-39. Disponível em [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N116/04%20As%20conven%C3%A7oes%20fundamentais%20da%20OIT%20-%20recep%C3%A7ao%20normativa%20e%20dificuldades%20de%20aplica%C3%A7ao%20\(Dray\).pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N116/04%20As%20conven%C3%A7oes%20fundamentais%20da%20OIT%20-%20recep%C3%A7ao%20normativa%20e%20dificuldades%20de%20aplica%C3%A7ao%20(Dray).pdf). [Consultado em 01/08/2023.]
- FERNANDES, Francisco Liberal (2019). *O Conceito de Trabalhador no Direito Social Comunitário*. Coimbra: GestLegal.
- (2018). *O Trabalho e o Tempo: comentário ao Código do Trabalho*. Centro de Investigação Jurídico-Económica, Biblioteca RED, p. 75. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/111840/2/264530.pdf>. [Consultado em 01/08/2023.]
- MARTINS, João Zenha (2018). Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos. In Maria do Rosário Palma Ramalho e Teresa Coelho Moreira (coord.). *Tempo de Trabalho e Tempos de não Trabalho. O regime nacional do tempo de trabalho à luz do Direito Europeu e Internacional* (pp. 25-67). Estudos APODIT n.º 4, 2018. Lisboa: APODIT.
- MONTEIRO, Luís Miguel (2013). Anotação ao artigo 197.º. In Pedro Romano Martinez *et al.*, *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- MONTOYA MEDINA, David. (2021). Guardias no presenciales: ¿tiempo de trabajo o periodo de descanso? *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, ISSN 2792-7962, ISSN-e 2792-7970, N.º 1, pp. 167-178.
- MOREIRA, T. C. e DRAY, G. (coordenadores) (2022). *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*, 1.ª Edição, Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social /Direção de Serviços de Apoio Técnico e Documentação (DSATD). Disponível em http://www.gep.mtsss.gov.pt/documents/10182/55245/livro_verde_do_trabalho_2021.pdf/daa7a646-868a-4cdb-9651-08aa8b065e45. [Consultado em 01/08/2023.]
- OIT (2022). *Trabajo decente en la economía de plataformas*. Documento de referencia para la Reunión de expertos sobre el trabajo decente en la economía de plataformas. Ginebra. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---rel-conf/documents/meetingdocument/wcms_855050.pdf. [Consultado em 01/03/2023.]
- (2021). *Perspetivas Sociais e de Emprego no Mundo — O papel das plataformas digitais na transformação do mundo do trabalho*. Disponível, em português, em <https://www.ilo.org/>

- wcmssp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_830697.pdf. [Consultado em 01/08/2023.]
- (2017). *Inception Report for the Global Commission on the Future of Work*. Genebra. Disponível em https://www.ilo.org/wcmssp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591502.pdf. [Consultado em 01/08/2023.]
- POQUET CATALA, Raquel (2019). Consideración de la Guardia de Localización como Posible Tiempo de Trabajo Efectivo a la Luz de la Doctrina Judicial Comunitaria. *Temas Laborales*, n.º 146, pp. 223–238.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma (2019). La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213–0750, n.º 146, pp. 121–158.
- ROUXINOL, Milena Silva; VICENTE, Joana Nunes (2019). XIII. Duração e organização do tempo de trabalho. In João Leal Amado *et al.* *Direito do Trabalho. Relação Individual* (pp. 573–657). Coimbra: Almedina.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián; JALIL NAJI, Maiedah; LLORENS ESPADA, Julen (2020). *Riesgos Laborales Específicos del Trabajo en Plataformas Digitales*, Barakaldo, pp. 20–26. Disponível em https://www.osalan.euskadi.eus/contenidos/libro/ergonomia_202010/es_def/adjuntos/riesgos_labs_espec_plataformas_digitales.pdf. [Consultado em 01/08/2023.]
- USHAKOVA, Tatsiana (2017). Desafíos de la regulación del tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. In Mella Méndez, Lourdes e Abrunhosa e Sousa, Duarte (eds.). *Los Actuales Cambios Sociales y Laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Cambio sen la relación laboral individual y nuevos retos para el contrato de trabajo: España, Portugal, México, Francia* (pp. 149–173), Vol. IV. Berna: Peter Lang.

A MEDIAÇÃO EM PORTUGAL ATRAVÉS DO OLHAR DOS MEDIADORES — ESTUDO DE CASO APLICADO À MEDIAÇÃO LABORAL

SUSANA SARDINHA MONTEIRO^{*}
CÁTIA MARQUES CEBOLA^{**}

Sumário: 1. Enquadramento; 2. O estudo de caso — breve caracterização da metodologia e dos instrumentos de recolha de dados; 3. Enquadramento e análise dos dados; 3.1. Caracterização dos inquiridos e multidisciplinariedade da mediação; 3.2. O mediador de conflitos; 3.3. O exercício da mediação: da competência e da formação; 3.4. O sucesso ou insucesso da mediação de conflitos; 3.5. Mediação pública e privada; 3.6. O estado da arte da mediação laboral em Portugal e propostas de incremento da sua utilização; 4. Conclusão.

1. Enquadramento

A mediação de conflitos (re)emerge com o advento do novo milénio, em linha com as preocupações dos cidadãos que reclamam uma maior participação em todos os aspetos da sua vida, nomeadamente no que respeita à administração da justiça e à condução da sua vida, o

^{*} Professora adjunta da ESECS e da ESTG do Politécnico de Leiria. Investigadora no polo de Leiria do IJP.

^{**} Professora adjunta na ESTG do Politécnico de Leiria. Investigadora no polo de Leiria do IJP. Presidente internacional do ICFML.

que inclui, logicamente, a resolução dos seus conflitos. Mais de duas décadas depois, a mediação de conflitos continua a ser uma realidade estranha à generalidade de todos os que dela poderiam fazer uso e ser beneficiários. Logo em 2000 assumia-se que

a reforma da justiça não se pode circunscrever à adopção de medidas que agilizem o funcionamento do sistema judiciário, mas, pelo contrário, se impõe (...) que se desenvolvam formas de resolução extrajudicial de litígios, (...) designadamente mediação, conciliação e arbitragem, como forma privilegiada de intervir a montante do sistema tradicional de administração da justiça que alia à vantagem de, ao actuar sobre as causas e origens dos conflitos, prevenir o litígio pela concertação das partes, os benefícios inerentes à celeridade, credibilidade e economia.¹

Fazia-se, então, referência ao Programa do XIV Governo Constitucional. Na verdade, vinte e três anos depois, o Programa do XXIII Governo Constitucional (2022–2026), com o propósito de «tornar a Justiça mais próxima dos cidadãos, mais eficiente, moderna e acessível», assente num sistema judicial simplificado com decisões céleres, de qualidade, em tempo útil e em condições de igualdade, enuncia um conjunto de medidas das quais destacamos, nesta sede, o reforço dos sistemas de mediação públicos e o acesso à mediação, designadamente familiar e laboral. Não podemos deixar de estranhar e de criticar o pouco destaque dado aos meios extrajudiciais de resolução de litígios que recebem uma referência muito marginal no Programa do executivo. À referência anterior acresce uma outra aos julgados de paz, com indicação da criação de julgados de paz especializados em funcionar de forma desmaterializada, com competência, nomeadamente para questões de regulação do poder paternal, condomínio e vizinhança e, ainda, o reforço dos centros de arbitragem.

Temos defendido ao longo dos anos, em vários momentos e sedes, a necessidade de adotar medidas, ações, políticas (públicas) que deem

¹ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 90/2001, de 23 de março.

a conhecer os meios extrajudiciais aos cidadãos, fazendo-os interiorizar que não há uma única forma/meio para a resolução dos seus conflitos, mas diversos meios que, de forma complementar e articulada, atinjam o superior desígnio da administração da justiça. Não basta a criação dos meios extrajudiciais e esperar que eles cheguem às pessoas; é necessário investir na sua divulgação, na sua atualização e respetiva eficácia. De que serve um sistema de administração da justiça lento, por vezes inacessível, do qual os cidadãos desconfiam e no qual não se reveem? Desacreditar da justiça é desacreditar de um dos fundamentos do Estado de direito democrático. Daí a importância de investir num sistema de administração da justiça moderno, eficaz e eficiente, desburocratizado, acessível, inclusivo e próximo das pessoas e das suas necessidades. Um sistema articulado com «várias portas», assumindo que há uma adequada para cada tipo de conflito.²

Propomo-nos, neste capítulo, a desenvolver uma investigação sobre a mediação de conflitos em Portugal com recurso à metodologia do estudo de caso³. Um dos nossos propósitos foi, precisamente, dar voz aos mediadores e aferir das expectativas, dificuldades e perceções que têm do exercício da respetiva atividade e recolher alguns *inputs* que possam lançar pistas sobre o futuro da mediação e, em particular, a revitalização da mediação laboral.

2. O estudo de caso — breve caracterização da metodologia e dos instrumentos de recolha de dados

A metodologia do estudo de caso, cada vez mais usada enquanto ferramenta de pesquisa científica⁴ em áreas das ciências sociais⁵, contribui para a compreensão de fenómenos «individuais, organizacionais, sociais e políticos»⁶ e constitui o método adequado

² Para análise mais aprofundada da matéria, veja-se, entre outros, Monteiro & Cebola (2019), pp. 209–220; Monteiro (2023), pp. 253–281.

³ O presente estudo, com recurso a inquérito por questionário, foi objeto de análise parcial dos resultados até então recolhidos (fevereiro de 2023) em Monteiro (2023), pp. 253–281.

⁴ Yin (2001).

⁵ Carmo & Ferreira (2008); Yin (2001).

⁶ Yin (2001), p. 12.

quando pretendemos responder a questões de «como» ou «porquê»⁷. O estudo de caso vai permitir analisar uma realidade concreta e específica, com todas as suas especificidades e particularidades, que nos fornece algumas hipóteses para o futuro.⁸

Nesta senda, a opção pela realização de um estudo de caso de natureza qualitativa decorre das características que lhe são amplamente reconhecidas e que se encontram sistematizadas por Merriam *apud* Hermano Carmo e Manuela Malheiro Ferreira. Assim, o estudo de caso qualitativo é «**particular** — porque se focaliza numa determinada situação, acontecimento, programa ou fenómeno; **descritivo** — porque o produto final é uma descrição “rica” do fenómeno que está a ser estudado; **heurístico** — porque conduz à compreensão do fenómeno que está a ser estudado; **indutivo** — porque a maioria destes estudos tem como base o raciocínio indutivo; **holístico** — porque tem em conta a realidade na sua globalidade. É dada uma maior importância aos processos do que aos produtos, à compreensão e à interpretação».

Segundo Marie-Fabienne Fortin⁹, o estudo de caso é um processo específico para o desenvolvimento de uma investigação qualitativa, em que o investigador pretende conhecer fenómenos sociais complexos e apreender as características integrais/holísticas e significativas de um dado acontecimento da vida real. À medida que a investigação se desenvolve, o investigador vai limitando o seu campo de observação tendo em consideração os objetivos da investigação, de modo a realizar uma análise de dados mais restritiva e aprofundada, possibilitando simultaneamente o acompanhamento da sua evolução ao longo do tempo necessário.

Este tipo de abordagem metodológica permite a compreensão do modo como as pessoas se comportam e pensam nos seus ambientes naturais, ou seja, os investigadores preocupam-se em compreender aquilo que as pessoas pensam da sua vida, experiências e situações em particular.¹⁰

⁷ Yin (2001).

⁸ Sampaio (2022).

⁹ Fortin (2009).

¹⁰ Bodgan & Bilken (2013).

Nesta investigação, e dado tratar-se de um estudo direcionado para um contexto específico e bem delimitado, em que se pretende centrar a análise e a interpretação de aspetos da prática profissional dos mediadores e da sua perceção sobre a sua atividade e a adequação da respetiva formação, que, portanto, não são mensuráveis de forma objetiva, imediata e sumativa, estamos perante um estudo de caso.

Ainda que sem um guião ou roteiro predefinido e rígido, é possível identificar quatro fases num estudo de caso: a delimitação do problema e das questões de investigação; a recolha de dados; o tratamento e a análise dos dados; a elaboração do relatório.¹¹

Nesta senda, impôs-se, antes de mais, definir o problema de investigação e as questões de investigação.¹² Assim, o presente estudo versa sobre o estado da arte da mediação de conflitos em Portugal, com uma referência particular à mediação laboral. Foram definidas como questões de investigação aferir a perceção dos mediadores sobre o exercício da respetiva atividade, sobre as características que mais valorizam no seu papel enquanto mediadores, bem como sobre a formação e a supervisão em mediação.

Como elemento prévio indispensável à realização de um estudo de caso, foi efetuada uma revisão da literatura, nacional e internacional, dada a sua relevância para a conceptualização do problema, a realização do estudo e, ainda, a interpretação dos resultados.¹³ Neste particular, a revisão da literatura será entrecruzada com a análise dos dados para um melhor enquadramento e ilustração da realidade.

O estudo de caso caracteriza-se, também, pelo recurso a uma grande variedade de instrumentos, métodos e técnicas de recolha de dados, tais como a observação, a entrevista, a análise documental e o questionário. Dada a natureza qualitativa deste estudo, decidiu-se que o inquérito era o método que mais se ajustava aos objetivos

¹¹ Gil (2002).

¹² Yin (2001); Merrian *apud* Carmo & Ferreira (2010).

¹³ Yin (2001); Carmo & Ferreira (2010).

delineados, por permitir, por um lado, a recolha sistematizada de dados e, por outro, a comparação e a rápida correlação dos mesmos dados.¹⁴

Na preparação do inquérito por questionário como instrumento de recolha de dados foram respeitados um conjunto de procedimentos, a saber: «definir rigorosamente os seus objectivos; formular hipóteses e questões orientadoras, identificar as variáveis relevantes, seleccionar a amostra adequada de inquiridos, elaborar o instrumento em si, testá-lo e administrá-lo para depois poder analisar os resultados».¹⁵

O recurso ao inquérito por questionário possibilita a obtenção de dados em contexto real e permite a comparação das percepções que os mediadores de conflitos têm de si mesmos, do exercício da sua atividade e do estado da arte da mediação em Portugal, em particular da mediação laboral. Nesta opção foi também tido em conta o facto de o inquérito por questionário poder ser aplicado simultaneamente a um maior número de sujeitos, num período de tempo relativamente curto e abrangendo uma ampla área geográfica com baixos custos associados; permitir uma maior flexibilidade quanto à escolha do momento para o seu preenchimento, podendo os participantes fazê-lo de acordo com a sua disponibilidade pessoal e profissional; e garantir o anonimato dos participantes, o que contribui para que aceitem participar no estudo e que emitam com liberdade a sua opinião, não sendo influenciados por opiniões externas.

Antes da aplicação dos questionários, procedeu-se à sua validação com um pré-teste que consiste na apresentação do instrumento a «um pequeno número de pessoas pertencentes às diferentes categorias de indivíduos que compõem a amostra»¹⁶, tendo em vista os ajustes finais do questionário para garantir o sucesso da investigação.¹⁷ O *feedback* recolhido permitiu proceder aos ajustes necessários, garantindo uma versão mais consistente do referido questionário.

¹⁴ Carmo & Ferreira (2010); Bell (2008).

¹⁵ Carmo & Ferreira (2010), p. 153.

¹⁶ Quivy & Campenhoudt (2008), p. 182.

¹⁷ Para a realização do pré-teste do questionário, contou-se com a colaboração de outros mediadores, assim como de docentes do Politécnico de Leiria de diferentes áreas científicas.

O questionário foi divulgado entre os meses de janeiro e junho de 2023, com recurso a diferentes bases de dados, tendo sido expostas as razões e os objetivos da pesquisa¹⁸ e solicitado o preenchimento do questionário realizado com recurso ao *Google Forms*. Foram garantidas todas as normas legais em vigor relativas à proteção de dados, bem como o anonimato dos participantes no estudo, de modo que as respostas não fossem enviesadas. Encontra-se estruturado em três partes: (i) caracterização dos inquiridos (idade, género, habilitações literárias e atividade profissional principal); (ii) caracterização da sua atividade enquanto mediadores de conflitos (motivação para o exercício da atividade, características mais valorizadas no perfil de mediador, formação e supervisão da atividade; área material preferencial de atuação e tipo de sistema em que atua (público e/ou privado); e (iii) estado atual da mediação laboral, pública e privada.

3. Enquadramento e análise dos dados

Impõe-se destacar que nos deparamos, na realização deste estudo, com uma das principais limitações apontadas pela doutrina a propósito deste particular instrumento de recolha de dados, a saber, o número reduzido de participantes no questionário, uma vez que ao longo de todo o período foram recebidas apenas 23 respostas.

3.1. Caracterização dos inquiridos e multidisciplinariedade da mediação

Dos 23 respondentes, 22 são do género feminino e apenas um do género masculino, com idades compreendidas entre os 27 e os 61 anos, situando-se a média de idades nos 49 anos.

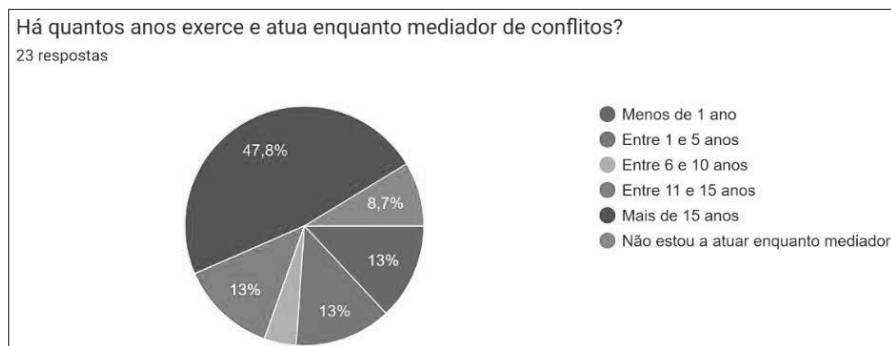
Ao nível de habilitações literárias, 34,8% dos inquiridos possuem o grau de licenciado, 30,4% são mestres, 17,4% dispõem de um curso de pós-graduação, e igual percentagem (17,4%) são titulares do grau de Doutor.

Verificamos também uma grande diversidade, entre os inquiridos, de formações académicas e de atividades profissionais, em linha com

¹⁸ Sampaio (2022).

o caráter inter e multidisciplinar da mediação que reúne «nos seus princípios, conhecimentos a vários níveis de Direito, Psicologia, Sociologia, no fundo, de todas as ciências sociais e humanas, daí ser a Mediação tão rica e tão eficaz na resolução de litígios».¹⁹ No que respeita à área de formação académica, a esmagadora maioria dos respondentes, 16, tem formação superior em Direito, sendo que destes um tem, também, formação em Psicologia. Dos restantes, dois têm formação em Serviço Social e, outros, formação em áreas científicas das ciências sociais (Antropologia, Sociologia, Serviço Social) e das humanidades (Educação, Geografia). Não se estranha, assim, que 34% dos inquiridos se dedique ao exercício da advocacia, que alguns aliam à atividade de formação e mediação. De entre a diversidade de atividades profissionais, destaca-se assistente social, docente/professor/formador, educador social, gestor de recursos humanos, professor, terapeuta e instrutora de *yoga* e gerente/gestor de condomínios, com 4,3% cada. De registar, ainda, que quase metade dos respondentes (47,8% — 11) atua como mediador de conflitos há mais de 15 anos (conforme o Gráfico 1).

Gráfico 1.



Fonte: Elaboração própria.

A Tabela 1 (abaixo) apresenta algumas das respostas à questão «Porque decidiu ser mediador ou mediadora de conflito?» Percebemos

¹⁹ Bandeira (2002), p. 116.

que as respostas se encontram em linha com a formação de base dos mediadores e a aplicação que cada um faz, na sua atividade principal, dos conhecimentos e princípios da mediação. No que concerne à visão dos inquiridos com profissões jurídicas, destacamos a tão proclamada crise da justiça com a lentidão judicial, mas igualmente por acreditarem numa justiça mais humana, pacífica e harmoniosa de resolução de conflitos.

Tabela 1. Porque decidiu ser mediador/mediadora de conflitos?

• Na minha actividade anterior como formadora sentia como era relevante o perfil mediador
• Inicialmente um desafio depois por paixão
• Lentidão dos tribunais
• Por entender que a essa deve ser a primeira abordagem ao conflito: pacificar
• Porque a mediação é uma forma mais abrangente, harmoniosa e humana de resolver conflitos comparativamente com os tribunais
• Considero ser uma formação complementar e imprescindível para a área social
• Porque desde que me conheço que sempre quis dar o meu contributo para uma sociedade mais justa e pacífica, daí ter começado pelo direito e depois associado a mediação
• Porque gosto de contribuir para um diálogo construtivo e produtivo entre partes em conflito
• Paixão pela mediação
• Descontentamento com advocacia
• Acredito nesta resolução de conflitos
• Como forma de especialização
• Melhorar competência no desempenho da minha profissão de origem
• Por questões pessoais, uma mudança na minha vida em que não fazia sentido regressar ao direito e vi na mediação uma forma mais humana, mais lógica para as pessoas resolverem os seus problemas, longe de processos burocráticos e formais que retiram a pessoa do seu problema seguindo o mesmo com os advogados e magistrados no tribunal
• Sou apologista de resolver os conflitos de maneira não-judicial
• Mais uma valência profissional
• Para completar a minha formação
• Pelo potencial humanizador da profissão
• Sentido de justiça maior do que no direito convencional
• Identificação com este serviço
• Área de interesse

Fonte: Elaboração própria.

3.2. O mediador de conflitos

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, (doravante referida por Lei da Mediação) define o mediador (de conflitos) como o «terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio» [artigo 2.º, alínea b)]. A este profissional compete «de acordo com o seu estilo próprio, organizar e dirigir a Mediação sempre com o maior distanciamento e imparcialidade, colocando a sua preparação teórica e o seu conhecimento prático ao dispor das partes, que escolheram a sua intervenção, procurando conseguir o melhor e mais justo resultado na obtenção de um acordo que as satisfaça».²⁰

Destacando o papel central do mediador no âmbito da mediação, Cátia Marques Cebola²¹ enuncia três características principais neste tipo de profissional que deve ser (i) especialista em resolução de conflitos, com formação adequada e com o domínio das técnicas específicas deste meio de RAL; (ii) independente, exercendo as suas funções sem vínculo ou relação laboral com qualquer entidade que lhe retire capacidade de aplicar as metodologias que considere melhores; e (iii) que deve guiar a sua atividade por princípios éticos e deontológicos. A autora salienta a necessidade de o mediador atuar com neutralidade e imparcialidade no que tange à relação com as partes e em estrito cumprimento pela confidencialidade do procedimento.

Perante a dificuldade de definir o que é o mediador, Juan Carlos Vezzulla defende que uma das vias para o fazer é, precisamente, pela negativa, ou seja, dizendo o que o mediador não é. Especificamente, o mediador não é um juiz, porque não toma e não impõe decisões às partes, nem está investido de poder de autoridade para conhecer o que é justo; não é um negociador, pois não toma parte das negociações, nem tem interesse direto no resultado; não é um árbitro, pois não emite um parecer ou uma decisão (com base nos seus conhecimentos específicos). O autor resume que «o mediador é um

²⁰ Bandeira (2012), p. 117.

²¹ Cebola (2013), pp.103–104.

terceiro neutral. Conduz sem decidir. É neutral em tudo quanto dele se espera, em termos de intervenção na decisão. E, nesta condição, deve fazer com que as partes envolvidas participem activamente na busca das melhores soluções para os seus interesses, pois ninguém sabe mais do que elas próprias para decidir sobre si mesmas».²²

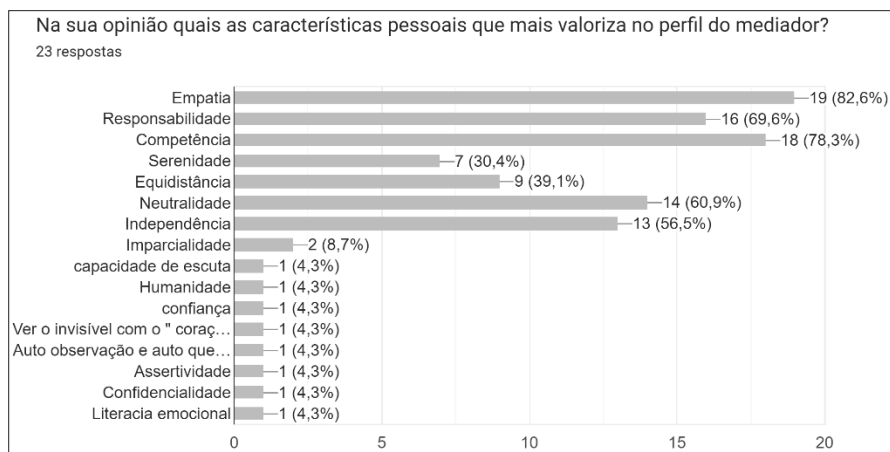
Em linha com o que atrás foi dito, as características específicas do mediador derivam precisamente das funções por ele desempenhadas durante o processo de mediação. Por conseguinte, «se se parte do princípio que os mediadores diminuem o nível de tensão, escutam com atenção e interesse, estão treinados para compreender a comunicação não verbal, permitem que as partes definam as suas posições, ajudando-as, para o efeito, com perguntas e resumos, pensam criativamente e trabalham para promover a confiança, há que concordar que, no mínimo, devem ser sensatos, serenos, preceptivos, pacientes, predispostos a escutar, criativos e desprovidos de sentimentos de onipotência».²³ Partilhamos, deste modo, do entendimento de Zulema Wilde & Luis Gabros, que concluem que ao analisar estas características fica a ideia e a sensação de (algum) irrealismo!

Neste sentido, quisemos questionar sobre as características que os inquiridos mais valorizam no perfil do mediador. Destaca-se, conforme consta no Gráfico 2, a empatia (82,6%), a competência (78,3%), a responsabilidade (69,6%), a neutralidade (60,9%), seguidas da independência (56,5%), da equidistância (39,1%) e da serenidade (30,4%).

²² Vezzulla (2001), p. 40.

²³ Wilde & Grabos (2007), p. 66.

Gráfico 2.



Fonte: Elaboração própria.

O mediador é o terceiro independente que deve exercer a sua atividade e pautar a sua conduta livre de qualquer pressão, interna e/ou externa, que deve tratar as partes de forma equitativa não sendo parte interessada no conflito, que deve guardar, manter e promover o sigilo de todas as informações de que tenha conhecimento, que deve ser um profissional competente, e que é civilmente responsável pela violação dos deveres inerentes ao exercício da sua atividade.

A empatia e a independência, apontadas pelos inquiridos como características fundamentais do perfil de um mediador, evocam o conceito da imparcialidade. A este propósito, consideram Francisco Díez e Gachi Tapia que «la función de la imparcialidad — no tomar partido por nadie — podría pensarse como multiparcialidad, es decir, tomar partido por todos». Consideram os autores que é «más útil y menos difícil (...) tomar partido por todos que no tomar partido por nadie. Es por eso que adoptamos el concepto de multiparcialidad en lugar de referirnos a la imparcialidad».²⁴

²⁴ Díez & Tapia (1999), pp. 108 e 112.

3.3. O exercício da mediação — da competência e da formação

No ordenamento jurídico português não existem requisitos específicos e obrigatórios para o exercício da atividade de mediador. Não obstante, a lei portuguesa apenas atribui força executiva imediata ao acordo de mediação no qual tenha intervindo um mediador inscrito nas listas de mediadores, privadas ou públicas, organizadas pelo Ministério da Justiça, respeitados que estejam os restantes requisitos do artigo 9.º, n.º 1, da Lei da Mediação. Ora, nos termos do disposto na Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, «[p]ode requerer a inscrição na lista de mediadores de conflitos [privados] o mediador de conflitos que preencha, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) Esteja no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos; b) Tenha frequentado e obtido aproveitamento em curso de mediação de conflitos; c) Tenha o domínio da língua portuguesa». Percebemos, assim, para que o acordo de mediação tenha força executiva, que é necessário que o mediador tenha frequentado com aproveitamento um curso de mediação de conflitos ministrado por entidade de formação acreditada pelo Ministério da Justiça. O propósito do legislador português foi o de garantir credibilidade e confiança na mediação ao exigir como condição de exectoriedade do acordo a prévia inscrição nas listas de mediadores, a qual depende, por sua vez, da frequência e aproveitamento num curso de mediação.

No que tange a mediação pública é pressuposto *sine qua non* para o exercício da mediação pública a inscrição nas listas de cada sistema (laboral, familiar, penal e julgados de paz). Consequentemente, o diploma/ato constitutivo ou regulatório de cada um dos sistemas públicos elenca os «requisitos necessários para o exercício das funções de mediador de conflitos em cada um dos sistemas» (conforme permite o artigo 39.º da Lei da Mediação). Ora, um desses requisitos, comum a todos os atos regulatórios, é precisamente o mediador estar habilitado com um curso de mediação no domínio específico para o qual pretende a inscrição.

Percebe-se, desta forma, como a formação dos mediadores acaba por ser incentivada e até exigida no ordenamento jurídico português. Neste contexto, questionámos os participantes no estudo

sobre alguns aspetos relacionados com a formação em mediação. Uma esmagadora maioria, 73,9%, correspondente a 17 dos inquiridos, considera relevante a sua formação académica de base para o seu exercício enquanto mediadores, enquanto os restantes disseram que não e/ou não sabem ou não quiseram responder, com três respostas cada. Não obstante, a totalidade dos participantes considera a formação em mediação importante para o exercício da mediação, número que reduz ligeiramente (87%, correspondente a 20 respondentes) quando questionados sobre a adequação da referida formação (inicial) em mediação.

De entre os aspetos mais valorizados pelos mediadores na sua formação destacam-se a vertente prática do curso com a realização de simulações; a aquisição de conhecimentos necessários ao exercício da atividade; a compreensão da noção de conflito e a importância da comunicação; a compreensão da existência dos interesses; a mudança de paradigma na resolução de conflitos. Destacamos a referência à necessidade de introduzir uma mudança no saber académico dos mediadores, «para abrir mão dele e fazer nascer o saber e a sabedoria do outro». De referir que dois dos inquiridos sublinharam a importância de adequar a duração/intensidade da formação em mediação com a aquisição das competências consideradas necessárias ao seu exercício, com a indicação de que é necessário tempo para a respetiva interiorização. A questão do reforço da componente prática e da realização de exercícios de simulação foi, também, mencionada por outros dois inquiridos como um aspeto a melhorar na formação em mediação.

Ainda no domínio da formação, quisemos perceber se os inquiridos consideram importante a criação de formação superior inicial em mediação de conflitos. Nesta questão, os respondentes dividiram-se: 47,8% considera que não, 26,1% entende que sim e igual número não tem posição a respeito. Entre os que se pronunciam favoravelmente à criação de uma licenciatura em mediação, destacamos o entendimento de que contribuiria para a qualificação e a profissionalização da mediação e, consequentemente, para a credibilização deste meio extrajudicial de resolução de conflitos. Entre as razões aduzidas por aqueles que entendem que não se justifica essa específica formação superior, realçamos o facto de, tendo em conta o estado da arte da mediação em

Portugal, considerarem essa possibilidade como extemporânea. Destacamos a posição de um dos inquiridos que refere que essa possibilidade: «retirará à mediação um espaço de flexibilidade na abordagem, de experiência profissional diversificada, que tem muitas vantagens para a mediação (...)». Vários dos inquiridos apontaram que a diversidade e a multidisciplinaridade de conhecimentos e de formações de base contribuem para a riqueza da mediação, pelo que defendem a criação de formação especializada ao nível de pós-graduação e/ou de mestrado.

Não obstante, 22 dos 23 respondentes consideram importante o desenvolvimento de formação contínua em mediação. Na Tabela 2 (abaixo) são indicadas as competências/áreas que os inquiridos gostariam fossem desenvolvidas em sede de formação contínua.

Tabela 2. Que competências/áreas gostaria que fossem desenvolvidas em sede de formação contínua?

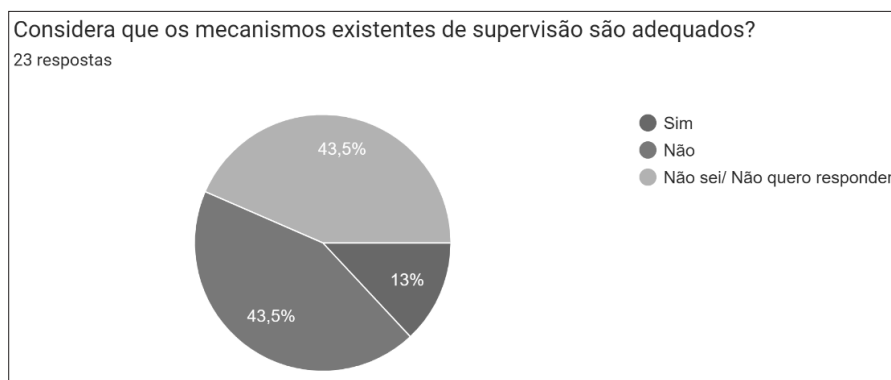
• Reflexão entre mediadores
• Intervisão
• Partilha de dificuldades e caminhos
• As técnicas [da mediação]
• Negociação cooperativa
• Aspetos jurídicos
• Reflexão conjunta sobre mediação
• É imprescindível, para não cristalizar, aliar a teoria à prática já que desta surgem imensas questões (sobretudo éticas e deontológicas)
• Em especial, gostaria de ver desenvolvidas questões como a auto-observação, o autoquestionamento e a intervisão
• Comunicação/entender as emoções (negativas)
• Reciclagem de conhecimentos e âmbitos específicos como mediação eletrónica
• Competências reflexivas
• Modelos de comunicação, competências parentais
• Prática
• Antropologia da família
• Literacia emocional/intensificação do direito adaptado às temáticas da mediação
• Atualização legislativa e referências europeias

Fonte: Elaboração própria.

Em linha com o que referimos *supra*, a propósito da competência, também a responsabilidade dos mediadores assume grande relevância para efeitos da qualidade da mediação. Neste sentido, o artigo 8.º, n.º 2, da Lei da Mediação, prescreve que «[o] mediador de conflitos que viole os deveres de exercício da respetiva atividade, nomeadamente os constantes da presente lei e, no caso da mediação em sistema público, dos atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação, é civilmente responsável pelos danos causados, nos termos gerais de direito». Além da responsabilidade civil, aos mediadores pode ainda ser assacada a responsabilidade disciplinar se incumprirem quaisquer deveres éticos, deontológicos ou legais, ou se violarem quaisquer proibições inerentes ao exercício da função de mediador de conflitos. Assim, se regula no artigo 7.º da Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, para os mediadores privados, e nos artigos 43.º e 44.º da Lei da Mediação para os mediadores públicos.

Nesta sede, os inquiridos foram questionados sobre os mecanismos de supervisão existentes. Neste contexto, 19 dos 23 respondentes consideram existir supervisão da mediação e da atividade dos mediadores, mas é de notar que igual número não sabe ou não quis responder (tal como indicado no Gráfico 3). Neste particular, questionamo-nos sobre se a questão terá sido formulada de forma a ser corretamente percecionada pelos respondentes.

Gráfico 3.



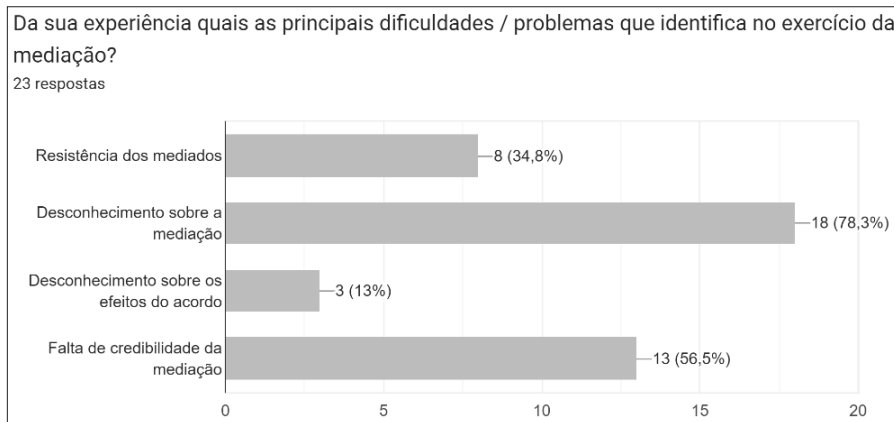
Fonte: Elaboração própria.

Desafiados a apresentar ideias sobre eventuais alterações em termos de supervisão da mediação e dos mediadores, as respostas convergem na necessidade de um maior acompanhamento da atividade dos mediadores, com carácter regular e periódico, como meio para o desenvolvimento profissional.

3.4. O sucesso ou insucesso da mediação de conflitos

Um dos propósitos deste estudo foi aferir do estado da arte da mediação de conflitos em Portugal, pelos olhos de quem, na prática e em contexto, desenvolve esta atividade. Assim, e no que respeita às principais dificuldades/problemas sentidos no exercício da mediação, os respondentes (Gráfico 4) destacam o desconhecimento sobre a mediação, com 78,3%, e a falta de credibilidade da mediação, com 56,5%, e a resistência dos mediados, com 34,8%.

Gráfico 4.



Fonte: Elaboração própria.

Tendo em conta as respostas dadas, e a propósito do desconhecimento sobre os efeitos do acordo, importa precisar que, nos termos do artigo 9.º da Lei da Mediação, como vimos anteriormente, os acordos de mediação têm força executiva, cumpridos os requisitos cumulativos aí enunciados. Ora, a executoriedade do acordo de

mediação constitui uma característica que, só por si, deveria conduzir ao sucesso da mediação, «porquanto permite às partes confiar no termo do litígio, tal como se a deliberação tivesse sido determinada por um Juiz. No fundo, só muda o autor do veredicto que põe fim à contenda: deixa de ser decidido por um terceiro para ser sentenciado pelas próprias partes, mas cuja execução é judicialmente exigível».²⁵ Acontece que este efeito legal ainda é desconhecido de muitos dos operadores judiciais.

3.5. A mediação pública e privada

Uma das originalidades da mediação de conflitos em Portugal é a de coexistirem dois sistemas: a mediação pública (com três sistemas de competência especializada — laboral²⁶, familiar²⁷ e penal²⁸ — e um de competência genérica — mediação nos julgados de paz²⁹) e a mediação privada.

Do total de respondentes, a esmagadora maioria (20) está inscrita nas listas de mediadores do Ministério da Justiça, sendo que, destes, sete estão inscritos há mais de 15 anos. De acordo com os dados do nosso estudo, nove dos participantes atuam nos dois sistemas (públicos e privado), seis apenas no sistema público e cinco apenas no sistema privado (Gráfico 5).

²⁵ Lopes & Patrão (2016), p. 67.

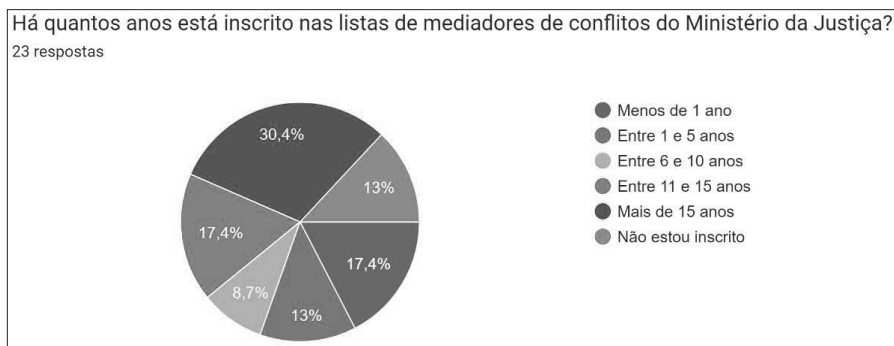
²⁶ Criado através do Protocolo de Acordo entre o Ministério da Justiça e a Confederação da Indústria Portuguesa (CIP), a Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), a Confederação do Turismo Português (CTP), a Confederação dos Agricultores de Portugal (CAP), a Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses — Intersindical Nacional (CGTP — IN) e a União Geral dos Trabalhadores (UGT), assinado a 5 de maio de 2006.

²⁷ Regulado atualmente pelo Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro.

²⁸ Regulamentado pela Lei n.º 21/2007, de 12 de junho.

²⁹ De acordo com o estabelecido na Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho.

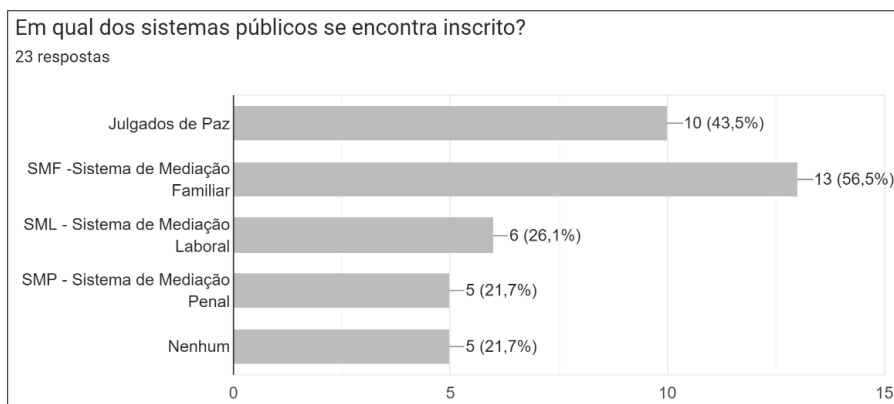
Gráfico 5.



Fonte: Elaboração própria.

Cabe referir que, de um total de 15 inscritos nos sistemas públicos, a maioria, 13, está inscrita no Sistema de Mediação Familiar, dez prestam serviço (ou podem prestar) nos Julgados de Paz, seis no Sistema de Mediação Laboral e apenas cinco no Sistema de Mediação Penal (Gráfico 6).

Gráfico 6.



Fonte: Elaboração própria.

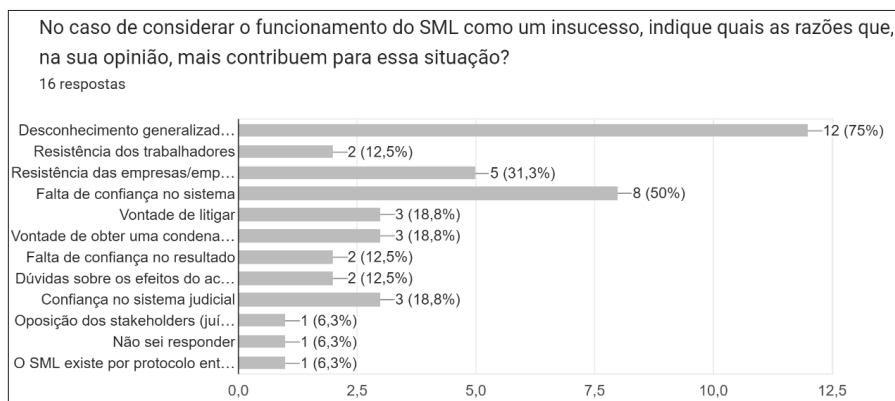
3.6. O estado da arte da mediação laboral em Portugal e propostas de incremento da sua utilização

A parte final do inquérito diz respeito especificamente à mediação laboral.³⁰ Uma esmagadora maioria dos inquiridos, 82,6%, ou seja, 19, não participou em nenhum procedimento de mediação laboral a título privado nos últimos cinco anos. O número é ligeiramente superior (91,3%, correspondente a 21 mediadores) quando se questiona sobre a participação em procedimento de mediação no sistema público de mediação laboral (SML). Apenas dois dos inquiridos participaram em procedimento de mediação laboral no SML, o que é considerado por dez dos inquiridos como um insucesso, sendo que apenas um considerou o sistema como um sucesso, escusando-se os outros a responder (não sei ou não quero responder).

De acordo com as respostas constantes do Gráfico 7, são apresentadas pelos inquiridos um conjunto de razões que contribuem para o insucesso do SML, de entre as quais se destaca o desconhecimento generalizado da mediação, com 75% das respostas, seguido da falta de confiança no sistema, com 50%, e da resistência das empresas, com 31,3%. Ainda a propósito da falta de confiança no sistema, um dos inquiridos precisa que o SML está «mal dimensionado e mal estruturado» e que as entidades subscritoras do Protocolo de Acordo do SML, como não confiam no sistema, não o sugerem aos seus associados e sindicalizados.

³⁰ Para uma caracterização e distinção entre a mediação laboral pública (SML) e a mediação laboral privada, veja-se Monteiro (2022), pp. 9–41.

Gráfico 7.



Fonte: Elaboração própria.

Inquiridos sobre a apresentação de propostas no sentido de revitalizar o SML, destacamos a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas de publicitação e divulgação do sistema (inclusivamente nos *media*), do respetivo processo, objetivos e modo de funcionamento; necessidade de sensibilização e formação dos *stakeholders* (advogados e magistrados); tornar a sessão informativa de pré-mediação obrigatória; atribuir vantagens fiscais para o trabalhador e para o empregador; integrar o sistema nos tribunais de trabalho. Um dos respondentes apresentou como ideia a necessidade de «implodir o sistema e desenhar um outro».

Questionados sobre as razões pelas quais os trabalhadores recorrem à mediação laboral, os inquiridos indicaram o facto de quererem ser ouvidos pela entidade patronal e a questão da economia de tempo e de dinheiro (celeridade e custos). Foi, ainda, referido por um dos respondentes que o recurso à mediação laboral pelos trabalhadores se relaciona com a questão do pagamento de valores em dívida da parte do empregador. Já no que respeita às razões pelas quais os empregadores recorrem à mediação laboral (pública ou privada), os inquiridos indicam a rapidez, a economia de tempo e de dinheiro (celeridade e custos), a vontade de não querer arrastar a situação e assim reduzir o desgaste emocional, o facto de facilitar e agilizar o

diálogo com os trabalhadores, e ainda, a imparcialidade e a neutralidade do mediador.

O recurso à mediação para a resolução de conflitos laborais parece-nos óbvia, desde logo tendo em conta a natureza da relação laboral que «se constitui como uma relação duradoura, não se esgotando com a realização de uma única prestação. Para mais, acresce a subordinação jurídica do trabalhador face à entidade patronal que detém sobre o trabalhador o poder de vigilância e de fiscalização, com o consequente poder disciplinar. Por conseguinte, o desenvolvimento da relação ocorre dentro de uma estrutura de poder potenciadora de conflitos manifestos e/ou latentes. Tudo isto implica que a prestação de atividade pelo trabalhador se configure e articule com a atividade empresarial e consequentemente esteja inserida numa estrutura organizada e hierárquica».³¹ Esta assimetria entre os sujeitos é *de per si* potenciadora de conflitos. Ora, tendo em conta a importância social do trabalho e o impacto que assume na vida e na subsistência de uma das partes, o trabalhador, percebemos o quão importante é a manutenção desta relação. Assim, pelo seu cariz não adverso, voluntário, flexível, rápido e económico, e que busca perceber os reais interesses das partes com vista à obtenção de um acordo que satisfaça ambas, não atribuindo responsabilidades e/ou culpas, permitindo assim, caso seja esse o objetivo, o restabelecimento da relação existente — parece-nos que a mediação deveria surgir com a primeira via e a mais adequada para a resolução dos conflitos laborais.

A realidade não espelha, contudo, esta adequabilidade intrínseca (conforme dados constantes da Tabela 3). Analisados os números disponíveis³², percebemos, no âmbito do sistema público de mediação laboral (SML), que foram dirigidos à Direção-Geral de Política da Justiça (DGPI) 92 pedidos, dos quais apenas oito foram aceites para mediação. Desta discrepância entre o número de pedidos e número

³¹ Monteiro (2023), p. 258.

³² Dados relativos a 2022 (os mais recentes a que se podem aceder) em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx>, consultado a 30 de junho de 2023.

de mediações efetivamente realizadas, resulta o relativo insucesso da mediação neste campo.

Tabela 3. Pedidos de mediação laboral pública findos, por modalidade de termo em 2022

TOTAL	92
Aceitação da mediação	8
Desistência	22
Falta de resposta	30
Não aceitação da mediação	20
Pedido que não reúne as condições para prosseguir a mediação	12

Fonte: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx>.

Para esta realidade é apontado o desconhecimento generalizado por parte de trabalhadores e empresas da existência da mediação laboral, pública ou privada, ao que acresce o carácter voluntário da mediação, bastando uma das partes em conflito recusar a mesma para não se desenvolver o respetivo procedimento. Na verdade, ainda que consideremos importante a voluntariedade da mediação, esta característica pode jogar contra o trabalhador, tradicionalmente a parte mais fraca da relação jurídica e que não dispõe muitas vezes dos meios necessários para recorrer à via judicial, aproveitando-se o empregador deste facto.

Pensamos, contudo, que podem existir outros fatores intrínsecos a fomentar esta reduzida adesão ao sistema público de mediação laboral e, igualmente, à mediação laboral privada. Desde logo, a mediabilidade dos litígios jus-laborais, ou seja, a determinação das questões materiais em conflito que podem ser negociadas em sede de mediação laboral. Atento o artigo 10.º, n.º 2, da Lei da Mediação, não é aplicável à mediação laboral o critério da patrimonialidade, plasmado no artigo 11.º, n.º 1, da mesma Lei, e que permite «ser objeto de mediação de litígios em matéria civil e comercial os litígios que (...) respeitem a interesses de natureza patrimonial». Daqui se deduz que

na mediação pública (mas também na mediação privada) de conflitos laborais prevalece o critério da disponibilidade dos direitos prescrito no artigo 1.º do Protocolo que criou o SML, apenas podendo recorrer-se a esta via «quando não estejam em causa direitos indisponíveis».

Ora, tendo em conta os limites impostos pela natureza específica das normas jurídico-laborais, em regra de cariz imperativo ou de cariz imperativo-limitativo, e que, portanto, não podem, estas últimas, mesmo que por acordo, ser alteradas *in pejus*, ainda que não impedindo o recurso à mediação, reduzem em muito o seu campo de aplicação. Com efeito, a definição da mediabilidade por referência à disponibilidade ou transigibilidade implica que todos os direitos dos trabalhadores consagrados em normas que impeçam a sua transação, pelo seu carácter imperativo, absoluto ou relativo, ficam arredadas da mesa da mediação. Quanto a nós, esta é uma limitação fruto de uma conceção e desconfiança em relação à mediação que se deve ter por ultrapassada. A natureza da mediação assente na negociação/transação de um acordo pelas partes em conflito não deve olvidar que, em última instância, o que a mediação verdadeiramente deve traduzir é a consagração de um meio de resolução de conflitos. E, nessa medida, não deve ver barrada a entrada a questões que de facto têm um elevado pendor conflitual, como são os litígios em matéria laboral.

Para percebermos melhor a idiossincrasia aplicativa a que nos estamos a referir, pensemos num exemplo prático relativo ao direito às férias. De acordo com o artigo 237.º, n.º 3, do Código do Trabalho³³, o «direito a férias é irrenunciável e o seu gozo não pode ser substituído, ainda que com o acordo do trabalhador, por qualquer compensação, económica ou outra (...)». É certo que o artigo 238.º, n.º 5, deste Código, vem permitir ao trabalhador «renunciar ao gozo de dias de férias que excedam 20 dias úteis» e, conseqüentemente, acima dos preditos 20 dias pode existir acordo entre as partes nesta matéria.³⁴

³³ Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, sucessivamente alterada.

³⁴ O Código do Trabalho fixa, no seu artigo 238.º, n.º 1, uma duração mínima de 22 dias úteis de férias, impedindo que este período seja encurtado por convenção coletiva de trabalho ou

Contudo, perante a natureza irrenunciável plasmada no artigo 237.º, n.º 3, a imprimir-lhe carácter indisponível, podem levantar-se dúvidas sobre se um conflito sobre o número de dias de férias do trabalhador fica arredado (ou não) da mediação, mesmo que em causa esteja a discussão de mais dias de férias do que aqueles que são permitidos por lei. Já o momento em que o trabalhador pode marcar as suas férias, por não ser um direito indisponível/irrenunciável³⁵, pode ser negociado pelas partes numa mediação, sem que se levantem quaisquer reticências a respeito. Assim sendo, a simples questão ou dúvida sobre que direitos podem (ou não) ser submetidos a mediação, a implicar desde logo um conhecimento profundo do Direito do trabalho pelo mediador (que não tem necessariamente de ser jurista), pode afastar a vontade de recorrer a este mecanismo de resolução de litígios jus-laborais, ou pelo menos alimenta as reservas que advogados (e concomitantemente os seus clientes) ou juízes podem ter sobre a aplicação da mediação nesta sede.

Assim, propugnamos pela extensão do critério da patrimonialidade do artigo 11.º, n.º 1, da Lei da Mediação, à mediabilidade dos conflitos laborais, podendo e devendo, sim, ser criado um critério de controlo do acordo obtido pelas partes, através, por exemplo, da consagração da homologação judicial obrigatória do mesmo, por forma que não sejam violadas normas imperativas nessa transação. Por outras palavras, não devem existir limites «à entrada» de conflitos sujeitos a discussão e negociação na mediação³⁶, a não ser, naturalmente, quanto a questões em que esta via não se deva aplicar por razões metodológicas ou de superior interesse público, e devem sim

por contrato de trabalho. Não obstante, a lei permite que, em algumas situações (renúncia pelo trabalhador, compensação pelo trabalhador de faltas dadas, sanção disciplinar aplicável ao trabalhador), seja reduzido o número de dias de férias até ao mínimo de 20 dias. É este limite que o trabalhador deve efetivamente gozar e que constitui, assim, o mínimo em qualquer caso irrenunciável e inultrapassável.

³⁵ De acordo com o disposto no artigo 241.º, n.º 1, do Código do Trabalho, «o período de férias é marcado por acordo entre empregador e trabalhador».

³⁶ Criticando o critério da disponibilidade de direitos para a determinação da mediabilidade de um conflito, veja-se Carvalho (2011), pp. 284–286.

ser criados mecanismos de controlo «à saída» da mediação para evitar pactos *contra legem*, podendo prever-se a necessidade de que o acordo final de mediação laboral esteja sempre sujeito a homologação, mesmo que não se desenvolva endoprocessualmente (pela suspensão do processo judicial para aplicação da mediação, à luz do artigo 273.º do Código de Processo Civil). Deste modo, da mesma forma que os acordos obtidos na fase de mediação do processo que corre termos nos Julgados de Paz (*vide* artigo 56.º, n.º 1, da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho) estão sujeitos a «imediata homologação pelo juiz de paz, tendo valor de sentença», também os acordos resultantes de uma mediação laboral, pública ou privada, intrajudicial ou pré-processual, deveriam ser obrigatoriamente homologados para controlo da sua legalidade relativamente a normas imperativas. Desta forma, nenhumas reticências ou restrições seriam necessárias quanto à mediabilidade dos litígios jus-laborais e eliminar-se-ia um dos argumentos que pode ser aduzido contra o recurso à mediação laboral.³⁷

Mais ainda, salientamos a importância dos advogados e/ou solicitadores neste procedimento. O artigo 18.º da Lei da Mediação estatui que «[a]s partes podem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar nas sessões de mediação, podendo ser acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores». Já o artigo 36.º da Lei da Mediação, no âmbito do capítulo V, relativo aos sistemas públicos, prevê que os «atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação podem determinar a obrigação de as partes comparecerem pessoalmente nas sessões de mediação, não sendo possível a sua representação». Ora, precisamente, no sistema público de mediação laboral é exigida a presença pessoal das partes que podem, querendo, fazer-se acompanhar por advogado ou solicitador.³⁸

³⁷ Sobre soluções para incrementar o recurso à mediação laboral, ver também Cebola (2023), p. 43, propondo a introdução da figura do mediador laboral nos tribunais especializados nesta sede, em eventual substituição da conciliação na fase prévia de audiência de partes, prevista no artigo 55.º, n.º 2, do Código de Processo de Trabalho (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de novembro, subsequentemente alterado).

³⁸ Artigo 11.º do Manual de Procedimentos e Boas Práticas do Sistemas de Mediação Laboral, aprovado aquando da entrada em funcionamento do SML, podendo ser consultado em Cebola & Cruz (2021), pp. 215–225.

Além das situações de representação orgânica e legal, destacamos a admissibilidade da representação voluntária. A admissão da representação das partes pode igualmente constituir um fator de motivação no recurso à mediação laboral, em particular pelo trabalhador, que pode não sentir condições emocionais para ser colocado frente a frente com o empregador com o qual está em conflito.

No que respeita ao acompanhamento do advogado/solicitador nas sessões de mediação, importa desde já precisar que este tipo de «intervenção deve, porém, ser encarado de forma diferente do tradicional — o advogado não representa a parte e deve atuar de acordo com o espírito de colaboração e procura do consenso adequado ao método de resolução do conflito. O papel do advogado numa sessão de mediação é muito diferente daquele que desempenha em tribunal estadual ou arbitral. Desde logo, na mediação não é necessário convencer ninguém quanto aos factos ou ao direito: são as partes que têm o papel principal e não o advogado».³⁹

Ainda que estas considerações sejam direcionadas aos advogados, aplicam-se com as necessárias adaptações aos solicitadores. Assim, e especificando, num momento anterior ao procedimento da mediação compete ao advogado/solicitador preparar o seu cliente e o caso para a mediação. Nesta sede, cumpre-lhe não apenas informar o seu cliente da existência da mediação, das suas características e princípios norteadores, nomeadamente no que respeita ao esclarecimento dos efeitos legais do acordo: a força executiva e/ou a possibilidade da sua homologação judicial; mas também cabe ao advogado/solicitador assistir ativamente o seu cliente durante o procedimento de mediação, prestando-lhe o aconselhamento necessário em cada momento, assim como avaliar e supervisionar da legalidade do acordo e, neste particular, auxiliar o mediador na redação do acordo. Esta questão assume maior relevância no domínio laboral, dada a natureza das normas jurídico-laborais e a necessidade de eventual equilíbrio das posições entre as partes, empregador e trabalhador, este último considerado, tradicionalmente, como o elo mais fraco nesta relação.

³⁹ Gouveia (2015), pp. 52–53.

Ficam desta forma espelhadas algumas propostas de incremento da utilização da mediação laboral, propugnando-se que seja dada uma atenção especial a este âmbito pela importância que as relações laborais têm no contexto da convivência social.

4. Conclusão

Definimos como propósito desta investigação realizar um estudo de caso sobre a mediação de conflitos em Portugal, em concreto na área laboral. Pretendemos dar voz aos mediadores e aferir das expectativas, dificuldades e perceções que têm do exercício da respetiva atividade e recolher alguns *inputs* que possam lançar pistas sobre o futuro da mediação. Com relação à mediação laboral e tendo por base as respostas obtidas, apontamos alguns caminhos no sentido da sua revitalização.

São amplamente reconhecidos os limites à aplicação da mediação nas relações laborais impostos pela natureza específica das normas jus-laborais. Reconhecemos a necessidade de proteção do trabalhador enquanto *leit motiv* do ordenamento laboral; não obstante, defendemos que tal não deve limitar, *a priori*, o recurso à mediação. Os limites à mediação não devem ser colocados a montante, mas antes reforçados a jusante. Pugnamos, assim, pela alteração do critério da mediabilidade dos conflitos, que não deve radicar na disponibilidade, mas sim na patrimonialidade dos direitos.

Devem, em nossa opinião, ser implementados um conjunto de mecanismos e garantias que reforcem a qualidade e a confiança das pessoas e das empresas na mediação. Assume, aqui, especial importância a formação geral em mediação (inicial e contínua) e específica na área laboral com conhecimentos do quadro normativo em vigor. Subscrevemos também a importância de um maior controlo do acordo obtido em sede de mediação para a segurança do trabalhador e dos respetivos direitos, mas igualmente para granjear a confiança de empregadores e advogados neste mecanismo. Destacamos, ainda, a necessidade de certificação da atividade dos mediadores como garante do controlo da qualidade da mediação prestada e da legalidade do acordo.

Não obstante, estas medidas devem ser acompanhadas de um conjunto de políticas públicas que divulguem a mediação junto das pessoas que são, na verdade, os seus principais beneficiários. Daí a importância de investir num sistema de administração de justiça moderno, eficaz e eficiente, desburocratizado, acessível, inclusivo e próximo das pessoas e das suas necessidades. Um sistema articulado com «várias portas», assumindo que há uma adequada para cada tipo de conflito.

Referências bibliográficas

- ÁLVAREZ, María José Lopez (2014). Solución de conflictos laborales individuales en clave de mediación. *Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos* n.º 377–378, setembro 2014, pp. 1–44.
- BANDEIRA, Susana Figueiredo *et. al* (2002). A Mediação como meio privilegiado de resolução de litígios. *Julgados de Paz e mediação: um novo conceito de justiça*, pp.95–145. Lisboa: AAFDL.
- BELL, Judith (2008). *Como Realizar um Projeto de Investigação*, 4.ª Edição. Lisboa: Gradiva.
- BLOHORN-BRENNER, Béatrice (2008). La médiation prud’homale. *C.E.R.A.S / Revue Projet* n.º 307, pp. 13–21, disponível em <https://www.cairn.info/revue-projet-2008-6-page-13.htm>.
- BOGDAN, Robert; BILKEN, Sari (2013). *Investigação Qualitativa em Educação: uma introdução à teoria e aos métodos*. Porto: Porto Editora.
- CARMO, Hermano & FERREIRA, M. M. (2008). *Metodologia da Investigação Guia para Auto-Aprendizagem*, 2.ª Edição. Lisboa: Universidade Aberta.
- CARVALHO, Jorge Morais (2011). A Mediação em Portugal. *Revista Julgar*, n.º 15, pp. 271–290.
- CEBOLA, Cátia Marques (2023). Mediação de conflitos em Portugal: passado, presente e futuro. In Cátia Marques Cebola (coord.). *A Lei da Mediação de Conflitos — Estudos sobre a sua aplicação* (pp. 21–51). Coimbra: Almedina.
- (2015). Regularizar a mediação: um olhar sobre a nova Lei da Mediação em Portugal. *Revista Brasileira de Direito*, vol. II, n.º 2, pp. 53–65.
- (2013). *La Mediación*. Madrid: Marcial Pons.
- CEBOLA, Cátia Marques; CRUZ, Rossana Martingo (2021). *Legislação de Resolução Alternativa de Litígios*, 1.ª Edição. Coimbra: GestLegal.
- DIEZ, Francisco & TAPIA, Gachi (1999). *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires: Paidós.
- GIL, António Carlos (2002). *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*, 3.ª Edição. São Paulo: Editora Atlas.
- FORTIN, Marie-Fabienne (2009). *O Processo de Investigação da Conceção à Realização*, 5.ª Edição. Loures: Lusociência.
- GOUVEIA, Mariana França (2015). *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª Edição. Coimbra: Almedina.

- LOPES, Dulce & PATRÃO, Afonso (2016). *Lei da Mediação Comentada*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- MEIRINHO, Manuel; OSÓRIO, António (2010). O estudo de caso como estratégia de investigação em educação. *EDUSER: Revista de Educação, Inovação, Investigação em Educação*, vol. 2, n.º 2, disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/153405689.pdf>.
- MONTEIRO, Susana Sardinha (2023). Relações, conflitos e mediação laboral: entre o público e o privado. Estudo de caso. In Cátia Marques Cebola (coord.). *A Lei da Mediação de Conflitos — Estudos sobre a sua aplicação*, pp. 253–281. Coimbra: Almedina.
- (2022). Mediação Laboral. In Cátia Marques Cebola (coord.). *Resolução Alternativa de Litígios. Casos práticos*, pp. 9–41. Coimbra: Gestlegal.
- MONTEIRO, Susana & CEBOLA Cátia Marques (2019). Uma nova concretização do Direito Humano de Acesso à Justiça: Estado de Direito Democrático e Cidadania. In Bichão, J. P. B., Locatelli, L., Aquino, M. G. S. (coord.). *Anais do I CONGRESSO GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS: Novas políticas de cidadania e de desenvolvimento sustentável*, pp. 209–220.
- QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van (2008). *Manual de Investigação em Ciências Sociais*. Lisboa: Gradiva.
- SAMPAIO, Tuane Bazanella (2022). *Metodologia da Pesquisa*. Universidade Federal de Santa Maria, disponível em https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/26138/MD_Metodologia_da_Pesquisa.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- WILDE, Zulema & GABROS, Luis M (2007). *O que é a mediação*. Coimbra: Coimbra Editora.
- YIN, Robert (2001). *Estudo de Caso. Planejamento e Métodos*. Bookman, disponível em <http://hmd.adm.br/ebooks/C003.pdf>.

A TRIBUTAÇÃO AUTÓNOMA PREVISTA NO ARTIGO 88.º, N.º 7, DO CIRC — A QUESTÃO DOS GASTOS COM EVENTOS PROMOCIONAIS

FRANCISCO NICOLAU DOMINGOS*

Sumário: 1. Introdução; 2. Tributações autónomas — densificação conceitual e natureza jurídica; 3. Despesas de representação; 3.1 O problema da fronteira, para efeitos de tributação autónoma, entre as despesas de representação e os gastos de natureza promocional; 4. Conclusão.

1. Introdução

O legislador consagrou, no artigo 88.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), uma lista de tributações autónomas relativas a encargos suportados pelos sujeitos passivos que não estão diretamente conexos com a tributação do rendimento associada àquele imposto. Efetivamente, pretendeu tributar alguns encargos suportados ou despesas efetuadas pelas empresas que manifestem uma duvidosa «empresarialidade» ou tenham uma natureza remuneratória.

* Professor adjunto do Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa. Professor auxiliar convidado do ISCTE — Instituto Universitário de Lisboa. Investigador integrado no Instituto Jurídico Portucalense. Árbitro em matéria tributária junto do Centro de Arbitragem Administrativa.

Importa, desde logo, determinar a natureza jurídica do instituto, *v. g.*, se é possível encontrar, ou não, um suporte legitimador unitário que integre todas as situações objeto de tributação autónoma.

O legislador prevê, no artigo 88.º, n.º 7, do CIRC, a tributação autónoma dos encargos relativos a despesas de representação à taxa de 10%, salvo se o sujeito passivo estiver enquadrado no regime simplificado de tributação.

Impõe-se, assim, recortar, de modo sumário, o conceito de despesas de representação, pois, de tal modo, será possível, por exemplo, determinar se as despesas com a deslocação de prestadores de serviços do sujeito passivo integram o referido conceito como também responder à questão fundamental deste trabalho: Os encargos suportados com a organização de eventos promocionais devem ser tributados (autonomamente) como despesas de representação?

A partir do método dedutivo, monográfico e da técnica de pesquisa bibliográfica, este artigo começará por densificar o conceito de tributações autónomas, a sua natureza jurídica e, por fim, efetuará uma análise (sumária), doutrinal e jurisprudencial, da tributação autónoma: as despesas de representação.

2. Tributações autónomas — densificação conceitual e natureza jurídica¹

O instituto em análise é relativamente recente. A primeira referência legislativa à possibilidade de tributação autónoma consta do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 192/90, de 9 de junho, *rectius*: com a aplicação de uma alíquota de 10% sobre as despesas confidenciais ou não documentadas.

O regime das tributações autónomas foi inserido no CIRC por intermédio da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, facto que desencadeou algumas interrogações sobre a natureza jurídica da tributação e até sobre a sua constitucionalidade.

¹ Este número corresponde, no essencial, à delimitação conceptual por nós efetuada em Domingos (2022), pp.187–189.

A doutrina, de imediato, anotou que as tributações autónomas reportam-se a despesas que estão na zona de intersecção entre a esfera privada e a esfera empresarial e que assim criam dificuldades na definição do seu regime fiscal², bem como visam evitar que, com a realização de tais despesas, as empresas procedam à distribuição camuflada de lucros, tendo uma finalidade antielisiva³.

O artigo 88.º do CIRC permite segmentar uma plêiade de finalidades na tributação autónoma de factos tributários⁴:

- i) Desincentivar determinados comportamentos do sujeito passivo associados a situações de fraude e evasão fiscais, *v. g.*, a tributação de despesas não-documentadas ou pagamentos a entidades sujeitas a regime fiscal claramente mais favorável;
- ii) Efetuar a imposição tributária sobre a distribuição camuflada de rendimentos a terceiros não tributados na sua esfera jurídica; pense-se, por exemplo, nos encargos com viaturas, ajudas de custo ou despesas de representação;
- iii) Desencorajar gastos com fonte não empresarial, como aqueles que são suportados com viaturas, ajudas de custo ou despesas de representação; e
- iv) Penalizar as despesas que não afetam o resultado tributável, mas que são consideradas sumptuárias — aquelas que são pagas a gestores, administradores ou gerentes, pois não se encontram contratualmente previstas.

São múltiplas e heterogêneas as finalidades das situações que estão sujeitas a tributação autónoma; entendemos, ainda assim, ser legítimo sustentar que há um mínimo denominador comum — a luta contra a fraude e evasão fiscais.

As taxas de tributação autónoma incidem sobre determinados encargos suportados pelos sujeitos passivos que não estão diretamente relacionados com os rendimentos sujeitos a tributação em

² Ver, sobre o instituto, Courinha (2019), pp. 179–187.

³ Sanches (2007), p. 407.

⁴ Ver decisão arbitral n.º 601/2018-T, de 23/09/2019.

IRC; pelo contrário, as tributações autónomas incidem sobre as despesas. A tributação é autónoma, pois não depende do resultado fiscal do sujeito passivo ou do respetivo quantitativo: quer o sujeito passivo tenha prejuízo quer tenha lucro, a tributação autónoma é devida, desde que tenha realizado a despesa.

As tributações autónomas não tributam o lucro empresarial mas determinados gastos que constituem um facto tributário distinto, conexo com a despesa e não com a obtenção de rendimento, que pode nem existir. As tributações autónomas têm, assim, o objetivo de desincentivar o comportamento que afeta a justa distribuição da riqueza e dos rendimentos a que alude o artigo 103.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa («CRP»), poderá ter subjacente hipóteses de menor transparência fiscal e promove a redução — pelas empresas — da realização de despesas com tal configuração.

As tributações autónomas têm características próprias que as afastam do IRC:

- i) Se o IRC tem por base a capacidade contributiva manifestada pelo rendimento, aquelas, incidem, regra geral, sobre o encargo;
- ii) Se o IRC constitui um imposto de natureza periódica, as tributações autónomas integram-se na categoria de impostos de obrigação única, pois tributam factos isolados; e
- iii) Se o IRC tem uma finalidade fiscal — arrecadação de receita —, já as tributações autónomas também terão uma finalidade extrafiscal: desincentivar a prática de comportamentos que se subsumam às distintas fontes de tributação autónoma, vertidas no artigo 88.º do CIRC.

Em resumo, cada tributação autónoma visa, por norma, desincentivar a realização de comportamentos que podem obnubilar a transparência fiscal por parte dos sujeitos passivos e reduzir o montante do rendimento tributável no IRC. Constituem, em segundo lugar, um imposto de obrigação única e com uma finalidade extrafiscal.

A tributação autónoma — em estudo — incide sobre as despesas destinadas a representar o sujeito passivo junto de terceiros. Vejamos em que termos.

3. Despesas de representação

O legislador prevê, no artigo 88.º, n.º 7, do CIRC, o seguinte:

São tributados autonomamente à taxa de 10% os encargos efetuados ou suportados relativos a despesas de representação, considerando-se como tal, nomeadamente, as despesas suportadas com receções, refeições, viagens, passeios e espetáculos oferecidos no País ou no estrangeiro a clientes ou fornecedores ou ainda a quaisquer outras pessoas ou entidades.

Mas, o que são despesas de representação? O artigo refere que são aquelas suportadas em receções, refeições, viagens, passeios e espetáculos *oferecidos* no país, ou no estrangeiro, a clientes e fornecedores, bem como a quaisquer outras pessoas ou entidades.

Uma primeira nota para o recorte do conceito encontra-se na circunstância de as despesas (de representação) servirem para representar o sujeito passivo junto de clientes ou de terceiros, fora da sua atividade principal, e onde não se encontra presente.⁵ Assim, nem todos os encargos suportados com receções, refeições, viagens, passeios e espetáculos têm a referida natureza (de despesas de representação). Pense-se, por exemplo, na circunstância de revestirem uma natureza promocional. A questão ganha outra acuidade pelo facto de, em determinados sectores, os referidos gastos (de natureza promocional) serem essenciais ao desenvolvimento da atividade social.

Caso não se verifique este elemento — de representação perante terceiros ou clientes —, podemos estar perante «despesas de deslocação», por se tratar de encargos de transporte, refeições e alojamento de pessoal ao serviço do sujeito passivo e, assim, não serem objeto

⁵ Veja-se, nomeadamente, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 7 de maio de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 1374/08.0BELRS. Disponível em: <https://www.dgsi.pt>. Consulta em 20 de junho de 2023.

de tributação autónoma. Todavia, pelo contrário, caso os sujeitos passivos não consigam nitidamente identificar os beneficiários das despesas suportadas a título de refeições, viagens, passeios e espetáculos, a qualificação jurídica deve transmutar-se para «despesas de representação».

A segunda nota do conceito consiste, a nosso ver, no facto de essa representação operar através de *ofertas* a clientes e a terceiros, com o objetivo de angariar ou manter relações comerciais, sendo que o gasto subjacente deve ser, assim, sujeito a tributação autónoma, com vista a alcançar a finalidade extrafiscal subjacente — combate à fraude e à evasão fiscais.

A aplicação do artigo 88.º, n.º 7, do CIRC é fonte de litigância na jurisprudência estadual e do Centro de Arbitragem Administrativa, particularmente quando se discute a (falta de) natureza promocional do gasto.⁶

Se estamos perante gastos suportados pela entidade sujeita a IRC para obter os rendimentos, verifica-se o primeiro requisito geral à sua dedução na determinação da matéria tributável, isto é, se estamos perante gastos dedutíveis na determinação do lucro tributável, poder-se-á não se revelar fácil determinar se foram suportados no exclusivo interesse empresarial ou se, pelo contrário, também servem, de algum modo, os interesses privados e, por isso, estranhos à atividade societária.

A teleologia subjacente à opção legislativa encontrar-se-á na circunstância de ser necessário compensar a dedução do gasto com a tributação autónoma, pois aquele foi suportado no interesse externo à atividade empresarial. O legislador manifesta, por exemplo, a incapacidade na destinação, perante um jantar suportado pela empresa, entre

⁶ Veja-se, a título exemplificativo, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 29 de setembro de 2022, proferido no âmbito do processo n.º 1181/05.2BELRS; o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 11 de novembro de 2021, proferido no âmbito do processo n.º 41/06.4BESNT; o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 7 de maio de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 1374/08.0BELRS; e a decisão arbitral n.º 50/2016-T, de 30 de setembro de 2016. Disponíveis em: <https://www.dgsi.pt> e <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>. Consulta em 20 de junho de 2023.

a natureza empresarial ou pessoal do encargo associado, optando pela tributação autónoma da despesa.⁷

Em conclusão, o regime fiscal das despesas de representação deve concatenar a possibilidade de dedução das despesas que revelem uma finalidade empresarial, com a tributação autónoma, daquelas que evidenciem uma utilização distinta da empresarial.

3.1. O problema da fronteira, para efeitos de tributação autónoma, entre as despesas de representação e os gastos de natureza promocional

O artigo 23.º, n.º 2, al. *b*), do CIRC determina que são fiscalmente relevantes os gastos com publicidade, sendo assim elegíveis aqueles que, por exemplo, publicitem um produto em venda do sujeito passivo através de um meio de comunicação social, como é disso exemplo, um jornal.

O registo fiscal dos gastos depende, de modo geral, dos seguintes requisitos: *i*) registo contabilístico; *ii*) licitude do gasto; *iii*) documentação; e *iv*) finalidade económica.⁸

O primeiro requisito genérico da dedutibilidade em IRC emerge do princípio da dependência do resultado fiscal perante o lucro contabilístico; assim, o gasto será fiscalmente relevante, caso tenha inscrição e revelação contabilística.⁹

Em segundo lugar, não são dedutíveis aqueles que resultem da violação da legislação penal ou contraordenacional portuguesa — Regime Geral das Infrações Tributárias¹⁰ —, ou seja, as despesas emergentes de comportamentos objeto de censura jurídica, nos referidos domínios normativos, não têm relevância fiscal.

Em terceiro lugar, o gasto tem de se encontrar documentado¹¹, independentemente da natureza ou do suporte dos documentos

⁷ Dinis (2022), pp. 77–80.

⁸ Para mais desenvolvimentos, veja-se: Courinha (2019), pp. 101–115; e Marques (2020), pp. 216–223.

⁹ Artigo 23.º-A, n.º 1, do CIRC — *a contrario sensu*.

¹⁰ Artigo 23.º-A, n.º 1, alíneas *d*) e *e*), do CIRC.

¹¹ Artigo 23.º, n.º 3, do CIRC.

utilizados para a referida finalidade, pois, assim, torna-se exequível o controlo do gasto por parte da Autoridade Tributária e Aduaneira.

Por último, a dedutibilidade fiscal dos gastos exige que estes se encontrem afetos à finalidade societária, o lucro. É através do desenvolvimento da realização do objeto societário que se vão realizar gastos, pelo que aqueles que se encontrem afetos à referida finalidade são relevantes no domínio do registo fiscal.

Todavia, a questão coloca-se quanto à (des)necessidade de tributação autónoma de encargos suportados em eventos de promoção de bens da empresa, com oferta de refeições a convidados e de aluguer de equipamentos para a sua realização.

Entendemos que, caso se demonstre que os gastos foram suportados como medida de promoção, publicidade, distribuição e venda de produtos, circunstância que pode ser aferida pela expectativa de retorno financeiro associado ao evento promocional, não devem ser objeto de tributação autónoma. Por outras palavras, para o referido enquadramento, exige-se que os gastos não se destinem somente a representar a sociedade perante terceiros, nomeadamente através de *ofertas* a terceiros e clientes, mas que sejam aptos à perceção futura de proveitos.

Concluiu, por exemplo, a jurisprudência, neste sentido, que:

i)

VI. Despesas de representação são aquelas cuja finalidade é a de representar uma determinada sociedade onde ela não se encontra.

VII. Nem todos os encargos, suportados com receções, refeições, viagens, passeios e espetáculos, oferecidos, no País ou no estrangeiro, a clientes ou a fornecedores ou ainda a quaisquer outras pessoas ou entidades, são necessariamente despesas de representação, porquanto tem de lhes estar subjacente a finalidade mencionada em VI.

VIII. Se um determinado custo, com viagens, congressos, despesas de alojamento, etc., tiver natureza promocional ou respeitar a reuniões estratégicas e de planeamento, afasta-se a

sua qualificação como despesa de representação.¹² (o destaque é nosso)

ii)

Como se infere da interpretação literal do conceito de «despesas de representação», estas traduzem-se em gastos que se destinam a representar a sociedade perante os seus clientes e/ou quaisquer terceiros, mediante ofertas a estes clientes e/ou terceiros realizadas — gastos estes que devem ser sujeitos a tributação autónoma, com os objetivos de arrecadação de receita fiscal supra citados, fundamentalmente em sede de combate à fraude e evasão fiscais.

Ora, da matéria considerada provada resulta que os gastos em que a Recorrente incorreu não se destinaram simplesmente a representar a sociedade perante terceiros, designadamente clientes, mediante ofertas. Pelo contrário, estes gastos foram incorridos como medida de promoção, publicidade, distribuição e venda de produtos. Nenhuma das partes, aliás, contesta tal facto. A própria Requerida reconhece «aceitar que pode existir um objetivo e uma relação entre a realização daqueles eventos e a obtenção de um retorno financeiro decorrente das vendas geradas», e aceitar «que os referidos eventos contribuem para a promoção das vendas e correspondentes obtenções de proveitos», «sendo, no entanto, indiscutivelmente importante para criar uma imagem nos seus clientes». Mais, reconhece que «a promoção dos referidos eventos proporciona não só a realização de vendas no decurso dos mesmos, como seguramente, potencia a sua concretização no futuro».¹³ (o destaque é nosso)

¹² Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 11 de novembro de 2021, proferido no âmbito do processo n.º 41/06.4BESNT. Disponível em: <https://www.dgsi.pt>. Consulta em 20 de junho de 2023.

¹³ Decisão arbitral 50/2016-T, de 30 de setembro de 2016. Disponível em: <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>. Consulta em 20 de junho de 2023.

Em resumo, não integram o conceito de despesas de representação os encargos incorridos em eventos de promoção de produtos da empresa, junto de terceiros e de clientes, mesmo que envolvam refeições disponibilizadas ou despesas com aluguer de espaços para a realização de eventos, pois têm a aptidão de gerar proveitos.

4. Conclusão

As tributações autónomas não tributam o lucro empresarial mas determinados gastos que constituem um facto tributário distinto conexo com uma despesa e não com a obtenção de rendimento, que pode nem existir. A finalidade do instituto é, assim, desincentivar o comportamento que afeta a justa distribuição da riqueza e dos rendimentos e que poderá ter subjacente hipóteses de menor transparência fiscal, promovendo a redução — pelas empresas — da realização de despesas com tal configuração.

As despesas de representação servem para representar o sujeito passivo junto de clientes ou de terceiros, fora da sua atividade principal e onde não se encontra presente, embora nem todos os encargos suportados com refeições, refeições, viagens e espetáculos tenham a referida natureza (de despesas de representação), *v.g.*, aqueles que revestem uma natureza promocional.

Além disso, a referida representação opera através de *ofertas* a clientes e a terceiros, sendo que o gasto subjacente deve ser, assim, sujeito a tributação autónoma, com vista a alcançar a finalidade extra-fiscal subjacente — o combate à fraude e à evasão fiscais.

Para que o gasto suportado com a promoção de um produto ou de um serviço não seja tributado autonomamente, não pode limitar-se a representar a sociedade perante terceiros; deve ter aptidão para gerar proveitos, ainda que no futuro.

Referências bibliográficas

- CARDOSA, Teresa Lourenço (2017). Tributações autónomas: caracterização, natureza jurídica e (in)constitucionalidade. *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 17 (jul.–set.), pp. 23–50. Braga.
- DINIS, Ana Arroomba (2022). *A Tributação Autónoma em Portugal*, Almedina, pp. 77–80.

- DOMINGOS, Francisco Nicolau (2022). A tributação autónoma prevista no artigo 88.º, n.º 13, alínea *a*) do CIRC: reflexão analítica [pp. 187–189]. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Pita*, Almedina.
- COURINHA, Gustavo Lopes (2019). *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, Almedina, pp. 179–187.
- MARQUES, Rui (2022). *Tributações autónomas em IRC: uma sinopse pela lei e jurisprudência*. CIDEEFF *Working Papers*, n.º 5, pp. 37–38. Disponível em: https://www.cideeff.pt/xms/files/Arquivo/2022/CIDEEFF_WP_5-2022_final_-002-.pdf. [Consulta em 30 de maio de 2023.]
- (2020). *Código do IRC — Anotado e Comentado*, 2.ª edição, Almedina, pp. 216–223.
- SANCHES, José Luís Saldanha (2007). *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª edição, Coimbra Editora, p. 407.

A PROTEÇÃO DE DADOS NAS RELAÇÕES LABORAIS

JORGE BARROS MENDES*

Sumário: 1. Ponto prévio; 2. O RGPD e as relações laborais; 3. Os dados dos trabalhadores enquanto dados pessoais; 3.1 A contratação; 3.2. Causas de licitude do tratamento de dados pessoais dos trabalhadores; 3.3. O direito de informação e o acesso aos dados pessoais; 4. Direito à imagem do trabalhador; 5. O prazo de retenção dos dados pessoais; 6. A utilização indevida de dados pessoais dos trabalhadores e as autoridades de controlo; 7. Conclusão

1. Ponto prévio¹

A evolução tecnológica, com sistemas de informação cada vez mais eficientes, levou a que os nossos dados pessoais proliferassem na rede e nas organizações sem que a maior parte das vezes o seu titular —

* Professor adjunto na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Titular do título de especialista, obtido junto do Instituto Politécnico de Leiria. Advogado.

¹ Para maiores desenvolvimentos sobre a evolução da proteção de dados, *vide* o nosso «O novo regulamento de proteção de dados — As principais alterações», *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* (setembro de 2017), n.º 27, pp. 14-36, disponível em https://issuu.com/editorabonijuris9/docs/revista_luso-brasileira_de_direito__d0959fdb6ee330 a confirmar pelo AUTOR

aquilo a que na protecção de dados designamos por titular de dados — disso tenha noção.

Em 1980, o Conselho da Europa, através da Convenção 108², e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico tentaram estabelecer as linhas orientadoras no âmbito da protecção de dados pessoais em termos internacionais. Veja-se que, no preâmbulo de tal texto, é afirmado perentoriamente que «(...) é desejável alargar a protecção dos direitos e das liberdades fundamentais de todas as pessoas, nomeadamente o direito ao respeito pela vida privada, tendo em consideração o fluxo crescente, através das fronteiras, de dados de carácter pessoal susceptíveis de tratamento automatizado (...)».

O artigo 4.º da sobredita Convenção estabelece que os países devem adotar no seu direito interno as medidas necessárias com vista à aplicação dos princípios básicos para a protecção de dados.

Nesta senda, em termos europeus, a Diretiva 95/46/CE do Parlamento e do Conselho, de 24 de outubro, tentou criar uma harmonização da defesa dos direitos e das liberdades das pessoas singulares e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-membros. Aliás, os Considerandos 11 e 12 da sobredita diretiva estabeleciam o seguinte: «11) Considerando que os princípios da protecção dos direitos e liberdades das pessoas, nomeadamente do direito à vida privada, contidos na presente directiva, precisam e ampliam os princípios contidos na Convenção do Conselho da Europa, de 28 de Janeiro de 1981, relativa à protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais; 12) Considerando que os princípios da protecção devem aplicar-se a todo e qualquer tratamento de dados pessoais sempre que as actividades do responsável pelo tratamento sejam regidas pelo direito comunitário (...), pelo que aquilo que foi tentado pelo legislador europeu foi proceder a uma harmonização a nível europeu em sede de protecção de dados.»

² A sobredita Convenção considera que uma das finalidades do Conselho da Europa é conseguir uma união mais estreita entre os seus membros, nomeadamente no respeito pela supremacia do direito, bem como dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

O Tribunal de Justiça da União Europeia³, por diversas vezes, salientou que «a Diretiva 95/46/CE visa tornar equivalente em todos os Estados-Membros o nível de proteção dos direitos, liberdades das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, uma aproximação das legislações nacionais aplicáveis na matéria não deve fazer diminuir a proteção que asseguram, devendo, pelo contrário, ter por objetivo garantir um elevado nível de proteção na União e uma harmonização das referidas legislações nacionais não se limita a uma harmonização mínima, mas conduz a uma harmonização que é, em princípio completa.»⁴

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵, no seu artigo 8.º, consagra expressamente que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito, e que tais dados só podem ser objeto de tratamento leal para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento expressamente previsto na lei. Consagra ainda a faculdade de todas as pessoas poderem aceder aos dados que lhes digam respeito e que foram bem como solicitar a retificação dos mesmos, ficando o incumprimento de tais direitos sujeito à fiscalização por parte de uma entidade administrativa independente.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, na versão do Tratado de Lisboa, estabeleceu no seu artigo 16.º que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. Mais estabeleceu no seu n.º 2, porém: «o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de atividades relativas à aplicação do

³ Doravante designado abreviadamente por TJUE.

⁴ TJUE, acórdão de 24 de novembro de 2011 — processos apensos C-468/10 e C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDMD) v. Administración del Estado, n.ºs 28 e 29.

⁵ (2000/C 364/01), JOCE de 18/12/2000.

direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes.»

Ora, foi aqui aberto o caminho para que viesse a ser elaborado o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril.

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais, doravante RGPD, revogou a Diretiva 95/46/CE e foi objeto de regulamentação ao nível nacional pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, doravante de Lei Nacional de Execução (LNE).

2. O RGPD e as relações laborais

O artigo 88.º do RGPD consagra, no que às relações laborais diz respeito, que «1. Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho.»

De facto, o artigo 88.º do RGPD⁶ deve ser interpretado como sendo uma cláusula aberta, através da qual é permitido que os Estados-membros venham a estabelecer no seu ordenamento jurídico normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e das liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral.

Não podemos olvidar, a este propósito o disposto no Considerando 155 do RGPD: «O direito do Estado-Membro ou as convenções coletivas (incluindo «acordos setoriais») podem prever regras

⁶ *Vide*, para mais desenvolvimentos, Kuner (2020), p. 1229.

específicas para o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente no que respeita às condições em que os dados pessoais podem ser tratados no contexto laboral, com base no consentimento do assalariado, para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas por lei ou por convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no trabalho, de saúde e segurança no trabalho, e para efeitos de exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho.»

Em matéria laboral, o artigo 28.º da LNE vem permitir ao empregador poder tratar os dados pessoais dos seus trabalhadores para as finalidades definidas quer no Código do Trabalho, quer em legislação complementar.

3. Os dados dos trabalhadores enquanto dados pessoais

O artigo 4.º do RGPD considera como «“dados pessoais” informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como, por exemplo, um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular».

Ora, de facto, as organizações processam inúmeros dados pessoais, seja aquando da contratação, seja após a relação laboral.

3.1. A contratação

As organizações recolhem dos seus colaboradores, e enumeramos de forma meramente exemplificativa, os seguintes: *i)* nome; *ii)* género; *iii)* data de nascimento; *iv)* local de nascimento; *v)* nacionalidade; *vi)* morada; *vii)* código postal; *viii)* cidade; *ix)* número de telefone pessoal; *x)* *e-mail* pessoal; *xi)* tamanho de roupa e calçado — no caso de

utilização de equipamentos individuais e de segurança ou de farda; *xii*) número do Cartão de Cidadão, Número de Identificação Fiscal e de Segurança Social; *xiv*) carta de condução — quando tal seja essencial para o desempenho das funções; *xv*) *username*; *xvi*) ficha de aptidão para o trabalho; *xvi*) percurso académico, instituições e grau académico; *xvii*) dados biométricos⁷; *xviii*) registo criminal, quando expressamente previsto em legislação especial, sendo que este é manifestamente uma exceção: imagine-se o caso de recrutamento no âmbito da função pública, contacto com crianças, segurança privada ou funções relacionadas com o branqueamento de capitais.

3.2. Causas de licitude do tratamento de dados pessoais dos trabalhadores

Ora, aqui chegados, a questão que se coloca é, desde logo, a de saber a que título é que podem as organizações recolher tais dados, ou seja, nos termos do RGPD, qual a sua causa de licitude para o tratamento.⁸

A principal causa de licitude para o tratamento será a expressamente prevista no artigo 6.º, n.º 1, al. *b*), i. e., sempre que tais dados sejam essenciais para a execução de um contrato. Além disso, temos um conjunto de dados que se encontram supraelencados e que encontram previsão na al. *c*) do n.º 1 da sobredita norma, ou seja, o tratamento é necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento está sujeito — é o caso dos descontos para a Segurança Social, obrigações tributárias⁹, ou mesmo a habilitação legal de condução do trabalhador, no caso de tal tarefa ser fundamental para o desempenho da atividade do trabalhador. O tratamento de dados pode ainda efetuar-se ao abrigo de interesses

⁷ Tenha-se em atenção que o artigo 28.º, n.º 3, da LNE apenas admite como legítimo o tratamento de dados biométricos para o controlo de acessos às instalações do empregador. *Vide* a este propósito a análise crítica de Teresa Coelho Moreira, que considera que devia estar previsto o acesso a dispositivos móveis e informáticos. Moreira (2020), p. 33.

⁸ Para maiores desenvolvimentos, *vide* Magina (2020), p. 49.

⁹ Veja-se, por exemplo, a declaração do artigo 99.º do CIRS, na qual são inclusivamente indicados dados de terceiros à relação laboral, mas que irão ter impacto nas tabelas de retenção de IRS.

legítimos, ou seja, ao abrigo do n.º 1, al. f), interesses legítimos, esses, da organização.¹⁰

Cumpra ainda apreciar a al. a) do n.º 1 da sobredita norma, ou seja, sobre o consentimento e perceber em que circunstâncias é que o mesmo é admissível nas relações laborais. O consentimento¹¹ deve agora ser dado de forma expressa, clara, de modo inteligível, de fácil acesso e numa linguagem clara. O próprio RGPD define o consentimento do titular de dados como uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, de que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.¹²

Isto significa que o consentimento tácito, até agora muito usual entre nós, deixa de ser possível. Terá, por um lado, o titular dos dados pessoais de ter a possibilidade de selecionar a finalidade para a qual dá o consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais e, por outro, terá o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento. De salientar que essa retirada de consentimento tem de ser tão fácil de acontecer como foi a de dar.¹³

Esta alteração na forma de prestar consentimento terá como principais alterações, desde logo, a proibição de caixas pré-selecionadas no momento da recolha de dados. O titular tem de declarar de forma expressa que autoriza e permite a recolha e o tratamento dos seus dados pessoais.

Uma vez que o titular dos dados passa a ter o verdadeiro poder sobre os mesmos, devem ser previstas regras para facilitar o exercício pelo titular dos dados dos direitos que lhe são conferidos ao abrigo do RGPD, incluindo procedimentos para solicitar e, sendo caso disso, de obter a título gratuito, em especial, o acesso a dados pessoais, a sua retificação ou o seu apagamento¹⁴ e o exercício do direito de oposição.

¹⁰ Veja-se a este propósito e, para mais desenvolvimentos, WP 247, p. 19.

¹¹ Cf. artigo 7.º RGPD.

¹² Cf. artigo 4.º, n.º 11 RGPD.

¹³ Cf. artigo 7.º, n.º 3 RGPD.

¹⁴ O denominado direito ao esquecimento ou apagamento.

O responsável pelo tratamento deverá fornecer os meios necessários para que os pedidos possam ser apresentados por via eletrónica, em especial quando os dados sejam também tratados por essa via. O responsável pelo tratamento deverá ser obrigado a responder aos pedidos do titular dos dados sem demora injustificada, e o mais tardar no prazo de um mês, e expor as suas razões quando tiver intenção de recusar o pedido, nos termos do disposto no artigo 12.º, n.º 3 do RGPD.

A questão que se coloca é a de saber como analisamos o consentimento do trabalhador — já a este propósito, o Grupo de Trabalho do artigo 29.º defendia que os empregados raramente estão em posição de dar, recusar ou revogar livremente o consentimento, dada a dependência que resulta da relação entre empregador e empregado. Tendo em conta em conta o desequilíbrio de poderes, os empregados só podem dar o seu livre consentimento em circunstâncias excepcionais, quando as consequências não tiverem qualquer tipo de relação com a aceitação ou a rejeição de uma oferta.¹⁵

Ora, o artigo 28.º da LNE estabelece, no n.º 3, al. a), «salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais: Se do tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador.»

A este propósito, a Comissão Nacional de Proteção de Dados, na sua deliberação n.º 494/2019, entendeu que «o disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 28.º (...), restringe excessivamente a relevância do consentimento do trabalhador, com isso eliminando qualquer margem de livre-arbítrio dos trabalhadores mesmo quando há condições para a sua manifestação sem risco para os seus direitos e interesses. Nessa medida, esta disposição traduz uma restrição injustificada e desproporcionada do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º e da alínea a) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD. Entende, assim, a CNPD que

¹⁵ WP 247 — os trabalhadores só podem dar o seu consentimento livremente em circunstâncias excepcionais, quando o ato de dar ou recusar o consentimento não produza quaisquer consequências negativas.

esta disposição não corresponde a uma medida legislativa nacional adequada que salvaguarde a dignidade, os direitos fundamentais e os interesses legítimos do trabalhador, não cumprindo, portanto, os requisitos exigidos na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 9.º e do n.º 2 do artigo 88.º do RGPD.»¹⁶

3.3. O direito de informação e o acesso aos dados pessoais

Atento o disposto no artigo 13.º do RGPD, e nomeadamente nos termos do disposto no artigo 14.º do mesmo regulamento, o titular dos dados tem de ser informado da operação de tratamento de dados e das suas finalidades. O responsável pelo tratamento deverá fornecer ao titular as informações adicionais necessárias para assegurar um tratamento equitativo e transparente dos dados, tendo em conta as circunstâncias e o contexto específico em que os dados pessoais forem tratados.

As informações sobre o tratamento de dados pessoais relativos ao titular dos dados deverão ser-lhe fornecidas no momento da sua recolha junto do titular dos dados; ou, se os dados pessoais tiverem sido obtidos a partir de outra fonte, dentro de um prazo razoável, consoante as circunstâncias.

Sempre que os dados pessoais forem suscetíveis de ser legitimamente comunicados a outro destinatário, o titular dos dados deverá ser informado aquando da primeira comunicação dos dados pessoais a esse destinatário e sempre que o responsável pelo tratamento tiver a intenção de tratar os dados pessoais para outro fim que não aquele para o qual tenham sido recolhidos. Antes desse tratamento, o responsável deverá fornecer ao titular dos dados informações sobre esse fim e outras que sejam necessárias.

O direito de acesso aos dados pessoais recolhidos que lhes digam respeito passa a estar expressamente previsto no artigo 15.º do RGPD e tem o titular dos dados a possibilidade de exercer esse direito com

¹⁶ *Vide*, para mais desenvolvimentos, Alves (2010), p. 20; Moreira (2020), p. 29; e Cordeiro (2020), p. 171.

facilidade e a intervalos razoáveis, com vista a conhecer e a tomar conhecimento do tratamento e verificar a sua licitude.¹⁷

Não podemos olvidar que o RGPD, ao consagrar o princípio da minimização dos dados, vem impor a obrigação de ser prestada ao titular dos dados a informação referente às finalidades para as quais os seus dados pessoais são tratados, quando possível, do período durante o qual os dados são tratados, da identidade dos destinatários dos dados pessoais, da lógica subjacente ao eventual tratamento automático dos dados pessoais e, pelo menos quando tiver por base a definição de perfis, das suas consequências.

Este direito de acesso poderá levar a que o titular dos dados requeira, nos termos do disposto no artigo 16.º do RGPD, a retificação dos seus dados, solicitando-a quando estes estiverem incompletos ou incorretos. Além disso, pode ainda requerer o direito ao esquecimento, que foi indicado como sendo uma das principais novidades do Regulamento, sendo que de facto há muito que se falava deste direito, nomeadamente depois do célebre com o caso Google¹⁸.

¹⁷ Veja-se a este propósito a decisão do TJUE C-579/2, de 22 de junho de 2023 — Pankkis, em que o tribunal veio a entender que o titular dos dados tem o direito de aceder e saber o motivo por que os dados dos titulares fossem objeto de consulta.

¹⁸ Caso Google, Assunto C-11/12 — Em 5 de março de 2010, M. Costeja González, de nacionalidade espanhola e domiciliado em Espanha, apresentou na autoridade administrativa espanhola (AEPD) uma reclamação contra a La Vanguardia Ediciones SL, que publica um jornal de grande tiragem, designadamente na Catalunha, o *La Vanguardia*, e contra a *Google Spain* e a Google Inc. Esta reclamação baseava-se no facto de que, quando um internauta inseria o nome de M. Costeja González no motor de busca do grupo Google, obtinha ligações a duas páginas do jornal *La Vanguardia* de, respetivamente, 19 de janeiro e 9 de março de 1998, nas quais figurava um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, que mencionava o nome de M. Costeja González.

Com esta reclamação, M. Costeja González pedia, por um lado, que se ordenasse à *La Vanguardia* que suprimisse ou alterasse as referidas páginas, para que os seus dados pessoais deixassem de aparecer, ou que utilizasse determinadas ferramentas disponibilizadas pelos motores de busca para proteger esses dados; e, por outro, pedia que se ordenasse à *Google Spain* ou à Google Inc. que suprimissem ou ocultassem os seus dados pessoais, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa e de figurar nas ligações do jornal *La Vanguardia*. E isto porque o processo de arresto, de que fora objeto, tinha sido completamente resolvido há vários anos e a referência ao mesmo carecia atualmente de pertinência.

O que determinou o TJUE, a 13 de maio de 2014, foi que «prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em encontrar a referida informação durante uma pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão em virtude dessa inclusão e que o tratamento de dados pessoais (...), realizado pelo operador de um motor de busca, é suscetível de afetar significativamente os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção de dados pessoais, quando a pesquisa através desse motor seja efetuada a partir do nome de uma pessoa singular, uma vez que o referido tratamento permite a qualquer internauta obter, com a lista de resultados, uma visão global estruturada das informações sobre essa pessoa, que se podem encontrar na Internet, respeitantes, potencialmente, a numerosos aspetos da sua vida privada e que, sem o referido motor de busca, não poderiam ou só muito dificilmente poderiam ter sido relacionadas, e, deste modo, estabelecer um perfil mais ou menos

Sucedeu que a autoridade administrativa espanhola (AEPD), por decisão de 30 de julho de 2010, considerou que a reclamação em relação ao jornal *La Vanguardia* estava legalmente justificada, dado que tinha sido efetuada por ordem do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais, e teve por finalidade publicitar ao máximo a venda em hasta pública, a fim de reunir o maior número possível de licitantes, sendo que, no que concerne à Google, a AEPD considerou que os operadores de motores de busca estão sujeitos à legislação em matéria de proteção de dados, uma vez que realizam um tratamento de dados pelo qual são responsáveis e atuam como intermediários da sociedade de informação.

A AEPD considerou que estava habilitada a ordenar a retirada dos dados e a interdição de aceder a determinados dados, por parte dos operadores de motores de busca, quando considere que a sua localização e a sua difusão são suscetíveis de lesar o direito fundamental de proteção dos dados e a dignidade das pessoas em sentido amplo, o que abrange também a simples vontade da pessoa interessada de que esses dados não sejam conhecidos por terceiros. A AEPD considerou que esta obrigação pode incumbir diretamente aos operadores de motores de busca, sem que seja necessário suprimir os dados ou as informações do sítio *web* onde figuram, designadamente quando a manutenção dessas informações nesse sítio seja justificada por uma disposição legal.

detalhado da pessoa em causa. Além disso, o efeito de ingerência nos referidos direitos da pessoa em causa é multiplicado devido ao importante papel desempenhado pela Internet e pelos motores de busca na sociedade moderna, que conferem carácter de ubiquidade às informações contidas numa lista de resultados deste tipo».¹⁹

O que se determina, doravante, é que qualquer titular de dados tem direito a que os seus dados pessoais sejam apagados e deixem de ser objeto de tratamento, desde que os mesmos deixem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados, se os titulares dos dados retirarem o seu consentimento ou se se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhes digam respeito ou se o tratamento dos seus dados pessoais não respeitar o disposto no presente regulamento.

Esse direito assume particular importância quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento quando era criança e não estava totalmente ciente dos riscos inerentes ao tratamento, e mais tarde deseje suprimir esses dados pessoais, especialmente na Internet. O titular dos dados deverá ter a possibilidade de exercer esse direito, independentemente do facto de já ser adulto. No entanto, o prolongamento da conservação dos dados pessoais deverá ser efetuado de forma lícita quando tal se revele necessário para o exercício do direito de liberdade de expressão e informação, para o cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, por razões de interesse público²⁰ no domínio da saúde pública, para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica, para fins estatísticos ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

¹⁹ Cf. parágrafos 80 e 97 do referido acórdão.

²⁰ Em acórdão recente, de 9 de março de 2017, Proc. C-398/15, o TJEU considerou que os dados pessoais que são inscritos no registo das sociedades possam ser, após um determinado período e a pedido da pessoa em causa, cancelados, tornados anónimos ou bloqueados, ou tornados acessíveis a um círculo restrito de terceiros, a saber, os terceiros que justifiquem um interesse legítimo no acesso a esses dados.

4. Direito à imagem do trabalhador

A imagem do trabalhador é um direito de personalidade, com carácter inalienável e irrenunciável, podendo, contudo, o seu titular renunciar ou restringir esse seu direito por via do consentimento.

A este propósito, importa aqui analisar o Ac. 302/19.2T8MGL.CI²¹, do Tribunal da Relação de Coimbra. No caso em apreço, o Tribunal da Relação de Coimbra considerou que o direito à imagem foi validamente limitado pelo consentimento do trabalhador, que assentiu, ainda que de forma não escrita, na captação da fotografia, e posterior utilização da mesma, no *website* e na revista da entidade patronal, na medida em que esse consentimento foi prestado na sequência de uma solicitação: «No caso que nos ocupa o Autor [trabalhador], conforme resulta dos factos apurados, deu o seu consentimento verbal para a captação e publicação da sua imagem pela Ré [entidade patronal]. Este consentimento mostra-se válido porquanto foi prestado na sequência de solicitação para a publicação de tal fotografia na revista publicitária da Ré e no seu *website*, o que o Autor compreendeu e assentiu, permitindo-nos assim a conclusão que o mesmo corresponde a uma manifestação de vontade, livre, específica e informada como consta da definição do artigo 4.º, g) do Regulamento (UE) 679/2016, de 27 de Abril,) e na al. h) do art.º 3.º da Lei 67/98, de 26/10 — lei revogada em Junho de 2019, mas em vigor à data dos factos.» E, ainda, que «a “manifestação de vontade, livre, específica e informada” que corresponde à definição de consentimento contida na al. h) do art.º 3.º da Lei 67/98, de 26/10 (em vigor à data dos factos, apesar de entretanto ter sido revogada pela Lei 58/2019, de 8/8, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 679/2016, de 27 de Abril, o que para o caso concreto se revela indiferente, dado o seu carácter inovatório e não interpretativo) não corresponde (...) a uma “autorização expressa, específica e escrita” (ou seja, à “manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou acto positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito

²¹ Disponível em <https://www.direitoemdia.pt>.

sejam objeto de tratamento”, segundo a nova definição constante do art.º 4.º do referido Regulamento (UE) 679/2016, de 27 de Abril). (tal como consta do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de setembro de 2019 (processo n.º 1981/14.2TBOER.L1-2)», disponível em <https://www.dgsi.pt>.

5. O prazo de retenção dos dados pessoais

O artigo 5.º, n.º 1, al. e) do RGPD prevê que os dados devem ser conservados durante o período necessário para as finalidades para os quais são tratados. Aliás, devemos ter presente, a este propósito, o disposto no Considerando 39, «(...) a fim de assegurar que os dados pessoais sejam conservados apenas durante o período considerado necessário, o responsável pelo tratamento deverá fixar os prazos para o apagamento ou a revisão periódica. Deverão ser adotadas todas as medidas razoáveis para que os dados pessoais inexatos sejam retificados ou apagados. Os dados pessoais deverão ser tratados de uma forma que garanta a devida segurança e confidencialidade, incluindo para evitar o acesso a dados pessoais e equipamento utilizado para o seu tratamento, ou a utilização dos mesmos, por pessoas não autorizadas.»

Em bom rigor, sempre que a base jurídica para o tratamento de dados tenha deixado de existir, quando o tratamento de dados seja ilícito ou quando o trabalhador se oponha ao tratamento de dados, os mesmos têm de deixar de ser tratados.

A questão que temos de ter presente é que a legislação portuguesa não consagra, em todas as situações, de forma expressa, os prazos de retenção. Por exemplo, no âmbito dos processos de recrutamento, o artigo 32.º do CT consagra que a organização tem de manter um registo, por um período de cinco anos, desagregado por sexo: dos convites para o preenchimento de lugares; do anúncio de oferta de emprego; do número de candidatos presentes em entrevista de pré-seleção; do número de candidatos que aguardam o ingresso; do resultado de testes ou provas de admissão ou seleção, quando os dados já não sejam necessários no que concerne aos fins para os quais foram recolhidos.

O Código de Trabalho também obriga a que sejam mantidos, nomeadamente, para fins probatórios, mesmo finda a relação laboral, ou tendo em vista o controlo de legalidade para fins inspetivos, pelo que, nesse caso, os dados serão conservados pelo período de sete anos e meio — *cf.* artigos 337.º do CT e 52.º da Lei n.º 107/2009. Veja-se, por exemplo, a propósito dos tempos de trabalho, incluindo o registo do trabalho suplementar, que o artigo 202.º, n.º 4, conjugado com o artigo 231.º, n.ºs 1 e 8 do CT, determinam que tais dados terão de ser mantidos pelo período de cinco anos.

Não devemos olvidar o disposto no artigo 21.º, n.º 6, da LNE, a propósito dos dados relativos às declarações contributivas para efeitos de aposentação ou reforma, que podem ser conservados, sem limite de prazo, desde que o objetivo da retenção de tais dados seja o de auxiliar o titular na reconstituição das carreiras contributivas.

6. A utilização indevida de dados pessoais dos trabalhadores e as autoridades de controlo

A utilização indevida de dados pessoais dos trabalhadores constitui contraordenação nos termos do RGPD.

Temos tido algumas decisões de autoridades administrativas europeias a este propósito — é o caso da decisão da Autoridade Nacional de Supervisão romena, que aplicou uma coima no valor de 5 mil euros ao operador Companhia Nacional Postal, uma vez que, com os dados dos colaboradores, preencheu 230 formulários, utilizando nome, apelido e Número de Identificação Fiscal, e com tal preenchimento redirecionou 3,5% do imposto anual sobre o rendimento destes para uma fundação pertencente ao mesmo operador económico.²²

Em Espanha²³, duas decisões recentes — uma de março, EXP202202563, e outra de abril de 2023, EXP202206735 — sancionaram em 70 mil euros e 50 mil euros, respetivamente, as entidades patronais pela utilização indevida dos dados dos seus colaboradores — em ambos os casos, a utilização indevida do sistema de videovigilância.

²² Disponível em <https://www.dataprotection.ro>.

²³ Disponíveis em <https://www.aepd.es>.

7. Conclusão

O tratamento de dados pessoais pode ser efetuado para efeitos de recrutamento; de execução do contrato de trabalho; de gestão, planeamento e organização do trabalho; de igualdade e diversidade no local de trabalho; de saúde e segurança no trabalho; de proteção dos bens do empregador ou do cliente; do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego; e de cessação da relação de trabalho.²⁴ Esse tratamento de dados implica necessariamente uma adequação, quer com o Regulamento Geral de Proteção de Dados, quer com a Lei de Execução Nacional.

Referências bibliográficas

- ALVES, Lurdes Dias (2020). *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral — O Direito à privacidade do trabalhador*. Almedina.
- CORDEIRO, A. Barreto Menezes. (2020). *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Almedina.
- KUNER, Christopher; BYGRAVE, Lee A.; DOCKSEY, Christopher; DRECHSLER, Laura; TOSONI, Luca (2020). *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary*, Oxford.
- MAGINA, Joana (2020). Fundamentos de licitude do tratamento de dados pessoais em contexto laboral. In Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira (coords.). *Estudos APODIT 6 — O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho* (pp. 49–97). AAFDL Editora, Lisboa.
- MOREIRA, Teresa Coelho (2020). Algumas questões sobre o Regulamento Geral de Proteção de dados e as relações de trabalho. In Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira (coords.). *Estudos APODIT 6 — O Regulamento Geral de Proteção de Dados. O Consentimento do Trabalhador de Dados e as Relações de Trabalho* (pp. 15–38). AAFDL Editora, Lisboa.

²⁴ No mesmo sentido, as conclusões do advogado geral no processo C-34/22, disponível em <https://curia.europa.eu>.

A PROTEÇÃO SOCIAL DOS TRABALHADORES DO SERVIÇO DOMÉSTICO

LUÍSA ANDIAS GONÇALVES*

Sumário: 1. Nota introdutória; 2. Comunicação de admissão; 3. Contribuições e registos; 3.1. Modalidades contributivas; 3.2. Registos de remunerações; 3.3. Apreciação conjugada das regras sobre contribuições e registo de remunerações; 3.4. Consequências em sede de proteção social; 4. Notas finais.

1. Nota introdutória

O artigo 63.º, n.º 1, da CRP, dita que «[t]odos têm direito à segurança social», ideia que é reiterada pelo princípio da universalidade, previsto no artigo 6.º da Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, doravante designada de LBSS). Além da existência, no nosso sistema, de segmentos do tipo não contributivo — a que os cidadãos (até os meros residentes) poderão aceder, independentemente de terem efetuado para ele quaisquer contribuições —, do imperativo da universalidade resulta, igualmente, que o Estado deve empenhar-se no sentido de as várias modalidades de proteção social abarcarem o maior número de beneficiários, ainda que, naturalmente,

* Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

o acesso às diferentes prestações possa depender do preenchimento de pertinentes requisitos.¹

Não seria aceitável que os trabalhadores do serviço doméstico não conhecessem uma proteção no seio do sistema previdencial. É, no entanto, inteligível que as particularidades associadas à realidade em que este *sector de mercado laboral* é vivenciado justifiquem a existência de regras próprias, destinadas a estruturar um esquema de proteção social que acomoda como empregadores, na maioria das vezes, o cidadão comum (com vista à satisfação de necessidades próprias e/ou do agregado familiar), fora do contexto empresarial e, não raras vezes, em situação de fragilidade (como, por exemplo, em função da idade).² Acresce que fatores como a predominância do pluriemprego, as especificidades do regime jurídico-laboral (nomeadamente quanto à cessação do contrato de trabalho³), a dinâmica do mercado e a tónica da informalidade⁴ reclamam desvios ao regime geral.

Os artigos 116.º e seguintes do Código do Regime Contributivo do Sistema Previdencial de Segurança Social (aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro, doravante designado de CRCSPSS),

¹ Ilídio das Neves considera mais adequado falar-se num «princípio da generalização», por ser mais fiel à ideia de «universalização meramente tendencial», cf. Neves (2003), p. 36.

² O regime jurídico-laboral do contrato de trabalho do serviço doméstico consta do Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de outubro, segundo o qual «[c]ontrato de serviço doméstico é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a outrem, com carácter regular, sob a sua direcção e autoridade, actividades destinadas à satisfação das necessidades próprias ou específicas de um agregado familiar, ou equiparado, e dos respectivos membros, nomeadamente: a) Confecção de refeições; b) Lavagem e tratamento de roupas; c) Limpeza e arrumo de casa; d) Vigilância e assistência a crianças, pessoas idosas e doentes; e) Tratamento de animais domésticos; f) Execução de serviços de jardinagem; g) Execução de serviços de costura; h) Outras actividades consagradas pelos usos e costumes; i) Coordenação e supervisão de tarefas do tipo das mencionadas neste número; j) Execução de tarefas externas relacionadas com as anteriores».

³ Relativamente ao regime do contrato de trabalho de serviço doméstico (em alguns casos, já de acordo com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023), cf., entre outros, Ramalho (2023), pp. 317–363; Ventura (2023); Campos (2020); Carvalho (2019), pp. 46–51; Henriques (2017); e Silva (2000).

⁴ Como refere Victor Hugo Ventura, «a Segurança Social é um dos setores onde mais se faz sentir o peso da informalidade e “opacidade” do trabalho doméstico», cf. Ventura (2023), p. 241. Ver, ainda, Carvalho (2019), p. 45.

complementados por outros preceitos, dispersos pelo Código e por outros diplomas legais, regulam o esquema de proteção social dos trabalhadores do serviço doméstico.

No presente texto temos a comedida ambição de chamar a atenção do leitor para os principais pontos críticos desse esquema e, numa ótica construtiva, identificar possíveis formas de os ultrapassar, com vista à melhoria da proteção social destes trabalhadores.

2. Comunicação de admissão

O início de uma nova relação laboral dá lugar ao ato administrativo de enquadramento no regime geral dos trabalhadores por conta de outrem, integrado no sistema previdencial de Segurança Social. Caso se trate do primeiro enquadramento num dos regimes do sistema previdencial, além do ato administrativo de enquadramento, haverá lugar, ainda, ao ato administrativo de inscrição neste sistema.⁵

Ao contrário do que acontece no caso dos trabalhadores independentes, em que o ato administrativo de enquadramento é promovido oficiosamente pela entidade administrativa de segurança social, por via da comunicação de início de atividade que lhe chega da Administração Fiscal, nas situações de trabalho por conta de outrem, o surgimento de uma nova relação laboral tem de ser comunicado pelas partes contratantes ao sistema que, de outro modo, não tem dela conhecimento. Desta forma, a Segurança Social, tornando-se conhecedora do novo vínculo, promove o enquadramento do trabalhador/beneficiário no regime dos trabalhadores por conta de outrem. Prevê-se, portanto, no CRCSPSS, por um lado, a comunicação de admissão de novo trabalhador, para as entidades empregadoras, e, por outro, a comunicação de início de nova atividade por conta de outrem, para os trabalhadores.

Os trabalhadores do serviço doméstico⁶, pese embora o contrato de trabalho de serviço doméstico se trate de um contrato de trabalho

⁵ Cf. artigos 8.º e 9.º do CRCSPSS.

⁶ Referimo-nos, aqui, aos trabalhadores do serviço doméstico que desempenham a sua atividade por conta de outrem, com subordinação jurídica, e não àqueles que desempenham

com regime especial, são abrangidos pelo regime geral dos trabalhadores por conta de outrem, pelo que o aparecimento de um novo vínculo laboral dessa estirpe deve ser comunicado ao sistema de segurança social.

A comunicação de admissão de novo trabalhador, por parte dos empregadores, está prevista no artigo 29.º do CRCSPSS, devendo ser efetuada nos 15 dias anteriores ao início de produção de efeitos do contrato.⁷ Os trabalhadores, por seu lado, devem comunicar à Segurança Social o início da nova relação laboral até ao final do segundo dia de trabalho (artigo 33.º, n.º 1, do CRCSPSS, conjugado com o artigo 9.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 3 de janeiro, doravante designado apenas por Regulamento⁸).

Quanto a esta matéria, é de salientar que os métodos admitidos ao empregador do serviço doméstico para cumprir a sua obrigação de comunicação diferem daquele que está previsto para a generalidade das entidades empregadoras. Com efeito, como se pode ler no n.º 1 do artigo 29.º do CRCSPSS, «[a] admissão dos trabalhadores é obrigatoriamente comunicada pelas entidades empregadoras à instituição de segurança social competente, no sítio da internet da segurança social, com exceção dos trabalhadores do serviço doméstico, em que aquela pode ser efetuada através de qualquer meio escrito». A interpretação mais generosa da norma leva o seu leitor à conclusão de que, no

a sua atividade por conta própria. Quanto a esta distinção e, em particular, no que se refere ao funcionamento da presunção de laboralidade no âmbito do contrato de trabalho de serviço doméstico, *cf.*, entre outros, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de novembro de 2021, processo n.º 4280/17.4T8MTS.P3, relator Jerónimo Freitas; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de junho de 2022, processo n.º 27266/18.7T8PRT.P1.S1, relator Mário Belo Morgado, disponíveis para consulta em <https://www.dgsi.pt>.

⁷ O prazo para o cumprimento desta obrigação foi alterado pela Lei de Orçamento de Estado para 2023 (Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro), que procedeu ao seu alargamento das «24 horas anteriores» para os «15 dias anteriores» ao início de produção de efeitos do contrato. Nas situações de contrato de trabalho de muito curta duração e de prestação de trabalho por turnos, o prazo é estendido até às 24 horas seguintes ao início da atividade.

⁸ O n.º 2 do artigo 9.º do Regulamento admite que a comunicação possa ser feita posteriormente, muito embora nesse caso os seus efeitos apenas se produzam a partir do dia da comunicação. *Cf.*, sobre este ponto, Oliveira & Valente (2011), pp. 50–51, e Valente (2022), pp. 92–93.

caso do contrato de trabalho de serviço doméstico, a comunicação de admissão de novo trabalhador pode ser efetuada *online*, através do *site* da Segurança Social Direta, bem como através de qualquer outro meio escrito. Contudo, parece não ser essa a interpretação que tem sido feita por parte do sistema de Segurança Social, uma vez que a informação publicamente disseminada sobre este ponto é a de que, relativamente aos trabalhadores do serviço doméstico, «[a] comunicação deve ser entregue, no serviço de Atendimento da Segurança Social», ao contrário do local de entrega indicado para os trabalhadores dos restantes sectores de atividade, para os quais «[a] comunicação deve ser apresentada na Segurança Social Direta (SSD)», em <https://www.seg-social.pt>.⁹

Salvo melhor opinião, a interpretação mais restritiva da norma contraria a sua teleologia. Ter-se-á pretendido que as entidades empregadoras dos trabalhadores do serviço doméstico vissem facilitado o cumprimento da obrigação de comunicação ora em análise, prevendo-se, por isso que, para elas, não fosse obrigatória a sua efetivação pela Internet, admitindo-se que também o pudessem fazer através de qualquer meio escrito. Dessa forma, alargam-se as vias admissíveis de cumprimento, simplificando a vida daqueles para quem o acesso à Internet e o domínio das plataformas *online* constituem quebra-cabeças de difícil resolução. Não obstante, essa mesma finalidade parece sair gorada se, em simultâneo, não se permitir que aqueles cuja vida sai facilitada com o preenchimento do formulário *online* o possam fazer por essa via, cumprindo o seu dever através de pouco mais do que simples cliques no sistema da Segurança Social Direta. Defendemos, por isso, a interpretação do n.º 1 do artigo 29.º do CRCSPSS, segundo a qual um empregador pode comunicar a admissão de um trabalhador do serviço doméstico no sítio da Internet

⁹ Cf. «Formulário para inscrição/enquadramento de trabalhador por conta de outrem», Mod. RV 1009/2023 — DGSS, p. 4, ponto 12, disponível em https://www.seg-social.pt/documents/10152/21741/RV_1009_DGSS/2a3a1e22-e0da-421a-8b6d-93f9480a16f8, consultado pela última vez a 04/05/2023.

da Segurança Social ou, facultativamente, através de qualquer meio escrito.¹⁰ Ainda assim, cremos que isso não chega.

O trabalho não declarado é, reconhecidamente, uma realidade no nosso país. É uma realidade indesejável que tem sido foco de atenção por parte do legislador, empenhado em criar medidas que desincentivem essa prática ilícita. Isso mesmo é comprovado pelas recentes alterações ao CRCSPSS e ao Regime Geral das Infrações Tributárias, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno, aprovadas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, e em sede das quais se endureceram as consequências negativas sentidas pelo empregador em caso de incumprimento da obrigação de comunicação de admissão de trabalhadores ao sistema de Segurança Social. Em primeiro lugar, antecipou-se em seis meses a data em que se presume ter ocorrido o início de prestação de atividade laboral, podendo atualmente ler-se no n.º 4 do artigo 29.º do CRCSPSS que «[s]em prejuízo do disposto no n.º 6, na falta de cumprimento da obrigação prevista no n.º 1, presume-se que o trabalhador iniciou a prestação de trabalho ao serviço da entidade empregadora faltosa no primeiro dia do décimo segundo mês anterior ao da verificação do incumprimento»¹¹. Mas foi-se bem mais longe quando se aditou o artigo 106.º-A ao Regime Geral das Infrações Tributárias, em que, sob a epígrafe «Omissão de comunicação de admissão de trabalhadores» se determinou que «[a]s entidades empregadoras que não comuniquem à segurança social a admissão de trabalhadores nos termos previstos nos n.ºs 1 a 3 do artigo 29.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado em anexo à Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro, no prazo de seis meses subsequentes ao termo do prazo legalmente previsto, são punidas com as penas previstas no n.º 1 do artigo 105.º», sendo que as mesmas correspondem a pena de prisão

¹⁰ *Mutatis mutandis* quanto às comunicações de cessação, suspensão e alteração de modalidade de contrato de trabalho que, segundo o previsto no n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento, «podem ser efetuadas através de formulário próprio, em suporte de papel, a remeter à instituição de segurança social que abrange o local de trabalho».

¹¹ Anteriormente, a presunção reportava o início de atividade no sexto mês anterior ao da verificação do incumprimento.

até três anos ou multa até 360 dias. Note-se que o novo dispositivo legal abrange todos os empregadores que vulnerarem o disposto no n.º 1 do artigo 29.º do CRCSPSS, não se encontrando em lado algum a exclusão daqueles que empregam trabalhadores do serviço doméstico, pelo que também eles preencherão, em caso de incumprimento, a hipótese da norma.

Não obstante as medidas acabadas de referir serem louváveis no combate ao trabalho não declarado, merecendo o nosso aplauso, cremos que a batalha em sede de contrato de trabalho de serviço doméstico, passa, outrossim e incontornavelmente, pela assunção de medidas de outro tipo, destinadas a informar os trabalhadores e empregadores deste sector de atividade, bem como a facilitar o cumprimento das obrigações que lhes são impostas.¹²

Em cumprimento do princípio da informação, consagrado no artigo 22.º da LBSS, deveria promover-se uma ampla e forte campanha de informação nesta matéria, com vista a esclarecer o cidadão comum, através de uma linguagem simples e direta, sobre o modo de atuar lícitamente no caso de contratação de um trabalhador do serviço doméstico. Afigura-se-nos, também, imperioso, o alargamento dos canais admissíveis para a comunicação de admissão desses trabalhadores. A via telefónica deveria ser uma possibilidade, salvaguardada, naturalmente, a questão da correta identificação dos envolvidos. Uma linha telefónica dedicada a esta matéria, com um número amplamente divulgado, constituiria, a nosso ver, uma mais-valia com resultados positivos.

3. Contribuições e registos

3.1. Modalidades contributivas

É comum que um trabalhador do serviço doméstico tenha mais do que uma entidade empregadora. Será, provavelmente, a realidade mais frequente. Existem trabalhadores do serviço doméstico que

¹² João Carlos Loureiro refere estarmos perante um sector que exige «maior atenção e sensibilidade dos poderes públicos e campanhas de informação dirigidas aos diferentes destinatários (beneficiários e empregadores», *cf.* Loureiro (2010), pp. 232–233.

trabalham a tempo completo para um só empregador, mas aquilo a que mais assistimos, nos dias de hoje, é ao pluriemprego destes trabalhadores, que espartilham a sua semana ao serviço de dois, ou mais, empregadores.

Cada uma das relações jurídico-laborais em causa gera uma relação jurídica contributiva perante o sistema de Segurança Social: sobre cada um dos empregadores recai o dever jurídico de entregar ao sistema de Segurança Social, mensalmente e em relação ao mês civil anterior, o montante da sua contribuição, ao qual adita o da respetiva quotização do trabalhador.¹³

O esquema contributivo dos trabalhadores do serviço doméstico está especialmente regulado no CRCSPSS, albergando e diferenciando os casos de trabalho a tempo completo e de trabalho a tempo parcial. As hipóteses que apontámos como mais comuns são aquelas em que um trabalhador do serviço doméstico presta atividade laboral para vários empregadores, em horários desfasados, estando por isso ao serviço de cada um deles apenas alguns dias/horas por semana.

Para estes casos, as contribuições para o sistema de Segurança Social são calculadas através da aplicação de uma taxa a uma base de incidência convencional.¹⁴ Esta base de incidência corresponde a um valor-hora fixado pelo legislador, não equivalendo, por isso, ao valor efetivamente recebido como contrapartida do trabalho.¹⁵ Neste campo, retribuição (laboral) e base de incidência (para efeitos de Segurança Social) não são equipolentes. A base de incidência (mensal) encontrar-se-á através da multiplicação do valor-hora do IAS

¹³ É o designado processo de *retenção na fonte*. Cf. artigo 42.º do CRCSPSS.

¹⁴ Ilídio das Neves define as bases de incidência convencionais como «valores salariais definidos e quantificados unicamente para efeitos da obrigação contributiva, de acordo com determinados critérios definidos na lei, sem ligação à retribuição emergente da relação laboral» — cf. Neves (2001), p. 116. O artigo 45.º, n.º 1, do CRCSPSS estabelece que «[a]s bases de incidência convencionais são fixadas por referência ao valor do indexante dos apoios sociais (IAS)».

¹⁵ Para os trabalhadores não contratados ao mês em regime de tempo completo, o n.º 4 do artigo 119.º do CRCSPSS, remetendo para o n.º 2 do mesmo artigo, prescreve que a base de incidência contributiva corresponde ao valor-hora do IAS: $(IAS \times 12) / (52 \times 40)$. Com uma interpretação divergente, cf. Ventura (2022), p. 303.

pelo número de horas de atividade laboral prestadas pelo trabalhador, para aquele empregador, no mês civil em causa (com o limite mínimo de 30¹⁶). Significa isto que a base de incidência mensal, nas situações que agora estamos a tratar, tem como limite mínimo o valor de 30 horas de IAS. A taxa, por seu lado, será de 28,3% (18,9% para o empregador e 9,4% para o trabalhador).¹⁷

Já os trabalhadores do serviço doméstico que trabalhem a tempo completo para um empregador terão, por defeito, uma base de incidência convencional (o valor do IAS), apesar de lhes ser permitido ter uma base de incidência real, mediante acordo firmado nesse sentido com o empregador (artigo 120.º, n.ºs 1 e 2, do CRCSPSS)¹⁸. Se assim o fizerem, o valor das contribuições irá, inevitavelmente, ser superior: por um lado, o valor da RMMG é superior ao valor do IAS, pelo que a base de incidência contributiva (real) será mais alta (do que a convencional); por outro, a taxa será, ela própria, mais elevada — de

¹⁶ Este limite está estabelecido no n.º 5 do artigo 119.º do CRCSPSS. Em termos genéricos, o artigo 44.º, n.º 2, do CRCSPSS admite a sujeição da base de incidência contributiva a limites mínimos ou máximos. Este limite tem, no entanto, suscitado polémica na doutrina, em termos que mais adiante explicaremos.

¹⁷ A estes trabalhadores é atribuída proteção social na doença, parentalidade, doenças profissionais, invalidez, velhice e morte (artigo 118.º, n.º 1, do CRCSPSS).

¹⁸ Uma cópia do acordo deve ser enviada pela entidade empregadora à instituição de segurança social competente, bem como cópia do atestado de capacidade para o exercício da atividade (cf. artigo 49.º do Regulamento). Esta opção apenas pode ter lugar caso o trabalhador tenha idade inferior à prevista na tabela do mapa do anexo I do CRCSPSS: 62,5 em 2023; 63, em 2024; 63,5 em 2025; 64 em 2026, 64,5 em 2027; 65 em 2028. Uma das possíveis explicações para esta limitação seria impedir que, nos últimos anos de contribuições, os trabalhadores promovessem um *boost* da sua carreira contributiva com vista a aumentar o valor da sua pensão de velhice. Cremos, contudo, que esta limitação seria razoável perante uma fórmula de cálculo da pensão que apenas considerasse para a remuneração de referência «os melhores 10 dos últimos 15 anos» com registos de remunerações relevantes (dada a forte influência que cada um desses anos assumiria no montante da pensão), como aconteceu em tempos idos. À luz da atual fórmula de cálculo, prevista no Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, o peso dos «melhores 10 dos últimos 15 anos» é substancialmente menor e diminui de ano para ano. Talvez o fim visado com a introdução de um limite máximo à opção pela base de incidência real tenha sido outro: impedir que os trabalhadores recorressem, em idade mais avançada, à proteção social no desemprego para, a partir daí, usufruírem do especial regime de acesso à pensão antecipada contido no Decreto-Lei n.º 220/2006. A propósito desta limitação, e questionando a sua constitucionalidade, veja-se Ventura (2022), p. 307.

33,3%, em que 22,3% corresponde à taxa do empregador e 11% à do trabalhador —, o que se justifica pelo facto de estes trabalhadores (com base de incidência real) terem direito, em acréscimo, à protecção na eventualidade desemprego (artigo 121.º, n.º 2, e 118.º, n.º 2, do CRCSPSS).¹⁹

3.2. Registos de remunerações

O registo de remunerações é essencial para que os beneficiários acedam às prestações do sistema previdencial. É esse registo que permite ao beneficiário cumprir o requisito do «prazo de garantia», do qual depende o reconhecimento do direito às prestações garantidas pela componente contributiva do nosso sistema de segurança social, bem como o respetivo cálculo.²⁰ Com relação aos valores das remunerações a registar, equivalem os mesmos aos montantes «das remunerações sobre as quais incidiram as contribuições e as quotizações» (artigo 16.º, n.º 1, do CRCSPSS), ou seja, «do valor das remunerações, reais ou convencionais» (artigo 69.º, n.º 1, do Regulamento) que serviu de base de cálculo para o apuramento do valor a pagar, o qual é designado por base de incidência.

Já a contabilização do tempo de trabalho, para efeitos de declaração e posterior registo de remunerações, pauta-se, para a generalidade dos trabalhadores, pelo previsto no artigo 16.º do Regulamento. Esta norma preocupa-se, no que se refere aos trabalhadores a tempo parcial, por um lado, em estabelecer regras próprias para esta modalidade contratual, e, por outro, em anular a diferenciação de registos nos casos de trabalho a tempo parcial vertical e de trabalho a tempo parcial horizontal para um mesmo período normal de trabalho. Isso é o que resulta do disposto no n.º 3 do artigo 16.º, quando refere que «[n]as situações de trabalho a tempo parcial (...) é declarado um dia de trabalho por cada conjunto de seis horas». De facto, deste modo, um trabalhador que tenha prestado 72 horas de trabalho em

¹⁹ A taxa mantém-se nos 28,3% para os trabalhadores em regime de tempo completo cuja base de incidência seja convencional (o valor do IAS).

²⁰ Cf. artigo 61.º, n.º 1, da LBSS.

determinado mês civil verá registados 12 dias na sua carreira contributiva, independentemente do facto de o seu concreto horário de trabalho ser de três horas por dia de segunda-feira a sábado ou de seis horas por dia de segunda-feira a quarta-feira, por exemplo.

A origem mais comum do registo de remunerações é a declaração de remunerações remetida mensalmente à Segurança Social pela entidade empregadora, até ao dia 10 do mês seguinte àquele a que diz respeito (n.º 2 do artigo 40.º do CRCSPSS). Porém, no caso específico dos trabalhadores do serviço doméstico, o artigo 18.º do Regulamento determina que «[a] declaração de remunerações relativa aos trabalhadores do serviço doméstico é efectuada com o pagamento das contribuições e quotizações devidas».

Quanto aos tempos de trabalho, em particular no que toca à situação de trabalho do serviço doméstico mais comuns — prestado à hora — será «registado um dia de trabalho por cada conjunto de seis horas, com o limite máximo de 30 dias em cada mês»²¹ — n.º 3 do artigo 70.º do Regulamento. Já no que respeita aos casos de trabalho a tempo completo, mesmo que no regime da base de incidência convencional, a cada mês de atividade laboral corresponderá o registo de 30 dias (artigos 70.º, n.ºs 1 e 2, e artigo 16.º, do Regulamento).

3.3. Apreciação conjugada das regras sobre contribuições e registo de remunerações

Se já o modelo de registos de remunerações contido no artigo 16.º do Regulamento suscita vários problemas e é, ele próprio, de discutível acerto (discussão que relegamos para outro momento, já que a complexidade do estudo que lhe subjaz torna inexequível que a mesma seja feita aqui), a questão dos registos dos tempos de trabalho oriundos de trabalho a tempo parcial é especialmente crítica no caso do contrato de trabalho do serviço doméstico. Com efeito, da combinação das normas que regem o registo de remunerações com as que vimos orientar o pagamento de contribuições resulta, a nosso

²¹ Nos casos em que o número de horas de trabalho, excedente de múltiplos de seis, for igual a três ou inferior, é registado meio-dia de trabalho e, nos restantes casos, mais um dia.

ver, em grande parte dos casos, um regime desprovido de lógica e de nebulosa teleologia.

Imaginemos que um trabalhador do serviço doméstico trabalha de segunda a sexta-feira para dois empregadores: durante as manhãs, trabalha 4 horas para o empregador A, e à tarde trabalha 4 horas para o empregador B. Suponhamos que o valor da sua retribuição horária é, em ambas as situações, de 8,00 euros. Relativamente ao mês de abril de 2023, cada um dos empregadores declarará à Segurança Social 80 horas de trabalho, com uma base de incidência de $2,77 \text{ euros} \times 80 \text{ horas} = 221,60 \text{ euros}$. Teremos, então, no total (do trabalho prestado ao empregador A e ao empregador B), 160 horas de trabalho ($80 \text{ horas} \times 2$) e 443,20 euros de base de incidência ($221,60 \text{ euros} \times 2$), o que irá equivaler a um registo de remunerações de 443,20 euros e de 27 dias de trabalho [$160 \text{ horas} / 6 = 26,6(6) \text{ d}$]. Note-se que este trabalhador teve, no conjunto, uma retribuição ilíquida de 1280,00 euros ($8,00 \text{ euros} \times 80 \text{ horas} = 640,00 \text{ euros}$; $640,00 \text{ euros} \times 2 = 1280,00 \text{ euros}$) e trabalhou 40 horas por semana, de segunda a sexta-feira. Não obstante, os seus registos de remunerações serão de 443,20 euros e de 27 dias de trabalho.

Pensemos, agora, na hipótese de um trabalhador do serviço doméstico que trabalha, em cada uma das manhãs/tardes dos dias úteis da semana, para uma entidade empregadora diferente, de tal forma que tem dez empregadores, prestando 4 horas de trabalho para cada um deles. O valor da sua retribuição horária é, em ambas as situações, de 8,00 euros. Nesta hipótese, relativamente ao mês de abril de 2023, cada um dos empregadores declarará à Segurança Social 30 horas de trabalho (mínimo legal) e uma base de incidência de 83,10 euros ($2,77 \text{ euros} \times 30 = 83,10 \text{ euros}$). Teremos, então, no total, declarações correspondentes a 300 horas de trabalho e a 831,00 euros de base de incidência, o que irá equivaler a um registo de remunerações de 831,00 euros e de 30 dias de trabalho [máximo legal]. Note-se que este trabalhador teve, no conjunto, uma retribuição ilíquida de 1280,00 euros ($8,00 \text{ euros} \times 16 \text{ horas} = 128,00 \text{ euros}$; $128,00 \text{ euros} \times 10 = 1280,00 \text{ euros}$). Não obstante, os seus registos de remunerações serão de 831,00 euros.

Equacionemos ainda a hipótese de um trabalhador do serviço doméstico trabalhar 6 horas por dia, de segunda a sexta-feira, para um empregador, recebendo 8,00 euros por hora. No mês de abril de 2023, o seu empregador declarará à Segurança Social 120 horas de trabalho e uma base de incidência de 332,40 euros ($2,77 \text{ euros} \times 120 = 332,40 \text{ euros}$). Este trabalhador teve uma retribuição mensal ilíquida de 960,00 euros e trabalhou de segunda a sexta-feira, mas os seus registos serão de 332,40 euros e, aparentemente, de 20 dias de trabalho ($120 \text{ horas} / 6 = 20 \text{ dias}$). Dizemos aparentemente, porque, muito embora o n.º 2 do artigo 16.º do Regulamento determine que quando a atividade «corresponda a um mínimo de seis horas de trabalho diário e se reporte a todos os dias do mês, o tempo declarado corresponde a 30 dias», a verdade é que, para o contrato de trabalho de serviço doméstico, o n.º 3 do artigo 70.º do Regulamento dita que «[n]as situações de trabalho do serviço doméstico prestado à hora é registado um dia de trabalho por cada conjunto de seis horas, com o limite máximo de 30 dias em cada mês». Ora, do artigo 119.º do CRCSPSS parece resultar que a situação descrita *supra* será, para efeitos contributivos (e, por dedução lógica, de registos), uma hipótese de serviço doméstico prestado à hora. Não havendo indicação de que o contrato em causa é em regime de tempo completo, perante o período normal de trabalho de 6 horas/dia e de 30 horas/semana, parece que não resta senão aplicar a regra do n.º 4 do artigo 119.º. A ser assim, o empregador, aquando do pagamento das contribuições do mês de abril de 2023, declarará 120 horas de trabalho, e a Segurança Social, em aplicação do disposto no n.º 3 do artigo 70.º do CT, procederá ao registo de 20 dias.

Por fim, conjecture-se a hipótese de um trabalhador do serviço doméstico em regime de tempo completo, com 800,00 euros mensais de retribuição mensal ilíquida e que não almejou obter o acordo da sua entidade empregadora para que a sua base de incidência contributiva correspondesse à remuneração efetivamente auferida. Este trabalhador, pese embora vá ter um registo 30 dias de tempo de trabalho por mês, no que respeita ao montante remuneratório, apenas verá ser registado na sua carreira contributiva o valor do IAS

(atualmente 480,43 euros, pouco mais do que metade do valor correspondente ao da sua remuneração ilíquida efetiva). Acresce que, como a sua base de incidência é convencional, as quantias recebidas a título de subsídio de férias e de subsídio de Natal, nos termos da normal execução do contrato de trabalho, não serão registadas na sua carreira contributiva, porquanto as mesmas estão excluídas da base de incidência contributiva [artigo 48.º, alínea e), do CRCSPSS].

Claro que em todas estas hipóteses se pode vislumbrar um benefício para o trabalhador do serviço doméstico: o valor das suas quotizações, para o sistema de segurança social, é reduzido. O empregador, por seu lado, é favorecido com uma redução do valor das contribuições. A verdade, porém, é que aquilo que pode ser apelidado de uma «vantagem», para os beneficiários, traz consigo alguns dissabores. É sobre eles que pretendemos refletir no ponto seguinte.

3.4. Consequências em sede de proteção social

A carreira contributiva dos beneficiários, construída a partir dos registos de remunerações e de tempos de trabalho, constitui o elemento crucial para a concretização da proteção social garantida pelo sistema previdencial. Este sistema, de cunho contributivo, oferece uma proteção social que gravita em volta daquela carreira. Não quer isto dizer que quem não tem uma carreira contributiva não tem direito a uma proteção social. Tem; apenas não consegue aceder à proteção do sistema previdencial.

O reconhecimento do direito às prestações do sistema previdencial depende do cumprimento de um período mínimo de registo de remunerações, designado de «prazo de garantia». A unidade de medida do prazo de garantia varia de prestação para prestação, sendo em alguns casos em dias (como no subsídio de desemprego), noutros em meses (como no subsídio de doença) e até em anos (como na pensão de velhice). Variável é também a quantidade de registos exigida para aceder às diferentes prestações (um mês, seis meses, cinco anos, 15 anos, etc.), assim como o eventual espaço de tempo em que devam enquadrar-se (nos 24 meses anteriores à eventualidade, nos seis meses anteriores ao facto determinante de proteção, etc.)

e a exigência, ou não, de uma determinada densidade contributiva (por exemplo, só serem contabilizados os anos em que existam, pelo menos, 120 dias de registos de remunerações). Para todas estas circunstâncias, os registos de tempo de trabalho assumem uma relevância preponderante, maior ou menor consoante o nível de exigência no caso concreto.

Um dos problemas sobre o qual importa aqui refletir é o das consequências negativas que o vigente regime de contribuições e de registos dos trabalhadores de serviço doméstico pode estar a causar em matéria de acesso à proteção social que se lhes quer garantir. Os registos de tempo de trabalho são sempre, como vimos, efetuados em dias. Para os trabalhadores do serviço doméstico cujas contribuições ocorrem no regime horário, como vimos, a cada grupo de seis horas corresponderá o registo de um dia de trabalho. Este método leva a que apenas se tenha em consideração as horas de trabalho efetivo, desprezando-se os intervalos de descanso. Tal não ocorre relativamente aos trabalhadores do serviço doméstico a tempo inteiro, cujos registos mensais relativos a um mês de atividade laboral serão de 30 dias, incluindo, portanto, os períodos de descanso. Compreende-se a necessidade de se estabelecer uma distinção, sob pena de um trabalhador com um período normal de trabalho extremamente baixo aceder à proteção do sistema previdencial e embolsar prestações desmesuradamente desproporcionais ao esforço contributivo realizado.²² O atual modelo não se nos afigura, porém, justo, na medida em que desatende, de todo, ao tempo de não-trabalho, contabilizando, apenas e tão-só, o tempo de trabalho. Nas situações em que os prazos de garantia têm por unidade de medida o «mês civil», sem exigibilidade de qualquer densidade contributiva, o número de dias registado em cada mês acaba por não assumir relevância para esse efeito. Contudo, o mesmo não acontecerá aquando da verificação do preenchimento de prazos de garantia cuja unidade de medida é o «dia», ou mesmo quando, sendo a unidade de medida outra (como o ano civil), se faz depender a sua relevância da existência

²² As prestações do sistema geral têm, regra geral, limites mínimos.

de um número mínimo de dias registados nesse período. De igual modo, o preenchimento de um outro requisito de acesso, designado por «índice de profissionalidade», que atualmente encontramos no regime de proteção social da doença, pode também ser dificultado. Isto porque o cumprimento do «índice de profissionalidade» passa pela aferição de um período mínimo dias de registo de remunerações (com origem em trabalho efetivamente prestado) em determinado período de referência.

Preocupações desta índole poderão legitimar a regra contida no n.º 5 do artigo 119.º do CRCSPSS, segundo a qual cada empregador de serviço doméstico terá de declarar sempre, pelo menos, 30 horas de trabalho relativamente a cada trabalhador²³, promovendo-se, dessa forma, o registo mínimo de 30 horas do valor diário do IAS e de cinco dias de tempo de trabalho.²⁴ Ainda assim, este «colchão»

²³ Este limite mínimo era de 20 dias na vigência do Decreto-Lei n.º 180-C/78, de 15 de julho.

²⁴ A interpretação do n.º 5 do artigo 119.º do CRCSPSS tem suscitado dúvidas. João Carlos Loureiro aponta duas possibilidades de interpretação do preceito: *i*) nas situações de prestação de atividade mensal inferior a 30 horas não tem de existir declaração por parte do empregador; *ii*) as 30 horas constituem um limite mínimo de horas a declarar por cada par «trabalhador-empregador». Da cuidada e completa análise do autor transparece que ambas as interpretações levam a resultados críticos: no primeiro caso, os trabalhadores cuja atividade laboral seja inferior às 30 horas (para cada empregador) ficam excluídos da proteção do sistema previdencial, o que espoleta uma série de questões pertinentemente explanadas pelo autor; na segunda hipótese, coloca-se o problema da desproporção «entre o trabalho prestado e o pago» e a inconstitucionalidade parcial do regime — para mais desenvolvimentos, *cf.* Loureiro (2010), p. 237e ss. Este entendimento é secundado por Victor Hugo Ventura em Ventura (2023), pp. 245–246, e Ventura (2022), pp. 304–305. Do nosso humilde ponto de vista, o legislador pretendeu que cada empregador tivesse de declarar (e, consequentemente, pagar contribuições relativas a) 30 horas de atividade laboral mensal por cada trabalhador do serviço doméstico, de forma a garantir um limite mínimo de registos, quer no que respeita ao valor das remunerações, quer no que se refere ao tempo de trabalho. De outro modo, os registos poderiam ser tão escassos que tornassem o acesso às prestações uma miragem. Num sector em que a informalidade predomina, cremos que o pretendido foi garantir a esse grupo de beneficiários valores mínimos de registos na sua carreira contributiva. Estando em causa uma base de incidência convencional, por natureza desligado do valor da retribuição efetiva, encaramos o limite mínimo de 30 horas como um patamar mínimo de base de incidência contributiva mensal, cuja finalidade é permitir a existência de registos minimamente relevantes. Não obstante, não aplaudimos esta opção do legislador, como melhor explicaremos no texto.

apenas beneficia aqueles cujo número de horas de trabalho mensal é manifestamente baixo.²⁵

Outra questão que, a nosso ver, é merecedora de ponderação é a que se relaciona, já não com os tempos de trabalho, mas sim com os valores que são alvo de registo na carreira contributiva do beneficiário. Excluindo os casos em que a base de incidência é real, tanto os trabalhadores do serviço doméstico no regime horário como os trabalhadores a tempo inteiro contratados ao mês, estão impedidos de contribuir com base no valor da sua retribuição efetiva. A sua base de incidência é, incontornavelmente, convencional, correspondente ao valor (horário ou mensal, consoante o caso) do IAS. Acresce que, mesmo os trabalhadores a tempo completo, para poderem ter uma base de incidência real, têm de lograr obter a concordância dos seus empregadores nesse sentido. Uma vez que o montante que é alvo de registos, na carreira contributiva do beneficiário, é correspondente ao da base de incidência contributiva, daí resulta que estes trabalhadores contribuem menos, é certo, mas também se veem encarcerados na pobreza da sua carreira contributiva.

A fórmula de cálculo das prestações garantidas pelo sistema previdencial (destinadas a substituir rendimentos de trabalho) passa pela aplicação de uma taxa a uma remuneração de referência. Esta remuneração de referência equivale à média de um certo período de registo de remunerações.²⁶ Daqui decorre, naturalmente, que de uma carreira contributiva com registos de valores reduzidos resultam prestações sociais de valores igualmente diminutos. O legislador tenta colocar um travão a este impacto negativo com o estabelecimento

²⁵ Vista a questão de outro prisma, poderá entender-se que o limite mínimo de 30 horas visa «evitar situações em que um número reduzido de horas declaradas — a que não seriam alheias práticas de evasão contributiva, num setor marcado pela informalidade e a invisibilidade — permitiria fácil acesso às prestações diferidas, nomeadamente à pensão de velhice, a mais pretendida» — cf. Loureiro (2010), p. 237. Cremos que as duas visões assinaladas não são inconciliáveis. De certa forma, completam-se, uma vez que o limite das 30 horas ora em análise, ao mesmo tempo que *viabiliza* o acesso às prestações (ao promover registos que permitem cumprir os requisitos de acesso às mesmas), *valida* o reconhecimento do direito a essas prestações com um esforço contributivo mínimo.

²⁶ Cf. artigo 62.º, n.º 1, da LBSS.

de limites mínimos ou a atribuição de prestações complementares (oriundas do sistema de proteção social de cidadania).²⁷ Todavia, a eficácia deste freio é muito limitada, uma vez que o «amparo mínimo» é, também ele, generalizadamente, baixo.

Este impacto negativo do modelo contributivo dos trabalhadores do serviço doméstico verifica-se, como acima aludimos, quer relativamente àqueles que estão enquadrados no regime horário, quer relativamente aos trabalhadores a tempo completo cuja base de incidência é convencional. Pode, por isso, afirmar-se que se trata de um efeito negativo presente na esmagadora maioria dos casos concretos. Não sendo possível a estes trabalhadores optar por uma base de incidência real, ficam os mesmos vetados a receber do Estado, a título de proteção social de base contributiva, quantias que, as mais das vezes, são insuficientes para cumprir a sua finalidade: substituir rendimentos de trabalho. Isto porque o substituído não é a base de cálculo do substituto.

Cremos que as preocupações que têm a vindo ser demonstradas com os regimes jurídicos laboral e social dos trabalhadores do serviço doméstico devem estender-se a este campo. O modelo de registo de remunerações destes trabalhadores carece, sob o nosso ponto de vista, de ser revisto: (i) a contabilização e registos do tempo de trabalho deve ser corrigida de forma a não prejudicar o acesso às prestações dos trabalhadores em regime horário; (ii) os montantes registados na carreira contributiva dos trabalhadores devem espelhar os valores da retribuição efetiva.

Quanto ao primeiro ponto, uma das vias poderá ser optar pela efetivação de registos de 30 dias mensais, independentemente do concreto regime de tempo de trabalho ser parcial ou completo (salvaguardadas as exceções lógicas, como, por exemplo, as respeitantes aos meses de início e de cessação do contrato de trabalho em que a atividade não se reporte a todo o mês, ou as relativas a ausências não retribuídas ou subsidiadas). Esta via poderá, no entanto, levar a que a prestação de serviço doméstico por um período normal de

²⁷ Cf. artigo 62.º, n.º 3, da LBSS.

trabalho irrisório constitua uma porta escancarada de acesso ao sistema previdencial, potenciando, inclusivamente, a prática de fraudes. Outra hipótese, porventura mais razoável, será a de opção por um modelo que, apesar de implicar um distinto modo de contabilização dos tempos de trabalho dos trabalhadores a tempo parcial para este efeito, tenha, ainda assim, em consideração, tempos de trabalho e tempos de descanso, representando um equilíbrio saudável dos interesses em jogo e cumprindo a finalidade de garantir a esses beneficiários uma proteção social proporcional (ao seu esforço contributivo) e comparativamente justa (perante aquela que é dispensada aos restantes beneficiários).

No que toca ao segundo ponto, o referido desiderato poderá passar, ou não, por alterar a base de incidência contributiva dos trabalhadores do serviço doméstico, com o afastamento da base de incidência convencional e a instituição generalizada da base de incidência real. Muito embora se compreenda que uma base de incidência convencional, de baixo valor, poderá constituir um incentivo ao cumprimento da obrigação contributiva, pelo reduzido montante de contribuições que dela advirão²⁸, a verdade é que equivalendo os registos de remunerações ao valor dessa base de incidência, as carreiras contributivas construídas exclusivamente com essa «matéria-prima» serão substrato de uma proteção social fraca. Uma das soluções seria, então, substituir a base de incidência convencional por uma base de incidência real. Com isso, o valor registado corresponderia ao da remuneração ilíquida efetiva do trabalhador. O senão é fácil de inferir: o aumento da carga contributiva para trabalhadores e empregadores do sector.

No entanto, salvo melhor opinião, a superação desta dificuldade não tem de passar necessariamente pela alteração da base de incidência. Apostando no encaço de dois objetivos neste campo (promover

²⁸ No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 180-C/78, de 15 de julho, pode ler-se que a opção pela base de incidência convencional constituiu uma precaução no sentido de evitar o surgimento de «situações graves a nível de mercado de emprego num sector onde não existe qualquer regulamentação colectiva de trabalho, dado o sensível aumento de encargos que resultaria da aplicação da taxa global de contribuição do regime geral às remunerações reais».

o cumprimento da obrigação contributiva por parte de trabalhadores e empregadores do serviço doméstico, por um lado, e incrementar a proteção social conferida a esses mesmos trabalhadores, por outro), poderia o legislador manter a base de incidência contributiva convencional, para efeitos de cálculo de contribuições/quotizações, mas estabelecer que a diferença entre o valor da retribuição efetiva e o da base de incidência fosse registada por equivalência à entrada de contribuições. Deste modo, em cada mês civil, ao registo do valor da base de incidência, quando convencional, adicionar-se-ia o registo, por equivalência, da diferença entre o montante da retribuição ilíquida efetivamente auferida pelo empregador e o da base de incidência convencional.²⁹ Claro que, a ser assim, o sistema ficará a sofrer de uma desproporção no binómio «receitas-despesas», consequência que terá de ser assumida como o preço a pagar para o alcance das finalidades suprarreferidas.

Uma alteração com tal amplitude desencadeará ainda a questão da proteção na eventualidade de desemprego, atualmente reservada apenas para os trabalhadores de serviço doméstico contratados ao mês, a tempo inteiro, com uma base de incidência real. Para estes, como vimos, a taxa de cálculo das suas quotizações/contribuições é mais elevada, o que se justifica pelo facto de lhes ser concedida proteção social no desemprego.

O artigo 19.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de novembro, ao definir em que consiste o requisito «caracterização da relação laboral», no caso dos trabalhadores do serviço doméstico, circunscreve o preenchimento dessa condição de acesso aos casos em que o trabalhador esteve vinculado por contrato de trabalho com uma base de incidência contributiva correspondente a remunerações efetivas.

²⁹ Ainda que contornos diferentes, poderemos encontrar um paralelismo desta solução no regime de registo de remunerações atinentes aos períodos de inatividade do contrato de trabalho intermitente. De facto, nos períodos de inatividade, a base de incidência contributiva no período de atividade e à compensação retributiva nos períodos de inatividade é a compensação retributiva (*cf.* artigo 93.º do CRCSPSS). Todavia, o número 1 do artigo 94.º determina que «[d]urante o período de inactividade a diferença entre a compensação retributiva paga ao trabalhador e a sua remuneração [seja] registada por equivalência à entrada de contribuições».

Na eventualidade de todos os trabalhadores do serviço doméstico passarem a ter uma base de incidência real, parece-nos que, pelo menos, será de conceder proteção social no desemprego àqueles que vejam cessar um vínculo laboral a tempo completo. A realidade específica deste sector poderá justificar essa limitação.³⁰ Contudo, a questão está longe de ser simples. Aliás, a exclusão da proteção social no desemprego aos trabalhadores do serviço doméstico é, mesmo à luz do regime jurídico atual, de duvidosa aceitação, podendo mesmo consubstanciar uma discriminação indireta em função do sexo, o que desde logo vulnerará o disposto no artigo 4.º da Diretiva 79/7/CEE do Conselho.³¹

³⁰ A Convenção n.º 189, sobre os Trabalhadores e Trabalhadoras do Serviço Doméstico, de 2011, ratificada por Portugal através do Decreto do Presidente da República n.º 31/2015, de 27 de abril, prevê, no seu artigo 14.º, que «tendo em devida consideração as características específicas do trabalho doméstico», devem ser tomadas medidas «para assegurar que os trabalhadores do serviço doméstico beneficiem de condições não menos favoráveis do que as aplicáveis aos trabalhadores em geral em matéria de segurança social, incluindo no que se refere à maternidade». Cremos que em matéria de desemprego, e salvo melhor reflexão futura, talvez as especificidades do sector justifiquem uma diferenciação na extensão do âmbito subjetivo de proteção, perante os beneficiários do regime geral, mormente no que diz respeito à atribuição do subsídio de desemprego parcial.

³¹ A Diretiva 79/7/CEE, do Conselho, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, é aplicável à população ativa, incluindo «os trabalhadores cuja atividade seja interrompida por doença, acidente ou desemprego involuntário e às pessoas à procura de emprego, bem como aos trabalhadores reformados e aos trabalhadores inválidos» (artigo 2.º da Diretiva). As suas previsões abrangem os regimes legais que assegurem uma proteção contra os riscos de doença, invalidez, velhice, acidente de trabalho e doença profissional e desemprego [artigo 3.º, alínea a) da Diretiva]. No artigo 4.º pode ler-se que «[o] princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente por referência, nomeadamente, ao estado civil ou familiar especialmente no que respeita (...) ao âmbito dos regimes e às condições de acesso aos regimes, (...) à obrigação de pagar as cotizações e ao cálculo destas, (...) ao cálculo das prestações (...)» (artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva). Segundo o Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 24 de fevereiro de 2022, Processo C-389/20, CJ contra Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), o citado artigo 4.º da Diretiva «deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional que exclui as prestações de desemprego das prestações de segurança social concedidas aos trabalhadores do serviço doméstico por um regime legal de segurança social, uma vez que esta disposição prejudica particularmente os trabalhadores do sexo feminino em relação aos trabalhadores do sexo masculino e não é justificada por fatores objetivos e alheios a

qualquer discriminação em razão do sexo». Em causa está precisamente uma norma da Lei Geral da Segurança Social espanhola nos termos da qual os trabalhadores do serviço doméstico enquadrados no regime especial de proteção social desse sector não teriam direito à proteção no desemprego. CJ, uma trabalhadora do serviço doméstico enquadrada nesse regime, requereu, a determinada altura, ao sistema de segurança social espanhol, o pagamento de contribuições para aquisição de proteção na eventualidade de desemprego, requerimento esse acompanhado do consentimento da sua entidade empregadora. Tal pedido veio a ser indeferido com fundamento no facto de essas contribuições estarem excluídas no caso dos trabalhadores enquadrados no regime especial de proteção social desse sector. Chegada a questão, por pedido de decisão prejudicial, ao Tribunal de Justiça, este dedicou-se (entre outras questões) a verificar se a mencionada disposição legal consubstanciava uma discriminação indireta em função do sexo, entendida esta no sentido do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional, isto é, como uma situação em que uma disposição, critério ou uma prática, aparentemente neutro, coloca pessoas de um determinado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas de outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um objetivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários. Refere o Acórdão que «[a] existência de tal desvantagem específica pode ser demonstrada, designadamente, se se provar que a referida disposição, o referido critério ou a referida prática afeta negativamente uma proporção significativamente maior de pessoas de um sexo do que de pessoas do outro sexo» (§41), devendo o juiz nacional, no caso de dispor de dados estatísticos fiáveis, representativos e significativos, analisar a (des)proporção de trabalhadores femininos e masculinos afetados pela diferença de tratamento (da exclusão de proteção social do desemprego por aplicação do regime especial do serviço doméstico). Nessa análise, o juiz nacional deverá atentar, não só no número de beneficiários enquadrados no regime especial dos trabalhadores do serviço doméstico, mas também no conjunto dos beneficiários inscritos no regime geral de segurança social espanhol em que aquele regime especial está integrado. No caso, da totalidade dos inscritos no regime geral, 48,96% eram mulheres e 51,04% eram homens, ao passo que no regime especial do serviço doméstico, 95,53% eram mulheres (4,72% das mulheres inscritas no regime geral) e 4,47% eram homens (0,21% dos homens inscritos no regime geral). Concluiu, por isso, o Tribunal de Justiça, que a proporção dos trabalhadores por conta de outrem do sexo feminino inscritos no regime de segurança social espanhol afetadas pela diferença de tratamento é substancialmente mais elevada do que a proporção dos trabalhadores masculinos nas mesmas circunstâncias, o que significa que o regime legal em causa estaria a colocar em especial desvantagem os trabalhadores do sexo feminino, o que consubstancia uma discriminação indireta em função do sexo, a não ser que existissem fatores objetivos e alheios a qualquer discriminação que o justificassem. Para que tal fosse possível seria necessário identificar um objetivo legítimo para cujo alcance o regime legal em apreço fosse considerado adequado e determinante, ou seja, «se responder verdadeiramente à intenção de o alcançar e se for aplicada de modo coerente e sistemático» (§48). Ora, as observações do Governo e da TGSS deixaram transparecer que a exclusão da proteção no desemprego no regime especial dos trabalhadores do serviço doméstico se relaciona com as

4. Notas finais

O regime de proteção social do serviço doméstico apresenta, como vimos, várias especificidades perante o previsto para a generalidade dos trabalhadores por conta de outrem.

As particularidades deste sector reivindicam, de facto, um tratamento específico em vários pontos. Falamos de um sector onde predomina uma informalidade que tem de ser combatida, onde grande parte dos empregadores são simples cidadãos, alguns em situações

especificidades do sector — com elevadas taxas de ocupação, baixos níveis de qualificação e de remuneração, com uma percentagem de trabalhadores não inscritos no regime de segurança social, com atividade que decorre muitas vezes na residência familiar, em que os empregadores são chefes de família que não retiram um benefício económico do desempenho da atividade dos trabalhadores e em que a fiscalização é dificultada pela inviolabilidade do domicílio — que levam a temer uma redução dos níveis de emprego, bem como um aumento da informalidade, caso haja um aumento dos encargos associados à contratação. O alegado objetivo seria, por isso, «salvaguardar os níveis de emprego e lutar contra o trabalho ilegal e a fraude social para efeitos de proteção social dos trabalhadores» (§54). Apesar de estes objetivos constituírem objetivos gerais da União (artigo 3.º, n.º 3, TUE; e artigo 9.º TFUE) e de terem sido reconhecidos como objetivos legítimos de política social que podem justificar uma discriminação indireta em razão do sexo, para que o regime legal em análise fosse «validado» seria ainda essencial que se concluísse pela sua aptidão para realizar aqueles objetivos, de modo coerente e sistemático. Observou o Tribunal que a existência de encargos associados à contratação constitui, em qualquer sector, um fator potenciador de fraude e de diminuição dos níveis de emprego; seria imprescindível demonstrar «que a categoria de trabalhadores que [são excluídos] da proteção contra o desemprego se distingue de modo pertinente das outras categorias de trabalhadores que não são excluídos dessa proteção» (§62). Verificou-se ainda que, no ordenamento jurídico espanhol, outras categorias de trabalhadores cuja relação de trabalho decorre no domicílio para empregadores não-profissionais, ou com taxas de ocupação, qualificação e remuneração semelhantes (como jardineiros, motoristas particulares, trabalhadores agrícolas e trabalhadores contratados por empresas de limpeza), estão abrangidas pela proteção no desemprego (em alguns casos, com taxas de quotização inferiores às previstas no regime especial doméstico). Entendeu, por isso, o Tribunal que a opção legislativa de exclusão de proteção no desemprego não é aplicada de modo coerente e sistemático. Acresce que os trabalhadores do serviço doméstico são cobertos em todas as outras eventualidades, o que representa os mesmos riscos de fraude e abala a coerência das opções legislativas nessa sede. Assim sendo, o Tribunal entendeu que a mencionada exclusão não era adequada para alcançar os objetivos anunciados, ainda que afirmando que apreciação final cabe ao órgão jurisdicional de reenvio. Contudo, adverte para o facto de, na eventualidade de este órgão entender que existe uma adequação do regime legal com os objetivos visados, terá o mesmo de verificar se essa disposição não vai além do que é necessário para a realização desses fins.

fragilizadas, para os quais o cumprimento das obrigações (a todos os níveis) associadas à contratação de um trabalhador do serviço doméstico deve ser facilitado. Todavia, não é de menosprezar a necessidade de conferir uma proteção social digna, justa e não-discriminatória aos trabalhadores do serviço doméstico.

O que muito humildemente procurámos fazer com este texto foi chamar a atenção para aspetos do regime em que os ditames legais parecem entrar em rota de colisão com alguns desses objetivos e apontar possíveis caminhos a seguir. Estamos conscientes de que conciliar interesses, muitas vezes contraditórios, não é tarefa fácil. Não há bela sem senão. Há que priorizar e delinear, de modo fundamentado e sustentado, a melhor estratégia para atingir essas prioridades, beliscando o mínimo possível (e nunca desproporcionadamente) os interesses antagónicos (sejam eles de trabalhadores, de empregadores ou do próprio sistema).

Restrições associadas à extensão máxima deste texto impediram-nos, aqui, de fazer pouco mais do que uma referência à necessidade de refletir sobre a concordância do regime português de proteção social dos trabalhadores do serviço doméstico com disposições internacionais e europeias. Aludimos à questão da (quase total) exclusão da proteção social no desemprego, mas outras podem suscitar-se e merecem ser alvo de discussão. Encerramos, por isso, com um...

...To be continued...

Leiria, maio de 2023.

Referências bibliográficas

- CAMPOS, Cláudia (2020). *O Contrato de Serviço Doméstico: do período experimental ao tempo de trabalho*. Braga: Nova Causa.
- CARVALHO, Catarina de Oliveira (2019). Trabalho no domicílio, trabalho doméstico e trabalhos de cuidado no ordenamento jurídico português: primeira leitura à luz das Convenções da OIT. *Documentación Laboral*, n.º 116, Ano 19, Vol. I, 41–56.
- HENRIQUES, Cláudia Rosa (2017). Contrato de serviço doméstico — âmbito de aplicação e formas de cessação. *Questões Laborais*, n.º 50, 83–120.
- LOUREIRO, João Carlos (2010). «Servindo a vários(as) senhores(as): domus, exclusão e discriminação — nótula sobre a segurança social dos trabalhadores do serviço doméstico».

- tico», Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 229-251.
- NEVES, Ilídio das (2003). *Lei de Bases da Segurança Social — Comentada e Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora.
- (2001). *Dicionário Técnico e Jurídico de Protecção Social*. Coimbra: Coimbra Editora.
- OLIVEIRA, Joana Tavares, e VALENTE, Rui (2011). *Código Contributivo Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma (2023). *Tratado de Direito do Trabalho — Parte IV — Contratos e Regimes Especiais*. 2.^a edição. Lisboa: Almedina.
- SILVA, Filipe Fraústo da (2000). Sobre a exigência legal de forma escrita para o despedimento no contrato de serviço doméstico. *Questões Laborais*, n.º 16, 232–237.
- VALENTE, Rui (2022). Anotação ao artigo 29.º [pp. 86–89]. *Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina.
- VENTURA, Victor Hugo (2023). *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico: com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril* (Agenda do Trabalho Digno). Lisboa: AAFDL Editora.
- (2022). Anotação aos artigos 116.º a 121.º [pp. 292–308]. *Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina.

MAIS-VALIAS IMOBILIÁRIAS EM IRS — O REGIME SINGULAR DO BENEFÍCIO FISCAL POR REINVESTIMENTO DO VALOR DE REALIZAÇÃO RESULTANTE DA ALIENAÇÃO DO IMÓVEL

MARCOLINO PISÃO PEDREIRO*

1. Generalidades

O Código do Rendimento das Pessoas Singulares¹ está organizado por categorias («cédulas»)^{2/3} de rendimento. Por força do princípio da tipicidade fiscal, apenas constituem rendimento tributável os incrementos patrimoniais que se possam enquadrar em qualquer uma delas.^{4/5}

* Advogado especialista em Direito Fiscal. Juiz-árbitro na Área Tributária no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD).

¹ Doravante, CIRS. Ao longo deste texto todas as disposições legais referidas se reportam a este Código, salvo expressa indicação em contrário.

² Cf. artigo 1.º.

³ Diferentemente, o Código do Rendimento das Pessoas Coletivas está configurado para considerar rendimento qualquer incremento patrimonial do sujeito passivo, como resulta do artigo 20.º, n.º 1: «1 — Consideram-se rendimentos e ganhos os resultantes de **operações de qualquer natureza, em consequência de uma ação normal ou ocasional, básica ou meramente acessória**, nomeadamente: (...)» Sobre a diferença entre o sistema de previsão dos dois impostos, cf. Sanches (2007), p. 367.

⁴ Cf. Sanches (2007) p. 298 e ss.; Morais (2014), p. 36 e ss.; Pereira (2018), p. 10 e ss.; Faustino (2018), p. 223 e ss.

⁵ Estas cédulas abrangem os incrementos patrimoniais mais relevantes. Como referiu Sanches (2007, p. 139), relativamente às mais-valias «não são tributáveis, por via de regra, os ganhos resultantes de alienações de bens ou direitos não previstos no artigo 10.º(...)». O distinto professor indicava os seguintes exemplos:

Nos termos do artigo 22.º, n.º 1, do CIRS, «O rendimento coletável em IRS é o que resulta do englobamento dos rendimentos das várias categorias auferidos em cada ano, depois de feitas as deduções e os abatimentos previstos nas secções seguintes.»

A mais-valia «corresponde a uma valorização ocorrida em bens ou direitos, um ganho de carácter ocasional ou fortuito que se gera na esfera do proprietário alienante, sem que tal se verifique no contexto do desenvolvimento duma atividade empresarial. Este ganho revela uma capacidade contributiva, o que justifica a respetiva sujeição a imposto».⁶ As mais-valias, muitas vezes qualificadas como «ganhos trazidos pelo vento»⁷, estão enquadrados nos rendimentos da categoria G, sendo «uma espécie dentro do conceito mais vasto de incrementos patrimoniais».^{8/9}

Assim, estabelece o artigo 9.º, n.º 1, do CIRS:

Constituem incrementos patrimoniais, desde que não considerados rendimentos de outras categorias:

- a) As mais-valias, tal como definidas no artigo seguinte;

Por sua vez, estabelece o Artigo 10.º, n.º 1:

Constituem mais-valias os ganhos obtidos que, não sendo considerados rendimentos empresariais e profissionais, de capitais ou prediais, resultem de:

- a) Alienação onerosa de direitos reais sobre bens imóveis;

«o caso das jóias, de certos vinhos, de objetos de arte e de colecionismo, que normalmente valorizam com o tempo e os seus proprietários obtêm ganhos na sua alienação, ou seja realizam mais-valias. São mais-valias que o sistema optou por não tributar nesta categoria. Sublinhe-se, no entanto, que, se um sujeito passivo praticar com regularidade actos que dêem origem a tais ganhos, estes vão ser tributados na categoria B enquanto ganhos empresariais ou comerciais (...)» *loc. cit.*

⁶ Pereira (2018), p. 180.

⁷ *Ibid.*

⁸ Sanches (2007), p. 316.

⁹ Sobre os critérios de distinção entre mais-valias e rendimentos empresariais (rendimento-produto), *cf.* Basto (2007), p. 379 e ss.

São as mais-valias, decorrentes da alienação de imóveis¹⁰ destinados a habitação própria e permanente do sujeito passivo, ou do seu agregado familiar, que são objeto da nossa atenção no presente artigo.

2. Apuramento das mais-valias

A mais-valia constitui um ganho que é dado pela diferença entre o valor de realização e o valor de aquisição do bem (n.ºs 1 e 4, al. *a*), do artigo 10.º do CIRS). Porém, cada mais-valia obtida pelo sujeito passivo não é objeto de tratamento fiscal isolado, mas sim em conjunto com os demais ganhos ou perdas do mesmo tipo (mais-valias e menos-valias). É o que resulta do Artigo 43.º do CIRS:

1 — O valor dos rendimentos qualificados como mais-valias é o correspondente ao **saldo apurado entre as mais-valias e as menos-valias realizadas no mesmo ano**, determinadas nos termos dos artigos seguintes.

2 — O saldo referido no número anterior, respeitante às transmissões previstas nas alíneas *a*), *c*) e *d*) do n.º 1 do artigo 10.º, positivo ou negativo, é¹¹:

a) Integralmente considerado nas situações previstas na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 10.º, quando os imóveis tenham beneficiado de apoio não reembolsável concedido pelo Estado ou outras entidades públicas, quando o valor total do apoio concedido para aquisição ou para realização de obras seja de valor superior a 30% do valor patrimonial tributário do imóvel para efeitos de IMI e estes sejam vendidos antes de decorridos 10 anos sobre a data da sua aquisição, da assinatura da declaração comprovativa da receção da obra ou do pagamento da última

¹⁰ De notar que nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de novembro, que aprovou o Código do IRS, «1 — Os ganhos que não eram sujeitos ao imposto de mais-valias, criado pelo código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46 373, de 9 de Junho de 1965, bem como os derivados da alienação a título oneroso de prédios rústicos afectos ao exercício de uma actividade agrícola ou da afectação destes a uma actividade comercial ou industrial, exercida pelo respectivo proprietário, só ficam sujeitos ao IRS se a aquisição dos bens ou direitos a que respeitam tiver sido efectuada depois da entrada em vigor deste Código.» Redação do Decreto-Lei n.º 141/92, de 17 de julho.

¹¹ Redação da Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro.

despesa relativa ao apoio não reembolsável que, nos termos legais ou regulamentares, não estejam sujeitos a ónus ou regimes especiais que limitem ou condicionem a respetiva alienação¹²;

b) Apenas considerado em 50 % do seu valor, nos restantes casos.¹³

Como já se referiu, as mais-valias correspondem, nos termos legais, a um «saldo» entre as mais-valias e as menos-valias apuradas, o que significa que, se no mesmo ano se obtiver mais-valias numa alienação e menos-valias noutra, os respetivos saldos compensam-se. Se *B* vendeu num determinado ano dois imóveis, obtendo num uma mais-valia de 20 mil euros e noutra uma menos-valia de 15 mil euros, apenas será considerado o saldo de 5 mil, no comum dos casos considerado apenas em 50% do seu valor, no caso 2500.

Olhando a realidade, esta situação de «saldo» é de relativamente rara ocorrência. Desde logo, não é frequente que particulares não empresários na área do imobiliário procedam a mais do que uma alienação de um ativo imobiliário num determinado ano, pois o cidadão comum normalmente concretiza poucas operações desta natureza ao longo da vida. Por outro lado, a ocorrência de menos-valias é também uma situação incomum, exceto em épocas de graves crises económico-financeiras.

Há ainda que observar que as mais-valias são os ganhos obtidos que, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, não sejam considerados rendimentos empresariais e profissionais, notando-se, amiúde, alguma inclinação da Autoridade Tributária (AT) para, no caso de alienação de vários ativos imobiliários num determinado ano, considerar que o sujeito passivo exerce uma atividade empresarial. Não sendo comum a alienação de vários imóveis por um particular num determinado ano, tal pode acontecer pelas mais variadas razões, não sendo lícito inferir automaticamente, e sem outros factos indiciantes, a existência

¹² Redação da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro.

¹³ Redação da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro.

de atividade empresarial.¹⁴ A própria lei, ao configurar as mais-valias como um «saldo» entre as mais e as menos-valias, pressupõe como inerente a esta categoria de rendimentos a ocorrência de mais do que uma alienação no mesmo ano.

Evidentemente que pode haver quem exerça uma atividade empresarial de compra e venda de imóveis não a qualificando como tal. Nestes casos, o rendimento poderá ser, com a devida fundamentação, requalificado pela AT, que terá o ónus de demonstrar, nos termos gerais, que a declaração do sujeito passivo não é verdadeira (artigo 75.º, n.º 1, da LGT). Porém, insistimos, tal posição deverá ser sustentada por outros factos além da mera ocorrência de diversas alienações num determinado ano.

Dado importante a reter, como já se notou, é o de que, ressalvado o caso particular da alínea a) do n.º 2 do artigo 43.º do CIRS, o saldo das mais-valias apenas será considerado para efeitos de tributação em 50% do seu valor.

3. Valor de realização

Passemos à análise dos critérios legais para aferir os valores de aquisição e de realização, necessários à determinação das mais-valias. O valor de realização vem regulado no artigo 44.º.

¹⁴ Sobre a questão escreveu José Joaquim Teixeira Ribeiro: «Deve notar-se, porém que — se é fácil definir as mais-valias — não é igualmente fácil, *nada disso, estruturar o imposto que sobre elas incide*. Logo, este problema: Quando é que os aumentos de valor são imprevistos? A definição não serve para efeitos tributários, pois o Fisco não tem processo de saber quando é que o contribuinte previu ou não previu a valorização dos bens; a não ser que se estabeleça uma presunção: a de que são previstos, são esperados os aumentos de valor dos bens que o contribuinte produziu, comprou ou conservou para vender, sendo imprevistos, inesperados — isto é, representando mais-valias — todos os restantes. Mas como há-se saber-se se o contribuinte produziu, comprou ou conservou os bens para os vender? Só com base numa outra presunção: a de que produziu, comprou ou conservou os bens para os vender se os bens constituem objeto da sua actividade especulativa considerando-se como tal, além da actividade normal de fabricante ou comerciante, a actividade do não comerciante que revenda a curto prazo quaisquer mercadorias. (...) Por aqui se vê que a tributação das mais-valias, dada a impossibilidade de o Fisco as determinar concretamente, tem de firmar-se numa série de presunções. Com base nelas, constituem mais-valias, pois, os aumentos do valor dos bens que não foram produzidos, comprados ou conservados para vender.» Ribeiro (2011), p. 304.

Na venda de imóvel, ato de alienação mais comum, o valor de realização é a respetiva contraprestação — o preço recebido — nos termos do n.º 1, alínea *f*). Todavia, quer para esta situação, quer para o casos de troca [n.º 1, al. *a*)] ou expropriação [n.º 1, al. *b*)], «prevalecerão, quando superiores, os valores por que os bens houverem sido considerados para efeitos de liquidação de imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis ou, não havendo lugar a esta liquidação, os que devessem ser, caso fosse devida» (n.º 2). Tal sucede quando o valor patrimonial tributário dos imóveis for superior ao valor da venda, ao valor atribuído na permuta ou ao valor da indemnização, pois que, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, do CIMT, «o IMT incidirá sobre o valor constante do acto ou do contrato ou sobre o valor patrimonial tributário dos imóveis, consoante o que for maior.»¹⁵

Porém, o valor patrimonial tributário poderá não prevalecer se «for feita prova de que o valor de realização foi inferior ao ali previsto» (artigo 44.º, n.º 5). Esta prova será feita «de acordo com o procedimento previsto no artigo 139.º do Código do IRC, com as necessárias adaptações» (n.º 6).

Inerente às cláusulas especiais antiabuso dos artigos 12.º, n.º 1, do CIMT e 44.º, n.º 2, do CIRS, está o pensamento legislativo de que o valor de transação de um imóvel inferior ao valor patrimonial tributário tem elevada probabilidade de ser *fingido*, uma vez que, por regra, aquele valor é inferior ao respetivo valor de mercado (até é frequente ser muito inferior), sendo rara a situação inversa. Este perigo de simulação do valor atribuído ao imóvel no contrato de alienação não é suscetível de ocorrer, como é bom de ver, em expropriação. Não se entende, assim, a aplicação deste regime nestes casos, pois apenas seria aceitável caso se entendesse que existiria o «perigo» de as entidades expropriantes se conluíarem com os expropriados para fixar indemnizações falsas quanto ao valor. É manifestamente

¹⁵ Note-se ainda que nos termos do artigo 52.º, n.º 1, do CIRS, «1 — Quando a Autoridade Tributária e Aduaneira considere fundadamente que possa existir divergência entre o valor declarado e o valor real da transmissão, tem a faculdade de proceder à respetiva determinação.»

inverosímil a ocorrência de tal conluio, pelo que carece de qualquer justificação racional a norma antiabuso em causa no que respeita às expropriações.

4. Valor de aquisição

Passemos agora à análise do valor de aquisição. Caso a aquisição do imóvel tenha ocorrido por sucessão ou doação, rege o artigo 45.º, de onde resulta, na prática, que, salvo situações excecionais (v. g. nos casos de prédios omissos, em que será o resultante de avaliação), o valor de aquisição corresponde ao valor patrimonial tributário à data da transmissão.¹⁶

Se o imóvel tiver sido adquirido a título oneroso (v. g. compra ou permuta), o valor de aquisição é o que tiver servido para efeitos de liquidação do imposto municipal sobre as transações onerosas de imóveis (IMT), nos termos do artigo 46.º, n.º 1, em princípio, o valor declarado na aquisição, ou, se superior, o valor patrimonial tributário, caso o contribuinte não tenha feita a prova prevista nos n.ºs 5 e 6

¹⁶ Dispõe o artigo 45.º do CIRS, sob a epígrafe «Valor de aquisição a título gratuito»:

«1 — Para a determinação dos ganhos sujeitos a IRS considera-se o valor de aquisição, no caso de bens ou direitos adquiridos a título gratuito:

a) O valor que tenha sido considerado para efeitos de liquidação de imposto do selo;

b) O valor que serviria de base à liquidação de imposto do selo, caso este fosse devido.

2 — (Revogado.)

3 — No caso de doações isentas nos termos da alínea e) do artigo 6.º do Código do Imposto do Selo, o valor de aquisição a considerar é o seguinte: (Redação da Lei n.º 12/2022, de 27 de junho)

a) Tratando-se de direitos reais sobre bens imóveis, o valor patrimonial tributário constante da matriz até aos dois anos anteriores à doação; (Redação da Lei n.º 12/2022, de 27 de junho)

b) Tratando-se de valores mobiliários, o valor que serviria de base à liquidação do imposto do selo, caso este fosse devido, até aos dois anos anteriores à doação.» (Redação da Lei n.º 12/2022, de 27 de junho)

Por sua vez, dispõe o artigo 13.º do CIS:

«Artigo 13.º Valor tributável dos bens imóveis

1 — O valor dos imóveis é o valor patrimonial tributário constante da matriz nos termos do CIMI à data da transmissão, ou o determinado por avaliação nos casos de prédios omissos ou inscritos sem valor patrimonial.

2 — No caso de imóveis e direitos sobre eles incidentes cujo valor não seja determinado por aplicação do disposto neste artigo e no caso do artigo 14.º do CIMT, é o valor declarado ou o resultante de avaliação, consoante o que for maior.»

do artigo 44.º do CIRS. Caso não tenha havido liquidação de IMT (por a aquisição beneficiar de isenção), «considera-se o valor que lhe serviria de base, caso fosse devida, determinado de harmonia com as regras próprias daquele imposto» (artigo 46.º, n.º 2). O valor de aquisição é objeto de correção monetária «pela aplicação de coeficientes para o efeito aprovados por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, sempre que tenham decorrido mais de 24 meses entre a data da aquisição e a data da alienação ou afetação» (artigo 50.º do CIRS). Por outro lado, para a determinação das mais-valias sujeitas a imposto, ao valor de aquisição acrescem os encargos com a valorização dos bens, comprovadamente realizados nos últimos 12 anos, e as despesas necessárias e efetivamente praticadas, inerentes à aquisição e alienação, bem como a indemnização comprovadamente paga pela renúncia onerosa a posições contratuais ou outros direitos inerentes a contratos relativos a esses bens, nas situações previstas na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 10.º (artigo 51.º).

Quer a exigência de correção monetária em função da inflação, quer a consideração de efetivos custos incorridos nos termos do artigo 51.º, são impostos pelo princípio da capacidade contributiva e do rendimento-acrécimo. Na sua ausência, o contribuinte seria tributado por um suposto rendimento que não corresponderia ao acréscimo patrimonial efetivamente obtido. Num caso, a inflação poderia falsear o custo real de aquisição; no outro, os custos reais incorridos com o bem, relevantes para os termos em que foi alienado, seriam desconsiderados.

5. Exclusão/redução da tributação por reinvestimento total ou parcial do valor de realização resultante da venda de imóvel destinado à habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar noutra imóvel com o mesmo destino

Consideremos agora o caso particular, mas comum e frequente, da obtenção de mais-valia na alienação de habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar. Em princípio, esta mais-valia está sujeita a tributação como qualquer outra; todavia, pode ser excluída da tributação, em caso de reinvestimento do

valor obtido noutro imóvel, também destinado à habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar.

Com efeito, nos termos dos números 5, 6 e 9, do artigo 10.º do CIRS:

5 — São excluídos da tributação os ganhos provenientes da transmissão onerosa de imóveis destinados a habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, desde que verificadas, cumulativamente, as seguintes condições:

a) O valor de realização, deduzido da amortização de eventual empréstimo contraído para a aquisição do imóvel, seja reinvestido¹⁷ na aquisição da propriedade de outro imóvel, de terreno para construção de imóvel e ou respetiva construção, ou na ampliação ou melhoramento de outro imóvel exclusivamente com o mesmo destino situado em território português ou no território de outro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, desde que, neste último caso, exista intercâmbio de informações em matéria fiscal¹⁸;

¹⁷ Como explica Paula Rosado Pereira: «No caso de empréstimo que tenha sido contraído para a aquisição do imóvel antigo, deve ter-se em conta que é deduzida ao valor de realização do imóvel, para efeitos de reinvestimento, a amortização do valor desse empréstimo que ainda esteja em dívida à data da venda. O valor a reinvestir corresponde, portanto, ao valor de realização líquido da amortização do empréstimo, nos termos do artigo 10.º, n.º 5, al. a) do CIRS.

No caso de empréstimo contraído para a aquisição da nova habitação, cabe notar que, apesar de esta questão não estar expressamente prevista no artigo 10.º do CIRS, é entendimento comum que a parte do valor de aquisição da nova habitação que seja custeada através de empréstimo não consubstancia reinvestimento.» (Pereira, 2018, pp. 209–210.)

Relativamente a esta última questão e ao «entendimento comum» que a autora refere, veja-se o acórdão Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo, de 23 de novembro de 2016, proferido no processo com o n.º 39/16 e jurisprudência aí citada e reafirmada no acórdão do mesmo Tribunal, de 12 de fevereiro de 2020, proferido no processo 116/07.2BECTB 01243/17, onde se pode ler: «o reinvestimento a que alude o preceito em causa é tão só o reinvestimento do produto da alienação e não o investimento através de empréstimo bancário. Assim, tendo o ora Recorrente recorrido a crédito bancário para a aquisição do novo imóvel, só pode considerar-se reinvestido, para efeitos de excluir da tributação as mais-valias, o montante que provenha do produto da alienação e já não o do empréstimo.»

¹⁸ Como refere ainda Paula Rosado Pereira: «Para que o regime de reinvestimento operasse, permitindo a exclusão de tributação da mais-valia obtida com a alienação do imóvel de habitação, exigia-se, até 2007, que o imóvel, terreno ou obras que concretizavam o reinvestimento fossem localizados em território português. Contudo, na sequência do Acórdão do Tribunal de Justiça de

b) O reinvestimento previsto na alínea anterior seja efetuado entre os 24 meses anteriores e os 36 meses posteriores contados da data da realização;

c) O sujeito passivo manifeste a intenção de proceder ao reinvestimento, ainda que parcial, mencionando o respetivo montante na declaração de rendimentos respeitante ao ano da alienação;

d) (Revogada.)

6 — Não haverá lugar ao benefício referido no número anterior quando:

a) Tratando-se de reinvestimento na aquisição de outro imóvel, o adquirente o não afete à sua habitação ou do seu agregado familiar, até decorridos doze meses após o reinvestimento;

b) Nos demais casos, o adquirente não requeira a inscrição na matriz do imóvel ou das alterações decorridos 48 meses desde a data da realização, devendo afetar o imóvel à sua habitação ou do seu agregado até ao fim do quinto ano seguinte ao da realização;

c) (revogada.)

d) Os imóveis que tenham beneficiado de apoio não reembolsável concedido pelo Estado ou outras entidades públicas para a aquisição, construção, reconstrução ou realização de obras de conservação de valor superior a 30 % do valor patrimonial tributário do imóvel para efeitos de IMI, sejam vendidos antes de decorridos 10 anos sobre a data da sua aquisição, da assinatura da declaração comprovativa da receção da obra ou do pagamento da última despesa relativa ao apoio público não reembolsável que, nos termos legais ou regulamentares, não estejam

26 de Outubro de 2006, relativo ao Processo C-345/05 (Comissão das Comunidades Europeias contra República Portuguesa), a lei portuguesa teve que ser adaptada às exigências da livre circulação de trabalhadores e da liberdade de estabelecimento no espaço europeu, passando a permitir o reinvestimento em imóvel situado no território de outro Estado-Membro da UE ou do EEE, neste último caso desde que exista intercâmbio de informações em matéria fiscal. (...). Consequentemente, o Decreto-Lei n.º 361/2007, de 2 de novembro, alterou o disposto no artigo 10.º, n.º 5 do CIRIS, no sentido de passar a admitir-se a exclusão de tributação da mais-valia mediante o reinvestimento em imóvel, terreno ou obras de construção, ampliação ou melhoramento de imóvel, qualquer deles situado no território de outro Estado-Membro da UE ou do EEE, neste último caso desde que exista intercâmbio de informações em matéria fiscal». (Pereira, 2018, pp. 206–207.)

sujeitos a ónus ou regimes especiais que limitem ou condicionem a respetiva alienação.¹⁹

(...)

9 — No caso de reinvestimento parcial do valor de realização e verificadas as condições estabelecidas nos n.ºs 6 e 8, os benefícios a que se referem os n.ºs 5 e 7 respeitam apenas à parte proporcional dos ganhos correspondentes ao valor reinvestido.^{20/21}

¹⁹ Aditado pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro.

²⁰ Redação da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro.

²¹ De notar ainda que, nos termos dos n.ºs 7 e 8 do mesmo artigo: «7 — Os ganhos previstos no n.º 5 são igualmente excluídos de tributação, desde que verificadas, cumulativamente, as seguintes condições: (Redação da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro)

a) O valor de realização, deduzido da amortização de eventual empréstimo contraído para a aquisição do imóvel e, se aplicável, do reinvestimento previsto na alínea a) do n.º 5, seja utilizado para a aquisição de um ou mais de um dos produtos seguintes:

i) Contrato de seguro financeiro do ramo vida;

ii) Adesão individual a um fundo de pensões aberto; ou

iii) Contribuição para o regime público de capitalização. (Redação da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.)

b) O sujeito passivo ou o respetivo cônjuge ou unido de facto, na data da transmissão do imóvel, se encontre, comprovadamente, em situação de reforma ou tenha, pelo menos, 65 anos de idade (Redação da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.);

c) A aquisição do contrato de seguro financeiro do ramo vida, a adesão individual a um fundo de pensões aberto ou a contribuição para o regime público de capitalização seja efetuada nos seis meses posteriores contados da data de realização; (Redação da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro)

d) Sendo o investimento realizado por aquisição de contrato de seguro financeiro do ramo vida ou da adesão individual a um fundo de pensões aberto, estes visem, exclusivamente, proporcionar ao adquirente ou ao respetivo cônjuge ou unido de facto uma prestação regular periódica durante um período igual ou superior a 10 anos, de montante máximo anual igual a 7,5 % do valor investido; (Redação da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro)

e) O sujeito passivo manifeste a intenção de proceder ao reinvestimento, ainda que parcial, mencionando o respetivo montante na declaração de rendimentos respeitante ao ano da alienação. (Redação da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro)

8 — Não há lugar ao benefício referido no número anterior se o reinvestimento não for efetuado no prazo referido na alínea c), ou se, em qualquer ano, o valor das prestações recebidas ultrapassar o limite fixado na alínea d), ou se for interrompido o pagamento regular das prestações, sendo esse ganho objeto de tributação no ano em que se conclua o prazo para reinvestimento, ou que seja ultrapassado o referido limite ou no ano em que seja interrompido o pagamento regular das prestações, respetivamente.» (Redação da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.)

Trata-se, no nosso entender, materialmente, de um benefício fiscal instituído para tutela e promoção do direito à habitação, constitucionalmente consagrado (artigo 65.º, da CRP) e no âmbito da incumbência do Estado de «estimular (...) o acesso à habitação própria (...)». José Guilherme Xavier de Basto explica, deste modo, o propósito legislativo:

A exclusão da tributação tem como objetivo favorecer a propriedade do imóvel destinado a habitação permanente. Para o efeito, a lei prevê a exclusão tributária de mais-valias realizadas na transmissão onerosa de imóveis destinados à habitação própria e permanente do sujeito passivo sempre que, dentro de determinados prazos e *condições*, o valor de realização for reinvestido em imóvel destinado ao mesmo fim e situado no território nacional. (...).

O objectivo geral do regime de exclusão da incidência, é, pois, não embaraçar a aquisição, imediata ou mediata, de habitação própria e permanente financiada com o produto da alienação de um outro imóvel a que for dado o mesmo destino. Usa-se a técnica do *roll over*, que torna não tributáveis essas mais-valias enquanto os valores de realização forem reinvestidos em imóveis também destinado à habitação e situados em território nacional. A exclusão referida só vale pois para as mais-valias de imóveis destinados à habitação própria e permanente quando o reinvestimento se opera em imóveis com o mesmo destino.²²

O reinvestimento em causa pode ser feito na aquisição da propriedade de uma habitação já existente, na construção de uma habitação em terreno de que o sujeito passivo seja já proprietário, ou na compra de terreno seguida da edificação no mesmo da habitação. No caso da compra de habitação, o reinvestimento concretiza-se no preço de aquisição da mesma; no caso de terreno próprio, o reinvestimento consubstancia-se no custo da construção da habitação; no caso de aquisição de terreno e respetiva construção, o reinvestimento resulta da soma do preço de aquisição do terreno com os custos da edificação da habitação.

²² Xavier de Basto (2007), p. 413.

O reinvestimento pode ser feito após a alienação do imóvel antes destinado a habitação do sujeito passivo no prazo de 36 meses contados a partir da data de transmissão do imóvel, ou até antes da mesma, nos 24 meses anteriores àquela data. Há, assim, neste último caso, uma antecipação de investimento habitacional, que a lei equipara a *reinvestimento*. Não se trata, em bom rigor, de verdadeiro reinvestimento^{23/24}, porque o valor de realização, supostamente reinvestido, não foi ainda obtido à data da nova aquisição. O novo investimento habitacional em causa deu-se, necessariamente, com outros meios financeiros do sujeito passivo ou por recurso ao crédito.²⁵

²³ Trata-se, evidentemente, de uma ficção legal. Na redação anterior à conferida pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, a Lei designava a situação como «reinvestimento», tendo antes o seguinte teor:

«b) Se o valor da realização, deduzido da amortização de eventual empréstimo contraído para a aquisição do imóvel, for **utilizado no pagamento da aquisição** a que se refere a alínea anterior desde que efectuada nos 24 meses anteriores. (Redação dada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro.)

De notar que o CIRS, na sua redação originária, não contemplava este «reinvestimento antecipado», mas tão-só o investimento posterior à alienação/realização, ao estabelecer que: 5 — Os ganhos provenientes da transmissão onerosa de imóveis destinados a habitação do sujeito passivo ou do seu agregado familiar não são considerados como rendimento se, no prazo de vinte e quatro meses, o produto da realização for reinvestido na aquisição de outro imóvel ou de terreno para a construção de imóvel ou na construção de imóvel, exclusivamente com o mesmo destino.

6 — No caso de reinvestimento parcial do valor de realização, não será tributada a parte proporcional dos ganhos referidos no número anterior que lhe corresponde.»

²⁴ Paula Rosado Pereira designa-o por «reinvestimento prévio». Pereira (2018), pp. 203, 205, 210.

²⁵ Escreve Paula Rosado Pereira: «(...) nas situações de reinvestimento prévio, considera-se ainda como reinvestimento o pagamento, com recurso ao valor de realização do imóvel vendido, do valor total ou parcial do empréstimo que tinha sido contraído para a aquisição da nova habitação. Para tal efeito, o valor de realização do imóvel do imóvel antigo (eventualmente deduzido da amortização do valor do empréstimo relativo a este imóvel, caso ainda exista) deve ser imediatamente canalizado para pagamento do empréstimo que tenha sido contraído para a aquisição da habitação nova. Nestes casos de reinvestimento prévio, como a aquisição da nova habitação antecede a venda da antiga, é bastante comum que haja recurso ao crédito para a nova aquisição. Assim, havendo lugar à venda da habitação antiga, o reinvestimento faz-se mediante amortização (total ou parcial) do empréstimo que tinha sido contraído para a compra de habitação nova. (Pereira, 2018, p. 210.)

Em suma, no caso do «reinvestimento prévio» nunca há uma aplicação direta do produto da venda da antiga habitação na aquisição da nova habitação, pois esta foi adquirida, necessariamente, com outros meios financeiros.²⁶ A solução legal, tendo em conta a fungibilidade do dinheiro, passa por ficcionar que o valor obtido com a venda foi aplicado na compra, ocorrida em momento anterior («substituindo» retroativamente os meios financeiros efetivamente usados na aquisição). Subjacente à atual redação da alínea *b*), do n.º 5, do artigo 10.º²⁷, estará — assim o cremos — o propósito de não embarçar e, ao invés, facilitar o processo de mudança de habitação, removendo diferenciações de tratamento fiscal sem fundamento substantivo.

Visto globalmente, e *a posteriori*, o prazo no qual pode ser efetuado o investimento na nova habitação é de 60 meses, sendo que o primeiro segmento do prazo começa a decorrer num momento em que o facto de que depende — alienação do imóvel habitacional — não ocorreu ainda, podendo a decisão de transacionar a habitação, inclusivamente, não ter sido ainda tomada.

Condição necessária para a exclusão tributária em causa é, ainda, o cumprimento pelo sujeito passivo da obrigação acessória prevista na alínea *c*) do n.º 5 do artigo em causa: a indicação da intenção de proceder ao reinvestimento, mencionando o respetivo montante na declaração de rendimentos referente ao ano da alienação. No caso

²⁶ Não obstante, no acórdão do CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa), de 3 de dezembro de 2020, proferido no processo 311/2020-T, no nosso entender em sintonia com a letra e o espírito da Lei, escreveu-se que: «**O n.º 5 do artigo 10.º, do Código do IRS, contém uma norma de delimitação negativa da incidência sobre o valor de realização que venha a ser reinvestido**, cumpridos os respetivos pressupostos, de verificação cumulativa: *(i)* que quer o imóvel “de partida” (o imóvel alienado), quer o imóvel “de chegada” (o imóvel adquirido com reinvestimento do produto da alienação do imóvel anterior), situado em território português ou no território de outro Estado-Membro da EU ou do EEE) tenham como destino a habitação própria e permanente do contribuinte ou do seu agregado familiar; *(ii)* **que o reinvestimento do valor de realização do imóvel “de partida” seja efetuado entre os 24 meses anteriores e os 36 meses posteriores**, contados da data da realização e que, *(iii)* o reinvestimento (ou a intenção de reinvestir), ainda que parcial, seja comunicado pelo sujeito passivo na declaração de rendimentos respeitante ao ano da alienação.» (Árbitros: Carlos Cadilha, Mariana Vargas, Manuel Faustino. Destaque nosso.)

²⁷ Decorrente da Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro.

do «reinvestimento prévio», evidentemente, deve ser indicado que o reinvestimento já ocorreu.

6. Causas de exclusão do benefício fiscal

Ainda que cumpridos todos requisitos materiais previstos no n.º 5 do artigo 10.º, o benefício pode ser excluído nas situações previstas no n.º 6: as alíneas *a)* e *b)* respeitam ao prazo de afetação à habitação do imóvel adquirido e, no caso da alínea *b)*, também ao prazo para cumprimento da obrigação acessória de inscrição ou de alteração do prédio na matriz. No caso de o reinvestimento ter sido concretizado na aquisição de outro imóvel, o sujeito passivo tem de o afetar à sua habitação ou à do seu agregado familiar, no prazo de 12 meses após a compra da nova habitação [al. *a)*]. Nos casos de construção de nova habitação, ampliação ou melhoramento da existente [al. *b)*], o sujeito passivo tem de requerer a inscrição ou alteração na matriz no prazo de 48 meses desde a data da realização, e tem, ainda, de afetar o imóvel à sua habitação ou à do seu agregado familiar até ao fim do quinto ano subsequente ao da realização.

Se não forem cumpridas todas estas condições²⁸, previstas nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 6, o contribuinte «perde»²⁹ o direito ao benefício fiscal.

Em suma, no caso de construção de imóvel, tem o sujeito passivo o prazo de 36 meses para proceder à construção. Tem ainda mais doze meses para proceder à sua inscrição na matriz; 48 meses desde a data da realização. Depois, se não tiver já afetado o edifício construído à habitação, tem ainda mais um ano e segmento de outro (que varia em função da data em que tenha realizado a venda da anterior habitação), como prazo limite para o fazer.³⁰ Neste ponto, e só neste, o regime

²⁸ Segundo André Salgado de Matos, «A intenção subjacente a estas restrições à isenção referida é a de não permitir a invocação fraudulenta de qualquer dos seus fundamentos para encobrir a realização de mais-valias realizadas em operações orientadas para um fim diverso do que lhe serve de fundamento». Matos (1999), p. 168.

²⁹ Nas palavras de André Salgado de Matos, «(...) a isenção resolve-se e a tributação no ano da realização altera-se retroactivamente» (*op. cit.*, p. 169).

³⁰ Afetação do imóvel à habitação até ao quinto ano seguinte ao da realização — prazo de 5 anos acrescido do tempo que faltar desde a data da realização até ao final desse mesmo ano.

é mais generoso para a construção, ampliação ou melhoramento do que para a aquisição.

Em termos práticos, é evidente que é muito mais difícil construir uma nova habitação no prazo de três anos do que adquirir uma habitação já construída para o mesmo fim. Na verdade, em muitas situações pode ser difícil construir uma nova habitação no prazo de três anos, tendo em conta as normais vicissitudes burocráticas e as condições de mercado de serviços de construção civil, aconselhando, em nosso entender, a um alargamento do prazo de construção, eventualmente *compensado* com um encurtamento do prazo de inscrição ou alteração matricial e de afetação do imóvel à habitação pelo sujeito passivo ou o seu agregado familiar.

Outra causa de exclusão do benefício fiscal em causa é a prevista na alínea *d*) do mesmo número referente a imóveis não sujeitos a ónus ou regimes especiais que limitem ou condicionem a respetiva alienação, que tenham beneficiado de apoio não reembolsável concedido pelo Estado ou outras entidades públicas para a aquisição, construção, reconstrução ou realização de obras de conservação de valor superior a 30% do valor patrimonial tributário do imóvel para efeitos de IMI. Não há lugar ao benefício fiscal caso o imóvel seja vendido antes de decorridos dez anos sobre a data da sua aquisição, da assinatura da declaração comprovativa da receção da obra, ou do pagamento da última despesa relativa ao apoio público não reembolsável.

7. Opção de reinvestimento para pessoas reformadas ou com pelo menos 65 anos de idade

A Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, veio consagrar, para pessoas reformadas ou com pelo menos 65 anos de idade, que não pretendam reinvestir em nova habitação, uma alternativa de investimento, também habilitante ao benefício fiscal em causa.

Exemplo: venda realizada em 30 de junho de 2023. Último dia para afetação do imóvel a habitação: 31/12/2028. Neste caso, na prática, o prazo real, contado desde a data da realização, é de cinco anos e meio. Mas se a venda for realizada em 30 de novembro de 2023, o último dia para afetação do imóvel a habitação continua a ser 31/12/2028. Neste caso, na prática o prazo efetivo é de cinco anos e um mês.

Este benefício está consagrado no n.º 7 do artigo 10.º, que tem atualmente a seguinte redação:

7 — Os ganhos previstos no n.º 5 são igualmente excluídos de tributação, desde que verificadas, cumulativamente, as seguintes condições³¹:

a) O valor de realização, deduzido da amortização de eventual emprestimo contraído para a aquisição do imóvel e, se aplicável, do reinvestimento previsto na alínea a) do n.º 5, seja utilizado para a aquisição de um ou mais de um dos produtos seguintes:

- i) Contrato de seguro financeiro do ramo vida;
- ii) Adesão individual a um fundo de pensões aberto; ou
- iii) Contribuição para o regime público de capitalização.³²

b) O sujeito passivo ou o respetivo cônjuge ou unido de facto, na data da transmissão do imóvel, se encontre, comprovadamente, em situação de reforma ou tenha, pelo menos, 65 anos de idade³³;

c) A aquisição do contrato de seguro financeiro do ramo vida, a adesão individual a um fundo de pensões aberto ou a contribuição para o regime público de capitalização seja efetuada nos seis meses posteriores contados da data de realização³⁴;

d) Sendo o investimento realizado por aquisição de contrato de seguro financeiro do ramo vida ou da adesão individual a um fundo de pensões aberto, estes visem, exclusivamente, proporcionar ao adquirente ou ao respetivo cônjuge ou unido de facto uma prestação regular periódica durante um período igual ou superior a 10 anos, de montante máximo anual igual a 7,5 % do valor investido³⁵;

e) O sujeito passivo manifeste a intenção de proceder ao reinvestimento, ainda que parcial, mencionando o respetivo montante na declaração de rendimentos respeitante ao ano da alienação.³⁶

³¹ Redação da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro.

³² Redação da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

³³ Redação da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

³⁴ Redação da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

³⁵ Redação da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

³⁶ Redação da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro.

Trata-se de um investimento alternativo para os seniores que, pelos mais diversos motivos, mudem de local de residência e não tenham necessidade de adquirir outra habitação (*e. g.*, por terem segunda habitação, «na terra» ou «de férias», ou passarem a residir em «residência sénior», lar de terceira idade, ou com familiares). Subjacente a este benefício, estarão o direito à solidariedade e o direito à proteção das pessoas idosas, constitucionalmente previstos nos artigos 63.º e 72.º da Constituição Portuguesa, incentivando-se, assim, o reforço da segurança económica deste grupo.

Nos termos do n.º 8, do artigo 10.º:

Não há lugar ao benefício referido no número anterior se o reinvestimento não for efetuado no prazo referido na alínea *c*), ou se, em qualquer ano, o valor das prestações recebidas ultrapassar o limite fixado na alínea *d*), ou se for interrompido o pagamento regular das prestações, sendo esse ganho objeto de tributação no ano em que se conclua o prazo para reinvestimento, ou que seja ultrapassado o referido limite ou no ano em que seja interrompido o pagamento regular das prestações, respetivamente.³⁷

Assim, como condição para a efetivação do benefício fiscal, o reinvestimento tem de ser efetuado nos seis meses posteriores contados da data de realização. Por outro lado, o sujeito passivo pode perder o benefício fiscal se o valor das prestações recebidas ultrapassar, em algum ano fiscal, o montante global anual correspondente a 7,5 % do valor investido. Pode ainda o sujeito passivo perder o benefício fiscal se interromper o pagamento regular das prestações.

A lei não densifica o conceito de «interrupção do pagamento regular das prestações», o que consideramos prejudicial à segurança jurídica. No nosso entender, à luz do princípio da proporcionalidade, seguramente que um mero atraso no pagamento de prestações (que pode ser originado pelos mais diversos motivos) não constituirá fundamento automático de perda do benefício fiscal. Pensamos que na

³⁷ Redação da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

falta de densificação legislativa deverá ser aplicável, com as devidas adaptações, o conceito de incumprimento definitivo do direito civil, por contraponto à simples mora. Na nossa opinião, desta, só por si, não deverá resultar a perda do benefício fiscal sendo, para o efeito, necessária a solidez do incumprimento definitivo (devidamente adaptado ao «produto» em causa).³⁸

8. Mais-valias em caso de reinvestimento parcial do valor de realização

Por último, vejamos a situação quando o sujeito passivo não reinveste a totalidade do valor obtido com a alienação, mas apenas uma parte. A resposta consta do n.º 9, do artigo 10.º:

No caso de reinvestimento parcial do valor de realização e verificadas as condições estabelecidas nos n.ºs 6 e 8, os benefícios a que se referem os n.ºs 5 e 7 respeitam apenas à parte proporcional dos ganhos correspondentes ao valor reinvestido.³⁹

Se o sujeito passivo vendeu a habitação por 100 mil euros, com mais-valia de 20 mil euros, mas só reinvestiu 60% deste valor (60 mil) na nova habitação, a parte excluída da tributação é também de 60% da mais-valia (12 mil) e não a totalidade da mesma.⁴⁰

Referências bibliográficas

- BASTO, José Guilherme Xavier de (2007). *IRS, Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos*. Coimbra Editora.
- FAUSTINO, Manuel (2018). A Tributação do Rendimento das Pessoas Singulares. In *Lições De Fiscalidade* (Coord. João Ricardo Catarino, Vasco Guimarães), 6.ª Edição, Almedina.

³⁸ Sobre a definitividade do incumprimento em geral, cf. Oliveira (2019), pp. 51–66.

³⁹ Redação da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro.

⁴⁰ Neste caso, a parte não excluída de tributação seria então de 8000, que irá integrar o «saldo» no previsto no artigo 43.º, n.º 1, por sua vez, no comum dos casos, apenas tributado em 50% do seu valor [artigo 43.º, n.º 2, al. b)] o que, na prática, implicará que dos referidos 8000 sejam apenas considerados para o rendimento coletável, o montante de 4000 (sobre tal parcela rendimento englobado com os demais nos termos supramencionados, irá incidir a respetiva taxa de imposto).

- MATOS, André Salgado de (1999). *Código do Imposto do Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) Anotado*. Revisão de Rodrigo Queiroz Pereira. Instituto Superior de Gestão, 1999.
- MORAIS, Rui Duarte (2014). *Sobre o IRS*, 3.^a Edição. Almedina.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, e OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de (2019). *Incumprimento Resolutório: Uma Introdução*. Almedina.
- PEREIRA, Paula Rosado (2018). *Manual de IRS*. Almedina.
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira (2011). *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a Edição, Refundida e Atualizada. Reimpressão. Coimbra Editora.
- SANCHES, José Luís Saldanha (2007). *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a Edição. Coimbra Editora.

A GESTÃO DAS SOCIEDADES NAS ERAS DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E DA CIBERCRIMINALIDADE — NOVOS RISCOS, NOVAS (OU VELHAS) SOLUÇÕES

MARISA DINIS*

FILIPPE DINIS BERNARDINO**

Sumário: 1. Notas introdutórias e de enquadramento; 2. Sistemas de apoio à decisão — principais preocupações jurídicas; 3. Riscos cibernéticos — tipologia das ameaças e recomendações de segurança; 4. Conclusão

1. Notas introdutórias e de enquadramento

É inegável que as últimas décadas têm sido fortemente marcadas pela digitalização que, paulatinamente, se tem instalado globalmente em todos os sectores e se assume como verdadeiro motor de mudança.

A digitalização transformou o *modus vivendi* da sociedade como um todo, revolucionando profundamente as formas de agir, de comunicar

* Professora coordenadora no Departamento de Ciências Jurídicas da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Licenciada e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e doutorada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Investigadora do IJP-Polo de Leiria.

** Professor adjunto convidado no Departamento de Ciências Jurídicas da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Licenciado e mestre em Direito pelas Faculdades de Direito das Universidade de Lisboa e de Coimbra, respetivamente. Titular do título de especialista, obtido junto do Instituto Politécnico de Leiria. Advogado.

e, sobretudo, de trabalhar. Pessoas, singulares e coletivas, são diariamente desafiadas pela evolução tecnológica que, a cada passo, constrói novos paradigmas de «saber-fazer», obrigando-as a reinventar-se e a adaptar-se continuamente à nova realidade.

As sociedades comerciais, pela natureza de que se revestem, não só não puderam ficar alheias a este processo de transformação digital, como também tiveram de ser dos primeiros a embarcar neste voo, sob pena de obsolescência. É, atualmente, reconhecido que as tecnologias digitais potenciam o crescimento das empresas, conferindo-lhes, muitas vezes, novas capacidades e diferentes competências e abordagens, essenciais para acompanharem a evolução do mercado global.

Pese embora o referido, é igualmente certo que, em especial, aos gestores das pequenas e das médias empresas, assistem receios na adoção das tecnologias mais recentes, agindo estes, pois, com cautelas acrescidas. De entre as várias funcionalidades e utilidades destas ferramentas, revestem especial importância aquelas que servem de apoio à decisão, seja numa perspetiva de complementaridade, seja numa lógica de decisão mais autónoma. Neste particular, as preditas cautelas são compreensivelmente exponenciadas, porquanto, à presente data, não se encontra claramente definido o quadro jurídico a adotar perante todas as situações, nem tão-pouco são conhecidas, na íntegra, as potenciais consequências da utilização das tecnologias digitais neste quadro.

De entre as várias funcionalidades que recentemente decorrem da inovação tecnológica, são ímpares as vantagens trazidas pelos sistemas de Inteligência Artificial (IA) no apoio à tomada de decisão, por parte dos gestores, considerando que apresentam características únicas e sobre-humanas no que respeita, por exemplo, à recolha de informação e de dados e aos respetivos tratamentos, permitindo, de forma rápida, apresentar ao gestor diferentes possibilidades e soluções.

São vários os sistemas de IA que podem ser aplicados à gestão das sociedades. Uns atuais, outros futuristas. Todos com potenciais questões jurídicas na sua aplicação. Ignorá-los ou proibir a sua utilização não será, por certo, solução adequada. Pelo contrário, a falta de consciencialização da utilidade e do funcionamento destes sistemas

conduzirá a desaires societários irreversíveis. Há, pois, que regular o seu funcionamento, dentro dos valores da ordem jurídica que nos governa.

Neste e noutros sectores do mundo cibernético, são vários e de variadas naturezas os riscos que se vêm desenhando, como bem demonstra a realidade recente. O combate a estes riscos demanda, do gestor, a adoção de medidas direcionadas e certeiras, baseadas nas recomendações que, nesta sede, vão sendo publicadas. Ao gestor caberá, por certo, definir as políticas de cibersegurança que garantam a prevenção dos riscos cibernéticos e minimizem as consequências em caso de ataque. Não o fazer é assumir uma postura negligente perante um risco iminente.

Tempos de mudança são sempre terreno fértil para novos desafios jurídicos. O presente estudo visa elencar as principais preocupações jurídicas advenientes da utilização das tecnologias digitais à tomada de decisão dos gestores, bem assim como as advenientes das ameaças cibernéticas, procurando, em ambos os casos, apresentar as soluções que se afiguram mais corretas, tanto ao abrigo do *de iure condito*, como numa perspetiva de *de iure condendo*.

Por ser assim, a União Europeia (UE) tem reconhecido a importância da transformação digital como ferramenta essencial para a recuperação, para a prosperidade e para a competitividade do mercado e tem estado fortemente empenhada em traçar estratégias para o desenvolvimento digital da União na próxima década. Neste sentido, assume especial relevo a Comunicação da Comissão Europeia, intitulada «Orientações para a Digitalização até 2023 — a via europeia para a Década Digital»¹, que estabelece, nesta sede, como «visão

¹ Comissão Europeia (2021), Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, «Orientações para a Digitalização até 2030: a via europeia para a Década Digital», COM/2021/118 final, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX%3A52021DC0118> (Último acesso a 1 de julho de 2023). Antes desta data, também sobre esta matéria, releva destacar a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, «Construir o futuro digital da Europa», COM(2020) 67 final, de 19 de fevereiro de 2020.

para 2030» a de «capacitar os cidadãos e as empresas». Apresenta quatro vertentes fundamentais e essenciais para concretizar a predita visão, sendo uma delas a «transformação digital das empresas», antecipando que «até 2030, mais do que apenas facilitadores, as tecnologias digitais, incluindo a 5G, a Internet das coisas, a computação periférica, a inteligência artificial, a robótica e a realidade aumentada serão elementos fulcrais de novos produtos, novos processos de fabrico e novos modelos empresariais assentes na partilha equitativa de dados numa economia dos dados».²

Estes intentos foram corroborados, a 15 de setembro de 2021, com a proposta de Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece o programa para 2030 intitulado *Guião para a Década Digital*³. No artigo 4.º do Guião definem-se metas digitais que se traduzem, no que à transformação digital das empresas respeita, no facto de, até 2030, pelo menos, 75% das empresas da UE adotarem serviços de computação móvel, megadados e inteligência artificial e «mais de 90% das pequenas e médias empresas (PME) atingirem, pelo menos, um nível básico de intensidade digital».

Os objetivos e os indicadores são medidos por via do denominado Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade (IDES)⁴. O IDES

² Nesta comunicação, assume-se como nível de ambição até 2030, para a transformação digital das empresas, «i) a utilização de serviços de computação em nuvem, megadados e inteligência artificial por 75% das empresas europeias; ii) mais de 90% das PME europeias com, pelo menos, um nível básico de intensidade digital; iii) a Europa aumentará a carteira das suas empresas inovadoras de crescimento acelerado e melhorará o acesso das mesmas ao financiamento, conduzindo a uma duplicação do número de unicórnios europeus». Cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX%3A52021DC0118>, último acesso a 1 de julho de 2023.

³ Cf. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11900-2021-INIT/pt/pdf>, último acesso a 1 de julho de 2023.

⁴ O Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade (IDES) é uma ferramenta essencial que permite à Comissão Europeia aferir, desde 2014, o progresso digital dos Estados-membros, através dos relatórios que, neste âmbito, tem elaborado. Atualmente, os relatórios produzidos por cada um dos Estados-membros estão alinhados com as metas estabelecidas pelas «Orientações para a Digitalização até 2023: a via europeia para a Década Digital», pelo «Guião para a década digital» e, bem assim, pela «Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital».

de 2022 conclui que se, por um lado, se verificou uma evolução na digitalização, ao nível global dos vários países da UE, por outro, subsistem lacunas na transformação digital das PME.⁵

De entre os 27 Estados-membros, Portugal ocupava, em 2022, a 15.º posição na classificação do IDES. Apesar de ter subido uma posição em relação ao ano anterior, do relatório apresentado resulta que os progressos relativos continuam inferiores aos dos países congéneres, sendo, por isso, imperativo evoluir neste domínio do digital.⁶

Cientes, de que a evolução tecnológica, a transição digital e a utilização das tecnologias e das suas valências acarretam desafios à ordem jurídica, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão proclamaram, a 15 de dezembro de 2022, a *Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital*⁷, que pretende, além do mais, «promover uma via europeia para a transformação digital, dando prioridade às pessoas, assente nos valores europeus e nos direitos fundamentais da UE, reafirmando os direitos humanos universais e beneficiando todos os cidadãos, as empresas e a sociedade no seu conjunto». Importa, a respeito da matéria objeto deste estudo, destacar que o Considerando 8 da Declaração afirma que o que postula

⁵ A respeito da adoção de tecnologias digitais pelas empresas, refere o relatório, entre outros dados, que «Large enterprises are more likely to adopt new technologies. For example, electronic information sharing through enterprise resource planning (ERP) software is much more common in large enterprises (81%) than in SMEs (37%). On social media, more than twice as many large enterprises (61%) make use of it if compared to SMEs (28%). SMEs exploit e-commerce opportunities only to a limited extent, with only 18% selling online (versus 38% of large enterprises) and only 9% selling cross border online (versus 24% of large enterprises). There are many other technological opportunities yet to be exploited by SMEs such as cloud services, AI and big data. The possibility of extracting information from data through advanced data analytics techniques will be essential for the competitiveness of the EU's economy». Cf. Digital Economy and Society Index (DESI) (2022), da Comissão Europeia, disponível aqui: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-economy-and-society-index-desi-2022>. Último acesso a 1 de julho de 2023.

⁶ Confirmar o relatório «Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade (IDES) de 2022. Portugal», disponível aqui: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-economy-and-society-index-desi-2022>. Último acesso a 1 de julho de 2023.

⁷ Na sequência da proposta apresentada pela Comissão a 26 de janeiro de 2022. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123(01)). Último acesso a 1 de julho de 2023.

deve, igualmente, nortear as empresas durante o processo de desenvolvimento e de implantação de novas tecnologias.⁸

Ainda a este propósito, cabe referir que o capítulo V, sob epígrafe «Segurança, proteção e capacitação», procura assegurar um ambiente digital protegido e seguro, protegendo os interesses das pessoas, singulares e coletivas, contra ameaças à cibersegurança e contra a cibercriminalidade.

Temos, pois, entre mãos, dois propósitos que, não sendo naturalmente antagónicos, podem ser conflituantes: (i) o da inovação tecnológica e o da digitalização, por um lado; e (ii) o do respeito pelos valores da UE (e de cada um países nacionais) que assentam no respeito pela dignidade humana, pela liberdade, pela democracia, pela igualdade, pelo Estado de Direito e pelo respeito pelos direitos humanos, por outro. É imperativo encontrar um equilíbrio entre os mencionados propósitos que permita evoluir no sentido certo, isto é, sem cercear as ações conducentes ao progresso tecnológico nem beliscar os princípios basilares que nos norteiam.

A gestão das sociedades impõe aos respetivos gestores constantes tomadas de decisão, que carecem de estudos, de conhecimentos técnicos, de tratamento de informação e de ponderação. É precisamente no periclitante caminho da formação da decisão que o gestor se depara com as tecnologias digitais e com a grande panóplia de funcionalidades por estas oferecidas. O paradigma que subjaz à decisão tem vindo a mudar, sobretudo nas grandes sociedades, destronando do pedestal a criação de valor económico para os sócios, a maximização dos lucros e a eficiência económica das sociedades como sendo os únicos fins da sociedade, e conduzindo a uma gestão cada vez mais global e preocupada com a responsabilidade social, com a preservação do ambiente, com políticas de igualdade, com o relacionamento com sócios, com trabalhadores e com a comunidade,

⁸ Refere o considerando 6 da «Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital» que «a presente Declaração deve também servir de ponto de referência para as empresas e outros intervenientes pertinentes na fase de desenvolvimento e implantação de novas tecnologias. Neste contexto, é importante promover a investigação e a inovação. Deve também ser dada especial atenção às PME e às empresas em fase de arranque».

num compromisso que visa garantir o presente sem, no entanto, hipotecar o futuro das gerações vindouras.

Os gestores não podem, naturalmente, na sua missão, descurar o fim lucrativo da sociedade, mas não é aceitável que o alcancem a todo o custo, sendo chamados, agora, no âmbito das suas opções de decisão, a considerar exigências de sustentabilidade e de neutralidade ambiental e social como um dos propósitos da sociedade. A gestão atual está, cada vez mais, centrada e alinhada com as metas da denominada ESG (*Environmental, Social and Governance*). Esta evidência implica a necessidade de os gestores modernos serem mais capazes, mais conhecedores e mais profissionalizados, não sendo suficiente conhecer, em termos técnicos, a área de atuação da sociedade. Significa isto que, atualmente, os deveres fiduciários dos gestores não se podem pautar apenas por critérios de racionalidade económica, com vista à condução de ganhos de curto prazo e aumento do lucro (objetivo e subjetivo) da sociedade, tendo igualmente de atender a soluções que permitam a criação de valor e de riqueza a longo prazo, em respeito pelos interesses dos sócios e, ainda, pelos interesses de outros *stakeholders*, diretos ou indiretos, na sociedade.

Nesta atuação, em constante evolução e mudança, não sobram dúvidas de que a transformação digital das sociedades consubstancia uma real mais-valia para o exercício das funções dos gestores e permite potenciar a concretização dos objetivos vindos de enunciar, facilitando ao gestor a tomada de decisão que, como vimos, deve conciliar diferentes interesses, que não sendo propriamente antagónicos, nem sempre convergem.

A utilização das tecnologias digitais nas sociedades ultrapassa grandemente a área da gestão, sendo indispensável na maior parte dos sectores. No entanto, não raras vezes, mesmo nos demais sectores, é ao gestor que cabe decidir pela integração da digitalização numa ou noutra área, pelo tipo de tecnologia a implementar, pela escolha das características da ferramenta a utilizar, que devem ser as mais adequadas à sociedade em concreto, pela concordância (ou pela discordância) das soluções apresentadas por sistemas de IA, entre um enorme manancial de outras possibilidades. É neste decidir e

nesta ponderação que o gestor deve intentar acautelar riscos, pese embora com dificuldades acrescidas, porquanto muitos deles não se podem antecipar, atendendo à novidade que revestem. Ainda assim, é possível, neste momento, destacar alguns destes riscos e avançar com algumas soluções que, a seu passo, veremos, radicam, para já, no regime geral vigente, embora se venha a demonstrar a necessidade de intervenção legislativa em matérias não suscetíveis de serem resolvidas com base as anteditas soluções.

2. Sistemas de Inteligência Artificial no apoio à decisão — principais preocupações jurídicas

Relegando para segundo plano as querelas conceptuais sobre a definição mais adequada e precisa do conceito de Inteligência Artificial (IA), pedimos emprestada a definição avançada pela OCDE, que afirma que: «an AI system is a machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments. AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy».⁹ Independentemente da definição em uso é, por todos, aceitável que os sistemas de IA assentam na premissa de que as máquinas podem comungar de características outrora privativas das pessoas físicas, sendo, por isso, capazes de aprender, de formular raciocínios e de decidir com base na lógica.

⁹ OCDE, (2019). Por sua vez, a Comissão Europeia, em 2018, afirmou que «o conceito de inteligência artificial (IA) aplica-se a sistemas que apresentam um comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e tomando medidas — com um determinado nível de autonomia — para atingir objetivos específicos». Cf. Comissão Europeia (2018). Mais recentemente, na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA), de 28 de setembro de 2022, pode ler-se, no considerando 1, que «a inteligência artificial (“IA”) é um conjunto de tecnologias facilitadoras que pode contribuir para uma vasta gama de benefícios em todo o espectro da economia e da sociedade. Tem grandes potencialidades de progresso tecnológico e permite novos modelos de negócio em muitos setores da economia digital». Cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&from=EN>. Últimas consultas a 1 de julho de 2023. Importa determinar corretamente o conceito de IA para uma correta definição do respetivo quadro jurídico.

Os sistemas de IA disponíveis no mercado traduzem-se numa enorme mais-valia para os gestores, já que permitem que a tomada de determinadas decisões seja mais célere, mais fiável e mais objetiva. Atualmente, é possível autonomizar três tipos de IA: (i) Artificial Narrow Intelligence (ANI); (ii) Artificial General Intelligence (AGI); e (iii) Artificial Superintelligence.¹⁰

Os sistemas de ANI, que funcionam segundo a tecnologia de *machine learning*, aprendem com a experiência que vão acumulando a cada interação. Suscetíveis de armazenar enormes quantidades de informação e de dados, dão resposta rápida e objetiva a determinados problemas. Representam alguns perigos para a tomada de decisão, porquanto são incapazes de ter em consideração quaisquer valores subjetivos nas soluções que apresentam e decidem com base na informação que lhes é fornecida e que pode não ser adequada ou correta. Por ser assim, caberá sempre ao gestor ponderar a solução apresentada pelos sistemas de ANI com os conhecimentos específicos que detém sobre a sociedade que gere.¹¹ Estará fora de questão a utilização cega destes instrumentos, sob pena de a decisão adotada não ser coerente, racional ou lógica. Escudar-se atrás da objetividade e da eficiência de um sistema de IA não será, por certo, manto suficiente para cobrir o gestor de absolvição por eventuais danos causados à sociedade.

Diferentemente, os sistemas de AGI serão autónomos e capazes de, *per si*, tomarem decisões que não tenham sido previamente determinadas ou calculadas com base em informação prévia. Neste momento, os sistemas de AGI ainda não se encontram acessíveis, mas é expectável que, a curto prazo, venhamos a assistir à sua implementação em todos os sectores.¹² Esta realidade tratará inúmeros problemas jurídicos, sobretudo respeitantes à responsabilidade pela autoria e pela prática de atos suscetíveis de lesar terceiros.

¹⁰ Sobre o impacto da IA no direito das sociedades, *vide* Valverde Rodríguez (2022).

¹¹ Para mais desenvolvimentos sobre a aplicação dos sistemas ANI aos diferentes sectores, *cf.* Chuquicuma (2018), pp. 240–244; Stanley (2005), pp. 653–668.

¹² Sobre esta matéria, *cf.* Jiang (2022).

Maiores desafios (jurídicos e de outras naturezas) serão certamente desenhados aquando da introdução dos denominados sistemas de ASI, que, além do mais, conseguirão analisar, interpretar e expressar emoções e valores próprios das pessoas físicas. Em causa não estão, agora, apenas questões jurídicas, mas valores inerentes à própria dignidade humana e aos códigos genéticos, moral e legal, que nos norteiam enquanto sociedade e comunidade.

De forma sumária, podemos antever, com base no descrito, a utilização de sistemas de IA como meio de apoio à gestão e à decisão, em diversas modalidades: (i) consultoria robótica ou artificial; (ii) gestão híbrida ou mista, com delegação de competências em sistemas de IA; (iii) atribuição da gestão a sistemas de IA (cibergestor).

A consultoria robótica ou artificial, para os efeitos aqui pretendidos, é entendida como forma de apoiar as decisões dos gestores, considerando a reconhecida mais-valia dos sistemas de IA na análise e no tratamento de dados. As decisões tomadas com recurso a estes sistemas serão, por certo, mais rápidas, mais objetivas e mais informadas. Hodiernamente, uma boa gestão de qualquer sociedade implica o uso de sistemas de IA adequados à sociedade em causa e utilizados em conformidade com as boas práticas. A consultoria robótica ou artificial tornou-se, pois, um lugar-comum, em matéria de gestão.

As decisões tomadas com recurso a estes sistemas serão, como mencionado, mais rápidas, mais objetivas e mais informadas. Porém, não podemos descurar que, por vezes, são erradas e, nessa conformidade, suscetíveis de causar prejuízos à sociedade. É neste contexto que cumpre questionar que papel cabe ao gestor e que responsabilidade lhe vai dirigida.

Como é sabido, o gestor, no cumprimento da sua missão, está imbuído dos denominados «poderes-função» que, em jeito de delegação de competências, lhe conferem as faculdades necessárias para almejar concretizar os interesses sociais, que, como aludido, vão além do mero interesse dos sócios. São, naturalmente, poderes limitados, cabendo à lei e ao contrato definir tais limites. A este propósito, o número 1.º do artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC) impõe aos gestores a observância, por um lado, na alínea *a*),

de «deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados à suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado»; e, por outro, na alínea *b*), de «deveres de lealdade, 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.»¹³

Ora, a não-observância, por parte do gestor, destes deveres avoca o regime da responsabilidade civil dos gestores, em particular destes para com a sociedade, legalmente consagrado no artigo 72.º do CSC. Com efeito, estabelece o n.º 1 do mesmo preceito que «os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa.». Esta norma de conduta encontra-se desenhada sob a égide dos requisitos inerentes à culpa, à ilicitude, à existência de danos e de nexo de causalidade para apurar uma eventual responsabilidade civil. Note-se que o regime assenta numa presunção de culpa, ilidível, mediante prova em contrário, nos termos do n.º 2 do artigo 350.º do Código Civil. Assim, caberá aos gestores comprovar que, na sua conduta, empregaram a diligência de um gestor criterioso e ordenado. É notória a função preventiva que o normativo encerra, a que acresce uma função reparadora que se concretiza com a obrigação de indemnizar a sociedade pelos danos causados decorrente da violação dos deveres legais.

Aplicar o regime de responsabilidade civil, consagrado no CSC, aos danos provocados pelos sistemas de IA, implica afirmar que o gestor incumpriu, algures no caminho, os deveres (legais) que lhe estão adstritos e que, com essa atuação, provocou danos à sociedade.

¹³ Para uma análise aprofundada sobre esta matéria, que não é objeto deste estudo, confirmar, além do mais, Abreu (2010), p. 15; Frada (2006), p. 121; Vasconcelos (2009), pp. 160–161; Antunes (2010), pp. 323–324; Costa (2011), p. 163.

Em nossa opinião, é precisamente o que sucede quando o gestor, ainda que por desconhecimento ou por incúria (i) faz uso de sistemas de IA não adequados à realidade da sociedade que gere; (ii) faz mau uso dos sistemas de IA, nomeadamente acolhendo na íntegra as soluções que estes apresentam, não as equilibrando com os conhecimentos subjetivos, técnicos e específicos que detém e que não são suscetíveis de serem apreendidos pelo sistema; (iii) não adquire sistemas de IA fiáveis ou desconhece a sua origem; e (iv) não adota as necessárias medidas de cibersegurança.

Cabe salientar que, no «iter decisional»¹⁴, o gestor deve considerar todos os conhecimentos que colheu e formular a decisão que, pese embora possa não se revelar, no fim do processo, a melhor, terá de ser aquela que, no momento e ante as informações disponíveis e o contexto em que atua, é a mais adequada. Há que recordar que o n.º 2 do artigo 72.º do CSC circunscreve, no âmbito da denominada *business judgement rule* (BJS)¹⁵, que a «responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial», ou seja, determina-se a exclusão de responsabilidade em função de uma atuação informada, em prol do interesse social e pautada por critérios de racionalidade empresarial. A concretização da «racionalidade empresarial» tem suscitado diversas discussões jurídicas. Cremos que esta matéria não vem tranquilizar a materialização do conceito — que Coutinho de Abreu¹⁶ denomina por «elemento normativo verdadeiramente perturbador» —, mas sim dificultá-la.

Por sua vez, a gestão híbrida, partilhada entre humanos e algoritmos, pese embora se tenha vindo a acercar com maior lentidão, já é uma realidade que se verifica em alguns países.¹⁷ Neste particular,

¹⁴ Como muito apropriadamente designa José Ferreira Gomes. Cf. Gomes (2015), p. 81.

¹⁵ Para mais desenvolvimentos, cf., entre outros, Carneiro da Frada (2007); Dinis (2016); Ferreira Gomes (2017).

¹⁶ Cf. Coutinho de Abreu (2012), p. 140.

¹⁷ Exemplos desta realidade são os conhecidos casos VITAL, Alicia T e ChatGPT. Cf., entre outros, Ramos (2022), p. 235.

as questões jurídicas que se vislumbram ultrapassam as questões da responsabilidade civil, esbarrando, *ab initio*, em questões endêmicas que se relacionam, por exemplo, com a imperatividade legal de a gestão caber a pessoas físicas, tendo de ser exercida por estas em nome próprio, como sucede no regime jurídico português.¹⁸ Acresce que — pensamos — não está, ainda, nos pontos de maturação social, jurídica ou de gestão que permitam acolher esta solução de comunhão, entre humanos e algoritmos, na tomada de decisões das sociedades, de forma generalizada, considerando que se colocariam vastas incertezas. Sumariamente, elencamos as seguintes questões: (i) Como determinar a culpa da prática do ato, quando o autor é um algoritmo?; (ii) Seria admissível recorrer ao regime da responsabilidade pelo risco?; (iii) Quem teria competência para compreender o alcance das decisões do algoritmo e para as executar?; (iv) Quem seria responsável, ante a execução de uma má, ou até ilegal, decisão do algoritmo?; (v) Quem seria responsável, ante a não-execução de uma boa decisão do algoritmo?; (vi) O princípio da livre destituibilidade, ainda, teria lugar?; (vii) A cargo de quem ficaria a eventual contratação de um seguro de responsabilidade civil?; (viii) Poderia o algoritmo pleitear em representação da sociedade (ou contra ela)?

A seu tempo, estas questões serão respondidas e outras formuladas, neste contexto de parceria entre humanos e algoritmos, em prol da boa gestão societária. O progresso seguirá o seu rumo, e esta gestão híbrida será o embrião para a existência de cibergestores únicos.¹⁹ Este terceiro grau de implementação de sistemas de IA na gestão é ainda mais complexo e indeterminado na sua aplicação. Seguimos com a dificuldade jurídica de, no nosso ordenamento, a gestão ter

¹⁸ A este propósito, vejam-se os dizeres dos artigos 252.º, n.º 1, e 390.º, n.ºs 3 e 4, do CSC.

¹⁹ A colegialidade visa a discussão, o debate e a ponderação de ideias e de soluções. No caso de estarmos perante algoritmos, a *ratio* subjacente à colegialidade perde-se. Por isso, vê-se pouco sentido na composição de órgãos colegiais de administração compostos exclusivamente por cibergestores da mesma natureza, isto é, contendo o mesmo nível de informação. Já assim não será se cada um dos cibergestores estiver munido de informações distintas. A sua capacidade de aprender (de se concretizar no futuro) pode conduzir a ideias distintas e autónomas e justificar a colegialidade.

de ser exercida por pessoas físicas, mas as dúvidas que surgem, nesta hipótese, perpassam a natureza jurídica e tocam questões de ética e de dignidade humana, como deixamos antever. Não podemos olvidar que a bondade do progresso e da evolução tecnológica não pode (nem deve, sob pena de extinção do criador) recriar, na perfeição, o ser humano e, por isso, as decisões dos cibergestores, mesmo em sistemas altamente avançados de ASI, nunca serão mais do que assentes em tecnologia mesmo disfarçada de humanidade.

Resulta, pois, do exposto, que a novidade desta matéria não obsta a que a mesma se subsuma em normativos jurídicos existentes, sendo, no entanto, desejável a definição de um quadro normativo adequado e direcionado à matéria em causa e capaz harmonizar, nos vários Estados-membros, as soluções a adotar. Foi precisamente com este intuito que surgiu a Proposta de Diretiva Responsabilidade da IA, em matéria de responsabilidade civil para a IA.²⁰ Aliás, a *ratio legis* subjacente à proposta vai justamente ao encontro do referido, ao afirmar que «as atuais regras nacionais de responsabilidade, em especial em matéria de responsabilidade culposa, não se adequam ao tratamento de ações de indemnização por danos causados por produtos e serviços assentes em IA».²¹ Na proposta não se avança para a adoção de um regime jurídico de responsabilidade baseada no risco, mantendo-se,

²⁰ O Parlamento Europeu adotou uma resolução de iniciativa legislativa [Resolução 2020/2014 (INL)], conforme permitido no artigo 225.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE), nos termos da qual vem requerer à Comissão que adote uma proposta de regime de responsabilidade civil para a IA, em conformidade com o disposto no artigo 114.º do TFUE.

²¹ Mais, afirma a Proposta, que «por força dessas regras, é necessário que as vítimas provem uma ação ou omissão ilícita por parte de uma pessoa que tenha causado o dano. As características específicas da IA, incluindo a complexidade, a autonomia e a opacidade (o denominado efeito de “caixa negra”), podem dificultar ou tornar proibitivamente oneroso para as vítimas a identificação da pessoa responsável e a prova dos requisitos necessários a uma ação de indemnização bem-sucedida. Em especial, ao intentarem uma ação de indemnização, as vítimas podem incorrer em custos iniciais muito elevados e depararem-se com processos judiciais significativamente mais longos, em comparação com casos que não envolvem a IA.» Cf. Comissão Europeia (2022), Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&from=EN>. Último acesso a 1 de julho de 2023.

como bitola, a existência de culpa.²² Porém, revestindo natureza de instrumento de harmonização mínima, caberá aos legisladores, se assim o entenderem, prever um regime de responsabilidade pelo risco.

Em face do exposto, concluímos pela necessidade de um quadro jurídico próprio que dite as regras a aplicar à utilização de sistemas de IA e à responsabilidade daí decorrente e que venha harmonizar, entre os Estados-membros, as soluções aplicáveis. Enquanto tal não sucede, cabe ao intérprete fazer uso do regime vigente e adaptá-lo à nova realidade, como sucede, aliás, em muitas outras situações do quotidiano.

3. Riscos Cibernéticos — tipologia das ameaças e recomendações de segurança

No ano de 2022, em contexto de pós-pandemia e de guerra (da Ucrânia), verificou-se, nos cenários internacional e nacional, um aumento significativo da cibercriminalidade, em geral, e, bem assim, da prática de crimes tipificados na Lei do Cibercrime.²³

De acordo com o relatório «Cibersegurança em Portugal», publicado em junho de 2023, «as ciberameaças a afetar o ciberespaço de interesse nacional em 2022 de modo mais relevante foram o *ransomware*²⁴, a cibernsabotagem/indisponibilidade, o *phishing*, o *smishing* e o *vishing*²⁵, a burla *online*, outras formas de engenharia social²⁶ e o comprometimento de contas/tentativa de *login*»²⁷.

²² Sobre «o modelo do Parlamento Europeu», vide Barbosa (2023), p. 349.

²³ Colhem a qualificação de cibercrime os «factos correspondentes a crimes previstos na Lei do Cibercrime e ainda a outros ilícitos penais praticados com recurso a meios tecnológicos, nos quais estes meios sejam essenciais à prática do crime em causa.» Cf. Centro Nacional de Cibersegurança, (2019), p. 7.

²⁴ O *ransomware* é um tipo de *malware*, isto é, um programa que, de forma encapotada, se instala num determinado sistema com o intuito de o corromper, pondo em causa a sua confidencialidade e a sua integridade. No caso em concreto do *ransomware*, os ficheiros passam para a posse do atacante que não permite o respetivo acesso à vítima sem que, antes, esta lhe pague o resgate exigido, em criptomoeda. Para mais pormenores sobre o *ransomware*, consultar, entre outros, ENISA (2020).

²⁵ A Europol define, de forma muito simples, sintética e gráfica, os conceitos de *phishing*, de *smishing* e de *vishing*. *Phishing* é o mecanismo pelo qual o atacante envia mensagens (SMS ou correio eletrónico) à vítima, elaboradas com base em técnicas de engenharia social, com

Considerando que os atacantes²⁸ pretendem exponenciar ao máximo o impacto social dos ataques consumados, escolhem como vítimas, preferencialmente, instituições de elevada visibilidade. Desta forma, perpassam para o cidadão comum a existência de preocupantes e nefastas ameaças no ciberespaço e compelem as instituições visadas a ceder às exigências (por norma, de natureza monetária), que apresentam como moeda de troca para a reposição da situação no estado em que se encontrava antes do ciberataque.

Ao longo do ano de 2022, assistimos, no espaço luso, a nove ataques no ciberespaço que podem ser qualificados de impacto elevado: (i) ataque disruptivo ao grupo Impresa, em janeiro; (ii) ataque disruptivo à Vodafone, em fevereiro; (iii) *ransomware* ao Laboratório Germano de Sousa, em fevereiro; (iv) *ransomware* à Sonae MC; (v) *ransomware* ao Hospital Garcia de Orta; (vi) *ransomware* à Eletricidade

o objetivo de a induzir a abrir anexos ou *links* maliciosos, fazendo-os revelar informação confidencial, normalmente credenciais de acesso e informações financeiras. *Smishing* resulta da combinação das palavras SMS e *phishing* e traduz-se na tentativa de os atacantes obterem dados pessoais, financeiros ou de segurança, diretamente por parte da vítima, por via de mensagem de texto. Por sua vez, o *vishing* que combina na sua nomenclatura as palavras «voz» e *phishing* é definido pela técnica de o atacante enganar a vítima através de um telefonema. Cf. Europol (2021).

²⁶ Podemos definir engenharia social como «o ato de enganar um indivíduo no sentido de este revelar informação sensível, assim obtendo-se acesso não autorizado ou cometendo fraude, com base numa associação com este indivíduo de modo a ganhar a sua confiança». Grassi, P. (2017), p. 54.

²⁷ Centro Nacional de Cibersegurança (2021).

²⁸ Podemos identificar atacantes distintos e com diferentes motivações. Qualifica-se como «cibercriminioso» aquele que atua sob motivações essencialmente económicas. Por sua vez, é considerado *hacktivista* aquele que, por via da prática de crimes cibernéticos, pretende afirmar os seus valores protestando contra determinadas decisões política ou geopolíticas, de carácter nacional ou internacional. Dentro das próprias organizações, os respetivos colaboradores e ex-colaboradores são potencialmente uma ameaça, denominada *insider* (ameaça interna), podendo abusar, voluntaria ou involuntariamente, dos acessos aos ativos digitais da organização que tenham (ou tenham tido). Consoante o façam com intenção ou com negligência (não respeitando as regras de cibersegurança que lhe são impostas), são qualificados de «*insider* malicioso» ou «*insider* negligente». Nesta categoria, identifica-se, ainda, o denominado «*insider* comprometido», isto é, aquele que age involuntariamente, sendo instrumentalizado pelo atacante real, sem ter qualquer conhecimento dos atos que está a praticar.

dos Açores, em maio; (vii) aumento significativo de casos *malware* EMOTET, em julho; (viii) *ransomware* à TAP, em agosto; (ix) intrusão à Segurança Social, em novembro.²⁹

Estes ataques, além dos constrangimentos aos clientes e aos utilizadores, provocaram um enorme alarido social e uma sensação de insegurança, desde logo porque, em alguns casos, comprometeram contas de correio eletrónico e expuseram dados pessoais e informações de diversas naturezas como, por exemplo, a bancária. Paralelamente, verificou-se, igualmente em 2022, um aumento de outras ciberameaças, como sejam as relacionadas com os seguintes atos: *phishing*, *smishing*, *vishing*, burla *online*, comprometimento de contas, tentativa de *login*, distribuição de *malware* e ciberespionagem. Os atacantes aproveitaram o contexto favorável para praticar as suas ações e beneficiaram largamente da evidente falta de literacia digital, uma vez que a evolução tecnológica corre a uma velocidade bastante superior à da formação e da aprendizagem.

Num recente estudo, a Marsh Portugal apurou que «quando inquiridas relativamente aos riscos mais esperados para o ano de 2023 a nível nacional, as empresas que colaboraram no estudo colocam o risco de “ataques cibernéticos” em primeiro lugar, com 46%».³⁰ Do mesmo relatório «Cibersegurança em Portugal», resulta também, por um lado, que o sector da banca é um dos mais afetados por atos de ciberataque, em particular através de técnicas de *phishing* aos clientes; e, por outro, que se registou um relevante número de ocorrências relacionadas com cibercrime em empresas de telecomunicações,

²⁹ Tal como decorre do «Relatório Cibersegurança em Portugal — Riscos & Conflitos», «ao longo de 2022, ocorreram diversos ciberataques de grande impacto social e nas infraestruturas e serviços em Portugal. Poderá ter sido dos anos com o maior número de incidentes com este nível de efeito, desde que há registos, resultando numa visibilidade muito grande do tema na opinião publicada», Centro Nacional de Cibersegurança (2021), p. 7. Do mesmo relatório, consta, ainda, que «consideram-se como ataques no ciberespaço com impacto elevado os incidentes com efeitos relevantes nos serviços e infraestruturas e/ou com visibilidade social, cuja investigação já tenha revelado conclusões suficientes para serem descritos», p. 7, nota de rodapé 4.

³⁰ Cf. Marsh (2023).

prestadoras de serviços de Internet e infraestruturas digitais³¹, serviços essenciais em qualquer sociedade. Estes dados permitem concluir que, além das grandes empresas, são alvo de ciberataques, de forma direta ou indireta, os cidadãos em geral e as pequenas e médias empresas.

Ante a consciencialização do aumento dos riscos cibernéticos, tanto em número como em sofisticação, e a profissionalização do cibercrime, há que, sendo possível, tomar medidas preventivas, de forma a evitar estes incidentes ou, na impossibilidade de os evitar, diminuir os respetivos impactos.

É precisamente neste momento que deve entrar em ação a diligência e o cuidado do gestor que, ao abrigo dos deveres que tem de perseguir, não pode descurar em matéria de cibersegurança, aumentando, direta ou indiretamente, o seu conhecimento nesta área, tomando constantemente medidas preventivas e investindo continuamente em instrumentos de proteção. No fundo, caberá ao gestor, neste particular, garantir a cibersegurança da sociedade que gere, ou seja, adotar o «conjunto de medidas e ações de prevenção, monitorização, deteção, reação, análise e correção que visam manter o estado de segurança desejado e garantir a confidencialidade, integridade, disponibilidade e não repúdio da informação, das redes e sistemas de informação no ciberespaço, e das pessoas que nele interagem»³², numa esfera, como melhor se analisará infra, de concretização do dever de diligência natural.

Dos estudos que, sobre a matéria, têm sido publicados, advêm claras preocupações para o futuro, considerando que é verdadeiramente expectável que, a curto prazo, a incidência de ataques cibernéticos aumente e a todos possa afetar. Na verdade, presentemente, a execução de grande parte das tarefas, tanto de natureza pessoal como de natureza profissional, depende da utilização de aplicações informáticas, fazendo de cada um de nós um peão digital do atual mundo moderno.

³¹ Cf. Centro Nacional de Cibersegurança (2021), p. 11.

³² Cf. Centro Nacional de Cibersegurança (2019), p. 7.

Do exposto, depreende-se facilmente que estamos perante desafios de segurança cada vez mais complexos e abrangentes que, para um combate eficaz e célere, reclamam competências particulares, conhecimentos específicos e capacidades tecnológicas atualizadas e adequadas. Sabendo que é assim, devem os gestores munir-se de informação e rodear-se de peritos especializados para adotarem atempadamente medidas adequadas, para evitar os potenciais ataques cibernéticos ou minimizar as suas consequências, caso venham a ocorrer.

Em jeito de apoio à decisão, devem os gestores ser conhecedores de todas as recomendações que, a este propósito, vêm sendo publicadas, uma vez que surgem na sequência de estudos que indicam a probabilidade de cada uma das ameaças (a que cada recomendação se dirige) vir a ocorrer num futuro próximo. Estas recomendações devem ser acolhidas e implementadas, devendo ser promovida uma adequada e conforme atuação individual, por parte de cada colaborador, e uma atuação organizacional com medidas preventivas e reativas mais robustas.

De entre as principais recomendações, somos a destacar as que se seguem:

Centradas na ameaça de *ransomware*, que, como era expectável, tem aumentado ao longo do ano de 2023, indiciando que tem tendência para continuar a aumentar, recomenda-se, por parte de cada colaborador, uma atuação individual cuidadosa que permita acautelar potenciais ações de *phishing*, salvaguardar cópias de segurança sobre toda a informação relevante em sistemas não ligados à rede, diligenciar no sentido de ter sempre os antivírus atualizados e não navegar em *sites* de segurança duvidosa ou não garantida. A consciência da necessidade de adotar os preditos comportamentos deve ser veiculada e imposta pela própria organização. Assim, no seio das sociedades comerciais, o nosso principal foco de estudo, devem os gestores adotar medidas que garantam que os respetivos colaboradores conhecem o significado, o alcance e as eventuais consequências dos principais ciberataques, bem como perceber que tipo de atuações, preventiva e reativa, devem seguir. Paralelamente, com a

formação a ministrar aos colaboradores, devem os gestores garantir a atualização das plataformas, dos sistemas e, principalmente, dos antivírus; adotar medidas que permitam salvaguardar cópias de segurança em localização secundária e fora da rede, para evitar uma perda de informação e, bem assim, a possibilidade de alteração de informação para ser distribuída em jeito de desinformação; acautelar a segmentação das redes e definir políticas de cibersegurança, monitorizando o seu cumprimento.

Se movermos o foco da ameaça para a arte do *phishing*, do *smishing* e do *vishing*, as cautelas centram-se em não clicar em *links* ou anexos recebidos via correio eletrónico ou SMS, suspeitos ou de origem desconhecida, e em nunca partilhar dados pessoais ou outros dados sensíveis. O sucesso destas medidas depende, novamente, da formação, da consciencialização e da sensibilização do gestor e dos colaboradores, da configuração adequada de contas de correio eletrónico e, sobretudo, da monitorização das medidas de segurança determinadas pelos órgãos de gestão. Ao gestor caberá, por certo, um dever adicional que se traduzirá na obrigação de garantir que as boas práticas sejam conhecidas por todos os colaboradores e, sobretudo, respeitadas e efetivadas.

Também têm aumentado os casos de burla *online* a pessoas coletivas, conduzindo os respetivos colaboradores, muitas vezes através de técnicas de engenharia social, a efetuar transferências e a realizar pagamentos indevidos. A sensibilização dos colaboradores é novamente chamada à colação como principal meio preventivo, considerando que, neste particular, a materialização e a concretização do crime depende da ação do colaborador. Apenas devem ser utilizados *websites* HTTPS e deve ser promovida a utilização de carteiras virtuais e de cartões temporários para pagamentos *online*, já que pode minimizar o acesso indevido a informação financeira e/ou bancária. Importa reiterar que todas as medidas a implementar devem ser constantemente monitorizadas e atualizadas em face de inovações tecnológicas disponíveis e das sofisticações dos ataques conhecidas.

Por sua vez, para evitar o comprometimento de conta devem ser implementadas medidas que obriguem à utilização de palavras-passe

fortes (com requisitos mínimos de dimensão e de complexidade) e à aplicação do múltiplo fator de autenticação. O uso de um gestor de palavras-passe é uma solução eficaz, já que permite criar palavras-passe fortes, geradas automática e aleatoriamente, para as diferentes utilizações, permitindo inclusivamente sugerir a sua alteração de forma periódica. De entre outras medidas preventivas, é mister monitorizar e bloquear de imediato quaisquer ataques de força-bruta.³³

As medidas e as recomendações de segurança acima descritas devem consubstanciar prioridades absolutas nas políticas de gestão de uma sociedade.

Em suma, em termos genéricos, independentemente do tipo de ameaça, a atuação do gestor será a primeira medida no combate à cibercriminalidade. Esta atuação tem de obedecer ao cumprimento dos deveres gerais legais a que estão sujeitos. Salienta-se que a concretização do dever de cuidado impõe aos gestores, nesta matéria, um dever de diligência natural que envolve a adoção de boas práticas de cibersegurança, por forma a reduzir o risco cibernético. De entre estas boas práticas, reiteramos, é de destacar a instalação e a atualização permanente de um antivírus que proteja os dispositivos informáticos ligados a rede de Internet de ataques externos. Assume igualmente relevo a formação em cibersegurança, a contratação ou a retenção de profissionais especializados em cibersegurança e a adoção de comportamentos preventivos das ciberameaças, tais como não aceder a *websites* que não forneçam ligações seguras e a *links* ou a anexos de mensagens suspeitas e não realizar transferências de *software* ou de aplicações potencialmente maliciosas.

Em nosso entendimento, o cumprimento das práticas referidas consubstanciam uma parte integrante (e natural) do dever de diligência do gestor enquanto concretização do dever de cuidado. Com efeito, o âmbito do dever de cuidado e o dos subdeveres que integra têm de acompanhar a evolução social e também a evolução

³³ São considerados ataques de força-bruta as diversas tentativas, através do método «tentativa-erro», por parte do atacante, de descobrir palavras-passe ou chave que permitam decifrar ou cifrar mensagens.

tecnológica. A não observância, por parte do gestor, destas medidas preventivas implica uma incúria que poderá desembocar na aplicação do já mencionado regime da responsabilidade civil dos gestores.

Aproveitamos o ensejo para voltar ao dito a propósito da BJS. Neste particular, vemos com especial dificuldade a possibilidade de qualificar como razoável, do ponto de vista empresarial, a decisão do gestor de não implementar políticas de cibersegurança adequadas à sociedade que gere ou de ignorar as boas práticas que se publicam nesta matéria. Significa isto que a cláusula de exclusão de responsabilidade poderá ser de difícil aplicação ante situações em que o gestor não teria outra opção do que optar por uma solução tecnicamente adequada. Diferentemente sucede quando o gestor elege, entre várias possibilidades, a adoção de determinadas políticas de cibersegurança em prol de outras. Na verdade, pode o gestor ver-se confrontado com soluções mais e menos dispendiosas e caber-lhe-á, na concretização das suas funções, confrontar os potenciais ganhos da solução a adotar com os recursos financeiros de que dispõe para o efeito. Neste caso, justifica-se a discricionariedade que, por norma, deve pautar a decisão do gestor, permitindo-lhe tomar decisões que se revelam, no futuro, más, sem que, no entanto, venha a ser responsabilizado.

4. Conclusão

Com o presente estudo, intentámos demonstrar que a digitalização das sociedades e a constante evolução tecnológica a que o mundo moderno tem assistido têm repercussões no entendimento jurídico da atuação dos gestores e, bem assim, nas soluções que devem ser aplicadas.

Verificamos que os sistemas de IA são, e tornar-se-ão ainda mais, ferramentas indispensáveis no apoio à decisão. Os gestores que deles não façam uso não serão capazes de acompanhar esta nova era. Para tanto, os gestores devem compreender, na íntegra, em termos técnicos, conceptuais e jurídicos, o modo de funcionamento destes sistemas. A responsabilidade que sobre eles recai, enquanto mandatários na missão de gerir a sociedade, não pode ser transferida para sistemas de IA, não dotados de personalidade jurídica ou de outras características que lhes permitam assumir esta responsabilidade. Caberá,

por certo, ao gestor assumir a responsabilidade pelos prejuízos causados pelas suas decisões, mesmo que as mesmas decorram, direta ou indiretamente, de análises decorrentes de sistemas de IA.

Por outro lado, este novo mundo cibernético constitui uma perigosa janela de vulnerabilidades. A imperfeição humana e a putativa afinação tecnológica determinam a criação de múltiplos canais de acesso que potenciam riscos de segurança por força da exposição a ataques cibernéticos, em que o *phishing*, o *smishing*, o *vishing*, o *spoofing*, o *ransomware*, entre outros *malware*, vão além da literacia digital e transmutam-se em armas de intrusão e extorsão, exploradoras de vulnerabilidades, com prejuízo para as sociedades comerciais, para as instituições públicas e, inclusivamente, para a segurança nacional. Caberá ao gestor, em concretização do dever legal de diligência (natural) que lhe é imposto, garantir a implementação de boas práticas, capazes de prevenir as ciberameaças mais comuns, sob pena de incorrer num comportamento ilícito, culposo e suscetível de lhe imputar responsabilidade.

Certo é que a diligência de um gestor criterioso assume, neste contexto, uma aceção mais ampla, que obriga o gestor a saber mais do que princípios de mera gestão e a adotar uma conduta especialmente diligente e atenta, em todas as dimensões. O gestor dos tempos modernos não pode corresponder, *mutatis mutandis*, ao gestor caricaturado nos *Tempos Modernos* (1936), de Charlie Chaplin.

Referências bibliográficas

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (2012). *Responsabilidade Civil dos Administradores Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra, Almedina.
- (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*. IDET/Cadernos, n.º 5, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina.
- ANTUNES, Engrácia (2010). *Direito das Sociedades. Parte Geral*. Porto, Ed. do autor.
- BARBOSA, Mafalda Miranda (2023). Ainda o futuro da responsabilidade civil pelos danos causados por sistemas de IA. *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 5. Disponível em <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2023/ainda-o-futuro-da-responsabilidade-civil-pelos-danos-causados-por-sistemas-de-ia-mafalda-miranda-barbosa/>.
- CHUQUICUSMA, Maria *et al.* (2018). *How to fool radiologists with generative adversarial networks? A visual turing test for lung cancer diagnosis*. Kolkata: IEEE International Symposium on Biomedical Imaging.

- COMISSÃO EUROPEIA (2022a). *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial* (Diretiva Responsabilidade da IA). Disponível em eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&from=EN.
- (2022b), *Digital Economy and Society Index (DESI) 2022*. Disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-economy-and-society-index-desi-2022>.
- (2021). *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Orientações para a Digitalização até 2030: a via europeia para a Década Digital*, COM/2021/118 final. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX%3A52021DC0118>.
- (2020). *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões «Construir o futuro digital da Europa»*, COM(2020) 67 final. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0067>.
- (2018). *Comunicação da Comissão sobre «Inteligência Artificial para a Europa»*, (COM8018), 237, final. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52018DC0237>.
- CENTRO NACIONAL DE CIBERSEGURANÇA. (2021). *Relatório Cibersegurança em Portugal, Riscos & Conflitos*, 4.ª Edição. Disponível em: rel-riscosconflitos2023-obcibercncs.pdf.
- (2019). *A Estratégia Nacional de Segurança do Ciberespaço 2019–2023*. Disponível em cncs-ensc-2019-2023.pdf.
- COSTA, Ricardo (2011). *Deveres gerais dos administradores e «gestor criterioso e ordenado»*. I Congresso Direito das Sociedades em Revista. Coimbra, Almedina.
- DINIS, Marisa Catarina da Conceição (2016). Directors' Duties, Civil Liability, and the Business Judgement Rule under the Portuguese Legal Framework. World Academy of Science, Engineering and Technology. *International Journal of Social, Behavioral, Educational, Economic, Business and Industrial Engineering*, Vol. X, No 5.
- ENISA (2020). *ENISA Threat Landscape 2020, Ransomware*. Disponível em <https://www.enisa.europa.eu/publications/ransomware>.
- EUROPOL (2021). *EU SOCTA 2021, Serious and Organized Crime, Threat Assessment*. Disponível https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/socata2021_1.pdf
- FRADA, Manuel A. Carneiro da (2007). *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Vol. I.
- (2006). *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do caso*. Coimbra, Almedina.
- GOMES, José Ferreira (2017). O sentido dos «deveres de cuidado» (art.º 64.º do CSC). *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 76.
- (2015). A discricionariedade empresarial, a *business judgment rule* e a celebração de contratos de swap. (*Business discretion, business judgment rule and swap contracts*). *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários: Ensaios de homenagem a Amadeu Ferreira*. Vol. II, CMVM.
- GRASSI, P. et al. (2017). *Digital Identity Guidelines, Special Publication (NIST SP). National Institute of Standards and Technology*, Gaithersburg, MD, p. 54, disponível em <https://doi.org/10.6028/NIST.SP.800-63-3>.
- JIANG, Yuchen et al. (2022). *Quo vadis artificial intelligence? Discover Artificial Intelligence*, Vol. 2, 4.

- MARSH (2023). *A Visão das Empresas Portuguesas sobre os Riscos 2023*. Disponível em https://info.marsh.com/a_visao_das_empresas_portuguesas_sobre_os_riscos_2023.
- OCDE (2019). *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. disponível em <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.
- PARLAMENTO EUROPEU E COMISSÃO EUROPEIA (2023). *Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital*. Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123(01)).
- RAMOS, Maria Elisabete (2022). Corptech e desafios aos deveres de cuidado dos administradores. *Inteligência Artificial e Robótica — Desafios para o Direito do Século XXI*, sob Coordenação de Eva da Silva e Pedro Freitas. Coimbra: GESTLEGAL.
- STANLEY, Kenneth *et al.* (2005). Real-time neuroevolution in the NERO video game. *IEEE Transactions on Evolutionary Computation (Special Issue on Evolutionary Computation and Games)*. Vol. IX, N.º 6. Disponível em <https://nn.cs.utexas.edu/downloads/papers/stanley.ieeetec05.pdf>.
- VALVERDE RODRÍGUEZ, Blanca (2022). *El impacto de la inteligencia artificial en el derecho de sociedades*. Disponível em <http://hdl.handle.net/20.500.12412/3293>.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de (2009). Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais. *Direito das Sociedades em Revista* 1, Coimbra, Almedina.

INSTRUMENTOS DE REGULAMENTAÇÃO COLETIVA DO TRABALHO — ÂMBITO PESSOAL E CONCORRÊNCIA

NUNO ABRANCHES PINTO*

Sumário: 1. Introdução; 2. Âmbito subjetivo dos instrumentos de regulamentação coletiva; 3. Concorrência entre instrumentos de regulamentação coletiva; 4. Prerrogativa de escolha da convenção aplicável.

1. Introdução

O tema da concorrência entre instrumentos de regulamentação coletiva surge tratado no Código do Trabalho, nos artigos 481.º e seguintes. Contudo, a compreensão do regime neste aspeto particular pressupõe uma análise que não se circunscreve à leitura destes artigos. É imprescindível que se estabeleça a ligação entre este tema e o tema do âmbito subjetivo dos instrumentos de regulamentação do trabalho, até porque só existirá uma situação de verdadeira concorrência se se verificar que dois ou mais instrumentos integram as mesmas relações jurídicas individuais nos respetivos espectros de regulação. Acresce que o regime, não obstante não ser recente, não é isento de dificuldades de compreensão¹, sendo certo que o trata-

* Professor na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Advogado.

¹ Xavier (2004), p. 667.

mento que lhe tem vindo a ser devotado pela melhor doutrina nem sempre se debruça com profundidade sobre essas dificuldades, não fazendo jus à significativa e inquestionável importância prática do tema. Frequentemente, surgem dúvidas sobre qual o instrumento de regulamentação coletiva que se aplica a um determinado contrato e uma fatia significativa dessas dúvidas prende-se com a identificação de vários instrumentos aparentemente aplicáveis, sendo necessário construir, desde logo, a partir do teor da lei, um critério firme que permita conferir segurança à operação de correta identificação do estatuto que vincula reciprocamente o empregador e o trabalhador.

O objetivo deste trabalho é contribuir para a definição desse critério, desenvolvendo essencialmente os seguintes subtópicos: (i) âmbito subjetivo de aplicação dos instrumentos de regulamentação coletiva; (ii) concorrência; e (iii) prerrogativa de escolha de convenção aplicável. Na análise considera-se o leque de instrumentos de regulação coletiva previsto no artigo 2.º do Código do Trabalho (CT)², e considera-se também a subdivisão legal entre os negociais e os não-negociais. Assume-se a importância nuclear ou paradigmática do estudo da convenção coletiva, considerando que a regulação dos restantes instrumentos parte da regulação da convenção (como sucede, por exemplo, com a decisão de arbitragem) ou tem o objetivo de suprir insuficiências ou de potenciar o alcance subjetivo da convenção (veja-se o acordo de adesão ou a portaria de extensão, ambos destinados a alargar o leque de relações jus-laborais individuais abrangidas pelo conteúdo normativo da convenção).

2. Âmbito subjetivo dos instrumentos de regulamentação coletiva

Na análise dos destinatários do conteúdo normativo³ da convenção, começamos por sublinhar que, ao menos quanto aos instrumentos

² Convenção coletiva, acordo de adesão, decisões de arbitragem voluntária, obrigatória ou necessária e portaria de extensão e portaria de condições de trabalho.

³ Conteúdo normativo ou regulativo opõe-se ao conteúdo obrigacional. No primeiro caso, estão em causa normas que regulam o estatuto (direitos e obrigações) dos sujeitos individuais no âmbito de um contrato de trabalho. No segundo caso, estão em causa as regras que obrigam as partes que outorgam a convenção.

negociais, não é rigoroso associar a aplicação ou a aplicabilidade de um instrumento de regulamentação coletiva a um concreto sujeito individual (por exemplo, referir-se o instrumento de regulamentação coletiva aplicável à empresa, como sucede com o teor do artigo 497.º, n.º 1, do CT). Na realidade, a concretização prática da regulação normativa de um instrumento de regulamentação coletiva acontece quando confluem as circunstâncias de que depende a sua aplicação na relação jurídica contratual estabelecida entre um empregador e um trabalhador, isto é, um instrumento de regulamentação coletiva aplica-se a uma relação contratual, e não a um ou a outro sujeito individual.

Isso mesmo parece resultar evidente do tratamento dado pela lei ao princípio da dupla filiação. Nos termos do artigo 496.º, n.º 1, do CT, a convenção coletiva obriga o empregador que a subscreve ou filiado em associação de empregadores celebrante, bem como os trabalhadores ao seu serviço que sejam membros de associação sindical celebrante. Nem o empregador, nem o trabalhador ficam isoladamente obrigados a cumprir a convenção, salvo se ambos, em simultâneo, preencherem os requisitos de subscrição ou filiação. O mesmo é válido para o acordo de adesão (que torna a regra extensível aos empregadores, associações de empregadores ou associações sindicais aderentes, não dispensando o nexó resultante da dupla filiação, como resulta do artigo 504.º do CT) e para a decisão de arbitragem, qualquer que seja a natureza da arbitragem (nos termos do artigo 505.º, n.º 3, do CT).

Já quanto aos instrumentos não negociais, a dupla filiação perde o seu sentido regulativo. A portaria de extensão alarga o âmbito subjetivo do conteúdo normativo de uma convenção ou decisão arbitral tornando-o aplicável à relação individual estabelecida entre empregadores e trabalhadores, independentemente da filiação ou falta de filiação de cada um deles (artigo 514.º, n.º 1, do CT). Por outras palavras, aquele conteúdo normativo passa a regular uma relação individual ainda que os sujeitos entre quem ela se estabelece não sejam filiados nas associações outorgantes (ou, quanto a empregadores, não sejam subscritores da convenção). Finalmente, a portaria de condições de trabalho visa regular as relações individuais *ex novo*, ou seja, sem suporte num instrumento preexistente (artigos 517.º e 518.º do

CT). O conteúdo deste instrumento será então aplicável à relação individual estabelecida entre um empregador e um trabalhador que não esteja abrangida por outro instrumento de regulamentação coletiva negocial. A aplicação da portaria de condições de trabalho é afastada se houver instrumento negocial (convenção, decisão de arbitragem voluntária ou acordo de adesão), mas será também afastada se houver portaria de extensão que torne uma convenção ou uma decisão arbitral aplicável a não-filiados ou a não-subscritores (o que resulta do requisito relativo à impossibilidade de portaria de extensão), ou se houver uma decisão de arbitragem obrigatória ou necessária (o que resulta do requisito relativo à inexistência de associações representativas de empregadores e trabalhadores).⁴

Evidentemente, só poderemos falar com propriedade de concorrência, quando dois (ou mais) instrumentos de regulamentação coletiva se encontram, relativamente à verificação dos pressupostos de aplicação subjetiva, numa mesma relação individual.⁵ Daí a importância do tratamento prévio do tema relativo ao âmbito subjetivo de aplicação.

⁴ Há outras regras que interessam à determinação do âmbito subjetivo dos instrumentos de regulamentação coletiva, designadamente no que se refere às convenções coletivas, mas que não relevam de modo tão particular do ponto de vista do fio condutor da questão que aqui se analisa. Assim, (i) a convenção celebrada por união, federação ou confederação obriga os empregadores e os trabalhadores filiados, respetivamente, em associações de empregadores ou sindicatos representados por aquela organização; (ii) a convenção abrange trabalhadores e empregadores filiados em associações celebrantes no início do processo negocial, bem como os que nelas se filiam durante a vigência da mesma; e (iii) caso o trabalhador, o empregador ou a associação em que algum deles esteja inscrito se desfilie de entidade celebrante, a convenção continua a aplicar-se até ao final do prazo de vigência que dela constar ou, não prevendo prazo de vigência, durante um ano ou, em qualquer caso, até à entrada em vigor de convenção que a reveja (artigo 496.º do CT). Finalmente, 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, o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que vincula o transmitente é aplicável ao adquirente até ao termo do respetivo prazo de vigência, ou no mínimo durante 12 meses a contar da transmissão, salvo se entretanto outro instrumento de regulamentação coletiva de trabalho negocial passar a aplicar-se ao adquirente (artigo 498.º do CT).

⁵ Como bem salienta Menezes Cordeiro, pode ser útil complementar a análise da aplicação subjetiva de dois instrumentos de regulamentação coletiva com a problematização de critérios alusivos ao âmbito temporal e âmbito geográfico de cada um dos instrumentos. Cordeiro (2018), pp. 701 a 706.

3. Concorrência entre instrumentos de regulamentação coletiva

O tema da concorrência é regulado pelos artigos 481.º a 484.º do CT. O tratamento do tema subdivide-se em concorrência entre instrumentos negociais e não-negociais (artigo 484.º do CT), concorrência entre instrumentos negociais (artigos 481.º e 482.º do CT) e concorrência entre instrumentos não-negociais (artigo 483.º do CT).

Quanto ao primeiro subtema, o legislador privilegia as soluções que os próprios sujeitos coletivos possam definir mediante acordo. Nessa medida, mesmo estando uma relação individual anteriormente a coberto de um instrumento de regulamentação coletiva não-negocial, a superveniência da verificação dos pressupostos de aplicação de instrumento de regulamentação coletiva negocial faz com que este prevaleça em detrimento do anterior. Isso mesmo resulta do teor do artigo 484.º do CT (que até poderia ser, de um ponto de vista sistemático, a primeira norma da Secção II). Assim, se uma relação individual era regulada por portaria de condições de trabalho ou por convenção coletiva aplicável *ex vi* portaria de extensão, a circunstância de passar a vigorar uma convenção coletiva celebrada entre o empregador ou a associação de empregadores e associação sindical em que o trabalhador esteja filiado faz com que esta convenção passe a ser o instrumento a considerar.

Quanto à concorrência entre instrumentos de regulamentação coletiva negociais, a verificação de uma situação de concorrência entre eles pressupõe a prévia análise à verificação dos pressupostos para a aplicação de mais do que um instrumento a uma concreta relação individual. Se considerarmos que a aplicação de um instrumento negocial assenta essencialmente no princípio da dupla filiação, facilmente se conclui que não será frequente a verificação de situações de concorrência deste tipo, tanto mais que um trabalhador só pode estar filiado numa associação sindical (artigo 444.º, n.º 5, do CT)⁶. Reformulando, a verificação de uma situação de concorrência pressupõe que o sindicato em que o trabalhador esteja filiado negocie

⁶ Regista-se que a regra não vigora para os empregadores que poderão, em tese, deter a qualidade de associados com referência a mais do que uma associação de empregadores.

e outorgue mais do que um instrumento negocial (por exemplo, um contrato coletivo, um acordo coletivo e um acordo de empresa) ou que os instrumentos concorrentes nasçam por outorga de uniões, federações ou confederações (sabendo-se que a convenção outorgada por confederação obriga os trabalhadores filiados nas associações sindicais que daquela são membros) (artigos 442.º, n.º 1, alíneas *b)* a *d)*, e 496.º, n.º 2, do CT).

De resto, valem essencialmente três critérios que se aplicam subsidiariamente: em primeiro lugar, o princípio da especialidade; em segundo lugar, o princípio da prevalência da vontade dos sujeitos; em terceiro lugar, o princípio da atualidade.

O princípio da especialidade está consignado nos artigos 481.º, 482.º, n.º 1, e 482.º, n.º 3, al. *b)*, do CT. Assim, um instrumento de regulamentação coletiva vertical (concebido para regular um certo sector de atividade) afasta a aplicação de um instrumento de regulamentação coletiva horizontal (concebido para regular uma ou várias profissões) (artigo 481.º do CT)⁷. Por outro lado, e no que aos diversos tipos de convenções coletivas respeita, o acordo de empresa afasta a aplicação do acordo coletivo e este afasta a aplicação do contrato coletivo [artigo 482.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)* do CT]. Finalmente, a al. *b)* do n.º 3 do artigo 482.º aponta para a aplicação do instrumento que regular a principal atividade da empresa, quando não for possível aplicar os precedentes critérios estabelecidos pelos artigos 481.º e 482.º, n.ºs 1, 2 e 3, al. *a)*.

O princípio da prevalência da escolha dos sujeitos está consignado no artigo 482.º, n.ºs 2 e 5, do CT. Em primeiro lugar, caso se verifique concorrência entre convenções coletivas do mesmo tipo,

⁷ Menezes Cordeiro justifica a adoção deste critério nos seguintes termos: «A realidade sociológica mostra que os laços entre trabalhadores da mesma empresa ou grupos equiparados, ainda que de diversas profissões, são mais fortes do que os existentes entre trabalhadores da mesma profissão, mas de diferentes sectores. Além disso, verifica-se que o poder negocial dos trabalhadores baixa com a sua dispersão, acrescendo que, na presença simultânea de múltiplos sectores, ocorre uma natural tendência de nivelamento pelos mais fracos: uma negociação que envolva empresas muito diferentes tenderá a ficar-se pelo patamar suportável pelas mais débeis, do ponto de vista económico». Cordeiro (2018), p. 693.

os trabalhadores poderão, coletivamente, escolher o instrumento aplicável. Em segundo lugar, o legislador abre espaço à possibilidade de ser implementado um esquema de articulação entre convenções coletivas.

Finalmente, o princípio da atualidade está consignado no artigo 482.º, n.º 3, do CT. Se os trabalhadores não escolherem um instrumento dos diversos aplicáveis, prevalece o instrumento de publicação mais recente.

Sendo embora um sistema de concorrência bem-intencionado, as possibilidades de problematização que o mesmo suscita são inúmeras. Desde logo, cumpre referir que as regras da concorrência entre instrumentos de regulamentação coletiva levam a que seja aplicável apenas, e na sua globalidade, o instrumento prevalecente, sendo o preterido também ele totalmente excluído. Ou seja, a relação individual passa a ser integralmente regulada pelo instrumento prevalecente ainda que esse instrumento, por hipótese, seja omissivo relativamente a matérias que até são reguladas no instrumento preterido ou implemente soluções menos favoráveis do ponto de vista do interesse dos trabalhadores. A lei é bem clara quanto a este aspeto na medida em que a expressão utilizada ao longo dos artigos 481.º e 482.º é «afasta a aplicação».⁸ Esta regra comporta, contudo, uma exceção, que diz respeito à possibilidade de serem implementadas

⁸ Nesse sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de dezembro de 2021, disponível em <https://www.dgsi.pt>, com o n.º de proc. 413/20.IT8VPV.L1-4, em que se conclui o seguinte: «Em caso de concorrência de convenções é necessário eleger uma das concorrentes como único estatuto das relações de trabalho em causa (princípio da conglobação).» Ao longo do Acórdão, refere-se que «o primeiro aspecto desse problema consiste em se saber se é ou não necessário eleger uma das convenções concorrentes como único estatuto das relações de trabalho em causa — ou se, pelo contrário, poderá admitir-se a aplicação de ambas, segundo um adequado arranjo das suas cláusulas (por exemplo, o que resultaria do aproveitamento, em cada convenção, dos pontos em que ela é mais favorável ao trabalhador do que a outra). Conforme a resposta, estar-se-á, respectivamente, a aplicar o critério da conglobação ou o critério do cúmulo. Quanto a este aspecto, é largamente dominante, de *iure constituendo*, a tese da conglobação, a única conforme ao princípio da “unidade da convenção” a que se refere a doutrina germânica. Na verdade, “uma convenção colectiva é um acordo global sobre condições de trabalho que traduz um equilíbrio temporário entre o que se dá e o que se pede”.

cláusulas de articulação. Este tipo de regulação da concorrência entre instrumentos permite que uma convenção relegue para outra a regulação de certos aspetos da relação individual, o que significa que se aplicarão, então, ambos os instrumentos (artigo 482.º, n.º 5, do CT). Depois, é criticável a diferença entre as epígrafes dos artigos 481.º e 482.º do CT, quando os termos em que regulam situações de concorrência são totalmente idênticos. Com efeito, o artigo 481.º tem a epígrafe «Preferência de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negocial vertical», mas determina que um instrumento «afasta a aplicação» do outro. Já o artigo 482.º tem a epígrafe «Concorrência entre instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais» e faz igualmente uso da expressão «afasta a aplicação». Se em qualquer caso se resolve o conflito através da prevalência de um instrumento em detrimento de outro, não se compreende a razão da diferença de epígrafes, quando numa se refere «Preferência» e na outra «Concorrência».

Em terceiro lugar, é totalmente insuficiente a regulação da possibilidade de escolha que vem prevista no artigo 482.º, n.º 2. Com efeito, a lei impõe o exercício coletivo de escolha, através de maioria, devendo a escolha ser exercida no prazo de 30 dias a contar da entrada em vigor do instrumento de publicação mais recente. Mas nada refere a propósito dos termos concretos de concretização da escolha (quem convoca o ato eleitoral, com que antecedência, de que modo se processa a votação). Assume-se que o impulso para o processo de escolha deva competir ao sindicato em relação a cujos trabalhadores se verifica a concorrência, eventualmente através das estruturas que asseguram a atividade na empresa (designadamente, os delegados sindicais ou a comissão sindical) e que o universo eleitoral será composto pelos trabalhadores que integram a respetiva secção sindical. Seria útil, contudo, que o legislador detalhasse os termos concretos em que a escolha tem lugar. Certo é que a prerrogativa de escolha pertence apenas aos trabalhadores (não já aos empregadores) e que ela opera ao nível da unidade organizacional empresa.

Finalmente, tem muito interesse a abertura conferida pelo legislador que permite que sejam os sujeitos coletivos a construir regras de concorrência alternativas à prevista no artigo 482.º, n.º 1. Essa abertura concretiza-se na possibilidade de serem afastados os critérios associados ao princípio da especialidade, de tal forma que são as próprias convenções que disciplinam a divisão de matérias que cada uma regula, através de cláusulas de articulação previstas em convenções de diferentes níveis (interconfederal⁹, sectorial ou de empresa) ou de cláusulas de articulação por intermédio das quais um contrato coletivo estipule que determinadas matérias (designadamente mobilidade geográfica e funcional, organização do tempo de trabalho e a retribuição) são reguladas por outra convenção coletiva (acordo coletivo ou acordo de empresa). Como anteriormente ficou referido, este será um caso em que a relação individual é regulada por mais do que uma convenção (ao contrário do que é a regra).¹⁰

Quanto à concorrência entre instrumentos de regulamentação coletiva não-negociais, vale o teor do artigo 483.º do CT. Essencialmente, estabelece-se que a arbitragem obrigatória prevalece sobre qualquer outro instrumento de regulamentação não-negocial, e a portaria de extensão afasta a aplicação da portaria de condições de trabalho. Havendo concorrência entre portarias de extensão, aplicam-se as regras dos n.ºs 2 a 4 do artigo 482.º.¹¹ No que se refere a este

⁹ Assume-se que estão em causa convenções celebradas entre confederações sindicais e confederações de associações de empregadores, estando em ambos os casos em causa associações de âmbito nacional [artigo 442.º, n.ºs 1, al. c) e 2, d), do CT].

¹⁰ Ao passo que no CT a articulação surge como regra supletiva de definição das regras de concorrência, na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho) ela é a regra principal. Nos termos do artigo 14.º da LGTFP, os acordos coletivos de trabalho são articulados, devendo o acordo coletivo de carreira indicar as matérias que podem ser reguladas pelos acordos coletivos de empregador público. Na falta de acordo coletivo de carreira ou da indicação referida no número anterior, o acordo coletivo de empregador público apenas pode regular as matérias relativas a segurança e saúde no trabalho e duração e organização do tempo de trabalho, excluindo as respeitantes a suplementos remuneratórios.

¹¹ Não se compreende exatamente o motivo pelo qual o artigo 483.º não contempla qualquer indicação relativamente à decisão de arbitragem necessária (que deverá ficar entre a decisão de arbitragem obrigatória e a portaria de extensão).

último aspeto, regista-se a circunstância de também aqui ser aplicável a possibilidade de escolha prevista no artigo 482.º, n.º 2. Ora, se a escassez do pormenor normativo era um vício associável à escolha entre instrumentos de regulamentação negociais, muito mais grave se torna em relação à escolha entre convenções por via de portarias de extensão, atendendo a que aqui não haverá necessariamente a intermediação dos sindicatos. Não se compreende que trabalhadores não-filiados em associação sindical e/ou trabalhadores filiados em associações sindicais diferentes possam, no prazo de 30 dias, encetar e concluir um processo de escolha, sem que os termos desse processo sejam, sequer, minimamente regulados pelo legislador.

Por outro lado, e no que se refere à concorrência entre portarias de extensão, também não se compreende que não seja aplicável a regra do artigo 482.º, n.º 1. Faz sentido que uma portaria de extensão que incida sobre um acordo de empresa prevaleça sobre uma portaria de extensão que incida sobre um contrato coletivo, à luz do princípio da especialidade que já aqui foi tratado. Contudo, a lei não o refere. Note-se que o conflito entre portarias de extensão é de verificação muito provável. Sucede frequentemente que num determinado sector sejam celebradas várias convenções coletivas com vários sindicatos. Sendo essas convenções alvo de portaria de extensão, coloca-se a questão de saber qual das convenções vai regular uma concreta relação individual, quanto a trabalhadores não-filiados em associação sindical ou filiados em associação sindical que não outorgou nenhuma das convenções.

4. Prerrogativa de escolha da convenção aplicável

Por último, insere-se no tratamento do tema a possibilidade de escolha da convenção coletiva ou decisão arbitral por parte do trabalhador.^{12/13}

¹² O artigo 497.º do CT foi objeto de apreciação da respetiva conformidade com a Constituição da República Portuguesa no Ac. do Tribunal Constitucional 338/10, de 22 de setembro de 2010, que decidiu não haver inconstitucionalidade por não se verificar a violação dos direitos das associações sindicais e, em especial, o direito da contratação coletiva que exclusivamente lhes compete.

¹³ Esta norma não regula nem parece impedir que, por meio de contrato individual de trabalho, as partes reportem a regulação da relação individual para o teor de um determinado

Esta possibilidade obedece aos dois requisitos essenciais estabelecidos pelo artigo 497.º do CT.

Em primeiro lugar, a escolha deve recair sobre uma convenção que regule o sector de atividade ou profissões existentes na empresa de que a entidade empregadora é dona. Aliás, a lei refere expressamente que o instrumento escolhido deve integrar o âmbito do sector de atividade, profissional e geográfico do empregador. Não será inteiramente rigoroso dizer-se que a convenção é aplicável à empresa, uma vez que o conteúdo normativo de uma convenção não se aplica a um sujeito, mas sim a uma relação individual estabelecida entre dois sujeitos individuais. Por outro lado, não deve exigir-se que a empregadora seja outorgante ou filiada em associação de empregadores outorgante, bastando que opere no sector de atividade, profissional e geográfico do instrumento em causa.¹⁴ Depois, é necessário que o

instrumento de regulamentação coletiva. Sobre o tema, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 27 de junho de 2014, disponível em <https://www.dgsi.pt>, com o n.º de proc. 512/13.6TTVIS.Cl, em que se conclui: «I — Independentemente das regras de aplicação de IRCT's constantes do Código do Trabalho, não havendo outro IRCT aplicável que se imponha necessariamente e que com ele conflitue, nada impede que trabalhador e empregador, no exercício da sua autonomia de vontade (art. 405º do C. Civil), estabeleçam que o contrato de trabalho seja regulado por um determinado CCT, a ele aderindo. II — Para que tal ocorra necessário se torna que no contrato de trabalho conste uma cláusula que sujeite a relação de trabalho ao regime jurídico globalmente decorrente daquele CCT ou de parte determinada dele.» Não acompanhamos o sentido do Acórdão na parte em que permite que a estipulação contratual substitua ou valha enquanto escolha do trabalhador, de acordo com a prerrogativa do artigo 497.º. Nessa hipótese, o instrumento é aplicável ao nível da prioridade que é conferida a uma regra de contrato individual, não estando em causa a escolha a que se refere o artigo 497.º: por um lado, porque essa escolha tem regras em matéria de tempo, vigência e possibilidade de revogação que dificilmente serão compatíveis com uma estipulação convencional com aquela que aqui se refere; por outro, porque condiciona (e, nessa medida, fragiliza) a liberdade de atuação do trabalhador na utilização da prerrogativa que aqui se discute. Assim sendo, a formulação do regime contratual por remissão para o teor, por exemplo, de uma convenção, não há de prevalecer sequer sobre a portaria de extensão, sendo-lhe totalmente aplicável o disposto nos artigos 3.º, n.º 4 (que regula as relações entre a lei e o contrato) e 476.º (que regula as relações entre o instrumento de regulamentação coletiva e o contrato).

¹⁴ Sobre o tema, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de outubro de 2022, disponível em <https://www.dgsi.pt>, com o n.º de proc. 2051/21.2T8LRA.Cl. Ali se conclui o seguinte: «I — No âmbito do direito potestativo de escolha previsto no artigo 497.º do CT, para que o trabalhador não filiado em qualquer sindicato possa escolher uma convenção

trabalhador que escolhe não seja filiado em qualquer associação sindical (assumindo-se que, sendo filiado, está devidamente representado pelo sujeito coletivo a quem cumpre decidir se negocia e se celebra a sua própria convenção, ou se prefere não o fazer).

A escolha do trabalhador é possível independentemente de haver um único ou vários instrumentos que integram o âmbito do sector de atividade, profissional e geográfico do empregador. Com efeito, não faria muito sentido permitir a adesão individual e voluntária a um instrumento apenas na hipótese de haver a possibilidade de escolha entre vários. O que se pretende verdadeiramente é que o trabalhador possa proceder a essa adesão individual e voluntária. Por outro lado, a escolha do trabalhador pode prevalecer sobre a aplicação de outra convenção ou decisão arbitral devido a portaria de extensão. Será essa a solução mais compatível com o princípio da prevalência da vontade das partes.^{15/16}

Regista-se a circunstância de o trabalhador poder ter de pagar a adesão, o que bem se compreende se se considerar que vai tirar partido de um conteúdo normativo que foi negociado por associações sindicais, sendo estas financiadas pelos trabalhadores filiados através do pagamento das quotas (artigo 492.º, n.º 4, do CT). A escolha do

coletiva aplicável ao seu contrato de trabalho, tem ela mesma de ser aplicável à empresa, não só no seu âmbito objetivo, mas também no âmbito subjetivo respeitante ao empregador. II — No caso em que não está determinada a filiação da empregadora em qualquer associação de empregadores subscritora do CCT que for designado no processo de escolha, então não se demonstra que o CCT é convencionalmente aplicável àquela empregadora e, por conseguinte, não pode o trabalhador exercer escolha por ele, substituindo-se nos efeitos vinculativos semelhantes aos da filiação de trabalhador em matéria de contratação coletiva.» Discorda-se do entendimento ali veiculado, que esvazia por completo o sentido da norma, ou seja, a convenção ser aplicável ao empregador não deve significar mais do que o empregador operar no sector de atividade, profissional e geográfico do instrumento em causa. De outra forma, o trabalhador apenas poderia escolher o concreto instrumento assinado pelo empregador ou por associação de empregadores de que o empregador seja filiado.

¹⁵ No mesmo sentido, Ramalho (2020), p. 315.

¹⁶ Com a alteração ao artigo 497.º decorrente da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, o n.º 5 passa a ter a seguinte redação: «A escolha não poderá ocorrer se o trabalhador já se encontrar abrangido por portaria de extensão de convenção coletiva aplicável no mesmo âmbito do sector de atividade, profissional e geográfico.» Por outras palavras, a existência de portaria de extensão passa a excluir a possibilidade de escolha.

trabalhador deve ser comunicada à entidade empregadora no prazo de três meses a contar da entrada em vigor do instrumento escolhido ou ao início da execução do contrato de trabalho, se esse início for posterior (artigo 492.º, n.º 2, do CT). A escolha mantém-se até ao final da vigência do instrumento, com o limite de 15 meses. O trabalhador pode revogar a escolha, mantendo-se sob a alçada do instrumento escolhido pelo período de seis meses posteriores à comunicação da revogação (sem prejuízo de poder entretanto ser atingido o limite dos 15 meses) (artigo 492.º, n.ºs 3 e 4, do CT). Finalmente, o trabalhador só pode fazer uso da prerrogativa de escolha uma vez enquanto estiver ao serviço do mesmo empregador, ou de outro a que sejam aplicáveis as mesmas convenções coletivas ou decisões arbitrais (artigo 492.º, n.º 5, do CT).

É incompreensível o limite de 15 meses que a lei impõe aos efeitos da escolha do trabalhador. Não se vislumbra nenhuma razão para que a adesão do trabalhador tenha efeitos tão temporários.

Referências bibliográficas

- CORDEIRO, António Menezes (2018), *Direito do Trabalho I*, Coimbra, Almedina.
RAMALHO, Maria do Rosário Palma Ramalho (2020), *Tratado de Direito do Trabalho – Parte III*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina.
XAVIER, Bernardo da Gama Lobo (2004), *Curso de Direito do Trabalho I*, Lisboa, Verbo.

O DIREITO À PENSÃO DE SOBREVIVÊNCIA POR MORTE DO BENEFICIÁRIO DA SEGURANÇA SOCIAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES — ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NA UNIÃO DE FACTO

PATRÍCIA ROCHA*

Sumário: 1. Nota introdutória; 2. O direito à pensão de sobrevivência — breves considerações; 3. Titulares do direito às prestações — as relações familiares; 4. Pensão de sobrevivência na união de facto — requisitos de atribuição; 5. Considerações finais

1. Nota introdutória

A proteção por morte dos beneficiários do regime geral de segurança social é regulada pelo Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro¹, que, como decorre do seu preâmbulo, «(...) é realizada genericamente a favor do seu agregado familiar». Esta proteção é realizada através da atribuição de prestações pecuniárias: as pensões de sobrevivência e o subsídio por morte.

* Professora adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Investigadora do IJP-IPLeiria.

¹ Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 141/91, de 10 de abril, e 265/99, de 14 de julho, pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, pelos Decretos-Leis n.ºs 133/2012, de 27 de junho, e 13/2013, de 25 de janeiro, pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, e pelos Decretos-Leis n.ºs 33/2018, de 15 de maio, e 79/2019, de 14 de junho.

Numa altura em que, segundo os dados disponibilizados pelo Instituto Nacional de Estatística², assistimos a uma crescente opção pela união de facto, é nosso propósito, centrando a nossa análise apenas no regime geral de segurança social, efetuar uma reflexão em torno da proteção conferida ao companheiro sobrevivente através da atribuição da pensão de sobrevivência. Sendo esta uma pensão realizada a favor dos familiares do beneficiário falecido, procurar-se-á efetuar uma incursão pelas diferentes relações jurídicas familiares, mormente a união de facto. Pretendemos, atendendo ao contributo da doutrina, indagar se a união de facto deve ser considerada como relação familiar.

Por fim, a partir da análise dos requisitos exigidos para a atribuição da pensão de sobrevivência, o presente trabalho procura refletir sobre a proteção conferida, neste domínio, ao unido de facto sobrevivente no caso de dissolução do vínculo relacional por morte.

2. O direito à pensão de sobrevivência — breves considerações

Como resulta da lei fundamental, «[t]odos têm direito à segurança social» (artigo 63.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).³ A universalidade do direito à segurança social está igualmente plasmada no artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, que define as bases gerais do sistema de segurança social. A concretização deste

² «De acordo com os Censos 2021, o número de indivíduos que vivia em união de facto era de 1 008 604, o que representa um crescimento de 38,2% face a 2011. Em 2021, a percentagem da população em união de facto era de 11,2%, valor que em 2011 se situava nos 8,1%». Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_bo ui=541064323&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt, consultado a 6 de março de 2023.

³ Cf. também o artigo 22.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que determina que todos têm direito à segurança social. Segundo Canotilho e Moreira (2007), p. 815, «[o] direito à segurança social é um típico **direito social de natureza positiva** cuja realização exige o fornecimento de prestações por parte do Estado, impondo-lhe verdadeiras *obrigações* de fazer e de prestar (n.º 2)». Rodrigues (2020), p. 85, refere que «[o] direito à segurança social, numa sociedade de risco, garante um limiar mínimo de sobrevivência aos cidadãos, mesmo aqueles que não tenham carreira contributiva. A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio estruturante da República portuguesa, vincula os poderes públicos à garantia universal ao direito à segurança social e à proteção mínima de todos os cidadãos em face de eventualidades e riscos a que estão sujeitos».

direito pressupõe a existência do sistema de segurança social, organizado, coordenado e subsidiado pelo Estado, que visa proteger os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, no desemprego, e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (artigo 63.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição da República Portuguesa, e artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro).⁴

Este sistema público de segurança social que, nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, tem como objetivos prioritários: «a) Garantir a concretização do direito à segurança social; b) Promover a melhoria sustentada das condições e dos níveis de protecção social e o reforço da respectiva equidade; e c) Promover a eficácia do sistema e a eficiência da sua gestão», abrange o sistema de protecção social de cidadania, o sistema previdencial e o sistema complementar (artigo 23.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro).

O sistema previdencial⁵ que, como determina o artigo 53.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, «abrange o regime geral de segurança social aplicável à generalidade dos trabalhadores por conta de outrem e aos trabalhadores independentes, os regimes especiais, bem como os regimes de inscrição facultativa abrangidos pelo n.º 2 do artigo 51.º», tem natureza contributiva (artigo 54.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro) e «visa garantir (...) prestações pecuniárias substitutivas de rendimento de trabalho perdido em consequência da verificação das eventualidades legalmente definidas» (artigo 50.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro). Ora, uma das eventualidades⁶ abrangidas é precisamente a morte, conforme resulta do já referido artigo 63.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, e do artigo 52.º, n.º 1, al. g), da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro.

⁴ No Direito da União Europeia, *cf.*, nomeadamente, o artigo 34.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os artigos 151.º a 161.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁵ *Cf.* o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro.

⁶ Segundo refere Conceição (1999), p. 85, eventualidade é um «facto ou evento susceptível de ameaçar ou afectar a segurança económica dos indivíduos».

No que tange à proteção social por morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, importa atender ao já referido Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro. Sabendo que esta proteção é realizada através da atribuição de prestações pecuniárias — a pensão de sobrevivência e o subsídio por morte (artigo 3.º, n.º 1) —, a nossa atenção centrar-se-á apenas na pensão de sobrevivência.

Esta prestação de concessão continuada⁷, conforme consagra o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, é atribuída, nos casos de morte do beneficiário do regime geral de segurança social⁸, aos seus familiares com o objetivo de os compensar pela perda de rendimentos de trabalho determinada pela morte (artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro).⁹

A atribuição da pensão de sobrevivência que, como resulta do artigo 36.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, é devida a partir do início do mês seguinte ao do falecimento, quando requerida nos seis meses subsequentes ao evento, e a partir do início do mês seguinte ao do requerimento, em caso contrário, depende da verificação das condições legalmente exigidas. Exige-se, desde logo, à data da morte do beneficiário do regime geral de segurança social (artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro), a verificação de um prazo de garantia de 36 meses (artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro).¹⁰

⁷ Quanto às causas de cessação do direito à pensão de sobrevivência, *cf.* o artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro.

⁸ Relativamente à caracterização desta eventualidade, *cf.* o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, e, para maiores desenvolvimentos, ver, entre outros, Conceição (2022), p. 346.

⁹ Como refere Xavier (2004), p. 24, «(...) a pensão de sobrevivência não existe para que o companheiro possa “sobreviver” (...).» Segundo a autora, «[o] qualificativo “sobrevivência” está, como se viu, ligado ao facto de a “pessoa a cargo” sobreviver à pessoa que a sustentava».

¹⁰ Relativamente ao conceito de prazo de garantia ver, entre outros, Conceição (2022), p. 780, «período mínimo de registo de remunerações ou de entrada de contribuições (referenciado normalmente a uma situação contributiva) ou, residualmente, períodos de exercício de actividade, necessário à abertura ou atribuição do direito a prestações de segurança social».

3. Titulares do direito às prestações — as relações familiares

Conforme resulta dos artigos 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, são titulares do direito à pensão de sobrevivência¹¹: (i) o cônjuge; (ii) o ex-cônjuge; (iii) os descendentes, ainda que nascituros, incluindo os adotados plenamente; (iv) os enteados; (v) os ascendentes; (vi) as pessoas que vivam em união de facto.¹² Os familiares do beneficiário do regime geral de segurança social são, desta forma, os titulares do direito à pensão de sobrevivência e, se assim é, impõe-se uma breve referência às relações jurídicas familiares, tanto mais que, como refere Ilídio das Neves, «(...) *as prestações por morte* radicam profundamente na realidade jurídica das relações familiares, aliás de forma tendencialmente alargada, o que implica a identificação dos familiares abrangidos, bem como da situação em que cada um se encontra».¹³

Como entendem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, «[a] noção *jurídica* de família contém-se, implicitamente, no artigo 1576.º CCiv, que, aliás sem grande rigor, considera “fontes das relações jurídicas familiares” o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção».¹⁴

O casamento civil é o «contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida (...)» (artigo 1577.º do Código Civil).¹⁵ Considerando, conforme consagra o artigo 7.º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, que o cônjuge é titular do direito à pensão de sobrevivência, não podemos deixar de articular este artigo com o n.º 1 do artigo 9.º do citado Decreto-Lei, isto porque, não havendo filhos do casamento, ainda que nascituros, releva para efeitos de atribuição do direito à

¹¹ Sobre esta questão, ver, entre outros, Conceição (2022), pp. 347–349, e Rodrigues (2020), p. 215.

¹² Repare-se, porém, que as situações de indignidade e de deserdação excluem o direito à pensão de sobrevivência, conforme consagra o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro.

¹³ Neves (1996), p. 499.

¹⁴ Coelho e Oliveira (2016), p. 32.

¹⁵ Conforme consagra o artigo 1587.º do Código Civil, o casamento pode ser católico ou civil. Relativamente à noção de casamento católico, cf. o cânone 1057, §2, do Código de Direito Canónico.

pensão de sobrevivência a duração do casamento. Na verdade, nesses casos, conforme determina o referido artigo 9.º, o cônjuge sobrevivente só tem direito à pensão de sobrevivência se tiver celebrado casamento com o beneficiário pelo menos um ano antes da data do seu falecimento, exceto se a morte tiver resultado de acidente ou de doença contraída ou manifestada depois do casamento.

Ademais, conjugando as normas da titularidade com as regras relativas às condições comuns de atribuição das prestações, resulta do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, que o cônjuge separado de pessoas e bens e o divorciado apenas têm direito à pensão de sobrevivência «se, à data da morte do beneficiário, dele recebessem pensão de alimentos decretada ou homologada pelo tribunal ou se esta não lhes tivesse sido atribuída por falta de capacidade económica do falecido judicialmente reconhecida».¹⁶

Nas relações de parentesco (artigo 1578.º do Código Civil), segundo o artigo 7.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, são titulares do direito à pensão de sobrevivência os descendentes, ainda que nascituros, incluindo os adotados plenamente¹⁷, sem requisitos adicionais até aos 18 anos de idade (artigo 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro)¹⁸, e os ascendentes desde que estivessem a cargo do beneficiário falecido e apenas na falta de cônjuges, ex-cônjuges, unidos de facto e descendentes com direito à pensão (artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro).

¹⁶ A este respeito, Tomé (2018), p. 24, refere a existência de «(...) alguma desarticulação entre o direito civil da família e este ramo do direito não civil da família, pois que, via de regra, no divórcio por mútuo consentimento, a pensão de alimentos não será decretada ou homologada judicialmente».

¹⁷ Relativamente à adoção, igualmente prevista no elenco do artigo 1576.º do Código Civil e cuja noção legal está prevista no artigo 1586.º do Código Civil, refira-se que o artigo 9.º, al. *a*), da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, revogou o artigo 1977.º do Código Civil, eliminando, dessa forma, a adoção restrita.

¹⁸ Conceição (2022), pp. 348 e 349. Relativamente às condições exigidas para a atribuição das prestações aos descendentes com idade igual ou superior a 18 anos, *cf.* os n.ºs 2 a 5 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro. Por sua vez, o artigo 13.º, n.º 1, do citado diploma legal, determina que «[a] atribuição das prestações a descendentes além do 1.º grau depende de estes estarem a cargo do beneficiário falecido à data da sua morte».

A titularidade do direito à pensão de sobrevivência abrange também, uma vez verificadas as circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, os afins. Com efeito, considerando, como determina o artigo 1584.º do Código Civil, que a afinidade é o vínculo que liga um dos cônjuges aos parentes do outro e que não cessa com a dissolução do casamento por morte (artigo 1585.º do Código Civil), o Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, equipara, para efeitos da titularidade do direito à pensão, os descendentes aos enteados dos beneficiários falecidos «desde que estes, em relação aos mesmos, estivessem obrigados à prestação de alimentos nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 2009.º do Código Civil».

Finalmente, conforme resulta do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, as pessoas que vivam em união de facto também são titulares do direito à pensão de sobrevivência, aludindo no seu n.º 2 que a prova da união de facto é efetuada nos termos definidos na Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.¹⁹

Como sabemos, a comunhão de vida entre duas pessoas em condições semelhantes às dos cônjuges sempre existiu; no entanto, só com a redação dada pela Reforma de 1977 ao artigo 2020.º do Código Civil é que a expressão «união de facto» foi utilizada, pela primeira vez, no ordenamento jurídico português.²⁰ Foram, no entanto, necessárias mais de duas décadas para que o legislador português elencasse num diploma legal as medidas de proteção da união de facto. Fê-lo através da Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, que adotou as medidas de proteção da união de facto.²¹ Este diploma, entretanto revogado

¹⁹ Alterada pelas Leis n.ºs 23/2010, de 30 de agosto; 2/2016, de 29 de fevereiro; 49/2018, de 14 de agosto; e 71/2018, de 31 de dezembro.

²⁰ Ver, entre outros, Dias (2012), p. 451; Coelho e Oliveira (2016), pp. 56–60; e Cruz (2019), pp. 63–72. Como refere Pitão (2011), p. 37, «[h]istoricamente, a figura da união de facto (heterossexual) e a sua aceitação social surge com maior acuidade face à nova mentalidade gerada pela Revolução Francesa, onde vingava a máxima de Napoleão “*les concubins se passent de la loi onveniente esse d’eux*”».

²¹ Para maiores desenvolvimentos, ver, entre outros, Cid (2005), pp. 636–650. Sobre a questão da «institucionalização» da união de facto, ver, entre outros, Coelho e Oliveira (2016), pp. 67–71, e Xavier (2016), pp. 662–664. Xavier (2002), p. 1398, refere que «(...) esta lei não criou um regime unitário da união de facto, limitando-se praticamente a reunir algumas medidas já

pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, atribuía alguns direitos, apenas às pessoas de sexo diferente, que vivessem em união de facto há mais de dois anos e, relativamente às quais, não se verificassem os factos impeditivos consagrados no artigo 2.º.

O requisito da heterossexualidade foi eliminado com a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, consagrando-se, atualmente, a união de facto como a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges — logo, de forma exclusiva²² — há mais de dois anos (artigo 1.º, n.º 2). Vivam, por isso, em comunhão de leito, mesa e habitação²³. Apesar desta similitude com o casamento²⁴, as diferenças entre o casamento e a união de facto são bem visíveis, desde logo, quanto à constituição²⁵, extinção do vínculo e quanto aos efeitos²⁶. No entanto, não é de estranhar que o legislador, com o objetivo de conferir maior proteção, principalmente no momento da dissolução da união de facto, tenha progressivamente ampliado os efeitos jurídicos da união de facto «protegida».^{27/28} Ora, a proteção social por morte do beneficiário,

existentes, salvaguardando expressamente toda a legislação sectorial que concedia protecção jurídica à união de facto. Grande parte das disposições da lei remete para a legislação especial no âmbito do Direito da Segurança Social, do Direito do Trabalho, do Direito Fiscal ou do Direito Administrativo».

²² Como referem Coelho e Oliveira (2016), p. 57, «[u]ma pessoa só pode viver em união de facto com outra, não com duas ou mais».

²³ Ver, entre outros, Coelho e Oliveira (2016), p. 56 e p. 71, e Pinheiro (2020), p. 639.

²⁴ Ver, a propósito das «semelhanças de regime na regulação legal do casamento e da união de facto», Martins (2016), pp. 230–232.

²⁵ Segundo Cruz (2019), p. 158, «(...) a união de facto é uma realidade de convivência continuada, sem qualquer forma exigida. Não existe a sujeição a registo da união de facto. Ou seja, a união de facto no nosso sistema não se constitui, consolida-se com o tempo».

²⁶ Pinheiro (2020), p. 640.

²⁷ Neste sentido, ver Pinheiro (2020), p. 641. Como refere Pinheiro (2020), p. 641, «[a] união de facto protegida é aquela que goza das medidas de protecção previstas na LUF». Acrescenta ainda o autor que os requisitos da união de facto protegida são: união de facto com duração superior a dois anos e inexistência dos impedimentos consagrados no artigo 2.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.

²⁸ Destacando a ampliação dos efeitos jurídicos da união de facto, ver, entre outros, Pedro (2016), pp. 307 e 308. A este propósito, como referem Coelho e Oliveira (2016), p. 67, «(...) a generalidade das legislações, ao longo das últimas décadas, tem vindo a atribuir à união de facto cada vez mais efeitos, sobretudo no direito da segurança social (...)».

por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social, conforme resulta dos artigos 3.º, n.º 1, al. e), e 6.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2011, de 11 de maio, é um dos efeitos da união de facto.²⁹

Aqui chegados, não podemos deixar de destacar uma das questões que tem sido objeto de um intenso debate doutrinário³⁰: não obstante não estar consagrada no elenco do artigo 1576.º do Código Civil, será que a união de facto é uma relação familiar? Ora, há precisamente quem entenda que o elenco taxativo das relações jurídicas familiares retira à união de facto a qualificação de relação familiar.³¹ Concordamos, todavia, com os autores que defendem que a definição de família impõe-se ao legislador constitucional e não ao legislador ordinário.³² Ora, o artigo 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, dispõe que «[t]odos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade». Desta forma, consagrando o referido preceito constitucional dois direitos distintos³³ — constituir família e contrair casamento —, entendimento que acompanhamos, têm sido apresentados argumentos a favor e contra a consagração da união de facto no artigo 36.º da CRP.³⁴ De facto, há quem entenda que a primeira parte do artigo 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa abrange a união de facto conferindo-se, dessa forma, tutela constitucional à união de facto³⁵,

²⁹ Para maiores desenvolvimentos ver, entre outros, Pitão (2011), pp. 227–246; Tomé (2018), pp. 27–29; Coelho e Oliveira (2016), pp. 105–109; e Cruz (2019), pp. 598 e 599.

³⁰ Ver, entre outros, Coelho e Oliveira (2016), pp. 64–67; Moreira (2018), pp. 73–79; e Cruz (2019), pp. 17–63.

³¹ Ver neste sentido, entre outros, Pitão (2004), p. 191, e Lima e Varela (1992), pp. 14 e 15.

³² Moreira (2018), p. 77. Ver, no mesmo sentido, entre outros, Dias (2012), p. 457. Repare-se, no entanto, que, como destaca Dias (2012), p. 456, a Constituição da República Portuguesa não define o que é família. Cf. também artigo 67.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, que determina que a família tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

³³ Ver, neste sentido, entre outros, Carvalho (2004), pp. 223 e 224; Dias (2012) p. 453; Coelho e Oliveira (2016), p. 134; e Cruz (2019), pp. 84 e 85.

³⁴ Sobre a questão da consagração constitucional da união de facto, ver, entre outros, Carvalho (2004), pp. 223–226; Dias (2012), pp. 451–468; Cruz (2019), pp. 81–102; e Passinhas, (2019), pp. 115–120.

³⁵ Neste sentido, entre outros, Carvalho (2004), p. 226; Canotilho e Moreira (2007) p. 561; Dias (2012), p. 453 e p. 460; Moreira (2018), pp. 78 e 79; e Cruz (2019), pp. 89–95.

enquanto outros argumentam em sentido oposto, entendendo que a tutela constitucional conferida à união de facto decorre do artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.³⁶

Os autores que defendem a inclusão da união de facto no artigo 36.º, n.º 1, 1.ª parte, da Constituição da República Portuguesa, não se questionando a tutela constitucional conferida pelo artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa³⁷, invocam também o surgimento de «novas formas de família» e o seu reconhecimento pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que, neste âmbito, tem ampliado os conceitos de vida privada e de vida familiar consagrados no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.³⁸

Atendendo ao exposto, concordamos com a posição doutrinal que defende a inclusão da união de facto no artigo 36.º, n.º 1, 1.ª parte, da Constituição da República Portuguesa, e, na esteira da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, somos da opinião que a união de facto deve ser entendida como uma relação familiar, apesar de não constar do artigo 1576.º do Código Civil.^{39/40}

³⁶ Passinhas (2019), p. 117 e Pinheiro (2020), p. 78, entre outros. Sobre esta questão, em 2008, Coelho e Oliveira (2008), pp. 55 e 56, referiam que, «[e]mbora a formulação do art. 36.º levante as maiores dúvidas e várias interpretações sejam legítimas, temos entendido que o art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, não pretende referir-se à união de facto mas respeita exclusivamente à matéria da filiação: o “direito de constituir família” é, em primeiro lugar, um direito a procriar, e, em segundo lugar, um direito a estabelecer as correspondentes relações de maternidade e paternidade. (...) Se a união de facto não está directamente prevista na Constituição, está porém abrangida no “direito ao desenvolvimento da personalidade”, que a revisão de 1977 reconheceu de modo explícito no n.º 1 do art. 26.º (...)». Todavia, atualmente, para Coelho e Oliveira (2016), p. 61, «(...) também deve reconhecer-se que a expressão “direito a constituir família” foi adotada em documentos internacionais com o propósito explícito de acolher as leis dos estados que foram abrindo o reconhecimento jurídico da união de facto».

³⁷ Ver, entre outros, Coelho e Oliveira (2016), p. 61, e Cruz (2019), p. 96.

³⁸ Ver, neste sentido, entre outros, Dias (2012), pp. 457–460, e Moreira (2018), pp. 78 e 79. Almeida (2008), p. 155, destaca o facto de o juiz de Estrasburgo ter ampliado o conceito de «vida familiar» protegendo «novas formas de conjugalidade».

³⁹ Seguimos aqui o entendimento de Cruz (2019), p. 25, «[s]em prejuízo da existência de relações jurídico-familiares estabelecidas no art. 1576.º, entendemos que as relações familiares irão mais além do que aquelas previstas o Código Civil. Em particular, atendendo à sua preponderância social, a união de facto».

⁴⁰ Em sentido oposto, Pinheiro (2020), p. 47, entende que «[a] união de facto e a convivência em economia comum não são, por enquanto, relações jurídicas familiares».

4. Pensão de sobrevivência na união de facto — requisitos de atribuição

Conforme anteriormente exposto, o Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, reconhece a titularidade do direito à pensão de sobrevivência às pessoas que vivam em união de facto. Da necessária articulação com a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, mormente os artigos 3.º, n.º 1, al. e), e 6.º, resulta que o reconhecimento do direito à pensão de sobrevivência depende da existência de uma situação de união de facto há mais de dois anos à data do falecimento do beneficiário do regime geral de segurança social.^{41/42} Isso mesmo decorre do artigo 3.º, n.º 1, al. e), da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, ao determinar que as pessoas que vivem em união de facto nas condições previstas nesse diploma legal têm direito a «[p]rotecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social e da presente lei». Acresce ainda que, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, à redação do artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio⁴³, o

⁴¹ «II — Para efeito de reconhecimento do direito a prestações sociais por morte de beneficiário da Segurança Social é necessário que se apurem factos reveladores de uma situação de união de facto que perdure há mais de 2 anos à data do óbito do beneficiário. (...) IV — Não descaracteriza a situação de união de facto com a R. nem traduz a existência de uma segunda união de facto a circunstância de o falecido frequentar ainda a casa da sua ex-mulher, de quem tinha filhos, e de manter com a mesma uma relação de cordialidade, sem que se tenha provado, no entanto, que com a mesma mantivesse comunhão de leito, mesa e habitação». Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de janeiro de 2022, processo n.º 18596/18.9T8PRT.P1.P1.S1, disponível em <https://www.dgsi.pt>, consultado a 24 de março de 2023.

⁴² Como refere Tomé (2018), p. 29, «[o] direito do “viúvo de facto” à pensão de sobrevivência é um direito derivado, porque apenas o tem em virtude da sua união de facto com um beneficiário».

⁴³ Segundo o artigo 6.º na redação originária, «[b]eneficia dos direitos estipulados nas alíneas e), f) e g) do artigo 3.º, no caso de uniões de facto previstas na presente lei, quem reunir as condições constantes no artigo 2020.º do Código Civil, decorrendo a acção perante os tribunais cíveis» (n.º 1). «Em caso de inexistência ou insuficiência de bens da herança, ou nos casos referidos no número anterior, o direito às prestações efectiva-se mediante acção proposta contra a instituição competente para a respectiva atribuição» (n.º 2). O regime de acesso à pensão de sobrevivência anteriormente consagrado no artigo 6.º era, de facto, bem mais exigente. Com efeito, tal como decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de junho de 2004, no processo n.º 1654/04, disponível em <https://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de março de 2023, «2 — São elementos constitutivos do direito da autora à obtenção de

membro sobrevivente da união de facto passou a beneficiar do direito à proteção social por morte do beneficiário, nomeadamente o direito à pensão de sobrevivência, «independentemente da necessidade de alimentos», tornando, a partir de então, mais fácil o acesso à pensão e ampliando, dessa forma, a proteção social do membro sobrevivente.⁴⁴

pensão de sobrevivência (que terá de alegar e provar): *a)* Que vivia com o titular do direito à pensão há mais de dois anos, na altura da morte do mesmo, em condições análogas às dos cônjuges; *b)* Que essa pessoa na altura não era casada ou, sendo-o, se encontrava então separada judicialmente de pessoas e bens; *c)* Que carece de alimentos; *d)* E que não é possível obter tais alimentos de nenhuma das pessoas aludidas nas alíneas *a)* a *d)* do art.º 2009 do CC e nem assim da herança do seu falecido companheiro (quer por não existirem bens, quer por os mesmos serem insuficientes)». Sublinhe-se que a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, introduziu também alterações ao Código Civil (artigos 496.º, 2019.º e 2020.º), ao Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de março, e ao Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro. Com efeito, o n.º 1 do artigo 8.º do último diploma legal referido, alterado pelo artigo 4.º da Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, estatuiu na sua redação originária que: «[o] direito às prestações previstas neste diploma e o respectivo regime jurídico são tornados extensivos às pessoas que se encontrem na situação prevista no n.º 1 do artigo 2020.º do Código Civil» e conforme consagrava o n.º 2: «[o] processo de prova das situações a que se refere o n.º 1, bem como a definição das condições de atribuição das prestações, consta de decreto regulamentar». Essa regulamentação viria a ser concretizada com o Decreto Regulamentar n.º 1/94, de 18 de janeiro, que, como determina o artigo 3.º, n.º 1, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 153/2008, de 6 de agosto, «[a] atribuição das prestações por morte às pessoas referidas no artigo 2.º fica dependente de sentença judicial que lhes reconheça o direito a alimentos ou, na falta ou insuficiência de bens da herança, a qualidade de titular do direito a alimentos, nos termos do disposto no artigo 2020.º do Código Civil». Pelo exposto, facilmente se compreende a importância das alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, no que tange à proteção do membro sobrevivente da união de facto. A este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de janeiro de 2012, processo n.º 6014/09.8TVLSB.L1.S1, disponível em <https://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de março de 2023, entendeu que, «[o] direito às prestações sociais a favor de quem viveu em união de facto com beneficiário de qualquer regime público de segurança social depende agora única e exclusivamente da qualidade de beneficiário e da prova de ter vivido com o falecido em condições análogas às dos cônjuges por mais de 2 anos». No mesmo sentido, no Acórdão da Relação de Lisboa, de 3 de março de 2016, processo n.º 3515/14.0T8FNC.L1.6, disponível em <https://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de março de 2023, pode ler-se: «[a] lei veio reconhecer ao membro sobrevivente da união de facto o direito à proteção social por morte do beneficiário, sem necessidade de interpor ação judicial, sendo competente para a sua atribuição o ISS, que é a entidade responsável pelo seu pagamento (art. 6.º, n.ºs 1 e 2, da Lei 23/2010)». Para maiores desenvolvimentos sobre as alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, ver, entre outros, Oliveira (2010), pp. 139–153.

⁴⁴ Segundo Tomé (2018), p. 28, «[d]esapareceu, nesta sede, qualquer diferença essencial de tratamento entre a união de facto e o casamento, entre a posição *post mortem* do cônjuge e a

Por tudo isto, o direito à proteção social através do pagamento de uma pensão de sobrevivência ao membro sobrevivente da união de facto está, desde logo, dependente: *(i)* da existência de comunhão de vida em condições análogas às dos cônjuges, há mais de dois anos, com o beneficiário falecido (artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio); *(ii)* da inexistência das exceções previstas no artigo 2.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio: «a) Idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união de facto; b) Demência notória, mesmo com intervalos lúcidos e situação de acompanhamento de maior, se assim se estabelecer na sentença que a haja decretado, salvo se posteriores ao início da união; c) Casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens; d) Parentesco na linha recta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta; e) Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro»⁴⁵.

Assim têm entendido os nossos tribunais, como, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 27 de janeiro de 2005, processo n.º 1646/04-3, «II — Os requisitos exigíveis ao membro sobrevivente da união de facto, para que possa aceder às prestações sociais decorrentes do óbito de um beneficiário/a, de um qualquer regime público de segurança social, reconduzem-se, apenas, à prova do estado civil de solteiro, viúvo ou separado judicialmente de pessoas e bens do referido beneficiário/a e à circunstância do respectivo

do membro da união de facto (...)».

⁴⁵ Segundo Oliveira (2010), p. 141, os factos elencados no artigo 2.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, «(...) apenas impedem a produção de efeitos favoráveis da união de facto (...)». Na nossa jurisprudência, ver, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21 de abril de 2022, processo n.º 02486/19.0BEPRT, disponível em <https://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de março de 2023: «I — A atribuição de uma pensão de sobrevivência nos casos de união de facto pressupõe a comprovação dessa união nos termos legais (artigo 2.º-A da Lei n.º 7/2001), i. e., que seja demonstrada a existência de uma situação análoga à dos cônjuges por mais de dois anos à data em que se pretendem fazer valer os efeitos jurídicos dessa situação de facto (artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 7/2001). II — Porém, impede-se a produção dos efeitos jurídico-legais decorrentes da situação de união de facto se nessa data [à data em que se pretendem fazer valer os referidos efeitos jurídicos — artigo 2.º, al. c) da Lei n.º 7/2001] existir um casamento não dissolvido sem que tenha sido decretada a separação de pessoas e bens».

interessado/a, ter vivido em união de facto, há mais de dois anos, com o falecido/a».⁴⁶

A prova da união de facto há mais de dois anos à data da morte do beneficiário do regime geral de segurança social⁴⁷ é, desta forma, determinante para a atribuição da pensão de sobrevivência. Porém, ao contrário do que acontece no casamento, a união de facto não está sujeita a quaisquer formalidades e, consequentemente, a ausência de obrigatoriedade de registo dificulta a tarefa de determinar o início da relação.⁴⁸ Há, aliás, quem entenda que a união de facto deverá ser sujeita a registo na Conservatória do Registo Civil.⁴⁹

Ora, relativamente à prova da união de facto, como determina o n.º 4 do artigo 2.º-A, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, «[n]o caso de morte de um dos membros da união de facto, a declaração emitida pela junta de freguesia atesta que o interessado residia há mais de dois anos com o falecido, à data do falecimento», devendo ser acompanhada de (i) declaração do interessado, sob compromisso de

⁴⁶ Disponível em <https://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de março de 2023.

⁴⁷ Cf. o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, já referido. Acresce que, conforme resulta do artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, são causas de dissolução da união de facto: o falecimento de um dos membros [al. a)], a vontade de um dos membros [al. b)], e o casamento de um dos membros [al. c)]. Segundo Pinheiro (2020), p. 655, «[u]ma quarta causa é a reconciliação de um membro da união de facto casado, separado de pessoas e bens, com o respectivo cônjuge. A reconciliação põe fim à separação de pessoas e bens, implicando o restabelecimento da vida em comum entre os contraentes do casamento e de todas as situações jurídicas conjugais (art. 1795.º-C, n.º 1), o que é incompatível com a subsistência da união de facto protegida (cf. art.º 2.º, al. c), da LUF)».

⁴⁸ A união de facto não consta do elenco dos factos sujeitos obrigatoriamente a registo (artigo 1.º, n.º 1, do Código do Registo Civil). Segundo Oliveira (2010), p. 142, «[n]o que diz respeito à prova da união de facto, ou se previa um Registo nas Conservatórias do Registo Civil — dando assim um estatuto «oficial» à relação informal; ou se previa um regime de prova simples, adequada a cada caso. O regime adoptado afirma que a prova é livre, por qualquer meio; mas *sugere-se* a apresentação de um atestado da Junta de Freguesia». Para maiores desenvolvimentos sobre a prova da união de facto ver, entre outros, Pitão (2011), pp. 74–79; Xavier (2015), pp. 297–302; Xavier (2016), pp. 681–685; Coelho e Oliveira (2016), pp. 71–73; Cruz (2019), pp. 262–273; Pinheiro (2020), pp. 645 e 646; e Oliveira (2021), pp. 342 e 343.

⁴⁹ Cruz (2020), pp. 70 e 71. Como refere Cruz (2020), p. 73, «[c]ontinuamos a defender um sistema piramidal invertido dividido em três patamares de efetividade e proteção jurídicas: o casamento no topo, a união registada no patamar intermédio e, na base, a união livre (ou meramente de facto, sem efeitos jurídicos ou com efeitos assistenciais diminutos)».

honra, de que vivia em união de facto com o falecido há mais de dois anos, à mesma data, sendo as falsas declarações punidas penalmente (n.º 5 do artigo 2.º-A, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio); (ii) certidão de cópia integral do registo de nascimento do interessado; (iii) certidão de óbito do falecido. Estes documentos são utilizados para instruir o pedido de atribuição da pensão de sobrevivência.⁵⁰ Todavia, existindo fundadas dúvidas sobre a existência da união de facto, podem ser requeridos meios de prova complementares. Nesses casos, e conforme resulta do artigo 6.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, na redação dada pela Lei n.º 71/2008, de 31 de dezembro, a entidade responsável pelo pagamento das prestações pode, por exemplo, solicitar «(...) declaração emitida pela Autoridade Tributária e Aduaneira ou pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I.P., onde se ateste que à data da morte os membros da união de facto tinham domicílio fiscal comum há mais de dois anos». Assim, atualmente, apenas será necessária uma ação judicial com vista a comprovar a união de facto, quando, não obstante efetuadas as diligências anteriormente descritas, a entidade responsável pelo pagamento da pensão de sobrevivência considere que subsistem dúvidas sobre a existência da união de facto (n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio).⁵¹

Repare-se que a exigência de convivência durante dois anos, enquanto fator de estabilidade relacional⁵², não foi, todavia,

⁵⁰ A gestão das pensões previstas no Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, e a aplicação da respetiva legislação é da competência do Instituto da Segurança Social, I.P., através do Centro Nacional de Pensões (artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro). Relativamente ao requerimento e aos meios de prova, ver os artigos 47.º e 50.º do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, respetivamente.

⁵¹ «(...) com a alteração da redação do artigo 6, n.º 2 e 3 da Lei 7/2001 de 11/05, pelo artigo 326 da Lei 71/2018 de 31/12, foi reforçado o poder investigatório da entidade administrativa responsável pelo pagamento das prestações, podendo socorrer-se da Autoridade Tributária e Aduaneira e do Instituto de Registos e do Notariado para suprimir as dúvidas sobre a verificação dos pressupostos da união de facto face aos elementos probatórios apresentados pelos interessados. E só no caso de subsistirem as dúvidas é que pode propor a respetiva ação nos tribunais judiciais». Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 14 de maio de 2020, processo n.º 237/19.9T8VPA.G1, disponível em <https://www.dgsi.pt>, consultado a 30 de março de 2023.

⁵² Sobre a questão da estabilidade na união de facto, ver, entre outros, Cruz (2019), pp. 160–166.

considerada para a atribuição de outros efeitos da união de facto, nomeadamente para a aquisição da nacionalidade portuguesa e para a transmissão do direito de arrendamento da casa de morada da família. Com efeito, conforme determina o artigo 3.º, n.º 3, da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, que aprovou a Lei da Nacionalidade, «[o] estrangeiro que, à data da declaração, viva em união de facto há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa, após acção de reconhecimento dessa situação a interpor no tribunal cível»⁵³. Regista-se, nesta matéria, uma convergência com o casamento apenas no que tange ao requisito temporal, exigindo-se, em ambas as situações o decurso de três anos.

Por sua vez, o artigo 1106.º, n.º 1, do Código Civil, consagra que «[o] arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobreviva: b) Pessoa que com ele vivesse em união de facto há mais de um ano».

Por fim, ainda a propósito da duração da união de facto podem colocar-se algumas questões.

Com efeito, é discutida na doutrina a questão de saber se o prazo deve ser consecutivo. Se, no decurso da união de facto, ocorrer uma separação e uma subsequente reconciliação, haverá suspensão ou interrupção do prazo? Para alguns autores é essencial verificar a intenção dos membros da união de facto. Com efeito, existindo por parte de um dos cônjuges o propósito de não restabelecer a união de facto, esta extingue-se, como determina o artigo 8.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, e, nesse caso, o prazo interrompe-se. Uma reconciliação dará lugar a uma nova união de facto. Se, pelo contrário, não existir intenção de terminar a união de facto, haverá suspensão do prazo.⁵⁴

⁵³ Cf. o artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro, que aprova o Regulamento da Nacionalidade Portuguesa. Ver, sobre esta questão, entre outros, Cruz (2019), pp. 413–418.

⁵⁴ Neste sentido, Pinheiro (2020), pp. 641 e 642. Como refere Pinheiro (2020), p. 642: «(...) forma-se a união de facto; um ano depois, por motivos exclusivamente profissionais, um dos membros tem de passar a residir em localidade distante da residência comum do casal. Aqui, a falta de coabitação não representa rutura da ligação. Logo que as partes retomem a vida em

Perfilhamos este entendimento. Facilmente se compreende que a contagem de novo prazo de dois anos se restrinja aos casos de cessação da união de facto por vontade de um dos membros seguida de reconciliação.

Tem sido também objeto de discussão na nossa jurisprudência a questão de saber se poderá ser considerado, para efeitos da contagem do prazo de dois anos da união de facto e subsequente atribuição da pensão de sobrevivência, o período de tempo de casamento, entretanto dissolvido por divórcio, que antecedeu a união de facto. Reformulando: após a dissolução do casamento por divórcio, os ex-cônjuges viveram em união de facto por um período inferior a dois anos; terá, nesse caso, o membro sobrevivente da união de facto direito à pensão de sobrevivência? O Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 31 de janeiro de 2020, processo n.º 00193/17.8BEMDL, decidiu que: «I — Embora na altura do falecimento do unido de facto, a união de facto que mantinha com a sua ex-cônjuge e A. na acção ainda não tinha perfeito dois anos — período de tempo esse que é pressuposto do reconhecimento legal da união de facto —, o tempo que durou o casamento de ambos deve aproveitar-lhe para este efeito de direito à pensão de sobrevivência. II — No caso dos autos o que se verifica é um *continuum* de estatutos: primeiramente, a A. e o beneficiário falecido estavam casados e, de seguida, após o divórcio, passaram a estar unidos de facto».⁵⁵

comum, volta a correr o prazo que é condição da união de facto protegida; e o ano anterior à situação de afastamento involuntário será incluído».

Defendendo a mesma solução, Cruz (2019), p. 159, entende que, à semelhança do que acontece na separação de facto entre os cônjuges, é necessário ter presente os elementos objetivo e subjetivo. Como refere a autora, «[a] tónica da distinção estará, julgamos, na essência daquela cessação de convivência, se é deliberada ou não. Se existir na união de facto — enquanto decorrem os dois anos para proteção legal — o elemento subjetivo (vontade de retomar a vida em comum assim que possível), o prazo só se suspende».

⁵⁵ Disponível em <https://www.dgsi.pt>, consultado a 31 de março de 2023. No mesmo sentido decidiu o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de julho de 2020, processo n.º 01782/17.6BEPRT, disponível em <https://www.dgsi.pt>, consultado a 31 de março de 2023, que, concedendo provimento ao recurso, considerou que a recorrente tem direito à pensão de sobrevivência, «[a] A., que estivera casada com o beneficiário da segurança social entre 23/7/87 e 25/2/2015 e que, após esta data, continuara a viver com ele em união de facto, tem direito

Finalmente, o direito à pensão de sobrevivência depende da verificação de um prazo de garantia de 36 meses (artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro), conforme referimos *supra*.

5. Considerações finais

Existem cada vez mais casais que optam por concretizar o projeto a dois à margem do casamento, sendo a crescente intervenção do Estado na regulamentação da união de facto uma evidência.

No domínio da segurança social, no caso de morte do beneficiário do regime geral de segurança social, os seus familiares são titulares do direito à proteção por morte, nomeadamente através da atribuição das pensões de sobrevivência. Inclui-se neste domínio as pessoas que vivam em união de facto. Apesar de não constar do elenco do artigo 1576.º do Código Civil, acompanhamos a doutrina que considera a união de facto uma relação de família.

A evolução legislativa mostra-nos que, não obstante a assimetria dos direitos atribuídos ao cônjuge e ao unido de facto no caso de dissolução por morte do vínculo relacional, com a possibilidade de o companheiro do beneficiário falecido beneficiar de proteção social independentemente da necessidade de alimentos, o legislador facilitou, a nosso ver, bem, o acesso à pensão de sobrevivência ao companheiro sobrevivente.

Não se discute a atribuição de efeitos distintos ao casamento e à união de facto. Ainda assim, e apesar de não estarem vinculados

à pensão de sobrevivência, ainda que não se tenha completado um período de 2 anos entre a data em que, por divórcio, fora dissolvido o seu matrimónio e aquela em que veio a ocorrer o falecimento desse beneficiário». O Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 12 de abril de 2019, processo n.º 01994/16.0BEPRT, disponível em <https://www.dgsi.pt>, consultado a 31 de março de 2023, entendeu, em sentido oposto que, «I.2 — para efeitos do preenchimento do requisito temporal (dois anos de vivência em união de facto), não se cumula todo o tempo que durou a relação da Autora com o falecido — em regime de casamento e em união de facto —; I.3 — casamento/divórcio/união de facto são opções de vida distintas com implicações, natural e logicamente, distintas; I.4 — no caso concreto, a existência da união de facto, que só pode ser considerada após o trânsito em julgado da sentença que decretou o divórcio, não teve a duração mínima de dois anos, razão pela qual não estão reunidas as condições para que possa ser reconhecido à Recorrida o direito à pensão de sobrevivência».

aos deveres conjugais, existindo partilha de leito, mesa e habitação, julgamos que se justifica uma maior proteção do membro sobrevivente nos casos de dissolução por morte da união de facto.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Susana (2008). *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, Telma (2004). A união de facto: a sua eficácia jurídica [pp. 221–255]. In AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CID, Nuno de Salter (2005). *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: entre o facto e o Direito*. Coimbra: Almedina.
- COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de (2016). *Curso de Direito da Família*, 5.^a Edição, Vol. I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- (2008). *Curso de Direito da Família*, 4.^a Edição, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- CONCEIÇÃO, Apelles J. B. (2022). *Segurança Social — Manual Prático*, 13.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- (1999). *Dicionário de Segurança Social*. Lisboa: Rei dos Livros.
- CRUZ, Rossana Martingo (2020). União de facto: a pertinência do registo, a problemática da separação de pessoas e bens e a contagem do prazo de convivência [pp. 67–83]. In AAVV, *Casamento & União de Facto: questões da jurisdição civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Disponível em <https://cej.justica.gov.pt/E-Books/Direito-da-Fam%C3%ADlia-e-das-Crian%C3%A7as>. [Consultado a 2 de março de 2023]
- (2019). *União de Facto versus Casamento: Questões pessoais e patrimoniais*. Coimbra: Gestlegal.
- DIAS, Cristina M. Araújo (2012). Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar [pp. 451–470]. In AAVV, *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora.
- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes (1992). *Código Civil Anotado*, 2.^a edição, Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINS, Rosa (2016). A morte do casamento: mito ou realidade? [pp. 219–233]. In AAVV, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a coordenação de Guilherme de Oliveira. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, disponível em <https://www.centrodedireitodafamilia.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online>. [Consultado a 2 de março de 2023.]
- MOREIRA, Sónia (2018). A União de facto como relação familiar [pp. 73–90]. In AAVV, *Anuário de Direitos Humanos*. Braga: Centro de Investigação em Justiça e Governação, Escola de Direito da Universidade do Minho, disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/anuario-dh-2018/>. [Consultado a 2 de março de 2023.]

- NEVES, Ilídio das (1996). *Direito da Segurança Social — Princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora.
- OLIVEIRA, Guilherme de (2021). *Manual de Direito da Família* (com a colaboração de Rui Moura Ramos). Coimbra: Almedina.
- (2010). Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (Alteração à Lei das Uniões de Facto) [pp. 139–153]. In *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14.
- PASSINHAS, Sandra (2019). União de Facto em Portugal [pp. 110–147]. In *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 11, disponível em <http://idibe.org>. [Consultado a 2 de março de 2023.]
- PEDRO, Rute Teixeira (2016). Breves reflexões sobre a proteção do unido de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido [pp. 307–246]. In AAVV, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a coordenação de Guilherme de Oliveira. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, disponível em <https://www.centrodedireitodafamilia.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online>. [Consultado a 2 de março de 2023.]
- PINHEIRO, Jorge Duarte (2020). *O Direito da Família Contemporâneo*, 7.ª Edição. Coimbra: Gestlegal.
- PITÃO, J. A. França (2011). *Uniões de Facto e Economia Comum*, 3.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- (2004). Os novos casamentos ou a crise do casamento tradicional no direito português [pp. 175–219]. In AAVV, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora.
- RODRIGUES, Abel (2020). *Direito da Segurança Social*. Braga: Nova Causa.
- TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz (2018). O direito à pensão de sobrevivência do (ex-)cônjuge e do «viúvo de facto» — Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 7/2017 (6.ª Secção), de 11.5.2017, Proc. 1560/11.6TVLSB.LL.S1-A [pp. 3–32]. In *Cadernos de Direito Privado*, n.º 61 (janeiro-março).
- XAVIER, Rita Lobo (2016). A união de facto e a lei civil no ensino de Francisco Manuel Pereira Coelho e na legislação atual [pp. 653–691]. In AAVV, *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, sob a coordenação de Guilherme de Oliveira. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, disponível em <https://www.centrodedireitodafamilia.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online>. [Consultado a 2 de março de 2023.]
- (2015). O «estatuto privado» dos membros da união de facto [pp. 283–316]. In *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, n.º 338, pp. 283–316.
- (2004). Uniões de facto e pensão de sobrevivência — anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 195/03 e 88/04 [pp. 17–24]. In *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3 (julho-setembro).
- (2002). Novas sobre a união «more uxorio» em Portugal [pp. 1393–1406]. In AAVV, *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

DEVERES DOS GESTORES VS. DEVER DE DILIGÊNCIA EMPRESARIAL — ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A PROPÓSITO DA PROPOSTA DE DIRETIVA DE 23/02/2022

RITA GUIMARÃES FIALHO D' ALMEIDA*

Sumário: 1. Introdução; 2. Deveres dos gestores; 2.1. Deveres específicos não legais; 2.2. Deveres legais específicos; 2.3. Deveres legais gerais; 3. Dever de diligência empresarial; 4. Considerações finais.

1. Introdução

Pretendemos, com a presente exposição, revisitar os deveres dos gestores (aqui compreendidos, em geral, os administradores das sociedades anónimas, bem como os gerentes das sociedades por quotas e os diretores das sociedades dos demais tipos), tal como consagrados no ordenamento societário português e, num segundo momento, tecer algumas considerações acerca do significado do dever de diligência empresarial à luz da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de fevereiro do ano de 2022, almejando, com tanto, a melhor compreensão dos mencionados deveres e, bem assim, das (dis)semelhanças entre ambos.

* Professora adjunta convidada na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

2. Deveres dos gestores

Começando pelos deveres dos gestores, cuidaremos agora, em especial, dos deveres específicos não legais (com especial enfoque para os deveres contratuais) e dos deveres legais específicos na sua contraposição com os deveres fundamentais ou deveres legais gerais, quais sejam os deveres de cuidado e de lealdade.

2.1. Deveres específicos não legais

No âmbito dos deveres específicos não legais (o mesmo é dizer, não resultantes da lei) encontramos os deveres contratuais¹ a que alude o artigo 72.º, n.º 1. Incluem-se aí os deveres compreendidos nos estatutos da sociedade (estatutários), assim como nos contratos «de administração ou de gerência» (caso existam).² Não se olvide ainda o dever (estatutário ou legal) de cumprir as deliberações de outros órgãos, designadamente da coletividade de sócios, ou do sócio (artigos 259.º e 405.º, n.º 1), bem como, eventualmente, a obrigação de cumprir as condutas impostas pelo «regulamento interno» da administração.³

2.2. Deveres legais específicos

No âmbito dos deveres legais dos gestores encontramos, desde logo, os denominados deveres legais específicos⁴; o mesmo é dizer, aqueles que resultam imediata e especificamente da lei, ora entendida em sentido amplo, com referência a diversos preceitos legais, não apenas dispersos pelo Código das Sociedades Comerciais (doravante CSC), como também por disposições de muitos outros diplomas, a impor aos gestores um dever concreto e vinculado, sem qualquer margem de discricionariedade.⁵

¹ Demonstrando, com argumentos, a preferência pela manutenção da formulação «deveres legais ou estatutários», Abreu (2010), pp. 9–11.

² Barreiros (2010), pp. 78–79; Costa (2011), p. 166; e (2017), p. 771.

³ Barreiros (2010), pp. 78–79; Costa (2011), p. 166; e (2017), p. 771.

⁴ Ou deveres vinculados na administração, na terminologia utilizada por Vasconcelos (2009a), pp. 65–69, e Costa (2011), p. 165 e (2017), p. 768.

⁵ Frada (2006), p. 121; Abreu (2010), p. 12; Barreiros (2010), p. 77; Costa (2011), p. 165 e (2017), p. 768.

Muitos são os deveres legais específicos que impendem sobre os gestores. Pense-se, designadamente, no dever de não ultrapassar o objeto social (artigo 6.º, n.º 4); no dever de não distribuir aos sócios bens sociais não distribuíveis ou, em regra, sem autorização, através de deliberação dos sócios (artigos 31.º, n.ºs 1, 2 e 4; 32.º; 33.º, n.ºs 1, 2 e 3; e artigo 514.º); no dever de convocar ou de requerer a convocação da assembleia geral quando se encontrar perdida metade do capital social⁶, com a finalidade de os sócios tomarem as medidas julgadas convenientes (artigo 35.º); no dever de exigir as entradas não liberadas (artigos 27.º, 204.º e 509.º); de prestar contas (artigo 65.º); de não exercer, por conta própria ou alheia, sem consentimento da sociedade, atividade concorrente com esta (artigos 254.º; 398.º, n.ºs 3 e 5; e 428.º)⁷; de prestar informações verdadeiras, completas e elucidativas (artigos 214.º, n.º 1, e 519.º); de não adquirir para a sociedade, em certas circunstâncias, ações ou quotas dela própria (artigos 316.º; 319.º, n.º 2; 323.º, n.º 4; 325.º, n.º 2; e 220.º)⁸; de não executar deliberações nulas⁹ do órgão de administração (artigos 412.º, n.º 4, e 433.º, n.º 1); de requerer a declaração de insolvência da sociedade em certas circunstâncias (artigos 18.º e 19.º do CIRE)¹⁰; e o dever de respeitar as leis de defesa da concorrência.

⁶ Relativamente a uma pequena sociedade em que os gestores, no lugar de convocarem uma assembleia geral, no sentido de evitar má publicidade, se limitam a informar os sócios da perda da metade do capital social, Vasconcelos (2009a), p. 67, reconhecendo embora a ilicitude da conduta, assinala a dificuldade em responsabilizar diante da ausência de nexo de causalidade e de culpa.

⁷ Prática que consubstancia um caso típico de violação do dever de lealdade. Para mais desenvolvimentos, ver Martins (1996), pp. 315–344.

⁸ Sem prescindir, a aquisição de ações próprias pode constituir um ato propriamente de gestão, na terminologia utilizada por Vasconcelos (2009a), p. 68. Pode suceder que as ações estejam cotadas a valores muito baixos, de tal modo que seja bom negócio comprá-las.

⁹ Pode suceder que a nulidade não seja óbvia, seja duvidosa, controvertida ou, mesmo, surpreendente. Os gestores podem, nomeadamente, considerar que a deliberação é válida e ser depois confrontados com uma decisão judicial transitada que declare a nulidade numa ação em que tenham alegado a validade. Pode a deliberação ter sido já executada, a execução ter-se iniciado ou, se ela for de execução permanente ou duradoura, estar a ser executada. Nestas circunstâncias, a responsabilidade dos gestores pode ser excluída se estes lograrem provar ter agido sem culpa (v. g., por terem obtido pareceres jurídicos credíveis no sentido da validade).

¹⁰ Este dever, tutelando embora fundamentalmente interesses dos credores sociais, protege, do mesmo passo, interesses da própria sociedade. Pode servir, designadamente, para obviar à

2.3. Deveres legais gerais

No âmbito dos deveres legais incluem-se ainda os denominados deveres fundamentais ou deveres legais gerais¹¹, situados além dos deveres legais específicos ou de que estes representam, não raras vezes, simples concretização não exaustiva.

Com referência ao número e à diversidade de situações com que os gestores se deparam e com os atos que têm de realizar, torna-se impossível, e inconveniente, a determinação prévia do comportamento devido de uma forma antecipada e abstrata, segundo uma previsão e cristalização *ex ante* das respetivas prestações. Por outras palavras, os deveres a observar pelos gestores no exercício das suas funções não podem ser individualizados em elenco legal fechado, o que explica a consagração de uma formalização geral e flexível, a exigir esforços de precisão por parte da jurisprudência e da doutrina na aplicação aos casos concretos.¹²

Diversamente de outros sujeitos que empreendem uma dada atividade profissional ou técnica, não existe um conjunto de ensinamentos seguros e inequívocos, modelos profissionais de comportamento, práticas ou *leges artis* comumente aceites pela coletividade a que possamos recorrer para identificar com maior facilidade as violações dos deveres gerais dos gestores para apuramento da respetiva responsabilidade.

Na versão originária, o artigo 64.º do CSC, sob a epígrafe «Dever de diligência», determinava que «os gerentes, administradores e directores [*sic*] de uma sociedade devem actuar [*sic*] com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores». Da leitura da norma resulta a consagração de uma formulação simples do

degradação económico-financeira da sociedade ou facultar a respetiva recuperação, mediante o plano de insolvência.

¹¹ Igualmente aplicáveis aos administradores (ou gestores) de facto, caracterizados pela falta, pela irregularidade ou pela cessação de efeitos da investidura formal como titular do órgão de administração e representação. *Cf.*, entre outros, Abreu (2010), p. 104 e Costa (2011), p. 166 e (2017), p. 771.

¹² Abreu (2010), p. 14; Barreiros (2010), p. 37; Dinis (2019), p. 131.

critério do *bonus paterfamilias* transposto para o âmbito do exercício da atividade dos gestores, a saber: a do gestor criterioso e ordenado. A referência à diligência do gestor criterioso e ordenado assumia assim um papel primordial na construção do regime jurídico de responsabilidade civil, apresentando-se, simultaneamente, como componente distintivo dos deveres impostos aos gestores e padrão de aferição da licitude ou da ilicitude da respetiva conduta. O artigo 64.º, embora incompleto por não conter a previsão de qualquer sanção para a violação dos deveres do gestor, não configurava uma elementar norma descritiva ou de enquadramento sistemático, mas antes compreendia um conteúdo normativo próprio, cuja formulação autónoma permitia um juízo de conformidade ou desconformidade acerca da atuação dos gestores para efeitos de responsabilidade.¹³

A sua redação — mormente o aditamento constante da parte final da disposição — viria, porém, a suscitar veemente debate na doutrina, tendo vindo a ser objeto de profundo escrutínio. Houve assim quem reduzisse ao interesse dos sócios o critério de gestão¹⁴, e mesmo quem recusasse qualquer utilidade do preceito.¹⁵ Porém, salvo o devido respeito, a melhor perspetiva a adotar perante o enunciado normativo incorporado na versão originária do artigo 64.º do CSC é a de que não podia continuar a sustentar-se a conceção contratualista como critério de comportamento dos gestores, que até então predominava entre nós, na medida em que não seria possível arredar, sem mais, os «interesses dos trabalhadores», havendo que reconhecer um certo institucionalismo moderado no âmbito dos deveres dos gestores, no sentido da afirmação do interesse da sociedade sobre o interesse dos sócios, levando, ao mesmo tempo, seriamente em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.¹⁶

Entre os anos de 1986 e de 2006, várias circunstâncias impuseram uma modificação substancial do regime, de entre as quais a

¹³ Almeida (2017), p. 254, nota 955.

¹⁴ Ventura (1996), pp. 150–151.

¹⁵ Cordeiro (2011), pp. 850 e ss. e 880 e ss.

¹⁶ Ascensão (2000), pp. 390–392; Abreu (1996), p. 227 e ss. e (2019), pp. 279–280; Almeida (2017), p. 254, nota 955.

integração de Portugal na União Europeia e na zona Euro, a perda do provincianismo tradicional, bem como a crescente internacionalização e desenvolvimento. A Bolsa internacionalizou-se com a *Euronext*, os padrões anglo-saxónicos tornaram-se imperantes no âmbito dos negócios, e algumas sociedades portuguesas de renome cotaram-se na NYSE, assim procedendo à emergente adaptação da estrutura orgânica e de comportamento no mercado.¹⁷

De clara influência anglo-americana, a nova redação do artigo 64.º do CSC, introduzida pelo DL n.º 76-A/2006, — intitulado «Deveres fundamentais» —, foi desdobrada em dois números: o n.º 1, dedicado aos gestores, discrimina nas suas duas alíneas entre «deveres de cuidado» e «deveres de lealdade», respetivamente; e o n.º 2, referente aos deveres de cuidado e de lealdade dos «titulares dos órgãos sociais com funções de fiscalização».

Em termos que são comuns aos diversos tipos societários, o CSC compreende, desde o momento da sua aprovação, um critério de atuação dos gestores, que corresponde, tecnicamente, a uma cláusula geral, ditando a observância de deveres de cuidado, de acordo com «a diligência de um gestor criterioso e ordenado», e de deveres de lealdade, no «interesse da sociedade», a que acresce a consideração dos interesses de outros sujeitos.¹⁸ Encontrando-se esta regra, ainda, em fase de consolidação — como, de resto, sucede relativamente a uma qualquer cláusula geral —, o legislador decidiu introduzir-lhe alterações significativas: por um lado, a substituição do dever de diligência, que delimitava o interesse social, por dois deveres fundamentais; por outro, a ampliação do âmbito de aplicação da norma, também, aos membros dos órgãos de fiscalização, em atenção aos interesses da sociedade.¹⁹

Sucintamente, a Reforma de 2006 veio modificar a redação do artigo 64.º do CSC nos termos que seguem: (i) introdução de um novo n.º 2, relativo aos deveres dos membros de órgãos sociais com

¹⁷ Para maiores desenvolvimentos, Vasconcelos (2009b), pp. 11–32.

¹⁸ Abreu (2010), p. 16.

¹⁹ Para maiores desenvolvimentos acerca dos deveres fundamentais dos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização, ver Dias (2017), pp. 800–808.

funções de fiscalização; (ii) alteração da epígrafe do artigo de «Dever de diligência» para «Deveres fundamentais»; (iii) alteração do título do capítulo V, de «Administração» para «Administração e fiscalização»; (iv) enumeração em duas alíneas do n.º 1 daquilo que se considera serem os deveres fundamentais dos gerentes e administradores, a saber, os deveres de cuidado e os deveres de lealdade, aqui permanecendo as referências constantes da redação anterior relativas à atuação no interesse da sociedade.

Assim sendo, a nova redação, embora mantendo as referências originais ao dever de diligência de um gestor criterioso e ordenado em torno do qual o artigo 64.º estava inicialmente construído, bem como ao interesse da sociedade, atendendo aos interesses de outros sujeitos, completa-as e delinea um novo enquadramento, em que assume particular importância a alusão aos deveres de cuidado (*duty of care*) e aos deveres de lealdade (*duty of loyalty*), de origem anglo-americana.²⁰

2.3.1. Deveres de cuidado

2.3.1.1. O dever típico do gestor — deveres de cuidado vs. dever de administrar

De acordo com o preceituado no artigo 64.º, n.º 1, alínea *a*), os deveres de cuidado exigem que o gestor revele «a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado».

A norma compreende, assim, os critérios de concretização do dever geral de cuidado, impondo que os gestores empreguem nas respetivas atividades de organização, de decisão e de controlo societários, o tempo (disponibilidade)²¹, o esforço e o conhecimento requeridos pela natureza das funções e as competências específicas, em face das circunstâncias particulares do caso concreto (v. g., o conteúdo do contrato de administração, o tipo de sociedade, o seu objeto e

²⁰ Entre outros, ver Barreiros (2010), pp. 34, 44 e 53.

²¹ O que não implica exclusividade, como adverte Costa (2017), p. 772, nota 29.

dimensão). Apenas perante estas circunstâncias podemos aferir do grau de disponibilidade e assiduidade com que o cargo deve ser exercido, a competência técnica, o conhecimento da atividade da sociedade e mesmo qual o grau de diligência exigível, pois é inteiramente distinta a concretização relativamente a gestores profissionais, a simples sócios, a administradores executivos ou não-executivos²², a gerentes de sociedade em nome coletivo — em que todos os sócios são, ou não, gerentes —, a gerentes de sociedade por quotas, sócios ou não sócios, de uma comandita, simples ou por ações, ou a administradores de sociedades anónimas, familiares, fechadas, abertas, multinacionais.²³

Nesta sede, cumpre distinguir entre os deveres de cuidado e o dever típico e principal de administrar e representar a sociedade (*cf.* artigos 192.º, n.º 1; 252.º, n.º 1; 405.º; 431.º, n.ºs 1 e 2), ou seja, aquele que verdadeiramente lhe confere individualidade, tipicidade e unidade, determinando o conteúdo da relação de administração societária e distinguindo-a de outras.²⁴

Frequentemente, o dever de cuidado aparece apenas como um modo-de-conduta dos membros do órgão de administração e representação da sociedade no desempenho das respetivas funções, de forma a ter-se por irrepreensível a sua atuação nas circunstâncias concretas de cada caso, não exprimindo, em regra, qualquer dever de prestar, e muito menos um dever de prestar próprio de uma relação obrigacional específica. E mesmo nas hipóteses em que o cuidado seja objeto de um dever de prestar, ou seja, quando não exprima um mero modo-de-realizar uma prestação, mas antes descreva, por si mesmo, a própria prestação, ele não perde a sua orientação para a mera conservação do património ou de outros interesses alheios.²⁵

²² Por administrador não-executivo deve entender-se aquele que, em razão de delegação própria de competências numa comissão executiva ou em administradores delegados, não apresenta um dever de administrar e de gestão, mas antes um dever de vigilância e intervenção.

²³ Vasconcelos (2009a), pp. 63–64; Abreu (2010), pp. 18–19; Barreiros (2010), p. 54; Costa (2011), p. 168 e (2017), p. 774; Almeida (2017), p. 256, nota 956. Por seu turno, Frada (2006), p. 120, refere apenas o tipo de sociedade, embora não pareça excluir uma apreciação casuística.

²⁴ Costa (2011), p. 163 e (2017), p. 766; Almeida (2017), p. 249, nota 944.

²⁵ Almeida (2017), p. 249, nota 944.

Como se compreende, o dever de administrar excede substancialmente um dever com aquelas características, pois o gestor, chamado a dirigir e a gerir a sociedade, visa desenvolver os meios de que dispõe em ordem à criação de lucro para ser distribuído aos sócios. Dito doutro modo, ao gestor compete, não um mero dever de cuidado na sua atividade de administração, mas antes o dever específico de cuidar da sociedade, isto é, o dever de tomar conta e de assumir o interesse social.²⁶

Em resumo, a referência legal ao cuidado apenas se compreende enquanto qualificativo da obrigação de administrar, o que equivale a impor ao gestor uma administração boa e cuidada, ou seja, a condução da respetiva atividade em conformidade com as boas ou as melhores práticas (*best practices*) da administração; o mesmo é dizer, a preocupação central daquilo a que hoje se designa vulgarmente por *corporate governance*.²⁷

2.3.1.2. A referência à diligência de um gestor criterioso e ordenado

No confronto com o regime originário, o empenho do legislador na descrição analítica daquilo que deve exigir-se dos gestores determinou a deslocação do papel assumido pelo dever de diligência do gestor criterioso e ordenado na configuração do regime jurídico da responsabilidade civil, dever esse que antes se apresentava, simultaneamente, como componente distintivo dos deveres impostos aos gestores e padrão de aferição da licitude ou da ilicitude da respetiva conduta. Na verdade, aquilo a que hoje se connexiona a diligência são, essencialmente, os deveres de cuidado, o que, aliás, decorre expressamente da disposição em exame.²⁸

De todo o modo, repare-se, embora aparentemente, e por contraposição ao entendimento tradicional, a atual referência, no artigo 64.º, n.º 1, alínea *a*), à diligência do gestor criterioso e ordenado aponte

²⁶ A diferença corresponderá à distinção que, na língua inglesa, se traça entre a mera *duty of care* e a autêntica *duty to take care*.

²⁷ Almeida (2017), pp. 249–250, nota 944.

²⁸ Costa (2011), pp. 160 e 171 e (2017), p. 779; Almeida (2017), p. 255, nota 955.

para uma perspectiva, segundo a qual a diligência não é um critério de ilicitude, mas antes de culpa (*cf.* artigos 487.º, n.º 2, e 799.º, n.º 2, do CCiv.), deve entender-se conter aquela expressão, ainda e simultaneamente, um critério de conduta objetivamente exigível ao gestor e, por conseguinte, um elemento concorrente para o juízo de ilicitude, embora com um papel mais modesto e meramente complementar, atendendo ao papel primordial atualmente conferido aos deveres de cuidado ou de lealdade na conformação do regime de responsabilidade.²⁹

Entre o critério do bom pai de família e o do gestor médio há ainda uma importante diferença quanto ao grau de concretização: o primeiro, mais geral; o segundo, mais particular (mais particularizado), daí não resultando embora divergências entre os critérios relativamente ao seu grau de exigência.³⁰ Como se deixou antever, a menção à diligência do gestor criterioso e ordenado encerra uma inquestionável ideia de profissionalismo, a qual significa, por um lado, uma certa especialização — diligência própria de uma determinada classe profissional — e, por outro, reclama uma dimensão de competência profissional.³¹ Embora a lei não imponha, como regra, especiais habilitações técnicas, académicas ou profissionais, «a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade» devem ser compreendidos como «pré-requisitos» à entrada em funções; o mesmo é dizer, requisitos subjetivos e «verdadeiras qualidades» que o gestor deverá reunir ainda antes do início das funções, sob pena de somente conseguir adquirir tais qualidades com o tempo e já durante o exercício do cargo, o que obrigará a que, pelo menos

²⁹ Frada (2007), pp. 210–211; Barreiros (2010), pp. 45, 48–51 e 63; Costa (2011), pp. 172–173, nota 52 e pp. 187–189 e (2017), pp. 777–778, nota 51 e pp. 796–798; Oliveira (2015), pp. 60–61; Almeida (2017), pp. 255–256, nota 955.

³⁰ Oliveira (2015), pp. 61–63. Em sentido contrário, Barreiros (2010), p. 58; Costa (2011), pp. 171–172 e p. 188 e (2017), pp. 777, 779 e 798, propugnam a maior exigência do «gestor criterioso e ordenado» no seu confronto com o critério comum civilístico da diligência de «um bom pai de família», homem normal e medianamente cuidadoso e prudente.

³¹ Ramos (2002), pp. 80 e ss.; Barreiros (2010), p. 58; Costa (2011), pp. 173–174 e (2017), pp. 778–779; Almeida (2017), p. 256, nota 955.

durante determinado período, não possa cumprir tais exigências, em violação expressa da norma.³²

De assinalar ainda a discrepância legal entre a diligência do gestor criterioso e ordenado exigível aos gestores e a diligência profissional imposta aos titulares dos órgãos sociais com funções de fiscalização — a que alude o n.º 2 do artigo 64.º. Embora a solução emergja expressamente da lei, a introdução sectorial ou a multiplicação de padrões específicos para se aferir, por um lado, da diligência da administração e, por outro, a dos membros dos órgãos sociais com funções de fiscalização, não se afigura desejável, nem tão-pouco viável ou oportuna. O real e definitivo alcance interpretativo não pode deixar de ser fundamentalmente o mesmo relativamente aos dois tipos profissionais.³³

2.3.1.3. Concretização dos deveres específicos de cuidado

Diante da insuficiência do elenco de manifestações do dever de cuidado, resultado da existência de outras manifestações, tão ou mais relevantes do que as mencionadas, e da formulação genérica e abrangente da remissão para a diligência de um gestor criterioso e ordenado, haverá que diligenciar pela densificação do seu conteúdo normativo específico, revelando-se esta atividade de redução dogmática essencial, no sentido de impedir a existência de comandos normativos contraditórios e, por conseguinte, paralisantes da atividade social. Em todo o caso, sempre se dirá que a menção efetuada deve considerar-se meramente exemplificativa, no sentido de facultar uma densificação doutrinal e jurisprudencial, que melhor se adapte à evolução vivida neste domínio.³⁴

³² Assim, Barreiros (2010), pp. 55–56, e Dinis (2019), pp. 132–133, propugnando ambos uma responsabilidade repartida entre quem nomeia e quem aceita em relação à verificação destas qualidades. No sentido de considerar a «disponibilidade», a «competência técnica» e o «conhecimento da atividade» como circunstâncias exigíveis («verdadeiramente qualidades»), ao invés de verdadeiras manifestações autonomizáveis do dever de cuidado, ver também Costa (2011), pp. 167–168 e (2019), pp. 772–773.

³³ Silva (2006), p. 52; Frada (2007), pp. 211–212; Almeida (2017), p. 256, nota 955. Para maiores desenvolvimentos, ver Dias (2017), pp. 806–808.

³⁴ Cordeiro (2006), p. 485; Câmara (2007), p. 167; Abreu (2010), p. 19; Barreiros (2010), p. 55; Almeida (2017), p. 256, nota 955.

Em termos de determinação do âmbito dos deveres de cuidado surge, *prima facie*, a necessidade de determinar qual a relevância do chamado risco da empresa, em que têm sido englobados aqueles resultados da atividade «que dependam de factores [*sic*] ou eventos que escapam ao domínio ou, pelo menos, à previsão de quem dirige a empresa».³⁵ Neste contexto, os gestores não deverão ser responsabilizados pelos danos produzidos pelo fracasso da sociedade emergente daquele risco; o mesmo é dizer, os deveres de cuidado não contemplam uma obrigação de gerir de forma a evitá-lo.

Diante da aludida insuficiência do elenco de manifestações do dever de cuidado, a doutrina propõe uma outra terminologia ou uma diferente proposta de organização dos deveres de cuidado, que compreende³⁶: (i) o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, segundo o qual é obrigação dos gestores conhecerem a evolução económico-financeira da sociedade e o desempenho de quem gere, o que implica que acedam a tal informação, seja produzindo-a eles próprios, seja solicitando-a, nomeadamente a trabalhadores encarregados da escrituração; (ii) o dever de atuação procedimentalmente correta na tomada de decisões, o qual implica a preparação adequada de decisões, em particular a recolha e o tratamento razoável da informação em que assentará a decisão; (iii) por fim, o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis, em consonância com a ideia de que os gestores têm de empregar, no exercício das suas funções, a diligência de um gestor criterioso e ordenado, sendo certo que eles gozam da faculdade de escolher entre várias alternativas razoáveis de decisão. Não obstante essa discricionariedade empresarial, os gestores violam aquele dever quando ultrapassam o respetivo âmbito. Concretizando melhor este critério, os gestores estão obrigados a não dissipar (ou esbanjar) o património social e a evitar riscos desmedidos, segundo a ideia de que a sociedade não pode perecer perante uma só decisão falhada.

³⁵ Ramos (2002), p. 91. Em idêntico sentido, Barreiros (2010), pp. 60–61; Almeida (2017), p. 256, nota 955.

³⁶ Entre outros, ver Abreu (2010), pp. 19 e ss.

2.3.2. Atuação compatível com o interesse social e/ou lealdade

2.3.2.1. Sobre os interesses a que a administração deve atender

O dever de administrar que impende sobre os gestores visa, em primeira linha, os interesses da sociedade³⁷, contemplando os «interesses de longo prazo dos sócios», aos quais podem opor-se os de «outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade»³⁸, tais como os dos seus trabalhadores, clientes e credores, a que o legislador manda, pelo menos, considerar e ponderar, em face do disposto no artigo 64.º, n.º 1, al. b), do CSC, sob pena de os gestores, não o fazendo, incorrerem em responsabilidade.³⁹

³⁷ Daí que as funções de administração não possam ser exercidas por uma pessoa coletiva, mas antes apenas por uma pessoa singular em nome próprio e não em representação de quem a indica (artigo 252.º, n.ºs 1 e 5, para as sociedades por quotas, e artigos 390.º, n.ºs 3 e 4, e 391.º, n.º 6, para as sociedades anónimas). Neste sentido, Santos (1996), pp. 222–223; Trigo (2011), p. 149; Silva (2001), p. 247; Almeida (2015), p. 389, nota 50 e (2017), p. 250, nota 945.

³⁸ Como notam Barreiros (2010), p. 67 e nota 48, e Cunha (2012), p. 500, a expressão refere-se aos denominados *stakeholders*, conjunto de pessoas, grupos, organizações ou instituições que assumem particular interesse na sociedade, diante a circunstância de poderem determinar ou ser determinados pelos seus atos, comportamentos ou estratégias. Incluem-se, em regra, empregados, credores, clientes, fornecedores, sindicatos, organizações não-governamentais, comunidades locais onde se inserem os respetivos estabelecimentos, a comunidade, o próprio Estado e organizações estatais, e mesmo os próprios acionistas. Na ausência de regras para a averiguação da qualidade de *stakeholders* deve considerar-se estarem aqui compreendidos aqueles que afirmam sê-lo, ainda que varie entre eles a legitimidade do interesse, seja em intensidade seja em domínios sectoriais. Para maiores desenvolvimentos, ver Freeman (1984), *passim*; Freeman; Harrison; Wicks (2007), *passim*; Plender (1997), *passim*; Mayson; French; Ryan (2008/2009), pp. 32 e ss. Refira-se ainda que a expressão contida no artigo 64.º, n.º 1, alínea b), do CSC, compreende um sentido mais amplo do que o contido no texto da lei, segundo uma interpretação literal, abrangendo também aquelas pessoas para cuja sustentabilidade a sociedade represente um papel relevante, além daquelas que têm evidente interesse para a sustentabilidade da sociedade. Por outras palavras, os *stakeholders* desempenham um papel determinante para a sociedade, mas simultaneamente a sociedade é fundamental para eles, assumindo a sustentabilidade um conteúdo bilateral. Assim, Barreiros (2010), pp. 67–68, assinalando ainda o autor a intenção de manutenção, de preservação, de conservação e de continuidade da própria sociedade, tal como o ilustra a expressão «sustentabilidade»; Almeida (2017), p. 250, nota 946. De assinalar ainda que a menção aos interesses a ter em conta pelos gestores no artigo 64.º, n.º 1, alínea b), do CSC, não representa qualquer originalidade do nosso ordenamento societário. Para maiores desenvolvimentos, ver Abreu (2019), pp. 282–284.

³⁹ Cf. artigos 71.º a 84.º do CSC. Em termos genéricos, o sistema de responsabilidade civil dos administradores compreende três pontos fundamentais, a saber: o da responsabilidade para com a sociedade efetivada pela ação social *ut universi* (artigo 75.º), com a particularidade de

Concretizando, os gestores devem atender aos interesses de longo prazo dos sócios enquanto tais e comuns a todos eles, não beneficiando uns em detrimento dos outros; o mesmo é dizer, os gestores não devem ser influenciados pelos interesses dos sócios enquanto tais, mas não comuns a todos eles (v. g., cada sócio tem interesse em manter a sua posição relativa dentro da sociedade por ocasião de um aumento de capital), devendo antes optar pela solução que melhor satisfaça o interesse que todos os sócios perfilham. Nem tão-pouco hão de atender aos denominados interesses extrassociais dos sócios enquanto terceiros (v. g., como vendedores de bens à sociedade) ou conjunturais, antinômicos do interesse social comum, pelo que estes últimos só devem reger a administração enquanto não colidam com o interesse da sociedade, num plano secundário e tendo em vista o investimento não especulativo.⁴⁰

Quanto aos interesses dos trabalhadores da sociedade, que haviam aparecido na versão originária do artigo 64.º e permanecem com menção expressa no artigo 64.º, n.º 1, alínea b), do CSC, os mesmos respeitam à manutenção dos postos de trabalho, à preservação de remunerações satisfatórias, bem como às condições de trabalho, em termos de higiene, segurança e organização do processo produtivo. Contemplam ainda o acesso a organizações sociais (nomeadamente, infantários para os filhos dos trabalhadores), as gratificações no final de cada ano e/ou aquando da entrada dos trabalhadores na reforma. Assinale-se que a utilidade da menção aos interesses dos

poder ser também reclamada por sócios ou por credores sociais a favor daquela, seja por via da denominada ação social de sócio(s) ou ação social *ut singuli* (artigo 77.º), seja por via da ação subrogatória do(s) credor(es) sociais (artigo 78.º, n.º 2); o da responsabilidade para com os credores sociais (artigo 78.º, n.º 1); o da responsabilidade para com sócios e terceiros (artigo 79.º), a qual versa sobre os danos que lhes sejam diretamente causados, não se confundindo, pois, com a possibilidade da propositura de ação social *ut singuli*. Para maiores desenvolvimentos, ver Abreu (2010), *passim*. Como adverte Costa (2017), p. 765, trata-se de uma responsabilidade orgânico-funcional porque resultante do incumprimento de deveres no âmbito do exercício das funções e competências de gestor; o mesmo é dizer, durante e em consequência da sua atividade de gestão e/ou representação.

⁴⁰ Barreiros (2010), pp. 66–67; Costa (2011), p. 183 e (2017), p. 792; Almeida (2017), pp. 251–252; Abreu (2019), pp. 287–288.

trabalhadores residirá, sobretudo, na circunstância de as leis laborais e as convenções coletivas de trabalho não regularem tudo quanto respeita à prestação de trabalho subordinado ou regularem alguns aspetos somente em termos de determinação de limites, mínimos ou máximos. Tanto nos domínios não-regulamentados como nos regulamentados, haverá assim espaços de discricionariedade a completar, em conformidade com a disposição em apreço.⁴¹

Os interesses dos clientes assumem, igualmente, importância fundamental, na medida em que a sociedade deles carece para se manter e desenvolver. Por conseguinte, esta há de propiciar produtos que satisfaçam as necessidades dos clientes, a fim de os conservar ou adquirir.⁴²

Finalmente, o artigo 64.º, n.º 1, alínea *b*), do CSC, refere-se aos interesses dos credores, enquanto sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, cuja ponderação se afigura instrumental do dever de promover a subsistência e o desenvolvimento da sociedade. Embora a referência possa causar certa perplexidade, por não se compreender como os sujeitos a quem a sociedade deve possam ser relevantes para a respetiva manutenção e desenvolvimento, o certo é que será porventura impossível prosseguir o escopo lucrativo sem aqueles.⁴³

⁴¹ Abreu (1996), pp. 232–233 e (2019), pp. 286–287; Ramos (1997), pp. 232–235; Almeida (2017), p. 252.

⁴² Almeida (2017), p. 252; Abreu (2019), p. 286. No domínio da responsabilidade social das sociedades, pese embora a circunstância de o artigo 64.º do CSC não aludir explicitamente ao interesse dos consumidores, deve entender-se estarem eles ainda incluídos na noção de «clientes», agora consagrada, numa orientação que é de saudar. Não obstante, a redação olvida outros interesses igualmente importantes, como sejam os atinentes a interesses coletivos difusos (pense-se, por exemplo, no ambiente), cujo reconhecimento se afigura fundamental para a afirmação de uma crescente responsabilidade social das sociedades. Neste ponto, a responsabilidade dos gestores deve, por conseguinte, ser considerada acessória. Assim, Frada (2007), pp. 223–224. Aparentemente em sentido contrário, Cunha (2012), p. 500. Por seu turno, Dinis (2019), p. 137, reconhecendo embora a importância, para a sociedade, no que se refere ao desenvolvimento de políticas de proteção ao consumidor e de algumas manifestações de responsabilidade social, considera que tais interesses não deveriam estar elencados neste dever, até porque tais medidas devem ser discutidas com os próprios sócios e não devem depender exclusivamente dos gestores ainda que os mesmos possam e devam apresentar propostas nesse sentido.

⁴³ Almeida (2017), p. 253; Abreu (2019), pp. 285–286.

Compreensivelmente, a medida de ponderação de cada um desses interesses variará consoante as circunstâncias, devendo os gestores, caso a caso, atentos os objetivos a prosseguir, optar pelos interesses que mais se lhes adequam, segundo um critério de concordância prática. Fala-se a este respeito numa hierarquização da importância descendente para o bom cumprimento dos deveres de lealdade pelos gestores.⁴⁴ Assim sendo, muito embora o interesse social não possa ser entendido em termos absolutos, no sentido de dever prevalecer sempre sobre os demais (se assim fosse, a lei não ordenava pesar estes últimos), a atendibilidade e a ponderação daqueles outros interesses não pode descurar ordinariamente o interesse social, que prevalece sempre, ainda que aqueles outros interesses fiquem por executar.

Outrossim, o artigo 64.º do CSC não é uma norma de proteção dos trabalhadores ou de outros terceiros (artigo 483.º, n.º 1, do CCiv.), pelo que os deveres que impendem sobre os gestores aí previstos são para com a sociedade e no seu interesse, e não direta e imediatamente para com os sócios, trabalhadores, clientes e credores.⁴⁵

Seja como for, parece ser de rejeitar a perspetiva segundo a qual a referência a outros interesses, além do interesse social, equivaleria a uma simples norma de enquadramento, no sentido de que aqueles apenas poderiam relevar na medida em que fossem impostos por normas específicas. Embora as demais regras do sistema possam auxiliar

⁴⁴ Cordeiro (1997), pp. 498 e ss.; Silva (2006), p. 57; Costa (2011), pp. 183–184, 189 e (2017), pp. 792, 798 (com referências doutrinárias); Cunha (2012), p. 499; Oliveira (2015), pp. 39–40, propugnando embora a sua preferência por uma relação de precedência ou de prioridade provisória (*prima facie*) em detrimento de uma hierarquia rígida entre os interesses da sociedade, os interesses («de longo prazo») dos sócios e os interesses dos outros sujeitos; Almeida (2017), p. 253, nota 954. Com entendimento algo diverso, em face dos mais recentes e relevantes desenvolvimentos no que ao reconhecimento do dever diligência empresarial respeita, Serra (2022), p. 33, sustenta que «[n]a prática, isto [ou seja, a solução preconizada pelo artigo 64.º, n.º 1, alínea b), do CSC] tenderá a assegurar que os administradores se abstem de agir quando a sua acção [*sic*], orientada, em regra, para a realização dos interesses de longo prazo dos sócios, importe um sacrifício desproporcionado dos interesses dos outros *stakeholders*, garantindo-lhes uma certa protecção [*sic*] contra as acções [*sic*] de responsabilidade (da sociedade e dos sócios) que poderiam ser equacionadas nestes casos».

⁴⁵ Almeida (2017), p. 253, nota 954; Costa (2017), pp. 798–799 (assinalando embora controvérsia com referências doutrinárias e jurisprudenciais num e noutro sentido).

na compreensão da força e das condições de atendibilidade dos interesses em causa, a verdade é que não se vislumbram razões para restringir o respetivo relevo ao exato domínio das aludidas regras — daí que a perfilhação de uma tal conceção redunde num normativismo indefensável.⁴⁶

Recorde-se que o interesse social não se apresenta como um princípio estruturante da sociedade comercial, constituindo antes um fim da própria sociedade, enquanto organização de fatores de produção, cujo objetivo é o de propiciar àqueles que a integram, ou venham a integrar, um ganho consequente da atividade dessa organização. E aí o direito atual compreende não apenas os sócios, mas os próprios trabalhadores — que se apresentam como o substrato humano que subjaz à sociedade —, os clientes e os credores (v. g., os financiadores e os fornecedores), cujos interesses entram igualmente em linha de conta no âmbito do exercício da atividade societária. Com efeito, todos eles têm interesses que giram em torno da sociedade e que a adequada atividade desta tende a realizar. Por conseguinte, para todos é relevante o desempenho da sociedade.

Assim sendo, é inequívoco que a aceitação de uma perspetiva de pura análise económica do direito, segundo a qual a atividade dos gestores há de corresponder unicamente à prossecução do interesse social ou em referentes idênticos — como seja o da criação de lucro para coletividade dos sócios —, afigura-se absolutamente redutora, não refletindo inteiramente a realidade do direito atual, mormente no respeitante ao dever-ser jurídico.⁴⁷ Gerir uma sociedade exige, como vimos, a ponderação daqueles outros interesses, afirmando-se aqui, diferentemente do que sucede em outras normas, perentória e definitivamente, a corrente institucional da sociedade comercial⁴⁸, justapondo os interesses de todos quantos gravitam na sua órbita aos

⁴⁶ Almeida (2017), pp. 253–254, nota 954.

⁴⁷ Frada (2007), pp. 222–223; Barreiros (2010), pp. 65–66; Almeida (2017), p. 259.

⁴⁸ Abreu (1996), pp. 227 e ss. e (2019), pp. 279–280; Santos (1996), p. 202; Barreiros (2010), p. 65; Trigo (2011), p. 182; Almeida (2011), pp. 110–111; Costa (2011), pp. 174–175 e (2017), p. 780; Morais (2014), p. 48; Almeida (2015), p. 391 e (2017), p. 259.

interesses de quem a constituiu e gere, alinhando o seu interesse de forma autónoma perante os respetivos titulares.

2.3.2.2. Sobre o dever de lealdade

Apresenta-se o dever (geral) de lealdade como o dever que impende sobre os gestores de atender e satisfazer exclusivamente os interesses da sociedade, com a consequente abstenção da promoção do benefício próprio ou de interesses alheios.⁴⁹

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 perdido 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 correção de comportamento, de pendor ético-jurídico objetivo.⁵⁰

Muito embora o dever em apreciação não carecesse de positivação, a verdade é que a mesma se justifica, sobretudo em razão da função pedagógica da lei, que pretendeu lembrar, aos gestores e ao intérprete, aquilo que nem sempre se considerou adequadamente. Porém, não prescindindo 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

⁴⁹ Abreu (2010), p. 25; Barreiros (2010), pp. 64–65; Costa (2011), pp. 180–181 e (2017), pp. 787–788; Almeida (2017), p. 257, nota 957. 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 CSC e beneficiava de concretizações fundamentais no âmbito do direito de insolvência.

⁵⁰ Almeida (2017), p. 257, nota 957.

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 além deles; quer dizer, o dever de lealdade que impende sobre o gestor 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 gestor, de que é elemento constitutivo, até porque o «direito» à lealdade dos gestores 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 melhor os «deveres de lealdade», os gestores devem⁵¹: (i) atuar com correção (*fairness*) quando contratam com a sociedade; (ii) não concorrer com ela; (iii) não aproveitar em benefício próprio as oportunidades de negócio societárias; (iv) não aproveitar bens e informações da sociedade; (v) finalmente, não devem abusar do estatuto ou posição de gestor.

Dúvidas não restam de que a lealdade — ou, noutra formulação, a fidelidade — é uma conduta exigível ao gestor, mero dever de comportamento, o que resulta do facto de ele ser suscetível de brotar em outras relações jurídicas, especialmente naquelas em que alguém gere um interesse alheio, em nome e/ou por conta de outrem.⁵²

Repare-se, ainda, que esse dever não se confunde com o dever de administrar, na medida em que um gestor leal pode não administrar corretamente, e um bom gestor pode, pelo menos em determinado momento, não ser leal. Seja como for, a relação de administração importará, indubitavelmente, um especial dever de lealdade.⁵³

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

⁵¹ Entre outros, ver Abreu (2010), p. 26 e ss.

⁵² Almeida (2017), p. 257, nota 957.

⁵³ Frada (2007), p. 215; Almeida (2017), p. 257, nota 957.

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 CCiv., o qual não proíbe 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.⁵⁴

Relativamente ao dever de lealdade que impende sobre os titulares do órgão de administração das sociedades, importará não esquecer que a relação que estabelecem com a pessoa coletiva 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 dos interesses da sociedade e respetivas condições de prossecução, e não a delimitação da prossecução de interesses próprios.

Nesta ordem de ideias, a lealdade devida pelo gestor 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 diretamente a esses sócios, além do dano que lhes haja sido causado.⁵⁵

Em todo o caso, ainda que a lealdade qualificada do gestor exista apenas, propriamente, em relação à sociedade que serve, isso não significa a dispensa de lealdade do gestor para com outros sujeitos com que entrou em relação (v. g. trabalhadores, sócios, clientes e credores). Por outras palavras, embora o legislador entenda diferenciar vários limiares de incidência de lealdade, reconduzindo-a mormente

⁵⁴ Sobre a comparação entre o dever genérico de lealdade dos gestores e o dever de boa-fé do artigo 762.º, n.º 2, do CCiv., ver Barreiros (2010), pp. 68–69; Costa (2011), p. 181 e (2017), p. 788; Oliveira (2015), pp. 41–43; Almeida (2017), p. 257, nota 957.

⁵⁵ Almeida (2017), p. 258, nota 957.

à sociedade e respetivo 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 gestor na sua relação perante os sócios, os clientes, os trabalhadores ou os credores pode, *in casu*, conflitar com o interesse social.⁵⁶ 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.⁵⁷

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 gestores não afetará, em regra, a lealdade perante terceiros. Uma possível delimitação será, pois, a de atender ao tipo de interessados na matéria. Outrossim, a mentira ou a falta consciente à verdade parece representar sempre uma censura ético-jurídica, independentemente dos interessados em causa, de onde ela tende a coincidir com uma violação do dever de lealdade, conquanto exista uma ligação específica anteriormente estabelecida entre o autor e o destinatário do conteúdo transmitido. Finalmente, enquanto produto de uma valoração ético-jurídica indisponível, a lealdade não é graduável ou suscetível 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 afetados.⁵⁸

⁵⁶ Pense-se, por exemplo, na circunstância de o gestor 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.

⁵⁷ Almeida (2017), p. 258, nota 957.

⁵⁸ Frada (2007), pp. 219–221; Almeida (2017), p. 258, nota 957.

Por todo o exposto, o dever de lealdade é um dever absoluto, não admitindo quaisquer ponderações, porquanto indisponível para fragmentações derivadas de escolhas do gestor.⁵⁹

3. Dever de diligência empresarial

No Direito da União Europeia surgiu, mais recentemente, a Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial e, na prática, se consubstanciou, *a posteriori*, na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade (doravante «Proposta» ou «Proposta de Diretiva»), adotada pela Comissão Europeia a 23 de fevereiro de 2022.⁶⁰

Reconhecido que o caráter voluntário dos instrumentos internacionais em matéria de dever de diligência é suscetível de prejudicar a respetiva eficácia e impactos, assim como a circunstância de as empresas se centrarem sobretudo na maximização dos lucros a curto prazo, pretende-se agora instituir, neste domínio, uma abordagem diferente, que seja vinculativa e harmonizada.

Por dever de diligência empresarial ou dever de diligência em matéria de direitos humanos (*human rights due diligence*) (artigo 4.º), entende-se a obrigação de as empresas, mais exatamente, as grande empresas da União Europeia e algumas que, não sendo europeias, conduzam parte significativa dos negócios na Europa, de modo proporcionado às suas possibilidades e ao contexto em que operam, envidarem esforços no sentido da identificação, avaliação, prevenção, mitigação ou cessação dos efeitos negativos — potenciais ou reais — nos direitos humanos, no ambiente ou na governação pública

⁵⁹ Neste sentido, Costa (2011), pp. 184–185 e (2017), pp. 793–794, em referência à convocação do padrão do «gestor criterioso e ordenado» para a avaliação do cumprimento do dever de lealdade.

⁶⁰ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 — COM/2022/71 final 2022/0051 (COD). Para maiores desenvolvimentos, ver AA.VV. (2022), *passim*.

decorrentes das respectivas atividades e/ou das empresas com que se relacionam, sob pena de, não o fazendo, incorrerem em sanções administrativas e em responsabilidade civil.⁶¹

Em ordem ao cumprimento do dever de diligência, o mesmo deverá ser integrado pelas empresas em todas as suas políticas empresariais, pressupondo uma tal integração a descrição da abordagem da empresa, incluindo a longo prazo, nesta matéria, assim como um código de conduta que descreva as normas e os princípios a observar pelos trabalhadores e filiais da empresa, cujo respeito cumprirá igualmente averiguar e, finalmente, a descrição dos processos instaurados tendo em vista a aplicação do dever em apreciação (artigo 5.º).

Por contraposição aos deveres dos gestores, os quais, como vimos, impendem apenas sobre os membros do órgão de administração (assim como sobre os membros do órgão de fiscalização, nos termos do mencionado artigo 64.º, n.º 2) e no interesse das sociedades respectivas, o dever de diligência empresarial recai diretamente sobre as sociedades (e outras empresas), além de atender à satisfação de interesses (imediatamente) externos; o mesmo é dizer, interesses em primeira linha daqueles que podem ser afetados por efeitos negativos produzidos pelas sociedades.⁶²

Seja como for, relativamente aos gestores, a Proposta começou por estabelecer que a remuneração possa ser variável consoante a sua contribuição para a estratégia empresarial da empresa e para o interesse e a sustentabilidade a longo prazo (artigo 15.º, n.º 3).

Outrossim, a Proposta, no seu artigo 25.º, sob a epígrafe «Dever de diligência dos administradores» (compreendidos em sentido amplo), estabeleceu expressamente o modo como se espera que os gestores das empresas da UE, «no cumprimento do seu dever de agir no melhor interesse da empresa», contribuam, ao mesmo tempo, para o cumprimento do dever de diligência da empresa, concretamente

⁶¹ Conceção, aliás, na senda de anteriores orientações. Basta pensar nos *Guiding Principles on Business and Human Rights* das Nações Unidas de 2011 (veja-se, em especial, os artigos 17º e ss.) e no Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável de 2018.

⁶² No mesmo sentido, com referência ao projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021, Abreu (2022), p. 17.

impondo-lhes a avaliação das suas decisões em matéria de sustentabilidade, incluindo, porventura, as consequências, a curto, médio e longo prazo, em termos de direitos humanos, alterações climáticas e ambientais (n.º 1). Por seu turno, as leis nacionais devem contemplar tais obrigações ao disciplinarem as violações do dever de diligência dos gestores (n.º 2).

Para tanto, determinou ainda a Proposta, os gestores serão igualmente responsáveis pela criação e supervisão efetiva dos processos e medidas de diligência, incluindo mesmo uma política específica de diligência, contemplando simultaneamente as considerações das partes interessadas (*stakeholders*) e das organizações da sociedade civil (artigo 26.º).

Tais soluções suscitaram, como logo se vê, dúvidas e preocupações nos Estados-membros e acabaram (a nosso ver, bem) suprimidas pelo Conselho da União Europeia, a 30 de novembro do ano de 2022, quando adotou a sua posição de negociação («orientação geral») sobre a diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade. Primeiramente, o modo e a estrutura da remuneração dos gestores são matérias, essencialmente, da competência da empresa e dos seus órgãos ou acionistas relevantes. Em segundo lugar, uma interferência nas disposições nacionais relativas ao dever de diligência dos gestores, não só se vislumbra inadequada, como, sobretudo, poderá comprometer o dever de os gestores agirem no melhor interesse da empresa. Finalmente, os principais elementos relacionados ao processo do dever de diligência foram transferidos para a disposição relativa à integração do dever de diligência nas políticas e nos sistemas de gestão dos riscos da empresa (artigo 5.º, n.º 3), em consideração da diversidade dos sistemas de governação das empresas e a sua liberdade para regularem as questões internas.

4. Considerações finais

Reconhecendo-se embora críticas, algumas das quais acima mencionadas, o impacto da Proposta de Diretiva e a mudança de paradigma que a mesma importa, porque mais vinculativa e harmonizada relativamente ao dever de diligência das empresas, merecem, como logo

se vê, a nossa maior atenção e reflexão, designadamente no que se refere à antecipação daqueles que poderão assumir-se como os reais parâmetros da ação empresarial.

Nesta senda, cumpre, desde logo, assinalar a urgência em salvarguardar o equilíbrio entre a sustentabilidade como meta e o escopo lucrativo como fim, de modo que os comportamentos doravante impostos às empresas sejam devidamente avaliados segundo um padrão de proporcionalidade, sendo-lhes somente exigíveis medidas, não só razoavelmente disponíveis, como também economicamente sustentáveis, até porque o planeta deixará de suportar, mais cedo do que tarde, os velhos padrões utilizados nas últimas décadas para a extração, produção, comercialização e eliminação de bens, embora tanto não possa colocar em causa a liberdade dos Estados quanto aos contornos do dever de diligência dos gestores.

Naturalmente, a reflexão ora empreendida não esgota todas as questões que poderiam, e podem, ser suscitadas, reclamando a temática um contínuo aprofundamento dos dados ora lançados, sobretudo se atendermos a que esta é uma época marcada por constantes mutações ao nível do globo que, compreensivelmente, não deixam de atuar também aqui.

Referências bibliográficas

- AAVV (2022). In Abreu, J. M. Coutinho de; Martins, Alexandre de Soveral; Dias, Rui Pereira. (coord.). *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. doi: https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/livro.
- ABREU, J. M. Coutinho de (2022). Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil. (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021). *DSR*, ano 13, vol. 27, p. 13–24.
- (2019). *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades, Vol. II*, 6.^a Edição, Coimbra: Almedina.
- (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- (1996). *Da Empresarialidade (as empresas no direito)*. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, António Pereira de (2011). *Sociedades Comerciais: Valores Mobiliários e Mercados*, 6.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- ALMEIDA, Rita G. Fialho d' (2017). *Os Acordos Parassociais: reflexão dogmática e jurisprudencial*. Tese de Doutoramento. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/87634>. Acesso em: 2 de maio de 2023.

- (2015). Acerca das restrições dos acordos parassociais em matéria de administração. *Scientia Iuridica*. Braga: Universidade do Minho (Escola de Direito), t. LXIV, n.º 339, pp. 375–398.
- ASCENSÃO, José de Oliveira (2000). *Direito Comercial. Sociedades Comerciais: Parte Geral*, vol. IV, Lisboa: AAFDL.
- BARREIROS, Filipe (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores: os Deveres Gerais e a Corporate Governance*. Coimbra: Wolters Kluwer sob a marca Coimbra Editora.
- CÂMARA, Paulo (2007) O governo das sociedades e os deveres fiduciários dos administradores. In Ribeiro, M.ª de Fátima. (coord.), *Jornadas: Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*. Coimbra: Almedina, pp. 163–179.
- CORDEIRO, António Menezes (2011). *Direito das Sociedades: Parte Geral, Vol. I*, 3.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- (2006). Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades. *ROA*, ano 66, Vol. II, pp. 443–488.
- (1997). *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lisboa: Lex.
- COSTA, Ricardo (2017). Comentário ao art.º 64.º do CSC». In Abreu, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário, vol. I (artigos 1.º a 84.º)*, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina, pp. 757–800.
- (2011). Deveres gerais dos administradores e «gestor criterioso e ordenado». In *I Congresso Direito das Sociedades em revista*. Coimbra: Almedina, pp. 159–189.
- CUNHA, Paulo Olavo (2012). *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- DIAS, Gabriela Figueiredo Dias (2017). Comentário ao art.º 64.º do CSC. In Abreu, J. M. Coutinho de (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário, vol. I (artigos 1.º a 84.º)*, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina, pp. 757–764 e 800–808.
- DINIS, Marisa (2019). Estrutura de governação. In Dinis, Marisa (coord.); Almeida, Rita G. Fialho d’; Fernandes, Sofia Rainho; Pinto, Sónia, *Noções de Direito das Sociedades Comerciais*. Lisboa: Rei dos Livros.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da (2007). «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, pp. 207–248.
- (2006). *Direito Civil — Responsabilidade Civil — O Método do Caso*. Coimbra: Almedina.
- FREEMAN, R. Edward (1984). *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman.
- FREEMAN, R. Edward; HARRISON, Jeffrey S.; WICKS, Andrew C. (2007). *Managing for Stakeholders*. New Haven/London: Yale University Press.
- MARTINS, Alexandre Soveral (1996). O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas. *BFD*, vol. LXXII, pp. 315–344.
- MAYSON, Stephen; FRENCH, Derek; RYAN, Christopher (2008/2009). *Company Law*. Oxford: Oxford University Press.
- MORAIS, Helena (2014). *Acordos Parassociais: restrições em matéria de administração das sociedades*. Reimpressão. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto (2015). *Responsabilidade Civil dos Administradores: entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*. Coimbra: Coimbra Editora.

- PLENDER, John (1997). *A Stake in the Future: the stakeholding solution*. London: Nichols Brealey.
- RAMOS, M.^a Elisabete (2002). *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas Perante os Credores Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- (1997). Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade. *BFD*, 73.^o, pp. 211–250.
- SANTOS, Mário Leite (1996). *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*. Lisboa: Cosmos.
- SERRA, Catarina (2022). Empresas e Human Rights Due Diligence — algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. *DSR*, ano 13, vol. 27, pp. 25–47.
- SILVA, João Calvão da (2006). *Corporate governance*: Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão. *RLJ*, ano 136.^o, n.^o 3940, pp. 31–59.
- (2001). Preferência societária e venda conjunta de acções por preço global. In *Estudos jurídicos [Pareceres]*, (pp. 297–328). Coimbra: Almedina.
- TRIGO, M.^a Graça (2011). *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 2.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de (2009a). *Business judgement rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.^o do Código das Sociedades Comerciais. *DSR*, ano 1, vol. 2. Coimbra: Almedina, pp. 41–79.
- (2009b). Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais. *DSR*, ano 1, vol. I pp. 11–32.

A TRIBUTAÇÃO DOS CRIPTOATIVOS — ENQUADRAMENTO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICO PORTUGUÊS E EUROPEU

RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA*

Sumário: 1. Introdução; 2. Os criptoativos e a sua classificação; 3. Os criptoativos e o seu enquadramento teórico; 3.1. O caso particular das criptomoedas na União Europeia e no mundo; 4. A tributação dos criptoativos — considerações gerais; 4.1. A tributação das criptomoedas em outras jurisdições europeias e mundiais; 5. A tributação dos criptoativos em Portugal; 5.1. Considerações introdutórias; 5.2. Tributação em sede de IRS — Categoria B; 5.3. Tributação em sede de IRS — Categoria E; 5.4. Tributação em sede de IRS — Categoria G; 5.5. Tributação em sede de IRS — obrigações acessórias; 5.6. Tributação em sede de Imposto do Selo; 6. Conclusão.

1. Introdução

O presente texto parte das alterações introduzidas pela Lei do Orçamento de Estado portuguesa para o ano de 2023¹, que introduziram as recentes normas de incidência e tributação, que permitem a

* Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha. Professor-Adjunto no Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA). Professor Auxiliar na Universidade Portucalense — Infante D. Henrique. Investigador do JUSGOV. Juiz-Árbitro no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Advogado.

¹ Cf. Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro.

tributação dos criptoativos, que até aqui, na maioria dos casos, não eram sujeitos a tributação em território português.² Essa realidade vinha tornando Portugal num paraíso para os investidores neste tipo de ativos, que por falta de norma de incidência vinham «escapando» a qualquer tipo de tributação. As opções adotadas quanto à tributação enquadram-se na pretendida transição digital, tentando, igualmente, projetar a economia 4.0, enquanto instrumentos de desenvolvimento económico do país, pelo que se procurou, seguindo o modelo alemão, não desincentivar totalmente o investimento em criptoativos, como forma de não deixar de atrair aqueles que desenvolvem esta tecnologia de enorme potencial para o futuro.

Importa recordar que, desde o aparecimento da *bitcoin*, surgiram muitíssimos outros criptoativos, baseados em criptografia, tecnologia *blockchain* e redes descentralizadas, que criaram um volume enorme de ativos em negociação, os quais geraram uma grande volatilidade dos preços de mercado. Nesse contexto, alguns autores sustentam que a tributação está entre os maiores desafios que se colocam à regulamentação dos criptoativos.³ Porém, embora as autoridades nacionais estejam a tentar vários níveis de resposta, como sucedeu com as soluções encontradas pelas autoridades portuguesas, tem-se verificado alguma «anarquia» fiscal global sobre o tratamento fiscal dos criptoativos, pelo que se exige que as diferentes jurisdições articulem as variadas respostas de política fiscal.⁴

O fenómeno dos criptoativos faz parte de uma revolução tecnológica mais ampla, que deu origem à economia digital.⁵ A tentativa de enfrentar os desafios que a economia digital apresenta a um sistema tributário internacional, cujo desenvolvimento permaneceu praticamente inalterado por mais de um século, levou a níveis sem precedentes de coordenação tributária internacional em todo o mundo.⁶ No entanto, embora os criptoativos contribuam significativamente para

² Ferreira (2023).

³ Tapscott & Tapscott, (2018).

⁴ Waerzeggers; Aw (2019), pp. 219–242.

⁵ Tapscott (2014).

⁶ Brauner; Pistone (2018), p. 1.

a globalização financeira, as consequências fiscais das transações de criptoativos permanecem num estágio inicial de desenvolvimento e continuam a ser determinadas por jurisdições individuais, e não por via de uma abordagem coordenada globalmente.

É patente a falta de consenso sobre as consequências fiscais das operações que envolvam criptoativos⁷, embora instituições internacionais como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) esteja a olhar para o fenómeno da tecnologia *blockchain*. Contudo, mesmo esta instituição ainda não delineou de forma abrangente a sua própria posição sobre as consequências fiscais das transações de criptoativos.

2. Os criptoativos e a sua classificação

As visões sobre os criptoativos vêm assumindo, em muitos casos, um carácter pouco racional, através de diversos posicionamentos ideologicamente apaixonados. Assim, a perspetiva de liberalização das transações financeiras da supervisão clássica dos governos e do envolvimento de instituições financeiras é um sonho libertário para alguns; por exemplo, países como El Salvador e a República Centro-Africana chegaram a adotar a *bitcoin* como moeda legal.

Por seu lado, os críticos veem os criptoativos não apenas como inerentemente inúteis, mas como uma fachada para a realização de crimes, fraudes e jogos de sorte e azar.⁸ Para sustentar tal posicionamento, alegam a enorme volatilidade dos criptoativos, referindo que a *bitcoin* passou de 200 dólares, há uma década, para quase 70 mil dólares em 2021, antes de cair para cerca de 29 mil dólares. A este argumento é possível apontar que, em 2022, verificou-se o colapso da FTX, bem como os recentes processos da Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos da América contra a Binance e a Coinbase, que geraram fenómenos de ansiedade nos utilizadores, enquanto o apelo a atividades criminosas refletiu-se em apreensões de biliões de dólares. Estes acontecimentos desencadearam um crescente

⁷ Carlson (2016).

⁸ Goodman (2016).

escrutínio por parte dos legisladores e de pedidos generalizados de regulamentação.

Na realidade, a utilização deste instrumento tecnológico representa uma nova realidade para o qual os Estados e as suas instituições, nomeadamente os bancos centrais e as administrações fiscais, não se encontravam preparados. Para este novo paradigma, resultante da revolução tecnológica e do surgimento da economia digital, urge compreender os seus desafios e os novos problemas que coloca. Esta circunstância é resultado da grande dificuldade de a legislação acompanhar a evolução tecnológica, de que é exemplo o surgimento das criptomoedas, cuja legislação fiscal, e em particular a portuguesa, não continha disposições que lhes fossem diretamente aplicáveis. Este circunstancialismo vem gerando inegáveis dificuldades no enquadramento destes novos meios de pagamento.

Ao longo da evolução histórica do sistema monetário, a conceção de moeda evoluiu da sua forma escritural, a qual tem um valor intrínseco, até à forma de moeda fiduciária, que ao contrário da anterior não tem valor intrínseco, mas é declarada como tendo curso legal e emitida por um banco central, que lhe mantém a estabilidade do seu valor.⁹ Na atualidade, é possível encontrar formas de moeda sem representação física, do qual é exemplo o seu registo numa conta bancária. Portanto, esta moeda eletrónica é representativa de um valor monetário registado, como sucederá com os cartões pré-pagos. Porém, é possível encontrar outras formas de moedas digitais — que são aquelas que para aqui nos interessam —, que escapam ao controlo e à supervisão dos bancos centrais ou de quaisquer outras instâncias de controlo e supervisão centralizadas, nacionais, europeias ou internacionais. Estas outras moedas, do ponto de vista jurídico, não vêm sendo consideradas como dinheiro, como sucede com as criptomoedas.¹⁰ Este instrumento é, na realidade, um conjunto de linhas de códigos informáticos, aos quais é atribuído determinado valor, o qual é controlado por um sistema conectado de *peer-to-peer*

⁹ Mann (1971).

¹⁰ Goldman Sachs (2014).

network, que garantem o arquivamento de um registo de transações permanente, e que é usualmente conhecido por *blockchain*¹¹. As suas grandes mais-valias resultam da garantia de proteção contra falsificações e roubos, garantindo a identidade do seu titular. O recurso a este instrumento tem encontrado uma forte resistência por parte dos organismos estatais e financeiros. Contudo, quer haja um crescimento ou uma queda dos criptoativos, torna-se premente que exista uma forma coerente de tributá-los, preferencialmente ao nível de um patamar global de tributação.

Uma das questões fundamentais para esse objetivo de tributação coerente é a classificação dos criptoativos, visto que se coloca, desde logo, a questão de saber se os criptoativos devem ser classificados como moeda ou como propriedade — questão a que os legisladores não têm desejado verdadeiramente vincular-se. Assim, por um lado, quando a criptografia é alienada com fins lucrativos, os ganhos de capital devem ser tributados, como o seriam em outros tipos de ativos. E, por outro, quando são efetuadas compras com recurso a criptoativos, nomeadamente criptomonedas, devem estar sujeitas aos mesmos impostos sobre as vendas, como, por exemplo, a sujeição a IVA no contexto da União Europeia, que seriam aplicados para transações em dinheiro.

Portanto, um objetivo importante é garantir a aplicação destes princípios, o que requer clareza sobre como caracterizar as criptomonedas para fins fiscais. No essencial, por um lado, devem as criptomonedas ser vistas como moedas, para efeitos da aplicação do IVA e de outros impostos sobre as vendas e, por outro, como ativos para fins de imposto sobre o rendimento.¹² Embora tal não se apresente como uma tarefa fácil devido à natureza evolutiva das transações de criptoativos, é perfeitamente possível. Em síntese, os desafios mais profundos estão na aplicação, sendo que será esse o grande desafio

¹¹ GoldmanSachs (2014). Segundo o Banco Central Europeu, as criptomonedas são «a virtual currency is a type of unregulated, digital money, which is issued and usually controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community».

¹² Ferreira (2021), pp. 473–500.

que se colocará, por exemplo, à nova legislação portuguesa, que veio estabelecer a tributação dos criptoativos no sistema fiscal português.

3. Os criptoativos e o seu enquadramento teórico

Quando falamos de criptoativos, estamos a falar, em sentido lato, de todos os ativos virtuais, os quais apresentam a característica de não existirem de nenhuma forma no mundo concreto que não seja a sua mera existência em registos digitais. Consequentemente, todas as operações que envolvam este tipo de ativos são executadas e armazenadas através de dispositivos conectados em rede.

Na realidade, os ativos digitais foram criados com o escopo de possibilitar a realização de transações diretas entre pessoas singulares e pessoas coletivas, sem que exista a necessidade de que as instituições financeiras intervenham como intermediárias no processo, mesmo no caso da existência de transações de cariz internacional. Entre os criptoativos, o mais conhecido é o acima já referenciado *bitcoin*, mas existem muitos outros, estimando-se que na atualidade existam mais de 5500 criptomoedas, cujo funcionamento de cada uma delas é estabelecido pelo seu criador, através de um conjunto de regras por este consagradas.

Com efeito, como características presentes em todo o tipo de criptoativos, encontramos o recurso à tecnologia da computação, uma vez que estes ativos funcionam por meio de um registo descentralizado, distribuído em uma rede *peer-to-peer*, o que implica que as operações realizadas não ficam todas registadas num sistema centralizado, mas antes por vários computadores de usuários por todo o mundo. Como uma das maiores preocupações com este tipo de ativos decorre da segurança da informação, o sistema da tecnologia de computação por cada nova transação que possa ser realizada torna necessária a receção de uma validação dos computadores que compõem essa rede. Este modo de funcionamento dos criptoativos leva a que, se um usuário tenta realizar uma operação inválida, os demais rejeitam a operação, sem a necessidade de uma instituição financeira de regulação das operações.

Os criptoativos podem ser adquiridos e alienados de duas formas distintas: por um lado, recorrendo a uma plataforma especificamente criada para essa finalidade, a qual funciona de forma similar a uma plataforma de compra e venda de ações. As referidas plataformas são denominadas por *exchanges*. E, por outro, a operação económica pode ocorrer por via de uma transação direta entre o adquirente e o alienante. Neste contexto, a propriedade destes ativos é objeto de verificação através de uma senha criptografada, o que aumenta a segurança do sistema, uma vez que não é preciso transmitir qualquer informação pessoal para realizar uma transação deste tipo. Porém, também reduz a segurança da transação, na medida em que qualquer pessoa com a detenção da referida senha consegue realizar transações.

Acresce que, para operar com criptoativos, é necessário possuir uma *wallet*, ou seja, uma carteira virtual, que funciona como uma conta corrente para esses concretos ativos digitais. Esta *wallet* é detentora de duas chaves ou senhas, em que uma é pública e objeto de utilização para integrar a *wallet* com a rede de computação e, bem assim, autorizar a troca de informação necessária com os outros pontos. A segunda chave ou senha é privada, sendo utilizada para que o usuário possa aceder à *wallet* e realizar transações com os ativos que estão nela inseridos.¹³

Por último, cabe referir que ainda não é comum encontrar os criptoativos como um substituto às moedas correntes, pelo que são genericamente utilizados como uma alternativa de investimento, perante a já referida grande volatilidade da sua cotação. Na realidade, o valor de um criptoativo altera-se muito rapidamente e em grande proporção, o que permite aos investidores, ainda que sujeitos a um elevado risco, obterem significativas mais-valias no curto prazo, para as quais o legislador fiscal português veio estabelecer a sua tributação, nos termos apresentados nos pontos seguintes.

¹³ Ferreira (2021), pp. 473–500.

3.1. O caso particular das criptomoedas na União Europeia e no mundo

Atualmente, uma das inovações mais recentes é o surgimento de uma nova forma de moeda (ou dinheiro) que utiliza a criptografia para controlar as transações, que contém, entre as suas características, a inexistência da necessidade do apoio de uma autoridade central, como seja um banco central. Assim, há pouco mais de uma década, surgiu a primeira moeda descentralizada do mundo, que foi denominada por *bitcoin*, introduzida por um (ou vários) criador desconhecido, sob o pseudónimo *Satoshi Nakamoto*. A sua criação teve por escopo alterar o sistema monetário global. Apesar de existirem na atualidade um conjunto variado de moedas virtuais, como a *Ethereum*, *IOTA*, *Litecoin*, *Stellar* e a *Dogecoin*, efetivamente, a mais conhecida é a *bitcoin*. Estas moedas virtuais, ao contrário das tradicionais, não têm uma entidade emissora formal, bem como inexistente a fixação de taxas oficiais da moeda. Assim, apesar da sua popularidade, as criptomoedas não são regulamentadas na maioria das jurisdições e o seu valor é caracterizado por uma enorme volatilidade, embora na maioria dos casos sejam aceites como legais, pelo que apenas um pequeno número de países, como a China, aplicou restrições legais contra criptomoedas.

Com efeito, as moedas virtuais que podem ser transacionadas através do recurso à Internet¹⁴, começam a ser cada vez mais aceites como meio de pagamento de bens ou serviços, pelo que as mesmas, quanto às suas características, se aproximam das moedas convencionais. Na realidade, a definição de moeda, sendo bastante vaga, é caracterizada por via das suas funções, das quais consta a de intermediária de trocas, a qual é passível de ser encontrada nas criptomoedas. Além disso, a moeda convencional — moeda metálica, notas e dinheiro bancário — garante a confiança do público num instrumento que está insito na própria definição de moeda. Porém, é difícil definir o conceito de «confiança», pelo que não se pode atualmente referir que não sejam de confiança as moedas virtuais. Se a confiança da primeira

¹⁴ Britto; Castillo (2013).

resulta da supervisão de um banco central, a segunda apresenta a seu favor a impossibilidade de falsificação e roubo, a que a moeda convencional está sujeita. Consequentemente, este instrumento virtual pode, por semelhança, ser visto como uma moeda, ainda que seja uma moeda virtual.¹⁵ Como carácter distintivo, a moeda virtual apresenta o facto de ter a sua origem *online*, mas não perde a característica comum a todas as moedas — ser um meio de pagamento. Por oposição, este meio de pagamento digital não está regulamentado, pois ao contrário da moeda tradicional não é emitido ou garantido por um banco central.

As criptomoedas utilizam a tecnologia *peer-to-peer* para enviar e verificar transações *online*, que o uso da criptografia garante que ninguém poderá falsificar pagamentos ou usar as suas moedas digitais mais do que uma vez. Assim, a moeda digital está vinculada a um endereço, que corresponde a um número de conta, que pode ser usado para aceitar pagamentos e também verificar compras e/ou vendas.¹⁶ Por último, todos os históricos das transações ficam disponíveis no *blockchain*.

Em suma, as moedas virtuais correspondem a um arquivo de dados, que pode ser transferido para outra pessoa, o que permite a troca de valores pela Internet e é usado como meio de pagamento para quem deseja recebê-lo como pagamento de bens e/ou serviços. Estas podem ser trocados por outras moedas e, portanto, têm um valor de recurso para o proprietário.

Esta realidade vem sendo vista como um cenário a longo prazo, o que levou a que apenas nos últimos anos a União Europeia se tenha

¹⁵ A propósito da natureza das criptomoedas, em julho de 2016, o Comité de Direito dos Mercados Financeiros (FMLC), do Reino Unido, afirmou que «it may be convenient to understand [cryptocurrencies]... as a kind of hybrid: “virtual chose in possession”. That is, intangible property with the essential characteristics of chose in possession.» Esta instituição defendeu a ideia de ver as criptomoedas como uma espécie híbrida, enquanto propriedade intangível, mas com as características da posse, que se apresentam como típicas da propriedade física. Diferentemente entendeu a Sociedade de Direito da Cidade de Londres (CLLS), para quem a sua propriedade é intangível e não é capaz de posse física. Independentemente dessa questão, estar-se-á perante um outro tipo de ativo intangível.

¹⁶ Elwell; Murphy; Seitzinger (2013).

começado a preocupar verdadeiramente com a sua regulamentação e tributação, pelo que ainda hoje se denota uma abordagem bastante cautelosa sobre a matéria por parte das instituições europeias, ainda que numa visão aparentemente favorável à sua existência legal. Por exemplo, o Estado de Malta apresenta um posicionamento muito comprometido com o crescimento das criptomoedas e da tecnologia de *blockchain* em que se baseiam. Esta circunstância pode representar um estímulo para o crescimento da indústria das criptomoedas na Europa, pelo que importa começar a observar os problemas tributários que se podem colocar.

No contexto da União Europeia, a jurisprudência do TJUE considerou, no caso *The First National Bank of Chicago*¹⁷, que os valores das moedas trocadas não constituem o valor do negócio para a instituição que troca, pelo que na ausência de comissão ou taxa, a matéria coletável do banco é limitada à diferença entre os preços de compra e venda da moeda.¹⁸ Acresce que, no âmbito do acórdão do TJUE, de 12 de junho de 2014, proferido no caso *Granton Advertising* (C-461/2012), o advogado-geral sustentou nas suas conclusões que «(...) os derivados destes direitos, como por exemplo as opções e os instrumentos financeiros a prazo, devem ser igualmente considerados títulos na aceção do artigo 13.º, B, alínea d), ponto 5, da Sexta Diretiva» [atual artigo 135.º, n.º 1, al. d), da Diretiva do IVA]. Daqui sustentou o advogado-geral que «os derivados isentos de imposto abrangem direitos que, em determinadas condições, dão lugar (...) a um direito pecuniário sobre um devedor»¹⁹. De acordo com o advogado-geral, os pagamentos em dinheiro não são tributados como tal, pois trata-se

¹⁷ Acórdão do TJUE, de 14 de julho de 1998, proferido no caso *The First National Bank of Chicago* (C-172/96), cf. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44003&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5104439>.

¹⁸ O posicionamento do TJUE seguiu de perto as observações efetuadas pelo Reino Unido neste caso, que defendeu que na ausência de uma comissão ou taxa, as transações cambiais são simplesmente a troca de um meio de pagamento por outro e que não constituem um fornecimento de bens ou serviços, embora o tribunal tenha assumido que a margem do banco constitua remuneração por um serviço de câmbio isento.

¹⁹ Cf. Conclusões do advogado-geral Juliane Kokott, de 24 de outubro de 2013, adotadas no caso *Granton Advertising* (C-461/2012), n.º 23.

da forma de operacionalizar uma oferta tributada, pelo que não se trata em si de uma oferta de bens, nem de uma prestação de serviços, ou porque não são tributáveis, por beneficiarem de uma isenção de IVA. Consequentemente, os «direitos» com a mesma utilização que o dinheiro também devem ser tratados como o dinheiro para fins de IVA, razão que levou o advogado-geral a concluir que tais direitos devem ser tratados como mera transferência de dinheiro e, por isso, devem permanecer fora do âmbito do IVA.

4. A tributação dos criptoativos — considerações gerais

Com fundamento em estudos do Fundo Monetário Internacional, foi estimado que um imposto de 20% sobre os ganhos de capital em criptoativos poderia ter permitido arrecadar cerca de 100 biliões de dólares em todo o mundo em 2021, aquando da fase de preços elevados.²⁰ Este é um valor significativo, uma vez que representa cerca de 4% do total das receitas globais do imposto sobre o rendimento de empresas (em Portugal, imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas), ou 0,4% da arrecadação total de todos os tipos de impostos.²¹ Porém, com a capitalização total do mercado de criptomoedas, que teve uma queda de 63% em face do pico atingido no final de 2021, as receitas fiscais teriam, em consonância, diminuído. Se essas perdas fossem integralmente compensadas com outros impostos, haveria uma redução correspondente na receita. Ainda assim, dentro de um padrão tido por normal, atendendo à dimensão atual do mercado, as receitas globais de impostos sobre criptomoedas seriam muito provavelmente inferiores a 25 biliões de dólares por ano²², o que, dentro de uma visão global, não representa um montante de impostos significativo.

Um dos principais princípios que deve nortear a construção dos sistemas fiscais é o princípio da justiça, sendo que na tributação dos criptoativos estão em causa importantes questões de

²⁰ Baer; Mooij; Hebous; Keen (2023).

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

justiça tributária. Embora exista uma grande dificuldade em obter com certeza a identificação dos titulares dos criptoativos, como, por exemplo, de criptomoedas, existem indícios de que a propriedade está fortemente concentrada entre os relativamente mais ricos, embora a detenção de criptomoedas (e outros criptoativos) seja cada vez mais comum entre pessoas de rendimentos mais baixos. Ainda assim, estima-se, por exemplo, quanto a toda a *bitcoin*, que cerca de dez mil pessoas detenham cerca de um quarto desta criptomoeda.

Por outro lado, existe ainda o IVA²³, uma vez que as transações criptográficas têm semelhanças com as transações em dinheiro, as quais representam um perigo, por poderem potenciar a sua ocultação das administrações fiscais. Na verdade, a parcela das compras realizadas por recurso a criptomoedas é ainda de pequena dimensão, mas o uso generalizado, se para tal os sistemas fiscais não estiverem preparados, poderá implicar no futuro um grave fenómeno de evasão generalizada ao IVA, com a consequente redução substancial das receitas dos Estados-membros da União Europeia. Tendo em consideração que, por exemplo, em Portugal, a principal fonte de receitas de impostos deriva do IVA, esta poderá ser a maior ameaça da criptografia.

A principal dificuldade na tributação dos criptoativos está relacionada com o carácter anónimo dos titulares destes ativos digitais, por via da utilização de pseudónimos. Reformulando: as transações criptográficas usam endereços públicos extremamente difíceis de vincular indivíduos ou empresas, o que pode tornar-se um polo facilitador

²³ Apesar de a Diretiva do IVA não conter disposições específicas aplicáveis às criptomoedas, é geralmente reconhecido que uma das características inerentes ao sistema do IVA é que o mero pagamento em dinheiro não tem consequências em sede desse imposto. O IVA é um imposto sobre o consumo final de bens e serviços, em que o dinheiro enquanto meio de pagamento não pode ser objeto de consumo. Por isso, o TJUE já afirmou que o simples facto de um senhorio pagar uma determinada quantia em dinheiro a um inquilino como consequência do exercício de um direito de opção, com vista a arrendar o espaço a um terceiro, não tem o efeito de automaticamente o inquilino fornecer um serviço para fins de IVA. Consequentemente, em relação aos fornecimentos de bens e serviços, o pagamento em dinheiro pelo cliente está fora do âmbito do IVA. Neste sentido, poder-se-á ver a jurisprudência do TJUE: caso *Mirror* (C-409/98).

da evasão fiscal. A implementação de um modelo de tributação dos criptoativos é, portanto, o ponto-chave para as autoridades fiscais. O referido problema é superável quando as pessoas efetuam transações por via de trocas centralizadas, uma vez que elas podem estar sujeitas a regras de rastreamento-padrão, como forma de os clientes serem conhecidos, possibilitando, então, a aplicação de impostos retidos na fonte. Nesta perspetiva, vários países estão a implementar um conjunto de regras com o escopo que a conformidade e a adequação fiscal melhorem.

No entanto, as obrigações acessórias de reporte e/ou informação podem induzir os contribuintes a desejar manter na ignorância as autoridades fiscais, usando, por esse motivo, plataformas centralizadas em países exteriores e pouco colaboradores com as autoridades fiscais nacionais. Para lidar com esta dificuldade e preocupação, a OCDE desenvolveu uma estrutura para a troca de informações entre os diferentes países, relacionadas com os criptoativos. A implementação desta ferramenta, porém, está ainda distante.

Uma possibilidade ainda mais preocupante resulta do facto de as regras de reporte (e as falhas de alguns intermediários criptográficos) poderem induzir os contribuintes a realizar transações cada vez mais com recurso a meios de trocas descentralizadas ou diretamente, por meio de negociação *peer-to-peer*, em que nenhum órgão de supervisão governamental fiscaliza essas transações. Na realidade, esses tipos de transações são de inspeção e fiscalização extremamente difícil e complexa para a administração fiscal. Dada a complexidade dos desafios fundamentais colocados pelo referido anonimato, pela rapidez da inovação, pelas vastas lacunas de informação e pelas incertezas futuras, o paradigma ainda não se alterou na «batalha» para incorporar os criptoativos de modo adequado num sistema fiscal mais amplo. Alguns dos elementos necessários a esse objetivo passam pela necessária clareza na sua classificação e conceptualização para fins fiscais.

Os desafios são fundamentais, e os riscos, principalmente em sede de IVA, podem ser maiores do que a grande maioria reconhece, pelo que as instituições internacionais, os governos e os legisladores começam a perceber a necessidade de desenvolver uma estruturação

clara, coerente e eficaz para tributar os criptoativos, em especial das criptomoedas.

4.1. A tributação das criptomoedas em outras jurisdições europeias e mundiais

Apesar da introdução de um regime fiscal de tributação dos criptoativos, o regime português continua a ser um dos mais favoráveis para o investimento em criptoativos. De entre os países mais favoráveis, encontra-se o regime fiscal de El Salvador, que é tido como o maior paraíso fiscal de criptomoedas, uma vez que este país não tem um único imposto sobre eventuais ganhos; não se antecipa qualquer introdução, a curto ou longo prazo, de impostos sobre os criptoativos. Entre os países com regimes fiscais mais favoráveis aos criptoativos constam regiões e países como as Ilhas Caimão, a Bielorrússia e a Eslovénia. Aliás, a Eslovénia é referida como o país que tem mais entidades a aceitar *bitcoins*, mesmo quando comparado os próprios Estados Unidos da América. Apesar das alterações fiscais introduzidas pelo legislador fiscal, Portugal continua a constar numa segunda linha, entre os países mais favoráveis ao investimento em criptoativos, juntamente com a Geórgia, Singapura, Suíça, Porto Rico, Malásia, Malta e Alemanha.

No caso da Alemanha, este país isentou as transações feitas com *bitcoin* do IVA e, embora estipule que não é uma moeda, a isenção de ganhos de capital em ativos mantidos por mais de um ano, bem como que os ganhos acumulados, não são suscetíveis de tributação. No entanto, os sectores empresariais estão sujeitos ao pagamento de impostos sobre os ganhos advindos da *bitcoin*, em função do imposto sobre os rendimentos empresariais.

No caso de Singapura, prevê-se que as empresas sediadas neste país, que comprem e vendem criptomoedas no âmbito da sua atividade empresarial, estão sujeitas a impostos sobre os lucros, sendo estes rendimentos tratados como uma qualquer receita. No entanto, as empresas e os indivíduos que tenham criptomoedas como investimentos de longo prazo não pagam impostos no país, já que não existe ganho de capital dentro dele.

Em Malta, tal como os impostos incidentes sobre títulos de longo prazo, as criptomoedas adquiridas há muito tempo também não são tributadas. No entanto, se as transações com criptomoedas ocorrerem dentro do mesmo dia, as operações são consideradas semelhantes às transações efetuadas com ações e outras moedas, e, por isso, suscetíveis de tributação.

Cabe ainda fazer uma breve referência à Suíça, que também é conhecida por ser uma jurisdição *crypto-friendly*. Entidades como a Crypto Valley, empresa de desenvolvimento de *blockchain* e criptomoedas, a Ethereum Foundation, da criptomoeda *ethereum*, e a Libra Association, da *libra*, criptomoeda da rede social Facebook, têm as suas sedes neste país. No que respeita ao tratamento fiscal, cabe enaltecer que os rendimentos provenientes da atividade de mineração são vistos como um rendimento de trabalho independente e tributadas em sede de imposto sobre o rendimento respetivo. A negociação profissional de criptomoedas está sujeita a impostos empresariais, dependendo da qualificação da pessoa como negociadora profissional. O recebimento de criptomoedas como salário, implica a sua declaração para efeitos de imposto sobre o rendimento do trabalhador.

Por último, importa salientar o regime fiscal de Espanha, que habitualmente não consta como sendo dos regimes fiscais mais favoráveis ao investimento em criptoativos. Em relação ao imposto sobre o rendimento pessoal, se uma pessoa singular realizar operações com criptomoedas, obterá retornos derivados das atividades económicas, seja por meio de mineração ou de intermediação na compra e venda de criptomoedas, resultando em atividades afetadas pela base geral deste imposto, seja um indivíduo não-profissional ou profissional. Sob este enquadramento, são afetados tanto os contribuintes que realizem a atividade por conta própria, como os que trabalhem por conta de outrem. Por outro lado, a venda desses ativos criptográficos, desde que não seja exercida no âmbito de uma atividade económica, resultará em ganho ou perda de capital, que resultará da diferença entre o preço de aquisição e o preço de transmissão, como qualquer outro ativo. Portanto, efetivamente, as criptomoedas são tributadas

por ganhos e perdas de capital. Igualmente, a troca entre diferentes moedas virtuais é considerada uma permuta e é realizada como um investimento privado e, portanto, essa operação resulta numa modificação da composição do património (perda ou ganho), pelo que é tributado em sede de imposto sobre o rendimento pessoal.

5. A tributação dos criptoativos em Portugal

5.1. Considerações introdutórias

A solução fiscal portuguesa, consagrada no Orçamento Geral de Estado para o ano de 2023, estabeleceu, sob determinadas condições, a tributação das operações com criptoativos, começando, desde logo, por introduzir uma noção de criptoativos, no sentido de abranger «(...) toda a representação digital de valor ou direitos que possa ser transferida ou armazenada eletronicamente recorrendo à tecnologia de registo distribuído ou outro semelhante»²⁴. Esta noção é, desde logo, aplicável em sede do Código de Imposto de Pessoas Singulares, sem prejuízo da sua aplicação em outros códigos fiscais que abordem a tributação de criptoativos.

Esta noção teve como inspiração o Regulamento relativo aos mercados de criptoativos (MiCA)²⁵, mas estabeleceu a exclusão de algumas realidades do conceito de criptoativos, nomeadamente os criptoativos únicos e não-fungíveis com outros criptoativos. Assim, verifica-se uma expressa intenção de excluir de tributação as realidades identificadas por NFT — *Non-fungible tokens*. Cabe, portanto, referir que existem diferentes tipos de criptoativos, podendo-se apresentar uma divisão tripartida, que contempla os *Tokens* de pagamento ou criptomoedas; *Utility Tokens* e *Security Tokens*.

No primeiro tipo, de *Tokens* de pagamento ou criptomoedas, importa ter em consideração que as criptomoedas são *tokens* fungíveis e que podem ser utilizadas como meio de pagamento, desde que

²⁴ Cf. Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro.

²⁵ Cf. Regulamento (UE) 2023/1114 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de maio de 2023, relativo aos mercados de criptoativos e que altera os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 1095/2010 e as Diretivas 2013/36/UE e (UE) 2019/1937.

aceite pelas partes, visto que não têm curso legal em território nacional. Estes distinguem-se da moeda tradicional por terem apenas uma existência virtual e por serem transmitidas entre utilizadores através da tecnologia *blockchain*, e ainda por a sua emissão e transmissão não serem reguladas por um Estado, banco central ou qualquer outra instituição ou autoridade. Estes *tokens* podem ser minerados ou adquiridos diretamente na *blockchain* ou, mais habitualmente, através de plataformas de troca, que surgem como intermediários, permitindo o câmbio entre criptomoedas e entre estas e as moedas tradicionais.

No segundo tipo, as *Utility Tokens* têm como principal função permitir o acesso a bens e serviços disponibilizados pela plataforma emissora do *token*. Além de estes *tokens* permitirem ceder aos referidos serviços, servem também para remunerar os nós da rede, pelo que a plataforma que emite os *tokens* fornece serviços aos seus utilizadores, através de um *software*, que funciona através dos nós de uma grande rede *peer-to-peer*: os detentores destes recebem *tokens* por correrem adequadamente o *software* e os utilizadores nesse sentido necessitam de adiantar alguns desses *tokens* para poderem utilizar o serviço.

Por último, os *Security Tokens* são *tokens* semelhantes a valores mobiliários, por conferirem determinados direitos aos seus titulares, que pode ser uma participação em determinados projetos, habitualmente associada a um direito de receber parte dos lucros eventualmente gerados por esse projeto, funcionando de modo semelhante a uma participação social numa sociedade comercial, apesar de, geralmente, estes *tokens* não atribuírem a titularidade de parte do projeto. Este tipo de criptoativo pode também ter uma função semelhante aos produtos financeiros derivados, acompanhando as flutuações de valor de um ativo subjacente ou atribuir ao seu titular o direito de, no futuro, adquirir outro ativo. Assim, tal como os valores mobiliários têm uma vertente especulativa, a maioria das vezes, há nos titulares uma expectativa de estes *tokens* valorizarem com o decorrer do tempo, sendo quanto a estes que o legislador fiscal português centrou especialmente a sua atenção.

5.2. Tributação em sede de IRS — Categoria B

No âmbito do IRS, a solução fiscal portuguesa tem incidência contributiva em três categorias de rendimentos distintas: na Categoria B (rendimentos empresariais e profissionais), na Categoria E (rendimentos de capitais) e na Categoria G (incrementos patrimoniais). Assim, em sede de IRS, fora do exercício de uma atividade empresarial, a não ser que o contribuinte opte pelo englobamento de rendimentos, situação em que passará a estar sujeito às taxas constantes no artigo 68.º do CIRS, e que variam de acordo com o rendimento entre 14,5% e 48%, o referido rendimento estará sujeito a uma taxa de tributação de 28%. Nesse contexto, a solução portuguesa entendeu qualificar este tipo de rendimento como um incremento patrimonial, em detrimento da qualificação como um rendimento de capital, pelo que o mesmo passa a estar qualificado como um rendimento da Categoria G, nomeadamente como mais-valia.

Os rendimentos em criptoativos passam a poder ser tributados a título de rendimentos provenientes de uma atividade comercial e empresarial, ou seja, no âmbito da Categoria B, sendo que a esse propósito passou a constar no Código de IRS que se consideram atividades comerciais as decorrentes de «operações relacionadas com a emissão de criptoativos, incluindo a mineração, ou a validação de transações de criptoativos através de mecanismos de consenso»²⁶. Ora, conforme acima referido, a estes rendimentos, quando provenientes de uma atividade empresarial, serão aplicáveis as taxas gerais e progressivas constantes do Código do IRS, mas se obtidos por contribuinte que beneficie do regime simplificado de tributação, este tipo de rendimento beneficia da aplicação de um coeficiente a ser aplicado. Para efeitos de determinação da matéria coletável, será de 0,15, uma vez que se pretendeu incluir os criptoativos na venda de mercadorias e produtos, apenas se excecionando os rendimentos provenientes da atividade de mineração, a que se estabeleceu um coeficiente de 0,95, o qual representa uma penalização desta atividade.

²⁶ Amorim; Azevedo; Ferreira (2023).

Na realidade, o legislador português, através da aplicação de um coeficiente mais reduzido às atividades com criptoativos, em que se inclui o *trading*, pretendeu incentivar a profissionalização desta atividade, uma vez que da aplicação do referido coeficiente 85% do rendimento proveniente desta atividade fica excluído de tributação em sede de IRS. Por outro lado, deve-se entender que se deverá aplicar o coeficiente de 0,95 aos rendimentos de capitais ou de mais-valias resultantes de operações de tesouraria e/ou de investimentos financeiros em criptoativos, que sejam imputáveis às atividades geradoras de rendimentos empresariais, que se devem considerar atraídos para a Categoria B.

Ainda no âmbito da Categoria B, o legislador definiu uma *exit tax*, o que corresponde à introdução, pela primeira vez em Portugal, no seu Código de IRS, de um mecanismo de tributação à saída. Assim, a *exit tax* neste contexto implica a equiparação a uma alienação onerosa sempre que se verifique a cessação da atividade por parte do sujeito passivo, bem como no caso da perda da qualidade de residente em território português.

5.3. Tributação em sede de IRS — Categoria E

No que concerne à Categoria E, respeitante à tributação dos rendimentos de capitais, quando não imputáveis às atividades geradoras de rendimentos empresariais, que são tributados pela Categoria B, foi alargado o seu objeto, passando a incluir como rendimento quaisquer formas de remuneração provenientes de operações com criptoativos, mas geradas pela mera aplicação de capital, de forma passiva, como sucede com as operações designadas por *staking delegado* ou *off-chain*, pelo que estão excluídos os ganhos gerados no âmbito de uma atividade regular e corrente. Neste caso, a tributação a aplicar será de 28%, caso o sujeito passivo não opte pelo englobamento. Caso opte pela tributação através do englobamento, as taxas a aplicar serão as taxas progressivas de IRS.

Por outro lado, se a remuneração decorrente das operações com criptoativos ocorrer sob a forma de criptoativos, neste caso fica afastada a tributação como rendimentos de capitais, ocorrendo a mesma no

momento de alienação dos criptoativos recebidos, atendendo às regras das mais-valias (Categoria G). Por último, o legislador português estabeleceu, quanto aos rendimentos de capitais derivados de criptoativos, a dispensa de retenção na fonte para os rendimentos de capitais, atendendo às especificidades do produto e a natureza do mesmo.

5.4. Tributação em sede de IRS — Categoria G

Quanto à Categoria G, respeitante à tributação dos rendimentos qualificados como incrementos patrimoniais, a mesma foi alvo de alargamento do seu objeto, passando a incluir-se no conceito de mais-valia a «alienação onerosa de criptoativos que não constituam valores mobiliários».²⁷ Assim, segundo o artigo 10.º do CIRS, passaram a ser tidos como mais-valias os ganhos obtidos que, não sendo considerados rendimentos empresariais e profissionais, resultem da alienação onerosa de criptoativos que não constituam valores mobiliários, em que o ganho sujeito a IRS será constituído pela diferença entre o valor de realização e o valor de aquisição, líquidos da parte qualificada como rendimento de capitais, sendo caso disso. A estes rendimentos, quando tributados, aplica-se a taxa de 28%.

Contudo, mesmo no âmbito das mais-valias, nem todos os ganhos em criptoativos serão objeto de tributação, tendo o legislador tido o objetivo de apenas tributar as mais-valias de curto prazo, razão pela qual isenta de tributação os ganhos obtidos na alienação de criptoativos detidos por um período igual ou superior a 365 dias. De referir, igualmente, que a exclusão é aplicada a essas mais-valias e que, naturalmente, as perdas que advêm de criptoativos detidos há mais de um ano também não serão considerados no cálculo das mais-valias globais a pagar. Para efeitos da contagem deste período temporal, a lei do Orçamento Geral de Estado para 2023 estabeleceu uma disposição transitória, segundo a qual o período de detenção dos criptoativos adquiridos antes da data da entrada em vigor da referida lei será considerado para efeitos de contagem do período de detenção.²⁸

²⁷ Amorim; Azevedo; Ferreira (2023).

²⁸ Cf. Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro.

Do mesmo modo, tal como sucede com os rendimentos de capitais (Categoria E), também em sede de rendimentos de mais-valias (Categoria G) estão excluídos de tributação as operações cujas contraprestações das alienações assumam a forma de criptoativos. Neste caso, atribui-se aos criptoativos recebidos o valor de aquisição dos criptoativos entregues.

Por último, foi também incluída uma norma antiabuso que coloca em causa a aplicação das referidas exclusões, quando os rendimentos auferidos provenham de entidades residentes em países de tributação privilegiada, os denominados paraísos fiscais. Também as menos-valias decorrentes de operações com entidades sediadas em paraísos fiscais não serão tidas em consideração no cômputo global.

No âmbito da categoria dos incrementos patrimoniais, a *exit tax* aplicar-se-á aquando da alteração de residência, apurando-se como valor de realização o valor dos criptoativos à data de alteração de residência.

5.5. Tributação em sede de IRS — obrigações acessórias

O regime fiscal português de tributação dos criptoativos estabelece ainda um conjunto de obrigações acessórias, cuja efetiva tributação está dependente do adequado reporte das informações resultantes do cumprimento de tais obrigações acessórias.

É assim de ressaltar que o regime fiscal português estabelece obrigações acessórias, de natureza declarativa, diretamente aplicáveis às operações com criptoativos. Assim, as pessoas singulares ou coletivas, os organismos e outras entidades sem personalidade jurídica que prestem serviços de custódia e administração de criptoativos por conta de terceiros, ou tenham a gestão de uma ou mais plataformas de negociação de criptoativos, passarão a ter de comunicar à Autoridade Tributária e Aduaneira, até ao final do mês de janeiro de cada ano, relativamente a cada sujeito passivo, as operações efetuadas com a sua intervenção.

5.6. Tributação em sede de Imposto do Selo

Por último, cabe fazer referência ao Imposto do Selo, uma vez que os intermediários financeiros, nos termos da lei do Orçamento Geral de Estado para 2023, passaram a estar sujeitos a este imposto, pelo que não estarão sujeitos a IVA.

Nesse âmbito, por um lado, consideram-se transmissões gratuitas as sujeitas à verba 1.2 da TGIS, os criptoativos, enquanto toda a representação digital de valor ou de direitos que possa ser transferida ou armazenada eletronicamente recorrendo à tecnologia de registo distribuído ou outra semelhante. E, por outro, passaram a ser sujeitos passivos de Imposto do Selo os prestadores de serviços de criptoativos nas operações referentes a comissões e contraprestações cobradas por ou com intermediação de prestadores de serviços de criptoativos (verba 30 da TGIS), salvo se estes não forem domiciliados em território nacional, caso em que os sujeitos passivos do imposto serão os prestadores de serviços de criptoativos domiciliados em território nacional que tenham intermediado as operações, ou os representantes que, para o efeito, serão obrigatoriamente nomeados em Portugal, caso as operações não tenham sido intermediadas pelas entidades acima referidas

De igual modo, o novo regime esclarece que o encargo do imposto recai sobre o cliente das operações realizadas por ou com intermediação de prestador de serviços de criptoativos.

No que concerne à tributação em sede deste imposto, as referenciadas operações estão sujeitas a uma taxa de 4%, em linha com a generalidade das operações financeiras, sobre o valor cobrado. A referida obrigação de imposto deverá considerar-se constituída no momento da cobrança das comissões e de outras contraprestações. Neste contexto, o imposto é devido sempre que o prestador de serviços de criptoativos, ou o cliente desses serviços, sejam domiciliados em território português, considerando-se domicílio a residência, sede, direção efetiva, filial, sucursal ou estabelecimento estável.

No que respeita às transmissões gratuitas, conforme referido, os criptoativos ficam sujeitos à tributação em sede da verba 1.2 da TGIS, sem prejuízo da isenção do artigo 6.º, alínea e), do Código do Imposto

de Selo. Neste contexto, o imposto apenas é devido quando os bens estejam situados em território nacional, razão pela qual se dispõe que se consideram situados em território português os valores monetários e os criptoativos depositados em instituições com sede, direção efetiva ou estabelecimento estável em território nacional. E, quando não se trate de valores monetários ou criptoativos depositados, consideram-se situados em território português, nas sucessões por morte, quando o autor da transmissão tenha domicílio em território nacional e nas demais transmissões gratuitas, como é exemplo as doações, quando o beneficiário tenha domicílio em território nacional.

É ainda de enaltecer que, para efeitos de transmissões gratuitas de criptoativos, o valor tributável determina-se por aplicação, como primeira opção, das regras específicas do Código de Imposto do Selo ou, sequencialmente, pelo valor da cotação oficial, quando exista e, finalmente, pelo valor declarado pelo cabeça-de-casal ou pelo beneficiário, devendo, tanto quanto possível, aproximar-se do valor de mercado. Nesta última situação, quando a Autoridade Tributária e Aduaneira considere fundamentadamente que possa haver uma divergência entre o valor declarado e o valor de mercado, tem a faculdade de proceder à determinação do valor tributável com base no valor de mercado.

6. Conclusão

Em síntese, o modelo português de tributação dos criptoativos acaba por se aproximar mais do modelo fiscal alemão, não eliminando totalmente os benefícios fiscais, uma vez que garante a isenção de tributação para os ativos detidos por períodos superiores a 365 dias. Na realidade, preocupa-se com a tributação dos ganhos em ativos de curta duração, aplicando-lhes a taxa de 28%, já existente no sistema fiscal português para outro tipo de incrementos patrimoniais. Assim, eliminou a falta de normas de incidência, assim como estabeleceu o quadro legal de tributação dos intermediários, em sede de IRS e de Imposto do Selo, em que se estabelecerá uma taxa de 4%, bem como o regime fiscal da tributação destes ativos nas transmissões gratuitas.

O fenómeno dos criptoativos faz parte de uma revolução tecnológica mais ampla, que deu origem à economia digital, na qual o desafio de criação de um sistema tributário internacional não tem tido grandes desenvolvimentos. Embora os criptoativos contribuam significativamente para a globalização financeira, as consequências fiscais das transações de criptoativos permanecem num estágio inicial de desenvolvimento e continuam a ser determinadas por jurisdições individuais, e não por via de uma abordagem coordenada globalmente.

Em suma, mostrou-se patente a falta de consenso sobre as consequências fiscais das operações que envolvam criptoativos, o que que se torna especialmente preocupante, visto que as transações com criptoativos são de inspeção e fiscalização extremamente difícil e complexa para a administração fiscal. Dada a complexidade dos desafios fundamentais colocados pelo anonimato do titular dos rendimentos, pela rapidez da inovação, pelas vastas lacunas de informação e pelas incertezas futuras, o paradigma ainda não se alterou na «batalha» para incorporar os criptoativos de modo adequado, num sistema fiscal mais amplo. Alguns dos elementos necessários a esse objetivo passam pela necessária clareza na sua classificação e conceptualização para fins fiscais. Os desafios são fundamentais e os riscos, principalmente em sede de IVA, podem ser maiores do que a grande maioria reconhece, pelo que as instituições internacionais, os governos e os legisladores começam a perceber a necessidade de desenvolvimento de uma estruturação clara, coerente e eficaz para tributar os criptoativos, em especial as criptomonedas.

Referências bibliográficas

- AMORIM, José Campos; AZEVEDO, Patrícia Anjos; FERREIRA, Rui Miguel Zeferino (2023). *Coletânea Fiscal 2023*. Porto: Lexit, O Informador Fiscal.
- BAER, Katherine; MOOIJ, Ruud de; HEBOUS, Shafik, KEEN, Michael (2023). *Crypto Poses Significant Tax Problems — and They Could Get Worse*. *IMF Blog, Fiscal Policy*. Consultado em 28 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2023/07/05/crypto-poses-significant-tax-problems-and-they-could-get-worse>.
- BRAUNER, Yariv; PISTONE, Pasquale (2018). *Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment*. *Journal Articles & Opinion Pieces IBFD*, 72, *Bull. Intl. Taxn.* 4a.

- BRITO, Jerry; CASTILLO, Andrea (2013). *Bitcoin: A Primer for Policymakers*. EUA: Mercatus Center, George Mason University.
- CARLSON, Jill (2016). Cryptocurrency and Capital Controls. *SSRN Electron. J.* Consultado em 28 de julho de 2023. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3046954>.
- ELWELL, Craig K.; MURPHY, M. Maureen.; SEIZINGER, Michael V. (2013). *Bitcoin: Questions, Answers of Legal Issues*. Washington: Congressional Research Service.
- FERREIRA, Rui Miguel Zeferino (2023). A tributação dos criptoativos: as novidades da proposta de orçamento do estado para 2023. *O Informador Fiscal*. Consultado em 28 de julho de 2023. Disponível na internet: <https://informador.pt/artigo/a-tributacao-dos-criptoativos-as-novidades-da-proposta-de-orcamento-do-estado-para-2023/>
- . (2021). As criptomoedas: enquadramento em sede de IVA. *Cadernos do IVA 2020*. 1.^a Edição. Coimbra, Portugal: Almedina, pp. 473–500.
- GOLDMAN SACHS (2014). *All about Bitcoin*. Global Market Research, Top of Mind.
- GOODMAN, Marc (2016). *Future Crimes: Inside the Digital Underground and the Battle for Our Connected World*. New York: Anchor Books, A Division of Penguin House LLC.
- MANN, Frederick Alexander (1971). *The Legal Aspect of Money*. Oxford: Clarendon Press.
- TAPSCOTT, Don (2014). *The Digital Economy: euthinking Promise an Peril in the Age of Networked Intelligence*, 2nd Ed. McGraw-Hill Education.
- TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex (2018). *Blockchain Revolution*. Penguin Random House.
- WAERZEGGERS, Christophe; AW, Irving (2019). Difficulties in Achieving Neutrality and Other Challenges in Taxing Cryptoassets, in *Cryptoassets: Legal, Regulatory, and Monetary Perspectives*. Chris Brummer ed. Oxford University Press.

A AÇÃO INIBITÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS — VELHOS E NOVOS CONTORNOS DE UM RELEVANTE INSTRUMENTO DE TUTELA DO CONSUMIDOR

SUSANA ALMEIDA*

Sumário: 1. Introdução; 2. Noção e natureza da ação inibitória; 3. Fontes e classificação das ações inibitórias; 4. *Legitimatío ad causam*; 5. Valor da ação e forma processual; 6. Sanção pecuniária compulsória (*astreinte*); 7. Eficácia do caso julgado; 8. Publicação e registo: um expediente de parco alcance; 9. Considerações finais.

1. Introdução

As ações coletivas — populares e inibitórias — propostas pelas entidades com legitimidade processual ativa, sempre que esteja em causa a preservação ou a tutela de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, configuram-se como uma importantíssima ferramenta para a promoção dos interesses e proteção dos direitos dos consumidores no ordenamento jurídico português. Em particular, a ação inibitória atinente às relações de consumo, que neste trabalho procuraremos tratar, possibilita assegurar uma tutela efetiva do consumidor, já que permite, em termos tanto provisórios quanto definitivos,

* Professora coordenadora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Portugal. Investigadora e coordenadora do Polo de Leiria do Instituto Jurídico Portucalense. Presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo.

prevenir, corrigir ou fazer cessar a violação dos direitos dos consumidores e, bem assim, no caso da ação inibitória *qua tale*, ressarcir os danos decorrentes dessa violação. Sendo uma solução coletiva, resulta mais eficaz do que as tradicionais ferramentas de que dispõe o consumidor singular, por ser, além do mais, dissuasor para o profissional.

Sem embargo, este instrumento não tem tido a merecida atenção no nosso ordenamento, desde logo pelo legislador luso, como procuraremos demonstrar, assim como pelas entidades públicas com legitimidade processual, com uma ténue exceção correspondente às ações inibitórias no que toca às cláusulas abusivas propostas pelo Ministério Público, ou mesmo pelo consumidor, que, além de não ter consciência de que corresponde ao maior e mais influente grupo económico, desconhece o regime, não tem cultura contenciosa e — não raras vezes — não dispõe de meios para atuar.

É nosso ensejo delinear, de modo abreviado e com forte pendor didático, os traços gerais da ação inibitória aplicável às relações de consumo à luz do ordenamento jurídico português. Com este fito, começaremos a nossa incursão pela apresentação de uma noção e caracterização desta ação coletiva, de natureza sobretudo inibitória, mas também, em certos casos, reparatória, e das suas diferentes tipologias (geral, especial e transfronteiriça), além de indicarmos as respetivas fontes. Espaço haverá ainda para enunciar as entidades legitimadas para a sua propositura, analisar algumas especificidades, bem como para referir o valor, a forma da ação e a eficácia de caso julgado, em cada uma das tipologias. Terminaremos com algumas reflexões e propostas *de iure constituendo* que, a nosso ver, se traduziriam num reforço da tutela dos direitos do consumidor.

Com esta modesta colaboração, esperamos humildemente contribuir para que outro relevo seja dado a este instrumento no nosso ordenamento.

2. Noção e natureza da ação inibitória

A ação inibitória é uma ação coletiva destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor, nomeadamente (i) que atentem contra a sua saúde e segurança física; (ii) que se

traduzam no uso de condições gerais absoluta ou relativamente proibidas, mantendo o tráfego jurídico livre de cláusulas objetivamente desproporcionadas; ou (iii) que consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei (artigo 10.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho, e doravante designada abreviadamente por LDC).

A ação inibitória corresponde, com efeito, a uma ação coletiva, tendente à tutela dos interesses coletivos dos consumidores, quer se trate de interesse individuais homogêneos, interesses coletivos *stricto sensu* e interesses difusos, o que poderá consubstanciar-se na aplicação de medidas inibitórias preventivas ou repressivas (uma vez ocorrida a violação dos direitos do consumidor)¹, isto é, suscetíveis de prevenir, fazer cessar ou proibir eventual prática que afronte o acervo normativo luso ou da União Europeia, ou de medidas reparatórias, no caso particular da ação inibitória *qua tale*, conforme se deduz do artigo 10.º, n.º 2, da LDC. A ação inibitória tem, pois, uma natureza preventiva² e inibitória ou de cessação, visando a abstenção ou correção de prática lesiva dos direitos e dos interesses dos consumidores, ainda que, no caso da ação inibitória *qua tale* ou geral, prevista no artigo 10.º da LDC, por aplicação paralela dos artigos 22.º e 23.º da Lei da Ação Popular (LAP), aprovada pela Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, e em concordância com o que prescreve o artigo 12.º da LDC, possa apresentar igualmente natureza ressarcitória, na medida em que nela se poderá incorporar um pedido de indemnização pelos danos sofridos pelos consumidores em geral ante a violação dos direitos e interesses coimplicados. Tal natureza não se verifica na ação inibitória especial atinente às condições gerais dos contratos ou cláusulas contratuais gerais, nem na ação inibitória transfronteiriça, dado o seu particular recorte. Como assinala a doutrina, a ação inibitória é uma ação declarativa de condenação em prestação de facto negativo,

¹ Como acertadamente aponta Falcão (2023), p. 46.

² Dando-se cumprimento ao adágio popular «mais vale prevenir do que remedir». Cf. Telles, pp. 15 e 16.

no sentido de assegurar a abstenção do autor das preditas práticas³, seja, por exemplo, a não utilização futura ou recomendação de cláusulas contratuais gerais proibidas, ou mesmo o não emprego de publicidade proibida e, portanto, lesiva dos direitos dos consumidores.

Refira-se ainda que, no que tange à ação inibitória especial referente às cláusulas contratuais gerais, consagrada nos artigos 25.º e ss. do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (RJCCG), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, esta realiza uma fiscalização preventiva e abstrata, isto é, antes ou independentemente da lesão, condenando os profissionais a eliminar para futuro cláusulas consideradas abusivas que eles tenham usado ou recomendado, independentemente da utilização concreta das cláusulas e evitando-se a sua inserção posterior em contratos singulares.

Além deste caráter preventivo, a ação inibitória apresenta uma natureza coletiva, constituindo um modo eficaz e eficiente de proteger os interesses coletivos dos consumidores. Efetivamente, como assinala Teresa Moura dos Santos, «a proteção do consumidor é melhor sucedida ao existirem soluções coletivas, já que este tipo de remédios também se mostra como mais dissuasor para os profissionais em comparação com os remédios postos à disposição do consumidor singular, sujeito que, por vezes, não tem noção das patologias que afetam o contrato e, portanto, não se defende»⁴.

Mas vejamos quais os interesses e direitos tutelados e quais se inserem no domínio das ações coletivas⁵. Falamos em três classes de interesses, caracterizados pela transindividualidade, «no sentido de se traduzirem numa situação de plurisubjetividade dotada de um âmbito mínimo de fatores determinantes de uma agregação, necessários à sua legitimação em termos de tratamento processual unitário»⁶, a saber: (i) *interesses individuais homogêneos*, que «são os decorrentes de

³ Cf., *inter alia*, Costa e Cordeiro (1991), p. 57; Santos (2012), p. 129; Moura dos Santos (2016), p. 46; Falcão (2023), p. 46.

⁴ Moura dos Santos (2016), p. 46.

⁵ Aqui seguiremos de perto Frota (2012).

⁶ Frota (2012), p. 46.

origem comum (direitos divisíveis), que afectam uma pluralidade de consumidores, ligados, por exemplo, por um contrato de base»⁷, existindo, porém, divisibilidade do objeto que se pretende ver tutelado pela ação coletiva⁸ e, portanto, são «tratados coletivamente por força da sua origem comum, sendo os membros do grupo titulares de direitos subjectivos clássicos divisíveis por natureza, tanto assim que cada membro pode ingressar em juízo com sua demanda individual»⁹; (ii) *interesses coletivos stricto sensu*, que são igualmente transindividuais, de natureza «indivisível quanto ao seu objecto, referem-se a direitos de que seja titular o grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base», como um contrato¹⁰; (iii) *interesses difusos*, que «são transindividuais, de natureza indivisível, quanto ao seu objeto, ou seja, afectam directamente não os indivíduos singularmente considerados mas uma comunidade de interesses, de que são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de facto»¹¹, como serem membros de um grupo ou de uma associação. Como esclarece Ada Pellegrini Grinover, «os interesses difusos e os coletivos têm, em comum, a transindividualidade e a indivisibilidade do objecto», o que significa que a fruição do bem por parte de um membro da coletividade implica necessariamente a fruição por parte de todos eles¹². Já o que distingue os interesses difusos dos coletivos, acrescenta a autora, é que «nos primeiros não existe qualquer vínculo jurídico a ligar as pessoas entre si ou com a parte contrária»¹³.

⁷ *Idem*, p. 46.

⁸ Por exemplo, ação intentada para devolução de valores pagos indevidamente a título de taxa de assinatura do serviço telefónico que tenha sido já pago. Este é o exemplo apresentado por Frota (2012), p. 47.

⁹ Grinover (1995), p. 24.

¹⁰ Frota (2012), p. 47. Esta autora apresenta o exemplo de uma associação de consumidores que representa os interesses dos consumidores em geral e pretende ver retirado do mercado um produto perigoso.

¹¹ Frota (2012), p. 47. Tal é o caso do direito a não exposição a publicidade enganosa.

¹² Grinover (1995), p. 20.

¹³ *Idem*. Para mais algumas notas sobre os interesses tutelados na ação coletiva, ver Grinover (1995), pp. 20 e ss.; Frota (2012), pp. 46 e ss.; Falcão (2023), pp. 46 e 47.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) refere-se, explicitamente, no n.º 3 do artigo 60.º a interesses difusos na proteção do consumo de bens e serviços. De outra banda, e implicitamente, a alínea *a*) do n.º 3 do artigo 52.º da nossa Lei Fundamental enuncia, exemplificativamente, interesses difusos que podem ser defendidos a título individual ou por associações representativas desses interesses através da ação popular, como é do consumo.

Por fim, é mister mencionar que a ação inibitória se enquadra, na esteira da lei alemã, num sistema de controlo judicial e não num sistema de controlo de tipo administrativo, o que, a montante, confere maior garantia de isenção e independência, mas, a jusante, implica maior morosidade e menor preparação técnica dos tribunais¹⁴. Neste particular, há que mencionar que a Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, que alterou o RJCCG, parece querer alterar o paradigma ao prever, no seu artigo 3.º, a criação de um sistema administrativo de controlo e de prevenção de cláusulas abusivas, «garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades». O certo é que a Comissão das Cláusulas Abusivas, que deveria estar constituída a 26 de julho de 2021, não foi até à data criada, nem tão-pouco se deu à estampa a regulamentação deste diploma, conforme havia imposto o legislador. Por outro lado, não se abandona, a nosso ver, o controlo judicial, na medida em que não se revogaram os artigos 25.º e ss. e, ademais, menciona-se que a entidade administrativa tratará de garantir que as cláusulas declaradas proibidas «por decisão judicial» não são aplicadas. Portanto, coexistirão os dois sistemas¹⁵.

3. Fontes e classificação das ações inibitórias

A ação inibitória encontra consagração genérica no artigo 52.º da CRP, preceito que concede sede constitucional ao direito de petição

¹⁴ Como assinalam, *inter alia*, Monteiro (1986), pp. 745, 746 e 761; Monteiro (2002), Santos (2012), p. 129.

¹⁵ Sobre as alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2021 e a possível articulação destes dois sistemas, ver Monteiro (2022), pp. 24 e ss.

e ao direito de ação popular. O regime jurídico a convocar dependerá do tipo de ação inibitória a que se lance mão para tutela dos direitos do consumidor, ainda que se exija sempre articulação com o disposto na LDC e na LAP.

Num sumariíssimo exercício de sistematização, podemos classificar as ações inibitórias em (i) ação inibitória geral ou *qua tale*; (ii) ação inibitória especial restrita às condições gerais dos contratos; (iii) ação inibitória aplicável a práticas comerciais desleais, que se reconduzirá à ação inibitória geral; e (iv) ação inibitória transfronteiriça.

A *ação inibitória geral* ou *qua tale* é suscetível de abarcar os distintos domínios cobertos pelos direitos do consumidor. Esta ação encontra-se prevista nos artigos 10.º e 11.º da Lei-Quadro de Defesa dos Consumidores e destina-se, como resulta deste preceito, a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados neste diploma, que, nomeadamente, atentem contra a sua saúde e segurança física, se traduzam no uso de condições gerais proibidas ou consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei. As alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 10.º da LDC são, pois, meramente exemplificativas, verificando-se uma relação de especialidade entre a alínea *b)* («cláusulas gerais proibidas») e o artigo 25.º do RJCCG¹⁶. Como referimos, esta ação apresenta uma natureza preventiva e inibitória ou de cessação, ainda que possa igualmente ser reparatória ou ressarcitória, conforme resulta do disposto no n.º 2 do artigo 10.º da LDC.

A ação inibitória geral carece, porém, de regulamentação desde a sua previsão originária na Lei-Quadro, pelo que deveremos aplicar subsidiariamente os preceitos ínsitos na LAP.

A *ação inibitória especial restrita às cláusulas contratuais gerais* destina-se a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação das condições gerais dos contratos por lei proibidas, tanto absoluta quanto relativamente, ou seja, em função do quadro negocial

¹⁶ Conforme assinala, a este propósito, Duarte (2018), «pode haver cumulação de causas de pedir, máxime, quando estamos perante uma cláusula nula e uma prática comercial proibida por lei», p. 16.

padronizado. Confrontado com o tráfego negocial de massas e com o fito de salvaguardar o contraente com défice de informação e de poder económico, protegendo-o de cláusulas abusivas, o legislador luso previu a fiscalização *ex post* por meio do controlo incidental ou concreto, através da declaração de nulidade no quadro de apreciação de um contrato singular (artigos 12.º e 24.º do RJCCG) e, bem assim, a fiscalização *ex ante* por meio de controlo preventivo e abstrato, através da ação inibitória, num controlo preventivo para cláusulas não integradas em contratos singulares ou independentemente da sua inclusão efetiva (artigo 25.º do RJCCG)¹⁷. Esta fiscalização em abstrato e *ex ante* tem como desígnio impossibilitar, definitiva ou provisoriamente¹⁸, o uso futuro de condições proibidas.

A *ação inibitória referente às práticas comerciais desleais*, ou seja, destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas, tem a sua previsão no artigo 16.º do Regime Jurídico das Práticas Comerciais Desleais (RJPCD), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março. Este preceito faz remissão para a ação inibitória geral consagrada na LDC.

A *ação inibitória transfronteiriça* encontra a sua previsão e regulamentação na Lei n.º 25/2004, de 8 de julho¹⁹, e é a ação suscetível de tutelar qualquer prática contrária aos direitos dos consumidores, designadamente as que contrariem as legislações dos Estados-membros que transpõem diretivas comunitárias constantes do anexo

¹⁷ No Acórdão da Relação do Porto, de 15 de maio de 2017, disponível em <https://www.dgsi.pt>, lê-se, a respeito desta distinção, que, na ação inibitória, «o que está em causa não é um controlo concreto de uma certa cláusula de um determinado contrato, mas um controlo abstrato sobre a cláusula para acautelar o risco de uma multiplicação não contrariada de cláusulas inválidas».

¹⁸ O artigo 31.º do RJCCG prevê a possibilidade de requerer a proibição provisória de cláusulas, «quando haja receio fundado de virem a ser incluídas em contratos singulares cláusulas gerais incompatíveis com o disposto no presente diploma, podem as entidades referidas no artigo 26.º requerer provisoriamente a sua proibição». Sobre este preceito, ver Alves (2006).

¹⁹ Este diploma procedeu à transposição da Diretiva n.º 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, tendo esta Diretiva sido revogada pela Diretiva 2009/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores.

da citada lei. Assim, quando a prática que se pretende fazer cessar tenha origem em Portugal, mas afete interesses localizados noutro Estado-membro da União Europeia, a ação inibitória pode ser intentada por uma entidade deste Estado-membro, constante da listagem de entidades competentes (artigo 3.º da Lei n.º 25/2004). O cenário inverso pode originar a propositura da ação por uma das entidades por uma das entidades portuguesas com legitimidade (artigo 4.º da Lei n.º 25/2004)²⁰.

Refira-se, porém, que a Lei n.º 25/2004, de 8 de julho, foi suplantada pela Diretiva (UE) 2020/1828, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2020, relativa a ações coletivas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores, porquanto esta Diretiva revoga, no seu artigo 21.º, e com efeitos a partir de 25 de junho de 2023, a Diretiva n.º 2009/22/CE, que havia revogado a Diretiva n.º 98/27/CE, diploma europeu que deu lugar à Lei n.º 25/2004. Como decorre, quando se proceder à transposição da Diretiva (UE) 2020/1828, a Lei n.º 25/2004 será revogada.

Assinale-se que esta Diretiva (UE) 2020/1828 vem criar novas regras e vem dar — esperamos — um merecido impulso às ações coletivas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores, sem prejuízo de se manter em harmoniosa coabitação com o regime jurídico das ações inibitórias que aqui passamos em revista. O Estado português achava-se obrigado a transpor para o ordenamento jurídico pátrio a disciplina contida na citada Diretiva até 25 de dezembro de 2022, encontrando-se em apreciação a Proposta de Lei n.º 92/XV/1, que autoriza o Governo a proceder à transposição.

4. *Legitimatío ad causam*

Sobre a legitimidade processual ativa, o artigo 52.º, n.º 3, da CRP, sob a epígrafe «Direito de petição e direito de ação popular», estatui que «é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado

²⁰ Para uma análise pormenorizada desta lei, ver Batista (2014).

ou lesados a correspondente indemnização», enunciando depois, de modo exemplificado, interesses difusos suscetíveis de tutela, de onde destacamos os direitos dos consumidores. Assim, este preceito estende a *legitimatío ad causam* para a defesa destes interesses a todos os cidadãos, individual ou associadamente, independentemente do seu interesse individual ou da sua posição relativamente aos interesses em causa.

Em regulamentação desta norma programática, o artigo 2.º da LAP prescreve que a titularidade do direito de ação popular é conferida a quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e às associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo 1.º desta lei, mormente a proteção do consumo de bens e serviços, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda.

Já o artigo 31.º do Código de Processo Civil (CPC) prescreve, neste particular, que têm legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares tendentes, designadamente, à proteção do consumo de bens e serviços, «qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei».

No que tange à *ação inibitória geral*, o artigo 13.º da LDC alarga, como vimos, a ação inibitória a todos os domínios que aos consumidores concernem e, nessa medida, reconhece legitimidade processual ativa: (i) aos consumidores diretamente lesados; (ii) aos consumidores, ainda que não diretamente lesados, nos termos da LAP; (iii) ao Ministério Público e à Direção-Geral do Consumidor, quando em causa interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Saliente-se que a ação inibitória proposta pelo consumidor não diretamente lesado e pelas associações de consumidores deverá ser intentada como ação popular²¹, muito embora, ante a ausência de regulamentação da ação inibitória geral, seja aplicável subsidiariamente, como tivemos oportunidade de referir, o regime

²¹ Neste sentido, ver Santos (2012), p. 132.

jurídico da ação popular constante da LAP. Nesta sede, o Ministério Público, como «curador dos interesses coletivos dos consumidores»²², poderia ter um papel de relevo na promoção oficiosa das ações de fiscalização e, por conseguinte, na promoção de ações inibitórias, mas a sua atuação tem-se restringido às ações inibitórias respeitantes a cláusulas abusivas, sem ousar intervir noutros domínios que relevam igualmente das suas competências e atribuições²³.

Relativamente à *ação inibitória respeitante a práticas comerciais desleais*, o artigo 16.º do RJPCD estende a legitimidade processual ativa aos concorrentes com interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas.

Quanto à *legitimatatio ad causam* na *ação inibitória especial*, no que toca às relações de consumo, o artigo 26.º do RJCCG defere-a: (i) às associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade²⁴; (ii) às associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, atuando no âmbito das suas atribuições; (iii) ao Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando o entenda, mediante solicitação de qualquer interessado. Na esteira de Mário Frota, refira-se, a este respeito, que não se está perante «um mero ato discricionário, antes se trata de um poder-dever de que se apartará se a pretensão do particular de todo for infundada»²⁵. Estas entidades, como se lê no n.º 2 do artigo 26.º, «atuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores suscetíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada».

Ora, a leitura comparada dos artigos 13.º da LDC e 26.º do RJCCG permite-nos concluir que o rol de legitimados para a propositura

²² Duarte (1995), p. 41.

²³ Retratando o papel do Ministério Público na defesa do consumidor e enunciando alguns exemplos de importantes intervenções do Ministério Público neste campo, ainda que cingidos — reforçando o que dissemos — à matéria das cláusulas contratuais gerais, ver Duarte (2018).

²⁴ De harmonia com o disposto nos artigos 17.º a 19.º da LDC, as associações de consumidores devem ter personalidade jurídica, não podem ter escopo lucrativo e devem apresentar como escopo a proteção dos direitos e interesses dos consumidores, sejam seus associados ou não.

²⁵ Frota (1995), p. 318.

destes tipos de ações inibitórias é distinta. O RJCCG, na redação conferida em 1985 ao artigo 26.º, veio negar a *legitimatío ad causam* na ação inibitória especial ao consumidor singularmente considerado e, bem assim, à Direção-Geral do Consumidor. A LDC, que é uma lei geral posterior, não terá revogado a lei especial anterior e não parece ter sido essa a intenção inequívoca do legislador, em sintonia com o disposto no artigo 7.º, n.º 3, do Código Civil. No entanto, para que possa existir uma maior harmonia do sistema jurídico, e mais considerando que se reconhece a legitimidade ao consumidor no que se prende com a ação popular e outrossim no que se reporta à ação inibitória geral, propugnamos, na senda de alguma doutrina²⁶, que se reconheça ao consumidor individualmente considerado, ainda que não lesado e ao lesado, por maioria de razão, a legitimidade processual ativa na ação inibitória especial em sede de cláusulas abusivas. Acrescente-se que também não identificamos motivos que fundamentem destrinça e consequente negação de legitimidade à Direção-Geral do Consumidor na ação inibitória especial²⁷.

No que concerne à legitimidade processual passiva, seguir-se-ão as normas de carácter geral constantes do CPC, bem como o disposto no artigo 27.º do RJCCG (utilizador ou o que recomenda as cláusulas). Assinale-se que a ação pode ser intentada, em conjunto, contra várias entidades em coligação, ainda que a coligação possa implicar a desconsideração da regra que fixa a competência territorial²⁸.

No que respeita à *ação inibitória transfronteiriça*, o exercício transnacional do direito de ação pelas entidades portuguesas com legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares está dependente de inscrição prévia em lista disponível na Direcção-Geral

²⁶ Neste sentido, Frota (1998), p. 270; Ribeiro (1999), p. 493; Santos (2012), p. 133; Frota (2022); Falcão (2023), pp. 47 e 48. Arguindo a taxatividade a lista de legitimados contida no artigo 26.º do RJCCG e, portanto, rejeitando reconhecer a legitimidade ao consumidor individualmente considerado, ver Costa (1999), p. 27. Defendendo que não seria adequado considerar o consumidor uma espécie de curador destes interesses difusos, ver de Sá (2005), p. 80.

²⁷ Igualmente em sintonia com os autores acima citados.

²⁸ Cf. Santos (2012), p. 133; Duarte (2018), p. 20.

do Consumidor (artigo 4.º da Lei n.º 25/2004). A inscrição depende do impulso da entidade interessada, encontrando-se dispensados de inscrição o Ministério Público e a Direção-Geral do Consumidor (artigo 5.º da Lei n.º 25/2004)²⁹. Quando a prática lesiva tenha origem em Portugal e afete interesses localizados noutro Estado-membro, a ação inibitória pode ser intentada por entidade deste Estado-membro que conste da lista atualizada de entidades competentes, elaborada pela Comissão Europeia e publicada no Jornal Oficial (artigo 3.º da Lei n.º 25/2004). Uma vez que este regime se encontra em processo de revisão, podemos adiantar que a Diretiva (UE) 2020/1828 atribui legitimidade processual ativa, nas ações coletivas europeias, a «entidades qualificadas» designadas para o efeito por cada um dos Estados-membros, que serão pessoas coletivas, nomeadamente organizações de consumidores, que preencham os requisitos legais enunciados neste diploma e figurem nas listas a elaborar pelos Estados-membros (artigo 4.º da Diretiva 2020/1828).

5. Valor da ação e forma de processo

O valor da ação inibitória, em qualquer das vertentes, corresponderá ao equivalente ao fixado para a alçada da Relação (30 mil euros), mais um (1) cêntimo para permitir recurso de revista, se procedente (artigo 11.º, n.º 1, da LDC, e artigo 29.º do RJCCG).

No que tange à forma do processo, a ação inibitória, em qualquer das suas tipologias, segue os termos do processo comum de declaração (artigos 546.º a 549.º do CPC), existindo o dever de adequação formal, consagrado no artigo 547.º do CPC, já que, por força da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, desapareceu a forma de processo sumário, a que aludem os artigos 11.º, n.º 1, da LDC; e 29.º do RJCCG³⁰.

A ação inibitória está isenta de custas e gastos [artigo 11.º, n.º 1, LDC; artigo 29.º LCGC; artigo 4.º, n.º 1, alínea a); e artigo 4.º,

²⁹ Para mais pormenores, ver Frota, pp. 43 e 44.

³⁰ As ações coletivas para medidas inibitórias de caráter provisório seguirão a forma de processo sumário (artigo 17.º, n.º 2, da Diretiva 2020/1828), sendo no nosso ordenamento o processo comum.

n.º 1, alínea f), do Regulamento de Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro)³¹.

Relativamente ao tribunal competente, será o tribunal da comarca onde se localiza o centro da atividade principal do demandado, por aplicação das regras gerais (artigos 80.º, 81.º e 82.º do CPC) e, bem assim, do artigo 28.º do RJCCG. Como acertadamente assinala Susana Ferreira dos Santos, esta solução legal é criticável, defendendo-se, na esteira desta autora e de Mário Frota, a consagração como tribunal competente o do domicílio ou sede do demandante³².

6. Sanção pecuniária compulsória (*astreinte*)

A decisão proferida em *ação inibitória geral*, à luz do artigo 10.º, n.º 1, da LDC, é suscetível de ser assistida de uma sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar, tanto por danos patrimoniais, como por não-patrimoniais, conforme estatui o artigo 10.º, n.º 2, da LDC e com o objetivo de reforçar a eficácia da ação inibitória.

A ação inibitória especial apresenta algumas especificidades de regime nesta sede. Com efeito, o artigo 33.º da LCGC estabelece que, «[s]e o demandado, vencido na ação inibitória, infringir a obrigação de se abster de utilizar ou de recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objeto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, incorre numa sanção pecuniária compulsória que não pode ultrapassar o dobro do valor da alçada da Relação por cada infração».

Esta sanção visa compelir os infratores a acatar o dever violado, não apresentando qualquer escopo indemnizatório.

7. Eficácia do caso julgado

A sentença condenatória proferida em sede de *ação inibitória geral* especifica o âmbito da abstenção ou correção, designadamente

³¹ As custas processuais das ações coletivas para medidas de reparação serão suportadas pela parte vencida e o consumidor individual não suportará custas, salvo circunstâncias excecionais (artigo 12.º da Diretiva 2020/1828).

³² Santos (2012), p. 131.

através da referência concreta do seu teor e indicação do tipo de situações a que se reporta (artigo 11.º, n.º 2, da LDC) e, uma vez transitada em julgado, tem eficácia *erga omnes*, ou seja, a abstenção de tal prática lesiva é imposta ao condenado e a qualquer outro operador económico ou profissional.

O mesmo se verifica na ação inibitória atinente a práticas comerciais desleais, em razão da remissão para a LDC realizada pelo artigo 16.º do RJPCD.

Da leitura do artigo 32.º do RJCCG decorre a eficácia *ultra partes* da ação inibitória especial, na medida em que os contraentes consumidores (trabalhadores, empresários, profissionais liberais) poderão invocar a seu favor a decisão incidental de nulidade contida na decisão inibitória contra o predisponente, mas apenas contra o predisponente que foi sujeito passivo na ação inibitória e não qualquer outro, ainda que do mesmo sector ou ramo de atividade, que utilize cláusulas iguais ou similares no mercado³³. Deste modo, outras empresas não condenadas poderão usar livremente as cláusulas proibidas e, portanto, abusivas.

Defendemos, sem embargo, a eficácia *erga omnes* desta decisão, em razão da economia processual e para alcançar o fim de Lei-Quadro de Defesa do Consumidor³⁴. Aliás, este parece ter sido o intento do legislador quando, no artigo 3.º da Lei n.º 32/2021, que procede à alteração do RJCCG, (i) prevê a criação de uma Comissão de Cláusulas Abusivas ou uma Comissão de Cláusulas Contratuais Gerais («sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas») e (ii) almeja conferir ao caso julgado na ação inibitória uma eficácia *erga omnes* («garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades»). Neste sentido, como realça Mário Frota, «uma decisão proferida em concreto sobre uma dada condição geral aposta no formulário de

³³ Saliente-se são abrangidas “as cláusulas que, substancialmente, de equipare às proibidas na decisão judicial”, portanto, as cláusulas devem entender-se em termos materiais, como assinalam Costa e Cordeiro (1991), p. 62.

³⁴ Igualmente neste sentido, Frota (1995), p. 312.

adesão passaria a ter eficácia geral: aplicar-se-ia a todas e quaisquer cláusulas iguais constantes de formulários oferecidos por outros contraentes e, de análogo modo, em relação a contratos singulares já celebrados e cujas cláusulas se fundem em tais condições gerais havidas por proibidas (e incidentalmente nulas nos contratos singulares de que se trata)»³⁵. Porém, a eficácia de coisa julgada ainda está por definir legalmente à luz do que estatui a citada Lei n.º 32/2021, porquanto, como já tivemos oportunidade de mencionar, não temos até ao momento a regulamentação que o legislador exigiu e que se clama para se reforçar a tutela do aderente/consumidor³⁶.

A *ação inibitória transfronteiriça* tem eficácia *erga omnes*, por aplicação do disposto na LDC.

8. Publicação e registo — um expediente de parco alcance

O legislador exige, por fim, que seja conferida publicidade à decisão proferida no âmbito da ação inibitória, em qualquer das vertentes, e que se proceda ao seu registo, de modo a completar o esquema de proteção do consumidor e conferir-lhe eficácia. Esta solução almeja, por um lado, a prevenção geral e especial, dissuadindo o profissional ou operador económico de violar os direitos dos consumidores, e, por outro, a informação do consumidor, reforçando, assim, a sua proteção, além de possibilitar o seu conhecimento por outros decisores³⁷.

O artigo 11.º, n.º 3, da LDC prescreve que a decisão condenatória em sede de *ação inibitória geral*, uma vez transitada em julgado, será publicitada a expensas do infrator e é registada em serviço, que até à data ainda não foi designado ante a ausência de regulamentação.

Relativamente à decisão que proíba as cláusulas contratuais gerais, no contexto de uma *ação inibitória especial*, estatui o artigo 30.º, n.º 1, do RJCCG, que esta «especificará o âmbito da proibição,

³⁵ Frota (2023).

³⁶ Sobre as alterações postas em marcha pela Lei n.º 32/2021, ver Monteiro (2022), pp. 12 e ss.

³⁷ Assinalando que esta solução legal não apresenta uma natureza punitiva ou sancionatória, visando antes «dissuadir a utilização de cláusulas nulas e informar os aderentes, dando ainda a conhecer aos outros tribunais a orientação adoptada», ver Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de junho de 2012, disponível em <https://www.dgsi.pt>.

designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de contratos a que a proibição se reporta». Já o n.º 2 deste dispositivo prevê a possibilidade de o autor solicitar a condenação do vencido «a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determine», o que poderá traduzir-se, por exemplo, na publicação da decisão em jornais ou no *site* do operador económico ou profissional vencido³⁸. Complementarmente, e com o objetivo de assegurar a devida e adequada divulgação da decisão condenatória, impõe o legislador, nos artigos 34.º e 35.º do RJCCG, o seu envio para registo em serviço responsável pela organização e atualização do registo de cláusulas abusivas comunicadas (Direção-Geral de Política de Justiça)³⁹.

Muito embora reconheçamos a bondade da previsão, o certo é que falha a maior parte das vezes o seu propósito, na medida em que o conhecimento das decisões condenatórias proferidas no âmbito de ações inibitórias chega ao conhecimento de poucos⁴⁰. Julgamos que, independentemente de solicitação pelo autor/consumidor, deverá publicar-se a decisão condenatória no *site* e redes sociais dos vencidos, assim como no *site* da Direção-Geral do Consumidor, no *site* da entidade reguladora do sector ou mesmo no *site* de associações de consumidores, pois só assim este expediente surtirá o efeito pretendido⁴¹.

9. Considerações finais

Decorre das páginas que antecedem que a ação inibitória, atendendo à sua natureza e objetivos, deve ser perspectivada como um instrumento de suma importância para a promoção dos interesses e proteção dos direitos dos consumidores.

³⁸ Refira-se que o Acórdão n.º 360/01, de 12 de julho de 2001, do Tribunal Constitucional declarou que esta provisão não era inconstitucional.

³⁹ Ver <https://dgpj.justica.gov.pt/Registo-de-Clausulas-Contratuais-Gerais-Abusivas>.

⁴⁰ Santos (2012) sublinha igualmente a defetividade do expediente.

⁴¹ Para mais desenvolvimentos, ver Paz (2013), pp. 33 e ss. Poderemos assinalar que, quanto à ação coletiva europeia, a Diretiva 2020/1828 prevê a criação de bases de dados eletrónicas nacionais e no plano europeu com informações sobre as ações já concluídas e em curso (artigo 14.º).

Sem embargo, o contencioso da ação inibitória geral não é expressivo em Portugal e o alcance da ação inibitória especial está dependente, entre outros fatores, da proatividade do Ministério Público, que se verifica, ainda que modestamente, somente no domínio das cláusulas contratuais proibidas e, portanto, abusivas.

A parca proeminência do instrumento poderá igualmente dever-se à inexistência de regulamentação da ação inibitória geral ou *quatale*. Clama-se, pois, pela atenção do legislador luso e propugna-se, até lá, a aplicação dos preceitos da LAP.

Outro fator que poderia conferir diferente relevo a este instrumento seria o de fazer coincidir a lista de entidades com a legitimidade processual ativa para ação inibitória geral e a ação inibitória especial, consentindo ao consumidor individualmente considerado, lesado ou não lesado, bem como à Direção-Geral do Consumidor, a *legitimatío ad causam* para intentar a ação inibitória especial. Uma leitura articulada dos artigos 13.º da LDC e 26.º do RJCCG, com uma interpretação sistemática, deveria conduzir a essa solução.

Defendemos igualmente que o tribunal competente deve ser o do domicílio do requerente, e não o do local onde se situa a atividade principal do demandado.

A efetividade da ação inibitória seria igualmente distinta se se atribuisse eficácia *erga omnes* a ações inibitórias, e julgamos que tal sucederá assim que o legislador regulamentar o artigo 3.º da Lei n.º 32/2021, como vimos.

Por fim, consideramos que deve ser realizada a publicidade da sentença nos *sites* e redes sociais dos condenados, bem como no *site* da DGC e das associações de consumidores, independentemente do pedido do autor. Acresce que a manutenção atualizada e funcional do registo e ampla divulgação das sentenças permitiria, como mencionámos, realizar a prevenção geral e especial e informar os consumidores e outros decisores.

10. Referências bibliográficas

- ALVES, João (2006). Anteprojecto do Código de Consumidor (art.º 577.º) — A Proibição Provisória do Uso ou Recomendação de Cláusulas Contratuais Gerais. *Maia Jurídica*, Ano IV, n.º 1, 2006, 99–102.
- BATISTA, Fátima (2014). A ação inibitória nacional e europeia. *Coletânea de formação contínua do Centro de Estudos Judiciários sobre Direito do Consumo*, 167–181.
- COSTA, Mário J. de Almeida / CORDEIRO, António Menezes (1991). *Cláusulas Contratuais Gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Almedina: Coimbra.
- COSTA, Almeida (1999). *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*. Universidade Católica: Lisboa.
- DUARTE, Jorge Dias (2018). O papel do Ministério Público na defesa do consumidor. *Coletânea de formação contínua do Centro de Estudos Judiciários sobre Direito do Consumo 2015–2017*, 9–58.
- DUARTE, Paulo (1995). As cláusulas abusivas na experiência quotidiana de uma associação de consumidores. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 2, 32–41.
- FALCÃO, David (2013). *Lições de Direito do Consumo*. Almedina: Coimbra.
- FROTA, Mário (2023). Comissão «malquista que cada vez mais se perde de vista...». *Diário dos Açores*, <http://diariodosacores.pt/NewsDetail/ArtMID/380/ArticleID/11463/Comiss227o-%E2%80%9Cmalquista%E2%80%9D-que-cada-vez-mais-se-perde-de-vista%E2%80%A6>.
- (2022). Acórdão Vodafone — Uma peça de filigrana da jurisprudência portuguesa. *ProconRS*. <https://www.procon.rs.gov.br/acordao-vodafone-uma-peca-de-filigrana-da-jurisprudencia-portuguesa>.
- (2012). Da legitimidade nas ações coletivas de consumo. *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*. Almedina: Coimbra, 41–49.
- (1998). As Condições Gerais dos Contratos em Portugal. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Suplemento de 1998, 259–271.
- (1995). A Lei das Condições Gerais dos Contratos. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 4, 311–318.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (1995). O processo colectivo do consumidor. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 1, 20–30.
- MONTEIRO, António Pinto (2002). O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Volume I, Lisboa, 111–142.
- (2002). Recentes alterações legislativas no Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 18, 9–30.
- (1986). Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Volume III, Lisboa, 1986, 733–769.
- MOURA DOS SANTOS, Teresa (2016). A tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais. *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 1–53.
- PAZ, Margarida (2013). A publicitação das sentenças inibitórias de cláusulas contratuais gerais nulas como corolário do princípio da protecção do consumidor. *Revista do CEJ*, n.º 1.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa (1999). *O Problema do Contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Almedina: Coimbra.

- SÁ, Almeno de (2005). *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*. Almeida: Coimbra.
- SANTOS, Susana Ferreira dos (2012). Cláusulas abusivas e ações inibitórias: aspetos processuais mais marcantes. *Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo*, Vol. II, n.º 1, 127–141.
- TELLES, Inocêncio Galvão (1995). Das Condições Gerais dos Contratos e da Diretiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 2, 7–21.

COMPRA E VENDA COMERCIAL — CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO RESPECTIVO REGIME

TIAGO AZEVEDO RAMALHO*

Sumário: 1. Introdução; 2. A compra e venda comercial no Código Comercial; 2.1. A compra e venda comercial no *Código Ferreira Borges*; 2.2. A compra e venda comercial no *Código Veiga Beirão*; 2.3. A compra e venda comercial na legislação alemã e o seu confronto com a legislação portuguesa; 3. Entre o problema da compra e venda no comércio e a regulação do Código Comercial; 4. A compra e venda no comércio além do Código Comercial — três aproximações; 4.1. Regime do atraso no cumprimento de obrigações pecuniárias; 4.2. Regime da compra e venda de bens de consumo; 4.3. Regime de compra e venda internacional de mercadorias; 5. Conclusão.

1. Introdução**

Se o próprio do comércio é a actividade de interposição das trocas, então a compra e venda é um dos seus instrumentos por excelência.

Está a compra e venda comercial regulada no (que persiste do) Código Comercial de 1888¹, nos respectivos artigos 464.º a 476.º.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Investigador do Centro de Investigação Jurídica.

** Por opção do autor este texto está escrito segundo as regras do acordo ortográfico vigente antes de 2009.

¹ Aprovado por Carta de Lei de 28 de Junho de 1888.

Nesta codificação novecentista perfilam-se quais os actos que «objectivamente» são tidos como de comércio, sujeitos, por conseguinte, à disciplina jurídico-mercantil, independentemente da qualidade de quem os pratique (artigo 2.º, 1.ª parte); assim como o estatuto daqueles que, por mor da sua prática com carácter de profissão (ou por ser o seu objecto social, no caso de pessoas colectivas), adquirem o estatuto de comerciantes (artigo 13.º CCom). O que, não por último, tem por consequência que os seus demais actos, sejam ou não qualificados como objectivamente comerciais, sejam logo tidos por «subjectivamente» comerciais (artigo 2.º, 2.ª parte)².

É esta uma lição conhecida — e é por ela, portanto, que há mais de um século se inicia o estudo do direito comercial pátrio. E, contudo, ao confrontar-se o Código Comercial, logo se descobre que, sob uma aparente continuidade, todo o contexto normativo *fundamental* do direito comercial modificou-se, dado o galopante o elenco de matérias que transitaram para diplomas autónomos³. Mostra-o o elenco de matérias cuja regulação inicialmente constava do Código Comercial: a composição de firmas é agora regulada pelo regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas⁴; o registo mercantil é hoje inteiramente regulado no Código de Registo Comercial⁵; o enquadramento da bolsa de valores é feito pelo Código de Valores Mobiliários⁶; os títulos de crédito (letras, livranças e cheques) são objecto das chamadas Leis Uniformes⁷; as sociedades comerciais são reguladas no Código das Sociedades Comerciais⁸; os seguros são regulados em geral no Regime Jurídico do Contrato de Seguro⁹; embora as

² Cf., por todos, Abreu (2019), pp. 63–108.

³ Cordeiro (2019), pp. 156–176.

⁴ Decreto-Lei n.º 129/98, de 13/05, com sucessivas alterações.

⁵ Decreto-Lei n.º 403/86, de 03/12, com sucessivas alterações.

⁶ Decreto-Lei n.º 486/99, de 13/11, com sucessivas alterações.

⁷ Lei Uniforme sobre Letras e Livranças (Convenção Internacional celebrada em Genebra a 7 de Junho de 1930) e Lei Uniforme sobre o Cheque, uma Convenção Internacional (concluída em Genebra em Convenção 19 de Março de 1931 e que foi ratificada por Portugal mediante o Decreto n.º 23 721, de 29 de Março de 1934).

⁸ Decreto-Lei n.º 262/86, de 02/09, com sucessivas alterações.

⁹ Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16/04, com sucessivas alterações.

operações de banco tenham uma regulação muito sumária no Código Comercial, a parte mais significativa do respectivo regime jurídico encontra-se fora deste diploma, dando lugar ao Direito Bancário¹⁰; a regulação do transporte, nomeadamente do transporte marítimo, é hoje feita à margem do Código Comercial (com excepção de um artigo), dando lugar ao Direito dos Transportes¹¹; o regime da falência encontra-se hoje no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, que regula também a insolvência civil¹². E podemos acrescentar o Direito da Propriedade Industrial¹³.

Diante deste estado de coisas, pode perguntar-se: O que *sobra* da regulação jurídico-mercantil? Frente ao que ainda persiste nominalmente regulado no Código Comercial, em que medida constitui ele, ainda, o regime paradigmático das relações entre privados em âmbito comercial?¹⁴ Até que ponto o regime legalmente previsto para a compra e venda comercial constitui o paradigmaticamente relevante para quem que se dedica à actividade mercantil? Não exige a copernicana mudança do *contexto* do Direito Comercial, em que o Código Comercial, de eixo central de referência, se torna texto normativo periférico, um diferente valor a atribuir ao Código Comercial?

¹⁰ Cf., para uma introdução, Vasconcelos (2022).

¹¹ Cf., para uma introdução, Cordeiro (2008).

¹² Decreto-Lei 53/2004, de 18/3. No caso do Direito da Insolvência, já não pode dizer-se constituir uma realidade exclusivamente comercial. É hoje o regime constante do CIRE o regime comum de *execução universal*, tenha ela índole civil ou comercial. De resto, é a realidade que o comprova: estatisticamente a maioria das insolvências são de pessoa singular.

¹³ Decreto-Lei n.º 110/2018, de 12/12, já alterado.

¹⁴ Escreveu-se «relações entre privados em âmbito comercial» atenta a circunstância de o comércio ser igualmente regulado (ainda que desde outras categorias que não a de «acto de comércio» e «comerciante») por diferentes ramos de Direito público. Tenha-se em vista as obrigações escriturísticas de comerciantes. São certamente mais relevantes as obrigações declarativas constantes dos artigos 117.º e ss. do Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Colectivas ou dos artigos 29.º e ss. do Código do Imposto do Valor Acrescentado do que as resultantes dos artigos 29.º e ss. do Código Comercial. Tambahas são estas obrigações declarativas acessórias da obrigação principal de pagar imposto (artigos 31.º, 1 da Lei Geral Tributária), pelas quais a administração tributária externaliza o custo de liquidação de impostos, que, segundo Casalta Nabais, constitui hoje o decerto principal papel desempenhado pelas empresas em âmbito fiscal. Cf. Nabais (2015), p. 29.

A estas perguntas, suscitadas especificamente por referência à *compra e venda comercial*, pretende o presente estudo oferecer um princípio de resposta, em jeito de reflexão meditada sobre o direito comercial. É um estudo que tem a sua origem nos anos em que tive oportunidade de ser professor adjunto convidado da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, entre 2018/19 e 2020/21. Integrando o respectivo Departamento de Ciências Jurídicas, leccionei no âmbito do Direito Comercial à Licenciatura em Solicitadoria e a este Mestrado em Solicitadoria de Empresa, que, com muito mérito dos seus responsáveis e dinamizadores, comemora o seu décimo aniversário. Que por este meu estudo se manifestem os meus votos de bom sucesso do Mestrado em Solicitadoria de Empresa é o meu desejo.

2. A compra e venda comercial no Código Comercial

Iniciamos o estudo da compra e venda comercial voltando o olhar para o Código Comercial de 1888, qual *sedes materiae*, no qual a compra e venda comercial é expressamente regulada.

Simplesmente, para uma adequada ponderação do regime normativo constante do Código Comercial de 1888, o chamado *Código Veiga Beirão*, é conveniente tomá-lo no seu contexto, considerando, em especial, aquilo de que se distingue. Com efeito, não constitui ele a primeira codificação comercial portuguesa, mas a segunda. Precisamente, o confronto entre a primeira codificação comercial portuguesa, o *Código Ferreira Borges*, e a regulação constante do *Código Veiga Beirão*, auxiliar-nos-á na resposta à seguinte questão: O que, no que especificamente à compra e venda comercial respeita, os distingue? E deste modo: qual a índole própria da regulação da compra e venda mercantil constante do *Código Veiga Beirão*?

2.1. A compra e venda comercial no Código Ferreira Borges

O que hoje tomamos como direito comercial é, na verdade, herdeiro de uma pluralidade de fontes. Se, em âmbito medieval (séculos XI–XV), veremos o surgimento fragmentário, disperso, de uma pluralidade de práticas que darão origem a diferentes institutos comerciais —

a formação de associações específicas de protecção; a promoção de feiras periódicas, como lugares privilegiados para as trocas; o desenvolvimento de tipos negociais específicos aptos ao favorecimento do comércio (títulos de crédito, contrato de transporte, seguro); os registos escritos específicos (livros de comércio, contabilidade); as jurisdições exclusivas; as regras específicas de exclusão daqueles que não honrassem as exigências do comércio, mediante o regime da falência —, numa como que formação de soluções jurídicas mercantis a partir de baixo (entenda-se: desde a pluralidade de pólos de poder em âmbito medieval, inexistindo igualmente um vértice superior absoluto)¹⁵, a entrada na era moderna (séculos XVI–XVIII, correspondendo ao período de 1500 a 1800) trará consigo uma crescente centralização do poder político e de tentativa de organização do conjunto da sociedade a partir de esquemas centrais de transformação da sociedade e de disciplinamento dos cidadãos: é a acção de *polícia*, no sentido de que o termo reveste ao tempo e que caracteriza o empenho do poder público em, pela transformação dos costumes e fomento da actividade económica, aumentar os respectivos recursos e projectar-se na cena internacional¹⁶. Começa a arte do comércio a tomar parte do espaço da arte marcial.

Agora que há um *acima* — o Estado soberano e impessoal, fiscal e não patrimonial, burocratizado e ordenado, etc.¹⁷ —, esse vértice interessa-se especificamente pela promoção da actividade de comércio¹⁸. Com naturalidade, o século XIX verá então surgir as codificações comerciais. Com o *Code de Commerce* de 1807 — integrado no processo de codificação napoleónica iniciado pelo *Code civil des français*, de 1804 —, é claro que o comércio é já um assunto de Estado, e de primeiríssima ordem.

¹⁵ Ramalho (2021), pp. 62–63 (n. 76), sem, porém, ponderar desenvolvidamente impulso de configuração do Direito Comercial a partir de cima, e a que se faz pronta referência na sequência do texto. Para explanação dos institutos centrais do Direito Comercial medieval, cf. Pergiovanni (1999), pp. 333–345.

¹⁶ Schlunker (2021), pp. 208–211.

¹⁷ Münkler (1999), p. 1.

¹⁸ Cf., entre nós, Marcos (2001), pp. 655–684.

Uma primeira intervenção especialmente significativa, embora ainda circunscrita ao sistema de fontes de direito, ocorreu entre nós mediante a Lei da Boa Razão (Lei de 18 de Agosto de 1769). Por ela se interveio na definição de qual haveria de ser o direito subsidiário a aplicar-se em âmbito mercantil: em caso de dúvida acerca do direito em sede mercantil, não se haveria de recorrer ao Direito Romano, mas ao Direito das «Nações Europeias» — é o pendor da visão moderna do direito comercial a manifestar-se¹⁹.

Porém, é apenas no século XIX que, também entre nós, chegam as primeiras codificações. No caso mercantil, a codificação inaugural foi o *Código Ferreira Borges*, de 1833; no final do século, viria a ser substituído pelo *Código Veiga Beirão*, de 1888.

Precisamente, a existência de duas codificações espaçadas por meio século permite-nos confrontar a diferente índole da respectiva regulação — diferente regulação que resulta do diverso contexto de intervenção da regulação mercantil. Entre nós, ao contrário do que se verificou em França, a codificação comercial precedeu a codificação civil. Apesar de, do ponto de vista teleológico, a regulação comercial se constituir como especial diante da regulação civil²⁰, a ordem de codificação foi a inversa: iniciou-se pelo especial (a codificação comercial), e só num segundo momento se avançou para a codificação geral (a codificação civil, mediante o *Código de Seabra*, de 1867). O pano de fundo da regulação normativa em matéria civil era então constituído ainda pelas *Ordenações Filipinas*, um produto compilatório da primeira modernidade (em redor de 1600).

Afigurava-se incompatível articular a *modernização* do Direito Comercial com aquele regime civil tradicional. A solução adoptada pelo *Código Ferreira Borges* foi, então, a de regular não apenas

¹⁹ Uma ponderação do relevo da Lei da Boa Razão pode encontrar-se em Dias & Ramalho, 2020, pp. 242–234.

²⁰ Embora só caiba falar de um direito especial depois de se chegar a uma noção abstracta de indivíduo, em relação imediata com um centro político, que constituiria o «geral»: é o imaginário moderno da *Direct-Access society*, conforme designação de Taylor (2004), pp. 155–161. Uma tal universalização do estatuto do *cives* — que propiciará, por contraste, a especialização do estatuto do comerciante — é, pois, um fenómeno tipicamente moderno.

os específicos aspectos atinentes ao Direito Comercial, como igualmente aquelas questões que se diriam de Direito Civil, mas *pressupostas* pelo Direito Comercial. Isto é, na inexistência de uma codificação civil moderna a que se pudesse recostar, a codificação comercial teve de se alongar — até ao impressionante número de 1860 disposições²¹. Tal explica a desenvolvida regulação então dada à compra e venda, prolongando-se por 52 disposições (Parte I, Livro II, Título IX; corresponde aos n.ºs 453–504). É regime que incidia sobre múltiplas questões gerais da compra e venda: a sua definição (n.º 453, para exclusão da comercialidade, n.º 504), modo de conclusão (n.º 454, 497–499), cláusulas accidentais (n.º 455), modalidades (n.ºs 456–461), promessa de venda (n.º 463), liceidade, aptidão ou âmbito do objecto (n.ºs 464, 468, 469, 494, 495–496), preço (n.ºs 465–467), despesas de celebração (n.º 467), deveres de informação (n.º 470), obrigações emergentes (n.º 471), modo de realização da entrega (n.ºs 472–477), desistência do contrato e seus efeitos (n.º 478), responsabilidade por atraso (n.º 462), por vícios e pela evicção (n.ºs 479–489, 500–501), tempo e lugar do cumprimento (n.º 490), admissibilidade da compensação (n.º 491), resolução por não-cumprimento (n.º 492), factura e recibo (n.º 493), variação do valor da moeda (n.º 502) e prova (n.º 503).

2.2. A compra e venda comercial no *Código Veiga Beirão*

A índole da regulação da compra e venda comercial no *Código Ferreira Borges* contrasta frontalmente com a presente no *Código Veiga Beirão* (1888). A diferença está em que, conforme se antecipou, contava agora o legislador comercial com o pano de fundo de uma legislação comum em matéria civil — o *Código de Seabra*, de 1867, que regulava em sede geral a compra e venda nos respectivos artigos de 1544.º a 1591.º (48 artigos, mesmo se alguns desdobrados em diferentes números). Assinale-se a circunstância de, numa abordagem simplesmente numérica, a legislação civil *comum* ter uma extensão menor do que a anterior regulação comercial *especial*. Com esta mudança de contexto, pôde então o legislador comercial concentrar

²¹ Duarte (2018), pp. 13–37.

a sua regulação na matéria comercial, remetendo para a aplicação subsidiária do novel diploma fundamental de direito civil (artigo 3.º do Código Comercial). Em resultado, o regime específico da compra e venda comercial no *Código Veiga Beirão* desdobra-se em apenas 14 disposições (mesmo se algumas com mais do que uma prescrição normativa única).

Assinale-se que, já após o Código Comercial, a legislação civil subsidiária também se modificou: o texto civil com que hoje o Código Comercial convive já não é o *Código de Seabra*, de 1867, mas o *Código Civil*, de 1966 (neste é a compra e venda regulada especificamente em 64 artigos — a que hão-de acrescer as múltiplas disposições da parte geral do direito das obrigações, que a têm como horizonte pressuposto²²).

Cabe perguntar: Até que ponto as disposições constantes do Código Comercial constituem um *plus* diante da regulação civil comum?

Passaremos a considerar quais os segmentos temáticos do regime da compra e venda que se julgaram merecedores de especial atenção na lei mercantil²³.

a) Delimitação da compra e venda comercial

O primeiro, logicamente anterior a todos os demais, respeita à delimitação do que, para efeitos do Código Comercial, se entende como

²² Sobre a compra e venda como paradigma da regulação dos efeitos obrigacionais de contratos, cf. Ramalho (2021), p. 127, n. 214, 158, n. 284 e pp. 160–161, n. 291. Por outro lado, dá-se o caso de se preverem como categorias civis gerais — e bem, quando nenhuma razão obste em sentido contrário — institutos cujo especial relevo está no campo mercantil ou de consumo. Tenha-se em vista a reserva de propriedade (artigo 409.º do Código Civil), especialmente vocacionada para a protecção do «crédito comercial». Cf. Vasconcelos (2020), p. 455.

²³ Às disposições de regulação da compra e venda comercial previstas no Código Comercial pode acrescentar-se o artigo 1301.º do Código Civil que, não sendo *sobre* a compra e venda comercial, reforça a protecção daquele que adquira coisa a comerciante. O seu teor é o seguinte: «O que exigir de terceiro coisa por este comprada, de boa-fé, a comerciante que negoceie em coisa do mesmo ou semelhante género é obrigado a restituir o preço o adquirente tiver dado por ela, mas goza do direito de regresso contra aquele que culposamente deu causa ao prejuízo.»

compra e venda *objectivamente* comercial. É matéria regulada pelos artigos 463.º e 464.º do Código Comercial: o primeiro fixa factores que delimitam positivamente a comercialidade; o segundo determina os factores que a excluem.

Esta delimitação do que se entende por compra e venda mercantil é pressuposta de tudo o mais que esteja regulado no Código Comercial. Embora dela não se extraiam consequências jurídicas imediatas, é no seu horizonte que se situa a demais regulação prevista naquele diploma a respeito da compra e venda. Positivamente, qualifica-se como *compra e venda* comercial a *compra realizada* para revenda (artigo 463.º, 1.º, 2.º e 4.º) e a venda com intuito de revender o que se comprou com esse intuito (artigo 463.º, 3.º e 4.º). É, em suma, a actividade de interposição nas trocas, de colocação de bens em circulação, remunerando-se o interponente pela diferença entre o valor de compra e o valor de venda. Igualmente compra e venda comercial é compra ou venda de participações sociais (artigo 463.º, 5.º).

Excluem-se negativamente da comercialidade as aquisições e as revendas dos produtos que tenham sido comprados para uso e consumo do comprador (artigo 464.º, 1.º), assim como as compras e vendas agrícolas (artigo 464.º, 2.º), de artífices (artigo 464.º, 3.º) e de actividade pecuária (artigo 464.º, 4.º). Por estas últimas disposições, traçam-se as fronteiras entre o comércio e o sector primário, bem como diante da pequena actividade industrial.

b) Modalidades específicas de formação ou de composição do objecto negocial

Delimitado o que se entende por compra e venda mercantil, estabelece a lei mercantil o que toma por especialidades admitidas no comércio.

Pelo artigo 465.º, admite-se a possibilidade de contrato de pessoa a nomear, desde que se trate de compra e venda mercantil de coisa móvel. É regime que está hoje aquém daquele que consta do próprio Código Civil, em cujos artigos 452.º e ss. se admite, com grande amplitude, a possibilidade de celebrar um contrato em tais termos, independentemente da natureza do bem objecto da venda.

Pelo artigo 466.º permite-se que a determinação do preço possa ser feita por qualquer meio ou mediante o arbítrio de terceiro — pouco acrescenta ao disposto no artigo 883.º do Código Civil. A diferença encontra-se no ainda não revogado parágrafo único do artigo 466.º do Código Civil: se, nos termos da lei civil, se pode requerer a fixação de preço pelo tribunal, a lei comercial prescreve que «quando o preço houver de ser fixado por terceiro e este não quiser ou não puder fazê-lo, ficará o contrato sem efeito, se outra coisa não for acordada».

A respeito do objecto negocial, admite o artigo 467.º, 1.ª e 2.ª partes, a compra e venda, respectivamente, de coisas incertas ou de esperanças, e do que for propriedade de outrem. Seria esta norma aquela em que mais transpareceria a singularidade da regulação comercial, que até admitia a venda do que fosse propriedade de outrem²⁴.

Mas também aqui a diferença *real* para a lei civil é de pouco significado. Admite igualmente o regime civil a venda de coisas incertas (artigo 881.º) e de «esperanças» (artigo 880.º); e mesmo a venda de coisa alheia é admitida se as partes a considerarem nessa qualidade (artigo 893.º). A linha de diferenciação entre a legislação civil e comercial é, pois, certamente mais ténue do que poderia à partida parecer — respeita, quando muito, ao regime da venda de coisa alheia sem ressalva dessa não titularidade pelo disponente. Veremos a questão adiante.

Finalmente, prevê a lei comercial disposições específicas sobre a conclusão da compra e venda mercantil: tratando-se de venda «sobre amostra de fazenda, ou determinando-se só uma qualidade conhecida no comércio, consideram-se sempre como feitas debaixo da condição de a coisa ser conforme à amostra ou à qualidade convencional» (artigo 469.º); no caso de «compras de coisas que não se tenham à vista, nem possam determinar-se por uma qualidade conhecida em comércio, consideram-se sempre como feitas debaixo da condição de o comprador poder distratar o contrato, caso, examinando-as, não lhes convenham» (artigo 470.º)²⁵.

²⁴ Almeida (2021), p. 123, e Cunha (2021), p. 328.

²⁵ Para qualquer um dos casos, vigora o artigo 47.º: «As condições referidas nos dois artigos antecedentes haver-se-ão por verificadas e os contratos como perfeitos, se o comprador

c) Em especial: a venda de bens alheios

Já vimos que nenhuma especialidade tem a compra e venda mercantil de bens alheios no confronto com a compra e venda civil em que as partes assumam a qualidade alheia do bem. Tal contrato — à semelhança da compra e venda de um bem futuro — constitui um *negócio jurídico dispositivo*, isto é, por seu intermédio dispõe-se da titularidade do direito, afectando-a do disponente para o adquirente. Se, numa compra e venda de um bem presente, caso o disponente seja titular do bem objecto do acto de disposição, aquele se transmite por mero efeito do contrato (artigo 408.º, n.º 1 do Código Civil), quando o não seja a transmissão opera no momento em que adquira a referida legitimidade (artigo 408.º, n.º 2 Código Civil). Até lá, surge a obrigação de o disponente praticar os actos necessários a provocar a transmissão do direito.²⁶ É o que a lei comercial prevê no artigo 467.º, parágrafo único, em lição que vale identicamente para o regime civil, posto não corresponder senão ao regime geral:

No caso do n.º 2.º deste artigo o vendedor ficará obrigado a adquirir por título legítimo a propriedade da coisa vendida e a fazer a entrega ao comprador, sob pena de responder por perdas e danos.

Tal parece ser o regime que a lei comercial sempre aplica. Já a lei civil introduz uma outra distinção. No caso de *não se ressalvar* a índole alheia do bem, a lei civil «penaliza» a desconformidade entre o dito e o declarado, qualificando o negócio como nulo (artigo 892.º e ss. Código Civil) — caso singularíssimo em que o legislador se serve da categoria da nulidade (de *inaptidão* total do negócio) para resolver um problema que é somente de incumprimento (de *aptidão* do acordo negocial das partes, estando, contudo, por produzir os efeitos

examinar as coisas compradas no acto da entrega e não reclamar contra a sua qualidade, ou, não as examinando, não reclamar dentro de oito dias./ § Único. O vendedor pode exigir que o comprador proceda ao exame das fazendas no acto da entrega, salvo caso de impossibilidade, sob pena de se haver para todos os efeitos como verificado.»

²⁶ Para o esclarecimento do modo como um contrato dispositivo opera como meio de afectação da titularidade de posições jurídicas, mesmo que futuras, cf. Ramalho (2021), pp. 240–244.

intencionados). Apreciou-se num outro lugar o sentido deste peculiar regime civil, análise que, por isso, ora não se repetirá.²⁷

Para os presentes efeitos, basta retirar a seguinte conclusão: é apenas neste restritíssimo âmbito, o da venda de bens alheios em que não se ressalvou a índole alheia do bem vendida, que há *alguma* diferença entre o regime comercial e o regime civil. Pequena, em todo o caso.

d) Relação contratual

Finalmente, dispõe a lei comercial ainda sobre alguns aspectos respeitantes à relação contratual de compra e venda.

Fixa-se um regime geral de prazo de entrega de bens: de acordo com o artigo 473.º, devem, a título supletivo, ser postos à disposição do comprador «dentro das vinte e quatro horas seguintes ao contrato, se elas houverem sido compradas à vista», ou, se o não foram, no prazo fixado judicialmente (parágrafo único). No caso de compra e venda celebrada a contado em feira e mercado, o contrato deve ser cumprido no próprio dia ou seguinte sob pena de ficar sem efeito (artigo 475.º e § único).

A respeito da insolvência do comprador, prevê-se, por intermédio do artigo 468.º, a exoneração do vendedor em entregar a coisa vendida, caso o comprador entre em falência antes da entrega.

Regime especial têm as vendas por «conta, peso ou medida»²⁸. Quanto ao risco, recai sobre o vendedor, «até que sejam contadas, pesadas ou medidas, salvo se a contagem, pesagem ou medição se não fez por culpa do comprador» (artigo 472.º). Mas feita a tradição da coisa sem contagem, pesagem ou mediação, fica suprida a «conta, o peso ou a medida» (artigo 472.º, § 2.º).

No caso de compra e venda de bens móveis, prevêem-se direitos especiais em caso de cumprimento. Pode então o vendedor depositar a coisa *por conta do comprador* ou mesmo fazê-la revender (artigo 474.º),

²⁷ Cf. Ramalho (2021), 246–269, com referências.

²⁸ É regime que não se aplica quando a coisa seja qualificada como «a venda ou por partida inteira». Nos termos do §1.º, é o caso «quando as coisas forem vendidas por um só preço determinado, sem atenção à conta, peso ou medida dos objectos, ou quando se atender a qualquer destes elementos unicamente para determinar a quantia do preço».

numa como que modalidade de autotutela²⁹. Deverá ser dado conhecimento ao comprador da revenda realizada (artigo 474.º, 2.º). Por mais enérgico que seja este regime legal, em verdade não se afigura mais prático do que o hoje corrente regime supletivo de possibilidade de resolução de contrato civil em caso de incumprimento definitivo do devedor (801.º, 2 do Código Civil), quer porque não se restringe a coisas móveis, quer porque não condiciona o modo como se procede à «revenda» — uma vez readquirida a propriedade do bem, dela dispõe o seu titular como lhe aprouver.

Finalmente, prevê o artigo 476.º não poder o vendedor «recusar ao comprador a factura das coisas vendidas e entregues, com o recibo do preço ou da parte de preço que houver embolsado». Igual é o princípio subjacente à solução do artigo 787.º do Código Civil (direito à quitação).

2.3. A compra e venda comercial na legislação alemã e o seu confronto com a legislação portuguesa

Antes de prosseguirmos a exposição, justifica-se fazer um breve apontamento sobre quais as matérias especificamente reguladas numa legislação comercial. Far-se-á uma breve referência à codificação comercial alemã (*Handelsgesetzbuch*: HGB, de 1897)³⁰.

Entre as questões próximas das reguladas no direito português, encontra-se a possibilidade de colocar a coisa vendida em depósito público (§373 HGB), sem prejuízo do recurso às faculdades consentidas pela lei civil geral (§374 HGB); ou o regime de determinação mais precisa da prestação pelo comprador (§375 HGB); ou, ainda, as disposições específicas de incumprimento em caso de prestações temporizadas (§376 HGB).

²⁹ Para o modo como se procede à revenda, cf. o artigo 474.º, §1.º: «A revenda efectuar-se-á em hasta pública, ou, se a coisa tiver preço cotado na bolsa ou mercado, por intermédio de corretor, ao preço corrente, ficando salvo ao vendedor o direito ao pagamento da diferença entre o preço obtido e o estipulado e às perdas e danos.»

³⁰ Para estas especialidades da lei mercantil alemã, pode cf. Brox & Henssler (2020), pp. 225–245, que, por economia de espaço, não se apreciará no presente escrito.

Entre as questões distintas estão a faculdade de o comprador poder, logo após a entrega, e caso se trate de venda bilateralmente comercial, examinar as coisas vendidas, sob pena de se considerar ter aceitado a coisa entregue (§377 HGB, com muitas especialidades). Também no caso de venda bilateralmente comercial, prevê-se o dever do comprador velar pela conservação de coisas que lhe tenham sido expedidas, quando não as julgue conforme ao pretendido (§ 379 HGB).

Ainda dentro das (micro)questões diferentes reguladas, está a determinação de que, nas coisas sujeitas a pesagem, o peso da embalagem não dever ser considerado (§382 HGB).

Estamos já em momento de retirar uma conclusão acerca da compra e venda comercial. Neste brevíssimo confronto das legislações portuguesa e alemã (e a iguais conclusões se chegaria mediante o confronto, por exemplo, do *Código de Comercio* espanhol de 1885³¹), conclui-se que o regime específico da compra e venda qualificada como comercial acrescenta hoje muito pouco em relação ao regime civil³². Que haja ordens jurídicas que optem por prescindir de uma autonomização legislativa da compra e venda comercial, como a italiana ou a brasileira, é disso, aliás, sinal³³. A compra e venda continua, é certo, a ter a maior relevância em âmbito mercantil, mas sem grandes especificidades em relação ao regime comum do Código Civil.

3. Entre o problema da compra e venda no comércio e a regulação do Código Comercial

Importa, por isso, traçar uma distinção entre o *problema da compra e venda no comércio* e a *resposta da regulação jurídico-mercantil*. Aquele primeiro problema coloca-se nos seguintes termos: Como enquadra o direito a compra e venda que se suscita no comércio?

³¹ A compra e venda mercantil é regulada nos artigos 325.º e 345.º.

³² Cf. também Antunes (2014), p. 350: «(...) o regime da compra e venda mercantil também não escapou à usura do tempo.»

³³ Cf. a observação de Fábio Ulhoa Coelho, quando afirma no actual Direito brasileiro ser a única diferença entre a venda civil e comercial a resultante da legislação em âmbito falimentar: cf. Coelho (2013), p. 72. Para uma exposição da compra e venda em contexto italiano, cf. Galgano (2004), pp. 3–42, e Ferri (2010), 901–929.

Considerado assim o problema, logo se vê que a regulação do Código Comercial é apenas uma das possíveis respostas àquela questão (sem prejuízo de a sua pretensão original ser a resposta tendencialmente exaustiva à regulação das relações jurídicas privadas em âmbito comercial). É certo que a regulação jurídica constante deste diploma *recorta* — como é próprio de toda a regulação — uma certa parcela da realidade e oferece-lhe um regime jurídico.³⁴ Mas tal não exclui que *outras fontes* de regulação se interessem pela mesma realidade da compra e venda em âmbito mercantil, ainda que o façam desde outros quadros delimitativos do regime aplicável. Dito de outro modo: a regulação do Código Comercial regula positivamente a compra e venda mercantil, prevendo determinadas opções fundamentais de regime; mas ela não exclui que não haja regulação do comércio por intermédio da compra e venda além do previsto no Código Comercial.

Reencontramos na compra e venda o que já antes vimos a respeito do conjunto do Direito Comercial, na introdução ao presente texto. Estaria equivocado aquele que, persuadido pela designação «Código Comercial», supusesse que neste se encontrariam regulados os aspectos fundamentais da regulação do comércio privado. Essa fora, por certo, a pretensão do Código Comercial na sua versão introdutória. Pretendia ele ser a *resposta* paradigmática à questão: «Como são reguladas as relações jurídicas privadas no comércio?». Mas com a gradual exclusão, do foro do Código Comercial, de diferentes matérias de especial relevo para o comércio, claro ficou que tal resposta só pode agora dar-se com o concurso de assinalável legislação complementar. Quem, pois, pretenda espelhar o Direito Comercial contemporâneo, deve despedir-se do valor de *Código* do Código Comercial.

Assim é, ao menos, em termos gerais. E a respeito da compra e venda? É o que passaremos a ver.

³⁴ Para esta função de recorte das regras jurídicas, Medicus (2010), pp. 30–31.

4. A compra e venda no comércio além do Código Comercial: três aproximações

Passaremos a considerar três aproximações ao regime da compra e venda além do disposto no Código Comercial. Estamos diante de regimes que, não se identificando com a compra e venda comercial no sentido previsto no Código Comercial, respeitam ainda à *compra e venda no comércio*. Três regimes serão considerados: (i) o regime do atraso no cumprimento de obrigações pecuniárias; (ii) o regime da compra e venda internacional de mercadorias; e (iii) o regime da compra e venda de bens de consumo³⁵.

Não que haja um regime da *compra e venda comercial* além do Código Comercial. A *compra e venda comercial*, no sentido de que se reveste para o Código Comercial, é apenas regulada por este último. Pretende, antes, sublinhar-se: há aspectos relativos à compra e venda que ocorre em comércio não menos relevantes do que os relativos aos efeitos associados à compra e venda comercial regulada no Código Comercial, que têm por fonte regimes normativos diversos, embora desde a aplicação de um diferente quadro conceptual. À pergunta «Como enquadra o Direito a compra e venda que se suscita no comércio?», poderá então responder-se: também desde modos diferentes dos previstos no Código Comercial.

4.1. Regime do atraso no cumprimento de obrigações pecuniárias

Assinala-se, em primeiro lugar, o Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio, que transpõe a Directiva n.º 2011/7/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro³⁶.

Duas são as noções fundamentais para delimitar o campo de aplicação do diploma: do ponto de vista objectivo, a noção de *transacção*

³⁵ O elenco é ilustrativo. Poder-se-ia acrescentar, a título de exemplo, o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro. Transpõe a Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativo a contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial.

³⁶ O referido diploma fora precedido pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro, traspondo este a Directiva n.º 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de julho.

comercial; do ponto de vista subjectivo, a noção de *entidade pública* e de *empresa*.

É transacção comercial, para efeitos do diploma, «uma transacção entre empresas ou entre empresas e entidades públicas destinada ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços contra remuneração» [artigo 3.º, *b*)]. A própria noção de transacção comercial apela, portanto, a um critério subjectivo, importando delimitar o que se entende por «empresa» ou «entidade pública».

São estas últimas delimitadas nos seguintes termos: entidade pública é «uma entidade adjudicante definida no artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, independentemente do objecto ou do valor do contrato» [artigo 3.º, *c*)]; empresa, para estes efeitos, é «uma entidade que, não sendo uma entidade pública, desenvolva uma actividade económica ou profissional autónoma, incluindo pessoas singulares» [artigo 3.º, *d*)].

Conforme se vê, não apela o diploma nem à noção de compra e venda comercial, nem à de comerciante. O que não quer dizer que não incida sobre a realidade substantiva da primeira ou de segundo. Vejamo-lo mais de perto.

Quanto ao objecto do contrato, toma o diploma por transacção comercial o «fornecimento de bens ou à prestação de serviços contra remuneração». Ora, a compra e venda é uma modalidade particular de fornecimento de bens. A noção de transacção comercial, para efeitos deste Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio, é, portanto, mais ampla do que a da compra e venda, tendendo a incluí-la. Quanto aos sujeitos aos efeitos do contrato, toma o diploma por empresa quem exerça uma «actividade económica ou profissional autónoma». É noção que tenderá a incluir aqueles que façam do comércio profissão (artigo 13.º, 1.º do Código Comercial), mas que parece não se reduzir à circunscrição da comercialidade para efeitos da lei mercantil.

Feita uma tal delimitação do que se entende, para efeitos do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de Maio, de atraso no cumprimento de obrigações pecuniárias, prevêem-se certas medidas de reacção ao atraso de pagamento: «qualquer falta de pagamento do montante devido no prazo contratual ou legal, tendo o credor cumprido as

respectivas obrigações, salvo se o atraso não for imputável ao devedor» [3.º, a)]. O diploma destina-se, portanto, a aumentar a probabilidade de o fornecedor de bens ou prestador de serviços, mediante medidas de reacção ao atraso no cumprimento da contraprestação, ser devidamente satisfeito (artigo 2.º, 1).

Destacam-se as principais provisões previstas no diploma: (i) a aplicação dos juros de mora previstos no Código Comercial, sem prejuízo de eventual convenção das partes (artigo 4.º, 1)³⁷, fixando-se regimes supletivos de contagem dos juros de mora, especiais em relação aos constantes do Código Civil (*cf.*, especialmente, os n.ºs 2 a 5³⁸); (ii) a possibilidade de receber um montante de 40,00 euros (*à forfait*) «a título de indemnização pelos custos de cobrança da dívida»,

³⁷ O regime dos juros comerciais é um dos poucos efeitos relevantes ainda subsistentes do regime do Código Comercial (artigo 102.º do Código Comercial). Por aqui vemos que num dos casos estatisticamente mais relevantes de aplicação de juros de mora mercantis — atraso de pagamento da remuneração pelo fornecimento de um bem ou de um serviço — já um outro diploma se encontra, de alcance mais vasto, a prever a mesma solução. Também neste ponto se assiste à retracção da aplicação da lei mercantil.

³⁸ 2 — Em caso de atraso de pagamento, o credor tem direito a juros de mora, sem necessidade de interpelação, a contar do dia subsequente à data de vencimento, ou do termo do prazo de pagamento, estipulados no contrato.

3 — Sempre que do contrato não conste a data ou o prazo de vencimento, são devidos juros de mora após o termo de cada um dos seguintes prazos, os quais se vencem automaticamente sem necessidade de interpelação:

a) 30 dias a contar da data em que o devedor tiver recebido a factura;

b) 30 dias após a data de recepção efectiva dos bens ou da prestação dos serviços quando a data de recepção da factura seja incerta;

c) 30 dias após a data de recepção efectiva dos bens ou da prestação dos serviços, quando o devedor receba a factura antes do fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços;

d) 30 dias após a data de aceitação ou verificação, quando esteja previsto, na lei ou no contrato, um processo mediante o qual deva ser determinada a conformidade dos bens ou serviços e o devedor receba a factura em data anterior ou na data de aceitação ou verificação.

4 — Caso esteja previsto um processo de aceitação ou de verificação para determinar a conformidade dos bens ou do serviço, a duração desse processo não pode exceder 30 dias a contar da data de recepção dos bens ou da prestação dos serviços, salvo disposição expressa em contrário no contrato e desde que tal não constitua um abuso manifesto face ao credor na acepção do n.º 2 do artigo 8.º, sem prejuízo do disposto em legislação própria sobre transacções de bens alimentares.

5 — O prazo de pagamento não pode exceder 60 dias, salvo disposição expressa em contrário no contrato, desde que tal disposição não seja nula nos termos do artigo 8.º.

sem prejuízo da prova de «custos razoáveis que excedam aquele montante» (artigo 7.º); (iii) a previsão de cláusulas ou práticas comerciais abusivas, especificadas no diploma (artigo 8.º, 1 e 2), constituindo um regime especial diante do previsto na Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro); (iv) a possibilidade de recorrer a injunção, independentemente do valor da dívida (artigo 10.º, 1)³⁹.

Num breve relance de conjunto, trata-se de um importante regime *especial* de incumprimento das obrigações, aplicável num âmbito «mercantil» relevante especificamente nos casos de incumprimento da obrigação de pagar o preço. Ainda que se mova em quadros outros que os determinados pela lei comercial.

4.2. Regime da compra e venda de bens de consumo

No exemplo anterior, não havia um apelo directo ao conceito de compra e venda. Ele é feito, porém, no caso da chamada compra e venda de bens de consumo, uma das matérias reguladas pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18/10, que transpõe as Directivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770⁴⁰.

Objecto do regime da compra e venda de bens de consumo são os «contratos de compra e venda celebrados entre consumidores e profissionais, incluindo os contratos celebrados para o fornecimento de bens a fabricar ou a produzir» [artigo 3.º, 1, a)⁴¹]. Consumidor é, para efeitos da presente lei, «uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, actue com fins que

³⁹ A solução cominatória plena com independência do valor da causa — com efeito, em caso de não oposição do requerido ao requerimento de injunção, forma-se título executivo apto a fundar acção em que não se podem deduzir os fundamentos a que antes se pudesse fazer recurso — é flagrantemente desproporcionada.

⁴⁰ O anterior regime constava do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, que transpunha a Directiva 1999/44/CE. O actual diploma regula ainda o «regime de protecção dos consumidores nos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais» (1.º, 1, b)).

⁴¹ A al. b) do mesmo número determina a aplicação do diploma também à empreitada ou a outras prestações de serviços; a al. c) aos conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens ou com eles interligados (*cf.* a nota anterior). Tais matérias, por já não terem correspondência com a compra e venda comercial, não serão consideradas.

não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional» [artigo 2.º, g)]. Profissional, por seu lado, é «uma pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, que actue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta, para fins relacionados com a sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei» [artigo 2.º, o)].

Supõem-se conhecidas as principais provisões constantes do presente diploma. Assenta a regulação da relação contratual de compra e venda no princípio da *conformidade* entre a realização da compra e venda e a sua execução (artigos 6.º e ss.). A falta da referida conformidade tem por resultado conduzir à responsabilidade do profissional (artigo 12.º e ss.), podendo o consumidor exigir a reposição da conformidade; a redução proporcional do preço; ou ainda a resolução do contrato (artigo 15.º).

É um regime que não será agora objecto de desenvolvimento. Fundamental é lançar a seguinte questão: Em que medida nos encontramos diante de um regime de compra e venda no comércio?

Dir-se-ia, ao primeiro olhar, estarmos diante de questões de *Direito do Consumo*. Mas se este respeita ao momento culminante de uma cadeia de troca em que se dá em interacção entre o *profissional* e o *consumidor*, e se essa interacção é, por definição, bilateral, logo se conclui que, se é ele, a jusante, direito do consumidor, é também, a montante, direito do profissional (nas suas relações com o consumidor) — que, tipicamente, será um comerciante. Sempre que a lei de consumo prevê certos direitos subjectivos privados a favor do consumidor está concomitante e necessariamente a regular o estatuto do profissional, que é sujeito passivo das referidas pretensões activas. Quando delimitado como direito das relações contratuais entre profissional e o consumidor, o Direito do Consumo não é senão a face externa do que, na contraface, é um Direito de regulação do «comerciante».

O que se diz para a compra e venda de bens de consumo vale, *mutatis mutandis*, para toda a disposição de Direito do Consumo, como direito que se situa na fimbria entre o comércio e o não-comércio.

4.3. Regime da compra e venda internacional de mercadorias

Finalmente, cabe mencionar um último regime de compra e venda — é o da compra e venda internacional de mercadorias, conforme regulado na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, abreviadamente citada por CISG), de 11 de Abril de 1980, a que Portugal aderiu em 23 de Setembro de 2020, com início de produção de efeitos a 1 de Outubro de 2021, e que vigora na ordem jurídica portuguesa por intermédio do artigo 8.º, 2 da Constituição⁴². Tem a referida convenção, presentemente, 95 partes.

Não nos encontramos, uma vez mais, diante de um texto normativo que apele à adjectivação de comercial. E, contudo, a compra e venda internacional de mercadorias é, tipicamente, o acto próprio do comércio internacional, desde sempre a ponta da lança do *ius mercatorum*⁴³.

Entre os Estados Parte da CISG, aplica-se este regime quando as referidas regras de Direito Internacional Privado remetam para um dos Estados contratantes e se trate de uma compra e venda de mercadorias entre diferentes partes (artigo 1.º, n.º 1)⁴⁴. Desde a vinculação à presente convenção, importa, por conseguinte, discernir entre dois níveis de regimes de compra e venda: os regimes nacionais, não aplicáveis a situações plurilocalizadas entre diferentes Estados, e um regime internacional, o da CISG, quando se trate de uma compra e venda de mercadorias internacional, isto é, quando as respectivas partes «tenham o seu estabelecimento em diferentes Estados».

Da aplicação deste regime excluem-se as vendas de mercadorias «para uso pessoal, familiar ou doméstico» [artigo 2.º, a)]. É, portanto, o comércio internacional que lhe serve de referência.

⁴² A aprovação interna foi feita no Conselho de Ministros, de 16 de Julho de 2020. Cf. o Decreto n.º 5/2020, de 7 de Agosto, em cujo anexo se pode confrontar a reprodução do texto oficial da convenção, em inglês, e a tradução em língua portuguesa.

⁴³ Cf., com referências, Ramalho (2021), 62–63, n. 76, no seu termo.

⁴⁴ Para uma introdução breve, Costa (2020).

Dentro da regulação encontram-se os efeitos *obligacionais* do contrato de compra e venda, já não o regime da respectiva validade ou da sua eventual repercussão, ou não, sobre a transmissão dos bens vendidos (artigo 4.º)⁴⁵. Desde uma tal delimitação, o regime da convenção fixa disposições gerais relativas à formação do contrato (artigo 14.º e ss.), ao regime contratual comum (artigo 25.º e ss.), às obrigações das partes, vendedor (artigo 30.º e ss.) e comprador (artigo 53.º e ss.), à transferência do risco (artigo 66.º e ss.), ao incumprimento (artigo 71.º e ss.), etc.

Em suma: trata-se de um regime articulado, sistemático, global, respeitante à formação e efeitos obrigacionais de um contrato de compra e venda no âmbito do comércio internacional. Um regime, apetece dizer, à maneira de um *Código Comercial* — mas não nele. De novo, é a compra e venda no comércio a desenvolver-se em paragens bem diferentes daquelas onde se poderia supor que ela se encontrava.

5. Conclusão

Cabe retirar algumas conclusões: O que fica deste percurso que nos levou da compra e venda comercial regulada no Código Comércio à compra e venda no comércio com diferentes fontes de regulação?

Talvez possamos, na compra e venda comercial, encontrar uma parábola da evolução do Direito Comercial ao longo dos últimos dois séculos. Surpreendemos, nesse século XIX, a tentativa de ordenar o Direito Comercial desde um ponto de vista central, a patentear um Código Comercial com *uma* ideia de conjunto para o comércio. Seguiu-se, depois, a gradual autonomização de ramos particulares do Direito Comercial, à revelia do que fora a ideia ordenadora daquele Código Comercial. Chegaram-nos, finalmente, outros modos de regular a *realidade* do comércio, sem necessidade de fazer apelo aos conceitos de comerciante ou de acto comercial — mas incidindo sobre aqueles ou aquilo que estes últimos conceitos pretendiam circunscrever.

⁴⁵ É este, conforme é sabido, um dos pontos de tensão para uma possível harmonização do Direito Civil. Cf. uma reflexão sobre o ponto em Ramalho (2021), pp. 229–235, com referências.

Diante desta nova condição histórica — a ausência de um *sistema* de soluções coerentes num tempo histórico que (ainda) aspira a um princípio de regulação —, que posição tomar? Que juízo de síntese sobre o Direito Comercial? E como o rearticular? As questões multiplicam-se. Mesmo se houver vontade de uma tal sistematização, não é certo onde deverá ela ancorar-se. No pequeno comércio ou no grande comércio? No comércio nacional ou internacional? Nas sociedades de pequena composição accionista ou de dispersão de capital (descontando já a completa superação do «comerciante em nome individual»?) Ou regressa-se à empresa? Mas qual? Incluindo ou excluindo o sector agrícola, sobretudo dessa agricultura intensiva, programada, planificada — arriscando mesmo o paradoxo — dessa agricultura *industrial*? Qual, em suma, o *éthos*, o conjunto de práticas que hão-de servir de paradigma do mercantil, suscitando uma regulamentação correspondente? E, finalmente: Há ainda vigor para lançar mão a uma obra codificadora que aspire a ser algo mais de que uma colação de disposições em estilo regulamentar?

São questões que inquietam, mas que não retiram o estímulo ao estudo do Direito Comercial. De facto, apenas testemunham que o comércio está vivo, vivíssimo — o pensamento é que deve esforçar-se por lhe conseguir corresponder.

Referências bibliográficas

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (2019). *Curso de Direito Comercial: Vol. I*. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2021). *Contratos*. 5.^a Edição, Vol. II. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, José Engrácia (2014). *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- BROX, Hans & HENSSLER, Martin (2020). *Handelsrecht*, 23.^a Edição. C. H. Beck.
- COELHO, Fábio Ulhoa (2013). *Curso de Direito Comercial. Direito de empresa*. 14.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva.
- CORDEIRO, António Menezes (2019). *Direito Comercial*, 4.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina.
- . (2008). Introdução ao Direito dos Transportes. *Revista da Ordem dos Advogados*, 68(1), 139–172.
- COSTA, M. F. da (2020). Editorial. *Revista Electrónica de Direito*, 3. <https://cij.up.pt/pt/red>.
- CUNHA, Paulo Olavo (2021). *Direito Comercial e do Mercado*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- DIAS, Rui Pereira, & RAMALHO, Tiago Azevedo (2020). A influência da lei da boa razão no Direito Comercial português [pp. 242–234]. In Cláudia Lima Marques & Gustavo

- Cerqueira (Eds.), *A Função Modernizadora do Direito Comparado. 250 anos da Lei da Boa Razão. Homenagem à memória de António Manuel Hespanha e Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. São Paulo: YK Editora.
- DUARTE, Rui Pinto (2018). O Código Comercial de 1833. *Direito das Sociedades em Revista*, 10(1), 13–37.
- FERRI, G. (2010). *Manuale di Diritto Commerciale a cura di Carlo Angelici/Giovanni B. Ferri*, 13.^a Edição. Torino: Utet.
- GALGANO, Francesco (2004). *Diritto Civile e Commerciale*, 4.^a Edição, Vol. 2–2. Padova: Cedam.
- MARCOS, Rui de Figueiredo (2001). O «ius politiae» e o comércio. A idade publicista do Direito Comercial [pp. 655–684]. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MEDICUS, Dieter (2010). *Allgemeiner Teil des BGB*, 10.^a Edição. Heidelberg: C. F. Müller.
- MÜNKLER, Herfried (1999). Staat. In Joachim Ritter & Karlfried. Gründer (Eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Vol. 10 (pp. 1–30). Basel: Schwabe Verlag.
- NABAIS, José Casalta (2015). *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- PERGIOVANNI, Vito (1999). Diritto commercial nel diritto medievale e moderno. In *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale: Vol. IV* (pp. 333–345). Torino: Utet.
- RAMALHO, Tiago (2021). *Contratos. Legitimidade. Contratos obrigacionais e aquisitivos. Contratos dispositivos. Atuação por conta de outrem*. Coimbra: Gestlegal.
- SCHLINKER, Steffen (2021). *Rechtsgeschichte*. C. H. Beck.
- TAYLOR, Charles (2004). *Modern Social Imaginaries*. Durham/London: Duke University Press.
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2022). *Direito Bancário*, 4.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2020). *Direitos das Garantias*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.

TRABALHOS DOS ESTUDANTES E DIPLOMADOS DO MSE

OBRIGAÇÕES DE ENTRADA E OUTRAS OBRIGAÇÕES (EVENTUAIS)

ANA FILIPA LOPES PEREIRA*

Sumário: 1. Introdução; 2. Obrigações de entrada; 2.1. Tipos de entrada; 2.2. Momentos de realização das entradas por parte dos sócios; 2.3. Consequências do incumprimento da realização de entradas; 3. Prestações acessórias; 3.1. Âmbito de aplicação e objeto da obrigação acessória; 3.2. Traços do regime das prestações acessórias; 3.3. Da sua transmissibilidade, reembolso e incumprimento; 4. Prestação suplementar; 4.1. Âmbito de aplicação e objeto da obrigação da prestação suplementar; 4.2. Traços do regime das prestações suplementares; 4.3. Da sua transmissibilidade, reembolso e incumprimento; 5. Contrato de suprimento; 5.1. Âmbito de aplicação e objeto dos suprimentos; 5.2. Traços do regime dos suprimentos; 5.3. Da sua transmissibilidade, reembolso e incumprimento; 6. Conclusão.

1. Introdução

Para que uma sociedade nasça, existe uma obrigação primordial dos sócios que tem de se encontrar preenchida: a obrigação de entrada. As obrigações de entrada podem ser de três tipos, a saber: entradas

* Licenciada em Solicitadoria e mestranda em Solicitadoria de Empresa na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

em indústria, entradas em dinheiro e entradas em espécie. Elenca- dos que estão os tipos de entrada, importa referir que cada um terá os seus corolários e princípios.

No entanto, além da principal obrigação dos sócios (obrigação de entrada), sem a qual não se constitui a sociedade, existem outras obrigações que poderão ser impostas aos sócios. A obrigação de prestações acessórias, a obrigação de prestações suplementares e os suprimentos são alguns exemplos de outros tipos de obrigações eventualmente exigíveis aos sócios.

Relativamente aos regimes acima descritos, iremos abordar especialmente o seu âmbito de aplicação, qual o objeto da obrigação, os traços essenciais de cada um, a transmissibilidade das obrigações para terceiros, o reembolso das obrigações e o incumprimento das mesmas.

Três tipos de obrigações, três regimes diferentes, cada um com características próprias e os seus próprios corolários. Embora podendo coincidir em alguns aspetos, estamos na presença de regimes distintos entre si.

Estudar as obrigações que os sócios têm perante uma sociedade torna-se, hoje, um tema muito importante, uma vez que os indivíduos, atualmente, ao criarem uma sociedade, só pensam nos lucros e na prosperidade da mesma, mas as situações nem sempre correm como estes esperam, e nem sempre se desenvolvem da maneira como estes cogitavam.

Para justificar a pertinência do tema em questão, e de forma a conceder-lhe um maior alcance, consultou-se a doutrina, analisámos jurisprudência e procurámos artigos científicos para aspetos específicos do artigo. É de ressaltar que, embora sejam abordados ao longo do artigo conceitos e conteúdos de contabilidade, não aprofundamos o estudo dos mesmos, a fim de nos podermos focar noutros aspetos mais pertinentes, no nosso entendimento. Importante é, ainda, referenciar que nos debruçamos sobre o estudo das obrigações perante os sócios relativamente às sociedades por quotas e sociedades anónimas, em prejuízo dos outros tipos societários.

2. Obrigações de entrada

O artigo 20.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC) elenca quais as obrigações que um sócio detém perante a sociedade. Nessa disposição legal consta, especialmente, a obrigação de entrada, que se revela como uma das principais obrigações por parte dos sócios. Uma vez que, não contribuindo o sócio com qualquer bem ou serviço para a constituição da sociedade, nem sequer poderá obter a qualidade de sócio¹, e por seu turno, nem a sociedade poderá ser constituída, pela inexistência do capital social, elemento primordial e necessário, para a criação de uma sociedade². Na esteira de Bruno Almeida e Carlos Cunha, revisores oficiais de contas, «as entradas dos sócios correspondem a uma contribuição para o património da sociedade, necessário à persecução dos fins a que se propõe»³, certificando-se a tese acima descrita.

Relativamente ao valor das entradas, e uma vez que a lei não profere valores mínimos, estabelece-se que estas devem seguir o princípio da proibição de emissão de ações a baixo par. Coutinho de Abreu explicita que «(...) o valor da entrada constitui o limite máximo do valor nominal da participação social, podendo esta, no entanto, ter um valor inferior ao da contribuição do sócio»⁴. Por outras palavras, profere Paulo Olavo Cunha que «a entrada tem de ser objeto de uma correta valorização e de efetiva realização, não podendo o seu valor ser inferior ao valor nominal da participação»⁵.

O preceituado acima significa, então, que o valor das entradas nunca poderá ser inferior ao valor da participação que os sócios irão ter perante a sociedade. Afirmando-se como muito importante, tendo em conta os pontos mencionados, uma correta valorização

¹ Cf. artigo 980.º do Código Civil (CC), «(...) se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa atividade económica (...)».

² Importa ressaltar, neste ponto, o caso excecional das sociedades em nome coletivo onde todos os sócios entram com a sua indústria, sendo que, este valor da indústria não é tido em conta no capital social da sociedade [artigo 9.º, n.º 1, alínea f), do CSC, e artigo 178.º do CSC].

³ Almeida & Cunha (2015).

⁴ Abreu (2017), p. 448.

⁵ Cunha (2021), p. 310.

das entradas, não devendo os seus valores ser ludibriados, sob pena de os sócios poderem vir a incorrer em responsabilidade perante a sociedade.

2.1. Tipos de entrada

As entradas para as sociedades podem assumir uma de três formas — entradas de indústria e entradas em bens, subdividindo-se estas últimas em entradas em dinheiro, e entradas em espécie.

2.1.1. Entradas de indústria

As entradas em indústria só podem ser efetuadas nas sociedades de responsabilidade ilimitada⁶, sendo inadmissíveis nas sociedades de capitais. Esta inadmissibilidade explica-se, principalmente, pela dificuldade que seria quantificar e avaliar este tipo de entrada⁷.

A prestação de serviços perante a sociedade, podendo assim ser entendidas as entradas de indústria, é um elemento de difícil contabilização, uma vez que se torna impreciso quantificar o trabalho que é prestado pelos indivíduos, o que poderia dar origem a um tratamento desigual perante os sócios, no entender de que o trabalho prestado por parte de um deles pode ser alvo de sobrevalorização relativamente ao de outro. Além do desigual tratamento que se iria verificar entre os sócios, também se arriscaria dar primórdio a conflitos entre os mesmos — o que à partida em nada seria benéfico para a progressão da sociedade, nem assim para o seu sucesso.

Figura no artigo 9.º, n.º 1, do CSC as componentes obrigatórias⁸ que devem estar instituídas no contrato da sociedade. E, tal como o

⁶ São sociedades de responsabilidade ilimitada as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita. No entanto, importa referir que, quanto a este último tipo, as sociedades em comandita, a responsabilidade ilimitada só existe em relação a alguns sócios — os sócios comanditados (e não já em relação aos comanditários).

⁷ Abreu (2017).

⁸ Apresentam-se como constituintes obrigatórias no contrato de sociedade: «o nome / fima e dados relevantes de todos os sócios, o tipo societário, a fima, o seu objeto social, a sede, o capital social, o tipo de entradas a ser realizada pelos sócios, assim como as respetivas especificações das mesmas, e a data do encerramento do exercício anual, caso se mostre diferente do ano civil», tal como previsto no n.º 1, do artigo 9.º, do CSC.

artigo 9.º, n.º 1, alínea f) decreta, um dos tópicos que deve constar é «o capital social, salvo nas sociedades em nome coletivo em que todos os sócios contribuam apenas com a sua indústria». Ora, afirma-se como ideia subjacente que, no caso apresentado, não existe capital social.⁹

2.1.2. Entradas em dinheiro

As entradas em dinheiro¹⁰ são as mais comuns, e dizem respeito à quantia que cada sócio entrega na sociedade e que, por consequência, define, em termos latos/abrangentes, a sua participação social¹¹ na empresa/sociedade.¹²

Importa ressaltar que às entradas em dinheiro devem analogamente ser equiparadas aquelas que sejam efetuadas através de um cheque ou transferência bancária, uma vez que assumem uma forma relativamente parecida àquelas que sejam feitas em numerário, propriamente dito, isto é, em moeda portuguesa (euros).¹³

2.1.3. Entradas em espécie

As entradas em espécie encontram o seu rasto em quaisquer bens suscetíveis de avaliação pecuniária, como, por exemplo, bens imóveis, bens móveis, patentes, estabelecimento comercial, passando estes a permanecer em nome da empresa/sociedade. Importante é referir que, para efetuar entradas deste tipo, é necessária uma avaliação por parte de um revisor oficial de contas.¹⁴

⁹ Cf. Abreu (2020).

¹⁰ Cf. «o dinheiro é expressão pecuniária do valor dos bens e serviços transacionáveis nos mercados; é moeda circulante e dentro deste conceito devemos admitir as notas, moedas metálicas (...) e cheques». Cunha, 2021, p. 309.

¹¹ Entende-se que a participação social dos sócios determina a percentagem de lucros que pertencerá a cada um, assim como a percentagem que perdem quando existirem perdas na sociedade. Demarca o que eles vão quinhonar nos lucros, e a sua participação nas perdas.

¹² Este tipo de entradas é o mais comum e o mais simples, até porque há determinados tipos de sociedades que permitem que os sócios entrem para as mesmas apenas com 1 €, como é o caso das sociedades por quotas, cf. artigo 219.º, n.º 3, do CSC.

¹³ Abreu (2017), p. 451.

¹⁴ O revisor oficial de contas é aquele que vai atribuir um valor aos bens, ou bem que estejam em questão, conforme consta do artigo 28.º do CSC, devendo para tal elaborar um relatório,

No entender de Coutinho de Abreu, «as entradas dos sócios para a formação do capital que se traduzam na transferência da propriedade ou de outros direitos são atos de transmissão e aquisição (transmissão por parte dos sócios, aquisição por parte da sociedade)».¹⁵ Este tipo de entradas deve figurar no contrato de sociedade, nomeadamente indicando a descrição dos bens, assim como o valor que lhe foi atribuído [al. *h*), do n.º 1, do artigo 9.º, do CSC].

O papel do revisor oficial de contas (ROC) é deveras importante na aferição do valor das entradas em espécie, devendo para tal elaborar um relatório que o corrobore, isto é, que confirme o trabalho desenvolvido por este na sua quantificação.

O relatório do revisor deve, pelo menos: descrever os bens; identificar os seus titulares [identificação esta que deve ser aferida pelo ROC, especialmente através da consulta das certidões da conservatória]; avaliar os bens, indicando os critérios utilizados para a avaliação [embora a lei não especifique quais os critérios a utilizar na avaliação dos bens, o mais correto será utilizar o critério do justo valor¹⁶]; declarar se os valores encontrados atingem ou não o valor nominal da parte, quota ou ações atribuídas aos sócios que efetuaram tais entradas (...); [e] no caso de ações sem valor nominal, declarar se os valores encontrados atingem ou não o montante do capital social correspondentemente emitido [alíneas *a*) a *e*), do n.º 3, do artigo 28.º do CSC].

O relatório deve ser redigido numa data que corra entre 15 e 90 dias, antes da celebração do contrato da sociedade, tal como os n.ºs 4 e 5 do artigo 28.º do CSC estatuem.

Bruno Almeida e Carlos Cunha compreendem que «face à limitação da inadmissibilidade do valor da entrada ser inferior ao valor

no qual se encontrem em apazo as informações constantes do n.º 3 do mesmo artigo. Abreu (2020), p. 51.

¹⁵ Abreu (2020), p. 90.

¹⁶ Entende-se por justo valor «(...) a quantia pela qual um activo [*sic*] pode ser trocado ou um passivo liquidado, entre as partes conhecedoras e dispostas a isso, numa transacção [*sic*] em que não exista relacionamento entre elas» (Comissão de Normalização Contabilística).

nominal da participação social, a avaliação de uma entrada em espécie ganha uma particular relevância»¹⁷. Mas salvaguarda-se que nada impede que o valor da entrada possa ser superior ao valor nominal da participação social.

Apresenta, assim, o ROC como cargo primordial na avaliação das entradas em espécie, a proteção dos credores.¹⁸

Contudo, nem todas as situações correm da melhor maneira e como estipulado, e por isso, podem dar origem a erros de avaliação. Avaliando o ROC as entradas com um valor superior àquele que seria o valor real da entrada, fica o sócio responsável por repor a diferença (n.º 3, do artigo 25.º, do CSC). Na hipótese de o sócio não ter possibilidades para reembolsar essa diferença, pode ser interpelado o ROC, que incorrerá em responsabilidade pelos danos que advirão para a sociedade ou para os seus credores.¹⁹

2.2. Momentos de realização das entradas por parte dos sócios

Tomando por base o artigo 26.º do CSC, é demais visível que existem três momentos em que as entradas podem ser realizadas, embora com algumas características e restrições, particularmente quanto aos tipos societários que o permitem.

Regra geral, **as entradas devem ser efetivadas até ao contrato de sociedade**²⁰ (n.º 1, do artigo 26.º, do CSC). No entanto, não se afigura possível que, no caso das entradas em indústria, estas sejam prestadas até ao contrato da sociedade, pelo simples facto de que estas serão realizadas no decorrer da vida da sociedade, não se encontrando logo

¹⁷ Almeida & Cunha (2015).

¹⁸ Almeida & Cunha (2015). *Cf.* com o Ac. STJ 29 nov 2012 (Orlando Afonso)/Proc. n.º 2765/08.2TBPNE.P1.S1, <https://www.dgsi.pt>, relativamente à necessidade da avaliação das entradas em espécie por parte de um ROC.

¹⁹ Almeida & Cunha (2015).

²⁰ A título informativo, o contrato de sociedade pode ser realizado de duas formas: *i)* de forma escrita com reconhecimento presencial das assinaturas (poderá eventualmente ser um reconhecimento com menções especiais); *ii)* de uma forma mais solene através de escritura pública ou documento particular autenticado (DPA), nos termos do artigo 7.º do CSC. De ressaltar que «em regra, a escritura pública deixou de ser obrigatória». Abreu (2020). Sendo que «o art. 7.º não impede que os interessados recorram à escritura pública». Abreu (2020).

cumpridas, aquando da realização do contrato de sociedade²¹. Significa isto que as entradas em indústria detêm uma execução continuada e exigem atividade do sócio ao longo da vida societária, não sendo possível realizá-las «(...) até ao momento da celebração do contrato [de sociedade] (...)» (n.º 1 do artigo 26.º, do CSC). Contudo, a conjuntura da celebração do contrato releva porque é que é neste momento que se prevê a vinculação à qual o sócio de indústria fica adjudicado, ao passo que o cumprimento da obrigação perdura ao longo do tempo. Por seu turno, e aplicando-se a regra acima descrita, as entradas em espécie devem ser cumpridas até ao momento da celebração do contrato de sociedade.²²

Outra das possibilidades previstas é que **as entradas possam ser efetuadas até ao termo do 1.º exercício económico**, tendo esta a sua aplicabilidade nas sociedades por quotas.

Diferir as entradas é outra hipótese, mas este adiamento apenas está disponível para as entradas que serão realizadas em dinheiro, e apenas «nos casos e nos termos em que a lei o permita» (n.º 3, do artigo 26.º do CSC). A este respeito importa olhar para o vertido no artigo 203.º do CSC, que profere que, quando tiverem decorridos cinco anos após a constituição da sociedade, esta pode exigir o cumprimento do pagamento da entrada, assim como se existir uma manifestação do aumento do capital.²³

No caso de este diferimento ser previsto no contrato de sociedade, e se nada for convencionado quanto ao tempo no qual as entradas deverão ser prestadas, aplicar-se-á a regra do artigo 777.º do CC²⁴.

²¹ Abreu (2017), p. 468.

²² Cf. Cunha (2021), p. 313.

²³ Ressalvar, também, que a prestação desta entrada tem de ser efetuada em datas certas ou ficar dependente de factos certos. Caso se verifique o incumprimento da mesma prestação, a sociedade não pode ficar prejudicada, e a esse respeito o legislador prevê no artigo 204.º do CSC uma sequência de atos que poderão ser adotados. Nomeadamente, a interpelação do sócio, que após esta se constituirá em mora, e após o 30.º dia desta interpelação poderá o sócio ser excluído.

²⁴ «(...) o credor tem o direito de exigir a todo o tempo o cumprimento da obrigação, assim como o devedor pode a todo o tempo exonerar-se dela.»

Cabendo a informação elencada acima, no regime de prestação de entradas para as sociedades por quotas.

Quanto às sociedades anónimas, o diferimento das entradas apenas poderá ocorrer em 70% (n.º 2, do artigo 277.º do CSC). Precisando, neste tipo societário, que as entradas diferidas fiquem dependentes de factos certos ou determinados, embora sendo este preceito implementado pelo legislador no artigo 203.º do CSC (melhor especificado no parágrafo abaixo), aplicado supletivamente às sociedades anónimas, à luz das sociedades por quotas (SQ), certificando, no nosso entender, não faria qualquer sentido que a prestação de entrada permanecesse sob um regime de incerteza. Do preceituado, assume a mesma opinião o professor Coutinho de Abreu.²⁵

O estatuído no artigo 15.º do CSC, em conjugação com o artigo 203.º, n.º 1, do CSC, apresenta-nos ainda, por assim dizer, outro momento em que podem ser prestadas as entradas. Segundo o que se encontra circunscrito nos mesmos, há a possibilidade de **prestar as entradas a metade da duração da sociedade**. Identificando-se neste ditame especialmente as sociedades que são constituídas por um prazo específico, ou aquelas em que o seu objeto social²⁶ fique concluído num período específico. A realização de eventos, e a construção são alguns exemplos deste último.

“(…) os sócios devem declarar no ato constitutivo, sob sua responsabilidade, que já procederam à entrega do valor das suas entradas ou que se comprometem a entregar, até ao final do primeiro exercício económico, as respetivas entradas nos cofres das sociedades” (n.º 4, do artigo 202.º, do CSC).

Um preceito definido para as SQ, mas que, no nosso entender, deve ser transversal a todos os tipos societários, excetuando-se as SA, onde as entradas são realizadas com recurso à sua indústria.

²⁵ Abreu (2017), p. 475.

²⁶ Entende-se por objeto social de uma empresa, o elemento do contrato social que define a atividade da empresa e que deve ser concreto, sob pena de violação de preceitos imperativos (artigos 980.º do CC e 11.º, n.º 1, do CSC). Querendo, os sócios poderão, sempre, mais tarde, alterar o objeto. É o exercício da sociedade ou a sua atividade (artigo 6.º, n.º 1, do CSC).

Corroborando o entendimento anterior, no ato constituinte de SQ ou por ações, devem os sócios declarar, sob sua responsabilidade, as entradas que já realizaram (artigo 202.º, n.º 4; artigo 277.º, n.º 4; e artigo 478.º, todos do CSC). Nas sociedades por ações, a soma das entradas já realizadas deve estar depositada em instituição de crédito, em conta aberta em nome da sociedade (artigo 277.º, n.ºs 3 e 5, do CSC). Idêntica exigência (de conta aberta em nome da sociedade) já não existe em relação às SQ, o que é criticável.

2.3. Consequências do incumprimento da realização de entradas

Observando o disposto na lei é possível retirar algumas sanções que podem ser aplicadas aos sócios, quando se verifique o incumprimento da obrigação de realização das entradas, possibilitando-se também que o pacto social possa prever determinadas sanções.

Como profere Coutinho de Abreu:

Entre as sanções que resultam diretamente da lei, avultam:

- i. a impossibilidade de se distribuírem lucros ao sócio em mora (*cf.* artigo 27.º, 4);
- ii. a impossibilidade de exercer o direito de voto (*cf.* artigo 384.º, 4);
- iii. o vencimento de todas as prestações em dívida do sócio no caso de não pagamento pontual de uma prestação relativa à obrigação de entrada (*cf.* artigo 27.º, 6);
- iv. a possibilidade de exclusão de um sócio de indústria de uma SENC [sociedade em nome coletivo], no caso de ele ficar impossibilitado de prestar à sociedade os serviços a que ficou obrigado [*cf.* artigo 186.º, 1, *c*);
- v. a possibilidade de aplicação, mesmo nas sociedades de capitais (SQ e SA[sociedade anónima]), da pena capital em direito societário, i.é, a perda da participação social e exclusão de sócio da sociedade.²⁷

²⁷ Abreu (2017), pp. 484–485.

Relativamente às SQ, o artigo 204.º do CSC vem admitir que o sócio possa perder a sua quota e, em consequência, a mesma seja vendida, e que possa ser excluído da sociedade. Se o sócio não cumpre a sua obrigação de entrada, e voltado este preceito para as sociedades por quotas, a sua quota é excluída e posteriormente vendida²⁸, tal como preceitua o artigo 205.º do CSC²⁹. Se olharmos para o vertido na alínea *a*), do n.º 2, do referido artigo, há a possibilidade de cada sócio ficar com uma quota maior. Em consequência do aumento do capital social das quotas dos sócios, é necessário proceder à alteração do contrato de sociedade. O que resultará em custos adicionais.

3. Prestações acessórias

Declara Paulo Olavo Cunha que «nem todas as vinculações societárias se esgotam na obrigação de entrada que uma pessoa ou entidade assume quando participa numa sociedade»³⁰.

O artigo 209.º (relativamente às SQ) e o artigo 287.º (relativamente às SA) do CSC avançam com um outro tipo de obrigação dos sócios — a obrigação de prestações acessórias.³¹ Este tipo de prestação pode ser realizado a título oneroso ou gracioso.³²

²⁸ A quota pode ser vendida em hasta pública a favor da sociedade, ou «(...) vendida a terceiros por modo diverso (...)» — artigo 205.º, n.º 1, do CSC.

²⁹ No entanto, também, nas SA o sócio pode perder as suas ações. Como preceitua o n.º 4, do artigo 285.º, do CSC, «os administradores podem avisar, (...) os accionistas [*sic*] que se encontrem em mora de que lhes é concedido um novo prazo (...) para efectuarem [*sic*] o pagamento da importância em dívida (...), sob pena de perderem a favor da sociedade as acções [*sic*] em relação às quais a mora se verifique (...)».

³⁰ Cunha (2021), p. 322.

³¹ As prestações acessórias surgiram há algum tempo, na Alemanha, no decorrer do século XIX, numa situação particular: a produção de açúcar. Com o intuito de se poder ver assegurada esta produção, o sector industrial, responsável por esta área, impunha aos seus sócios a obrigação dos mesmos procederem ao cultivo de beterraba e, não obstante, fornecerem esta produção à sociedade.

³² No caso de se verificar uma prestação não pecuniária, o sócio mantém a titularidade sobre o bem (artigo 209.º, n.º 2, do CSC).

3.1. Âmbito de aplicação e objeto da obrigação acessória

As prestações acessórias apresentam as suas diretrizes para as sociedades por quotas no artigo 209.º do CSC. E, em regime paralelo, no artigo 287.º do CSC, para as sociedades anónimas, podendo estas ser exigidas em ambos os tipos societários.

O contrato da sociedade pode obrigar a que os sócios contribuam com direitos, bens, etc. para a sociedade, a título gratuito ou não (artigo 209.º do CSC). As prestações acessórias podem adotar várias configurações, como sejam, no entender de inúmeros autores, e em apreço pelo Domingues, «obrigação de fornecimento de bens à sociedade, obrigação de compra de bens à sociedade, prestação de serviços, (...) obrigação de não concorrência com a sociedade, etc.»³³. Além de bens, também o dinheiro poderá ser objeto deste tipo de prestações, denominando-se neste caso em particular de prestações acessórias de natureza pecuniária.

Por seu turno, as prestações de facto podem também constituir objeto deste tipo de prestações, encontrando o seu *ratio* pormenorizadamente na prestação de serviços. Este tipo de prestação pode em linha reta vir a substituir as denominadas entradas de indústrias, que são proibidas quer nas SQ, quer nas SA.³⁴

3.2. Traços do regime das prestações acessórias

As prestações acessórias devem estar previstas no contrato de sociedade, quer desde a constituição da sociedade, quer por uma posterior deliberação de alteração dos estatutos (artigo 86.º, n.º 2, do CSC), ficando abrangidos neste último caso apenas os sócios que votarem positivamente a deliberação, ao passo que as decisões que introduzam novas cláusulas obrigacionais no contrato de sociedade, sem o assentimento de alguns sócios, serão ineficazes relativamente a estes³⁵.

³³ Domingues (2021).

³⁴ Abreu (2016), p. 271.

³⁵ Note-se que quando as alterações do contrato disserem respeito à supressão de tais obrigações perante os sócios, regra geral, não é necessário o consentimento dos mesmos.

No pacto social devem estar catalogados elementos como sejam os sujeitos que ficarão obrigados ao cumprimento desta prestação, assim como o objeto da mesma (artigo 209.º, n.º 1, e artigo 287.º, n.º 1, ambos do CSC). Se estes elementos não forem previstos, encontramos na presença de uma cláusula nula. Em consonância, nula será a cláusula que não estabeleça se as prestações serão realizadas a título gratuito ou oneroso. Sendo onerosa, «a contraprestação pode ser paga independentemente da existência de lucros de exercício, mas não pode exceder o valor da prestação respetiva» (artigo 287.º, n.º 3, do CSC), sendo a parte final deste artigo regulado somente para as SA, que analogamente deve ser aplicado às SQ.

As prestações acessórias são um tipo de obrigação que podem vencer juros. Nas prestações acessórias que sejam constituídas por bens, será supletivamente aplicado o regime dos suprimentos. Importante é acautelar que, tal como determina o legislador e Coutinho de Abreu, «(...) estas obrigações se extinguem com a dissolução da sociedade (...)»³⁶.

3.3. Da sua transmissibilidade, reembolso e incumprimento

Explanando-se os artigos 209.º, n.º 2, e 287.º, n.º 2, do CSC, podemos retirar destes preceitos que são intransmissíveis as prestações não-pecuniárias (isto é, todas as que não tenham dinheiro como objeto e não somente as que se relacionem com fornecimento de um bem à sociedade, por exemplo). No seu inverso, impõem-se que as prestações acessórias que tiverem dinheiro por objeto poderão ser transmitidas a terceiros, como atrás mencionado.

Nas prestações acessórias, regra geral, não há qualquer tipo de restituição de bens ou valores monetários, ao contrário dos regimes adiante mencionados. No entanto, no caso de a obrigação obedecer a uma forma onerosa, e quando seja convencionado no contrato de sociedade que esta deva ser remunerada independentemente da forma que seja adotada para o efetuar, o artigo 209.º, no seu n.º 3, do CSC decreta que esta remuneração pode ser efetuada mesmo que a

³⁶ Abreu (2016), p. 271.

sociedade não apresente liquidez suficiente para o efetuar, tal como mencionado acima.

Uma vez que sejam as prestações acessórias definidas pelo próprio contrato de sociedade, é possível que o mesmo imponha penalizações caso os sócios não cumpram com as prestações a que se comprometeram (artigo 209.º, n.º 4, do CSC). E, neste caso, será possível que estas cláusulas possam afetar a situação e qualidade dos sócios perante a sociedade, uma vez que o regime geral das prestações acessórias em nada a afeta, sujeitando-se os sócios a ser excluídos da sociedade ou a que parte da sua quota/ação seja afetada.

4. Prestação suplementar

A prestação suplementar é um tipo de prestação que só pode ter por base dinheiro, acabando por ser um meio alternativo de financiamento à sociedade.³⁷ Este tipo de prestação só pode ser exigido aos sócios, através do contrato de sociedade, não vencendo juros.

4.1. Âmbito de aplicação e objeto da obrigação da prestação suplementar

Este tipo de prestação é, tal como enuncia o professor Domingues, «(...) um financiamento privativo das SQ (...)».³⁸ O regime das prestações suplementares encontra-se previsto apenas para as SQ, sendo que, relativamente às sociedades anónimas, estas não poderão beneficiar do mesmo, nem sequer por analogia. Podem as SA, no entanto, beneficiar do regime das prestações acessórias de carácter pecuniário, que em muito se assemelha ao das prestações suplementares.

A prestação suplementar pode ser definida, linearmente, por um montante de dinheiro que o sócio entrega à sociedade, mas que não constitui uma entrada³⁹, podendo, aliás, servir para aumentar o

³⁷ O financiamento pode ser conseguido através de instituições bancárias ou pelo recurso aos próprios sócios. Englobando-se neste último tipo as obrigações de prestações acessórias e as prestações suplementares.

³⁸ Domingues (2021).

³⁹ A prestação suplementar não encerra a forma de uma entrada, o que deste modo nos transmite logo à partida que não vai constituir capital social da sociedade. Nada impede,

capital social⁴⁰, posteriormente. O dinheiro assume-se, então, como o único objeto desta prestação, não podendo ser entregue outro além deste.

4.2. Traços do regime das prestações suplementares

Previu o legislador o regime das prestações suplementares nos artigos 210.º a 213.º do CSC.⁴¹

Sumariamente, a prestação suplementar tem de estar prevista no contrato de sociedade e a sua exigibilidade dependerá sempre de deliberação dos sócios, nos termos do artigo 211.º do CSC. Não sendo prevista uma cláusula inicial no contrato de sociedade que determine a possibilidade de exigência de prestações suplementares, poderá ser deliberada posteriormente uma cláusula que as defina. Para que esta cláusula possa ser incluída, deve existir uma deliberação dos sócios que a aprove com uma maioria de três quartos. No entanto, e como foi uma cláusula que foi posteriormente deliberada, as prestações suplementares só incidirão sobre os sócios que votaram favoravelmente esta deliberação, como consta do artigo 86.º, n.º 2, do CSC.⁴² O fundamento desta deliberação, assim como as consequências que possam advir dela para os sócios, deve ser participada aos mesmos, com uma precedência mínima de 30 dias (*in fine*, do n.º 1, do artigo 211.º, do CSC).

no entanto, que posteriormente possa servir para aumentar o capital social, mas à partida não o constitui. Cf. Ac. STA 16 set 2020 (Joaquim Condesso)/Proc. n.º 0954/13.7BEPRT, que explicita, principalmente em termos contabilísticos, como devem ser classificadas as prestações suplementares.

⁴⁰ O capital social pode ser definido como «a cifra que consta do pacto, necessariamente expressa em euros, representativa da soma dos valores nominais das participações sociais que não correspondam a entradas nem serviços» (Abreu, 2020, p. 158). O capital social vai determinar a responsabilidade do sócio na sociedade. Quanto maior for o capital social, maior será a responsabilidade dos sócios.

⁴¹ As prestações suplementares de capital têm uma função dupla: a capitalização da sociedade, ou seja, adequar o capital próprio às necessidades sociais ou então também podem funcionar como uma garantia dos credores, porque não podem ser restituídas se o Capital Próprio ficar inferior à soma do capital e da reserva legal, ou seja, é uma garantia para os credores e é essa uma das funções do Capital Próprio de uma sociedade. Neste sentido *vide* Antunes, (2021), p. 1.

⁴² Afonso (2018), p. 4.

Resumindo, além da previsão no contrato das prestações suplementares, e para que estas possam ser verdadeiramente exigíveis, é «(...) necessária ainda uma deliberação dos sócios para esse efeito (cf. artigo 211.º, n.º 1 CSC)»⁴³.

Corroborando a tese acima descrita expõe o Professor Coutinho de Abreu que:

(...) a cláusula permissiva no contrato de sociedade não é contudo elemento suficiente, visto que a obrigação e o correspondente crédito da sociedade só se constituem com a deliberação a exigir prestações suplementares aos sócios. Até à deliberação, existe apenas a possibilidade de a sociedade impor essa obrigação aos sócios.⁴⁴

O artigo 210.º, n.º 3, do CSC enuncia quais os preceitos que devem constar no contrato de sociedade, a fim de definir as prestações suplementares, sobretudo:

- i. o montante global das prestações suplementares;
- ii. os sócios que serão abrangidos por esta obrigação;
- iii. o montante (...) que cada sócio será obrigado a realizar (...).⁴⁵

A cláusula do contrato de sociedade será nula quando não for referido qual «o montante global das prestações suplementares» (artigo 210.º, n.º 4, do CSC). Na ausência da cláusula que determine quais os sócios que serão afetados por aquela obrigação, aplicar-se-á na proporção das suas quotas a todos os sócios (n.º 4, do artigo 210.º, do CSC).

Uma das características principais deste tipo de prestações é o facto de estas terem de ser gratuitas, afigurando-se apenas em alguns casos concretos que estas possam ser remuneradas.

No n.º 2, do artigo 211.º, do CSC, o legislador ofereceu uma ressalva quanto a este tipo de prestação, proferindo que esta depende da liberalização das quotas.⁴⁶

⁴³ Domingues (2021).

⁴⁴ Abreu (2016), p. 283.

⁴⁵ Domingues (2021).

⁴⁶ As quotas têm de se encontrar livres de encargos.

4.3. Da sua transmissibilidade, reembolso e incumprimento

O legislador prevê expressamente no seu artigo 212.º, n.º 4, do CSC que as prestações suplementares não são transmissíveis a terceiros.

No caso de se dar a transmissão da quota, também as prestações suplementares serão transmitidas, por apenso a esta, mas a obrigação de prestações suplementares sozinha nunca poderá ser transmitida. As prestações suplementares são restituíveis, e para que seja possível efetuar esse reembolso, conjectura o artigo 213.º do CSC alguns pressupostos que devem ser tidos em atenção, principalmente:

- i) deliberação por parte dos sócios neste sentido;⁴⁷
- ii) só pode ser restituída aos sócios que tenham as suas quotas livres de quaisquer ónus ou encargos;
- iii) sendo a sociedade declarada insolvente, não poderão ser devolvidas;
- iv) não poderá ferir o princípio da intangibilidade do capital;⁴⁸
- v) na restituição, os sócios deverão ser tratados de igual modo.

Caso o sócio não cumpra com esta obrigação e decorridos 30 dias após a interpelação dos sócios, são aplicados ao sócio os mesmos pressupostos caso ele não cumprisse com a obrigação de entrada, podendo acarretar a sua exclusão (artigo 212.º, n.º 1 do CSC, e por remissão do mesmo, os artigos 204.º e 205.º do mesmo preceito legal).

Sintetizando, no caso de incumprimento da obrigação de prestação suplementar, aplicar-se-á o regime de incumprimento das obrigações de entradas.

⁴⁷ Importa referir que a deliberação por parte dos sócios deve ser aprovada por maioria simples.

⁴⁸ Por outras palavras, significa que as prestações suplementares não podem ser restituídas se o capital próprio se mostrar inferior ao somatório do capital social e reserva legal, tal como enuncia o artigo 32.º do CSC.

5. Contrato de suprimento

O suprimento, encontra as suas raízes sob o artigo 243.º e seguintes do CSC (contrato típico⁴⁹) e, em linhas gerais, trata-se do que poderíamos chamar um «empréstimo» à sociedade. O sócio confere à sociedade dinheiro ou outra coisa fungível⁵⁰, ficando esta, no entanto, obrigada a restituí-lo⁵¹. Este tipo de contrato⁵² é utilizado, sobretudo, quando se verifiquem dificuldades financeiras e seja necessário financiamento por meios alternativos.⁵³

5.1. Âmbito de aplicação e objeto dos suprimentos

Sublinha-se que este tipo de contrato foi estabelecido especialmente para as sociedades por quotas. No entanto, admite-se como possibilidade de adaptação deste tipo de contrato, através da analogia, às sociedades anónimas. Contudo, importa questionar, qual o porquê de se fazer esta analogia de adaptação do contrato de suprimento também às sociedades anónimas? Ora, no decorrer da vida da sociedade é possível que aconteçam alguns percalços, nomeadamente a carência de capital, e tal como o artigo 243.º do CSC indica, é possível suprir tais dificuldades com o recurso a alguns meios que o preceito legal identificado acima qualifica como suprimentos, tornando-se, então, necessário que o regime que é estabelecido no artigo 245.º do CSC seja aplicado aos demais tipos societários, uma vez que não

⁴⁹ É um contrato típico porque se encontra especificamente definido na letra da lei. Com os seus corolários relativamente ao regime a aplicar, princípios e consequências do incumprimento deste.

⁵⁰ Compreende-se como coisas fungíveis «(...) as coisas que se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objeto de relações jurídicas» (artigo 207.º do CC).

⁵¹ O objeto que der origem ao contrato de suprimento deve ser restituído. E restituído, no mesmo valor, pelo qual foi entregue à sociedade. Cf. Ac. TRLisboa 23 mar 2006 (Gil Roque)/Proc. n.º 1779/2006-6, <https://www.dgsi.pt>.

⁵² Cf. notícia da Ordem dos Contabilistas Certificados (OCC), «Suprimentos: Cobertura de Prejuízos» (8 de fevereiro de 2021). Ordem dos Contabilistas Certificados. Obtido de <https://www.occ.pt/pt/noticias/suprimentos-cobertura-de-prejuizos/>. Estipula-se por contrato «(...) um acordo entre duas ou mais partes com consequências económicas claras para cada uma das partes envolvidas, que não podem ser evitadas por o [sic] acordo ter força legal».

⁵³ Antunes (2021), p. 1.

se afigura plausível que caia em desleixo a proteção dos interesses/objetivos de uma sociedade.

No que diz respeito às SA em particular, considera-se aplicável este regime «(...) aos “acionistas empresários” ou detentores de uma participação qualificada». ^{54/55}

Os suprimentos são empréstimos dos sócios à sociedade fazendo parte e influenciando o seu Passivo, ficando esta obrigada a restituí-los e não se circunscreve ao mero empréstimo de fundos. ⁵⁶

De notar que um contrato de suprimento pode nascer através de:

- i. (...) um empréstimo (de dinheiro ou outra coisa fungível) concedido pelo sócio à sociedade; ou
- ii. do diferimento do vencimento de um crédito do sócio sobre a sociedade (*cf.* artigo 243.º, n.º 1, CSC). ⁵⁷

O caráter de permanência assume a característica principal de um contrato de suprimento, até para que este possa ser distinguido de outro tipo de contratos. ⁵⁸ Este caráter de permanência não deve ser inferior a um ano.

O conceito de caráter de permanência apresenta-se como algo de muito vago, e desse modo criou o legislador «índices de permanência», conjecturas (ilidíveis) da presença ou não deste tipo de contrato, sendo elas:

- i) se no contrato, foi estipulado um prazo de reembolso superior a um ano;
- ii) se, não tendo sido estipulado qualquer prazo de reembolso, este não foi exigido durante um ano; ou

⁵⁴ Domingues (2021).

⁵⁵ Ao invés dos outros acionistas, estes detêm outro tipo de encargos e interesses na sociedade.

⁵⁶ Antunes (2021), p. 1. Neste sentido, da definição de contrato de suprimento, *cf.* Ac. TRPorto 29 abr 2019 (Manuel Domingos Fernandes)/Proc. n.º 10776/1505T8PRT.P1, <https://www.dgsi.pt>.

⁵⁷ Domingues (2021).

⁵⁸ Como, por exemplo, o contrato de mútuo (não sendo uma espécie do mesmo). *Cf.* Ac. STJ 31 jan 2017 (Fernandes do Vale)/Proc. n.º 1374/12.6T2AVR.P1.S1, <https://www.dgsi.pt>.

- iii) se as partes estipularam um prazo de reembolso inferior a um ano, mas o reembolso, durante um ano, não veio a ser exigido — artigo 243, n.^{os} 2 e 3, do CSC⁵⁹.

Os suprimentos podem consubstanciar um carácter oneroso ou gratuito, conforme seja acordado.

No entendimento do professor Coutinho de Abreu, os suprimentos poderão encerrar a forma de um capital quase-próprio. Proferindo que «a nota distintiva de tal capital quase-próprio reside no facto de, *formalmente, constituir capital alheio*, mas, ao mesmo tempo, possuir *características do conceito material de capital próprio*»⁶⁰.

5.2. Traços do regime dos suprimentos

A celebração deste tipo de contrato está dispensada de forma especial, podendo ser realizado de forma escrita ou de outra forma, tal como preceitua o n.º 6, do artigo 243.º, do CSC, sendo este tipo de contrato realizado entre a sociedade e um sócio.

Na eventualidade de o suprimento ser definido no contrato de sociedade, este assume a forma de uma obrigação acessória (artigo 244.º, n.º 1, do CSC).

Ao contrário das prestações suplementares, o suprimento não necessita de ter uma cláusula que o especifique no contrato da sociedade, nem necessita de ser deliberado (artigo 244.º, n.º 3, do CSC), uma vez que este é voluntário.

«Não afetar a qualidade de sócio»⁶¹, tal como o professor Domingues enuncia, quer no cumprimento da obrigação, quer eventualmente no seu incumprimento, por seu turno, é outra das características que demarca este tipo de contrato. Noutra perspetiva, este tipo de

⁵⁹ Cf. Ac. TRPorto 29 abr 2019 (Manuel Domingos Fernandes)/Proc. n.º 10776/1505T8PRT. PI, <https://www.dgsi.pt>.

⁶⁰ Abreu, 2016, p. 640. De notar que este conceito, teve origem na doutrina alemã. Focando ainda, que no nosso entender e uma vez aplicado ao contrato de suprimento, este conceito apresenta toda a sua coerência, na medida em que concordamos com o mesmo.

⁶¹ Domingues (2021).

negócio pode ser uma fonte de lucro para os sócios, uma vez que o suprimimento vence juros⁶².

Uma questão pertinente relativamente ao suprimimento é a de no caso de a sociedade ser decretada insolvente, quando é que este será pago? Ao abrigo da alínea *a*), do n.º 3, do artigo 245.º, do CSC⁶³, este só é pago depois de todos os outros créditos terem sido pagos, podendo esta situação não chegar a ser realizada, uma vez que, nessa altura provavelmente, o ativo já não será suficiente para liquidar o passivo.⁶⁴

5.3. Da sua transmissibilidade, reembolso e incumprimento

A obrigação do suprimimento pode, contudo, ser transferida para um terceiro, sendo, no entanto, necessário o consentimento da sociedade para que esta transmissibilidade seja efetuada.

Quanto ao reembolso dos suprimimentos, estes apenas poderão ser efetuados se a situação líquida da sociedade apresentar condições que o permitam. Deve, no entanto, ser estipulado no contrato qual o prazo em que serão efetuados. No caso de não ser verificado este pressuposto, terá o tribunal de proceder à fixação judicial de um prazo, tendo em conta as condições em que a sociedade se encontrar naquele momento. Na hipótese de serem efetuados os reembolsos, devem os sócios ser tratados de igual modo, não podendo um deles apresentar um benefício superior relativamente a outro, ou vice-versa.

Caso seja verificado o incumprimento do suprimimento, aplicar-se-ão as regras gerais do incumprimento dos contratos: «(...) permitirá à sociedade reclamar do sócio o pagamento daquele crédito, sem que, no entanto, aquele incumprimento possa afetar, em princípio, os seus direitos sociais»⁶⁵.

Outra possibilidade é a de que no contrato de sociedade seja introduzida uma cláusula que determine uma sanção a aplicar aos sócios, no caso de estes incumprirem com esta obrigação, que poderá dar,

⁶² Convencionados a uma taxa de 7%. Entendendo-se que estes apenas deverão ser remunerados quando tal situação for acordada.

⁶³ Cf. artigos 154.º e 156.º, do CSC.

⁶⁴ Domingues (2021).

⁶⁵ Domingues (2021).

eventualmente, origem à exclusão do sócio da sociedade ou de parte da sua quota/ação.

6. Conclusão

Com o trabalho em apreço foram explicitados quatro tipos de obrigações às quais os sócios poderão estar sujeitos ao enveredarem numa sociedade, cada um com os seus corolários e ditames, focando-se também em quais as sanções para o incumprimento de cada um destes regimes, sendo umas mais gravosas que outras.

Verificamos que a vida de um sócio perante a sociedade tem vantagens e desvantagens, mas principalmente tem diversas soluções para que possa ultrapassar as dificuldades com que se deparar no seu caminho societário. São obrigações necessárias para que a vida da sociedade possa prosseguir e ganhar prosperidade, para que possa obter os maiores lucros possíveis e, consequentemente, resultar num maior proveito para os sócios.

Referências bibliográficas

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (2010). *Curso de Direito Comercial*, 3.^a Edição, Vol. II. Coimbra: Almedina.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (coord.) et al. (2020). *Estudos de Direito das Sociedades*, 12.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- (2017). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, 2.^a Edição. Vol. I. Coimbra: Almedina.
- (2016). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. III. Coimbra: Almedina.
- AFONSO, Sérgio Brigas (2018). CMS. *Regime Societário e Fiscal dos Créditos por Prestações Suplementares e Prestações Acessórias*. Obtido de <https://cms.law/pt/prt/publication/ regime-societario-e-fiscal-dos-creditos-por-prestacoes-suplementares-e-prestacoes-accessorias>
- ALMEIDA, Bruno José Machado de, & CUNHA, Carlos Alberto da Silva e. (2015). O papel do revisor oficial de contas na avaliação das entradas em espécie. *Revista de Direito das Sociedades* (3/4). Obtido de <https://www.revistadedireitodassociedades.pt/artigos/o-papel-do-revisor-oficial-de-contas-na-avaliacao-das-entradas-em-especie#revista>
- ANTUNES, João (2021). *As prestações suplementares, prestações acessórias e os suprimentos*. Ordem dos Contabilistas Certificados. Obtido de <https://www.occ.pt/pt/noticias/as-prestacoes-suplementares-prestacoes-accessorias-e-os-suprimentos/>
- CANAS, Mariana Gomes da Silva Mirrado (outubro de 2011). *O Contrato de Suprimento como (nova) forma de financiamento societário*. (Tese de Mestrado). ISCTE-IUL. Obtido de <https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/4408/1/O%20contrato%20de%20suprimento%20como%20%28nova%29%20forma%20de%20financiamento%20.pdf>

COMISSÃO DE NORMALIZAÇÃO CONTABILÍSTICA (s.d.). *Norma Contabilística e de Relato Financeiro. 11 Propriedades de Investimento*. Obtido de http://www.cnc.min-financas.pt/_siteantigo/SNC_projecto/NCRF_11_propried_invest.pdf

CUNHA, Paulo Olavo (2021). *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.^a Edição. Coimbra: Almeida.

DOMINGUES, Paulo de Tarso (9 de junho de 2021). O financiamento societário através de suprimentos, prestações suplementares e prestações acessórias. *Revista de Direito Comercial*. Obtido de <https://www.revistadedireitocomercial.com/o-financiamento-societario-atraves-de-suprimentos-prestacoes-suplementares-e-prestacoes-acessorias>

OCC (8 de fevereiro de 2021). *Suprimentos: Cobertura de Prejuízos*. Ordem dos Contabilistas Certificados. Obtido de <https://www.occ.pt/pt/noticias/suprimentos-cobertura-de-prejuizos/>

A REGULAMENTAÇÃO DOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS NO CÓDIGO DO TRABALHO

BÁRBARA DO ROSÁRIO COELHO*

Sumário: 1. Notas introdutórias e de enquadramento; 2. Os problemas relativos à classificação dos trabalhadores de plataformas digitais; 3. A consagração das plataformas digitais no Código do Trabalho, através da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril; 4. Conclusão.

1. Notas introdutórias e de enquadramento

O desenvolvimento tecnológico tem sido uma constante na nossa vida, fruto do desenvolvimento humano ao longo dos tempos, assumindo um papel de destaque no nosso quotidiano, seja por estarmos à distância de um telefonema uns dos outros, coisa impensável há vinte anos, seja pela facilidade de efetuarmos pagamentos através de *homebanking*, por exemplo. Parece que temos a vida muito mais facilitada do que os nossos avós, ou mesmo que os nossos pais, uma vez que, com recurso ao *smartphone*, conseguimos trabalhar, encomendar comida, solicitar transporte. No entanto, como se costuma dizer: *nem tudo são rosas*.

* Solicitadora e mestre em Solicitadoria de Empresa pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

A tecnologia veio alterar a nossa forma de viver e interferir nas relações que estabelecemos, inclusivamente nas relações laborais, destacando-se o aparecimento de novas formas de trabalho associadas às TIC, como é o caso do trabalho por meio de plataformas digitais.

Há já largos anos que as plataformas digitais se têm vindo a implementar no nosso quotidiano, não sendo novidade para a maior parte das pessoas; contudo, muitos só conheceram as vantagens da sua utilização durante a pandemia de covid-19. Foi precisamente nessa altura, com a grande adesão ao teletrabalho, em muitos casos implementado com carácter obrigatório, e devido à grande utilização das plataformas digitais, associado à proibição de circulação, que foram levantadas diversas questões relativamente aos direitos conferidos a estes trabalhadores.

Neste âmbito, importa começar por referir que as plataformas digitais são «sistemas eletrónicos de informação», assumindo, ao nível económico, um papel de intermediário entre o cliente e o prestador do serviço, isto é, relacionando a oferta e a procura¹. Neste contexto, ouvimos geralmente falar de termos como *gig economy*, *framework*, *sharing economy* ou *collaborative economy*, *uberization*, *crowdwork* e *on-demand economy*, sendo que nenhuma define completamente a revolução das plataformas digitais, isto porque cada plataforma tem características diferentes que não permitem criar uma terminologia universal.²

No entanto, o termo mais utilizado é *sharing economy*, referindo Ramalho³ que o conceito de *sharing* é utilizado comumente para definir a partilha de forma gratuita de um produto com outrem, sendo que no contexto de *sharing economy* não existe renúncia do bem de forma gratuita, mas antes a publicitação do mesmo através da sua colocação numa plataforma. É o caso, por exemplo, da plataforma de alojamento local Airbnb, onde são colocadas à disposição dos que procuram um certo tipo de alojamento diversas opções.

¹ Todolí-Signes, Ocanã, Ausina (2019), p. 8.

² Sousa (2019), p. 390.

³ Ramalho (2019), p. 8.

Nas palavras de Todolí-Signes⁴, o termo mais acertado para se referir a todo este fenómeno na sua globalidade seria «economia de plataformas», uma vez que o termo «economia colaborativa» (ou *sharing economy*) «tiene más que ver com la economía *peer-to-peer* (entre particulares) auxiliada del elemento tecnológico que facilita la comunicación y las transacciones y no tanto con los modelos empresariales sustentados en plataformas», acrescentando que se associa a atividades não comerciais, em oposição às atividades que procuram a obtenção de lucro, às quais fará mais sentido denominar por *gig economy*.

Atendendo ao quadro europeu, no entendimento da Comissão Europeia no comunicado feito ao Parlamento Europeu, através de Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa⁵, o termo utilizado é «economia colaborativa», definindo que se trata de «modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares».

Em face do exposto, partilhamos da ideia de Todolí-Signes⁶, entendendo que o termo mais adequado para falarmos nas plataformas digitais de forma ampla é falarmos em «economia de plataformas», sendo que aqui se inserirá tanto a economia colaborativa (*collaborative economy* ou *sharing economy*), onde o objetivo passa por interligar as partes, pela partilha, e não na obtenção de lucro, como a *gig economy* que, tal como o próprio nome indica, está relacionada com a execução de tarefas, existindo uma contrapartida financeira.

No entanto, atendendo à multiplicidade de plataformas que existem, desde os serviços prestados a todo o procedimento utilizado, as plataformas digitais poderão revestir diversas modalidades,

⁴ Todolí Signes *et al.* (2019), p. 9.

⁵ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2016%3A356%3AFIN>, consultado pela última vez em 22 de junho de 2023.

⁶ Todolí Signes *et al.* (2019), p. 10.

destacando-se: as plataformas de *marketplace*⁷, de economia colaborativa⁸ e de *crowdwork*, sendo nesta última que se centra o presente estudo.

Ora, o *crowdwork* ou *crowdsourcing* é uma modalidade que trata a prestação de serviços, cuja atividade é desempenhada tradicionalmente, realizada por um trabalhador, transportando-a para um «grupo aberto» de pessoas que se propõem a desempenhá-la⁹. Neste sentido, pense-se no exemplo prático da Uber, em que a atividade desempenhada é executada paralelamente, mas de forma tradicional (sem o recurso às novas tecnologias) por trabalhadores vinculados a uma entidade empregadora, os taxistas. Aqui, falamos na realização de microtarefas ou de grandes tarefas repartidas em partes, específicas ou generalizadas, de simples realização ou que envolvam conhecimentos complexos e aprofundados.

Ora, as atividades desenvolvidas através da presente modalidade poderão ser de dois tipos: o *crowdwork online* e *offline*, este último também conhecido por *work on-demand via app*.

No que tange às funções *online*, falamos de plataformas que atuam ao nível global, criando pequenos grupos de trabalho geograficamente dispersos, cujas tarefas, de grande dimensão, são divididas em tarefas mais pequenas, desenvolvendo, sobretudo, atividades de cariz administrativo, os denominados *clerical services* ou de cariz criativo¹⁰.

Por outro lado, no caso do *crowdwork offline*, as atividades são desempenhadas de forma presencial e ao nível local, como é o caso

⁷ Trata-se de plataformas cujo objetivo é colocar à venda um determinado bem, seja através de *website* próprio ou através de um *website* de um terceiro, que permitem tanto a profissionais como a particulares colocarem à venda os seus próprios produtos, beneficiando da projeção da marca em troca de uma comissão. Todolí-Signes *et al.* (2019), p. 13. Neste âmbito falamos de plataformas como, por exemplo, o OLX, EBay ou Standvirtual.

⁸ No caso das plataformas de economia colaborativa, o que ocorre é a conexão entre duas ou mais pessoas que permite a partilha de um determinado bem, podendo existir uma contrapartida monetária que permita ao proprietário do bem fazer face aos custos despendidos, como é o caso do Airbnb ou da Blablacar, por exemplo.

⁹ Todolí-Signes *et al.* (2019), p. 18.

¹⁰ São exemplos: contabilidade, consultoria jurídica, projetos de arquitetura, traduções, entre outros. O exemplo prático mais conhecido é a Amazon Mechanical Turk (*cf.* <https://www.mturk.com/>, consultado pela última vez em 8 de maio de 2023).

das plataformas de transporte de passageiros e de bens, como as conhecidas Uber, Cabify, Glovo e Deliveroo, que exigem a deslocação do trabalhador ao local.

Contudo, ao nível laboral, coloca-se em questão qual será, de facto, a classificação destes trabalhadores. Serão eles trabalhadores realmente independentes, conforme estipulam as plataformas, ou existem indícios de que poderemos estar perante uma relação de subordinação jurídica?

2. Os problemas relativos à classificação dos trabalhadores das plataformas

De acordo com os dados lançados pelo Conselho Europeu da União Europeia¹¹, em 2022 foram registados 28,3¹² milhões de trabalhadores de plataformas digitais na União Europeia. Segundo este mesmo estudo, cerca de 7% destes trabalhadores são considerados trabalhadores por conta de outrem, e os restantes 93% trabalhadores autónomos (26,3%), estimando-se que cerca de 19% (5 milhões) estejam incorretamente classificados como independentes, não podendo, assim, usufruir da proteção concedida aos trabalhadores dependentes.

Ora, como anteriormente referimos, as plataformas digitais, desde o seu aparecimento, têm vindo a classificar-se como meras intermédias do serviço prestado, interligando o prestador do serviço ao cliente na entrega do bem/serviços, considerando os prestadores de serviços como trabalhadores autónomos.

Contudo, de acordo com a análise a várias plataformas, mormente plataformas de *crowdwork offline*, também denominadas *work-on-demand via app*, verificámos que nem sempre esta classificação é tão linear quanto aparenta.

¹¹ Vide <https://www.consilium.europa.eu/pt/infographics/digital-platform-workers/>, consultado pela vez em 22 de junho de 2023.

¹² Note-se que o número de trabalhadores na indústria transformadora se fixa em 29 milhões, pelo que se realça um crescimento cada vez maior de trabalhadores nesta área, e uma direta correlação com o desenvolvimento desta nova forma de vida. Cf. <https://www.consilium.europa.eu/pt/infographics/digital-platform-workers/>, consultado pela vez em 22 de junho de 2023.

Apesar de os trabalhadores terem alguma liberdade na fixação dos seus horários de trabalho, auferirem um rendimento em função dos seus resultados, de os instrumentos de trabalho pertencerem ao trabalhador, entre outros indícios invocados pelas próprias plataformas com a intenção de se desvincularem de uma relação de subordinação jurídica, esta autonomia é, por vezes, meramente aparente. Desde logo, para que os trabalhadores se possam relacionar com a plataforma, terão de aceitar os termos e as condições impostos unilateralmente pela mesma, caso contrário, não conseguirão exercer funções. Trata-se de uma imposição de diretrizes de forma unilateral pela plataforma, suscitando um possível abuso de poder pela mesma, na medida em que reduz o poder negocial e impede o trabalhador de determinar o preço do seu próprio serviço.¹³

Assim, associados à perda de poder de negociação por parte dos trabalhadores, poderão surgir problemas como a redução da concorrência entre empresas que, consequentemente, contribuem para o retrocesso do desenvolvimento das condições de trabalho, verificando-se o recebimento de salários reduzidos, muitas das vezes abaixo do salário mínimo nacional, e implicando disponibilidade constante¹⁴, recebendo encargos sem receber salário, tendo baixa proteção social e enfrentando elevados riscos laborais.

Por outro lado, conforme refere Pedro¹⁵, relativamente às plataformas de transporte de pessoas, a plataforma é muito mais do que uma ferramenta tecnológica, uma vez que define o preço e o notifica ao passageiro, fixa a percentagem que irá reter, predetermina o início e a duração da viagem através da geolocalização, notifica os clientes para que procedam à avaliação dos condutores e ainda, entre muitas outras coisas, regula a forma de atuar, inclusivamente o *dress code* dos condutores.

¹³ Todolí-Signes *et al.* (2019), p. 3.

¹⁴ Principalmente no caso de *crowdwork online* que pressupõe a disponibilidade constante dos trabalhadores pela procura de oportunidades, sendo que apenas é remunerado o serviço que mais agrada ao cliente «leaving the remaining participants excluded from any kind of consideration for the time spent». Arroyo-Abad (2019), p. 135.

¹⁵ Pedro (2019), p. 337.

Outra grande questão trata a classificação usada pelas plataformas com o objetivo de avaliar os seus trabalhadores. Esta classificação permite o controlo da atividade, sendo que, além de relacionar o cliente com o prestador do serviço, permite ainda distribuir tarefas de acordo com as classificações obtidas, encontrando-se patente o poder de direção tipicamente existente numa relação subordinada.

Por outro lado, existem também plataformas que reduzem a classificação do trabalhador sempre que este, por algum motivo, dispense a realização de uma determinada tarefa. Neste sentido, comprovamos que é como se o trabalhador fosse sancionado pela não-realização da mesma, pelo que verificamos que, nestes casos, existe também o exercício de poder disciplinar sobre o trabalhador.

Ora, um verdadeiro trabalhador autónomo deverá ser capaz de escolher, por vontade própria, o serviço que quer prestar sem que lhe seja vedada essa liberdade em virtude da sua classificação. A classificação deveria servir apenas ao cliente, para saber se quer ou não o seu serviço prestado por determinado prestador de serviço.

Em prol de toda esta questão da categorização dos trabalhadores em plataformas digitais, devido às diversas modalidades existentes, aos diversos tipos de plataformas, à particularidade de cada uma das relações estabelecidas e ainda à dificuldade do enquadramento dos trabalhadores que apresentam uma relação de subordinação no âmbito do Direito do Trabalho, várias foram as manifestações por parte da doutrina e da jurisprudência na procura por uma solução.

Perante a afirmação de novas formas de trabalho e esta dificuldade em proteger os trabalhadores que delas emergiam, houve quem entendesse o critério da subordinação jurídica como um critério «em crise»¹⁶, defendendo que deveria ser aplicado no nosso ordenamento jurídico o critério da *alienabilidade*, critério utilizado no ordenamento jurídico espanhol. Em sentido oposto, a larga maioria da doutrina manteve-se em defesa da subordinação jurídica, por ser uma noção de tal forma elástica e flexível que permite adaptar-se às

¹⁶ Batalha (2007), p. 284.

alterações, nomeadamente ao aparecimento de novas formas de prestar trabalho.¹⁷

Contudo, após todas as discussões, debates e propostas de alteração de lei, surgiu a Agenda para o Trabalho Digno que, assente no combate à precaridade, no incentivo ao diálogo social e negociação coletiva, na promoção da igualdade entre géneros no mercado de trabalho e no reforço dos mecanismos de fiscalização, veio dar origem à alteração do Código do Trabalho, com a implementação da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, que iremos analisar.

3. A consagração das plataformas digitais no Código do Trabalho através da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril

Como acima referimos, longa tem vindo a ser a luta na procura por condições dignas de trabalho para os trabalhadores através de plataformas digitais, nas situações em que se afigura uma relação de subordinação jurídica: tentando o seu enquadramento no regime previsto para o teletrabalho, colocando em causa o critério da subordinação jurídica, procurando um critério que conferisse maior proteção...

Antes da entrada em vigor da presente Lei, o legislador havia já tentado alterar a matéria legal no âmbito destas novas formas de trabalho, mormente no que se refere ao teletrabalho, através da Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, que, a nosso ver, se tratou de uma tentativa falhada, dado que em nada beneficiou os trabalhadores por meio das plataformas digitais, que continuaram sem consagração no Código do Trabalho e em muito prejudicou os teletrabalhadores.

No entanto, a nossa análise versa sobre a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, que entrou em vigor a 1 de maio, pelo que importa referir que esta trouxe alterações interessantes e um grande passo para esta nova forma de trabalho: o início da sua regulamentação.

A Agenda do Trabalho Digno começa por alterar o artigo 3.º, que trata as relações entre fontes de regulação, passando a prever na alínea o), que em matérias relativas ao «uso de algoritmos, inteligência artificial e matérias conexas, nomeadamente no âmbito do trabalho

¹⁷ Sanguineti Raymond (1996), p. 35.

nas plataformas digitais», as normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores.

O legislador procedeu ainda à consagração no Código de um novo artigo, o artigo 12.º-A, concretizando um conjunto de indícios de laboralidade que permitem presumir a existência de uma relação de subordinação jurídica para os trabalhadores de plataformas digitais.

Até aqui temos vindo sempre a defender a adaptação dos indícios previstos no artigo 12.º a este tipo de trabalhadores, propondo a sua alteração; no entanto, consideramos que o legislador se superou ao deixar intacta a lista de indícios para os trabalhadores ditos normais, legislando isoladamente, de forma a «separar as águas».

Com a implementação deste novo artigo, o legislador mantém a linha de raciocínio anterior ao referir que se presume a existência de um contrato de trabalho sempre que se verifiquem «algumas das seguintes características». Ora, parece-nos lógico que, se para o artigo 12.º o entendimento é de que a verificação de, pelo menos, dois dos indícios elencados levam à existência da presunção de laboralidade, também aqui fará sentido que, para que se veja cumprida esta presunção, se tenham de cumprir, pelo menos, dois dos indícios.

Começando a analisar o referido artigo, partindo da alínea a), comprovamos como primeiro indício elencado a fixação da retribuição ou o estabelecimento de limites máximos e mínimos para a mesma. Elogiamos a perspicácia do legislador, uma vez que não só estipula a determinação da retribuição, mas prevê também, numa tentativa de as plataformas não poderem contornar este indício, que o mesmo se considera cumprido sempre que a plataforma estabeleça os limites mínimos e máximos da retribuição.

Grande parte das plataformas não fixam uma retribuição, mas sim a «baliza» na qual poderá estar o montante a auferir, estando este dependente de diversos fatores, nomeadamente do número de horas em serviço, do período diário em que realiza as tarefas, da meteorologia, entre outros... Outras vezes, determinam que o pagamento do

serviço é composto por um montante fixo e um montante variável, sendo esse montante variável dependente dos fatores acima mencionados. Neste sentido, concordamos com a concretização deste artigo, na medida em que, ao prever apenas o cumprimento do requisito aquando da fixação de uma retribuição, não iria prever toda a realidade que se poderá verificar de facto.

Quanto à alínea *b)*, esta prevê como outro dos indícios da presunção de laboralidade sempre que seja exercido poder de direção e determinadas regras específicas pela plataforma, exemplificando ainda, dizendo, «nomeadamente quanto à forma de apresentação do prestador de atividade, à sua conduta perante o utilizador do serviço ou à prestação da atividade». Com isto quer o legislador dizer que se considera cumprido o indício previsto na alínea *b)*, sempre que são dadas ordens por parte da plataforma ao trabalhador, como é o caso de o obrigar a aceitar determinada tarefa sob pena de ser excluído da plataforma ou ser sancionado com uma má classificação, e sempre que são fixadas regras muito específicas, como é o caso de determinarem o *dress code* ou a forma como o mesmo deve atuar perante o cliente, o tipo de música que deve colocar...

Plasma a alínea *c)*: «A plataforma digital controla e supervisiona a prestação da atividade, incluindo em tempo real, ou verifica a qualidade da atividade prestada, nomeadamente através de meios eletrónicos ou de gestão algorítmica».

Perante o previsto na alínea acima citada, verificamos que poderá haver duas situações distintas (embora interligadas) que poderão levar ao cumprimento do presente requisito: por um lado, o controlo e supervisão da prestação da atividade, como acontece com as plataformas de *work on demand via app*: várias plataformas fixam o trajeto que deverá ser percorrido, existindo controlo claro da plataforma sobre o prestador da atividade, e supervisionam, nomeadamente através de geolocalização, acompanhando em tempo real a realização da tarefa, o tempo que demora e se o trajeto percorrido é o planeado; por outro, considerar-se-á ainda cumprida a alínea *c)* sempre que existir a verificação da qualidade da atividade prestada,

através da atribuição de classificações aos trabalhadores, o que acontece em praticamente todas as plataformas.

Ora, para que a alínea *sub judice* se considere cumprida, bastará a verificação de uma das situações elencadas, não carecendo da sua cumulação, como indica a conjugação «ou». Assim, consideramos que, para a maior parte das plataformas, sejam elas de *crowdwork online* ou de *crowdwork offline*, este indício será cumprido, visto existir quase sempre classificação dos trabalhadores, havendo, inclusive, distribuição das tarefas em função da gestão algorítmica: tarefas complexas para trabalhadores com classificação elevada e tarefas mais simples para trabalhadores com classificação mais reduzida.

Considera-se igualmente indício de laboralidade, de acordo com a alínea *d)*, sempre que a plataforma restrinja a autonomia do trabalhador quanto à organização do seu trabalho, enumerando: «quanto à escolha do horário de trabalho ou dos períodos de ausência, à possibilidade de aceitar ou recusar tarefas, à utilização de subcontratados ou substitutos, através da aplicação de sanções, à escolha dos clientes ou de prestar atividade a terceiros via plataforma». Um trabalhador autónomo deverá ser capaz de estabelecer o seu próprio horário de trabalho e de descanso, aceitar a tarefa que lhe pareça mais interessante, seja do ponto de vista económico, estratégico ou intelectual; deverá ser capaz de, em caso de impossibilidade, chamar alguém que execute a tarefa por si, de modo que a mesma não fique por executar, sem que seja sancionado por isso.

No mesmo sentido segue a alínea *e)*, que estabelece outro dos indícios da presunção da existência de uma relação de subordinação jurídica, sempre que a plataforma exerça poderes laborais «nomeadamente poder disciplinar», fazendo expressa referência à desativação da conta do prestador da atividade, o que acontece, por norma, quando a classificação do trabalhador fica abaixo de determinado nível ou quando recuse determinado número de tarefas.

Por fim, e contrapondo a alínea *b)* do artigo 12.º do Código do Trabalho, onde se encontra plasmado como um dos indícios de laboralidade, que «os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados

pertençam ao beneficiário da actividade», a alínea f) do artigo 12.º-A, n.º 1, estipula que «os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencem à plataforma digital ou são por estes explorados através de contrato de locação».

Ao verificarem-se alguns dos mencionados indícios acima elencados, é presumida a existência de uma relação laboral entre o prestador da atividade e a plataforma, independentemente da denominação dada pelas partes ao referido vínculo, tratando-se de uma presunção *iuris tantum*.

O artigo 12.º-A trouxe uma novidade bastante interessante, ao definir no nosso Código, no n.º 2, o conceito de plataformas digitais no âmbito de uma relação de subordinação jurídica, esclarecendo:

Para efeitos do número anterior, entende-se por plataforma digital a pessoa coletiva que presta ou disponibiliza serviços à distância, através de meios eletrónicos, nomeadamente sítio da Internet ou aplicação informática, a pedido de utilizadores e que envolvam, como componente necessária e essencial, a organização de trabalho prestado por indivíduos a troco de pagamento, independentemente de esse trabalho ser prestado em linha ou numa localização determinada, sob termos e condições de um modelo de negócio e uma marca próprios.

Considera-se como elemento essencial que o serviço seja prestado ou disponibilizado à distância, obrigatoriamente através de meios eletrónicos, seja por *site* ou *app*, com a condição de existir uma retribuição monetária, podendo ser prestado totalmente à distância ou com deslocação a determinada localização, sob determinadas regras impostas unilateralmente. Por outro lado, sempre que não exista, de facto, uma relação laboral, mas estando cumpridos os referidos indícios, caberá à plataforma provar a autonomia do prestador da atividade e que o mesmo não está sujeito ao seu controlo, poder de direção e poder disciplinar, para que seja ilidida esta presunção, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo.

O artigo 12.º-A do Código do Trabalho prevê ainda, no n.º 5, a possibilidade de a plataforma invocar a existência de uma relação

quadrangular, isto é, dar a conhecer a existência de uma pessoa coletiva ou singular que atue como intermediária da «plataforma digital para disponibilizar os serviços através dos respetivos trabalhadores», ou de o próprio prestador do serviço reconhecer que é trabalhador do intermediário e não da própria plataforma. Em ambos os casos, fixa a aplicação da presunção prevista no n.º 1, cabendo ao tribunal fixar quem é, de facto, a entidade empregadora, conforme plasma o n.º 6.

Em face da implementação das normas acima referidas, o legislador veio estabelecer no n.º 7 a impossibilidade de as plataformas estabelecerem condições de acesso mais desfavoráveis ou discriminatórias para os trabalhadores com quem exista uma relação de subordinação jurídica, comparativamente com os trabalhadores que são autónomos, assumindo uma atitude preventiva.

O legislador não procurou apenas regular os trabalhadores de plataformas digitais no âmbito de uma relação de subordinação jurídica no Código do Trabalho, ao fixar os indícios de presunção de uma relação laboral; procurou também proteger estes mesmos trabalhadores de uma relação abusiva de trabalho, prevendo situações paralelas às padronizadas.

O artigo 12.º-A, no seu n.º 9, remete à aplicabilidade das normas previstas no Código do Trabalho, sempre que compatíveis com a natureza da atividade, elencando, a título exemplificativo, as matérias relativas a acidentes de trabalho, à cessação do contrato de trabalho, à proibição do despedimento sem justa causa, remuneração mínima, período normal de trabalho igualdade e não-discriminação.

Além disso, foram ainda instituídas sanções por forma a punir estas situações. O n.º 10 do referido artigo constituiu como contra-ordenação muito grave sempre que seja contratado para prestar uma atividade de forma autónoma, quando existam, na realidade, características de um contrato de trabalho que causem prejuízo ao trabalhador ou ao Estado. Em caso de reincidência, prevê o n.º 11 que sejam aplicadas sanções acessórias, especificando a privação ao acesso de apoios, subsídios ou benefícios concedidos por entidades ou serviço público, sejam eles de natureza fiscal, contributiva ou proveniente de fundos europeus, bem como de participar em arrematações ou

concursos públicos, ambos pelo período de até dois anos. Por fim, cabe ainda destacar que o artigo 12.º-A, n.º 12, vem reforçar que o presente artigo se aplicará ainda às plataformas de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos caracterizados a partir de plataforma eletrónica, isto é, plataformas TVDE, pese embora se encontrem reguladas na Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto.

Na nossa opinião, a intenção do legislador prendeu-se com o facto de evitar que este tipo de plataformas em específico se tentasse desvincular da aplicação deste novo artigo, dado já existir legislação própria.

Em face da implementação desta nova lei, veio já a CGTP¹⁸ pronunciar-se, mostrando satisfação com esta evolução legislativa, por um lado, mas, por outro, manifestando-se contra a supremacia das plataformas perante os seus trabalhadores, referindo que as mesmas não têm a menor pretensão de cumprir a lei, culpando as autoridades responsáveis, nomeadamente a ACT, «que muitas vezes não atua e quando atua, tem um comportamento autorregulador, informativo e não sancionatório».

No mesmo sentido segue a opinião de Tiago Vieira¹⁹, defendendo a necessidade de investimento em mais meios e maior eficácia por parte da ACT, de tribunais que decidam sem custas para os trabalhadores e em tempo útil, e acrescenta ainda, acerca das plataformas que não pretendam cumprir a lei, que a solução passa por «fechar-lhe a porta».

Na nossa opinião, e apesar de não ter sido implementado um regime próprio para os trabalhadores em plataformas digitais, em comparação com o regime previsto, por exemplo, para o teletrabalho, consagrado como uma das modalidades de contrato de trabalho, consideramos que a introdução do artigo 12.º-A no Código do Trabalho mostra uma enorme evolução na legislação laboral do nosso

¹⁸ CGTP-In. (1 de maio, 2023). Multinacionais e empresas intermediárias das plataformas digitais fazem tábua rasa da nova lei. <https://www.cgtp.pt/accao-e-luta/18802-multinacionais-e-empresas-intermediarias-das-plataformas-digitais-fazem-tabua-rasa-da-nova-lei>. [Consultado pela última vez em 22 de junho de 2023.]

¹⁹ Vieira (16 de março, 2023).

ordenamento jurídico. Destacamos a importância da regulação do trabalho através de plataformas, seja através de previsão no Código do Trabalho, seja através de legislação avulsa, como foi feito para as plataformas TVDE. Desta forma, poder-se-iam regular aspetos que levantam dúvidas práticas, tais como, a regulamentação do pagamento das despesas associadas à deslocação do trabalhador para recolher o produto e o entregar ao cliente, ou na manutenção dos instrumentos que, pese embora possam não pertencer à plataforma, sejam utilizados em detrimento do serviço a esta prestado, como acontece no caso dos teletrabalhadores, estipulado no artigo 169.º-B, n.º 1, al. *d*), do CT.

No entanto, ao ser pela primeira vez regulado no Código do Trabalho, criando critérios específicos para presumir a existência de um contrato de trabalho com estes trabalhadores, denota-se um especial cuidado por parte do nosso legislador, pelo que consideramos um passo importantíssimo dado no âmbito da sua proteção e da procura pela redução da precaridade laboral. Contudo, não descuremos a necessidade de continuarmos a analisar os problemas que vão sendo colocados daqui em diante, verificar a utilidade das normas implementadas à prática laboral e aferir, pouco a pouco, o que poderá ser alterado/melhorado.

4. Conclusão

Ao fim de largos anos de luta, depois de vários debates, críticas à lei, tentativas de encontrar soluções mais viáveis para a relação de subordinação jurídica que se faz sentir por parte de várias plataformas sobre os seus trabalhadores, surgiu a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril.

Com esta lei, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno, surgiu a regulamentação das plataformas digitais no Código do Trabalho, procurando proteger estes trabalhadores, com quem se verificava existir uma relação de subordinação jurídica, mas a quem não eram concedidos quaisquer dos direitos previstos no Código do Trabalho.

A mais recente alteração ao Código do Trabalho veio estabelecer um conjunto de indícios que permitem aferir a existência de uma

relação de subordinação jurídica. Contudo, continua a não se encontrar previsto um regime jurídico próprio para estes trabalhadores, como acontece, por exemplo, para os teletrabalhadores, pelo que consideramos importante que tal aconteça ou que sejam desenvolvidos diplomas avulsos para as diferentes plataformas, a par do que acontece com as plataformas TVDE.

Note-se, no entanto, que se trata já de uma enorme evolução no nosso ordenamento jurídico. Apesar de ainda serem prematuros os efeitos desta alteração, consideramos que o caminho se faz caminhando, sendo que, agora, importa atentar às dificuldades que vão sendo encontradas, com o objetivo de evoluir e de aprimorar o agora estabelecido.

Referências bibliográficas

- ARROYO-ABAD, Carlos (2019). Risks and challenges in providing services in digital environment and its impact in uber economy. In *The Sharing Economy: Legal problems of a permutations and combinations society*. Newcastle, Cambridge Scholars publishing.
- BATALHA, António (2007). *A Alienabilidade do Direito Laboral, Direito do Domicílio e Teletrabalho*. Lisboa, Edições Universitárias Lusófonas.
- LAMBELHO, Ana (2014). Trabalho autónomo economicamente dependente: da necessidade de um regime jurídico próprio. In *Para Jorge Leite, Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora.
- PEDRO, Rute Teixeira (2019). One size fits all? Civil Liability arising from traffic accidents in the context of the new mobility based on the use of digital platforms. In *The Sharing Economy: Legal problems of a permutations and combinations society*, Newcastle, Cambridge Scholars publishing.
- RAMALHO, Tiago (2019). Civil Law and the sharing economy. In *The Sharing Economy: Legal problems of a permutations and combinations society*, Newcastle, Cambridge Scholars publishing.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (1996). *Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivo: Un estudio sobre el concepto de subordinación jurídico-laboral y su aptitud para reflejar las transformaciones recientes de las formas de organización del trabajo*. Lima, Ara Editores.
- SOUSA, Duarte Abrunhosa e (2019). Impacts of collaborative economy in work relations; A growing processo or already broken down. In *The Sharing Economy: Legal problems of a permutations and combinations society*, Newcastle, Cambridge Scholars publishing.

Referências Eletrônicas

- CGTP (2023). *Multinacionais e empresas intermediárias das plataformas digitais fazem tábua rasa da nova lei*, disponível em Multinacionais e empresas intermediárias das platafor-

mas digitais fazem tábua rasa da nova lei — CGTP-IN, consultado pela última vez em 22/06/2023.

TODOLÍ-SIGNES, Adrián, SÁNCHEZ OCAÑA, José Miguel, KRUTHOF AUSINA, Andrea (2019). *El treball en plataformes digitals a la Comunitat Valenciana*, disponível em <https://www.uv.es/ceconomiacol/InformeTrabajoplataformasdigitales2019.pdf>, consultado pela última vez em 22/06/2023.

VIEIRA, Tiago (2023). *Novas leis para as plataformas? Obrigado por nada!*, disponível em *Novas leis para as plataformas? Obrigado por nada! | AbrilAbril*, consultado pela última vez em 22/06/2023.

CONSELHO EUROPEU DA UNIÃO EUROPEIA (2023). *Infografia — Os trabalhadores das plataformas digitais na UE em destaque*, disponível em <https://www.consilium.europa.eu/pt/infographics/digital-platform-workers/>, consultado pela última vez em 22/06/2023.

PAGAMENTOS EM LINHA E TUTELA DO CONSUMIDOR

BERNARDO MATIAS CONSTANTINO*

Sumário: 1. Introdução; 2. A Sociedade de Informação e o novo paradigma do consumo; 2.1. A transição digital no âmbito do consumo; 2.2. Desafios legislativos decorrentes da transição digital; 3. Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica; 4. Outros atos normativos de relevo no quadro europeu; 5. Perigos que advêm da atual tendência consumista; 5.1. A fragilidade do consumidor nos contratos celebrados à distância; 5.2. Técnicas de fraude e burla; 5.2.1. Crime de contrafação; 5.2.2. Crime de especulação; 5.2.3. Crime de burla com comprovativo de pagamento falso; 5.2.4. Crime de burla informática; 6. Cuidados a ter nos pagamentos em linha; 7. Conclusão.

1. Introdução

Os pagamentos realizados em cumprimento de contratos de consumo não são, atualmente, na sua maior parte, realizados de forma tradicional, com pagamento em numerário, sendo recorrente a utilização de pagamentos em linha. Esta forma de pagamento traz ao consumidor a celeridade e a eficiência de que necessita; contudo,

* Estudante do mestrado em Solicitadoria de Empresa na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

aquando da sua realização, este incorre em vários perigos, desde logo aumentando o risco de burla informática.

As preocupações com a tutela do consumidor têm sido crescentes, o que se verifica ao nível nacional, europeu e global. Assim, não só os decisores e o legislador deverão desenhar políticas que permitam acompanhar esta realidade e debelar os problemas e os perigos que emergem, como o próprio consumidor deverá estar alerta, estando ao seu alcance uma série de medidas preventivas. Já existem, a este respeito, inúmeras formas de o consumidor se precaver de alguns dos riscos associados à utilização de pagamentos em linha, como é o caso do Paypal, em que os dados bancários não são partilhados no momento da transação. Contudo, plataformas como esta são um alvo frequente dos *scammers* e certamente não serão de fácil utilização para qualquer consumidor.

Deverão ser dados à população os instrumentos necessários para um correto uso das novas tecnologias, o que deverá ser conjugado com uma estrutura legislativa forte e que consiga precaver as demais variadas situações, quer decorrentes de um uso incorreto, quer de esquemas que consubstanciem burla.

O presente trabalho é dividido em quatro partes, sendo que, primeiramente, e por forma a enquadrar a pertinência do tema, abordaremos a temática da Sociedade de Informação, com o fito de demonstrar em que contexto surgem os pagamentos em linha, porque são tão usados, e porque devem ser protegidos. Simultaneamente, surge a questão relativa à transição digital, em que é pertinente conferir uma perspetiva da realidade atual, da mudança para o mundo digital e os cuidados que devem ser tidos com o objetivo de conferir uma efetiva transição de toda a coletividade. A verdade é que nem todos os indivíduos têm o mesmo nível de literacia digital e, por conseguinte, determinados grupos e pessoas necessitam de um olhar mais cuidado e, eventualmente, de algum auxílio.

Seguidamente, fazemos uma breve explicação do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica, pelo que neste contexto abordamos a pertinência da autenticação forte nos pagamentos em linha, assim como neste seguimento as *Fintech*. Dentro do

Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica, adotámos uma abordagem só aos pontos considerados fulcrais no âmbito da realização do presente trabalho, sendo, no entanto, o seu regime novamente objeto de debate no decorrer do tema. E, ainda nesta fase, explorámos outros atos normativos de relevo no âmbito do quadro europeu e que permitem entender o funcionamento dos pagamentos em linha entre os diferentes Estados-membros.

Em terceiro lugar, e uma vez que indissociáveis, sentimos a necessidade de abordar os riscos que advêm dos pagamentos em linha, ao que damos ênfase para a posição de fragilidade do consumidor neste tipo de contratos, enquanto expomos técnicas de burla e de fraude de que este é muitas vezes alvo.

Por fim, e em tom de conselho, apontamos alguns cuidados essenciais a ter na realização de pagamentos em linha, devendo o consumidor adotar todos ou alguns sempre que o possa fazer, o que o irá proteger de ameaças inerentes a este tipo de pagamentos.

Compete ainda referir que para a realização deste trabalho nos apoiámos em obras bibliográficas, *websites* pertinentes e jurisprudência.

2. A Sociedade de Informação e o novo paradigma do consumo

À semelhança da conhecida «quarta revolução industrial», poderemos também, quanto à informação, entender que nos encontramos numa fase de mudança. É certo que o início desta mudança não é assim tão recente. No entanto, continuamos a poder afirmar que nos situamos numa plena revolução da informação.

A atual Sociedade de Informação está diretamente relacionada com as novas tecnologias, conferindo estas últimas, através do seu constante avanço, inúmeras mudanças na forma como encaramos o mundo. Como refere Luís Amaral, «neste novo modelo, as matérias-primas estratégicas já não são mais o carvão e o petróleo, mas a inteligência, a massa cinzenta e o domínio dos fluxos de informação».¹ A informação é, nos tempos atuais, facilmente disseminada, estando nós por isso inseridos numa sociedade alvo de constantes alterações

¹ Amaral (2007), p. 85.

e inovações, as quais obrigam a uma adaptação que passa também, e inevitavelmente, por questões de teor normativo.

2.1. A transição digital no âmbito do consumo

Consciente das necessidades dos seus cidadãos advinda do contexto à data atual e conjugada com a realidade pandémica que se fazia sentir, a Comissão Europeia, em 2020, publicou a Nova Agenda do Consumidor² (doravante denominada Agenda) para os anos de 2020 a 2025.

Esta publicação abrange vários domínios, figurando-se relevante para a presente exposição a transição digital nela abordada. Neste contexto, e do ponto de vista dos consumidores, damos especial enfoque aos pagamentos em linha e à respetiva tutela do consumidor no âmbito dos mesmos.

A Agenda reconhece os reflexos que a pandemia trouxe para o quotidiano dos cidadãos, essencialmente na sua forma de pensar e nos seus hábitos, sentindo a Comissão Europeia a necessidade de «promover medidas para um mercado único (...) mais digital e mais equitativo, [onde] o seu objetivo é reforçar a confiança dos consumidores» (Comissão Europeia, 2020, p. 1).

Ainda que disso consciente, a Comissão Europeia necessita de dar resposta a alguns entraves no que respeita à economia e à transição digital. Os consumidores não estão, por vezes, e de igual forma, aptos a adotar novas tecnologias, o que sucede pelas demais variadas razões, podendo quem as use de forma menos informada sofrer danos ou, por outro lado, poderão sentir-se retraídos a usá-las, o que acaba por impedi-los de retirar proveito das benesses que os pagamentos em linha conferem. Neste sentido, a Agenda define que «tal exige uma maior atenção às iniciativas de apoio à integração, à inclusão, à sensibilização e à educação dos consumidores».³ Pense-se a este respeito na realidade portuguesa, onde grande parte da população

² A Nova Agenda do Consumidor visa proceder à delimitação dos problemas existentes, conferindo uma perspetiva futura daquilo que será a Política de Defesa do Consumidor na União Europeia, como a própria afirma e poderá ser consultado em: <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/nova-agenda-do-consumidor.aspx>.

³ Comissão Europeia (2020), p. 4.

é envelhecida e por isso menos propensa a utilizar pagamentos em linha, sendo por isso necessário instruir, incentivar e certificarmos de que toda a população está devidamente capaz e informada acerca do funcionamento, dos riscos inerentes, dos cuidados a ter, entre outros aspetos que decorrem da transição digital, entendendo-se que esta só ocorre na medida do coletivo, ou seja, parece-nos não estar verdadeiramente concluída a transição digital enquanto existam ainda inúmeras lacunas e indivíduos dela excluídos.

2.2. Desafios legislativos decorrentes da transição digital

A forma rápida e fácil como a informação atualmente nos chega através dos mais diversificados meios pode ter, e efetivamente tem, um efeito prático relevante na vida dos consumidores. Como consta da Agenda, a atribuição de «mais oportunidades e uma escolha mais ampla de bens e serviços [aos consumidores] (...) pode dificultar a escolha informada e a salvaguarda dos seus interesses».⁴ A presente modernização, em conjunção com a quantidade de informação da qual somos diariamente alvo, pode-nos levar, assim, a situações menos agradáveis, que porventura noutros tempos seriam menos suscetíveis de acontecer.

A Comissão Europeia reconhece que, perante a atual realidade, «os consumidores devem beneficiar de um nível comparável de proteção e justiça em linha ou fora».⁵ Não obstante, e no que se refere aos pagamentos em linha, o caminho a traçar ainda se afigura longo.

A adesão ao meio digital dá-se mediante variadas formas, sendo possível observar um crescente número de produtos e serviços dos quais atualmente dispomos e que são disponibilizados ao consumidor através da Internet. Pensemos então nas «novas tecnologias, como as soluções de pagamento imediato, [que] podem trazer benefícios (...) mas podem exigir medidas específicas para os proteger».⁶

⁴ Comissão Europeia (2020), p. 11.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Comissão Europeia (2020), p. 14.

3. Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica

Mediante a crescente adoção de pagamentos em linha, feitos de várias formas e através de vastas entidades, intensifica-se a necessidade de legislar estas matérias, facto pelo qual surgiu, transpondo a Diretiva (UE) 2015/2366, o DL n.º 91/2018, de 12 de novembro, que, como é referido no preâmbulo do mesmo, traz «consigo crescentes preocupações com os riscos associados à utilização de meios digitais».

Entre as várias inovações trazidas por este Decreto-Lei, sublinhamos neste contexto a importância da introdução de dois novos serviços: os serviços de iniciação do pagamento [artigo 4.º, al. g), do DL n.º 91/2018, de 12 de novembro] e os serviços de informação sobre contas [artigo 4.º, al. h), do DL n.º 91/2018, de 12 de novembro].

Ambos os serviços tratam de:

mecanismos de autenticação que têm como objetivo primordial agilizar as operações das instituições bancárias, tornando obrigatório as mesmas partilharem adequadamente e prontamente a informação dos seus clientes com as *Fintech* e outros operadores, no seio de regras claras e seguras que possam ser implementadas e sindicadas.⁷

Estas mudanças visam, por outras palavras, conferir segurança em transações operadas mediante instituições de sistemas de pagamento e de moeda eletrónica, importando nesta sede definir o que são *Fintech* e ao que nos referimos com o uso deste termo. A CMVM refere-se ao termo *Fintech* como «uma inovação tecnológica nos serviços financeiros»⁸, não deixando de parte, no entanto, uma referência aos perigos a ela inerentes, desde logo por operar através da Internet, o que, como sabemos, traz um elevado grau de complexidade nos problemas que devem ser resolvidos e que, podemos afirmar, não têm precedentes.

Certamente, todos conhecemos algumas destas *Fintech*, de que são exemplos de fácil interpretação o MB Way e o Paypal. Se com

⁷ Câmara & Andrade (2019), p. 2.

⁸ CMVM, s/d.

elas familiarizados, sabemos que as mesmas são *Third Party Providers* (TPP), ou seja, operam como portais de pagamento que funcionam como um terceiro no momento da transação, necessitando para isto, como já referido quanto aos dois novos serviços, de conseguir, por um lado, aceder à conta do consumidor e agir no pagamento como se do próprio se tratasse, o que não poderá fazer sem o consentimento deste, pelo que terá de «autorizar o seu banco a dar acesso à informação das suas contas de pagamentos a TPP»⁹.

A nova regulamentação trazida pelo RJSPME procura, assim, garantir transações que, por um lado, sejam seguras, e, por outro, que forneçam ao consumidor formas mais práticas e cómodas de efetuar as suas transações, ou seja, adequar a transição digital à nossa realidade e tornar os instrumentos ao nosso dispor utilizáveis e exequíveis. É decorrente deste pretexto que os artigos 6.º e 7.º do RJSPME conferem ao Banco de Portugal competências de supervisão destas entidades, o que decorre, desde logo, do artigo 7.º, n.º 1 do RJSPME.

O PayPal e o MB Way, dados aqui a título de exemplo, são duas das formas de pagamentos em linha mais seguros, sendo de importante menção que o MB Way é uma *Fintech* portuguesa criada pela SIBS e autorizada em Portugal, sobressaindo neste âmbito com maior relevância uma das suas funcionalidades, o MB Net. Este serviço, por exemplo, permite gerar cartões virtuais, o que significa que, após a transação efetuada, os dados do cartão associados ao MB Way não são divulgados¹⁰, o que acontece de forma semelhante no Paypal, em que quem recebe o pagamento apenas tem acesso ao *e-mail* associado à conta Paypal, ficando os dados bancários ou do cartão de crédito na posse desta entidade e do seu titular¹¹, o que diminui o risco de burla, uma vez que apenas confiamos os nossos dados a entidades reconhecidas e conceituadas — o que não garante um nível de confiança a

⁹ Câmara & Andrade (2019), p. 2.

¹⁰ Mota, Eduardo. (21 de março, 2018). Vamos às compras? Introdução ao MB WAY e Paypal. *pplware*. <https://pplware.sapo.pt/internet/vamos-compras-mb-way-e-paypal/>

¹¹ PayPal. (s/d). Como funciona o PayPal. <https://www.paypal.com/pt/webapps/mpp/how-to-use-paypal>.

100%, mas certamente será mais vantajoso do que ao revés: divulgar os dados bancários a vários *websites* onde realizamos transações.

Em suma, quanto ao RJSPME, e não obstante outros aspetos importantes não mencionados, importa reter que este regime visou essencialmente implementar o sistema de autenticação forte [artigo 2.º, al. d) do RJSPME], ou seja, ao praticar algum dos atos do artigo 104.º, n.º1 do RJSPME, como seja aceder à sua conta através do *e-banking* sendo agora necessário inserir pelo menos dois elementos que serão solicitados ao utilizador, em que os elementos são obrigatoriamente de categorias diferentes, o que confere maior segurança e conforto à utilização deste tipo de serviços.¹²

4. Outros atos normativos de relevo no quadro europeu

A Comissão Europeia, visando estabelecer regras de uniformização quanto aos pagamentos em linha nos diferentes Estados-membros da União Europeia, e bem assim como no Reino Unido, na Islândia, em Andorra, no Liechtenstein, no Mónaco, na Noruega, no Reino Unido, em San Marino, na Suíça e no Vaticano, legislou nesse sentido através de diferentes regulamentos.

É notório, atualmente, que os pagamentos transfronteiriços são algo a que se procede diariamente e em grande volume, desde transações de menor valor e relevo a grandes transações. Assim, de forma que não existam barreiras, é necessário que estas transações sejam facilitadas e que, igualmente, não se traduzam em grandes encargos para nenhuma das partes. Estas medidas revelam-se imprescindíveis para que a política de um mercado interno da União Europeia possa prosperar, o que só é possível estabelecendo regras equiparadas para os diferentes países.

A criação da SEPA (*Single Europe Payments Area*) constituiu especial relevo na prossecução dos objetivos da Comissão Europeia, nomeadamente pela normalização e uniformização das operações realizadas em euros, em que o prestador de serviços do ordenante e o prestador de serviços de pagamento do beneficiário se situam na União,

¹² Banco de Portugal, s/d.

ou em que apenas este segundo o esteja, como consta do artigo 1.º, n.º 1 do Regulamento (UE) 260/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2012. Desta forma, eliminam-se barreiras através da «criação de um mercado integrado de pagamentos eletrónicos em euros em que não exista uma distinção entre pagamentos nacionais e pagamentos transfronteiriços», o que é referido no Considerando 1 do Regulamento (UE) 260/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2012.¹³

O Regulamento (UE) 2021/1230 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de julho de 2021, por sua vez, menciona no seu Considerando 5 que «deverá ser identificado, para cada categoria de operação de pagamento transfronteiriça, um pagamento nacional com características idênticas ou muito similares às do pagamento transfronteiriço», o que corresponde ao objetivo a prosseguir pelo Regulamento, bem como «a transparência dos encargos de conversão cambial na União» (artigo 1.º, n.º 1 do Regulamento (UE) 2021/1230 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de julho de 2021. Desta forma, quer se realize um pagamento nacional ou transfronteiriço, os encargos deverão ser os mesmos, eliminando qualquer tipo de entrave que possa existir quanto a custos desproporcionais entre os diferentes países. Contudo, esta igualdade de encargos não se aplica aos encargos de conversão cambial, o que decorre do artigo 3.º, n.º 1 e n.º 4 do Regulamento (UE) 2021/1230 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de julho de 2021. Quanto à conversão cambial, caberá referir que, de forma que haja pleno conhecimento da operação a realizar, deverão o prestador de serviços de pagamento do ordenante e ainda as entidades que prestam serviços de conversão de moeda num caixa automático (ATM), de acordo com os artigos 4.º e 5.º do mesmo Regulamento, deixar claro os encargos que decorrem dessa mesma conversão, de modo que o consumidor possa tomar uma decisão informada e não que restem dúvidas.

¹³ Também o Regulamento (UE) n.º 260/2012 do Parlamento e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, legisla neste âmbito, dando conta de novas medidas para a migração para transferências a crédito SEPA e débitos diretos SEPA, a qual deverá ser, de acordo com o seu considerando 9, «uma migração coordenada e integrada».

Por último, o Regulamento (UE) 2018/302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de fevereiro de 2018, manifesta-se também como um importante marco para a não-discriminação e luta por igualdade entre os Estados-membros, referindo o artigo 1.º, n.º 1, que deve ser evitado «o bloqueio geográfico injustificado e outras formas de discriminação baseadas, direta ou indiretamente, na nacionalidade, no local de residência ou no local de estabelecimento dos clientes». Para este efeito, mediante os critérios de discriminação anteriormente referidos, quer o acesso a interfaces em linha (artigo 3.º) como o acesso a bens e serviços (artigo 4.º) e os instrumentos de pagamento aceites (artigo 5.º), deverão ser postos à disposição de igual forma, não devendo sem causa justificativa este acesso ser restringido ou feito de forma diferente para cada Estado-membro. Todas estas medidas visam, portanto, contribuir para um mercado interno sólido em que haja um maior dinamismo entre operações, um fortalecimento da economia, e ainda uma proteção maior para o consumidor.

5. Perigos que advêm da atual tendência consumista

A utilização de meios digitais por parte dos consumidores é um fenómeno que registou uma crescente adesão nos últimos tempos, essencialmente se atentarmos à situação de pandemia vivida. Não é do nosso entender que antes não se utilizassem as mais diversas formas de tecnologia; no entanto, não podemos negar o papel impulsionador que a pandemia de covid-19 revestiu neste âmbito, e em específico, dos pagamentos em linha, trazendo a estes novos desafios e dificuldades que necessitam agora de ser acautelados¹⁴. Se, por um lado, a transição digital traz consigo inúmeros benefícios tanto a prestadores de serviços como a consumidores, por outro, o seu crescimento desmesurado faz com que, por vezes, o consumidor fique desprotegido, ou melhor, se envolva ou seja envolvido em práticas enganosas.

¹⁴ Agência Lusa. (2 de dezembro, 2022). Compras online de bens e serviços cresceram 36,2% em 2021 para 10 mil milhões de euros. *Fashion Network*. <https://pt.fashionnetwork.com/news/Compras-online-de-bens-e-servicos-cresceram-36-2-em-2021-para-10-mil-milhoes-de-euros,1464746.html>.

Temos observado uma progressiva utilização dos pagamentos em linha, surgindo-lhes associadas de forma contínua, e quase ininterrupta, novas invenções, formas de funcionar, obstáculos, e em virtude essencialmente destes últimos, novas soluções. Sucede que, perante as mais diversas adversidades, a legislação, ainda que se tente adaptar, não consegue acompanhar o ritmo acelerado que as primeiras verificam. Ainda assim, isto não significa, na nossa opinião, que o legislador não dê a merecida atenção a estes problemas, ou que, por outro lado, os ignore; significa, sim, que reconhecemos a inquestionável dificuldade que a resolução deste tipo de problemas mais recentes consubstancia.

5.1. A fragilidade do consumidor nos contratos celebrados à distância

Atentando aos pagamentos em linha, quando o contrato é celebrado pelo consumidor à distância, o DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, estabelece a obrigatoriedade ao profissional de, no âmbito dos seus deveres pré-contratuais, comunicar ao consumidor determinados aspetos inerentes ao contrato e considerados como «mínimos» à execução deste.¹⁵ Estes conteúdos mínimos, que constam do artigo 4.º do anteriormente referido Decreto-Lei, surgem pela reconhecida fragilidade que facilmente atribuímos ao consumidor, acrescentando o facto de este não ter contacto físico com o profissional com o qual contrata, pelo que deverá proceder, como refere Morais Carvalho, à «inclusão de um determinado número de elementos precisos acerca da sua identidade e das cláusulas dos contratos a celebrar».¹⁶

A existência de conteúdos mínimos no momento da contratação permite ao consumidor aferir de determinadas circunstâncias

¹⁵ Nesta senda releva o facto de o Capítulo II do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, referente a «contratos celebrados à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial», não se aplicar a determinadas transações que constam do artigo 2.º, n.º 3 do mesmo DL. Contudo, em determinados países da UE, sempre que o valor do contrato for inferior a 50 euros, as regras deste DL também não se aplicam.

¹⁶ Carvalho (2018), p. 217.

previamente a efetivar o contrato, o que servirá de base para uma tomada de decisão mais informada e ponderada.

No seguimento daquilo que foi exposto, o artigo 5.º do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, nos seus n.ºs 2, 3 e 4 estabelece particularidades para casos de contratos celebrados à distância por meios digitais em que haja, adstrita à encomenda, uma obrigação de pagamento, circunstância em que o profissional terá de comunicar determinadas informações do artigo 4.º, n.º 1, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, no momento anterior à conclusão da encomenda [artigo 5.º, n.º 2, DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro). Para o caso em que haja incumprimento do referido dever de informação nestes contratos, David Falcão afirma que «será de admitir que do incumprimento dos deveres informativos pré-contratuais, resulte a não vinculação do consumidor ao contrato».¹⁷

O dever de informação surge, como refere Morais Carvalho, pela «circunstância de o consumidor não se aperceber, em alguns casos, da repercussão da decisão de contratar (por vezes basta um *click* para a celebração do contrato na Internet)».¹⁸ A facilidade com que realizamos um contrato através da Internet é por isso notória, ao que podemos, com alguma certeza, afirmar que diariamente todos celebramos inúmeros contratos, os quais nos passam despercebidos, podendo atribuir este facto, desde logo e a título de exemplo, ao uso que fazemos do nosso *smartphone*, ou até mesmo dos nossos computadores, em suma, em aparelhos conectados à Internet.

5.2. Técnicas de fraude e de burla

Não sendo exclusivas dos meios digitais, burlas e fraudes são, no entanto, e neste âmbito, particularmente frequentes.

Ao fazer pagamentos em linha, o consumidor incorre em riscos a esta prática inerentes. A transação digital e o crescente uso destes meios fez com que, aumentando o número de usuários, aumentassem também os casos de técnicas enganosas com vista a prejudicar

¹⁷ Falcão (2019), p. 130.

¹⁸ Carvalho (2018), p. 221.

quem os usa. Este crescimento de casos verificou-se principalmente durante e após a pandemia¹⁹, que, como referimos anteriormente, trouxe vários utilizadores novos e por vezes inexperientes à realidade digital. Não obstante, estes indivíduos não são alvo exclusivo de fraudes e burlas, sendo este um fenómeno que afeta as mais diversas pessoas.

A Comissão Europeia contempla igualmente na Agenda preocupações subjacentes a esta realidade, ao que refere que «a luta contra estas práticas comerciais desonestas exige uma cooperação estreita entre a Comissão e as autoridades nacionais».²⁰ Deve, portanto, o combate a estas condutas ser feito mediante a ajuda da Comissão, com a respetiva articulação por parte das autoridades competentes, que devem, na medida do possível, estar alerta e precaver o consumidor para perigos que identifique, o que decorre do seu dever de vigilância cujo fim é a prossecução de um interesse público, e garantir segurança, neste caso, no meio digital. É por isso que a Comissão, no âmbito das ações a prosseguir, refere que «apoiará e facilitará a cooperação entre a rede de cooperação de defesa do consumidor e outras redes e partes interessadas para combater as burlas aos consumidores, as práticas comerciais desleais e as fraudes».²¹

5.2.1. Crime de contrafação

Constituindo um dos ilícitos praticados, o crime de contrafação é um dos tipos de burla que ocorre em linha, sendo que tem por base o artigo 320.º CPI, e como define Pedro Silva:

consiste na prática de algum dos atos tipificados nas nove alíneas dessa disposição [art. 320.º CPI], que incluem o uso de marcas contrafeitas ou imitadas, nos produtos, nas embalagens, em documentos comerciais ou em publicidade, a importação, exportação, distribuição, colocação no mercado ou armazenamento de produtos com essas

¹⁹ CGD. (s/d). Conheça as principais burlas online e saiba como proteger-se. <https://www.cgd.pt/Site/Saldo-Positivo/protecao/Pages/fraudes-e-burlas-online-como-proteger.aspx>.

²⁰ Comissão Europeia (2020), p. 4.

²¹ Comissão Europeia (2020), p. 5.

marcas, a oferta ou prestação de serviços com marcas contrafeitas ou imitadas.²²

É dada a hipótese a quem se sentir lesado pela violação do seu direito sobre a marca através de contrafação de apresentar queixa *online* ou presencialmente através da ASAE, da GNR ou da PSP. Neste seguimento, poderá ser frequente vermos ou conhecermos situações de vendas *online* de produtos que usam de forma ilegal marcas consideravelmente conhecidas²³, pelo que além de violarem o direito à marca relativamente ao seu possuidor, poderão também induzir o consumidor em erro ao, por exemplo, ser levado a comprar por um preço elevado, ou ainda que baixo, um produto contrafeito em que tenha a convicção de que está a comprar o original.

5.2.2. Crime de especulação

A especulação é uma prática recorrente entre nós e vem consagrada no artigo 35.º do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, pelo que o seu n.º 1 lhe atribui a pena de prisão de seis meses a três anos e multa não inferior a 100 dias, e define as situações em que estamos perante uma situação de especulação. Ainda que forma sucinta e ampla, o crime de especulação sucede quando alguém, prevendo possíveis flutuações do ativo em questão, efetua a sua compra com o intuito de, a curto prazo, revender por um preço mais elevado.

No contexto pandémico assistimos a várias situações aqui enquadráveis, tendo como exemplo a especulação em torno do álcool etílico. Não precisamos, no entanto, de recorrer ao vírus SARS-CoV-2 para entender o que é a especulação, uma vez que ela acontece igualmente, e de forma frequente, na compra de bilhetes para assistir a um jogo ou concerto. Sucede nestas situações, como o caso das últimas, na hipótese em que alguém compra um bilhete para um jogo,

²² Silva (2020), p. 594.

²³ ASAE. (3 de outubro, 2022). ASAE no combate à contrafação on-line. [Comunicado de imprensa]. <https://www.asae.gov.pt/espaco-publico/noticias/comunicados-de-imprensa/asae-no-combate-a-contrafacao-on-line.aspx>.

esperando naturalmente, e perante a importância do mesmo, que a lotação seja preenchida de forma rápida, não restando assim opção para quem não conseguiu o bilhete restando-lhe adquiri-lo através de terceiros. Ora, como sabemos, a lei da oferta-procura implicará que haja uma valorização do bilhete em questão; não obstante, não pode o adquirente vendê-lo acima do valor oficial pelo qual o adquiriu, e se o fizer, incorrerá no crime de especulação.

O consumidor deverá assim estar atento a este tipo de vendas, sendo facto que nem sempre estará ao seu alcance não optar pela compra de produtos sob especulação; no entanto, podendo fazer essa escolha, impõe-se sempre que possível evitar e reportar à ASAE quando considere que determinada prática configura um crime de especulação.

5.2.3. Crime de burla com comprovativo de pagamento falso

É frequente os crimes de burla e de falsificação coexistirem, ao que, daí derivado, o assento n.º 8/2000, de 23 de maio, do STJ, em conjugação com o assento n.º 10/2013, de 10 de julho, do STJ visam estabelecer que, caso a conduta do agente se enquadre em ambos os crimes, o de burla (artigo 217.º, n.º 1, do CP) e o de falsificação [artigo 256.º, n.º 1, al. a), do CP], este incorre em concurso real ou efetivo de crimes. Neste sentido, o que dizer acerca de falsificações igualmente consubstanciadas com burla, mas em ambiente digital?

O artigo 3.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime), estabelece disposições relativas à «falsidade informática», que se identifica com a falsificação que consta do artigo 256.º do CP. Duarte Nunes afirma que:

A essência do crime de falsidade informática reside na manipulação dos dados inseridos num sistema informático ou do seu tratamento por via desse mesmo sistema, acabando por resultar dessa manipulação a criação de documentos ou dados falsos, o que põe em causa a segurança e a fiabilidade dos documentos no tráfico jurídico-probatório (Nunes, 2017).

Assim, quando estejamos perante um caso de burla com comprovativo de pagamento falso, mas em meio digital, parece-nos legítimo admitir como o regime aplicável a Lei do Cibercrime, mormente o seu artigo 3.º, conjuntamente com o regime da burla. Pensemos, por exemplo, no ataque de *spoofing*, em que inúmeras são as vezes em que recebemos por *e-mail* mensagens criadas por um sistema informático que se faz passar por uma pessoa ou entidade reconhecida e confiável. O *spoofing* de *e-mail* é por isso o crime em que alguém, tendo em vista burlar o destinatário, se faz passar por outra pessoa ou entidade dita «legítima» para assim obter a confiança da vítima. Para concretizar os ataques de *spoofing* são muitas vezes utilizadas faturas falsas, IBAN falsos, ou outro tipo de documentos, sucedendo ver na sua caixa de correio, por exemplo, uma mensagem falsificada alegando ser um dos seus fornecedores e que este dispõe de faturas para pagar, ou por outro lado, alega ser do Banco e falsifica documentos que demonstram que o destinatário tem valores em dívida.

5.2.4. Crime de burla informática

A burla informática encontra-se regulada no artigo 221.º do CP e consiste em:

quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, causar a outra pessoa prejuízo patrimonial, mediante interferência no resultado de tratamento de dados, estruturação incorreta de programa informático, utilização incorreta ou incompleta de dados, utilização de dados sem autorização ou intervenção por qualquer outro modo não autorizada no processamento (artigo 221.º, n.º 1, do CP).

Dois dos mecanismos de burla em meio digital mais utilizados são o *phishing* e o *pharming*, sendo que o objetivo de ambos é adquirir informação da vítima através de manipulação. Contudo, comportam algumas diferenças.²⁴ Técnicas de *phishing* são habitualmente utili-

²⁴ Quanto às diferenças entre *phishing* e *pharming*, conferir o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa no qual nos baseámos, com o processo n.º 2256/17.0T8LSB.L1-7, de 12 de julho de 2018, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eccc/a7866a86545730c98025832e0034f9af?OpenDocument>.

zadas mediante o envio de *e-mails* fazendo-se passar por uma outra entidade, habitualmente o Banco, algum dos seus prestadores de serviços, entre outros. Com este envio, é juntamente enviado um *link* para um *website*, onde, por alguma razão, é dada a indicação que deverão ser lá inseridos os seus dados, para posteriormente, mediante o desconhecimento da vítima, estes serem roubados. Podem também, neste âmbito, ser utilizados outros meios, como, por exemplo, as mensagens por telemóvel.

No *pharming*, por outro lado, a burla consubstancia-se através um programa malicioso no computador da vítima, ou simplesmente pela criação de endereços fictícios, nos quais, acedendo, irão as vítimas ser redirecionadas para páginas em tudo semelhantes às originais, mas não o sendo porque contêm um domínio diferente. Neste contexto, a burla ocorrerá da mesma forma, ou seja, os dados são inseridos, por exemplo na conta de *e-banking*, ficando à predisposição do *pharmer* os dados de acesso ao *website* legítimo.

Como referimos, o MB Way e o PayPal são duas plataformas que conferem elevada segurança e credibilidade ao usuário, contudo, também elas são alvo de inúmeros ataques de *phishing* e *pharming*, não estando por isso a eles alheias. A questão que se põe neste caso é: Se é feito um uso legítimo de plataformas deste tipo, sobre quem recai a responsabilidade decorrente da burla informática de que o usuário é alvo? A resposta a esta pergunta não é certa, porém, e uma vez que a maioria da jurisprudência acerca do assunto é de natureza cível, será sobre ela que recairá a nossa análise. Neste seguimento, apresentamos três acórdãos a este respeito.

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, com o n.º de processo 1482/17.7T8PRD.P2 e datado de 04/06/2019, refere-se a um caso de *pharming* em que o utilizador alega ter acedido à página do banco, a qual inclusive guardou nos seus «favoritos» e onde foram roubados os seus dados de acesso e posteriormente feita uma transferência sem a sua autorização (o que consubstancia a situação mencionada no artigo 113.º do RJSPME). Dado isto, o tribunal refere que, quanto à eventual negligência a aferir, «o *pharming* constitui uma técnica

muitos mais perigosa e difícil de detetar [que o *phishing*] pelo utilizador», chegando a considerar esta no referido acórdão como a «forma mais perigosa e sofisticada das fraudes informáticas», considerando que o utilizador age sem qualquer culpa ou negligência, e do lado contrário, o Banco não consegue afastar a presunção de culpa que advém do artigo 796.º, n.º1, do Código Civil e do artigo 113.º, n.º 1, do RJSPME, ou seja, cabendo ao prestador do serviço ilidir a sua presunção de culpa, não o conseguindo fazer será ele o responsável, nos termos do artigo 114.º do RJSPME, devendo nestes mesmos termos «reembolsar imediatamente o ordenante do montante da operação de pagamento não autorizada» (artigo 114.º do RJSPME).

Em sentido semelhante veio decidir o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, com o n.º de processo 5600/11.0TBLRA.C1 e datado de 15/01/2019. Resumidamente, neste acórdão e, mais uma vez, decorrente da utilização de *e-banking*, o lesado, ao pensar que estava na página do banco, estava verdadeiramente a aceder a uma página paralela, o que é precisamente uma situação de *pharming*. Aqui, novamente, não se considerou a conduta do operador negligente ou culposa, alegando o tribunal que a responsabilidade recai sobre o Banco, uma vez que o utilizador, convicto de que está a navegar na página do banco, não deverá ser responsabilizado pela não regularidade dos serviços prestados.

Diferente caso surge no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, com o n.º de processo 2256/17.0T8LSB.L1-7 e datado de 12/07/2018. Aqui, a causa da perda foi o facto de terem sido facultados códigos e todos os números do cartão-matriz por parte do utilizador, o que não vai ao encontro das obrigações a que está adstrito, e considerando que as facultou acedendo ao *e-banking* através de uma hiperligação num *e-mail*, considerou-se que esta conduta foi gravemente negligente, e ainda que tenha sido alvo de *phishing*, o operador foi, nos termos do atual artigo 115.º do RJSPME²⁵, responsabilizado por todas as perdas que advieram.

²⁵ Note-se que a menção aos artigos do RJSPME em qualquer um dos acórdãos não coincide com o Decreto-Lei à sua data em vigor, pelo que a referência aos mesmos serve apenas de contextualização com o paradigma atual.

Da leitura dos acórdãos acima dispostos, podemos então concluir que, regra geral, os tribunais têm decidido pela isenção de culpa do operador, verificando-se o contrário apenas em casos onde haja negligência grave dos deveres e obrigações do operador.

6. Cuidados a ter nos pagamentos em linha

Por forma a não incorrer em situações indesejáveis, o consumidor, perante a sua posição débil, deverá adotar condutas preventivas na forma como lida com os pagamentos em linha. Sugerem-se cuidados como:

- Verificar se a entidade à qual se vai proceder com o pagamento é de confiança, o que pode ser feito em *sites* que contém opiniões dos demais;
- Garantir que o *site* é seguro e os endereços não suscitam dúvidas;
- Ler toda a informação contratual e pré-contratual disponibilizada e confirmar se, efetivamente, esta acautela devidamente os seus direitos, bem assim como se contém todos os elementos acerca da entidade com a qual se interage;
- Usar, sempre que possível, métodos de pagamento mais seguros que os convencionais, devendo optar, como é exemplo, pelo PayPal ou MB Way;
- Atentar aos dados que lhe pedem e ao eventual perigo de os facultar;
- Ativar, sempre que possível, a *firewall* do dispositivo;
- Adotar um olhar atento a possíveis práticas contra a lei, como, por exemplo, a contrafação, desconfiando sempre que se observe algo fora do comum;
- Manter-se atualizado acerca das práticas de fraude e burla mais comuns e entender como funcionam, por forma a não ser vítima.

Acreditamos que, adotando uma postura atenta e devidamente informada, estamos menos suscetíveis a originar problemas vindos de pagamentos em linha. É por isso que, como refere a Agenda, que

«a transformação digital exige que os consumidores tenham uma forte literacia e competências digitais que devem ser promovidas através da educação e da formação numa perspetiva de aprendizagem ao longo da vida».²⁶

7. Conclusão

Os pagamentos em linha configuram um tema muito atual. Por essa razão, e inerente às novidades que diariamente surgem, o legislador sente dificuldades em se manter a par da transição digital. Neste sentido, a dificuldade não passa apenas pela mera criação de normativos e meios de prevenção contra crimes decorrentes de uma utilização normal dos pagamentos em linha, como também pelo apelo a que se faça um uso consciente, adequado, e por isso, sem qualquer conduta que, de forma negligente, possa pôr em causa a segurança do consumidor.

Não obstante o referido, a Agenda, ainda que remeta a 2020, contém objetivos que se estendem até 2025, estando muitas das medidas aqui ínsitas em fase de implementação.

Consideramos que, apesar dos esforços feitos nesse sentido, o consumidor que efetue pagamentos em linha ainda possui uma tutela inferior aos perigos em que incorre por oposição a meios mais tradicionais de pagamento. Ainda assim, a proteção do consumidor não passará apenas pela aplicação de legislação inovadora, impondo-se a necessidade de que haja formação e auxílio do consumidor/utilizador dos pagamentos em linha com a finalidade de construir uma sociedade informada e apta a lidar devidamente e a tirar proveito desta ferramenta. Existem por isso, atualmente, diversos modos de pagamentos em linha mais seguros e que podem servir de auxílio para a diminuição do número de consumidores lesados; no entanto, muitas vezes, estes não são utilizados derivado da falta de informação de que o consumidor dispõe. Iguais considerações se aplicam à identificação de *e-mails* ou *websites* fraudulentos, que na maior parte das vezes apresentam um *layout* consideravelmente fácil de identificar como burla, mas que ainda passam despercebidos na ótica de muitos consumidores.

²⁶ Comissão Europeia (2020), pp. 14–15.

Consideramos, no entanto, que existe um número crescente de modos de operar, sendo cada vez mais sofisticados e impercetíveis, até para o consumidor mais atento. Confirmamos que é assim mais complexa a proteção contra burlas e fraudes, essencialmente porque se confundem no meio digital, razão pela qual o consumidor deverá ter atenção redobrada quando lida com este tipo de pagamentos.

A análise de jurisprudência permitiu-nos entender que o tribunal tende a não responsabilizar o operador em casos de *phishing* ou *pharming*, não obstante, como foi possível observar no último caso apresentado, o operador (consumidor) não poderá tomar toda e qualquer diligência, ao que, em casos de negligência grosseira, como seja a partilha de todos os números de cartão-matriz, as perdas derivadas da burla de que foi alvo não são ressarcidas, no caso em específico, pelo Banco.

Concluímos, referindo que, além de vária jurisprudência disponível e também de uma atitude proativa em relação a problemas de pagamentos no meio digital, este não é um tema de fácil trato, pelo que o consumidor se considera, neste âmbito, ainda um pouco desprotegido. Deveremos, assim, ter em consideração que não é possível exigir o mesmo nível de cautela a todos os consumidores e, efetivamente, que existe ainda um longo caminho por percorrer.

Referências bibliográficas e de *webgrafia*

- AGÊNCIA LUSA (2 de dezembro de 2022). *Compras online de bens e serviços cresceram 36,2% em 2021 para 10 mil milhões de euros*. Obtido de <https://pt.fashionnetwork.com/news/Compras-online-de-bens-e-servicos-cresceram-36-2-em-2021-para-10-mil-milhoes-de-euros,1464746.html>
- AMARAL, Luís Mira (2007). A Sociedade da Informação. In *Sociedade da Informação: O Percorso Português — Dez Anos de Sociedade da Informação: Análise e Perspectivas* (pp. 85–92). Lisboa: Edições Sílabo, Lda. Obtido de https://apdsi.pt/wp-content/uploads/prev/2-2.3_luis%20mira%20amaral_070626.pdf
- AUTORIDADE DE SEGURANÇA ALIMENTAR E ECONÓMICA (s/d). ASAE no combate à contrafação on-line. Obtido de <https://www.asae.gov.pt/espaco-publico/noticias/comunicados-de-imprensa/asae-no-combate-a-contrafacao-on-line.aspx>
- BANCO DE PORTUGAL (s/d). Autenticação forte. Obtido de <https://www.bportugal.pt/page/autenticacao-forte>
- CAIXA GERAL DE DEPÓSITOS (10 de junho de 2020). Conheça as principais burlas online e saiba como proteger-se. Obtido de <https://www.cgd.pt/Site/Saldo-Positivo/protecao/Pages/fraudes-e-burlas-online-como-proteger.aspx>

- CÂMARA, Gonçalo Gago da, & ANDRADE, Laura (abril de 2019). Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica . *Carlos Pinto de Abreu e Associados: Sociedade de Advogados* , 4. Obtido de https://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2019/04/servico_pagamento_moeda_electronica.pdf
- CARVALHO, Jorge Morais (2018). *Manual de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina.
- CMVM (s/d). Inovação financeira. Obtido de <https://www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/fintech/Pages/fintech.aspx>
- COMISSÃO EUROPEIA (13 de novembro de 2020). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Nova Agenda do Consumidor. *Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável*. Obtido de <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/PT/COM-2020-696-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>
- DIREÇÃO-GERAL DO CONSUMIDOR (s/d). Nova Agenda do Consumidor: 2020–2025 — Ações Destinadas a Proteger os Consumidores Europeus. Obtido de <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/nova-agenda-do-consumidor.aspx>
- FALCÃO, David (2019). *Lições de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina.
- MARTINS & OLIVEIRA – SOCIEDADE DE ADVOGADOS (s/d). *O crescimento das Fintechs em Portugal*. Obtido de <https://www.nacionalidadeportuguesa.com.br/o-crescimento-das-fintechs-em-portugal/>
- NUNES, Duarte A. (outubro de 2017). *O crime de falsidade informática*. Obtido de <http://julgar.pt/o-crime-de-falsidade-informatica/2/>
- PAYPAL (s/d). *Como funciona o PayPal*. Obtido de <https://www.paypal.com/pt/webapps/mpp/how-to-use-paypal>
- PPLWARE (21 de março de 2018). *Vamos às compras? Introdução ao MB WAY e Paypal*. Obtido de <https://pplware.sapo.pt/internet/vamos-compras-mb-way-e-paypal/>
- SILVA, Pedro Sousa (2020). *Direito Industrial: Noções Fundamentais*. Coimbra: Almedina.

Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 5600/11.0TBLRA.C1, datado de 15/01/2019. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/83b3a02768fbc5428025839a00445513?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 2256/17.0T8LSB.L1-7, datado de 12/07/2018. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a7866a86545730c98025832e0034f9af?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 2256/17.0T8LSB.L1-7, datado de 12/07/2018. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a7866a86545730c98025832e0034f9af?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 1482/17.7T8PRD.P2, datado de 04/06/2019. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2c4dc02af2630df08025843300487635?OpenDocument>

OS CRIPTOATIVOS COMO ENTRADA NO CAPITAL SOCIAL NAS SOCIEDADES DE CAPITALIS

HÉLIO JÁCOME TASSO*

Sumário: 1. Considerações introdutórias; 2. Criptoativos — a sua desconstrução; 2.1. O conceito; 2.2. Os criptoativos aos olhos de instituições e órgãos de soberania; 2.3. Tipos de criptoativos; 3. Os criptoativos no direito comparado; 4. Os criptoativos como entrada na sociedade; 4.1. Os criptoativos como entrada em dinheiro; 4.2. Os criptoativos como entrada em espécie; 5. O regulamento MiCA e o futuro dos criptoativos no direito societário.

1. Considerações introdutórias

O século XXI relativamente às novas tecnologias tem sido uma caixa de surpresas, e o que é novo normalmente assusta, mas apenas ao início, pois o mercado inicialmente suspeita e posteriormente adere. É expectável que os criptoativos tenham sucesso onde esforços anteriores para criar um sistema universal falharam¹, e não restam dúvidas de que já vivemos na era da quarta revolução industrial.

* Licenciado em Solicitadoria. Mestrando em Solicitadoria de Empresa, lecionado na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

¹ Baym, Swartz, & Alarcon (2019), p. 20.

Os criptoativos englobam os NFT² e as criptomoedas, e não deixam de ser também algo «novo», apesar de o primeiro criptoativo (*bitcoin*) ter sido criado em 2009 por Satoshi Nakamoto, pois apenas recentemente tem sido notória a sua potencialidade, principalmente no que toca ao direito societário ou a outros ramos do direito, deixando ainda em aberto questões como o caso *sub judice*, ou seja, a sua possível admissibilidade como entradas em sociedades de capitais.³

2. Criptoativos — a sua desconstrução

2.1. O conceito

Os criptoativos dividem-se em NFT e criptomoedas. Enquanto o primeiro se trata de um certificado digital emitido para registar a autenticidade ou propriedade de um ficheiro digital, o segundo é uma moeda digital descentralizada (não emitida por um Estado soberano, ou seja, *peer-to-peer*).⁴

Em ambos, a sua transmissão é garantida por um sistema de criptografia, em que é registada e demonstrada «em tempo real», de forma que, informaticamente, a informação legível seja transformada em informação ilegível, e que consequentemente só poderá ser lida por quem tiver autorização para o efeito.⁵ A transparência (ou mera aparência) dos criptoativos é tanta que todas as transações são públicas e verificadas⁶, o que faz oscilar o valor de mercado de cada criptomoeda ou NFT e a adesão dos investidores.

Na prática, é utilizada a tecnologia *blockchain* em que através de encriptações são registadas as transações em bases de dados de forma anónima, isto é, sem identificação das carteiras virtuais como pertencendo a utilizadores individuais, em que basicamente é acrescentado

² *Non-Fungible Token*.

³ Abreu (2019), p. 76.

⁴ O criador da *bitcoin* afirma que o seu objetivo é a utilização desta criptomoeda para o pagamento de bens e serviços, sem que esta passe através de uma instituição financeira. Nakamoto (2008), p. 1.

⁵ Carvalho (2021), p. 60.

⁶ Heath; Sanders; & Moreland (2020), p. 246.

mais um «bloco» por cada transação à cadeia de blocos⁷, o que é aceite no âmbito de uma comunidade virtual e é suscetível de desempenhar as funções monetárias (meio de troca, unidade de conta e/ou reserva de valor).⁸ O *software* da *blockchain* não pertence a um Estado, logo também é descentralizado; mas apesar de pertencer a um particular, pode ser verificado por qualquer um, por ser de acesso público.⁹

A noção de criptoativos ainda não foi tornada «definitiva». Melhor dizendo, a procura pela vasta caracterização dos criptoativos em termos de categorias legais existentes ainda não nos levou a nenhuma conclusão final¹⁰, sendo vários os entendimentos na doutrina, na lei e na jurisprudência, consoante também o tipo de criptoativo em presença. Todas as noções que se possam adiantar estão, assim, inevitavelmente condenadas à provisoriedade.¹¹

2.2. Os criptoativos aos olhos de instituições e órgãos de soberania

A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) considera que os criptoativos são representações digitais de ativos baseadas em tecnologia *blockchain*¹²; logo, se os considera como ativos, estes deverão ser alvo de normalização contabilística como ativos intangíveis.

O artigo 2.º da Lei n.º 83/2017 (Medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo) considera-os até como um ativo virtual, uma representação digital de valor que não esteja necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e que não possua o estatuto jurídico de moeda fiduciária, valor mobiliário ou outro instrumento financeiro, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca ou de investimento. Contudo, a questão de ser ou não considerado um valor mobiliário dependerá

⁷ Neste sentido, Segendorf (2014), p. 74.

⁸ Antunes (2021), p. 24.

⁹ Vítor (2020), p. 230.

¹⁰ Zellweger-Gutknecht (2018).

¹¹ Antunes (2021), p. 138.

¹² CMVM. (2022). Perguntas e respostas sobre criptoativos destinadas aos investidores. Disponível em: https://www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/Faq/Pages/FAQs-Criptoativos_investidores.aspx, acessado a 14 de janeiro de 2023.

do tipo de criptoativo. Antunes considera os *investment tokens* como um valor mobiliário atípico e que deverá estar sujeito ao Código dos Valores Mobiliários¹³; no entanto, esta caracterização deverá estender-se aos *currency*, *stable* e *hybrid tokens*, e ainda inclusivamente aos NFT, devido à sua possível utilização como meio de investimento.

A Comissão Europeia, na sua proposta de regulamento relativo aos mercados de criptoativos, também denominada por MiCA (*Markets in Crypto Assets Regulation*), define no seu artigo 3.º, n.º 1, criptoativos como uma representação digital de valor ou de direitos que pode ser transferida e armazenada eletronicamente, recorrendo à tecnologia de registo distribuído ou a outra semelhante.

Relativamente à jurisprudência nacional, existe apenas um acórdão que referencia os criptoativos, a saber, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, o qual afirmou sobre as *bitcoins* (criptomoeda descentralizada, vulgarmente designada por «dinheiro eletrónico») que a sua noção deve ser intensamente ampla, abrangendo tudo o que tenha sido «recebido» e com significado económico.¹⁴ Assim, o património compreende o conjunto de bens, rendimentos ou valores de natureza material ou imaterial, pertencentes a uma pessoa, individual ou coletiva, e que tenham relevância económica. Em suma, este Acórdão acaba por considerar um criptoativo como um património pertencente a uma pessoa, individual ou coletiva (por exemplo, sociedades de capitais), tendo os mesmos «relevância económica», o que nos leva a acreditar que poderá ser tributável em matéria de IRS ou IRC, e que, consequentemente, possa ser avaliado por um revisor oficial de contas.

2.3. Tipos de criptoativos

Os NFT não se subdividem, tendo uma caracterização única e global, mas as criptomoedas poderão ser de cinco tipos, tendo todos eles natureza e fins diferentes, que foram não só estabelecidos pelas

¹³ Antunes (2021), p. 181.

¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de outubro de 202, processo 2692/19.8T8STS-A.Pl. Relator: Joaquim Correia Gomes.

entidades que os criaram, mas também pelo próprio mercado. O tipo de criptoativo revelará especial importância para desmistificar o caso *sub judice*, pois nem todos os tipos de criptoativos poderão conduzir-nos a uma resposta positiva, e nem todos os tipos de criptoativos têm uma função estritamente monetária, devido à sua polivalência funcional.¹⁵ Em relação às criptomonedas, existem os seguintes tipos:

(i) *Utility tokens*, intitulados também de criptoficha de consumo¹⁶ ou *usage tokens*, servem essencialmente para o seu proprietário ter acesso a direitos ou serviços (benefícios) prestados exclusivamente pela entidade emitente do criptoativo, que poderá ser, por exemplo: o acesso a uma rede social, a objetos num determinado videojogo, a participação em eventos, *softwares*, ou a outros serviços digitais. Imaginemos a seguinte situação: A (titular) adquiriu a B (emitente de criptoativos)¹⁷ dez *Filecoins* por 33,60 euros.¹⁸ A, consequentemente, decidiu adquirir a B (emitente da *Filecoin*) um serviço específico para armazenar digitalmente as suas fotografias a troco das suas dez *Filecoins*.

Outro exemplo de *utility tokens* será a *Mobilego*, em que o titular poderá adquirir mais conteúdo numa plataforma de videojogos criada pela emitente da *Mobilego* e a *Status*, em que o seu proprietário adquire mais funcionalidades da plataforma da rede social produzida pela entidade emitente.

Este tipo de criptoativo não foi criado para ser um instrumento de financiamento, nem para ser uma moeda legal em curso, logo não poderá ser considerada como um ativo. Neste sentido, enquadram-se e criam-se mais divergências no âmbito direito do consumo, e não no

¹⁵ Neste sentido, Antunes (2021), p. 154.

¹⁶ O artigo 3.º do regulamento MiCA considera criptoficha de consumo como um tipo de criptoativo destinado a fornecer acesso digital a um bem ou serviço, disponível através da DLT (tecnologia de registo distribuído), e que é aceite apenas pelo emitente dessa criptoficha.

¹⁷ O artigo 3.º do regulamento MiCA considera emitente de criptoativos uma pessoa jurídica que oferece ao público qualquer tipo de criptoativos, ou procura obter a admissão de tais criptoativos, numa plataforma de negociação de criptoativos.

¹⁸ A *Filecoin* é um criptoativo do tipo *utility token*, que disponibiliza direitos num espaço virtual de armazenamento de dados aos seus adquirentes. Cada *Filecoin*, à data de 11 de janeiro de 2023, equivale a 3,36 €. Consultado em: <https://www.coingecko.com/pt/moedas/filecoin>.

direito societário. Contudo, estes criptoativos de «consumo» deverão ser excluídos como uma possível hipótese de entrada no capital social nas sociedades de capitais, pois a sua natureza e o seu fim não se enquadram no assunto em questão. Por exemplo, Antunes duvida da natureza *jus* monetária nos casos em que os *tokens* não sejam transacionáveis fora do quadro da rede da empresa emitente ou que não sejam convertíveis noutras criptomoedas, alegando ainda problemas de incompatibilidade.¹⁹ Porém, atualmente, existem plataformas de «*Decentralized exchanges* ou *DEX*» que servem para trocar todos os tipos de criptoativos. Ainda assim, não deverão ser admitidas como entradas no capital social, devido à sua grande dificuldade na prestação por parte de um dos sócios ou na avaliação pelo revisor oficial de contas.

(ii) *Investment tokens*, denominados também por *security tokens*, ou criptomoeda de investimento, têm como principal objetivo conferir ao seu titular rentabilidade económica, lucros ou mais valias, com base num determinado projeto que esteja a ser desenvolvido pela entidade emitente deste criptoativo. Escusado será dizer que, caso esse projeto mostre ser ruinoso, o adquirente deste tipo de criptoativos não terá rentabilidade. Assim, um *security token* executa automaticamente direitos e deveres.²⁰

As criptomoedas de investimento mais famosas são o *DAO*, que em tempos atribuía aos seus titulares o direito a receber os *cash-flows* gerados por uma nova tecnologia automatizada de governo societário, em que é atribuído o direito de voto e de controlo²¹; e o *Munchee*, que atribui aos detentores deste criptoativo o direito aos lucros gerados por uma aplicação que serve para avaliar restaurantes; além desse direito, os detentores também teriam direito a ofertas especiais de restaurantes aderentes.

(iii) *Currency tokens*, que são criptomoedas com estritas funções monetárias, *máxime*, meio de pagamento²². Em suma, acabam por

¹⁹ Antunes (2021), p. 181.

²⁰ Amaral (2021), p. 1.

²¹ Antunes (2021), p. 156.

²² Antunes (2021), p. 155.

ser ativos digitais monetários em que o seu objetivo é substituírem as moedas tradicionais, criando ao mesmo tempo uma moeda digital internacional. A maioria das criptomoedas encaixa-se neste tipo, como por exemplo, *Bitcoin*, *Ethereum* e *Cardano*, e atualmente o que não falta são entidades que aceitam este tipo de criptomoedas como meio de pagamento (nomeadamente, Microsoft, Shopify, Amazon, Tesla).

Este tipo de criptoativos tem ganhado maior notoriedade também em Portugal, com o aparecimento de sociedades imobiliárias que afirmam aceitar este tipo de criptoativos como meio de pagamento de imóveis. Apesar do *marketing*, tal não será possível devido à questão do «preço» previsto no artigo 874.º do Código Civil. O preço no contrato de compra e venda só poderá ser em euros, logo, para que o titular possa adquirir um imóvel terá de converter as suas criptomoedas em euros ou realizar um contrato de permuta²³, para que possa haver a transmissão e o respetivo registo do imóvel.

(iv) *Stable tokens*, usualmente consideradas também como *stable-coins* ou criptomoedas estáveis, trata-se de uma variante particular de moeda virtual que incorpora mecanismos de estabilidade destinados a mitigar o típico problema da volatilidade das criptomoedas.²⁴ Este tipo de criptoativo está, por norma, indexado a ativos subjacentes monetários (*EMT* ou *E-money tokens*), como o dólar, *bitcoin* ou o euro; nos não-monetários (*ART* ou *asset-referenced tokens*), estão indexados normalmente metais preciosos, como o cobre, a prata ou o ouro.

Relativamente aos *E-money tokens*, a criptomoeda mais conhecida é a *Tether (USDT)*, que acompanha o valor do dólar em termos globais, sendo a terceira criptomoeda com a maior capitalização de mercado, ultrapassando os 60 mil milhões de euros.²⁵ Já em relação

²³ Como afirmou o Supremo Tribunal de Justiça em 09 de outubro de 2007 (processo: 07A2761), «o contrato de permuta, também denominado de troca ou escambo, é hoje um contrato atípico e inominado (...). No contrato de troca ou permuta, a regulação de referência há-de buscar-se, adaptadamente, no contrato de compra e venda». Relator: Fonseca Ramos.

²⁴ Antunes (2021) p. 167.

²⁵ Consultado em: <https://www.coingecko.com/pt>, à data de 14 de janeiro de 2023.

aos *asset-referenced tokens*, a mais conhecida é a *PAX Gold*, que acompanha o preço do ouro.

(v) *Hybrid tokens* ou criptomoeda híbrida poderão desempenhar todas as funções mencionadas anteriormente (de consumo, financeira e monetária), ou seja, podem ser utilizadas para usufruir de serviços exclusivos da entidade emitente (*utility token*); de direito aos lucros sob um determinado projeto da entidade emitente (*investment token*); como reserva de valor (*stable tokens*); e meio de pagamento para a aquisição de bens diversos (*currency token*).

A criptomoeda mais conhecida deste tipo é a *BNB*²⁶ que, além de oferecer aos seus titulares acesso à plataforma de negociação da entidade emitente, oferece descontos e uma percentagem anual de juros (no mesmo sentido que as instituições financeiras oferecem aos titulares das contas bancárias).

Ao contrário das criptomoedas, os NFT são um criptoativo infungível, ou seja, não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, por se tratar de algo específico e individual. São frequentemente considerados como obras de arte digitais, sendo que, a título de exemplo, poderão ser uma fotografia, um *tweet* ou um adereço de um jogo eletrónico. Estes têm valor económico e podem ser comercializados, assim como as criptomoedas, e perante o que foi dito anteriormente e à sua natureza, poderão ser equiparáveis aos *hybrid tokens* (tipo de criptomoeda).

O sucesso dos NFT tem-se baseado na garantia dada ao seu adquirente de deter a versão original e única de uma obra de arte (no formato digital e protegida criptograficamente), e também devido ao crescimento das criptomoedas, visto que estes correm também em tecnologia *blockchain*.

²⁶ A *BNB* é a quarta criptomoeda com maior capitalização de mercado, no valor de 42 mil milhões de euros à data de janeiro de 2023. Consultado em: <https://www.coingecko.com/pt/moedas/bnb>, à data de 14 de janeiro de 2023.

3. Os criptoativos no direito comparado

Na Alemanha, a lei bancária considerou as criptomoedas (*kryptowerte*) como um instrumento financeiro [§1, Abs. 11 (10) da *Gesetz über das kreditwesen*], afirmando ainda que são uma representação digital descentralizada, que serve como um meio de pagamento ou para fins de investimento, e que pode ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica.²⁷

Em Malta, foram criadas três leis que regulam indiretamente os criptoativos. Entre elas, destaca-se a *Virtual Financial Assets Act*, que considerou os criptoativos como qualquer meio de armazenamento digital de informação que é utilizado como instrumento de troca, unidade de conta e reserva de valor.²⁸

O regime jurídico dos pagamentos no Japão, *Payment Service Act*, considerou um criptoativo como um meio de pagamento para adquirir bens e serviços e como uma propriedade que poderá ser trocada virtualmente, através de um sistema eletrónico de processamento de dados (*blockchain*).²⁹

Na Suíça, foi criada uma lei de «registos eletrónicos distribuídos», que considerou um criptoativo como um ativo patrimonial criptográfico³⁰, indo de certa forma ao encontro do supramencionado Acórdão da Relação do Porto.

Em El Salvador e na República Centro Africana, a criptomoeda *bitcoin* foi adotada como moeda nacional, ou seja, poderá servir para a compra de bens móveis e imóveis ou como meio de pagamento de serviços (públicos e privados).³¹

Nos Estados Unidos da América, os criptoativos são sinónimos de valor mobiliário, mercadoria, dinheiro (no sentido de não serem

²⁷ Neste sentido, Antunes (2021), p. 130.

²⁸ Antunes (2021), p. 129.

²⁹ Global Legal Insights — GLI. (s.d.) *Blockchain and Cryptocurrency Laws and Regulations 2023 | Japan*. <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/japan>.

³⁰ Antunes (2021), p. 131.

³¹ São Cristóvão e Neves adotará também a *bitcoin* como moeda nacional. Cf. <https://observador.pt/2022/12/03/mais-um-pais-pode-vir-a-adotar-uma-criptomoeda-como-moeda-oficial/>

considerados moeda estrangeira, mas sim equiparáveis ao dólar e propriedade.³²

Por último, em Espanha, os criptoativos já foram qualificados pelas autoridades do registo comercial como bens imateriais, na constituição de sociedades com *bitcoin*.³³

4. Criptoativos como entrada na sociedade

Na constituição de sociedades de capitais, todos os sócios são obrigados a entrar para a sociedade com bens suscetíveis de penhora³⁴, para que haja uma cotização patrimonial. As entradas assentam principalmente nas contribuições patrimoniais dos sócios.³⁵

Quanto à sua penhorabilidade, por disposição legal não verificamos a violação deste pressuposto (artigo 20.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais), isto é, os artigos 736.º a 738.º do Código do Processo Civil não apresentam quaisquer limitações quanto à penhorabilidade dos criptoativos. Será possível aplicar o regime da penhora de coisas não sujeitas a registo³⁶, e nesse aspeto, afigura-se possível a sua apreensão, transmissibilidade e conversão em valor, por exemplo, em dinheiro no âmbito de uma venda judicial.³⁷ A Diretiva da União Europeia 2017/1132, de 14 de junho (aplicável apenas às sociedades anónimas), vai neste sentido, estando exposto no seu artigo 46.º que o capital subscrito só pode ser constituído por elementos de ativo suscetíveis de avaliação económica; os criptoativos aparentam preencher este requisito por serem um ativo e por poderem ser avaliados economicamente.

Nas sociedades por quotas, o valor mínimo para a entrada de cada sócio é de 1 euro (artigo 219.º do Código das Sociedades Comerciais). Já nas sociedades anónimas, o valor mínimo para a entrada (ações)

³² Goforth, (2019).

³³ González (2018). Ainda no mesmo sentido, Soengas (2021) e Medina (2022) consideram as entradas no capital social com criptoativos admissível.

³⁴ Vide artigos 20.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais e 980.º do Código Civil.

³⁵ Abreu (2019), p. 77.

³⁶ Vide artigo 764.º do Código do Processo Civil.

³⁷ Bernardino (2021), p. 58.

de cada um dos sócios não poderá ser inferior a 1 cêntimo (artigo 276.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais). No entanto, nem todos os criptoativos chegam ao valor de um cêntimo (por unidade), tais como BitTorrent, Shiba Inu, eCash e Terra. A título de exemplo, seriam necessárias aproximadamente 1150 criptomoedas de Shiba Inu para que fosse atingido o valor nominal de um cêntimo.³⁸

Nada impede, também, a celebração de um acordo parassocial entre os futuros sócios relativamente às entradas com criptoativos no capital social. A presença de um sócio constitui, assim, condição necessária e suficiente de tais acordos, no respeitante à delimitação do seu âmbito subjetivo, sem prejuízo dos casos em que os acordos parassociais surjam ainda antes da constituição da sociedade, circunstância em que os seus subscritores serão futuros ou potenciais sócios.³⁹

À luz do princípio da liberdade de iniciativa económica, presente no artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa, não se vislumbram razões que impeçam que este tipo de ativo seja aceite como entrada para o capital social de sociedades de capitais. Poderá ainda ser aplicado o princípio da autonomia privada, pois não há que procurar autorização para a prática de um ato ou para a celebração de um contrato, mas apenas verificar cuidadosamente que a solução contratual engendrada não põe em causa regras imperativas ou os princípios característicos do próprio sistema jurídico.⁴⁰

Devido ao facto de estarmos perante sociedades de capitais, excluiremos a possibilidade de se considerar os criptoativos como entrada em indústria, visto também que a própria lei o proíbe nos artigos 202.º, n.º 1, e 277.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais. Contudo, importa referir que, mesmo perante sociedades onde as entradas em indústria são admitidas, os criptoativos não se enquadram nas entradas em indústria devido à sua natureza, pois estas

³⁸ Cada *Shiba Inu* à data de 13 de janeiro de 2023 equivale a 0,00000869 euros. Consultado em: <https://www.coingecko.com/pt/moedas/shiba-inu>.

³⁹ D' Almeida (2017), p. 391.

⁴⁰ Cunha (2012), p. 74.

estão ligadas a questões de trabalho ou prestações de serviços por parte dos sócios.

4.1. Os criptoativos como entrada em dinheiro

Perante o que foi dito anteriormente, observando apenas o tipo de criptomoeda *currency token*, a resposta aparenta ser positiva quanto à possibilidade de entrada em dinheiro no capital social; porém, a lei e a própria natureza deste criptoativo apresenta-nos vários impedimentos.

Na realidade, quando se fala em entradas em dinheiro é o mesmo que afirmar «em euros» ou «exclusivamente em euros».⁴¹ O próprio artigo 14.º do Código das Sociedades Comerciais faz ainda referência à moeda com curso legal em Portugal — que é o euro. Devido ao facto de nenhum dos criptoativos ser reconhecido em Portugal como moeda nacional ou moeda com curso legal, não são preenchidos os requisitos como entrada em dinheiro. Caso se venha a considerar um dos criptoativos como moeda com curso legal (neste caso, uma das *currency tokens*, devido à sua natureza), nesse caso já se poderia admitir a possibilidade como entrada em dinheiro, como aconteceu em El Salvador e na República Centro Africana.⁴²

Outro dos argumentos contra a possibilidade de se considerar os criptoativos como entrada em dinheiro, é a questão da volatilidade das criptomoedas e o facto de estas não terem curso legal em Portugal, não podendo assim ser aceites de forma obrigatória pelo mercado, mas sim apenas de forma voluntária. Deste modo, e não dispondo de curso legal, os meios virtuais de pagamento não são de aceitação obrigatória, mas apenas se as partes envolvidas na transacção estiverem de acordo.⁴³

Quanto à sua forma, dinheiro é tudo aquilo que num determinado espaço é consensualmente aceite como meio de pagamento.⁴⁴

⁴¹ Domingues (2021), p. 119.

⁴² Vide ponto 3 do caso *sub judice*.

⁴³ Banco de Portugal. *Relatório dos Sistemas de Pagamentos*, 2017, p. 40. Disponível em <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/rsp2017.pdf>, acedido a 14/01/2023.

⁴⁴ Laranjeiro (2000), p. 10.

No entanto, moeda com curso legal em Portugal é sinónimo de moeda metálica, papel-moeda, bancária ou escritural⁴⁵, no mesmo sentido de que as entradas em dinheiro devem ser equiparadas às entradas com cheque ou transferência bancária de valor correspondente.⁴⁶ Os criptoativos, porém, não preenchem nenhuma destas caracterizações.

O RJSPME tem presente o seguinte: moeda eletrónica é o valor monetário armazenado eletronicamente, inclusive de forma magnética, representado por um crédito sobre o emitente e emitido após receção de notas de banco, moedas e moeda escritural, para efetuar operações de pagamento, na aceção da alínea *ii*), e que seja aceite por pessoa singular ou coletiva, diferente do emitente de moeda eletrónica.⁴⁷ Mas moeda eletrónica não é sinónimo de criptomoeda: a primeira é centralizada, isto significa que é emitida por uma instituição financeira ou por um Estado soberano; já a segunda é descentralizada (*peer-to-peer*).

Por último, as entradas com moeda estrangeira (por exemplo, com libras, dólares ou francos) deverão ser consideradas como entradas com bens diferentes de dinheiro (em espécie)⁴⁸, devido ao facto de não preencherem o requisito do artigo 14.º do Código das Sociedades Comerciais, e assim sendo, teriam de ser cambiadas para euros pelo revisor oficial de contas. Posto isto, os criptoativos, pela sua natureza, têm mais semelhanças (relativamente ao tipo de entrada) com as moedas estrangeiras do que com a moeda com curso legal em Portugal.

4.2. Os criptoativos como entrada em espécie

Desconsiderando os criptoativos como entrada em indústria ou em dinheiro, resta-nos a possibilidade como entrada em espécie. As entradas em bens diferentes de dinheiro (e de indústria) são

⁴⁵ Abreu (2021), p. 261.

⁴⁶ Abreu (2021), p. 261.

⁴⁷ Vide artigo 2.º, alínea *ff*) do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro.

⁴⁸ Neste sentido, Domingues (2021), p. 120.

designadas por entradas em espécie⁴⁹ (artigo 28.º do Código das Sociedades Comerciais).

As entradas em espécie poderão ser imóveis, patentes, modelos de utilidade, participações sociais, móveis corpóreos, e até mesmo um direito de usufruto sobre um imóvel; perante este último, será muito mais «admissível» a entrada no capital social com criptoativos.

As entradas com criptoativos, mais concretamente, os *investment tokens*, *currency tokens*, *stable tokens*, *hybrid tokens* e NFT [excluindo os *utility tokens* devido à sua (im)possibilidade ou «dificuldade» de transmissão], devem ser realizadas até ao momento da celebração do contrato de sociedade (artigo 26.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais).

Em suma, conclui-se pelos argumentos apresentados anteriormente e pela admissibilidade legal (ou omissão desta) que os criptoativos poderão servir como entradas em espécie no capital social.⁵⁰

As entradas em espécie, nomeadamente os criptoativos, estão sujeitas a um relatório de um revisor oficial de contas sem interesses na sociedade (atual ou «futuramente»)⁵¹, de forma a respeitar também os requisitos do artigo 25.º do Código das Sociedades Comerciais.

O artigo 28.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais, afirma que o relatório do revisor deve (i) descrever os bens, indicando que tipo de criptoativo se trata, se é um NFT ou uma criptomoeda, e no caso da segunda deverá indicar qual será essa criptomoeda; (ii) identificar os seus titulares, por estarmos perante bens não sujeitos a registo, o sócio possuidor goza da presunção da titularidade do direito⁵²; (iii) avaliar os bens, indicando os critérios utilizados para a avaliação; e (iv) declarar se os valores encontrados atingem ou não

⁴⁹ Abreu (2021), p. 261.

⁵⁰ No mesmo sentido, Bernardino (2021), p. 58. Mendes (2022), relativamente às entradas em espécie, considera os criptoativos como entrada em espécie. Já Antunes (2021), p. 182, apesar de não aprofundar esta situação, faz uma pequena referência afirmando o seguinte: «a mesma questão, de resto, pode ainda colocar-se, ao menos em via geral e abstrata, a respeito de muitos outros institutos e negócios que envolvam obrigações de entrega de uma “quantia em dinheiro” ou uma “soma pecuniária” (...) entradas em sociedades» (artigo 25.º do Código das Sociedades Comerciais).

⁵¹ Vide artigo 28.º, n.ºs 1 e 2 do Código das Sociedades Comerciais.

⁵² Vide artigo 1268.º do Código Civil.

o valor nominal da parte, quota ou ações atribuídas aos sócios que efetuaram tais entradas. Nem todos os revisores oficiais de contas têm formação ou conhecimentos suficientes para avaliar criptoativos. Não obstante, no caso de haver um erro na avaliação dos criptoativos ou se o valor que foi estimado não corresponder ao valor real devido à volatilidade dos criptoativos (excluindo os *stable tokens*), relativamente à moeda legal em curso (euros)⁵³, o sócio que entrou com criptoativos será o responsável pela diferença.⁵⁴ A alínea e) não será aplicável, por não se enquadrar nos criptoativos.⁵⁵

O n.º 4 do artigo 28.º do Código das Sociedades Comerciais acaba por salvaguardar os outros sócios⁵⁶, no caso de valorização ou desvalorização relevantes deste tipo de ativos, afirmando que o autor do relatório (revisor oficial de contas) deverá informar os fundadores da sociedade de alterações relevantes de valores, ocorridos entre os 90 dias anteriores à celebração do contrato (ou desde a elaboração do relatório) até à celebração do contrato de sociedade.

5. O regulamento MiCA e o futuro dos criptoativos no direito societário

Com a possível aprovação do regulamento MiCA (*Markets in Crypto Assets Regulation*), irá haver uma uniformização na União Europeia relativamente a alguns dos criptoativos. O seu objetivo, certamente, servirá para acautelar certos riscos a fim de proteger os consumidores, e não para contrariar a inovação.

Porém, poderemos estar perante um sonho libertário transformado num pesadelo regulatório⁵⁷, nomeadamente no que toca à

⁵³ Vide artigo 14.º do Código das Sociedades Comerciais.

⁵⁴ Domingues (2021), p. 135.

⁵⁵ Neste sentido, Bernardino (2021), p. 58, afirma que as dificuldades inerentes à natureza desta entrada podem constituir um obstáculo na elaboração do relatório do ROC e, por esse motivo, inviabilizar, na prática, a entrada de uma determinada quantidade de criptomonedas como comparticipação dos sócios apesar de, reiterar-se, não existirem impedimentos legais que obstem à sua admissibilidade.

⁵⁶ Vide artigo 28.º, n.º 5 do Código das Sociedades Comerciais.

⁵⁷ Filippi (2014), p. 11.

obrigatoriedade futura de criar um livro branco com as ofertas públicas de certos criptoativos e também pela criação de uma espécie de «passaporte europeu» para os criptoativos considerados autorizados ou validados pela União Europeia. Este regulamento acaba apenas por regular dois tipos de criptomoedas (*utility tokens* e *stable tokens*) e os NFT, ignorando os *currency tokens*, os *investment tokens* e os *hybrid tokens*.

Quanto aos *utility tokens*, cada vez que uma criptomoeda deste tipo for vendida ou trocada pela entidade emitente, esta terá de enviar um «registo» às autoridades competentes da União Europeia, sendo o seu principal objetivo proteger os consumidores de fraudes. O consumidor terá ainda direito à retratação (artigo 12.º).

Em relação aos *stable tokens*, o seu principal objetivo será limitar a utilização destes como forma de pagamento, através da imposição de taxas.

Acreditamos que os *currency tokens* ficam fora deste regulamento devido ao facto de a União Europeia não querer penalizar os detentores atuais destes criptoativos e, ao mesmo tempo, para não «incentivarem» ainda mais a adoção deste criptoativo, por se tratar de um concorrente direto do euro, deixando os Estados-membros decidirem por si mesmos, e alertando para a perigosidade destas criptomoedas por serem descentralizadas.

O regulamento equipara ainda os *investment tokens* aos *stable tokens*, devido ao facto de estas criptomoedas serem muito pouco aderidas e por terem vindo a perder valor.

No que toca aos *hybrid tokens* deverão ser regulados consoante o fim para que sejam usados, daí não terem sido diretamente regulados.

Por último, em relação aos NFT foi apenas imposto que, no caso de ser possível e efetuada a divisão de um NFT para venda ou troca em partes, estes terão de ser registados e apresentados às autoridades competentes.

Apesar da possibilidade das entradas no capital social das sociedades de capitais com criptoativos se mostrar positiva, ficaremos a aguardar por leis ou decisões jurisprudenciais nacionais, ou ainda por regulamentos europeus mais concretos e abrangentes que consolidem esta questão, pois as críticas ao regulamento MiCA têm sido

em relação à sua inutilidade na prática — não esquecendo que este regulamento tem como principal foco o direito do consumo e não o direito societário.

Relativamente ao futuro dos criptoativos no capital social, deixo a seguinte citação:

Vamos ver maior utilização da *blockchain* noutras áreas do direito. Já vimos que começou no mundo financeiro e passou para o mundo do direito societário. (...) Olhando para o passado e para o presente, temos de concluir que tudo muda muito rapidamente e, portanto, temos a certeza que daqui a 10 anos estaremos a falar de coisas completamente novas. (...) Vamos ter todos que nos adaptar a isso, o direito vai ter de se adaptar.⁵⁸

Referências bibliográficas

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho (2021) *Curso de Direito Comercial — Volume II*, 7.^a Edição. Coimbra. Almedina.
- (2019) *Curso de Direito Comercial — Volume II*, 6.^a Edição. Coimbra. Almedina.
- AMARAL, Paulo Cardoso (2021) *A Magia dos Security Tokens*. Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Portugal. Disponível em: <https://www.ucp.pt/pt-pt/press/paulo-cardoso-do-amaral-magia-dos-security-tokens>.
- ANTUNES, José Engrácia (2021). As criptomonedas. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 81, Lisboa.
- (2021). O impacto das criptomonedas no contexto do sistema financeiro e a sua regulamentação. *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 32, maio–agosto 2021.
- BAYM, Nancy; SWARTZ, Lana; & ALARCON, Andrea (2019). Sonic Publics, Convening Technologies: Blockchain and music industry, *Internacional Journal of Communication*, vol. 13. Disponível em: <https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/8590>.
- BERNARDINO, Filipe Miguel Dinis (2021). *Digitalização nas sociedades comerciais da constituição à responsabilidade dos gestores*. Dissertação de Mestrado. Faculdade da Universidade de Coimbra. Coimbra. Portugal. Disponível em: https://eg.uc.pt/retrieve/224680/dissertacao_digitalizacao_sociedades_filipe_bernardino.pdf
- CARVALHO, Jorge Morais (2021). *Manual de Direito do Consumo*, 7.^a Edição. Coimbra. Almedina.
- CUNHA, Paulo Olavo (2012). *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.^a Edição. Coimbra. Almedina.
- D'ALMEIDA, Rita Guimarães Fialho (2017). *Os acordos parassociais — reflexão dogmática e jurisprudencial*. Tese de doutoramento. Faculdade da Universidade de Coimbra. Coimbra

⁵⁸ Vítor (2020), p. 231.

- Portugal. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/87634/1/Os%20acordos%20parassociais.pdf>
- FILIPPI, Primavera de (2014). *Bitcoin: a regulatory nightmare to a libertarian dream*. Disponível em: <https://www.econstor.eu/handle/10419/213987>
- DOMINGUES, Paulo de Tarso (2021). *O Financiamento Societário pelos Sócios*. Coimbra. Almedina.
- GOFORTH, Carol (2019). *U.S. Law: Crypto is Money, Property, a Commodity, and a Security, all at the Same Time*. University of Arkansas. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3272975
- GÓNZALÉZ, Ibai Puente (2018). Criptomonedas: Naturaleza Jurídica y Riesgos en la Regulación de su Comercialización. *Revista de Derecho del Mercado de valores*, 22.
- HEATH, Christopher; SANDERS, Anselm Kamperman; & MORELAND, Anke (2020). *Intellectual Property Law and the Fourth Industrial Revolution*. EUA. Wolters Kluwer
- LARANJEIRO, Carlos (2000). *Lições de Integração Monetária Europeia*. Coimbra. Almedina.
- NAKAMOTO, Satoshi (2008). *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
- SEGENDORF, Björn (2014). *What is Bitcoin?* Disponível em: [https://www.riksbank.se/globalassets/media/rapporter/pov/filer-fore 2017/artiklar/rap_pov_artikel_4_1400918_eng.pdf](https://www.riksbank.se/globalassets/media/rapporter/pov/filer-fore%202017/artiklar/rap_pov_artikel_4_1400918_eng.pdf)
- VÍTOR, Manuel Santos (2020). Inteligência artificial e contratos. In Manuel Lopes Rocha, *Inteligência Artificial & Direito* (pp. 221–230). Coimbra. Almedina.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT, Corinne (2018). *Developing the right regulatory regime for cryptocurrencies and other value data*. University of Zurich. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3240454.

O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS COMO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS — ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO

MARIANA PINTO DE SOUSA^{*}

1. Noção de serviços de comunicações eletrónicas

Os serviços de comunicações eletrónicas, ínsitos no elenco dos serviços públicos essenciais da LSPE¹ — isto é, dos serviços de interesse geral² —, concernem aos que serão disponibilizados ao

^{*} Mestre em Solicitadoria de Empresa pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Solicitadora estagiária.

¹ Reporta-se à Lei dos Serviços Públicos Essenciais, aprovada pela Lei n.º 23/96, de 26 de julho.

² Defendemos que seja adotada esta designação, de maneira que não se crie qualquer confusão com o conceito de serviço público em sentido subjetivo, pois este traduz-se numa atividade de prestação de um serviço público, cuja responsabilidade incumbe à Administração Pública, no exercício da sua atividade profissional [Gonçalves (1999), pp. 30, 36], ao passo que os serviços de interesse geral definem-se por serem imprescindíveis na vida, saúde e participação social de cada ser humano, dado terem como objetivo primordial a satisfação das principais necessidades (económicas, sociais ou culturais) de tal sujeito, sendo que os mesmos serão prestados por entidades públicas ou privadas [Gouveia (2001), pp. 17-18, 21], ainda que prossigam obrigações próprias de serviço público [Frota (2017), p. 175]. A este propósito, Gouveia (2001), p. 24, admite que os serviços de interesse geral são aqueles que se encontram plasmados na LSPE, sendo a distinção entre serviços públicos essenciais e serviços de interesse geral «meramente formal». A este respeito, a opção pela denominação de «serviços de interesse geral», em detrimento de «serviços públicos essenciais» é apoiada por Almeida (2002), p. 139; Antunes (2019), p. 200; Cardoso (2010), pp. 52, 137; Carvalho (2022), p. 160; Falcão (2018), pp. 13-14, 73; Frota (2017), p. 174; Simões & Almeida (2012), pp. 13, 14, 71. Refira-se ainda que a União Europeia também adota a designação de «serviços

utente³, através de redes de comunicações eletrónicas que incluem, «com a exceção de serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações eletrónicas», os serviços de acesso à Internet, de comunicações interpessoais, e os «que consistem total ou parcialmente no envio de sinais, incluindo os serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina e para a radiodifusão», desde que, para isso, haja uma contrapartida a pagar pelo utente, sempre que o serviço seja prestado [artigo 3.º, al. ss), da LCE]⁴. Perante esta noção, a título exemplificativo, podemos referir que o prestador de serviço terá a possibilidade de fornecer à contraparte os serviços de telefone fixo ou móvel, Internet fixa ou móvel ou televisão por subscrição⁵.

2. Celebração do contrato

De maneira que o utente possa beneficiar da prestação dos serviços de comunicações eletrónicas por parte do prestador de serviço⁶

de interesse geral»; *cf.*, neste sentido, União Europeia (sem data). *Serviços de interesse geral*. Disponível em https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_pt.

³ Nos termos do artigo 1.º, n.º 3, da LSPE, o utente caracteriza-se como a «pessoa singular ou coletiva a quem o prestador de serviço se obriga a prestá-lo». Neste sentido, poderemos afirmar que a figura de utente é mais ampla do que a de consumidor (artigo 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor), uma vez que diversas categorias de pessoas poderão ser utentes, como é o caso do pequeno consumidor, da pequena e média empresa, da grande multinacional, da autarquia local, do Estado central [Cordeiro (2001), p. 770], dos advogados, dos médicos ou dos engenheiros [Simões & Almeida (2012), p. 51].

⁴ Respeita à Lei das Comunicações Eletrónicas, aprovada pela Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto.

⁵ *Cf.* ANACOM — Portal do Consumidor (sem data). *Glossário: Comunicações eletrónicas*. Disponível em <https://www.anacom-consumidor.pt/-/servico-de-comunicacoes-eletronicas>; Cardoso (2010), p. 103; Frota (2017), p. 220; Simões & Almeida (2012), pp. 38, 85, 133.

⁶ À luz do exposto no artigo 1.º, n.º 4, da LSPE, o prestador de serviço reporta-se a uma entidade pública ou privada, sem relevância da sua natureza jurídica, do título que o pratique ou, ainda, da existência de um contrato de concessão, que preste ao utente os serviços indicados no n.º 2 do predito artigo. Desta forma, no que toca às entidades públicas, Pedro Falcão (2018), pp. 17, 77, menciona que os serviços públicos essenciais poderão ser assegurados, por exemplo, pelos municípios em prestação direta do serviço ou por empresas municipais; por outro lado, no que concerne às entidades privadas, os serviços contemplados na LSPE serão prestados por Sociedades Anónimas ou por Sociedades por Quotas.

escolhido por si, é crucial a celebração de um contrato entre estes sujeitos contratuais (artigo 120.º, n.º 1, da LCE). A este propósito, o predito artigo da LCE e os artigos 4.º, 5.º, 6.º e 9.º do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro⁷, concedem três formas para que tal seja possível — através de contacto telefónico, «porta a porta» e no estabelecimento comercial —, desde que sejam respeitados os requisitos exigidos nas modalidades mencionadas e que se cumpram os deveres de comunicação [artigos 5.º, 8.º, als. *a*), *c*) e *d*), e 9.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (RJCCG)] e de informação e esclarecimento (artigos 4.º, n.º 1, da LSPE e 6.º, n.º 2, do RJCCG) impostos ao prestador de serviço.

2.1. Contacto telefónico

O meio mais comum para celebrar o referido contrato é mediante contacto telefónico, modalidade que se enquadra na temática dos contratos celebrados à distância [artigo 3.º, al. *h*), do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro] e que implica que o prestador de serviço disponibilize ao utente consumidor, previamente à celebração do contrato, um conjunto de informações, em tempo útil e de uma maneira clara, exhaustiva, compreensível, atualizada e legível [artigos 4.º, n.º 1, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, e 8.º, n.º 1, da LDC, e dos Anexos I e III, da LCE (artigos 116.º, n.º 1, e 120.º, n.ºs 2 a 5, da mencionada Lei)] e, bem assim, um resumo do contrato (artigo 120.º, n.ºs 6 a 9, da LCE). Assim, tais indicações integrarão o conteúdo indispensável para que o aludido contrato seja aplicado (artigos 4.º, n.º 4, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, e 120.º, n.º 10, da LCE) e corresponderão ao cumprimento do princípio da boa-fé⁸ pelo prestador de serviço (artigos 3.º da LSPE e 227.º do CC⁹).

⁷ Diploma que regula os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial.

⁸ No âmbito dos serviços públicos essenciais, salienta-se a boa-fé objetiva que se prende por uma atuação honesta, correta e leal por parte dos sujeitos contratuais, constituindo, assim, este comportamento o respeito pelas regras de conduta que estão adstritas às partes do contrato [Pinto, Monteiro, & Pinto (2020), p. 125]. *Cf.*, no mesmo sentido, Costa (2016), p. 119; Leitão (2018a), p. 54.

⁹ Concerne ao Código Civil.

Acresce que quando o prestador de serviço comunicar as informações que integrarão o conteúdo contratual, de um modo claro e compreensível, terá de respeitar sempre o meio de comunicação à distância usado (artigo 5.º, n.º 1, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro), ou seja, sabendo que o contrato será celebrado por contacto telefónico, não poderão ser transmitidas demasiadas informações num período de tempo relativamente curto¹⁰, tendo de ser assegurados os «princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas incapazes, em especial dos menores»¹¹.

Além do exposto, sendo a vontade da celebração do contrato do prestador de serviço, o utente consumidor somente ficará vinculado ao mesmo se o assinar ou se enviar o seu consentimento por escrito (artigo 5.º, n.º 8, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro). Por outro lado, sempre que o utente consumidor manifeste a sua intenção de celebrar o contrato em estudo, «de modo inequívoco», e não quando contactar o prestador de serviço «a denunciar, por exemplo, uma avaria»¹², dentro de cinco dias a contar de tal celebração ou antes do começo do fornecimento do serviço, a empresa prestadora confirmará a celebração do contrato, através de um suporte duradouro¹³ (artigo 6.º, n.º 1, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro), devendo entregar ao utente consumidor todas as informações pré-contratuais, a não ser que estas já tenham sido prestadas, «em suporte duradouro, antes da celebração do contrato» (artigo 6.º, n.º 2, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro). Com efeito, perfilhando a posição de

¹⁰ Carvalho & Ferreira (2014), p. 70.

¹¹ Relativamente à proteção de menores, conforme resulta do considerando (34) da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, quando o prestador de serviço informar a contraparte de todas as informações que farão parte do contrato, será crucial que tenha em atenção «as necessidades específicas dos [utentes] consumidores que sejam particularmente vulneráveis, devido a uma enfermidade mental, física ou psicológica, idade ou credulidade, de uma forma que se poderá razoavelmente esperar que seja prevista pelo profissional».

¹² Frota (2017), p. 239.

¹³ Sobre a noção de suporte duradouro, *cf.* o artigo 3.º, al. v), do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro. Para maiores desenvolvimentos acerca desta definição, *cf.* Carvalho (2022), pp. 336, 337; Carvalho & Ferreira (2014), pp. 48, 49.

David Falcão¹⁴, apesar de o utente consumidor beneficiar do exercício do direito de livre resolução¹⁵ (também conhecido por direito de arrependimento¹⁶ ou direito de retratação¹⁷), previsto no artigo 10.º do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, quando não tenha conhecimento atempado das aludidas informações, a verdade é que existe um «enorme contrassenso» entre os artigos 6.º e 4.º, n.º 1, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, pois o primeiro preceito legal obriga o prestador de serviço a disponibilizar ao utente consumidor as informações pré-contratuais depois da celebração do contrato, quando estas não lhe tenham sido entregues antes do surgimento do mesmo, ao passo que o artigo 4.º, n.º 1, refere que as mencionadas informações terão de lhe ser comunicadas em tempo útil, para que as possa analisar. Deste modo, para que o utente consumidor fique vinculado ao contrato, defendemos que sejam adotadas as mesmas formalidades que se observam quando a iniciativa da celebração do contrato seja do prestador de serviço.

Celebrado o contrato em apreço, o prestador de serviço começará a fornecer os serviços solicitados pelo utente consumidor, à luz do exposto no artigo 19.º do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.

2.2. «Porta a porta» (domicílio do utente consumidor)

O contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas também se poderá formar «porta a porta», ou seja, assumir-se-á a modalidade de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial [artigo 3.º, al. i), do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro]. Nesta sede, destacar-se-á o local onde o prestador de serviço se desloque para a celebração

¹⁴ Falcão (2019), p. 128.

¹⁵ A resolução mencionada exige que seja indicada alguma razão justificativa para o exercício desse direito pela parte lesada (artigos 432.º, n.º 1, e 801.º do CC). Justamente por este motivo e por o direito de arrependimento ser imotivado, considera-se que a designação legal de direito de livre resolução não é rigorosa.

¹⁶ Neste sentido, *cf.* Almeida (2005), p. 105; Carvalho (2020), p. 288; Carvalho & Ferreira, (2014), p. 99.

¹⁷ A respeito da adoção da designação de direito de retratação, *cf.* Frota (2011), p. 37; Frota (sem data); Loureiro (2015), pp. 127-128.

de um futuro contrato, como, por exemplo, no domicílio habitual do consumidor (artigo 82.º do CC), de um amigo ou familiar, num hotel, mas não o facto de o utente consumidor estar na sua habitação¹⁸, pelo que se poderá afirmar que estamos perante um conceito amplo de domicílio¹⁹.

No entanto, para que o contrato em estudo possa ser celebrado, será imprescindível que sejam disponibilizadas ao utente consumidor todas as informações pré-contratuais presentes nos artigos 4.º, n.º 1, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, e 8.º, n.º 1, da LDC, e nos Anexos I e III, da LCE (artigos 116.º, n.º 1, e 120.º, n.ºs 2 a 5, do predito diploma legal)²⁰, em papel ou em outro suporte duradouro, na eventualidade de este manifestar a sua concordância (artigo 4.º, n.º 6, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro), devendo também ter acesso a um resumo do contrato (artigo 120.º, n.ºs 6 a 9, da LCE), tal como indicámos na modalidade anterior.

Depois de o utente consumidor ter o conhecimento efetivo de tais informações, para que se possa estabelecer uma relação contratual entre as partes contratuais, de acordo com o artigo 9.º, n.º 1, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, o contrato em apreço celebrar-se-á de maneira clara e compreensível, por escrito, em português, com referência às supracitadas informações pré-contratuais, sendo que a falta desta forma fará com que o contrato seja nulo por vício de forma (artigo 220.º do CC)²¹. Acrescenta o artigo 9.º, n.º 2, do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que terá de ser entregue ao utente consumidor uma cópia do contrato devidamente assinado pelos sujeitos contratuais, ou a confirmação do supramencionado contrato em papel, ou em alternativa, e caso o utente consumidor consinta, num outro suporte duradouro.

¹⁸ Carvalho & Ferreira (2014), p. 40. Em sentido semelhante, *cf.* Carvalho (2022), p. 311.

¹⁹ Antunes (2019), p. 168.

²⁰ Sobre o modo como deverão ser transmitidas as supramencionadas informações pré-contratuais, *cf.* o ponto anterior relativo ao contrato celebrado por contacto telefónico.

²¹ A título exemplificativo sobre a omissão de informações pré-contratuais do formulário de adesão, *cf.* as Sentenças do CICAP, de 24 de maio de 2016, processo n.º 648/2016, juíza-árbitra Sandra Passinhas; e de 24 de maio de 2016, processo n.º 21/2016 TAC GAIA, juíza-árbitra Sandra Passinhas. Disponíveis em www.cicap.pt.

2.3. Estabelecimento comercial

Refira-se ainda que este contrato poderá ser celebrado no estabelecimento comercial do prestador de serviço que, à luz do exposto no artigo 3.º, al. *m*), do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, concerne a «quaisquer instalações imóveis de venda a retalho, onde o fornecedor de bens ou prestador de serviços exerça a sua atividade de forma permanente, ou quaisquer instalações móveis de venda a retalho onde o fornecedor de bens ou prestador de serviços exerça a sua atividade de forma habitual», como, por exemplo, lojas, bancas, camiões, *stands* das feiras [considerando (22) da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011].

Ora, de maneira que se possa estabelecer uma relação contratual entre o prestador de serviço e o utente, será indispensável que haja um contrato escrito que contenha, de um modo claro, exaustivo, atualizado e legível, as informações previstas no artigo 8.º, n.º 1, da LDC, e no Anexo III da LCE (artigo 120.º, n.ºs 1 a 5, deste diploma legal)²². À semelhança do que sucede nas possibilidades de celebração do contrato abordadas *supra*, o utente deverá receber do prestador de serviço um resumo do contrato, antes de o contrato ser celebrado (artigo 120.º, n.ºs 6 a 9, da LCE).

3. Duração do contrato (período de fidelização)

3.1. Noção de período de fidelização

Qualquer contrato de prestação de serviço de comunicações eletrónicas terá de conter uma cláusula contratual geral²³ com a indicação da sua duração [artigos 116.º, n.º 1, e Anexo I, e 120.º, n.ºs 2 e 6, al. *d*), e Anexo III, da LCE], ou seja, haverá a menção a um período de fide-

²² A este propósito, Jorge Morais Carvalho ainda que a respeito da revogada LCE (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro), indica que o contrato deverá ser reduzido a escrito, pois «a inclusão de certos elementos pressupõe um documento, um suporte que contenha essa informação, correspondente ao conteúdo do contrato.» Carvalho (2020), p. 389.

²³ Nesta sede, Jorge Morais Carvalho, afirma que o período de fidelização «produz efeitos se estiver inserido numa cláusula de um contrato, tratando-se, em regra, de uma cláusula contratual geral, que não pode ser negociada pelo aderente», pelo que o referido período terá «fonte contratual (e não legal)». *Cf.*, igualmente, Carvalho, J. M. (2016), p. 334.

zação que corresponde ao «período durante o qual o utilizador final [designamo-lo de utente] se compromete a não cancelar um contrato ou a não alterar as condições acordadas» [(artigo 3.º, al. *ee*), da LCE].

Perante a definição apresentada, depreende-se que qualquer utente fica vinculado ao período de fidelização, o que não sucedia com a noção dada pelo artigo 3.º, alínea *m*), da revogada Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (antiga LCE), pois apenas impunha ao utente consumidor a obrigatoriedade de estar «preso» a tal período de fidelização, enquanto o utente não consumidor só estaria vinculado a ele através do DL n.º 56/2010, de 1 de junho.

3.2. Conteúdo da cláusula de fidelização

A cláusula contratual geral respeitante ao período de fidelização terá de fazer referência às informações constantes do artigo 131.º, n.º 4, e do Anexo III, parte A, n.º 3, da LCE, devendo o prestador de serviço transmiti-las, de um modo claro e perceptível, e num suporte duradouro ou num outro «documento facilmente descarregável disponibilizado pela empresa» (artigo 120.º, n.º 2, da LCE).

Além do mais, quando exista uma cláusula contratual geral que se refira ao montante indemnizatório a pagar pelo utente, em caso de término antecipado do contrato, importa que a mesma não seja desproporcionada, sob pena de ser nula [artigos 19.º, al. *c*), e 12.º do RJCCG]. Neste sentido, a cláusula penal não será desproporcionada se, além de exigir o pagamento das prestações vincendas, calculadas nos termos do artigo 136.º, n.º 4, alínea *b*), da LCE, tiver em consideração as vantagens conferidas ao utente [artigos 136.º, n.º 4, al. *a*), e 131.º, n.º 4, da LCE], em virtude do período de fidelização escolhido²⁴, sendo que, no caso particular da subsidiação de equipamentos, respeitar-se-ão os montantes expostos no artigo 139.º da LCE, por aplicação do artigo 136.º, n.º 5, da LCE. Assim sendo, será desproporcionada a cláusula penal que contemplar que a indemnização

²⁴ A título exemplificativo, *cf.* os Acs. do TRL, de 22 de junho de 2016, processo n.º 338-14.0TVLSB.L1-2, relator Maria José Mouro; e de 27 de maio de 2010, processo n.º 4294/06.0YXLSB.L1-2, relator Neto Neves. Disponíveis em <https://www.dgsi.pt>.

respeitará somente ao valor das prestações que não serão pagas, devido à cessação antecipada do contrato.²⁵

3.3. Duração do período de fidelização

O período de fidelização poderá durar vinte e quatro, doze ou seis meses (artigos 131.º, n.ºs 2 e 3, da LCE, e 4.º do DL n.º 56/2010, de 01 de junho), tendo o utente a oportunidade de escolher que o contrato que pretende celebrar não contenha o supracitado período (artigo 131.º, n.º 1, da LCE). Para que tal suceda, de acordo com o artigo 131.º, n.º 2, da LCE, nos contratos que contenham um período de fidelização, tendo em atenção cada vantagem que seja atribuída ao utente, importa que o prestador de serviço publicite «a relação entre custo e benefício associada às diferentes ofertas comerciais», de um modo acessível.

Não obstante, o período de fidelização de vinte e quatro meses (o mais usado, frequentemente) é extremamente excessivo para o utente, uma vez que acabará por condicionar, de forma prolongada, a sua liberdade de escolher um prestador de serviço diferente que ofereça outras condições que melhor satisfaçam os seus interesses. Contudo, apesar de o artigo 131.º da LCE conferir ao utente a possibilidade de celebrar um contrato com uma fidelização de seis ou doze meses (n.º 2) ou sem qualquer fidelização (n.º 1), a verdade é que os prestadores de serviço aplicam preços não acessíveis à grande maioria dos utentes consumidores²⁶ e/ou não consumidores²⁷, desrespeitando, desta forma, o princípio da universalidade (ou princípio da acessibilidade) — consiste no facto de um determinado sujeito poder beneficiar da prestação de qualquer serviço público essencial

²⁵ A este propósito, cf. os Acs. do TRL, de 08 de junho de 2017, processo n.º 29207-15.4YIPRT.L1-6, relator Maria Teresa Pardal; e do TRP, de 07 de maio de 2015, processo n.º 134839/12.3YIPRT. P1, relator Leonel Seródio. Disponíveis em <https://www.dgsi.pt>.

²⁶ A este respeito, cf. NOS (s. d.). *Pacotes fibra e pacotes satélite*. Disponível em: <https://www.nos.pt/particulares/pacotes/todos-os-pacotes/Paginas/precario.aspx>; Vodafone (2022). *Pacotes de fibra com outros períodos de fidelização*. Disponível em: <https://www.vodafone.pt/content/dam/digital-sites/downloads/docs/fixo/detalhes-pacotes-condicoes-periodos-fidelizacao.pdf>.

²⁷ Neste sentido, v. Vodafone (2022). *Pacotes para Empresas. Períodos de fidelização (24m, 12m, 6m, 0m)*. Disponível em: <https://www.vodafone.pt/content/dam/digital-sites/downloads/docs/fixo/tv-net-voz-periodos-contratuais.pdf>.

quando o mesmo for fornecido no local indicado ao prestador de serviço, tendo este, ainda, a obrigação de praticar preços acessíveis e, bem assim, de não discriminar quem lhe solicite o serviço, em função de o utente padecer de alguma deficiência, da sua idade ou da educação recebida²⁸.

Assim sendo, entendemos que o período de fidelização deverá ter uma duração máxima de seis ou doze meses, continuando o utente a beneficiar das vantagens reguladas no artigo 131.º, n.º 4, da LCE, por forma a assegurar-se o respeito pelo princípio da universalidade e pela consagração do direito de acesso à Internet como um direito humano.

De qualquer modo, num contrato que contenha algum período de fidelização, se estiver consagrada a sua prorrogação automática, antes de a mesma se iniciar, segundo o artigo 132.º, n.º 2, da LCE, o prestador de serviço informará o utente «sobre a data de fim do período de fidelização, os meios disponíveis para denunciar o contrato e os melhores preços aplicáveis aos seus serviços»²⁹, de uma maneira clara, atempada e num suporte duradouro. Por outro lado, à luz do exposto no n.º 1 do predito artigo, em qualquer momento, e com uma antecedência máxima de um mês, o utente terá a faculdade de denunciar³⁰ o contrato, «sem incorrer em quaisquer custos, exceto os relativos à utilização do serviço durante o período do pré-aviso», quando a prorrogação automática do contrato terminar. Refira-se, ainda, que, conforme resulta do artigo 134.º da LCE, sempre que se verifique alguma situação de alteração de circunstâncias³¹, dever-se-á atender ao que consta no artigo 437.º do CC.

²⁸ Cf., a este respeito, Comissão das Comunidades Europeias (2003), pp. 16–18, 37–39, 41, 43.

²⁹ Refira-se que, nos termos do artigo 132.º, n.º 3, da LCE, o utente será informado pelo prestador de serviço dos «melhores preços praticados», uma vez por ano, no mínimo.

³⁰ A denúncia concerne à «faculdade existente na titularidade de um contratante de, mediante mera declaração, fazer cessar uma relação contratual ou obrigacional em sentido amplo, a que está vinculado, emergente de um contrato bilateral ou plurilateral» [Pinto, Monteiro, & Pinto (2020), p. 631], não sendo necessário algum motivo para que a mesma seja aplicada [Leitão (2018b), p. 105].

³¹ Para que haja uma alteração de circunstâncias, será crucial que estejam preenchidos determinados pressupostos, contemplados nos artigos 437.º e 438.º do CC: existência de

3.4. Incumprimento do contrato durante o período de fidelização pelos sujeitos contratuais

Tendo em consideração que a duração do contrato será um elemento crucial constante do mesmo e que terá de ser cumprido pelos sujeitos contratuais (artigo 406.º do CC), há que referir as consequências que advirão do seu incumprimento durante o período de fidelização, seja pelo prestador de serviço, seja pelo utente.

3.4.1. Pelo prestador de serviço

O incumprimento do contrato pelo prestador de serviço verificar-se-á quando este não prestar os serviços com a devida qualidade³² (artigo 130.º da LCE)³³; os serviços em causa não forem

uma alteração anormal relativa aos motivos que levaram as partes a contratar determinado serviço público essencial, que o princípio da boa-fé seja de tal forma grave que impossibilite o utente (parte lesada) de cumprir os contratos assinados pelas partes e, bem assim, que o utente não se encontre numa situação de mora no momento em que se verificar qualquer alteração de circunstâncias. Para um desenvolvimento mais pormenorizado sobre a alteração de circunstâncias, *cf.* Leitão (2018b), pp. 136–142.

³² Durante a prestação do contrato em apreço, o prestador de serviço obrigará-se a cumprir o princípio da qualidade, também denominado de princípio do bom funcionamento [Monteiro (2000), p. 343]. Nesta sede, depreende-se pelo artigo 7.º da LSPE que o prestador de serviço assegurará o fornecimento dos serviços públicos essenciais, desde que sejam respeitados os elevados padrões de qualidade exigidos pelo utente, que poderão incidir sobre a qualidade dos bens e serviços fornecidos, o atendimento prestado ao utente, a formação dos profissionais e, também, a qualidade dos técnicos, conforme apontam Almeida (2002), pp. 132, 133; Frota (2017), p. 182; e Gouveia (2001), pp. 29, 30. Relativamente à aplicação deste princípio às comunicações eletrónicas, *cf.* os artigos 113.º, n.º 1, al. d), 117.º, e Anexo II, da LCE.

³³ *Cf.* o Ac. do TRG, de 09 de junho de 2016, processo n.º 39226/14.2YIPRT.G1, relator Anabela Teixeira; e do TRP, de 26 de maio de 2015, processo n.º 169640/13.8YIPRT.P1, relator José Diogo Fernandes, disponíveis em <https://www.dgsi.pt>. As Sentenças do CICAP, de 31 de julho de 2018, processo n.º 3363/2017, juiz-árbitro Paulo Duarte; de 14 de fevereiro de 2017, processo n.º 1929/2016 TAC Porto, juiz-árbitro Sara Lopes Ferreira; de 3 de novembro de 2016, processo n.º 935/2016, juiz-árbitro Sandra Passinhas; de 04 de junho de 2016, processo n.º 2016/2015, juiz-árbitro Paulo Duarte, disponíveis em <https://www.cicap.pt>; do CNIACC, de 03 de outubro de 2019, processo n.º 273/2019, árbitro Pedro Areia; de 17 de maio de 2019, processo n.º 1782/2018, árbitro Alexandre Maciel; de 17 de maio de 2019, processo n.º 1078/2018, árbitro Alexandre Maciel, de 17 de outubro de 2017, árbitro Jorge Morais Carvalho; de 09 de outubro de 2015, árbitro Jorge Morais Carvalho; 04 de junho de 2015, processo n.º 78/2015; árbitro Jorge Morais Carvalho, de 28 de abril de 2015, árbitro Jorge Morais Carvalho; de 12 de março de 2015, árbitro Jorge Morais Carvalho, disponíveis em <https://www.cniacc.pt>.

fornecidos³⁴; os mesmos forem interrompidos injustificadamente^{35/36}; ou quando estejam indisponíveis por um período superior a vinte e quatro horas (artigo 129.º, n.º 5, da LCE).

Neste sentido, caso se verifique a presença de alguma das situações descritas, o utente poderá resolver o contrato sem ter de pagar qualquer indemnização ao prestador de serviço, por não ficar vinculado ao contrato até ao término do período de fidelização³⁷.

3.4.2. Pelo utente

Por outro lado, haverá incumprimento do contrato pelo utente sempre que este o denuncie antes do fim do período de fidelização³⁸, ou quando não tiver cumprido integralmente a obrigação a que se encontrava adstrito (pagamento dos serviços contratados) e, por esse motivo, o prestador de serviço resolva o contrato^{39/40}. Assim, caso ocorra alguma destas situações, o utente ver-se-á obrigado a indemnizar o prestador de serviço por desrespeitar o período de fidelização indicado no contrato celebrado.

³⁴ Ver a Sentença do CNIACC, de 17 de maio de 2019, processo n.º 1078/2018, árbitro Alexandre Maciel. Disponível em <https://www.cniacc.pt>.

³⁵ Cf. As Sentenças do CICAP, de 04 de junho de 2016, processo n.º 2499/2015, juiz-árbitro Paulo Duarte, disponível em <https://www.cicap.pt>, consultada pela última vez a 06 de junho de 2021; e do CNIACC, de 20 de outubro de 2016, árbitro Jorge Morais Carvalho, disponível em <https://www.cniacc.pt>.

³⁶ Carvalho (2022), p. 277.

³⁷ A este respeito, cf. o Ac. do TRG, de 09 de junho de 2016, processo n.º 39226/14.2YIPRT.G1, relator Anabela Teixeira; e as Sentenças do JP de Lisboa, processo n.º 179/2013-JP, relator João Chumbinho; e do JP do Porto, de 11 de abril de 2014, processo n.º 582/2013-JP, relator Luís Filipe Guerra. Disponíveis em <https://www.dgsi>. Cf., também, o artigo 129.º, n.º 5, da LCE.

³⁸ Sobre a denúncia de um contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, cf. o artigo 136.º da LCE. Acrescente-se que a referida denúncia poderá ser feita, através da plataforma eletrónica, disponível em <https://www.cessacaodecontratos.pt/>, gerida pela Direção-Geral do Consumidor (artigo 138.º, n.º 5, da LCE).

³⁹ Carvalho (2022), p. 279.

⁴⁰ A título ilustrativo, sobre o incumprimento do pagamento dos serviços prestados, cf. os Acs. do TRL, de 20 de junho de 2011, processo n.º 1410/08.0TJLSB.L1-7, relator Luís Lameiras; e de 27 de maio de 2010, processo n.º 4294/06.0YXLSB.L1-2, relator Neto Neves; e do TRP, de 10 de novembro de 2015, processo n.º 170314/13.5YIPRT.P1, relator José Igreja Matos. Disponíveis em <https://www.dgsi.pt>.

Todavia, apesar de o utente incumprir o período de fidelização contratado, poderá resolver o contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas sem pagar qualquer indemnização ao prestador de serviço, conforme as diretrizes do artigo 133.º, n.ºs 2 e 5, da LCE⁴¹, sempre que se verifique alguma das situações de alterações de circunstâncias expostas no artigo 133.º, n.º 1, da LCE, a saber: alteração de morada, se o prestador de serviço não puder assegurar o fornecimento do serviço na nova morada do utente [al. *a*)]; emigração [al. *b*)]; desemprego [al. *c*)]⁴²; e incapacidade para o trabalho (permanente ou temporária), de duração superior a 60 dias, nomeadamente em caso de doença, que implique a perda do rendimento mensal disponível do utente consumidor [al. *d*)]. Pese embora esta resolução não implique que o utente indemne a contraparte, caso pretenda conservar algum equipamento terminal subsidiado ver-se-á obrigado a pagar alguma indemnização que não poderá ultrapassar os montantes contemplados no artigo 139.º, n.ºs 2 e 3, da LCE, «devendo, nesse caso, qualquer restrição à utilização do equipamento terminal noutras redes ser levantada gratuitamente pela empresa, o mais tardar no momento do respetivo pagamento» (artigo 138.º, n.ºs 1 e 2, da LCE).

Não obstante, expõe o artigo 134.º da LCE que se deverá atender ao regulamentado no artigo 437.º do CC, norma que criticamos,

⁴¹ Posteriormente, o utente terá a oportunidade de exercer o seu direito de resolução contratual na plataforma eletrónica, gerida pela Direção-Geral do Consumidor (artigo 138.º, n.º 5, da LCE; e preâmbulo da Portaria n.º 294/2022, de 28 de novembro).

⁴² A solução prevista para as situações descritas nas als. *a*) a *c*) é favorável para o utente, pois a revogada LCE não consagrava esta possibilidade. Com efeito, se o utente se encontrasse em alguma das hipóteses mencionadas, teria de se socorrer do exposto no artigo 437.º do CC, dispositivo legal que não o protegia totalmente, visto ter de indemnizar o prestador de serviço por terminar o contrato antecipadamente ou pagar algum serviço que não lhe poderia ser prestado na antiga morada, por esta impossibilidade ser imputável ao prestador de serviço e nunca à contraparte, o que, em situações de alteração de morada ou de emigração relativas ao utente consumidor, contrariava os artigos 60.º, n.º 1, da CRP, e 9.º, n.º 4, da LDC. Refira-se ainda que, tratando-se de uma situação de desemprego, o supracitado artigo do CC desprotegia o utente consumidor, uma vez que, certamente, teria dificuldades em suportar o pagamento das restantes prestações de um contrato celebrado com período de fidelização ou em indemnizar a contraparte por cessação antecipada do mesmo, em virtude de ficar com os seus rendimentos reduzidos.

uma vez que permitirá que o prestador de serviço recuse a resolução do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas pedida pelo utente, aceitando apenas a sua modificação que poderá, contudo, não se adequar às necessidades deste.

Além do mais, segundo o artigo 137.º, n.º 5, da LCE, o utente não indemnizará o prestador de serviço se optar pela caducidade⁴³ do contrato celebrado⁴⁴, por ter pedido a sua suspensão, quando esteja em causa alguma hipótese do n.º 1 do artigo mencionado.

4. Pagamento do preço

O utente terá direito, em cada mês, a receber uma fatura com a indicação detalhada dos serviços fornecidos e respetivas tarifas (artigos 9.º, n.ºs 1 e 2, da LSPE, e 122.º, n.ºs 1 e 4, da LCE⁴⁵), desde que haja um pedido expresso da contraparte e que sejam respeitados os direitos à privacidade e ao sigilo das suas comunicações⁴⁶ [artigos 9.º, n.º 3, da LSPE, 113.º, n.º 1, al. g), e 122.º, n.º 3, da LCE), de maneira gratuita, em papel ou eletronicamente, «consoante o meio por ele escolhido»⁴⁷

⁴³ Acerca da noção de caducidade, cf. o artigo 298.º, n.º 2, do CC.

⁴⁴ Indique-se que o utente consumidor, numa segunda fase, também poderá recorrer à plataforma eletrónica, gerida pela Direção-Geral do Consumidor, para cessar o contrato celebrado por caducidade (artigo 138.º, n.º 5, da LCE, e preâmbulo da Portaria n.º 294/2022, de 28 de novembro).

⁴⁵ Quanto à faturação dos serviços *Wap Billing*, cf. o artigo 125.º da LCE. Neste sentido, importa esclarecer que os serviços *Wap Billing*, de acordo com o glossário da ANACOM — Portal do Consumidor, disponível em <https://www.anacom-consumidor.pt/-/wap-billi-1>, reportam-se a um «mecanismo que permite ao [utente] consumidor adquirir conteúdos, através de páginas WAP (*Wireless Application Protocol*), que serão cobrados na fatura ou descontados no saldo, se estiverem em causa serviços pré-pagos», isto é, tratam-se de «toques, jogos, concursos, muitas vezes adquiridos ou subscritos inadvertidamente na Internet»; cf., a este respeito, ANACOM — Portal do Consumidor (s.d). *O que há de novo sobre cobrança de bens e serviços de terceiros*. Disponível em <https://www.anacom-consumidor.pt/-/livro-de-reclamaco-4?inheritRedirect=true>.

⁴⁶ Para que haja uma conciliação destes direitos, os artigos 113.º, n.º 1, al. g), da LCE, e 8.º, n.º 1, da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, concedem ao utente a faculdade de não lhe ser enviada uma fatura detalhada. Todavia, caso o utente pretenda receber uma fatura detalhada, terão de ser respeitadas as regras dos artigos 8.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, e 122.º, n.º 6, da LCE.

⁴⁷ A este respeito, salvo nas situações em que o utente não tenha meios próprios para poder aceder à fatura eletrónica ou não possua conhecimentos informáticos que lhe permitam tal consulta, caso em que a mesma ser-lhe-á enviada em papel, o utente, regra geral, poderá

(artigo 122.º, n.º 2, da LCE), num prazo mínimo de dez dias úteis (artigo 10.º, n.º 3, da LSPE), acrescidos dos três dias dos serviços postais⁴⁸. Recebida a supramencionada fatura, o utente terá dez dias úteis para poder proceder ao pagamento dos serviços prestados^{49/50}. Não obstante o pagamento do preço constituir um dever do utente, a LSPE permite que o preço a pagar prescreva e caduque.

4.1. Prescrição

À luz dos termos do artigo 10.º, n.º 1, da LSPE, estaremos diante de uma prescrição extintiva⁵¹ se, depois de os serviços contratados serem fornecidos ao utente, o prestador de serviço não exigir o respetivo pagamento, por mera apresentação da fatura, através de uma ação ou de injunção⁵² (artigo 10.º, n.º 4, da LSPE). Ora, será a partir desta inércia por parte do prestador de serviço que se iniciará a prescrição (artigo 306.º, n.º 1, do CC).

4.1.1. Procedimento da prescrição

Findo o supracitado prazo de seis meses, se o prestador de serviço interpelar o utente para pagar determinado montante em dívida, nos moldes indicados acima, e este considerar que não deverá satisfazer

escolher de que maneira querará receber a fatura detalhada, pese embora a fatura eletrónica seja mais económica e confira uma maior proteção do ambiente, conforme decorre do artigo 66.º da CRP [Carvalho (2022), pp. 517, 518]. Refira-se que o autor toma esta posição relativamente ao direito à faturação detalhada, previsto no artigo 9.º da LSPE. Contudo, entendemos que este argumento também fará sentido no que concerne à possibilidade que o utente tem de optar por receber uma fatura detalhada.

⁴⁸ Simões & Almeida (2012), p. 203. Em sentido análogo, *cf.* Dinis, (2013), p. 243.

⁴⁹ *Cf.* o artigo 10.º, n.º 3, da LSPE, e Simões & Almeida (2012), p. 203.

⁵⁰ Conforme resulta do artigo 224.º, n.º 1, do CC, «a declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida (...)».

⁵¹ Nos termos do artigo 298.º, n.º 1, do CC, haverá uma prescrição extintiva quando determinada pessoa deixar de exercer o seu direito «durante o lapso de tempo estabelecido na lei».

⁵² Acerca da noção de injunção, *cf.* o artigo 7.º do Anexo do DL n.º 269/98, de 01 de setembro (diploma que consagra os procedimentos para cumprimento de obrigações pecuniárias de contratos com um valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância).

tal pretensão, invocará a prescrição (artigo 303.º do CC⁵³), do mesmo modo em que receberá a comunicação do prestador de serviço. A este respeito, se o utente for avisado de que terá de pagar uma dívida prescrita, através de uma ação ou injunção⁵⁴, ocorrerá a interrupção da prescrição a partir do momento em que este for citado ou notificado da vontade do prestador de serviço (artigo 323.º do CC). Inocada a prescrição, o utente terá a oportunidade de recusar efetuar o pagamento do serviço fornecido (artigo 304.º, n.º 1, do CC), uma vez que a exigibilidade de proceder a tal pagamento constitui uma obrigação natural (artigo 402.º do CC). Acrescenta o artigo 304.º, n.º 2, do CC que qualquer «prestação realizada espontaneamente em cumprimento de uma obrigação prescrita, ainda quando feita com ignorância da prescrição» não será repetida. Neste sentido, há que frisar que, segundo o artigo 403.º, n.º 2, do CC, uma prestação realizar-se-á de forma espontânea sempre que for executada sem alguma coação⁵⁵. Por outras palavras, se o utente, por vontade própria, optar por pagar uma fatura prescrita, não poderá pedir ao prestador de serviço que lhe devolva o montante pago. Em sentido diverso, não haverá a espontaneidade mencionada caso o utente seja ameaçado acerca da celebração de um acordo de pagamento com o prestador de serviço, de modo a pagar a dívida prescrita, tendo o montante pago de lhe ser devolvido ou, ainda, na eventualidade de o prestador de serviço ameaçar o utente de que irá suspender os serviços contratados, se não pagar a dívida prescrita⁵⁶.

⁵³ Este artigo expõe, contudo, que a prescrição poderá ser invocada pelo representante do utente ou pelo Ministério Público, no caso de se tratar de uma pessoa incapaz.

⁵⁴ A título ilustrativo, sobre a interrupção da prescrição com base na apresentação de uma injunção no Balcão Nacional de Injunções e posterior notificação ao utente, v. os Acs. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24 de abril de 2012, processo n.º 288554/08.0YIPRT.CI, relator Carlos Querido; do TRL, de 25 de maio de 2017, processo n.º 28927-16.0YIPRT.LI-6, relator António Santos; e do TRP, de 24 de fevereiro de 2015, processo n.º 28627/14.6YIPRT. PI, relator M. Pinto dos Santos, disponíveis em <https://www.dgsi.pt>, e a Sentença do CICAP, de 26 de março de 2018, processo n.º 2942/2017, juiz-árbitro Sandra Passinhas, disponível em <https://www.cicap.pt>.

⁵⁵ Sobre a coação moral, cf. o artigo 255.º, n.º 1, do CC.

⁵⁶ Carvalho (2022), pp. 527-528.

Refira-se ainda que, apesar de a prescrição ser irrenunciável por meio de uma cláusula contratual geral (artigo 13.º da LSPE), o artigo 302.º do CC confere a faculdade de o utente renunciar à mesma, desde que tenha terminado o prazo de prescrição de seis meses. Neste seguimento, o utente poderá renunciar à prescrição se solicitar que haja uma moratória no pagamento, o cheque seja pago sem provisão, seja obtido um acordo para pagamento ou que proceda ao pagamento do valor cobrado, tendo de estar perfeitamente conhecedor da prescrição [Silva (2008), p. 842].

4.1.2. A prescrição no âmbito das comunicações eletrónicas

Relativamente a esta temática, coloca-se a questão de saber se a cláusula penal será aplicada quando o direito ao recebimento do preço prescrever seis meses depois de os serviços terem sido fornecidos ao utente.

A este propósito, de acordo com o Ac. do TRL, de 29/04/2021, processo n.º 46188/20.5YIPRT-A.L1-2, relator Orlando Nascimento⁵⁷, e posição que aceitamos, no caso de prescrever o direito de o prestador de serviço receber o pagamento dos serviços fornecidos (obrigação principal), a cláusula penal (obrigação acessória) também prescreverá, pois, conforme indica o artigo 810.º, n.º 2, do CC, a cláusula penal dependerá da existência de uma obrigação principal, sendo nula se esta última também o for^{58/59}. Pese embora o exposto na última parte

⁵⁷ Disponível em <https://www.dgsi.pt>.

⁵⁸ Em sentido semelhante, v. os Acs. do TRL, de 07 de abril de 2022, processo n.º 9996/21.8YIPRT.L1-6, relator Vera Antunes; de 04 de junho de 2015, processo n.º 143342/14.6YIPRT.L1-8, relator Sacarrão Martins, de 24 de abril de 2012, processo n.º 1584/05.2YXLSB.L1-7, relator Orlando Nascimento; de 29 de novembro de 2011, processo n.º 370/06.7YXLSB.L1-7, relator Rosa Ribeiro Coelho; de 16 de junho de 2011, processo n.º 28934/03.3YXLSB.L1-6, relator Aguiar Pereira; de 25 de fevereiro de 2010, processo n.º 1591/08.3TVLSB.L1-6, relator Márcia Portela; e do TRP, de 21 de outubro de 2014, processo n.º 83857/13.8YIPRT.P1, relator Henrique Araújo. Disponíveis em <https://www.dgsi.pt>. Na doutrina, cf. Carvalho, J. M. (2022). *Manual de Direito do Consumo* (8.ª ed.), Coimbra: Almedina, p. 524; Paz, M. (2018). A contratação no âmbito dos serviços públicos essenciais. Em *Direito do Consumo — 2015–2017*. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DrtoConsumo_2015_2017.pdf, p. 79.

do supracitado preceito legal se refira a casos de nulidade, quando a obrigação principal seja válida, entendemos que o mesmo se deverá aplicar nas situações em que a obrigação principal se encontre prescrita, deixando, desta forma, a obrigação acessória de produzir quaisquer efeitos. Acrescenta, neste sentido, o Ac. do TRL, de 20/12/2016, processo n.º 140866/14.9YIPRT.L1-1, relator Eurico Reis⁶⁰, que será «ética e socialmente inaceitável» que a prescrição da obrigação principal comece a ser aplicada seis meses depois dos serviços prestados (artigo 10.º, n.º 1, da LSPE) e a da obrigação acessória no prazo de vinte anos (artigo 309.º do CC), sabendo que esta última obrigação depende da existência da primeira.

Há ainda que averiguar se o utente terá de efetuar o pagamento de juros, quando o direito ao recebimento do preço prescrever dentro de seis meses após a prestação do serviço. Com efeito, dispõe o artigo 561.º do CC que o crédito de juros concerne a uma obrigação acessória do crédito principal (direito ao recebimento do preço) e, em consequência, um poderá ser cedido ou poder-se-á extinguir um sem o outro. Porém, questionamo-nos se existirá uma autonomia do crédito principal relativamente ao crédito de juros e qual o prazo de prescrição a aplicar ao crédito de juros.

Ora, no Ac. do TRL, de 20/12/2016, processo n.º 140866/14.9YIPRT.L1-1, relator Eurico Reis⁶¹, menciona-se que, apesar de o artigo 561.º do CC permitir que o crédito de juros seja autónomo do crédito principal, sempre que este último crédito prescreva, o crédito de juros não será exigível, prescrevendo no prazo de seis meses (artigo 10.º,

⁵⁹ A favor da aplicação do prazo ordinário de vinte anos, previsto no artigo 309.º do CC, *cf.* os Acs. do TRL, de 21 de junho de 2011, processo n.º 264/06.6YXLSB.L1-7, relator Luís Espírito Santo; de 08 de junho de 2017, processo n.º 106094-15.OYIPRT.L1-6, relator Maria Teresa Pardal; de 07 de junho de 2011, processo n.º 2360/06.0YXLSB.L1-7, relator Luís Lameiras; de 15 de fevereiro de 2011, processo n.º 3084/08.0YXLSB-A.L2-7, relator Gouveia de Barros; de 16 de março de 2010, processo n.º 1405/08.4TJLSB.L1-1, relator Maria José Simões; de 12 de janeiro de 2010, processo n.º 39069/03.9YXLSB.L1-1, relator Ana Grácio; e do TRP, de 11 de outubro de 2018, processo n.º 99372/17.8YIPRT.P1, relator Freitas Vieira. Disponíveis em <https://www.dgsi.pt>.

⁶⁰ Disponível em <https://www.dgsi.pt>.

⁶¹ Disponível em <https://www.dgsi.pt>.

n.º 1, da LSPE) e não no de cinco anos [artigo 305.º, al. *d*), do CC], como parte da jurisprudência afirma⁶². Na mesma linha de pensamento, Jorge Morais Carvalho (2022, p. 525) defende que o prazo de seis meses, previsto no artigo 10.º, n.º 1, da LSPE, terá de ser utilizado para o crédito principal e para o crédito de juros, com o fito de evitar que o utente acumule dívidas e que fique sobre-endividado⁶³. Acrescenta ainda o citado autor que o artigo 561.º do CC não inclui as causas de prescrição, estando «essencialmente pensado para o caso de cumprimento da obrigação principal, esclarecendo-se que a extinção desta não implica a extinção do crédito de juros»⁶⁴. Perfilhamos esta posição, pois o que o artigo 10.º, n.º 1, da LSPE pretende com a consagração de um prazo de seis meses para dar início à prescrição é, justamente, evitar o sobre-endividamento do utente, sendo este prazo aplicável também ao crédito de juros, e não o de cinco anos, prescrito no artigo 310.º, alínea *d*), do CC.

4.2. Caducidade

A este respeito, nos termos do artigo 10.º, n.º 2, da LSPE, caso o utente proceda ao pagamento de um valor inferior relativo ao serviço fornecido, por ter havido erro do prestador de serviço ou por um outro motivo, este terá de efetuar a diferença do preço dentro de seis meses depois de o utente ter feito tal pagamento, sob pena de o seu direito caducar. Assim, se a diferença do preço não for paga no período

⁶² Quanto à existência de autonomia do crédito principal relativamente ao crédito de juros e à aplicação do prazo de prescrição de cinco anos [artigo 305.º, al. *d*), do CC], *cf.* os Acs. do TRL, de 08 de junho de 2017, processo n.º 106094-15.0YIPRT.L1-6, relator Maria Teresa Pardal; de 25 de maio de 2017, processo n.º 28927-16.0YIPRT.L1-6, relator António Santos; e de 04 de junho de 2015, processo n.º 143342/14.6YIPRT.L1-8, relator Sacarrão Martins; e do TRP, de 24 de fevereiro de 2015, processo n.º 28627/14.6YIPRT.P1, relator M. Pinto dos Santos; e de 21 de outubro de 2014, processo n.º 83857/13.8YIPRT.P1, relator Henrique Araújo. Disponíveis em <https://www.dgsi.pt>.

⁶³ Sobre a aplicação dos seis meses ao crédito de juros, o autor indica que caso seja usado o prazo de prescrição de cinco anos, plasmado no artigo 310.º, al. *d*), do CC, haverá uma diminuição do prazo geral de vinte anos (artigo 309.º do CC), mas acabará, contudo, por causar no utente uma situação de acumulação de dívidas [Carvalho (2022), p. 525].

⁶⁴ *Cf.*, no mesmo sentido, Carvalho, (2016), pp. 352-353.

indicado, através de carta, *e-mail*, uma ação ou injunção (artigo 10.º, n.º 4, da LSPE), o utente terá de invocar a caducidade do direito de o prestador de serviço receber a diferença do montante que efetivamente teria de ser pago (artigos 333.º, n.º 2, e 303.º do CC).

À semelhança do que se verifica com a prescrição, não deverá estar previsto no contrato celebrado que o utente poderá renunciar ao exercício de invocar a caducidade, sob pena de a mesma ser nula (artigo 13.º da LSPE).

5. Suspensão do contrato

O prestador de serviço, sempre que assegure a prestação dos serviços de comunicações eletrónicas (e dos demais serviços públicos essenciais, aludidos no artigo 1.º, n.º 2, da LSPE), terá de cumprir o princípio da continuidade, isto é, deverá fornecer os serviços contratados sem qualquer interrupção [artigos 5.º da LSPE, e 113.º, n.º 1, al. *n*), da LCE], tendo o utente a obrigação de efetuar o pagamento dos respetivos serviços.

Todavia, os artigos 5.º da LSPE e 127.º e 128.º da LCE permitem que o prestador de serviço possa suspender o contrato, na eventualidade de se verificarem casos fortuitos⁶⁵ ou de força maior⁶⁶, situações de mora⁶⁷ ou falta de pagamento do preço pelo utente, bem

⁶⁵ A ministra do Ambiente, em resposta à intervenção do deputado Gonçalo Ribeiro da Costa, na altura em que se discutia a Proposta de Lei n.º 20/VII do Governo, explicou que ocorrerá um caso fortuito quando o mesmo não seja programável; *cf.*, a este respeito, DAR I Série N.º 56/VII/1, de 12 de abril de 1996, p. 1788. Disponível em: <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/07/01/056/1996-04-12?pgs=&org=PLC>.

⁶⁶ Estaremos diante de casos de força maior sempre que «ocorram situações de natureza imprevisível, tais como catástrofes», tal como regula o artigo 5.º do Regulamento n.º 46/2005, de 14 de junho (Regulamento da Qualidade do Serviço). A título ilustrativo, sobre outros casos fortuitos (fenómenos climatéricos ou ações criminosas provocadas por terceiros, «furtos dos cabos de cobre sobre os quais o serviço [de telefone fixo e fax] era prestado à A.»), *cf.* o Ac. do STJ, de 16 de junho de 2016, processo n.º 2188/14.4TBVNG.P1.S1, relator Tavares Paiva. Disponível em <https://www.dgsi.pt>.

⁶⁷ Atendendo ao artigo 805.º, n.ºs 1 e 2, al. *a*), do CC, ocorrerá a partir do momento em que o utente não efetue o pagamento dos serviços prestados, dentro do prazo indicado na fatura detalhada que lhe seja enviada (artigos 9.º, n.º 1, da LSPE, e 122.º, n.ºs 1 e 4, da LCE).

como quando sucedam outros motivos não esclarecidos nos diplomas mencionados^{68/69}.

Não obstante, sendo o utente avisado sobre a possível suspensão do contrato, poderá exercer o seu direito à quitação parcial (artigos 5.º, n.º 4, e 6.º da LSPE; 127.º, n.º 3 e 128.º, n.º 5, da LCE), que se pauta pela possibilidade de o utente proceder somente ao pagamento do(s) serviço(s) que considere oportuno(s), bem como de questionar a contrapartida a pagar pelo(s) restante(s) serviço(s) contidos na fatura recebida⁷⁰, e que se aplicará sempre que estejam presentes serviços funcionalmente dissociáveis — dizem respeito aos serviços que, uma vez cessados, não implicam, necessariamente, a cessação dos restantes (ponto 10 do Parecer da Provedoria da Justiça n.º 49/A/99, de 28/05/1999, processo n.º 434/97, emitido pelo Provedor de Justiça⁷¹); além do mais, dever-lhe-á ser garantido «o acesso aos serviços de emergência através de comunicações de emergência e a correspondente disponibilização de informação sobre a localização do chamador» (artigo 67.º da LCE) e «o acesso a quaisquer outras comunicações que não impliquem pagamento» (artigos 127.º, n.º 4, e 128.º, n.º 5, da LCE).

Por outro lado, segundo o artigo 137.º, n.º 1, da LCE, quando ocorra, nomeadamente, a perda do local onde os serviços são prestados [al.

⁶⁸ Dado estes diplomas não clarificarem em que situações deverá suceder a referida suspensão, nem o prazo do aviso prévio adequado, Carlos Ferreira de Almeida (2002), p. 138, afirma que «a lei deveria ser mais exigente ou mais clara, delimitando, primeiro, o quadro das situações em que a suspensão é admissível e exigindo, depois, que, nessas situações e apenas nessas, o fornecedor anuncie previamente a suspensão». Acrescenta Ricardo J. Amaral da Costa que «o legislador, com os seus termos ambíguos, incorreu num lapso grave, que esvazia de interesse prático a proibição e pode ser aproveitado por prestadores pouco escrupulosos para prejudicar o utente.» Costa (2012), p. 68.

⁶⁹ Caso qualquer serviço contratado esteja indisponível por um período superior a vinte e quatro horas, *cf.* o artigo 129.º da LCE.

⁷⁰ Simões & Almeida (2012), pp. 102, 116. No mesmo sentido, *cf.* Cardoso, (2010), p. 124.

⁷¹ Disponível em <http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=67&idi=2665>.

⁷² Assim sendo, no que tange à prestação de um pacote do serviço de comunicações eletrónicas (telefone, internet e televisão), na eventualidade de o utente se recusar a efetuar o pagamento de um desses serviços, não existirá justificação para que o fornecimento dos restantes serviços seja interrompido [Carvalho (2022), p. 512].

a)], a alteração de residência para fora do território nacional, ou seja, emigração⁷³ [al. b)], a ausência de residência motivada por cumprimento de pena de prisão [al. c)], a ausência de residência por incapacidade, doença prolongada ou estado de dependência de cuidados prestados ou a prestar por terceira pessoa [al. d)] ou uma situação de desemprego⁷⁴ ou baixa médica [al. e)], o utente consumidor terá a oportunidade de solicitar ao prestador de serviço que o contrato celebrado fique suspenso; acresce que sempre que esteja em causa a alínea d), o pedido de suspensão do contrato poderá ser feito, alternativamente, pelo seu representante, desde que seja anexado algum documento que a comprove (artigo 137.º, n.º 3, da LCE).

5.1. A suspensão do contrato, em caso de mora ou falta de pagamento do preço pelo utente — um mecanismo protetor dos seus direitos fundamentais?

Tal como plasmado *supra*, um dos motivos que potencia a interrupção do fornecimento dos serviços contratados prende-se com a mora do utente no pagamento do preço exigido na fatura ou mesmo com o seu incumprimento (artigos 5.º da LSPE, 127.º e 128.º da LCE), correspondendo a suspensão do contrato à figura da exceção de não-cumprimento (artigo 428.º, n.º 1, do CC), definida por José João Abrantes (2012, p. 35) como «a faculdade que, nos contratos bilaterais, cada uma das partes tem de recusar a sua prestação enquanto a outra, por seu turno, não realizar ou não oferecer a realização simultânea da respetiva contraprestação»⁷⁵. Mas, será a suspensão prevista nos dispositivos legais mencionados um regime benéfico para o utente, do ponto de vista constitucional?

⁷³ Na senda de Jorge Morais Carvalho terá de estar em causa uma emigração «impressível» e que será «apenas previsível a situação em que o [utente] consumidor, quando celebrou o contrato, já tinha conhecimento de que iria mudar-se para outro país durante o período de fidelização». Carvalho (2022), p. 280.

⁷⁴ A situação de desemprego reporta-se ao «despedimento da iniciativa do empregador por facto não imputável ao [utente] consumidor» [Carvalho (2022), p. 280], mais especificamente quando ocorra o despedimento por extinção do posto de trabalho ou o despedimento coletivo.

⁷⁵ Sobre os pressupostos da exceção de não-cumprimento, *cf.* Abrantes, (2012), pp. 35–106.

Ora, como já tivemos oportunidade de referir, o recurso às comunicações eletrónicas (e aos restantes serviços públicos essenciais) assume um papel indispensável na vida quotidiana de cada ser humano, e Portugal, através do artigo 3.º, n.º 1, da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio, considera a Internet como um direito humano⁷⁶, permitindo que o utente possa aceder à mesma, sem qualquer discriminação, conforme resulta também do artigo 13.º da CRP, respeitante ao princípio da igualdade. Todavia, antes de o legislador luso ter qualificado a Internet como um direito humano, a CRP já elencava — e elenca — um conjunto de direitos fundamentais que o utente poderá usufruir com recurso às comunicações eletrónicas, como, por exemplo, o direito de acesso à justiça (artigo 20.º), a celebração de contratos à distância para a aquisição de bens essenciais, como produtos alimentares, vestuário, calçado, produtos de higiene, o que possibilitará que o ser humano tenha uma vida digna (artigos 24.º e 25.º), o direito à liberdade de expressão e de informação (artigo 37.º), o direito à livre criação e divulgação de obras intelectuais, artísticas, científicas (artigo 42.º), o direito à educação (artigos 43.º, n.º 1, e 73.º, n.º 1), o direito ao trabalho (artigo 58.º), o direito de acesso a cuidados de saúde (artigo 64.º), o direito a uma habitação [artigo 65.º, n.º 2, al. a), com acesso a «serviços públicos essenciais» (artigo 6.º da Lei de bases de habitação, aprovada pela Lei n.º 83/2019, de 3 de setembro)].

Neste sentido, as normas que consagram a suspensão do contrato, em caso de mora ou incumprimento do utente, violam o exposto no artigo 3.º, n.º 1, da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital e nos supracitados preceitos da CRP. Posto isto, para garantir o fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas ao utente,

⁷⁶ Assim como a Internet é considerada como um direito humano, refira-se, a título de curiosidade, que a água e o saneamento foram reconhecidos como direitos humanos pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, através da RES/64/292 (disponível em https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292), no dia 28 de julho de 2010, como também, pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), a 30 de setembro de 2010, pela RES/15/9 (disponível em https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/RES/15/9).

e após estar demonstrada a sua insuficiência económica⁷⁷, (desemprego, quebra de rendimentos do agregado familiar, pensão de invalidez, pensão de velhice, situação de crise empresarial), entendemos que deverão ser adotadas outras medidas, a saber: (i) elaboração de um plano de pagamentos, com respeito pelos rendimentos de todo e qualquer utente; (ii) redução temporária do contrato, permitindo que o utente possa pagar os serviços contratados, consoante a sua situação financeira; ou (iii) a previsão de eventuais limites à cobrança de juros de mora ou de sanções contratuais, como a proibição de resolução do contrato, quando o plano de pagamentos seja incumprido ou na eventualidade de o utente não efetuar o pagamento dos serviços prestados, sem que tenha havido a celebração de um plano de pagamentos entre as partes e, bem assim, a proibição de o utente ter de indemnizar o prestador de serviço pelo facto de não ocorrer a cessação antecipada do contrato durante o período de fidelização.

5.2. A possibilidade de suspensão do contrato, nas situações de desemprego ou de baixa médica e a (des)proteção do utente consumidor

Conforme foi referido acima, será concedida ao utente consumidor a faculdade de solicitar a suspensão do contrato celebrado, se estiver em causa uma situação de desemprego ou de baixa médica, tal como decorre dos termos do artigo 137.º, n.º 1, al. e), da LCE.

Ora, tendo em conta que a Internet é considerada como um direito humano e que vários artigos da CRP permitem que o utente

⁷⁷ De acordo com os princípios gerais 11.1 e 11.2.1 sobre *Life Time Contracts*, a suspensão do contrato só se aplicará «como uma medida extrema» e caso o comportamento do consumidor [no nosso caso, do utente] for «tão grave ou significativo que justifique uma rutura» da relação contratual. A este respeito, Jorge Morais de Carvalho indica, a título exemplificativo, que «num contrato de fornecimento de eletricidade, a falta de pagamento de uma ou mais faturas, numa situação em que o consumidor se encontre impossibilitado de o fazer, por algum evento da sua vida, não deve permitir a suspensão e a cessação do contrato, uma vez que o comportamento do consumidor não é suficientemente censurável a ponto de justificar a rutura». Carvalho (2017), p. 190. Com efeito, tendo em conta que, tal como a energia elétrica, as comunicações eletrónicas também se incluem no catálogo de serviços públicos essenciais, defendemos que o exemplo apresentado também se aplicará ao contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas.

consumidor possa exercer os seus direitos através das comunicações eletrónicas, como mencionámos anteriormente, discordamos da possibilidade que é dada a esta parte. Assim sendo, de maneira que o utente consumidor possa continuar a beneficiar dos serviços que contratou, dever-se-ia proibir a suspensão do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, nas situações de mora ou incumprimento do utente⁷⁸ e a consequente não aplicação de juros de mora ou de sanções contratuais e, por outro lado, conceder às partes a oportunidade de celebrarem um plano de pagamentos, com respeito pelos rendimentos do utente consumidor⁷⁹ ou, em alternativa, a redução temporária do contrato, o que possibilitaria que pudesse pagar os serviços contratos, consoante a sua situação financeira.

6. Conclusões

Tendo em consideração o que mencionámos acerca do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, enquanto contrato de prestação de serviços públicos essenciais, verificamos que o utente poderá optar por o celebrar mediante contacto telefónico, «porta a porta» (no domicílio do utente consumidor) e, bem assim, no estabelecimento comercial do prestador de serviço, desde que sejam respeitados os pressupostos exigidos nas respetivas modalidades e os deveres de comunicação e de informação e esclarecimento, impostos à empresa prestadora.

⁷⁸ Cf. ponto anterior.

⁷⁹ No decurso do estado pandémico, em virtude da covid-19, a ANACOM, a 23 de abril de 2020, tinha proposto esta medida, afirmando que as prestações não poderiam ser superiores a metade do valor da mensalidade e teriam uma duração mínima de seis meses, uma vez que se tinha permitido que o utente consumidor pudesse pedir a suspensão do contrato quando estivesse desempregado ou o seu agregado familiar sofresse uma quebra de rendimentos de, pelo menos, 20% [artigos 3.º, n.º 3, al. b), do DL n.º 56-B/2021, de 7 de julho, alterado pelos DL n.º 70-A/2021, de 06 de agosto, DL n.º 119-B/2021, de 23 de dezembro e DL n.º 66-A/2022, de 30 de setembro, 4.º, n.º 3, al. b), da Lei n.º 7/2020, de 10 de abril, alterado pela Lei n.º 18/2020, de 29 de maio; e 361.º, n.º 3, al. b), da Lei do Orçamento de Estado de 2021]. Cf., a este respeito, ANACOM — Portal do Consumidor (2020). *COVID-19 — ANACOM apresenta à Assembleia da República proposta de reforço da proteção dos utilizadores de comunicações eletrónicas*. Disponível em: <https://www.anacom-consumidor.pt/-/covid-19-anacom-apresenta-a-assembleia-da-republica-proposta-de-reforco-da-protecao-dos-utilizadores-de-comunicacoes-eletronicas>.

O contrato poderá apresentar uma cláusula designada por período de fidelização, que constitui uma cláusula contratual geral que deverá mencionar as vantagens associadas à sua existência, bem como o montante a pagar pela cessação antecipada do contrato, caso em que a predita cláusula penal não poderá ser desproporcionada. Com efeito, este período de fidelização terá uma duração de vinte e quatro, doze ou seis meses, podendo, no entanto, o contrato em causa não ter qualquer fidelização. Porém, entendemos que o período de fidelização usado com maior frequência (o de vinte e quatro meses) é demasiado longo para o utente, uma vez que acabará por condicionar, de forma prolongada, a sua liberdade de escolher um prestador de serviço diferente que ofereça outras condições que melhor satisfaçam os seus interesses, ainda que existam prazos de fidelização inferiores que, na prática, aplicam preços não acessíveis à grande parte dos utentes, pelo que defendemos a sua duração máxima de seis ou doze meses. Refira-se ainda que o período de fidelização será incumprido pelo prestador de serviço quando os serviços contratados não sejam prestados com devida qualidade, não sejam fornecidos, sejam interrompidos injustificadamente ou estejam indisponíveis por um período superior a vinte e quatro horas (artigo 129.º, n.º 5, da LCE). Também se verificará o incumprimento pelo utente se este denunciar o contrato antecipadamente ou caso o prestador de serviço o resolva por falta de pagamento do preço. A respeito do incumprimento pelo utente, indique-se que este sujeito contratual ficará exonerado do pagamento de uma indemnização, na eventualidade de ocorrer uma das hipóteses consagradas no artigo 133.º, n.º 1, da LCE, apesar de ter de indemnizar o prestador de serviço caso pretenda conservar algum equipamento terminal subsidiado, como também quando pretenda a caducidade do contrato, por ter pedido a sua suspensão, sempre que esteja em causa alguma situação do artigo 137.º, n.º 1, da LCE.

Pese embora o utente esteja vinculado ao pagamento de um determinado preço pelos serviços fornecidos, este prescreverá (quando o prestador de serviço não exigir o pagamento do preço seis meses depois de os serviços terem sido prestados — artigo 10.º, n.º 1, da LSPE) — e caducará (verificar-se-á no momento em que a empresa

prestadora não solicitar ao utente a diferença entre o valor real correspondente aos serviços prestados e o montante pago — artigo 10.º, n.º 2, da LSPE).

Ainda no que respeita ao preço a pagar pelos serviços prestados, se o utente não proceder ao seu pagamento no prazo mencionado na fatura, suspender-se-á o contrato celebrado, incumprindo-se, deste modo, o princípio da continuidade. Como referimos, uma das razões que justifica a suspensão referida reporta-se às situações de mora ou falta de pagamento do preço pelo utente. Contudo, entendemos que a suspensão do contrato nas hipóteses mencionadas deverá ser proibida no ordenamento jurídico português, por violar a consagração da Internet como um direito humano e os diversos direitos constitucionais que o utente poderá exercer através das comunicações eletrónicas, em particular nos casos de um utente consumidor hipervulnerável. Assim, defendemos que seja elaborado um plano de pagamentos, respeitando os rendimentos do utente, que o contrato seja reduzido temporariamente, e que haja a previsão de eventuais limites à cobrança de juros de mora ou de sanções contratuais, de maneira a assegurar a prestação dos serviços de comunicações eletrónicas ao utente e depois de se verificar a sua insuficiência económica.

Por outro lado, caso o utente se encontre desempregado ou de baixa médica, poderá solicitar a suspensão do contrato celebrado, conforme decorre do exposto no artigo 137.º, n.º 1, al. e), da LCE. No entanto, discordamos desta possibilidade que o utente terá ao seu dispor, por desrespeitar a qualificação da Internet como um direito humano e os vários artigos previstos na CRP. Deste modo, para que se assegure a prestação dos serviços de comunicações eletrónicas ao utente, dever-se-ia proibir a suspensão do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, nas situações de mora ou incumprimento do utente e a consequente não aplicação de juros de mora ou de sanções contratuais e conceder às partes a oportunidade de celebrarem um plano de pagamentos, com respeito pelos rendimentos do utente consumidor ou, em alternativa, a redução temporária do contrato, o que possibilitaria que pudesse pagar os serviços contratuais, consoante a sua situação financeira.

Referências bibliográficas

- ABRANTES, José João (2012). *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato: conceito e fundamento*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2002). Serviços públicos, contratos privados. In R. M. M. Ramos et al. (Orgs.). *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço* (Vol. II, pp. 117–143). Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2005). *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, José Engrácia (2019). *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina.
- BARATA, Carlos Lacerda (2017). Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. In R. P. C. M. Ataíde, & C. L. Barata. (Coords.). *Estudos de Direito do Consumo* (Vol. V, pp. 41–127). Lisboa: AAFDL Editora.
- BARBOSA, Mafalda Miranda (2004). Acerca do âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: taxatividade ou carácter exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho? *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, pp. 402–434.
- BATISTA, Ana R. B. (2012). Serviços públicos essenciais: Lei n.º 23/96, de 26 de julho: análise legal e jurisprudencial. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 70, pp. 83–109.
- CARDOSO, Elionora (2010). *Os Serviços Públicos Essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, Jorge Morais, & FERREIRA, João P. P. (2014). *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, Jorge Morais (2022). *Manual de Direito do Consumo*, 8.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- (2020). *Manual de Direito do Consumo*, 7.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- (2017). Os Contratos de Prestação de Serviços Públicos Essenciais como *Life Time Contracts*. In N. M. P. Oliveira, & B. M. Crorie (Coords.). *Pessoa, Direito e Direitos: Colóquios 2014/2015* (pp. 175–193). Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho. Campus de Gualtar.
- (2016). Reflexão sobre a cláusula relativa ao período de fidelização em contratos de consumo. In C. F. Almeida et al. (Coords.). *Estudos de Direito do Consumo: Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira* (pp. 333–355). Deco.
- (2011). Prescrição do direito de exigir o pagamento do preço nos contratos relativos a serviços públicos essenciais. *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LX (n.º 325), pp. 81–99. Braga: Universidade do Minho (Escola de Direito).
- CEBOLA, Cátia Marques (2013). Serviços Públicos Essenciais e Conflitos de Consumo: Os Tribunais Arbitrais Necessários. *Revista Luso-Brasileira*, Vol. III (n.º 12), pp. 135–146.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (2003). *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral*. Consultado pela última vez a 21/04/2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52003DC0270>.
- CORDEIRO, António Menezes (2006). O anteprojecto de Código do Consumidor. *O Direito*, Vol. IV, pp. 685–715.
- (2001). Da prescrição do pagamento dos denominados serviços públicos essenciais. *O Direito*, Vol. IV, pp. 769–810.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida (2016). *Direito das Obrigações*, 12.^a Edição, revista e atualizada. 4.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina.

- COSTA, Ricardo J. A. (2012). Os serviços públicos essenciais: perspetiva geral. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* (n.º 70), pp. 51–81.
- DINIS, Marisa (2013). Da Prescrição e da Caducidade nos Serviços Públicos Essenciais. *Revista Luso-Brasileira*, Vol. III (n.º 12), pp. 229–250.
- FALCÃO, David (2019). *Lições de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina.
- FALCÃO, Pedro (2018). *Novos Estudos sobre Serviços Públicos Essenciais*. Lisboa: Petrony.
- FERREIRA, Marcus C. (2011). Serviços públicos essenciais e a proteção dos consumidores. *Revista Luso-Brasileira*, Vol. I (n.º 2), pp. 39–86.
- FROTA, Mário (2017). Serviços públicos essenciais. In R. P. C. M. Ataíde, & C. L. Barata (Coords). *Estudos de Direito do Consumo* (Vol. V, pp. 173–285). Lisboa: AAFDL Editora.
- GONÇALVES, Pedro (1999). *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*. Coimbra: Almedina.
- GOUVEIA, Rodrigo (2001). *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- LEITÃO, Luís M. T. M. (2018a). *Direito das Obrigações. Introdução da constituição das obrigações*, 15.ª Edição, Vol. 1. Coimbra: Almedina.
- (2018b). *Direito das Obrigações. Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias de crédito*, 12.ª Edição, Vol. 2. Coimbra: Almedina.
- MADEIRA, Teresa (2013). O Contrato de Comunicações Eletrónicas e seu Regime em Portugal. *Revista Luso-Brasileira*, Vol. III (n.º 12), pp. 205–228.
- MONTEIRO, António Pinto (2000). A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais. *Estudos de Direito do Consumidor* (n.º 2), pp. 333–350.
- NUNES, Rizzatto (2013). A Suspensão dos Serviços Públicos Essenciais: O Estado da Questão. *Revista Luso-Brasileira*, Vol. III (n.º 12), pp. 147–160.
- PINTO, Carlos A. M., MONTEIRO, António P., & PINTO, Paulo M. (2020). *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª Edição. Coimbra: Gestlegal.
- SÁ, Flávia C. de. (2014). *Contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas: a suspensão do serviço em especial*. Dissertação de mestrado. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/16949>.
- SIMÕES, Fernando D.; & ALMEIDA, Mariana P. (2012). *Lei dos Serviços Públicos Essenciais. Anotada e Comentada*. Coimbra: Almedina.
- SILVA, João C. (2008). Serviços públicos essenciais: alterações à Lei n.º 23/96 pelas Leis n.º 12/2008 e 24/2008. In J. F. Dias, J. J. G. Canotilho, & J. F. Costa (Orgs.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves* (Vol. 2, pp. 815–842). Coimbra: Coimbra Editora.

ÍNDICE

O procedimento especial para a insolvência de microempresas em Espanha <i>Ana Filipa Conceição, Catarina Fernandes, Rafaela Pradiante</i>	7
O trabalho através de plataformas digitais e os tempos de disponibilidade <i>Ana Lambelho</i>	29
A mediação em Portugal através do olhar dos mediadores — estudo de caso aplicado à mediação laboral <i>Cátia Marques Cebola e Susana Sardinha Monteiro</i>	67
A tributação autónoma prevista no artigo 88.º, n.º 7, do CIRC — reflexão analítica <i>Francisco Nicolau Domingos</i>	97
A proteção de dados nas relações laborais <i>Jorge Barros Mendes</i>	109
A proteção social dos trabalhadores do serviço doméstico <i>Luísa Andias Gonçalves</i>	125
Mais-valias imobiliárias em IRS — o regime singular do benefício fiscal por reinvestimento do valor de realização resultante da alienação do imóvel <i>Marcolino Pisão Pedreiro</i>	151
A gestão das sociedades nas eras da transformação digital e da cibercriminalidade — novos riscos, novas (ou velhas) soluções <i>Marisa Dinis e Filipe Dinis Bernardino</i>	171

Instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho — âmbito pessoal e concorrência	197
<i>Nuno Abranches Pinto</i>	
O direito à pensão de sobrevivência por morte do beneficiário da segurança social nas relações familiares — algumas considerações na união de facto	211
<i>Patrícia Rocha</i>	
Deveres dos gestores vs. Dever de diligência empresarial — algumas considerações a propósito da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho	231
<i>Rita D'Almeida</i>	
A tributação dos criptoativos — enquadramento nos ordenamentos jurídicos português e europeu	259
<i>Rui Zeferino Ferreira</i>	
A ação inibitória no ordenamento jurídico português — velhos e novos contornos de um relevante instrumento de tutela do consumidor	285
<i>Susana Almeida</i>	
Compra e venda comercial — características fundamentais do respetivo regime	305
<i>Tiago Azevedo Ramalho</i>	
TRABALHOS DOS ESTUDANTES E DOS DIPLOMADOS DO MSE	
Obrigações de entrada e outras obrigações (eventuais)	331
<i>Ana Filipa Lopes Pereira</i>	
A regulamentação dos trabalhadores de plataformas digitais no Código do Trabalho	355
<i>Bárbara do Rosário Coelho</i>	
Pagamentos em linha e tutela do Consumidor	373
<i>Bernardo Matias Constantino</i>	
Os criptoativos como entrada no capital social nas sociedades de capitais	395
<i>Hélio Jácome Tasso</i>	
O contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas como contrato de prestação de serviços públicos essenciais — análise do regime jurídico	413
<i>Mariana Pinto de Sousa</i>	