



Coimbra Business Review

COIMBRA BUSINESS SCHOOL | ISCAC
volume especial | number 1
2023

COIMBRA BUSINESS SCHOOL | ISCAC
volume especial | number 1
2023



Coimbra Business Review



Impressão

FIG - Indústrias Gráficas, SA
Registo
ISSN 2183 - 3915
Deposito Legal 515879/23
Tiragem - 300 Unidades

Correspondência
CBR@iscac.pt

Próximo número
Mestrado de Sistemas de Informação de Gestão

Assessoria de Redação

Coordenação
Ana Paula Lopes

Design e Paginação
Ricardo de Castro | FIG - Indústrias Gráficas, SA

Contribuição Científica a cargo de:

Roberta Fernandes & Christina Oliveira

Os dados e opiniões inseridos na presente publicação são de exclusiva responsabilidade dos seus autores. A reprodução, total ou parcial, desta publicação, por fotocópia ou qualquer outro meio, mecânico ou eletrónico, sem prévia autorização escrita dos autores e dos editores, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

Número Especial

Diretora

Roberta Fernandes
Diretora do Mestrado em Solicitadoria

Conselho Científico

Joana Leite
Diretora do Mestrado em Análise de Dados e Sistemas de Apoio à Decisão

Maria Elisabete Neves
Diretora do Mestrado em Análise Financeira

Georgina Morais
Diretora do Mestrado em Auditoria Empresarial e Pública

Cidália Lopes
Diretora do Mestrado em Contabilidade e Fiscalidade Empresarial

Fernanda Alberto
Diretora do Mestrado em Controlo de Gestão

Mário Sacramento
Diretor do Mestrado em Gestão de Empresas Agrícolas

Wander de Carvalho
Diretor do Mestrado em Gestão de Recursos Humanos

Maria da Conceição Marques
Diretora do Mestrado em Gestão Empresarial

Ana Cristina Amaro
Diretora do Mestrado em Inteligência Logística e Gestão da Cadeia de Abastecimento

Anabela Marcos
Diretora do Mestrado em Marketing e Negócios Internacionais

Isabel Pedrosa
Diretora do Mestrado em Sistemas de Informação de Gestão

Editorial

A Coimbra Business Review, enquanto revista científica de acesso aberto, com revisão por pares, tem o seu foco em áreas multidisciplinares de um ponto de vista empresarial.

Atendendo ao panorama social e político do nosso país, o Mestrado em Solicitadoria, ramo Agentes de Execução e ramo Empresas, da CBS – ISCAC, apresenta uma nova edição, de março de 2023, dedicada às ciências jurídicas, mormente ao estudo e investigação do Direito.

A pertinência e justificação desta edição vai ao encontro das doudas palavras do Professor Doutor Adriano Vaz Serra. De facto, “é no seio das realidades vitais que o julgador deverá fazer a sua apreciação, tendo presentes aquelas fontes [legislação e outras fontes] — e não em puras abstrações intelectuais, capazes talvez de satisfazer as inclinações lógicas do espírito, mas nem sempre as exigências da Justiça”.

Sob esta égide, compilam-se oito estudos doutrinários elaborados por professores e mestres da CBS – ISCAC, por juristas de renome pertencentes à esfera do ensino superior, da prática forense e da política. Estes estudos salientam as problemáticas jurídicas atuais da nossa sociedade contribuindo para o exercício da atividade e abrangendo ramos de direito distintos, a saber: o Direito Civil, o Direito do Consumo, o Direito do Trabalho, o Direito Comercial, O Direito da Insolvência, o Direito da Propriedade Industrial e o Direito Processual Civil.

Temas como “A falta de conformidade do bem com o contrato e as garantias do consumidor nas relações de consumo – análise do recente Decreto-lei n.º 84/2021, de 18 de outubro”, “A revolução do teletrabalho e as ameaças à cibersegurança”, “A inteligência artificial no âmbito do contrato de seguro”, “A tutela dos créditos dos trabalhadores na insolvência: breves considerações”, “Imitação, usurpação e contrafação da marca”, “A ação de nulidade de negócio jurídico: ação (declarativa) constitutiva ou ação de simples apreciação?”, “O Processo Especial de Tutela da Personalidade: pressupostos, tramitação e urgência”, “A causa de pedir e o título executivo na ação executiva” são abordados numa perspetiva de, à semelhança do que defende o Dr. Fernandes Magalhães, que “Na Torre de Marfim em que sempre se coloca o Direito tem que caber também o amor, numa afirmação de que naquele não está apenas o saber, mas também o sentimento do Homem, de que o seu objeto não tem a sua sede apenas na cabeça, mas também no coração do Homem.”

Roberta Fernandes e Christina Oliveira
Mestrado em Solicitadoria

Índice

A causa de pedir e o título executivo na ação executiva

Miguel Dinis Pestana Serra

A (r)evolução do teletrabalho e as ameaças à cibersegurança

Liliana Fernandes & Joana Brás

A falta de conformidade do bem com o contrato e as garantias do consumidor nas relações de consumo – análise do recente Decreto-lei n.º 84/2021, de 18 de outubro

Christina Oliveira Gomes

A Tutela dos Créditos dos Trabalhadores da Insolvência: Breves Considerações

Rita Sandinha Serra

Ação de nulidade de negócio jurídico: ação (declarativa) constitutiva ou ação de simples apreciação?

J. P. Remédio Marques

Imitação, usurpação e contrafação da marca

Juliana Cavadas & Roberta Marques

A inteligência artificial no âmbito do contrato de seguro

Christina Oliveira Gomes & Soraia Dias

O Processo Especial de Tutela da Personalidade: pressupostos, tramitação e urgência

Márcia Passos

O Processo de Insolvência e o (“Novo”) PER: O que muda com a Lei n.º 9/2022 de 11 de janeiro?

Alexandra Coutinho & Rita Ferreira da Silva

A causa de pedir e o título executivo na ação executiva

The cause of asking and the executive title in the executive action



Miguel Dinis Pestana Serra*

* Escola Superior de Gestão de Idanha-a-Nova, Instituto Politécnico de Castelo Branco; Instituto Superior de Contabilidade de Administração, Instituto Politécnico de Coimbra; Advogado; Investigador do Instituto Jurídico Portucalense e do Coimbra Business School - Research Centre (CBS-RC). miguelserra@ipcb.pt; mserra@iscac.pt.

Código ORCID: 0000-0001-9098-0177

Resumo A questão de saber se a causa de pedir na ação executiva são os factos constitutivos da obrigação, ou é o próprio título executivo é controversa. Mas não se trata de uma problemática de cariz meramente teórico. Pelo contrário, reveste particular importância do ponto de vista prático, pois se entendermos que o título executivo não se confunde com os factos constitutivos da obrigação, o exequente terá forçosamente de os alegar no requerimento executivo, sob pena de ineptidão. Começaremos por analisar, grosso modo, em que é que consiste o título executivo. Seguidamente analisaremos a causa de pedir na ação executiva e a sua relação com o título executivo, com base na lei, na doutrina e na jurisprudência. Nesta ótica, também será abordada a particularidade dos cheques, letras e livranças. Por fim, analisaremos a relação entre a falta de causa de pedir e a ineptidão na ação executiva.

Palavras-chave: Título executivo; causa de pedir; título de crédito; ineptidão do requerimento executivo.

Abstract The question of knowing whether the cause of action in the executive action is the constitutive facts of the obligation, or if it is the executive title itself is controversial. But this is not a problem of a merely theoretical nature. On the contrary, it is of particular importance from a practical point of view, since if we understand that the enforceable title is not to be confused with the constitutive facts of the obligation, the creditor will necessarily have to claim them in the enforceable application, under the penalty of ineptitude. We will start by analyzing what the executive title consists of. Then we will analyze the cause of action in the executive action and its relationship with the executive title, based on the law, doctrine and jurisprudence. In this perspective, the particularity of checks, bills and promissory notes will also be addressed. Finally, we will analyze the relationship between the lack of cause of action and the ineptitude in executive action.

Keywords: Executive title; cause of asking; credit title; ineptitude of the executive application.

1. O Título Executivo

O artigo 10.º, n.º 4 do Código de Processo Civil consigna que *toda a execução tem por base um título, pelo qual se determinam o fim e os limites da ação executiva*. É o título executivo que determina que tipo de ação executiva irá ser instaurada, consoante do mesmo consta, que é devida uma obrigação de pagamento de quantia certa, uma obrigação de entrega de coisa certa ou uma obrigação de prestação de facto. É o título executivo que determina a legitimidade ativa e passiva (artigo 53.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

Sem título executivo não há ação executiva. Neste sentido, incumbe à secretaria a recusa do requerimento executivo, na forma ordinária, ou ao agente de execução na forma sumária, se não for junto ao requerimento executivo o título executivo, ou a sua cópia (artigos 725.º, n.º 1 al. d) e 855.º, n.º 2 al. a) ambos do Código de Processo Civil). Também o Juiz deverá indeferir liminarmente quando seja manifesta a falta ou insuficiência do título, ao abrigo do artigo 726.º, n.º 2 al. a), o que pode mesmo suceder até ao primeiro ato de transmissão de bens penhorados - artigo 734.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

O título executivo comprova a existência da obrigação certa, líquida e exigível (artigo 713.º do Código de Processo Civil). Diga-se que, se porventura a obrigação não for certa, líquida e exigível, não poderá a execução da obrigação prosseguir, pelo que terá de começar pelas diligências, a requerer pelo exequente, destinadas a tornar a obrigação certa, líquida e exigível. Lebre de Freitas considera a certeza, liquidez e a exigibilidade como pressupostos de carácter material, uma vez que “sem eles não é admissível a satisfação coactiva da prestação”¹. A verdade é que sem título executivo e sem que a obrigação seja certa líquida e exigível, não poderão ser praticados os atos processuais tendentes à satisfação do direito do exequente.

O artigo 703.º do Código de Processo Civil enumera os títulos executivos que existem e de forma imperativa². Deste modo, não é possível às partes a criação de título executivos novos.

O título executivo é um documento que assegura a existência do direito a uma prestação, e que permite a instauração de uma ação executiva tendente à sua realização coativa. Será o executado, em sede de oposição, que terá de demonstrar a inexistência do direito à prestação.

Mas, será o título executivo a causa de pedir na execução? É uma pergunta que tentaremos responder de seguida.

2. A Causa de Pedir na Ação Executiva e o Título Executivo

No que diz respeito à falta de indicação de qualquer dos factos constitutivos da obrigação é controvertido, quer na Doutrina, quer na Jurisprudência, a questão de saber, se a causa de pedir se identifica com o próprio título executivo. Existe uma corrente Doutrinal e Jurisprudencial³ que defende que a causa de pedir nas ações executivas é o próprio título executivo. Assim o defendem Anselmo de Castro, Alberto dos Reis e também Lopes Cardoso⁴.

Também em Espanha Juan Montero Aroca, Manuel Ortells Ramos, Juan-Luis Gomez Colomer e Alberto Monton Juan⁵, defendem que o fundamento da petição é sempre o título executivo e que o título executivo, por si só, estabelece o facto relevante para fundar a petição, individualizando-a da demais, não sendo necessário alegar nada distinto.

Outra corrente Doutrinal, da qual é representativa a opinião de João Castro Mendes⁶ (igualmente no mesmo sentido João

¹ Freitas, José Lebre, *A Ação Executiva, à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, Gest Legal, Coimbra, pág. 40.

Ainda neste sentido, Anselmo de Castro entende que, quer o título executivo, quer a existência da certeza, liquidez e exigibilidade são pressupostos processuais específicos, Castro, Anselmo de, *A Ação Executiva, Singular, Comum e Especial*, 2ª edição, Coimbra, 1973, pág. 9. Remédio Marques considera que o título executivo e a obrigação certa líquida e exigível são “condições processuais de procedência específicas”. Marques, Remédio, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Coimbra Almedina, 2000, pág. 44.

² Teixeira de Sousa fala em regra de tipicidade. Sousa, Miguel Teixeira de, *A Ação executiva Singular*, Lex, Lisboa 1998, pág.s 67 e 68..

³ O Ac. do STJ de 09-02-1994, referente ao processo 003774, acedido em www.dgsi.pt em 18/01/2023, sustentou que:

I – A ação executiva supõe necessariamente, um título executivo que, nesta espécie de acções, corresponda à causa de pedir.

II – O título executivo, é condição necessária da execução, na medida em que os actos executivos, não podem ser praticados, senão na presença dele, e é também condição suficiente da ação executiva, uma vez que na sua presença, seguir-se-á imediatamente a execução, sem necessidade de qualquer indagação prévia sobre a não existência do direito a que se refere.

III – É pela análise do título executivo que se há-de determinar a espécie da prestação e da execução que lhe corresponde (pagamento de quantia certa, entrega de coisa certa ou prestação de facto), bem como o “quantum” da prestação, isto é, a extensão e o conteúdo da obrigação do executado, e consequentemente até onde pode ir a ação do exequente.”

- O Ac. da Relação do Porto de 10.01.1995, Processo 9420731 acedido em www.dgsi.pt, “Na ação executiva, o título executivo corresponde à causa de pedir na ação declarativa e faltando esta pode o requerimento inicial ser considerado inepto. Ao controlar, no despacho liminar, a exequibilidade do título, o juiz não tem outra coisa a fazer que não, verificar se o pedido se contém ou não no título executivo.”

⁴ Castro, Anselmo de, *A Ação Executiva, Singular, Comum e Especial*, 2ª edição, Coimbra, 1973, pág. 90; Reis, Alberto dos, *Processo de Execução*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pág 5; Cardoso, Eurico Lopes, *Manual da Ação Executiva*, 3ª Ed., 2ª reimpressão, Almedina 1996, pág.s 23 y 29.

⁵ Em Aroca Juan Montero, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valência, 8ª ed., 1998, pág. 465.

⁶ Mendes, João Castro, *A Causa de Pedir na Ação Executiva*, RFDL, XVIII, Lisboa, 1965, pág.s 199 e ss.

de Matos Antunes Varela⁷ e Remédio Marques⁸) defende que, como o título executivo é um documento, não pode o mesmo equivaler-se á causa de pedir, dado que esta é um facto jurídico de que deriva o direito ou o efeito pretendido na ação. Neste sentido, o credor teria necessidade de indicar a causa de pedir no requerimento executivo. O exequente teria sempre de alegar o facto constitutivo da obrigação, conste ele ou não do título executivo, sob pena de ineptidão – alínea a) do número 2 do artigo 193.º. Para Antunes Varela e Castro Mendes⁹, a causa de pedir e o título executivo não são a mesma coisa, uma vez que o título executivo é um documento onde *consta* a obrigação, mas não onde a mesma *nasce*. Por sua vez, a causa de pedir é o facto que fundamenta a pretensão. Neste sentido, o título executivo seria um instrumento de prova. Fernando Amâncio Ferreira¹⁰, apenas diverge de Castro Mendes quando diz que o exequente só não estará obrigado a indicar a causa de pedir no requerimento executivo, quando esta constar do título executivo “como é regra nas sentenças condenatórias e nos documentos notariais.”

José Lebre de Freitas também refuta a posição, segundo a qual, na ação executiva a causa de pedir não seria o facto jurídico que permite a procedência do pedido do exequente, mas sim o próprio título executivo. Este autor sublinha que, “não constituindo o título executivo um *acto* ou *facto jurídico*, esta construção não se harmoniza com o conceito de causa de pedir.” Exemplifica ainda, referindo que se o título executivo fosse a causa de pedir seria impossível invocar a exceção de litispendência, quando o mesmo crédito estivesse em vários títulos executivos, como seja uma escritura e uma sentença, e fossem os dois executados em processos diferentes¹¹.

Rui Pinto refere que “o título não é a causa de pedir mas demonstra-a” defendendo que a causa de pedir na ação executiva é o *facto aquisitivo do direito à prestação*. Complementa, exemplificando que numa situação, o “título *incorpora* em si mesmo esse facto aquisitivo – *vg.*, o contrato de compra e venda incorpora a constituição do direito a uma prestação de preço a favor do vendedor (...), mas já em outros casos o título *enuncia* ou reconhece esse facto aquisitivo -*vg.* na sentença condenatória (...)”¹².

Também no sentido de que a causa de pedir não se confunde com o título executivo se pronunciou largamente a jurisprudência¹³.

Na verdade, julgamos que a causa de pedir não constitui o título executivo, mas sim, o facto jurídico de que deriva o direito ou o efeito pretendido na ação. No entanto, o título *pode* incorporar a causa de pedir e demonstrá-la. Uma coisa é o negócio jurídico gerador da obrigação e do correlativo direito, outra coisa é o título que é o instrumento que assegura que a obrigação existe e que o direito de crédito foi violado.

Aliás, diga-se que atualmente a alínea e) do número 1 do artigo 714.º do CPC, veio adotar a posição que em nosso entender nos parece ser a mais correta, ou seja, o exequente «expõe sucintamente os factos que fundamentam o pedido, quando não constem do título executivo (...)». Resulta pois claro que o título executivo não se confunde com a causa de pedir, embora a possa descrever. Mas se do título executivo não constar o facto jurídico concreto do qual emerge o direito peticionado, terá o exequente que o alegar expressamente.

O artigo 458.º do código civil estabelece que “se alguém por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou

⁷ Varela, Antunes, anotação ao Acórdão do STJ de 24.11.83, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 121.º pág. 147 e ss.

⁸ Marques, Remédio, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, 2000.

⁹ Varela, Antunes, anotação ao Acórdão do STJ de 24.11.83, in RLJ Ano 121, págs. 147 e 148; Mendes, João Castro, *A Causa de Pedir na Acção Executiva*, RFDL, XVIII, 1965, pág.s 199 e ss. Veja-se também Ac. da Relação de Coimbra de 16/03/2016, referente ao processo 3053/12.5TJCBR-A.C1, acedido em 19/01/2023 em www.dgsi.pt

¹⁰ Ferreira, Amâncio, *Curso de processo de Execução*, Ed. 12ª, Almedina Coimbra, 2010, pág 157.

¹¹ Freitas, José Lebre, *A Acção Executiva*, à Luz do Código de Processo Civil de 2013, Gest Legal, Coimbra, 7ª Edição, 2017, pág.s 94 e 95.

¹² Pinto, Rui, *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 143 e 144.

¹³ - Ac. da Relação de Coimbra de 20-04-2021, Processo 1721/17.4T8VIS-A.C1, acedido em www.dgsi.pt, em 19-01-2023:

1. A causa de pedir na ação executiva, como seu fundamento substantivo, é a obrigação exequenda, sendo o título executivo o instrumento documental da sua demonstração;

2. Se o título executivo, um escrito particular de declaração de dívida, atestar a prestação de suprimentos à sociedade co-executada, com assunção da dívida pelos executados acionistas, suprimentos que não ocorreram, antes se apurando que ocorreu um mero mútuo particular dos exequentes a tais executados, esse título executivo não pode servir para fundar o prosseguimento da execução, pois dele não deriva a invocada obrigação exequenda, nem crédito dos exequentes, nem dívida dos executados.”

- Ac. do STJ de 15-05-2003, Processo 02B325, acedido em www.dgsi.pt, “A causa de pedir na acção executiva, com seu fundamento substantivo é a obrigação exequenda, sendo o título executivo, documento privilegiado da sua demonstração.

- Ac. do STJ de 18-01-2000, Processo 99A1037, acedido em www.dgsi.pt “Na execução a causa de pedir não se confunde com o título – é a obrigação exequenda - o título não só a incorpora como a demonstra, mas não é a obrigação exequenda

- O Ac. do STJ de 08-06-1993, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 428, pág. 521 “Na acção executiva, a causa de pedir não é título executivo mas, sim, o facto jurídico nuclear constitutivo de determinada obrigação, ainda que com raiz ou reflexo no título”.

- O Ac. do STJ de 06-07-1993 in *Colectânea de Jurisprudência do STJ*, Tomo II, pág. 185, “A causa de pedir em que o título executivo seja um título cambiário, reside na convenção executiva”.

- O Ac. do STJ de 27-09-1994 in *Colectânea de Jurisprudência do STJ*, Tomo III, pág. 69 “Nas acções executivas a causa de pedir é constituída pela factualidade obrigacional e não pelo título executivo, embora reflectida, indispensavelmente, neste.”

- O Ac. do STJ de 02-06-1999 in *Sumários n.º 32 do STJ*, pág. 37, “I – Ao dispor que «Toda a execução tem por base um título, pelo qual se determinam o fim e os limites da acção executiva» o número 1 do artigo 45.º do CPC, não impõe que se considere a causa de pedir como sendo o próprio título. Segundo o disposto no número 4 do artigo 498.º do CPC, e em conformidade com a teoria da substanciação, perfilhada neste diploma, a causa de pedir é o facto jurídico nuclear constitutivo de uma determinada obrigação.”

- Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 6322/11.8TBLRA-A.C1, de 17 de Junho de 2014 acedido em www.dgsi.pt em 26.01.2023.: “O título executivo enquanto elemento formal necessário à execução, representado pelo documento onde consta a obrigação, não se confunde com a causa de pedir da mesma execução, que será facto jurídico concreto do qual emerge a pretensão adequada (...).

reconhecer uma dívida, sem indicação da respetiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário". Esta norma legal tem sido interpretada de duas formas distintas. Para Castro Mendes¹⁴, para além do credor estar dispensado de provar a relação fundamental, também está dispensado de alegar. No entanto, em consonância com a posição que julgamos ser a correta, segundo qual, a alegação da causa de pedir é necessária quando não se encontra descrita do título executivo, o artigo 458.º do Código Civil deve ser interpretado no sentido, segundo o qual, o credor se encontra dispensado de provar somente a relação fundamental. Neste sentido, veja-se o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 17.04.2008¹⁵ que tem como relator Salvador da Costa "Na oposição à acção executiva para pagamento de quantia certa baseada em documento escrito de reconhecimento de dívida sem indicação de causa, subscrito pelo oponente, está o oponente dispensado de provar a relação fundamental, porque a sua existência se presume até prova em contrário. Incumbe ao oponente, em quadro *de datio pro solutum*, o ónus de alegação e de prova dos factos reveladores do pagamento da quantia exequenda (...)". Terá, pois, sempre o exequente de alegar a relação fundamental se ela não se encontrar descrita no título executivo, tal como se encontra estabelecido no direito processual – artigo 714.º n.º 1, al. e) do Código de Processo Civil. A propósito da interpretação do artigo 458.º do Código Civil, Antunes Varela refere que "o que se estabelece é apenas a inversão do ónus da prova da existência da relação fundamental"¹⁶. Lebre de Freitas, de forma clara, defende que o ónus da alegação e o ónus da prova podem não ser coincidentes

e a lei processual, quer declarativa (artigo 552.º, n.º 1 al. d) do Código de Processo Civil), quer executiva (artigo 714.º n.º 1, al. e) do Código de Processo Civil), postulam o ónus de alegar a causa de pedir, sendo que no processo executivo este ónus, existe sempre que a causa de pedir não se encontre descrita no título executivo¹⁷.

Assim, no caso de reconhecimento de uma dívida por parte do devedor, o credor tem de alegar os factos concretos que constituem a causa dessa dívida, tal como referem Rui Pinto¹⁸ e Lebre de Freitas¹⁹. Assim, se no título executivo se reconhece a dívida sem se descrever a causa da obrigação terá o exequente que a descrever no requerimento executivo embora esteja *dispensado de provar o facto constitutivo do seu direito*²⁰.

2.1. A Particularidade dos Cheques, Letras e Livranças

Não obstante se considerar hoje que a causa de pedir não é o título executivo, mas sim a relação substantiva, sendo o título executivo um documento que assegura que o direito existe e que foi violado, a verdade é que se estivermos perante uma unidade entre a relação jurídica cambiária e a relação jurídica subjacente, encontrando-se o direito incorporado no título (princípio da incorporação), e valendo a relação cambiária independentemente da relação subjacente ou fundamental (princípio da abstração), uma letra, livrança, ou cheque poderá ser dada à execução, sem ser alegada a relação fundamental ou subjacente²¹.

¹⁴ Mendes Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, AAFDL, 1979, III, pág.s, 421-422.

¹⁵ Ac. do STJ de 17.04.2008 referente ao processo 08B1052, acedido em www.dgsi.pt em 24.01.2023.

¹⁶ Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pág, 439.

¹⁷ Freitas, Lebre de, *DA FALTA DA CAUSA DE PEDIR NO MOMENTO DA SENTENÇA FINAL DE EMBARGOS À EXECUÇÃO TITULADA POR DOCUMENTO DE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA*, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, jan-jun de 2018, pág.s 745-753. Nesta obra Lebre de Freitas refere mesmo que "a dispensa de alegar a causa da dívida reconhecida só seria defensável se se entendesse que o ato de reconhecimento constitui a própria causa da obrigação, isto é, como se a subscrição da letra ou da livrança, fosse entendido como negócio abstrato, o que na lei portuguesa não é".

¹⁸ Pinto, Rui, *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 318.

¹⁹ Freitas, Lebre de, *DA FALTA DA CAUSA DE PEDIR NO MOMENTO DA SENTENÇA FINAL DE EMBARGOS À EXECUÇÃO TITULADA POR DOCUMENTO DE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA*, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, jan-jun de 2018, pág. 747

²⁰ Veja-se neste sentido Ac. da Relação de Lisboa de 17.12.2009, Proc. 6659/07.OTBLRA-A.L1-6, acedido em www.dgsi.pt, em 26.01.2023:

"1. Quando a obrigação é abstracta, o credor pode exigir a prestação ao devedor, sem alegação da causa justificativa do recebimento, mas quando a obrigação dada à execução é causal, só pode ser requerida com invocação da relação causal subjacente ou fundamental.

2. Só assim se pode demonstrar que se constituiu ou reconheceu uma obrigação pecuniária individualizada, sob pena de ineptidão do requerimento executivo por falta de causa de pedir (art. 193.º, n.º 2, a) do CPC).

3. O credor, por força do artigo 458.º do CCivil, apenas está dispensado de provar a relação subjacente, que se presume, mas não de alegar."

²¹ Veja-se, Ac. da Relação de Lisboa de 22.10.2020. Processo 18694/19.1T8LSB-A.L1-2, acedido em www.dgsi.pt em 24.01.2023:

"I – O excesso de pronúncia constitui uma nulidade da decisão judicial prevista na al. d), do n.º 1, do art. 615º, do CPCivil, quando o juiz conheça de causas de pedir não invocadas, ou de exceções, não invocadas, que estejam na exclusiva disponibilidade das partes.

II – Na ação executiva, não tem cabimento falar em causa de pedir, pelo menos com o sentido em que é utilizado na ação declarativa, quando se trata de executar títulos que têm como características da incorporação, literalidade, autonomia e abstração, sendo desnecessária a alegação de qualquer relação extra-cartular ou causa de pedir.

III - Embora atualmente (com as alterações legais ao elenco dos títulos executivos) se defenda que a causa de pedir na ação executiva assenta na obrigação exequenda, que constitui o seu fundamento substantivo, sendo o título executivo uma livrança, o instrumento documental privilegiado da sua demonstração, não tem que haver alegação da relação jurídica subjacente, da qual o título cambiário se abstrai.

IV - Tratando-se, no entanto, de títulos que valham como títulos de crédito, verificando-se a unidade entre a relação jurídica cambiária e a relação jurídica subjacente (princípio da incorporação) e valendo a relação cambiária independentemente da causa que lhe deu origem (princípio da abstração), uma livrança, enquanto título de crédito, pode ser dada à execução de per si, sem a alegação da relação jurídica subjacente, da qual o título cambiário se abstrai."

V - Baseando-se a execução em título cambiário e sendo a obrigação cambiária autónoma da relação causal, é sobre os executados que invocam o preenchimento abusivo, que recai o ónus de alegação desse preenchimento abusivo, através da alegação circunstâncias concretas a ele referentes;

- O Ac. do STJ de 29-10-96, Processo 96-A 420 acedido em www.dgsi.pt em 18/01/2023: "Quando o título executivo for um título de crédito a causa de pedir é uma relação cambiária e não há que falar na subjacente. Se invocar esta o exequente arrisca-se a ver decretada a ineptidão do pedido".

- O Ac. do STJ de 15-01-2002, Processo 012204 acedido em www.dgsi.pt em 18/01/2023: "A causa de pedir na acção executiva, baseada em título de crédito, não é integrada na relação subjacente ou fundamental originária. Os títulos de crédito valem como ordens de promessas de pagamento, integrando estas as causas de pedir".

Neste sentido, beneficiando, enquanto títulos de crédito, dos princípios da abstração e incorporação a letra, livrança ou cheque, uma vez dados à execução, encontra-se o exequente dispensado de alegar a relação jurídica subjacente ou fundamental²². A propósito Rui Pinto refere que “a apresentação do título de crédito, devidamente datado e preenchido, preenche por si só a exigência de causa de pedir, pois certifica por si mesma o facto do saque ou da emissão”, esclarecendo que na execução de títulos de crédito a causa de pedir é a aquisição “de um direito a uma prestação mediante o saque ou emissão do título”, sem que tenha de ser indicada a relação subjacente a esse direito²³. Se porventura estivermos perante a prescrição da obrigação cartular de uma letra, livrança ou cheque, postula o artigo 703.º, n.º 1, al, c) do Código de Processo Civil, que o documento pode ser dado à execução como título executivo, mas agora como escrito particular no qual o devedor reconhece dever uma quantia pecuniária: mero *quirógrafo*²⁴. Tem sido entendido que, para que tal seja possível terão de estar presentes três requisitos:

O primeiro é a necessidade de constarem do título os factos constitutivos da relação subjacente ou quando não constarem terão de ser alegados no requerimento executivo – artigo 703.º, n.º 1, al, c) do Código de Processo Civil²⁵. O segundo tem a ver com o facto de a relação fundamental não dever ter uma natureza formal, pois se tal suceder, o documento não será título executivo. Por fim, o título de crédito prescrito apenas vale no quadro das relações

imediatas, isto é, entre o credor e o devedor.²⁶

Lebre de Freitas, no mesmo sentido, considera que o título de crédito prescrito que *mencione a causa* da obrigação poderá ser dado à execução como título executivo. No entanto, diverge de Rui Pinto quando afirma que se do título de crédito prescrito não constar a descrição da relação subjacente, então aqui haverá que distinguir se a obrigação resulta ou não de um *negócio jurídico formal* . Se resultar de um negócio formal não será título executivo (artigo 221.º, n.º 1 e 223.º, n.º 1, ambos do Código Civil)²⁷. Pelo contrário, se não resultar de um negócio formal será título executivo, devendo ser invocada no requerimento executivo a causa da obrigação subjacente²⁸.

3. A causa de pedir e a ineptidão

A causa de pedir são os factos concretos que vão permitir obter o efeito jurídico pretendido pelo autor/exequente. Isto é, a causa de pedir constitui a fundamentação do pedido.

A causa de pedir é um *facto jurídico* (artigo 581.º, n.º 4 do Código de Processo Civil), pelo que será enquadrado em normas jurídicas.

Como vimos, para Anselmo de Castro, a causa de pedir

²² Veja-se o Ac. do STJ de 16.10.1996, referente ao Proc. 96B951, em www.dgsi.pt, acedido em 24.01.2023: “A apresentação da livrança, integradora de obrigação abstrata, consubstancia a causa de pedir, sendo suficiente para fundamentar a execução”.

²³ Pinto, Rui, *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 197.

²⁴ Ac. da Relação de Lisboa, de 23.03.2001, Proc. 0063061, acedido em www.dgsi.pt em 26.01.2023: “III - Uma vez que o cheque dado à execução não foi apresentado a pagamento no prazo de 8 dias a que se refere o art. 29.º da Lei Uniforme Sobre Cheques, apenas tem o valor de documento particular quirógrafo, sem força executiva”.

²⁵ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 01.04.2014, Proc. n.º 10313/10.8TBVNGA.P1., acedido em www.dgsi.pt em 26.01.2023: “O cheque prescrito ou o cheque que não foi apresentado a pagamento no prazo legal, podem ser admitidos como título executivo, nos termos do artigo 46.º n.º 1 c) do CPCiv95, mas a causa da obrigação deve ser invocada na petição executiva, a fim de poder ser impugnada pelo executado”; Ac. da Relação de Guimarães de 10.07.2018, Proc. 5245/16.9T8GMR-C.G1, em <https://jurisprudencia.pt/acordao/184047> acedido em 26.01.2023:

“3. Extinta a obrigação cartular incorporada em título de crédito, o mesmo mantém a sua natureza de título executivo, desde que os factos constitutivos essenciais da relação causal subjacente constem do próprio documento ou sejam alegados no requerimento executivo (cfr. al. c), do n.º 1, do art. 703.º, do CPC);

4. A atribuição de força executiva aos títulos de crédito, ainda que meros quirógrafos da obrigação, justifica-se por razões de segurança do tráfego jurídico e de se favorecer a sua utilização como meios de pagamento nas transações comerciais;

5. Apesar de os títulos de crédito prescritos ou que não preencham os requisitos legais não gozarem da característica da abstração, podem ser usados como quirógrafos da relação causal subjacente à sua emissão e beneficiar da presunção de causa consagrada no n.º 1, do art. 458.º, do Código Civil, quando, não indicando a causa, traduzam atos de reconhecimento de um débito ou de promessa unilateral de prestação;

6. A emissão de uma letra, livrança ou, mesmo, de um cheque constitui o reconhecimento de uma obrigação pecuniária;

7. O exequente que propõe ação executiva fundada em quirógrafo da obrigação causal subjacente à emissão de um título de crédito tem o ónus de alegar no requerimento executivo, em obediência ao estatuído na al. c), do n.º 1, do art. 703.º, do CPC, os factos, essenciais, constitutivos da relação causal subjacente à emissão do título, sem valor como título de crédito nos termos da respetiva Lei Uniforme, quando dele não constem, de modo a possibilitar, em termos proporcionais, ao executado, o cumprimento do acrescido ónus probatório que sobre ele recai, como consequência da dispensa de prova concedida ao credor pelo art. 458.º, do Código Civil, que consagra uma inversão do ónus da prova da existência da relação fundamental (exceção ao regime geral de distribuição do ónus da prova consagrado no n.º 1, do art. 342.º, deste diploma), passando o devedor a ter de provar a falta da causa da obrigação inscrita no título ou alegada no requerimento inicial para ver os embargos proceder e a execução extinta.”

²⁶ Veja-se Pinto, Rui, *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 202 e 203.

Veja-se também Ac. da Relação do Porto de 18.07.2008, Proc. 5422/2008-1, em www.dgsi.pt, acedido em 24.01.2023: “Não vingando a obrigação cambiária incorporada no cheque, este pode continuar a valer como título executivo, enquanto documento particular assinado pelo devedor, no quadro das relações credor/devedor.”; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21.10.2014, Proc. 910/08.7TB-MCNA.P1., acedido em www.dgsi.pt: “I - Tendo deixado o cheque de constituir título cambiário por não ter sido apresentado a pagamento no prazo de oito dias a contar da data da emissão, nos termos do artigo 29.º da Lei Uniforme sobre Cheques, poderá este continuar a valer como título executivo se nele constar a relação subjacente ou se o requerimento executivo contiver tal relação. II - Mas tal já não sucederá quando subjacente à emissão do cheque se encontra um contrato de mútuo para o qual, face ao seu valor, a lei exige escritura pública ou documento particular autenticado, não tendo sido essa forma observada.”

²⁷ Veja-se também Ferreira, Amâncio, *Curso de processo de Execução*, Ed. 12ª, Almedina Coimbra, 2010, pág.s 41 a 43.

²⁸ Freitas, José Lebre, *Ação Executiva*, à Luz do Código de Processo Civil de 2013, Gest Legal, Coimbra, 7ª Edição, 2017, pág.s 75 a 77; Freitas, José Lebre, Mendes, Armindo Ribeiro e Alexandre, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol III, Almedina, 2022, pág 339 a 342.

constitui o próprio título, pelo que existindo título, existiria sempre causa de pedir²⁹.

Opinião contrária têm Castro Mendes³⁰, Rui Pinto³¹ e Lebre de Freitas³². Castro Mendes entende que o requerimento executivo tem de conter a causa de pedir sob pena de ineptidão. Rui Pinto e Lebre de Freitas entendem que se o facto jurídico não constar do requerimento executivo ou não estiver descrito no título, estaremos perante uma ineptidão do requerimento executivo, posição com a qual concordamos.

Se faltar a causa de pedir estaremos perante a ineptidão do requerimento executivo, pois não se conhece o facto jurídico em que o exequente baseia o seu pedido (artigo 188.º n.º 2 al. a) do Código de Processo Civil)³³.

A causa de pedir (tal como o pedido) tem de ser inteligível, sob pena de ineptidão (artigo 188.º n.º 2 al. a) do Código de Processo Civil). Se a causa de pedir não for inteligível, isto é, se não se compreender qual o facto jurídico em que se baseia o pedido, estaremos perante a ineptidão. Sublinhe-se que ao contrário da falta de causa de pedir, onde não se alegam quaisquer factos concretos, aqui esses factos são alegados, mas são incompreensíveis.

Poderá também ocorrer uma contradição entre o pedido e a causa de pedir, o que conduzirá à ineptidão (artigo 188.º n.º 2, al. b) do Código de Processo Civil). Tal acontecerá quando os factos concretos alegados conduzem a uma solução oposta àquela que é pedida. Por exemplo, quando se alega a nulidade de um contrato de compra e venda e se requer o pagamento do preço.

De igual modo, se forem cumuladas causas de pedir ou pedidos substancialmente incompatíveis também estaremos perante uma ineptidão (artigo 188.º n.º 2, al. c) do Código de Processo Civil). Tal acontecerá quando se formulam vários pedidos solicitando que sejam simultaneamente julgados procedentes, mas os pedidos excluem-se uns aos outros e também quando se invocam factos jurídicos que não são conciliáveis.

A ineptidão é uma exceção dilatória de conhecimento oficioso (artigo 577.º al. b) e 578.º Código de Processo Civil) que provoca a nulidade de todo o processo, podendo ser invocada pelo executado como fundamento de oposição à execução (artigo 729.º al. c) do Código de Processo Civil) levando à absolvição da instância do executado (artigo 576.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

Em conclusão, se dirá que o requerimento executivo será inepto quando não for invocada a causa de pedir, ou quando não obstante a mesma ter sido invocada seja ininteligível ou seja contraditória com o pedido ou com outra causa de pedir. Para apreciar o pedido, o Tribunal tem de se basear somente na causa de pedir invocada, sob pena de se o não fizer, incorrer a sentença em nulidade (artigo 615.º, n.º 1 al. d) do Código de Processo Civil).

Conclusões

O título executivo é um documento sem o qual não existe ação executiva competindo à secretaria (forma ordinária) ou ao agente de execução forma sumária) a sua recusa se não junto o título executivo, podendo ainda o juiz indeferir liminarmente quando seja manifesta a falta ou insuficiência do título.

No que diz respeito à causa de pedir na ação executiva existem duas grandes correntes doutrinárias: uma, segundo a qual, a causa de pedir nas ações executivas é o próprio título executivo e outra que entende que, como o título executivo é um documento, não pode o mesmo equivaler-se à causa de pedir, dado que esta é um facto jurídico de que deriva o direito ou o efeito pretendido na ação.

A corrente doutrinal que defende que o título executivo não pode equivaler-se à causa de pedir é hoje majoritária, sendo certo que o próprio artigo 724.º n.º 1 al e) do Código de Processo Civil refere que *no requerimento executivo dirigido ao tribunal de execução, o exequente: Expõe sucintamente os*

²⁹ Castro, Anselmo de, *A Ação Executiva, Singular, Comum e Especial*, 2ª edição, Coimbra, 1973, pág. 90.

³⁰ Veja-se Sousa, Miguel Teixeira de, *A Ação executiva Singular*, Lex, Lisboa 1998, pag 69; Freitas, José Lebre de, *A Ação Executiva*, à Luz do Código de Processo Civil de 2013, Gest Legal, Coimbra, 7ª Edição, 2017, pág. s184

³¹ PINTO, Rui, *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 318.

³² Freitas, José Lebre, *A Ação Executiva*, à Luz do Código de Processo Civil de 2013, Gest Legal, Coimbra, 7ª Edição, 2017, pág. s184.

³³ Veja-se neste sentido, Ac. da Relação de Guimarães de 09.07.2020, Proc. 5620/18.4T8VNF.G1, aceso em www.dgsi.pt em 26.01.2023:

I- Beneficiando o credor dum reconhecimento de dívida, tem a seu favor a inversão do ónus da prova da causa de pedir, mas não fica dispensado de a indicar, caso o título a não contenha, nos termos gerais do art. 724.º n.º 1, e) do CPC.

II- Não sendo indicada no requerimento executivo a causa ou fundamento da obrigação exequenda, ocorre ineptidão do requerimento executivo quando a mesma não constar do título (cfr. o art. 724.º, n.º 1, e) do CPC).

III- A nulidade de todo o processo por ineptidão do requerimento executivo constitui excepção dilatória não supriável (salvo na hipótese legalmente no n.º 3 do art. 186.º, n.º 3 do CPC e bem assim na hipótese, de cariz jurisprudencial, a que se referem aos artigos 264.º e 265.º do CPC).

IV- A ineptidão do requerimento executivo por falta de indicação da causa de pedir, por constituir vício enquadrável na alínea b) do n.º 2 do art. 726.º do CPC, não é susceptível de convite ao aperfeiçoamento (art. 726.º, n.º 4 do CPC) - a eventual correcção ou aperfeiçoamento não é modo legalmente admissível de sanção do vício."

factos que fundamentam o pedido, quando não constam do título executivo (...), pelo que o próprio legislador distingue claramente o título executivo da causa de pedir.

Se o próprio título executivo descrever a causa de pedir, o exequente não terá que o fazer na exposição dos factos do requerimento executivo, bastando indicar que tais factos se encontram descritos no próprio título executivo.

Não obstante se considerar que a causa de pedir não se confunde com o título executivo se estivermos perante uma unidade entre a relação jurídica cambiária e a relação jurídica subjacente, encontrando-se o direito incorporado no título, e valendo a relação cambiária independentemente da relação subjacente ou fundamental, uma letra, livrança, ou cheque poderão ser dados à execução, sem ser alegada a relação fundamental ou subjacente.

Concluindo-se que a causa de pedir são os factos concretos que vão permitir obter o efeito jurídico pretendido pelo autor/exequente, constituindo a fundamentação do pedido - não se confundindo com o título executivo - se faltar a causa de pedir estaremos perante a ineptidão do requerimento executivo, pois não se conhece o facto jurídico em que o exequente baseia o seu pedido (artigo 188.º, n.º 2 al. a) do Código de Processo Civil).

Bibliografia

Livros impressos:

Aroca, J. M. (1998). *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 8.ª Edição. Tirant Lo Blanch: Valência.

Cardoso, E. L. (1996). *Manual da Acção Executiva*, 3ª Ed., 2ª reimpressão, Almedina: Coimbra.

Carvalho Gonçalves, M. (2022). *Lições de Processo Civil Executivo*, 5.ª Edição. Almedina: Coimbra.

Carvalho, J. H. (2016). *Acção Executiva para Pagamento de Quantia Certa*. Quid Juris: Lisboa.

Castro, A. (1973). *A Acção Executiva, Singular, Comum e Especial*, 2ª edição. Coimbra.

Mendes, C. (1979). *Teoria Geral do Direito Civil*. AAFDL III: Lisboa.

Mendes, C. (1987). *Direito Processual Civil*, Volume I e III. AAFDL: Lisboa.

Mineiro, P. E. (2016). *Competências do juiz e do agente de execução na acção executiva para pagamento de quantia certa*. Almedina: Coimbra.

Freitas, J. L., Mendes, A. R. e Alexandre, I. (2022). *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, Almedina: Coimbra.

Freitas, J. L. (2017). *A Acção Executiva, à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, Gest Legal: Coimbra.

Freitas, J. L. (2013). *A confissão no direito probatório*. Coimbra Editora: Coimbra.

Marques, R. (2000). *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*. Coimbra Almedina: Coimbra.

Mendes, J. C. (1965). *A Causa de Pedir na Acção Executiva*, RFDL, XVIII, Lisboa.

Pinto, R. (2013). *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra Editora: Coimbra.

Pinto, R. (2020). *A Acção Executiva*, AAFDL, Lisboa (reimpressão).

Reis, A. (1985). *Processo de Execução*, Vol. I e II, Coimbra Editora: Coimbra (reimpressão).

Sousa, M. T. (1998). *A Acção executiva Singular*. Lex: Lisboa.

Varela, A. (1987). *Código Civil Anotado*, Vol. I. Coimbra Editora: Coimbra.

Revistas impressas:

Freitas, L. (2018). "Da Falta da Causa de Pedir no momento da Sentença Final de Embargos à Execução Titulada por Documento de Reconhecimento de Dívida", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa.

Varela, A., anotação ao Acórdão do STJ de 24.11.83, in RLJ Ano 121, págs. 147 e 148.

Jurisprudência:

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 15-05-2003, Processo 02B325, acedido em www.dgsi.pt

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 17.04.2008 referente ao processo 08B1052, acedido em www.dgsi.pt em 24.01.2023

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 15-01-2002, Processo 012204 acedido em www.dgsi.pt em 18/01/2023

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 18-01-2000, Processo 99A1037, acedido em www.dgsi.pt

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 02-06-1999 in *Sumários, n.º 32 do STJ*, pág. 37

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 29-10-96, Processo 96-A 420 acedido em www.dgsi.pt em 18/01/2023

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 16.10.1996, referente ao Proc. 96B951, em www.dgsi.pt, acedido em 24.01.2023

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 27-09-1994 in *Colectânea de Jurisprudência do STJ*, Tomo III, pág. 69

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 09-02-1994, referente ao processo 003774, acedido em www.dgsi.pt em 18/01/2023

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 08-06-1993, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 428, pág. 521

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 20-04-2021, Processo 1721/17.4T8VIS-A.C1, acedido em www.dgsi.pt, em 19-01-2023

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/03/2016, referente ao processo 3053/12.5TJCBR-A.C1, acedido em 19/01/2023 em www.dgsi.pt

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 6322/11.8TBLRA-A.C1, de 17 de junho de 2014 acedido em www.dgsi.pt em 26.01.2023

Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 09.07.2020, Proc. 5620/18.4T8VNF.G1 acedido em www.dgsi.pt em 26.01.2023

Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 10.07.2018, Proc. 5245/16.9T8GMR-C.G1, em <https://jurisprudencia.pt/acordao/184047> acedido em 26.01.2023;

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 22.10.2020. Processo 18694/19.1T8LSB-A.L1-2, acedido em www.dgsi.pt em 24.01.2023

Ac. do Tribunal do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1.04.2014. Proc. n.º 10313/10.8TBVNGA.P1., acedido em www.dgsi.pt em 26.01.2023

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.12.2009, Proc. 6659/07.0TBLRA-A.L1-6, acedido em www.dgsi.pt, em 26.01.2023

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23.03.2001, Proc. 0063061, acedido em www.dgsi.pt em 26.01.2023

Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 18.07.2008, Proc. 5422/2008-1, em www.dgsi.pt, acedido em 24.01.2023

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 21.10.2014, Proc. 910/08.7TBMCA.P1., acedido em www.dgsi.pt

Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 10.01.1995, Processo 9420731 acedido em www.dgsi.pt

A (r)evolução do teletrabalho e as ameaças à cibersegurança

The (r)evolution of telework and threats to cybersecurity



Liliana Fernandes^{*a} e Joana Brás^{*b}

^{*a}Mestre em Solicitoria, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Coimbra, Portugal, lilianamotafernandes@gmail.com.

Código ORCID: 0009-0009-0852-2157

^{*b}Professora Adjunta Convidada, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Coimbra, Portugal, jbras@iscac.pt.

Código ORCID: 0009-0009-7413-2691

Resumo O presente artigo delimita o regime jurídico do teletrabalho, no setor privado, e a importância da cibersegurança em contexto laboral. A globalização e os progressos tecnológicos ocasionam grandes avanços e transformações no mundo laboral - designadamente, no teletrabalho - mas também espoletam ameaças que importam acautelar - em particular, a segurança da informação. O mundo do trabalho está progressivamente em transformação. O vírus SARS-CoV-2 e a pandemia inerente tiveram um forte impacto no paradigma laboral. Esta conjuntura originou mudanças na organização do trabalho, sobretudo na aplicação sem precedentes do teletrabalho em Portugal. As recentes alterações legislativas ao regime jurídico do teletrabalho no Código do Trabalho evidenciam a sua (r)evolução. A análise destas normas permite refletir acerca da sua aplicação atual e, em especial, acerca do futuro, das oportunidades e dos desafios inerentes.

Palavras-chave: Teletrabalho. Globalização. Segurança da Informação. Vírus SARS-CoV-2. Futuro.

Abstract This article refers to the legal regime of telework, in the private sector, and the importance of cybersecurity in the work context. Globalization and technological progress bring advances and transformations in the world of work - namely, in telework - but they also originate threats that must be prevented - in particular, information security. The world of work is progressively changing. The Covid-19 pandemic had a strong impact on the labor paradigm. These circumstances originated deep changes in work organization, especially in the unprecedented application of teleworking in Portugal. The recent legislative changes to the legal regime of telework in the Labor Code manifest this preoccupation. The analysis of the legal frame allows a reflection on the current regimen and, in particular, on the future opportunities and inherent challenges.

Keywords: Telework. Globalization. Information security. SARS-CoV-2 Virus. Future.

Sumário: 1. Introdução. 2. O atual regime jurídico do teletrabalho. 2.1 Noção de teletrabalho. 2.2 Acordo para prestação de teletrabalho. 2.3 Direitos e deveres das partes contratuais. 2.2.1 Igualdade de tratamento. 2.3.2 Equipamentos e sistemas. 2.3.3 Privacidade do teletrabalhador e controlo do empregador. 3. As vulnerabilidades da segurança da informação em contexto de teletrabalho. 4. Vantagens e desvantagens do regime de teletrabalho. 5. Conclusões. Bibliografia.

1. Introdução

A globalização e os progressos das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) possibilitam o recurso a novas formas de organização do trabalho. Desta forma, o mundo do trabalho encontra-se em constante transformação e atualização.

O conceito de teletrabalho surgiu em 1973, introduzido por Jack Nilles, considerado o “pai do teletrabalho”.¹ A evolução da sociedade originou um enquadramento diferente na aplicação do teletrabalho. Inicialmente surgiu para limitar as deslocações para o trabalho, face ao impacto da crise petrolífera, e, nos anos seguintes, para aumentar a produtividade e também a flexibilidade.

No sentido de garantir uma maior segurança aos trabalhadores em teletrabalho, foi instituído o Acordo-Quadro Europeu sobre o Teletrabalho, em 2002. E Portugal foi o primeiro país da Europa a introduzir, no Código de Trabalho de 2003, o regime jurídico do teletrabalho, no setor privado. Em 2009, sofreu modificações que vigoraram até à introdução da recente Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro.

Atualmente, o regime jurídico do teletrabalho constitui elevada pertinência no âmbito do Direito do Trabalho. Por conseguinte, relevam os direitos e deveres das partes contratuais e as vantagens e desvantagens inerentes à aplicação do teletrabalho.

A pandemia da COVID-19 desencadeou diversas mudanças e trouxe novas perspetivas acerca do teletrabalho. Os benefícios e obstáculos identificados no passado (recente) transformaram-se. As vulnerabilidades da segurança da informação acentuaram-se, constituindo uma forte ameaça, sobretudo para a aplicação do teletrabalho. Neste contexto, serão identificadas algumas soluções que permitam prevenir o impacto dos riscos associados.

O despertar para uma nova realidade laboral acarreta inúmeros desafios.

Em suma, no presente artigo pretende-se coadjuvar na compreensão das particularidades do regime de teletrabalho, evidenciando os progressos recentes e a sua aplicabilidade futura.

2. O atual regime jurídico do teletrabalho

A Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro veio modificar o regime de teletrabalho. Trata-se de uma lei recente, em vigor desde o dia 01 de janeiro de 2022, que introduziu alterações ao Código do Trabalho e à Lei n.º 98/2009, de 04 de setembro.

Em termos gerais, a consagração desta Lei foi, a nosso ver, satisfatória². Após a experiência de teletrabalho vivenciada na pandemia, especulou-se que o teletrabalho seria o futuro do trabalho, por ser uma modalidade de trabalho com propensão para se intensificar. Por um lado, o regime jurídico carecia de atualização pelo que, neste sentido, a introdução da nova lei tornou-se fundamental até mesmo para reforçar os direitos dos teletrabalhadores. Por outro lado, constatamos que a celeridade com que foi apresentada originou algumas imprecisões que podem provocar diversas interpretações.

2.1 Noção de teletrabalho

A noção de teletrabalho está definida no artigo 165.º do Código do Trabalho como a prestação de trabalho em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, sendo que o local não é determinado por este e é necessário o recurso a tecnologias de informação e comunicação.

À luz do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21

¹ Jack Nilles sublinha, na obra *Strategies for Managing the Virtual Workforce*, que a Internet constitui a grande mudança e as tecnologias de comunicação a via para executar o teletrabalho. Cfr. Nilles, Jack. (1998). *Strategies for Managing the Virtual Workforce*. John Wiley & Sons, Inc., p. 69.

² Defendíamos a necessidade premente de uma consolidação rigorosa e concreta do regime jurídico do teletrabalho no Código do Trabalho. Cfr. Fernandes, Liliana. (2021). *A (r)evolução do teletrabalho: modalidade de contrato contemporânea*. Coimbra Business School | ISCAC, p. 68.

de outubro de 2019, a subordinação jurídica é definida como o “dever legal do trabalhador acatar e cumprir as ordens e instruções que, em cada momento, lhe sejam dirigidas pelo empregador, emitidas por este no uso do seu poder de direção da empresa, diretivas essas que são vinculativas para aquele devido à obrigação de obediência consagrada na lei”.³

Portanto, o contrato de trabalho “tem como objeto a prestação de uma atividade e, como elemento típico e distintivo, a subordinação jurídica do trabalhador”, nos termos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de janeiro de 2009.⁴

O local em que o teletrabalhador realiza o seu trabalho pode não ser o domicílio. Existem outras modalidades para prestar a atividade em teletrabalho.

A lei reconhece-o no suprarreferido artigo, porque o local não é determinado pelo empregador, não existindo a obrigatoriedade de se reconhecer o local de trabalho como o domicílio. O trabalhador também pode alterar o local de trabalho previsto no contrato, mediante acordo escrito com o empregador, nos termos do n.º 8 do artigo 166.º do CT, revelando, assim, as diversas formas de exercer o regime de teletrabalho. E, no n.º 2 do artigo 170.º do CT, é reforçada esta ideia (“*Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador (...)*”).

É possível identificar dois critérios⁵: o critério do local, que abrange não só o teletrabalho no domicílio⁶, como também em telecentros⁷ (como os centros-satélite e os *telecottages*)⁸ e o teletrabalho móvel⁹ e o critério da forma de comunicação ou ligação à empresa, que engloba o teletrabalho em contacto informático direto e permanente com a empresa (*online*) e o teletrabalho em que não é necessário o contacto permanente com a empresa (*offline*).

2.2 Acordo para prestação de teletrabalho

Os artigos 166.º e 166.º-A (aditado ao Código do Trabalho) apresentam um carácter inovador, pois determinam as especificidades do acordo para prestação de teletrabalho, de forma mais detalhada do que a lei anterior, e reconhecem quem tem direito a exercer a sua atividade em teletrabalho, podendo abranger mais trabalhadores com este direito.

Em primeiro lugar, para ser possível implementar o regime de teletrabalho é obrigatório celebrar um acordo escrito, que tanto pode estar integrado no contrato de trabalho inicial, como ser autónomo em relação a este. Esta exigência ocorre para prova de estipulação deste regime, consistindo numa formalidade *ad probationem*.

No caso de o trabalhador recusar a proposta de acordo de teletrabalho do empregador, esta recusa não pode ser causa de despedimento ou de processo sancionatório, nem necessita de ser fundamentada. Pelo contrário, se a proposta de acordo for feita pelo trabalhador, que desempenha uma atividade compatível com o regime de teletrabalho e a empresa dispuser de recursos, o empregador só pode recusar por escrito e fundamentar a recusa.

No acordo deve ficar definido se o teletrabalho terá um carácter permanente ou alternativo em termos de períodos de trabalho à distância e de trabalho presencial. Nesta última opção, a lei parece consagrar a possibilidade de o teletrabalho ser realizado em regime híbrido ou misto.

Para além disso, o acordo de teletrabalho pode ter: duração determinada, que não pode exceder seis meses e renovar-se automaticamente por iguais períodos, se as partes não declararem por escrito (até 15 dias antes do seu término) que não pretendem renovar; ou duração indeterminada e qualquer das partes pode fazê-lo cessar por escrito, com efeitos no 60.º dia posterior e, neste caso, o trabalhador retoma a atividade em regime presencial. Existe ainda o

³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de outubro de 2019, processo 227/18.9T8MTS.P1 (relator Rita Romeira) in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd/ee8f-6630f92978b8802584bf003afee5?OpenDocument>. Acedido e consultado em 01 de setembro de 2022.

⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de janeiro de 2009, processo 08S2470 (relator Vasques Dinis) in <http://www.dgsi.pt/jsj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b5c23e9ac66b4fd58025754c0051a3a5?OpenDocument&Highlight=0%2Cinspec%C3%A7%C3%A3o-geral%2Ctrabalho>. Acedido e consultado em 01 de setembro de 2022.

⁵ Rebelo, Glória. (2019). *Estudos de Direito de Trabalho*. Edições Sílabo, p. 211.

⁶ O teletrabalho no domicílio é distinto do tradicional trabalho no domicílio. Em primeiro lugar, o teletrabalho não é, apenas, executado no domicílio, assumindo outras modalidades e, em segundo lugar, é necessário o recurso às TIC que permitem o estabelecimento da subordinação jurídica entre as partes do contrato. Em contrapartida, o trabalho no domicílio tradicional abrange, maioritariamente, atividades manuais e artesanais (v.g. alfaiates). Cfr. Amado, João Leal. (2019). *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*. 3ª Edição. Edições Almedina, p. 135.

⁷ O teletrabalho prestado num telecentro consiste naquele cuja estrutura é partilhada por teletrabalhadores sem relação entre si, de modo telemático, ligados à mesma empresa ou a diversas empresas. Cfr. *ibid.*, p. 136.

⁸ Os centros ou escritórios satélites e os *telecottages* são distintos, na medida em que, nos primeiros, os teletrabalhadores são todos da mesma empresa, partilhando o espaço e o equipamento necessários no exercício da sua atividade e, nos segundos, podem coexistir teletrabalhadores vinculados a diversos empregadores, situados, normalmente, na periferia dos centros urbanos. Cfr. Quintas, Hélder e Paula. (2016). *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, p. 75.

⁹ O teletrabalho móvel, nómada ou itinerante pode ser realizado em local improvisado. Por exemplo, quando o teletrabalhador está a trabalhar a partir de um hotel, de um automóvel ou de um comboio. Cfr. Rebelo, Glória. (2019). *Estudos de Direito de Trabalho*. Edições Sílabo, pp. 211 e 212.

direito de, nos primeiros 30 dias, qualquer das partes poder denunciar o acordo.¹⁰

Concluimos que, no que concerne à duração do contrato de trabalho, estipulada no artigo 167.º do CT, existiram algumas modificações, pois no CT anterior o contrato não podia exceder três anos, no caso de trabalhador anteriormente vinculado ao empregador, e no artigo em vigor pode ter duração indeterminada, mas com possibilidade de cessação. Presentemente, o contrato deve conter a identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes, o local de trabalho do teletrabalhador, o período normal do trabalho diário e semanal, o horário de trabalho, que não era obrigatório incluir à luz do CT de 2009, a atividade contratada e categoria correspondente, a retribuição, incluindo prestações complementares e acessórias, o proprietário dos instrumentos de trabalho e o responsável pela sua instalação e manutenção, já não sendo feita menção ao responsável pelo pagamento das despesas. Outra das novidades diz respeito à periodicidade e ao modo de concretização dos contactos presenciais (alíneas a) a h) do n.º 4 do artigo 166.º do CT).

Nos termos do artigo 166.º-A do CT têm direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, os trabalhadores: Vítimas de violência doméstica (quando o teletrabalho é compatível com a atividade desempenhada), nos termos do artigo 195.º do CT;

Com filho com idade até 3 anos (quando o teletrabalho é compatível com a atividade desempenhada e o empregador disponha de recursos e meios);

Com filho até 8 anos de idade, embora com algumas ressalvas. Este direito só pode ser exercido nos casos em que ambos os progenitores reúnam condições para o exercício da atividade em regime de teletrabalho, desde que o mesmo seja exercido por ambos em períodos sucessivos de igual duração num prazo de referência máxima de 12 meses e nos casos de famílias monoparentais ou situações em que apenas um dos progenitores, comprovadamente, reúne condições para o exercício da atividade em regime de teletrabalho, desde que não corresponda a trabalhador de microempresa;

Com estatuto de cuidador informal não principal, sendo necessária a comprovação, e pelo período máximo de quatro anos seguidos ou interpolados (quando o teletrabalho é compatível com a atividade desempenhada e o empregador disponha de recursos e meios).

Nestas situações, o empregador não pode opor-se ao

pedido do trabalhador, com exceção do trabalhador com estatuto de cuidador informal não principal. Neste caso, pode opor-se quando não estejam reunidas condições ou perante exigências imperiosas do funcionamento da empresa. A violação dos direitos supramencionados constitui contraordenação grave.

2.3 Direitos e deveres das partes contratuais

2.3.1 Igualdade de tratamento

O teletrabalhador tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores da empresa com a mesma categoria ou função idêntica, como estipula o artigo 169.º do CT.

Estes direitos e deveres dizem respeito, nomeadamente a formação, promoção na carreira, limites da duração do trabalho, períodos de descanso, férias pagas, proteção da saúde e segurança no trabalho, reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais e acesso a informação das estruturas representativas do trabalhador.

A retribuição do teletrabalhador deve ser equivalente à auferida em regime presencial, com a mesma categoria e função idêntica. Este tem ainda o direito a participar presencialmente em reuniões efetuadas nas instalações da empresa, quando convocado pelas comissões sindicais e intersindicais ou pela comissão de trabalhadores e tem direito a integrar o número de trabalhadores da empresa para efeitos relativos a estruturas de representação coletiva, assim como a candidatar-se a estas estruturas.

A Lei n.º 83/2021 de 06 de dezembro também procedeu à alteração do regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais (Lei n.º 98/2009, de 04 de setembro), no que diz respeito à definição do local de trabalho para efeitos de acidente de trabalho.

Nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 98/2009, de 04 de setembro, considera-se acidente de trabalho aquele que se verifique “no local e no tempo de trabalho e produza direta ou indiretamente lesão corporal, perturbação funcional ou doença de que resulte redução na capacidade de trabalho ou de ganho ou a morte”. Face à recente alteração, nos casos de teletrabalho ou trabalho à distância, passou a considerar-se como local de trabalho aquele que conste do acordo de teletrabalho.¹¹

¹⁰ De acordo com Guilherme Dray e Palma Ramalho trata-se de um “direito de arrependimento”, que desempenha um papel similar ao do período experimental. Cfr. Martinez, Pedro Romano *et al.* (2020). *Código do Trabalho Anotado*. 13.ª Edição. Edições Almedina, p 436 e Ramalho, Maria do Rosário Palma. (2010). *Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*. 3.ª Edição. Almedina, p. 365.

¹¹ Deste modo, deve-se estabelecer uma “presunção de causalidade, *“juris tantum”* entre o acidente e as suas consequências”, nos termos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01 de junho de 2017, processo 919/11.3TTCBR-A.C1.S1 (relator Ferreira Pinto), in a6a8025813300321ab2?OpenDocument. Acedido e consultado em 07 de julho de 2022.

Parece-nos evidente que o legislador pretendeu reforçar a necessidade de se estipular o local de trabalho do teletrabalhador no acordo de teletrabalho para, conseqüentemente, ser possível averiguar a existência de um nexo de causalidade entre o acidente de trabalho e a ocorrência de lesões (no tempo e local de trabalho) e, assim, ser possível limitar as responsabilidades inerentes.

Outra das matérias relacionadas com o teletrabalho, fonte de acesa discussão e debate durante o período pandémico e que ainda suscita diferentes interpretações por carecer de menção expressa na lei é o **direito ao subsídio de refeição**.

Uma parte da doutrina defende que o teletrabalhador não deve receber este subsídio, pois este teria como finalidade compensar o trabalhador por tomar a refeição fora da residência. Esta posição é reforçada e fundamentada no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de novembro de 2018, que determina que o subsídio de refeição “tem natureza de benefício social e destina-se a compensar os trabalhadores das despesas com a refeição principal do dia em que prestam serviço efetivo, tomada fora da residência habitual.”.¹²

Porém, o legislador ainda não clarificou a obrigatoriedade do pagamento do subsídio de refeição ao teletrabalhador, constituindo, por isso, uma situação crítica numa lei que visa atualizar e consolidar o regime do teletrabalho. Na nossa opinião, e salvo melhor entendimento, o pagamento deste subsídio deve ser obrigatório, atendendo à igualdade de direitos e deveres do teletrabalhador para com os restantes trabalhadores (conforme o artigo 169.º do CT). A questão não se deve basear no facto de o trabalhador tomar ou não a refeição fora da sua residência, já que, por exemplo, existem trabalhadores que tomam as suas refeições nas instalações da empresa¹³ e o pagamento do subsídio de refeição não é contestado (sendo que também não é obrigatório por lei). Este subsídio é uma forma de compensar os gastos com a refeição.

Além disso, tendo em consideração que existem muitos trabalhadores a receber o salário mínimo nacional, cremos que o não pagamento do referido subsídio irá agravar a

sua situação económica e, conseqüentemente a economia do país (numa perspetiva abrangente e relacionada com o ininterrupto aumento do custo de vida).

2.3.2 Equipamentos e sistemas

A responsabilidade de disponibilizar equipamentos e sistemas necessários para o trabalhador realizar o seu trabalho e poder interagir com o empregador constituiu um dos obstáculos à aplicação estável do teletrabalho durante a pandemia. Duas razões estão na origem desta dificuldade: Em primeiro lugar, o CT de 2009 definia no artigo 168.º uma presunção ilidível ou *iuris tantum*¹⁴ de que os instrumentos de trabalho, referentes às TIC, utilizados pelo trabalhador, pertenciam ao empregador. Mas, em tempos extraordinários, alguns empregadores não conseguiram disponibilizar, de imediato, instrumentos de trabalho aos seus trabalhadores, e muitos destes estavam desprovidos de ferramentas tecnológicas para exercer a atividade ou tiveram de utilizar os seus próprios meios que não eram apropriados. Paralelamente, surgiu a dúvida de quais os instrumentos de trabalho que poderiam estar incluídos; e Em segundo lugar, desconhecia-se que despesas deveriam ser consideradas para efeitos de pagamento, que se pressupunha ser assegurado pelo empregador, se nada fosse indicado no contrato. Seria somente a internet? Ou a eletricidade e o telefone também? De que forma seria efetuado o cálculo para o devido pagamento?

Na realidade, ao contrário do que seria de esperar face à evolução do regime jurídico do teletrabalho, estas questões continuam sem ter resposta clara e concreta, e as incertezas quanto a esta matéria persistem.

No atual artigo 168.º do CT a responsabilidade pela disponibilização dos equipamentos e sistemas necessários à realização do trabalho por parte do trabalhador é imputada ao empregador. No acordo celebrado deve ficar especificado se estes instrumentos são fornecidos diretamente ou adquiridos pelo trabalhador com a concordância do empregador acerca das suas características e preços.

Quanto às despesas, o legislador mencionou, de forma expressa, que são compensadas pelo empregador todas as

¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de novembro de 2018, processo 12766/17.4T8LSB.L1.S1 (relator Ribeiro Cardoso), in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/750bd12a547539c0802583530040b717?OpenDocument> Acedido e consultado em 07 de outubro de 2022.

¹³ De acordo com Paulo Duarte Santos, desde a última crise económica que os trabalhadores começaram a levar e a tomar as suas refeições nas instalações do empregador e tal prática “nunca colocou em causa o pagamento do subsídio de refeição” in Santos, Paulo Duarte. (2020). *Outros temas entre a Legislação Covid-19 e o Código do Trabalho*. Covid-19 – Implicações na Jurisdição do Trabalho e da Empresa. CEJ, p. 182. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_Covid_Trabalho2020.pdf

E, Paula Quintas acrescenta que com “a abolição do pagamento do subsídio de refeição, poderia pensar-se que se aboliria também tal necessidade”, in QUINTAS, Paula. 07 de abril de 2020. “O regime do teletrabalho excepcional e o subsídio de refeição”. Artigo do Observatório Almedina. Disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/07/o-regime-do-teletrabalho-excepcional-e-o-subsidio-de-refeicao/>

¹⁴ Martínez, Pedro Romano et al. (2020). *Código do Trabalho Anotado*. 13.ª Edição. Edições Almedina, p. 437.

despesas adicionais que o trabalhador tenha como direta consequência da aquisição ou uso dos equipamentos e sistemas informáticos ou telemáticos para realizar o trabalho, incluindo-se acréscimos de custos de energia e da rede instalada no local de trabalho e custos de manutenção dos mesmos equipamentos e sistemas. A compensação deverá ser paga imediatamente após a realização das despesas do trabalhador, bastando que o trabalhador comprove que teve estas despesas adicionais.

A nova redação da lei define o significado de **despesas adicionais**, considerando-as como aquelas que correspondem à aquisição de bens e/ou serviços de que o trabalhador não dispunha antes de celebrar o acordo para prestação de teletrabalho e aquelas que teve em comparação com as despesas homólogas do mesmo mês do último ano anterior à aplicação do acordo. Esta compensação não é um rendimento para o trabalhador, mas sim um custo para o empregador, para efeitos fiscais.

Contudo, o cerne da questão subsiste: como calcular as despesas adicionais? Propomos, para tal, algumas considerações.

Atualmente, a maioria das pessoas utiliza pacotes de TV e Internet, logo torna-se impossível calcular as despesas adicionais efetivas que o teletrabalhador tem (de rede instalada) como consequência da realização do seu trabalho. Esta dificuldade será acrescida se, exemplificativamente, coabitarem vários trabalhadores em regime de teletrabalho e para empresas diferentes.

Numa tentativa de colmatar estas incertezas, a Direção-Geral da Administração e do Emprego Público (DGAEP) emitiu algumas orientações, que podem ter um “efeito espelho nas relações de direito laboral privado”.¹⁵ Assim, veio determinar que se deve considerar no período normal de trabalho diário de cada trabalhador, as necessidades que o trabalho de cada um exige para utilizar a rede, entre outros fatores, devendo ter em atenção os princípios da não duplicação da compensação das despesas, da proporcionalidade e da adequação. Por uma questão de certeza e segurança jurídica, é aconselhado o estabelecimento prévio de um acordo de pagamento entre os vários empregadores e os respetivos trabalhadores.¹⁶

Porém, desta forma, a empresa poderá ter acesso não

só aos dados pessoais dos seus trabalhadores como de outros trabalhadores, o que coloca em causa, acreditamos, a proteção dos dados pessoais¹⁷ dos mesmos.

Apesar do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) determinar a licitude do tratamento que seja necessário para a concretização de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados (artigo 6.º, n.º 1, al. b)), esta sugestão é, a nosso ver, de difícil aplicabilidade prática, tanto para os teletrabalhadores como para os empregadores.

De igual forma, não nos parece um propósito idóneo o facto de o legislador entender que se deve comparar as despesas homólogas do trabalhador no mesmo mês do último ano anterior à aplicação do acordo para prestação de teletrabalho, porque não é referido em que moldes será feita a comparação. Por isso, subentendemos que, no mês homólogo do ano anterior, o trabalhador já deveria estar vinculado à empresa, para evitar a existência de diversos abusos. Neste âmbito, no ano anterior já estavam muitos trabalhadores em teletrabalho, logo, se o empregador comparar as despesas do presente mês de março de 2022 com as despesas do mês de março de 2021 poderá não haver um grande acréscimo.

Com o objetivo de tentar solucionar estas questões, algumas empresas defendem o estabelecimento de um valor fixo para estas despesas adicionais. A Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro procurou ser flexível a este respeito, mas esta flexibilidade tornou-se prejudicial e, neste momento, podemos referir que estamos perante uma verdadeira lacuna da lei.

A prova exigida de despesas adicionais é complexa. Deste modo, defendemos, no cenário atual, a fixação de um valor mensal justo e adequado para as partes contratuais sentirem mais segurança e mais estabilidade na aplicação do regime de teletrabalho. Salientamos um valor justo e adequado para evitar situações de conflito em que, a título exemplificativo, o valor mensal fixo pago possa ser inferior ao comprovado valor das despesas adicionais.

Em suma, no que respeita ao cálculo para pagamento destas despesas adicionais, as modificações legislativas ficaram muito aquém das expectativas.

¹⁵ Jornal Público. (11 de fevereiro de 2022). *Teletrabalho: envio de e-mail sem exigir resposta imediata não viola direito a desligar*, in <https://www.publico.pt/2022/02/11/economia/noticia/envio-email-exigir-resposta-imediata-nao-violo-direito-desligar-1995193>

¹⁶ Informação disponibilizada pela DGAEP, in <https://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=b8a129f3-8eb7-4b56-932f-f084b9abab44&ID=74000000>

¹⁷ O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) - determina no n.º 1 do artigo 4.º que os dados pessoais consistem em “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (‘titular dos dados’); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”.

Atualmente, existe uma proposta aprovada que prevê a alteração da lei no âmbito do contrato de teletrabalho mediante a determinação de um valor fixo como forma de compensação das despesas adicionais. Caso não exista acordo quanto a esse valor, o cálculo será feito por comparação com o último mês de trabalho em regime presencial. Trata-se, por isso, de uma iniciativa que visa solucionar alguns dos problemas existentes e incentivar os trabalhadores e as empresas a aplicar este regime de trabalho.¹⁸

2.3.3 Privacidade do teletrabalhador e controlo do empregador

As recentes alterações do regime de teletrabalho também incidiram sobre os direitos de privacidade e de controlo do trabalhador e do empregador, respetivamente. Consagraram-se deveres especiais para o empregador, destacando-se, desde logo, o dever de abstenção de contacto no período de descanso e deveres especiais para o trabalhador.

O empregador tem o dever de respeitar a privacidade do trabalhador, o horário de trabalho, os tempos de descanso¹⁹ e de repouso da família deste e proporcionar-lhe boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e psíquico, nos termos do artigo 170.º do CT. Verificamos, de imediato, que a nova lei adicionou o horário de trabalho como forma de reforçar este direito do trabalhador e o dever do empregador o respeitar.

Se estivermos perante um teletrabalhador que presta a sua atividade no domicílio, é exigido um aviso prévio de 24 horas e a concordância do trabalhador para que haja visita ao seu local de trabalho. Esta visita só pode ser efetuada na presença do trabalhador durante o horário de trabalho acordado e com o objetivo de controlar a atividade laboral e os instrumentos de trabalho, de forma adequada e proporcional.

Encontra-se completamente vedado ao empregador a possibilidade de captura e utilização de imagem, de som, de escrita, de histórico ou o recurso a outros meios de controlo que interfiram no direito à privacidade do trabalhador (caso contrário, trata-se de uma contraordenação muito grave). Esta norma do artigo 170.º do CT constitui uma novidade pertinente, pois procura prevenir, de forma expressa, o controlo abusivo do empregador no regime de teletrabalho. Durante a pandemia o recurso a meios de vigilância ilícitos²⁰ e o recurso a softwares que permitem o controlo detalhado do trabalho efetuado apresentou-se preocupante.

Neste contexto, a lei determina o dever de o empregador respeitar os princípios da proporcionalidade e da transparência para controlar a prestação de trabalho e proíbe a existência de conexão permanente (artigo 169.º-A do CT). A organização é o alicerce para o teletrabalhador. Exemplificando, quando ocorrem reuniões de trabalho à distância ou ações de formação presenciais devem ser agendadas com, pelo menos, 24 horas de antecedência. Nestes casos, o empregador pode exercer os seus poderes de direção e controlo²¹ através dos equipamentos e sistemas de comunicação e informação afetos à atividade do trabalhador, desde que este conheça os procedimentos previamente e com respeito pela privacidade.

Dito isto, existem **deveres especiais que o empregador deve cumprir** (n.º 1 do artigo 169.º-B do CT), designadamente, deverá informar o trabalhador, quando necessário, acerca das características e do modo de utilização de todos os dispositivos, programas e sistemas adotados para acompanhar a sua atividade. Deve abster-se de contactar o trabalhador no período de descanso e diligenciar no sentido de reduzir o isolamento do trabalhador promovendo contactos presenciais com as chefias e restantes trabalhadores, com intervalos não superiores a dois meses. Deve garantir ou custear ações de manutenção e de correção de avarias do equipamento e dos sistemas utilizados no teletrabalho, bem como consultar o trabalhador, por escrito, antes de introduzir mudanças nos equipamentos e sistemas, nas

¹⁸ Jornal de Negócios. (20 de dezembro de 2022). *Acordos de teletrabalho vão poder ter valor fixo para compensar despesas*, in <https://www.jornaldenegocios.pt/economia/emprego/lei-laboral/detalhe/acordos-de-teletrabalho-va-poder-ter-valor-fixo-para-compensar-despesas>

¹⁹ O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de janeiro de 2018, processo n.º 2066/15.0T8PNF.P1 (Relator: Domingos Morais) determina que o "momento limite entre o 'tempo de trabalho' e o 'tempo de descanso' é aquele em que o trabalhador adquire o domínio absoluto e livre da gestão da sua vida privada.". E, a "disponibilidade do trabalhador ao serviço do empregador, 24 horas por dia, 6 dias por semana, viola o direito do trabalhador 'ao repouso e aos lazeres', pessoais e familiares, previsto no artigo 59.º, n.º 1, alínea d), da Constituição da República Portuguesa (CRP)", in <http://www.dgsi.pt/trp.nsf/56%e7121657f91e80257cda00381fdff6cd2c4a6745adb2a8025822e00407c51?OpenDocument&Highlight=0,teletrabalho> Acedido e consultado em 04 de junho de 2022.

²⁰ O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de maio de 2010, processo n.º 467/06.3TTTCBR.C1.S1. (relator: Sousa Grandão) estipula que "a utilização de meios de vigilância será sempre ilícita (ainda que com aviso prévio da sua instalação feito ao trabalhador), desde que tenha a finalidade de controlar o desempenho profissional do ou dos trabalhadores, só sendo, pois, lícita a sua utilização quando a tal finalidade se não destine e, outrossim, se destine à protecção e segurança de pessoas e bens ou quando as exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem, caso em que se torna imprescindível o cumprimento pela empregadora do dever de informar o trabalhador.", in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ab22ee9a58a0bcd9802577530029f953?OpenDocument>. Acedido e consultado em 04 de junho de 2022.

²¹ O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de novembro de 2013, processo n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1 (relator: Mário Belo Morgado) estabelece que o "poder de direção do empregador, enquanto realidade naturalmente inerente à prestação de trabalho e à liberdade de empresa, inclui os poderes de vigilância e controle, os quais, têm, no entanto, de se conciliar com os princípios de cariz garantístico que visam salvaguardar a individualidade dos trabalhadores e conformar o sentido da ordenação jurídica das relações de trabalho em função dos valores jurídico-constitucionais.", in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e32eab3444364cb980257c2300331c47?OpenDocument>. Acedido e consultado em 04 de março de 2022.

funções ou em qualquer característica da atividade contratada e, ainda, facultar formação ao trabalhador para o uso adequado e produtivo dos equipamentos e sistemas.

O designado “direito à desconexão” foi, no decorrer dos anos, conquistando uma dimensão em termos doutrinários, embora nunca tenha sido defendido de modo consensual, e tendo sido, inclusive, objeto de algumas iniciativas legislativas, mas sem aprovação.²²

São variadas as razões que alicerçaram a sua importância, como a existência de limites do tempo de trabalho, o equilíbrio entre a vida pessoal e profissional, minimizando a existência de *workaholics* e reforço da saúde, segurança e bem-estar.

Até 2021, somente França (artigo L2242-17 da Lei n.º 2016-1088, de 08 de agosto, conhecida como a Lei “*El Khomri*”), Espanha (artigo 88.º da Lei Orgânica 3/2018, de 5 de dezembro), Itália (artigo 19.º da Lei 81/2017, de 22 de maio, denominado “*lavoro agile*”) e Bélgica (artigo 16.º da lei sobre o reforço do crescimento económico e da coesão social, de 26 de março de 2018) haviam consagrado, expressamente, este direito.²³

Em Portugal, o fenómeno do teletrabalho realizado, sobretudo, no domicílio, durante a pandemia, veio disseminar erroneamente a ideia de que o trabalhador deve estar 24 horas conectado. Por conseguinte, tornou-se premente dissipar esta conceção associada ao teletrabalho e reforçar o direito do trabalhador a não estar conectado de forma ilimitada.

Posto isto, está estabelecido no artigo 199.º-A do CT que o empregador tem o dever de abstenção de contacto, no período de descanso, salvo situações de força maior. A violação deste dever constitui contraordenação grave. Da mesma forma, será proibido qualquer tratamento menos favorável ao trabalhador por exercer o direito ao período de descanso, constituindo uma ação discriminatória.

Mais do que um “direito à desconexão” do trabalhador (porque a empresa sempre teve um “dever de não conexão profissional” fora do horário de trabalho²⁴) trata-se de um dever do empregador respeitar o período de descanso daquele.

É importante ressaltar que esta norma não abrange somente os teletrabalhadores. Aplica-se, igualmente, a todos os trabalhadores, quer estejam em teletrabalho ou não, não podendo mesmo deixar de ser observado, designadamente, em situações de isenção de horário ou trabalho suplementar.

A sua interpretação pode originar dúvidas acerca do significado de situações de força maior, que não está especificado. De facto, estamos perante um conceito indeterminado que deve ser avaliado caso a caso, podendo abranger situações em que o contacto seja imperioso, por ser indispensável para prevenir ou reparar prejuízos graves para o órgão ou serviço devido a acidente ou a risco de acidente iminente.

Deste modo, não haverá violação deste dever de abstenção se, por exemplo, o empregador enviar um e-mail ao trabalhador fora do seu horário laboral em que não seja exigida resposta ou qualquer outra ação imediata por parte do trabalhador.²⁵

Apesar de a nova redação da lei ser omissa quanto à possibilidade de, para além do empregador, outros sujeitos da relação laboral (como superiores hierárquicos e os próprios colegas de trabalho) deverem respeitar a abstenção de contacto, entendemos que este dever também se estende aos restantes sujeitos, pois só desta forma poderá existir um efetivo respeito pelo período de descanso.

Por sua vez, o trabalhador também tem consagrados na lei alguns deveres especiais (n.º 2 do artigo 169.º-B do CT), designadamente o dever de informar previamente o empregador sobre quaisquer avarias ou defeitos de funcionamento dos equipamentos e sistemas utilizados; cumprir as instruções do empregador, em termos de segurança da informação utilizada ou produzida na atividade; respeitar as regras que o empregador defina acerca do uso para fins pessoais dos equipamentos e sistemas de trabalho fornecidos e observar as diretrizes do empregador em matéria de saúde e segurança no trabalho.

A relevância do dever ligado à segurança e saúde no trabalho notabilizou-se no decorrer da aplicação do teletrabalho na pandemia. Como efeito, a lei aditou regras que salvaguardam a segurança e saúde do teletrabalhador

²² Os partidos apresentaram, em 2017, projetos de lei no quais propuseram alterações ao Código do Trabalho, mediante a consagração do direito do trabalhador à desconexão profissional, in <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/IniciativasLegislativas.aspx>

²³ O direito a desligar ou à desconexão representa um assunto em análise, em alguns países vanguardistas, que pretendem aplicá-lo, diligentemente. Nesta orientação, o Parlamento Europeu adotou, no início do ano de 2021, a Resolução do Parlamento Europeu, que contém recomendações à Comissão Europeia sobre o direito a desligar.

²⁴ A existência de um direito à desconexão parece pressupor, *prima facie*, que o empregador teria um direito à conexão, o que não se verifica, in Amado, João Leal. (2019). *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*. 3ª Edição. Edições Almedina, pp. 265 e 266.

²⁵ Informação disponibilizada pela DGAEP, in <https://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=b8a129f3-8eb7-4b56-932f-f084b9abab44&ID=74000000>.

(artigo 170.º-A do CT). Assim, veio proibir atividades que impliquem o uso ou contacto com substâncias e materiais perigosos para a saúde ou a integridade física do trabalhador, exceto se efetuados em instalações certificadas para tal. No trabalho com equipamentos dotados de visor, o legislador determina que o empregador tem responsabilidades acrescidas, remetendo para o Decreto-Lei n.º 349/93, de 01 de outubro. O trabalhador deve facultar o acesso ao local de trabalho para que os profissionais designados pelo empregador avaliem e controlem as condições de segurança e saúde no trabalho, num período previamente acordado, entre a 9 e as 19 horas, dentro do horário de trabalho.

Desta forma, nos termos do artigo 171.º do CT, cabe ao serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área do trabalho, ou seja, à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), fiscalizar o cumprimento das normas que regulam o regime de teletrabalho, inclusive as normas relativas à segurança e saúde no trabalho, e contribuir para a prevenção dos riscos profissionais inerentes ao aludido regime. Sempre que ocorram visitas de autoridades inspetivas ao domicílio do trabalhador, no âmbito das ações de fiscalização, é necessário o consentimento deste e a comunicação da sua realização com 48 horas de antecedência, no mínimo.

3. As vulnerabilidades da segurança da informação em contexto de teletrabalho

O surgimento da pandemia obrigou muitas empresas e respetivos trabalhadores a adotarem o regime de teletrabalho, como forma de trabalho prioritária²⁶, desde que compatível com a atividade e com as funções exercidas. Porém, muitos trabalhadores e empregadores não estavam preparados para a aplicação do teletrabalho.

O facto do CT de 2009 não apresentar normas adequadas que orientassem as partes contratuais também comprometeu a sua aplicação, obrigando o Governo a tomar medidas excepcionais. Estas medidas acerca do teletrabalho foram determinantes, sobretudo, para mitigar os efeitos nefastos da pandemia, garantindo o distanciamento social. No entanto, não acautelaram uma outra situação que, na atualidade, constitui uma forte preocupação: os ciberataques no contexto do teletrabalho.

A segurança da informação constitui o objetivo primordial das empresas, tendo em consideração que é fundamental para o seu bom funcionamento. Consideramos, no entanto, que esta nova realidade laboral abriu caminho para um aumento das vulnerabilidades das mesmas, no que respeita à proteção da informação.

As empresas portuguesas estavam organizadas e estruturadas mediante um modelo presencial, que teve de se ajustar, repentinamente, a um modelo remoto. É, por isso, fulcral que as empresas adotem medidas que garantam a proteção da informação e evitem inseguranças e preocupações acrescidas.

A recente Lei n.º 83/2021 de 6 de dezembro introduziu uma norma, a nosso ver, de forma prudente, que possibilita ao empregador, mediante a publicitação de um regulamento interno e observando as regras do RGPD, definir as atividades e as condições em que a adoção do teletrabalho na empresa poderá ser por ele aceite (n.º 9 do artigo 166.º do CT). Assim, por exemplo, o empregador poderá restringir, através do regulamento interno, o uso dos equipamentos e sistemas de trabalho para fins pessoais ou determinar quais as regras de segurança da informação que o trabalhador deve cumprir.

Contudo, sublinhe-se, para executar esse propósito, o trabalhador necessita de formação, facultada pelo empregador, de forma a poder utilizar, adequadamente e de forma produtiva, os equipamentos e sistemas utilizados no regime de teletrabalho. E este é um dos pontos-chave para a segurança da informação: a formação do trabalhador que presta a sua atividade em teletrabalho.

Os ataques informáticos estão a evoluir de uma forma sem precedentes, contrariamente à proteção da segurança da informação existente nas empresas portuguesas, sobretudo, nas PME's.²⁷

A iliteracia digital existente é uma porta de entrada para estes ataques.

A maioria das vezes em que ocorrem ciberataques deve-se a algum descuido ou erro humano (tratando-se de uma ameaça interna) ao invés da falta de sistemas de proteção. Por isso, defendemos que a consciencialização dos empregadores e a formação dos trabalhadores são fatores preponderantes para uma proteção adequada e eficaz.

É essencial não divulgar quaisquer informações de caráter profissional, designadamente, nas redes sociais, utilizar

²⁶ À luz do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, que estabeleceu medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus - COVID 19.

²⁷ O Gabinete de Cibercrime da Procuradoria-Geral da República revelou que, em 2021, o fenómeno criminoso mais denunciado pelas empresas foi o do *ransomware*, in <https://cibercrime.ministeriopublico.pt/>

os equipamentos e sistemas acordados e ser o único a utilizá-los, evitar usar redes Wi-Fi públicas, utilizar uma VPN (*Virtual Private Network*) e ainda ter passwords fortes (criadas a partir de um gestor de *passwords* aleatórias a cada 30 dias, a título de exemplo). Também devem ser realizados backups de forma regular para um dispositivo externo e garantir que a firewall está ativada e o antivírus atualizado.

Em jeito de curiosidade, em 2020, a palavra-passe mais utilizada foi 123456²⁸, revelando a falta de consciencialização dos utilizadores para os perigos existentes na Internet, que podem comprometer a informação.

Outra recomendação a levar em consideração é a não abertura de e-mails de origem desconhecida ou suspeitos, pois pode tratar-se de uma ação fraudulenta, por exemplo, através de atos de engenharia social, como o *phishing*, nos quais os trabalhadores podem ser enganados e manipulados de modo a revelar dados.²⁹

Estes dados podem dizer respeito à empresa, mas também podem ser dados pessoais, podendo existir divulgação de informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, ou seja, o titular dos dados (nos termos do RGPD) e, assim, originar fiscalizações por parte da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd).

Os ciberataques podem não ter efeitos imediatos. Os dados podem ser utilizados ou alienados no futuro em sites desconhecidos. Neste cenário, podemos estar perante alguns tipos legais de crimes, nomeadamente quando os dados pessoais são utilizados de forma incompatível com a finalidade determinante da recolha, quando existe acesso indevido (acesso a dados pessoais sem autorização ou justificação), desvio de dados (os dados pessoais são copiados, subtraídos, cedidos ou transferidos, a título oneroso ou gratuito, sem previsão legal ou consentimento, independentemente da finalidade prosseguida), viciação ou destruição de dados (os dados pessoais são apagados, destruídos, danificados, ocultados, suprimidos ou modificados, sem a devida autorização ou justificação, e tornam-se inutilizáveis ou o seu potencial de utilização fica afetado), inserção de dados falsos (são inseridos ou é facilitada a inserção de dados pessoais falsos, com a intenção de obter vantagem indevida para si ou para terceiro, ou para causar prejuízo), entre outros, de acordo com os artigos 46.º a 50.º da Lei n.º 58/2019, de 08 de agosto (Lei da Proteção de Dados Pessoais).

Por todos os motivos elencados, o tema da cibersegurança em contexto de teletrabalho é mais relevante do que nunca.

Os ciberataques aumentaram de forma abrupta recentemente e podem afetar diversos setores, paralisar as empresas, comprometer o acesso aos dados existentes e ter impacto na vida de todos.

Sabemos, porém, que a utilização das tecnologias é um fator preponderante para a aplicação do teletrabalho.

Durante a pandemia, verificámos a existência de um elevado número de cidadãos sem acesso à Internet nas suas casas e que, em algumas regiões, a rede móvel 4G ou 3G não funciona adequadamente. Portanto, se é verdade que a aplicação do teletrabalho pode ser uma oportunidade para requalificar as zonas suburbanas e rurais, também é verdade que muitas destas zonas não estão preparadas para tal.

A chegada do 5G a Portugal, ou seja, a rede móvel de quinta geração, pretende implementar a Internet das Coisas (*Internet of Things* ou *IoT*) e promete trazer grandes vantagens. Por exemplo, as empresas tornam-se mais eficazes, pois trata-se de uma rede mais rápida e ágil. Contudo, o 5G não é aplicado de forma equitativa. Vivenciamos um fosso digital entre as regiões do nosso país.

Além disso, o aumento da velocidade de conexão também pode aumentar as ameaças quanto à proteção da informação. Cremos que a implementação da rede 5G é um progresso inevitável, mas também gradual. É necessário que as nossas empresas estejam munidas de adequada preparação, pois envolve uma grande preocupação: a cibersegurança. Por tal razão, deve haver um reforço das medidas de segurança.

O empregador deve promover a comunicação, motivar os trabalhadores e garantir condições de trabalho dignas. Acreditamos que quando os trabalhadores são dotados de medidas de prevenção e sensibilização e se sentem mais motivados há, por consequência, uma maior abertura ao diálogo e um cumprimento mais adequado das instruções do empregador acerca da segurança da informação.

Assim como o trabalho não pode ser encarado pelo teletrabalhador, somente, como uma forma de obtenção de rendimentos, a sua formação também não pode ser vista

²⁸ Jornal de Notícias. (20 de novembro de 2020). "123456" foi a palavra-passe mais utilizada em 2020, in <https://www.jn.pt/inovacao/123456-foi-a-palavra-passe-mais-utilizada-em-2020-13057494.html>

²⁹ O Centro Nacional de Cibersegurança (CNCS) indica várias formas de garantir a cibersegurança em teletrabalho, in <https://www.cncs.gov.pt/pt/ciberseguranca-em-teletrabalho/>

pelo empregador como um custo para empresa. É, pelo contrário, um investimento da empresa na segurança da informação. Para que esta exista, deve estar garantida a confidencialidade, a integridade, a disponibilidade e a autenticidade.

Concluímos, assim, que não basta a empresa ser dotada de todos os equipamentos e sistemas tecnológicos. É necessário formar os profissionais para que eles possam não só conhecer e cumprir as regras e os valores da empresa, como também analisar possíveis riscos e vulnerabilidades existentes.

4. Vantagens e desvantagens do regime de teletrabalho

O desenvolvimento e a respetiva interpretação das normas que regem o regime de teletrabalho fomenta a compreensão das razões pelas quais se podem apresentar vantagens ou desvantagens.

A visão do teletrabalhador como aquele que deve ser responsável na gestão do tempo ou ter capacidade de tomar iniciativa para que a aplicação do teletrabalho seja bem-sucedida deve ser aliada à ideia de que deve existir da parte do empregador uma elevada capacidade de comunicação para motivar os trabalhadores nesse sentido.

O trabalhador que exerce a sua atividade em regime de teletrabalho reduz, desde logo, o tempo de viagem para a empresa e vice-versa, reduzindo também, em consequência, os custos dessas deslocações.

Em virtude da flexibilidade existente, é possível desenvolver o trabalho de forma mais produtiva e aumentar os níveis de satisfação e motivação profissional.

E quanto à vida familiar, será que existe mesmo a possibilidade de uma verdadeira conciliação com a vida profissional? A crise pandémica veio descortinar uma resposta. Inicialmente, alguns teletrabalhadores vivenciaram grandes dificuldades. Em tempos atípicos, existiu um grande número de casos de trabalhadores em regime de teletraba-

lho que não conseguiu conciliar a vida profissional com a vida familiar, porque não possuíam um espaço nas suas casas para trabalhar, como um escritório com sistemas e equipamentos adequados. Por isso, em muitas situações, dentro da mesma divisão da casa, encontravam-se dois ou mais trabalhadores a exercer a sua atividade em regime de teletrabalho para diferentes empresas e, ainda, as crianças que passaram também elas a frequentar as aulas de forma remota. Durante quase dois anos, o teletrabalho andou de mãos dadas com a telescola.

No entanto, e apesar de todas as dificuldades sentidas num período de natureza excecional, a verdade é que a flexibilidade que caracteriza o teletrabalho poderá oferecer um equilíbrio entre a vida profissional e familiar, com uma melhor gestão do tempo. É por tais motivos que, após a “experiência”, continuam a existir inúmeros trabalhadores que pretendem continuar a exercer a sua atividade em regime de teletrabalho, sobretudo, em regime misto.

Do lado das empresas, apresentam-se como principais benefícios: a possibilidade de redução de custos de locação dos escritórios³⁰, já que estes poderão ser de menores dimensões e mais económicos e a existência de uma maior imunidade a perturbações externas, como greves de transportes, desastres naturais e condições climáticas adversas.³¹

A possibilidade de existir um aumento da qualidade de vida, uma requalificação das zonas suburbanas e rurais (diminuindo a especulação imobiliária no centro das cidades) e uma redução dos congestionamentos de trânsito, são fatores que, no geral, favorecem toda a sociedade.

Sublinhamos ainda que o recurso ao regime de teletrabalho pode representar um fator muito importante de inclusão social, proporcionando às pessoas com dificuldades especiais a realização dos seus objetivos profissionais.³² Não podemos olvidar que estes trabalhadores, assim como outros (famílias monoparentais, mulheres, idosos, jovens), correm um maior risco de serem explorados em virtude da sua situação dita mais “vulnerável”³³.

A crise energética que vivenciamos é um assunto relevante no mundo atual, razão pela qual o Governo pretende a adoção de práticas de gestão dos recursos humanos que

³⁰ Rebelo, Glória. (2002). *Trabalho e igualdade: mulheres, teletrabalho e trabalho a tempo parcial*. Celta Editora, p. 67

³¹ Sousa, Maria José. (1999). *Teletrabalho em Portugal – Difusão e condicionantes*. FCA – Editora de Informática, p. 31.

³² Em 2016, o Livro Verde sobre as Relações Laborais, revelou que, entre 2011 e 2015, o principal motivo de a população inativa não procurar emprego, com idades compreendidas entre os 25 e os 64 anos, em Portugal, deveu-se a doença ou deficiência/ incapacidade própria. Os restantes motivos apresentados para a população inativa, entre os 25 e os 64 anos, não procurar emprego foram: “À espera de ser chamado para trabalhar (lay-off), Outras responsabilidades familiares ou pessoais, Toma conta de crianças ou adultos incapacitados, Em educação ou formação, Reformado, Pensa que não existe trabalho disponível, Outras razões”, in http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementos/Destaqs2/LIVRO_VERDE_2016.pdf

³³ Serra, Joaquim Paulo. (2003). *O Teletrabalho - conceito e implicações*. Informação e Comunicação Online, Volume III–Mundo Online da Vida e Cidadania. Covilhã: Universidade da Beira Interior, p. 178.

permitam a redução dos consumos energéticos (sempre que viável), promovendo o teletrabalho e, desta forma, permitindo a possibilidade de desligar a climatização dos edifícios por dias ou períodos alargados.³⁴

Uma das principais desvantagens conhecidas do exercício da atividade em teletrabalho é o isolamento do teletrabalhador.

Em Portugal, os teletrabalhadores que prestam a sua atividade no domicílio, utilizam, maioritariamente, como divisões a sala de estar, o escritório e o quarto, sendo que o tamanho médio do espaço onde costumam trabalhar é de 21 m², segundo um inquérito, denominado “Survey Attack: Relatório de Bem-Estar Teletrabalho 2022”, realizado pela NFON, em parceria com a Statista Q.³⁵ Assim, a ausência de (um) espaço para o teletrabalhador realizar a sua atividade e que contribua para o seu bem-estar e para o adequado desempenho profissional também constitui um fator a considerar na aplicação do teletrabalho.

A inexistência da devida comunicação entre o empregador e os colegas de trabalho, pode levar ao aumento da insegurança e desmotivação do teletrabalhador que, para colmatar estes sentimentos, acaba por trabalhar mais horas do que o período normal de trabalho desrespeitando, assim, o seu período de descanso.

Por outro lado, o empregador não deve controlar abusivamente o teletrabalhador, desrespeitando a sua privacidade. Esta é uma situação que sucede, sobretudo, nas empresas com sistemas de gestão e culturas que não se adaptam à flexibilidade deste regime laboral. Durante a pandemia, o recurso a programas e sistemas abusivos originou centenas de denúncias por parte dos trabalhadores.

Por fim, os custos acrescidos pela disponibilização de equipamentos e sistemas necessários para o teletrabalhador realizar o seu trabalho e o pagamento das despesas adicionais poderão ser considerados como principais fatores de desincentivo apontados pelas entidades empregadoras.

Recentemente, a *Eurofound* concluiu que, no estudo designado *Fifth round of the Living, working and COVID-19 e-survey*:

Living in a new era of uncertainty, realizado entre 25 de março de 2022 e 2 de maio de 2022, o equilíbrio entre a vida pessoal e profissional continua alarmante. Apesar de se verificarem melhorias comparativamente com 2020 quanto às preocupações com o trabalho quando as pessoas não estão a trabalhar e quanto ao facto de os trabalhadores trabalharem mesmo fora do horário de trabalho, registaram-se valores superiores aos de 2020 quanto à conciliação com a vida pessoal dos trabalhadores, que se sentem cansados após o trabalho e, conseqüentemente, com menos tempo para estar com as suas famílias. Este estudo também revela que, em Portugal, cerca de 60% de trabalhadores poderiam realizar parte das suas funções em teletrabalho, mas atualmente realiza a atividade exclusivamente de forma presencial, e um quarto dos portugueses inquiridos, que realiza uma atividade totalmente compatível com o teletrabalho, não tem a possibilidade de trabalhar remotamente.³⁶

Apesar de todas as vantagens e desvantagens e de todas as incertezas do presente³⁷, defendemos que as empresas que disponham de meios para aplicar o regime de teletrabalho, e os trabalhadores, cujas funções e a atividade o permitam, devem considerar a aplicação daquele como uma oportunidade de trabalho, sem esquecer a importância da (in)formação.

Parafraseando uma passagem do acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de março de 2019: “A vida é dinâmica e a interpretação e aplicação do direito tem de se adaptar e atualizar (...)”.³⁸ Creemos, por isso, que existe apenas uma certeza sobre o futuro: é preciso mudar!

5. Conclusões

A viragem do século XXI é marcada por grandes acontecimentos, fruto do fenómeno da globalização e da expansão mundial das TIC. No mundo do trabalho verificaram-se profundas transformações que possibilitaram a abrangência de novas formas de organização do trabalho.

Neste enquadramento, e como resultado de um processo longo e demorado da evolução do mercado de trabalho,

³⁴ Resolução do Conselho de Ministros n.º 82/2022, de 27 de setembro de 2022, que procede à definição de medidas preventivas que permitam fazer face à atual situação e a eventuais disrupções futuras, tendo sempre em vista a garantia da segurança do abastecimento de energia, no designado Plano de Poupança de Energia 2022-2023.

³⁵ NFON, em parceria com Statista Q (2022), *Survey Attack: Relatório de Bem-Estar Teletrabalho 2022*. Este estudo foi realizado em oito países - Portugal, Alemanha, Áustria, Itália, Espanha, Grã-Bretanha, França e Polónia - com a participação de 1000 participantes por país.

³⁶ Eurofound (2022), *Fifth round of the Living, working and COVID-19 e-survey: Living in a new era of uncertainty*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

³⁷ O Direito do Trabalho caracteriza-se pela sua “juventude” e pela sua “sensibilidade” às modificações económicas, sociais e políticas. Cfr. Leite, Jorge. (2016). *Direito do Trabalho – Notas Sumárias*. Edição FDUP, CIJE. Revista Eletrónica de Direito. Ad Perpetuum Rei Memoriam, pp. 47 e 48.

³⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de março de 2019, processo n.º 747/18.5T8PTM.E1 (relator: Paula do Paço), in <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/55801c7296f02f54802583d90052c54c?OpenDocument&Highlight=0,whatsapp>. Acedido e consultado em 8 de outubro de 2022.

tipificado pela competitividade e flexibilidade, e do impacto da sociedade da informação, ocorreram notáveis progressos na aplicação do regime de teletrabalho.

O Código do Trabalho circunscreveu a noção de teletrabalho, primeiramente, em 2003, notabilizando-se o desígnio pioneiro de Portugal (em relação à Europa) ao regulamentar esta modalidade, no setor privado. Posteriormente, este regime sofreu alterações jurídicas nos termos dos artigos 165.º a 171.º do CT 2009. Atualmente, vigora a Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro, que veio modificar o regime de teletrabalho, alterando o Código do Trabalho e ainda a Lei n.º 98/2009 (que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais).

Assim, o exercício da prestação laboral em teletrabalho deve ser realizado com subordinação jurídica, em local não determinado pelo empregador e com recurso às TIC.

É importante enaltecer que podem ser abrangidas diversas modalidades de teletrabalho, não obstante o teletrabalho no domicílio configurar a forma mais frequente.

O reconhecimento dos direitos e deveres do teletrabalhador e da entidade empregadora constituem um tema substancial na vida laboral, sobretudo, no que diz respeito à igualdade de tratamento do teletrabalhador em relação aos restantes trabalhadores (que exercem a atividade laboral presencialmente na empresa).

No que concerne à consideração do empregador pelo tempo de trabalho e de descanso do teletrabalhador, a lei consolidada em França sobre o direito à desconexão profissional foi determinante, influenciando outros países europeus, como Espanha, Itália e Bélgica. Em Portugal, foi consagrado o dever de abstenção de contacto. Depreendemos que a salvaguarda deste direito é vital para a proteção dos trabalhadores e, em especial, dos teletrabalhadores.

O controlo do empregador em relação ao teletrabalhador não deve fragilizar o direito deste à privacidade. Por conseguinte, a utilização de tecnologias abusivas para controlar é inaceitável. O receio de o trabalhador não ser promovido, perder oportunidades e a possibilidade de o empregador perder autoridade podem originar alguma resistência à implementação do regime de teletrabalho. Neste sentido, deve existir uma conciliação entre ambas as partes contratuais baseada na confiança, motivação e comunicação dos objetivos e perspetivas.

O equilíbrio entre as vantagens e desvantagens existen-

tes no teletrabalho constituem o grande desafio da sua aplicação.

O desenvolvimento das competências e habilidades profissionais deve subsistir como o pináculo da realização pessoal do teletrabalhador. Assim, a prestação da atividade não pode ser assumida, somente, como uma forma de obtenção de rendimentos para (sobre)viver.

A empresa deve avaliar, primeiramente, se estão asseguradas condições para o trabalhador desempenhar a atividade em regime de teletrabalho, garantindo o comprometimento e responsabilidade deste no exercício produtivo da atividade laboral.

"Não é o trabalho, mas o saber trabalhar, que é o segredo do êxito no trabalho. Saber trabalhar quer dizer: não fazer um esforço inútil, persistir no esforço até ao fim, e saber reconstruir uma orientação quando se verificou que ela era, ou se tornou, errada.", como elucida Fernando Pessoa.

O cenário pandémico gerou sérios riscos no mercado de trabalho e consequências prejudiciais, no nosso país, como o desemprego e o aumento das desigualdades sociais.

Numa fase inicial da pandemia, o teletrabalho subsistiu como um balão de oxigénio para os trabalhadores e os empregadores conseguiram manter o exercício da atividade profissional, assegurar a produtividade e cumprir o isolamento social.

Contudo, no período seguinte, revelaram-se dificuldades e adversidades para os trabalhadores e os empregadores, por diversos motivos (v.g., falta de condições para exercer a atividade em teletrabalho, difícil conciliação da vida familiar com a vida profissional, inseguranças, dubiedades quanto ao pagamento de certas despesas e à disponibilização de instrumentos de trabalho).

As orientações concedidas pela CNPD foram, preliminarmente, essenciais para ultrapassar incertezas e ambiguidades, no que concerne às medidas excecionais implementadas. Na prática, o cumprimento das regras e princípios em regime de teletrabalho não foi, por diversas vezes, respeitado, comprometendo a efetividade deste regime, com repercussões na vida laboral e privada.

Consequentemente, a adoção de um regime híbrido acentua os benefícios inerentes à prática do teletrabalho e diminui os riscos e fragilidades que possam ocorrer.

No futuro, será que iremos vivenciar um admirável mundo novo do teletrabalho³⁹? Eis a questão.

A aplicação do teletrabalho no futuro depende, concomitantemente, da legislação presente e das experiências e repercussões laborais e sociais vivenciadas (tendo, sempre, em consideração a compatibilidade com as funções e a atividade desempenhadas).

É possível corroborar que, ao longo de décadas, o regime jurídico do teletrabalho foi criando alicerces, que permitem a sua evolução. Porém, como resultado do contexto pandémico, a lei anterior revelou-se ineficaz e foi necessário colocar em prática legislação de carácter excecional.

O trabalho passou a ocupar um lugar central na vida de todos, logo era premente modificar e atualizar a lei. Assim, em 01 de janeiro de 2022 entrou em vigor a Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro.

Abriu-se uma janela de oportunidades para a aplicação do teletrabalho prosperar nas funções e atividades compatíveis.

Apesar das fragilidades da recente lei, também consideramos que constitui uma iniciativa importante.

Julgámos que o regime de teletrabalho estaria mais consolidado, no entanto, ainda existem muitas zonas cinzentas.

Vivenciamos uma revolução do mercado de trabalho, por força da evolução do teletrabalho, mas também em virtude da complexidade das dinâmicas e dos desafios atuais.

As empresas portuguesas, que sendo maioritariamente PMEs, terão de conseguir adaptar-se à flexibilidade e autonomia no trabalho e a uma nova cultura organizacional, como resultado das inovações tecnológicas e do mundo digital.

É crucial precaver desigualdades, como o aumento do fosso entre homens e mulheres na aplicação do teletrabalho, pois foram as mulheres que, durante a pandemia, tiveram maiores dificuldades na conciliação entre a vida pessoal e profissional e foi na Área Metropolitana de Lisboa que se registou grande parte da população empregada em teletrabalho. Defendemos, por isso, a promoção da igualdade de género no teletrabalho e a redução das assimetrias regionais.

A implementação de regras internas, conforme a estrutura

organizacional da empresa, nomeadamente a organização de reuniões virtuais para definir tarefas, objetivos e dar ou receber feedback, informar os teletrabalhadores quanto à utilização dos meios eletrónicos, às regras de cibersegurança e ao respeito pelos limites do tempo de trabalho, considerando o direito daqueles ao descanso são aspetos essenciais. Assim, torna-se vantajosa a existência um plano de *reskilling* e *upskilling*, que permita potencializar o desempenho do trabalhador e torná-lo mais versátil.

Para assegurar o futuro do teletrabalho é preciso garantir maior flexibilidade, providenciar formação aos trabalhadores, valorizar as *hard skills*, mas também o desenvolvimento das *soft skills*, potenciar as vantagens e minimizar os riscos, designadamente, através da adoção de um modelo híbrido, que permita conjugar o trabalho presencial e remoto.

Concluimos que a aplicação do teletrabalho é o espelho da dinâmica organizacional das empresas em Portugal que, por sua vez, reflete a relação laboral existente entre empregadores e trabalhadores. Acreditamos, porém, que o teletrabalho veio para ficar.

Vivemos num mundo globalizado, no qual as tecnologias e sistemas de informação são cada vez mais desenvolvidos, pelo que a segurança da informação constitui, conseqüentemente, uma ameaça para as nossas empresas de pequena e média dimensão devido às possíveis vulnerabilidades existentes. O caminho é longo. É fulcral progredir e integrar a nova realidade laboral, célebre pela (r)evolução do teletrabalho.

Bibliografia

Amado, J. L. (2019). *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*. 3ª Edição. Edições Almedina.

Fernandes, L. (2021). *A (r)evolução do teletrabalho: modalidade de contrato contemporânea*. Coimbra Business School | ISCAC, in https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/39013/1/Liliana_Fernandes.pdf

Leite, J. (2016). *Direito do Trabalho – Notas Sumárias*. Edição FDUP, CIJE. Revista Eletrónica de Direito. Ad Perpetuam Rei Memoriam, in https://cije.up.pt/client/files/000000001/9_841.pdf

³⁹ Frase inspirada em Teresa Coelho Moreira. Cfr. Moreira, Teresa Coelho. (2012). *Novas Tecnologias: Um admirável mundo novo do trabalho?* Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 11, pp. 15- 52.

Martinez, P. R. et al. (2020). *Código do Trabalho Anotado*. 13.ª Edição. Edições Almedina.

Moreira, T. C. (2012). *Novas Tecnologias: Um admirável mundo novo do trabalho?* Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 11, pp. 15- 52. ISSN-e: 2175-6058.

Nilles, J. (1998). *Strategies for Managing the Virtual Workforce*. John Wiley & Sons, Inc.

Quintas, H. e P. (2016). *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*. 5ª edição. Coimbra: Almedina.

Quintas, P. (2020). O regime do teletrabalho excecional e o subsídio de refeição. Observatório Almedina, in <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/07/o-regime-do-teletrabalho-excecional-e-o-subsidio-de-refeicao/>

Ramalho, M. R. P. (2010). *Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*. 3.ª Edição. Almedina.

Rebelo, G. (2002). *Trabalho e igualdade: Mulheres, Teletrabalho e Trabalho a tempo parcial*. Celta Editora.

Rebelo, G. (2019). *Estudos de Direito de Trabalho*. Edições Sílabo.

Santos, P. D. (2020). *Outros temas entre a Legislação Covid-19 e o Código do Trabalho*, in *Covid-19 – Implicações na Jurisdição do Trabalho e da Empresa*. CEJ, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/eb_Covid_Trabalho2020.pdf

Serra, J. P. (2003). *O Teletrabalho - conceito e implicações*. Informação e Comunicação Online, Volume III - Mundo Online da Vida e Cidadania. Covilhã: Universidade da Beira Interior.

Sousa, M. J. (1999). *Teletrabalho em Portugal – Difusão e condicionantes*. FCA – Editora de Informática.

Fontes eletrónicas

Atividade Parlamentar - Iniciativas Legislativas, in <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/IniciativasLegislativas.aspx>

Centro Nacional de Cibersegurança (CNCS) in https://www.cncs.gov.pt/pt/ciber_seguranca-em-teletrabalho/

Direção-Geral da Administração e do Emprego Público (DGAEP), in <https://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OB-JID=b8a129f3-8eb7-4b56-932f-f084b9abab44&ID=74000000>

Eurofound (2022), *Fifth round of the Living, working and COVID-19 e-survey: Living in a new era of uncertainty*, Publications Office of the European Union, Luxembourg in https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef22042en.pdf

Gabinete de Cibercrime da Procuradoria-Geral da República, in <https://cibercrime.ministeriopublico.pt/>

Jornal de Negócios. (20 de dezembro de 2022). *Acordos de teletrabalho vão poder ter valor fixo para compensar despesas*, in <https://www.jornaldenegocios.pt/economia/emprego/lei-laboral/detalhe/acordos-de-teletrabalho-vaopoder-ter-valor-fixo-para-compensar-despesas>

Jornal de Notícias. (20 de novembro de 2020). *“123456” foi a palavra-passe mais utilizada em 2020*, in <https://www.jn.pt/inovacao/123456-foi-a-palavra-passe-mais-utilizada-em-2020-13057494.html>

Jornal Público. (11 de fevereiro de 2022). *Teletrabalho: envio de e-mail sem exigir resposta imediata não viola direito a desligar*, in <https://www.publico.pt/2022/02/11/economia/noticia/envio-email-exigir-resposta-imediata-nao-violadi-reito-desligar-1995193>

Livro Verde sobre as Relações Laborais - Trabalho, Solidariedade e Segurança Social. (2016). Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, in http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/LIVRO_VERDE_2016.pdf

NFON, em parceria com Statista Q. (2022). *Survey Attack: Relatório de Bem-Estar Teletrabalho 2022*, in <https://www.nfon.com/pt/news/relatorio-de-bem-estar-teletrabalho-2022>

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de janeiro de 2009, processo 08S2470 (relator Vasques Dinis) in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b5c23e9ac66b4fd58025754c0051a3a5?OpenDocument&Highlight=0%2Cinspec%C3%A7%C3%A3o-ger>

al%2Ctrabalho. Acedido e consultado em 01 de setembro de 2022.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de maio de 2010, processo n.º 467/06.3TTTCBR.C1.S1. (relator: Sousa Grandão) in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ab22ee9a58a0bcd9802577530029f953?OpenDocument>. Acedido e consultado em 04 de junho de 2022.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de novembro de 2013, processo n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1 (relator: Mário Belo Morgado), in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e32eab3444364cb980257c2300331c47?OpenDocument>. Acedido e consultado em 04 de março de 2022.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01 de junho de 2017, processo 919/11.3TTTCBR-A.C1.S1 (relator Ferreira Pinto), in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0368505717b13a6a8025813300321ab2?OpenDocument>. Acedido e consultado em 07 de julho de 2022.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de novembro de 2018, processo 12766/17.4T8LSB.L1.S1 (relator Ribeiro Cardoso), in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/750bd12a547539c0802583530040b717?OpenDocument>. Acedido e consultado em 07 de outubro de 2022.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de janeiro de 2018, processo n.º 2066/15.0T8PNF.P1 (Relator: Domingos Morais) in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6cd2c4a6745adb2a8025822e00407c51?OpenDocument&Highlight=0,teletrabalho>. Acedido e consultado em 04 de junho de 2022.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de março de 2019, processo n.º 747/18.5T8PTM.E1 (relator: Paula do Paço) in <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/55801c7296f02f54802583d90052c54c?OpenDocument&Highlight=0,whatsapp>. Acedido e consultado em 8 de outubro de 2022.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de outubro de 2019, processo 227/18.9T8MTS.P1 (relator Rita Romeira) in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ee8f6630f92978b8802584bf003afe5?OpenDocument>. Acedido e consultado em 01 de setembro de 2022.

A falta de conformidade do bem com o contrato e as garantias do consumidor nas relações de consumo – análise do recente Decreto-lei n.º 84/2021, de 18 de outubro

The lack of conformity between the good and the contract and the consumer guarantees – analysis of the recent Decree-law 84/2021 of October 18th



Christina Oliveira Gomes*

* Departamento de Ciências Jurídicas, Instituto Politécnico de Coimbra, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Quinta Agrícola - Benfanta, 3045-231 Coimbra, Portugal, cmoliveira@iscac.pt.

Código ORCID: 0000-0001-6030-1831

Resumo Este artigo aborda o regime especial aplicável às relações de consumo quanto à compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais. Incide sobre as particularidades do regime especial de venda de coisa defeituosa (falta de conformidade do bem) nas relações de consumo. Para tal, deve ter-se em consideração a previsão dada pelo recente Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que procedeu à transposição das Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770. Procura enquadrar as noções fundamentais inerentes à aplicação deste regime analisando ainda a tutela conferida ao consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato. Analisa ainda o regime aplicável na compra e venda de bens imóveis e quanto ao fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Através de uma análise legal, doutrinal e jurisprudencial, procura-se elucidar a comunidade científica, bem como a sociedade em geral, sobre os aspetos mais prementes vertidos na nova lei de garantias em análise.

Palavras-chave: direito do consumo; lei das garantias; falta de conformidade do bem com o contrato; compra e venda.

Abstract This article addresses the special regime applicable to consumer relations regarding the purchase and sale of goods, digital contents, and services. It focuses on the particularities of the special regime for the sale of defective things (lack of conformity of the good with the contract) in consumption relations. To this end, consideration should be given to the provision given by the recent Decree-Law No 84/2021 of 18 October, which transposes Directives (EU) 2019/771 and (EU) 2019/770. It seeks to frame the fundamental concepts inherent to this regime by analyzing the protection conferred to the consumer in case of non-conformity between the good and the contract. It also analyses the regime applicable to the purchase and sale of immovable property and the provision of digital contents and services. Through a legal, doctrinal, and jurisprudential analysis, it seeks to elucidate the scientific community, as well as society in general, about the most relevant aspects held in the new law of guarantees under analysis.

Keywords: consumer law; law of guarantees; lack of conformity of the good with the contract; contract of purchase and sale.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais. 2.1. A Lei n.º 24/96, de 31 de julho, aplicável à defesa dos consumidores e o direito à qualidade dos bens e serviços. 2.2. Uma breve análise das principais questões levantadas pelo Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de abril. 2.3. O Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais. 2.3.1 Âmbito de aplicação (objetivo e subjetivo) e exclusões. 2.3.2 Requisitos objetivos e subjetivos de conformidade. 2.3.3 Responsabilidade do profissional, prazos de conformidade, ónus da prova. 2.3.4 Direitos do consumidor. 3. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

A compra e venda constitui um contrato típico e nominado lecionado e investigado na unidade curricular de Contratos Cíveis, integrada no Mestrado em Solicitação de Empresas da CBS - ISCAC.

Trata-se indiscutivelmente de um dos contratos civis mais importantes da nossa sociedade, dada a sua premente aplicabilidade prática, bem como as inúmeras questões doutrinárias e jurisprudenciais que levanta. De facto, consubstancia um contrato elementar nas relações económicas fomentando a circulação regular de bens na sociedade.

Quanto às perturbações típicas do contrato de compra e venda, revela-se importante aludir à venda de coisa defeituosa cujo regime geral se encontra previsto a partir do art. 913.º do Código Civil e, em termos especiais, no domínio das relações de consumo, no Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro. Certo é, porém, que, no período anterior ao surgimento da Lei de Defesa do Consumidor, era esse o regime geral que se aplicava às relações de consumo.

O contrato de compra e venda de bens de consumo, enquanto modalidade do contrato de compra e venda, rege-se por regras especiais destinadas à proteção dos direitos dos consumidores, dispersas em diplomas legais avulsos, mormente a Lei de Defesa do Consumidor e o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro. Significa isto que os preceitos especiais prevalecem sobre os gerais consagrados no Código Civil sendo estes, no entanto, subsidiariamente aplicáveis em que tudo o que não for regulado por esses mesmos preceitos especiais.

Existe, por conseguinte, uma diferença de tratamento dos casos de venda de coisa defeituosa (em desconformidade com o contrato) quanto ao regime geral civilista. A venda de coisa em desconformidade com o contrato nas relações de consumo perfaz, assim, um regime especial aplicável no domínio das relações entre profissionais e consumidor.

Numa era de globalização, deve ter-se em consideração que, em princípio, os conhecimentos, livres e informados, de um consumidor não são uma realidade tão frequente.

Por esse mesmo motivo, o consumidor é visto como uma parte frágil na relação de consumo justificando-se, por conseguinte, a consagração de um regime jurídico assente na ausência de complexidades de maior relevo. A fragilidade referida relativamente ao consumidor resulta, em grande medida, da aplicação de cláusulas contratuais gerais não negociadas individualmente entre as partes e também no desconhecimento jurídico por parte do consumidor dos seus direitos.

Os direitos dos consumidores gozam de guarida e dignidade constitucional, estando previstos no título III relativo aos direitos económicos, sociais e culturais, mormente no art. 60.º da Constituição da República Portuguesa.

A proteção legal interna, ao nível ordinário, resultou da Lei de Defesa do Consumidor e do revogado Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de abril, que transpôs para o ordenamento jurídico interno a Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio. O Decreto-lei regulava a venda de bens de consumo e as garantias referentes à mesma. Este Decreto-lei aplicava-se aos bens de consumo vendidos por profissionais a consumidores, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviço, e ainda à locação de bens de consumo.

O direito à qualidade dos bens e serviços por parte do consumidor foi aprofundado, como referido, pelo revogado Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril tendo este transposto para a ordem jurídica interna a Diretiva indicada. Esta Diretiva era relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Consagra, assim, um quadro legal de harmonização mínima no que tange a proteção dos direitos do consumidor na União Europeia.

Passados cerca de vinte anos desde a publicação da referida Diretiva e atendendo à evolução da dimensão digital no mercado interno, em maio de 2015, a Comissão Europeia apresentou a Estratégia do Mercado Único Digital. Procurava-se reforçar a proteção do consumidor perante os novos desafios digitais existentes e competitivos. Nessa sequência, foi publicada a Diretiva (UE) 2019/771, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens, que alterou o Regulamento (UE) 2017/2394 e a

Diretiva 2009/22/CE e que revogou a Diretiva 1999/44/CE [Diretiva (UE) 2019/771].

O escopo desta Diretiva é o de garantir o bom funcionamento do mercado interno, salvaguardando sempre os direitos dos consumidores. Estabelece regras comuns quanto a certos requisitos relativos aos contratos de compra e venda celebrados entre o profissional e o consumidor, em especial regras quanto à conformidade dos bens com o contrato, aos meios de ressarcimento em caso de falta de conformidade, às modalidades para o exercício desses meios e às garantias comerciais.

Paralelamente, a Diretiva (UE) 2019/771 veio elevar às exigências das novas tipologias de bens hoje existentes o regime legal da conformidade dos bens de consumo, nomeadamente, através da inclusão de novas realidades, como é o caso dos contratos de compra e venda de bens com elementos digitais incorporados.

Perante a necessidade de atualização do regime à nova realidade e a necessidade de suprir certas imprecisões do diploma e face à revogação da Diretiva 1999/44/CE e da entrada em vigor das Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770 que foram transpostas internamente pelo Decreto-lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, foi revogado o Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de abril.

Os bens adquiridos para consumo devem ser aptos a atingir as finalidades a que se destinam, bem como os efeitos que se lhes atribuem, sob pena de se verificar responsabilidade, conforme adiante se explicará.

Face ao caráter relativamente inovador do recente Decreto-lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, impõe-se uma investigação sobre a defesa do consumidor, o seu direito à qualidade de bens e serviços e sobre as garantias que o mesmo detém em caso de desconformidade com o contrato.

2. Os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais

2.1 A Lei n.º 24/96, de 31 de julho, aplicável à defesa dos consumidores e o direito à qualidade dos bens e serviços

Os direitos dos consumidores gozam de guarida e dignidade constitucional estando previstos no título III relativo aos direitos económicos, sociais e culturais, mormente no art. 60.º da Constituição da República Portuguesa.

Ao nível ordinário, o contrato de compra e venda de bens

de consumo, enquanto modalidade do contrato de compra e venda, rege-se por regras especiais destinadas à proteção dos direitos dos consumidores, dispersas em diplomas legais avulsos, mormente a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho, doravante designada LDC) e o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro.

Nos termos do n.º 1 do art. 2.º da LDC, considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.

Dispõe o art. 3.º que o consumidor tem direito: à qualidade dos bens e serviços; à proteção da saúde e da segurança física; à formação e à educação para o consumo; à informação para o consumo; à proteção dos interesses económicos; à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos; à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta; e, à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.

Sobre o direito referido em primeiro lugar – direito à qualidade dos bens e serviços, os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.

O revogado Decreto-lei 67/2003, de 8 de abril, o atual Decreto-lei n.º 84/2021, de 18 de outubro e a LDC reforçam a tutela dos direitos dos consumidores, conferindo-lhes o direito à qualidade dos bens e serviços destinados ao consumo.

A disposição de que os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem significa que tal imperativo não pode ser contrariado por quaisquer cláusulas do contrato.

No caso de se verificar desconformidade do bem fornecido com o acordado, verifica-se a responsabilidade do vendedor, uma vez que lhe incumbe entregar a coisa ao consumidor isenta de vícios, devendo tratar-se de bens que estejam em conformidade com o que for contratualmente definido quer com o que, legitimamente, for esperado pelo comprador.

A coisa entregue deve ser adequada a satisfazer os fins e a produzir os efeitos a que se destina, segundo as normas legais vinculativas e as legítimas expectativas do consumidor. A tutela da confiança do consumidor na idoneidade

dos bens adquiridos justifica a garantia contra os defeitos da coisa¹.

2.2 Uma breve análise das principais questões levantadas pelo Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de abril

O regime jurídico em análise abrangia a compra e venda de bens de consumo, isto é, de coisas móveis corpóreas incluindo os bens em segunda mão e as coisas imóveis. Abrangia nesses casos a compra e venda celebrada entre um profissional e um consumidor admitindo-se aqui uma aceção ampla do conceito, nos termos do artigo 1.º - A. O regime jurídico aplicava-se também aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo.

Significa isto que, aparentemente, os bens incorpóreos não estavam abrangidos pela proteção conferida pelo diploma sendo certo, no entanto, que o diploma se aplicava a algumas coisas aparentemente incorpóreas, mormente os produtos de software que o consumidor tinha acesso por via eletrónica.

Sobre a empreitada, foi defendido maioritariamente na doutrina que o preceito abrangia também a empreitada de construção assim como a empreitada de reparação ou modificação. David Falcão refere, a este propósito, que “deve admitir-se que empreitadas de construção, recuperação, conservação ou reparação de bens que o consumidor já possuía se podem qualificar como empreitadas de consumo, desde que se verifique a transmissão de um bem novo ou usado, no âmbito de uma relação de consumo, aplicando-se as normas do diploma”². Em sentido diverso, propugnava Morais de Carvalho defendendo que o preceito só se aplicaria a contratos de empreitada em que estivesse em causa uma obra nova que não resultasse de uma atividade predominantemente intelectual.

O diploma aplicava-se ainda à locação de bens de consumo. Compreendia-se aqui o arrendamento de imóveis, o aluguer de móveis, o aluguer de longa duração, a locação financeira mobiliária e imobiliária e a locação com cláusula de aquisição no fim do período de pagamento de todas as rendas³.

A doutrina aceitava a aplicação a outros casos. Veja-se o entendimento de Jorge Morais Carvalho que refere que o diploma se aplica igualmente aos casos da eletricidade, da água e do gás vendidos em volume delimitado ou quanti-

dade determinada⁴.

Quanto ao conceito de consumidor que levantou certa controvérsia na doutrina entendia-se como aquele a quem fossem fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exercesse com carácter profissional uma atividade económica que visasse a obtenção de benefícios nos termos do referido Decreto-lei e da LDC.

Deve-se partir do pressuposto de que não existe um conceito imperativo de consumidor não obstante as várias tentativas demonstradas ao longo do tempo pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência. Aferir-se-á um conceito quando se atende ao negócio jurídico em causa.

Menezes Cordeiro refere-se a “consumidor” que deriva da palavra em latim *consummare* (realizar ou terminar) e da palavra *consumere* (destruir ou absorver) assente na ideia de consumir e consumir. Trata-se, na esteira do autor, do destinatário final dos bens tendo em conta o fim do circuito económico.

Nos termos da LDC e do referido Decreto-lei em análise, trata-se de quem adquire, tem posse ou utiliza determinado bem ou serviço para não uso profissional (pessoal, familiar). Sobre esta conceptualização, vejam-se as palavras de João Calvão da Silva que referiu “alargar mais e desmesuradamente a noção de consumidor, coração do direito do consumidor na concepção finalista ou funcional que há muito defendemos – conjunto de regras que tem por finalidade proteger os consumidores – corresponderia a estender este novo direito em construção para fora das suas fronteiras naturais, com perda da sua unidade, da sua coerência interna e da sua especificidade, na gula de procurar equivaler-se ao Direito Civil, a fazer lembrar a rã que quis ser boi” .

Por outro lado, será sempre necessária a conexão entre o consumidor e o profissional de certa atividade económica que fornece os bens ou presta os serviços ao primeiro.

Sobre a questão controversa de o consumidor ser suscetível de ser pessoa singular, mas também pessoa coletiva, propugnava-se por esse entendimento, desde que o fim fosse o uso privado. Se fosse intenção do legislador restringir o domínio de aplicação do referido diploma apenas às pessoas singulares tê-lo-ia feito expressamente e não através de uma referência ampla a “todo aquele”. Não obstante, dever-se-á ter em consideração o que consagra a Diretiva 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, sobre os direitos dos consumidores. O seu artigo 2.º prevê a conceção de consumidor como

¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09 de junho de 2009, processo n.º 2027.08.5TJPRT. Disponível em www.dgsi.pt.

² Falcão, David (2019). A venda de Bens de Consumo e as garantias a ela relativas (Um estudo em proveito do consumidor). Repositório do Instituto Politécnico de Castelo Branco. Disponível em https://repositorio.ipcb.pt/bitstream/10400.11/7074/1/Outubro2019_VendaBensConsumo.pdf. Consultado em janeiro de 2022.

³ Calvão da Silva, João. (2010). Venda de Bens de Consumo. (4ª ed.). Coimbra: Almedina.

⁴ Carvalho, Jorge Morais. (2017). Manual de Direito do Consumo. 4.ª ed. Coimbra: Almedina.

pessoa singular⁵ 6.

De sublinhar ainda a questão controversa relativo ao uso do bem de consumo. Uma parte da doutrina defendia que o regime previsto no Decreto-lei em análise apenas seria aplicável quando e se o bem se destinasse exclusivamente a um uso não profissional⁷. A posição doutrinal oposta aceitava o critério da destinação predominante defendendo que o regime se poderia também aplicar quando o uso a dar ao bem fosse fundamentalmente não profissional⁸.

Sobre a falta de conformidade com o contrato dos bens de consumo vendidos, o referido Decreto-lei não faz referência à venda de coisas defeituosas. Trata-se de uma aceção baseada no art. 35.º da Convenção de Viena de 1980 que requer a conformidade dos bens com a descrição feita no contrato.

No art. 2.º, n.º 1, do referido decreto-lei, o legislador referia-se à necessidade de os bens de consumo conformes ao contrato deverem ser entregues pelo vendedor no cumprimento escrupuloso dessa conformidade. Deve-se entender que há uma falta de conformidade se se verificar uma diferença entre o bem que o profissional ficou de entregar nos termos do contrato e o bem efetivamente entregue. Salienta-se, no entanto, que não se considerava existir falta de conformidade, na aceção do artigo, se, quando foi celebrado o contrato, o consumidor tivesse conhecimento dessa falta de conformidade ou não fosse possível razoavelmente ignorá-la ou se esta decorresse dos materiais fornecidos pelo consumidor, nos termos do n.º 3 do art. 2.º. Neste caso, o ónus da prova recaia sobre o vendedor (art. 342.º, n.º 2 do Código Civil).

O n.º 2 do artigo consagrava, por conseguinte, situações de presunção de não conformidade do bem com o contrato. Existiriam, certamente, outras situações possíveis que não encontravam guarida expressa neste preceito, mas que também eram aceitáveis, designadamente quando as partes convencionavam cláusulas de conformidade mais exigentes do que as previstas no preceito.

Dispunha o n.º 2, a título meramente enunciativo e indicativo, que se presumia que os bens de consumo não eram

conformes com o contrato caso se verificasse algum dos seguintes factos:

- a) Não serem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo;
- b) Não serem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato e que o mesmo tenha aceitado;
- c) Não serem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo;
- d) Não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem.

Tratam-se de alguns exemplos inilidíveis de não conformidade dos bens com o contrato sendo que as causas mais comuns de não conformidade com o contrato são, por conseguinte, a existência de vícios, a falta de qualidade e a diferença de identidade. Caso o consumidor provasse a falta de conformidade já não seria de admitir que o profissional provasse a conformidade desse mesmo bem que era havido previamente como desconforme. Nisso se retratava a feição inilidível⁹.

A primeira situação elencada era relativa ao facto de o profissional vendedor descrever ou apresentar ao comprador o bem sendo que, posteriormente, se revelava que o mesmo não correspondia às descrições mencionadas. No entanto, como refere e bem Menezes Leitão, se o vendedor, “se se limitou a enunciar o seu conhecimento limitado sobre o assunto”, utilizando afirmações como “ninguém me informou que o bem não tem essa característica”, já não se aplicaria esta presunção¹⁰.

Depreende-se que a descrição do bem incumbe ao vendedor abrangendo-se aqui a declaração feita através de

⁵ A possibilidade de ser aplicável também às pessoas coletivas é afastada por João Calvão da Silva com fundamento preponderante no princípio da especialidade do fim que norteia a noção destas entidades. Cfr., para maiores desenvolvimentos, Calvão da Silva, João. (2010). *Venda de Bens de Consumo*, ob. cit....

⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de fevereiro de 2020, processo 491/11.4 TVLSB.L1-1, disponível em www.dgsi.pt. Este Acórdão preceitua que “A definição legal de consumidor, constante do artº 1º-B al. a) Decreto-Lei nº 67/2003 de 8/4 (Venda de Bens de Consumo), adoptou um sentido restrito de “consumidor”, definindo este como qualquer pessoa singular que não destine o bem ou serviço adquirido a um uso profissional ou um profissional (pessoa singular), desde que não actuando no âmbito da sua actividade e desde que adquira bens ou serviços para uso pessoal ou familiar. V. Esta definição de consumidor exclui do seu âmbito as pessoas colectivas”.

⁷ Pinto, Paulo Mota. (2000). *Conformidade e Garantias na venda de bens de consumo: A Directiva 1999/44/CE e o direito português*. Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2 e Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. (2016). *Direito das Obrigações*. Volume III. 11.ª ed. Coimbra: Almedina.

⁸ Silva, João Calvão da. (1999). *Responsabilidade Civil do Produtor (reimpressão)*. Coimbra: Almedina. Veja-se também Duarte, Paulo. (1999). *O Conceito Jurídico de Consumidor, segundo o Art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 75.

⁹ Posição defendida, entre outros, por Falcão, David (2019). *A venda de bens de consumo...*, ob cit. Em sentido diverso, a favor da feição ilidível, veja-se Costa Alves, Joana Marta. (2014). *A compra e venda de bens defeituosos nas relações de consumo*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa. A autora refere que “Importa salientar que esta presunção não garante automaticamente ao comprador o direito acabado de mencionar. Esta presunção é ilidível. Apenas significa que o ónus da prova recai sobre o vendedor do bem (caveat venditor) e não sobre aquele que o adquire”.

¹⁰ Menezes Leitão, Luís Manuel Teles de (2010). *Direito das Obrigações*, Vol. III (contratos em especial). Coimbra: Almedina.

comunicação comercial, mormente e entre outros os meios publicitários. Excluem-se as descrições imprecisas ou dotadas de elevado caráter de subjetividade. Depreende-se também, quanto à existência de amostra ou modelo, que o bem de consumo vendido deve ser equivalente à amostra ou modelo apresentados¹¹.

No segundo caso, importa ter em consideração o facto de o consumidor, no momento da contratação, ter informado devidamente o profissional vendedor das características do bem necessárias para o fim estipulado pelo mesmo e de o vendedor ter consciência dessas mesmas características sendo que que foram essencialmente elas que levaram o consumidor a adquirir o bem.

O legislador presumia a falta de conformidade quando o bem de consumo adquirido não fosse suscetível de integrar uma determinada utilização específica prevista pelas partes. Obviamente, esta afirmação não se aplicaria ao uso habitual.

Sobre a terceira situação, retratavam-se casos em que o bem não é adequado a atingir os fins para os quais os bens do mesmo tipo normalmente o são. Abrangiam-se aqui as utilizações habituais atribuídas ao bem.

O quarto caso apresentava divergência entre a doutrina: referia-se ao facto de não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor podia razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem.

Uma parte da mesma, a maioria¹², entendia que este preceito enquadrava dois critérios cumulativos enquanto outra entendia que os critérios são alternativos¹³. “As qualidades e desempenho habituais não precisam de ser anunciadas para convencer o consumidor”¹⁴. Apenas integram o conteúdo do contrato as características publicitadas essenciais à integração do respetivo bem.

Como referiu David Falcão, “Esta alínea, destaca, para se aferir da conformidade, as próprias características essenciais e a performance do bem que deve ser apto a satisfazer os fins legitimamente esperados pelo consumidor (no esteio do artigo 236.º do CC)³⁰, não se olvidando que as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito se devem considerar integradas no conteúdo dos contratos

que se venham a celebrar após a sua emissão (artigo 7.º n.º 5 da LDC)”¹⁵.

Disponha ainda o artigo 3.º do revogado Decreto-lei, sob a epígrafe entrega do bem, que o vendedor respondia perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue e que as faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel corpórea ou de coisa imóvel, respetivamente, presumiam-se existentes já nessa data, salvo quando tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade.

Para que a presunção funcionasse cabia, assim, ao consumidor fazer prova da desconformidade, dentro do prazo de garantia e de denúncia do defeito, podendo o vendedor ilidir a presunção mediante prova de que no momento da entrega não existia falta de conformidade ou que a falta de conformidade, no caso de ser aferida em momento posterior, não lhe era imputável¹⁶. Realça-se, porém, que o consumidor estava obrigado a provar a existência da falta de conformidade. Essa obrigação já não se aplicava quanto à causa da mesma nem quanto ao facto da sua origem ser imputável ao vendedor¹⁷.

Como refere Pedro Falcão, o referido e revogado Decreto-lei “consagra ainda a presunção de que a falta de conformidade do bem de consumo manifestada no prazo de 2 anos, tratando-se de bens móveis corpóreos, ou no prazo de 5 anos, tratando-se de bens imóveis, já existia no momento da entrega do bem ao consumidor, cabendo assim ao vendedor, que responde por qualquer desconformidade verificada no momento da entrega, provar o contrário”¹⁸. O artigo 4.º referia-se aos direitos do consumidor em caso de desconformidade. A Diretiva que teve subjacente à criação do Decreto-lei em análise, ao contrário do mesmo, estabelecia uma hierarquia de direitos em caso de desconformidade.

Significa isto que uma das principais críticas ao referido Decreto-lei assentava exatamente nesse facto que originava, muitas vezes, situações de abuso de direito, não obstante o seu n.º 5 do artigo 4.º consagrar que o consumidor podia exercer qualquer dos direitos indicados, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito (art. 334.º do Código Civil), nos termos gerais.

Relativamente ao conceito de impossibilidade, revelava-se impossível recorrer, por exemplo à reparação do bem,

¹¹ Menezes Leitão, Luís Manuel Teles de. (2004). O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo. Estudos do Instituto do Direito do Consumo, Vol. II. Coimbra: Almedina.

¹² Pinto, Paulo Mota. (2000). Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo, ob. cit...

¹³ Menezes Leitão, Luís Manuel Teles de (2010). Direito das Obrigações, ob. cit...

¹⁴ Morais Carvalho, Jorge. (2017). Manual de Direito do Consumo, ob. cit...

¹⁵ David, Falcão (2019). A venda de bens de consumo..., ob. cit.

¹⁶ Morais Carvalho, Jorge. (2019). Manual de Direito do Consumo. 6ª edição. Coimbra: Almedina.

¹⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 04 de junho de 2015, proc. C-497/13 (Froukje Faber contra Autobedrijf Hazet Ochten BV), disponível em www.curia.eu.

¹⁸ Falcão, Pedro. (2019). O regime da venda de bens de consumo na jurisprudência portuguesa recente. RJLB. Ano 5. N.º 2.

quando este “se tenha tornado inaproveitável para o consumidor, mesmo após qualquer intervenção do vendedor” e, no caso da substituição, praticamente sempre que se estivesse perante um bem infungível¹⁹.

Existiria abuso de direito por parte do consumidor quando a escolha do direito a exercer colocasse em causa o princípio da boa-fé ou os bons costumes. Constituiria também abuso de direito a escolha de um direito por parte do consumidor com a finalidade de prejudicar dolosamente o vendedor. Morais Carvalho entendia que este conceito também abrangia os casos que implicassem uma grande desvantagem para o vendedor, desproporcionada²⁰.

Sendo assim, o consumidor poderia escolher livremente quaisquer um dos direitos elencados na norma dentro dos limites referidos. Neste sentido, dispunha, entre outros, Jorge Morais Carvalho²¹.

A falta de hierarquia consubstanciou, como referido, divergências na doutrina e na jurisprudência existindo quem defendesse a imposição legal da mesma²². A este propósito referiu João Calvão da Silva que “o consumidor tem o poder-dever de seguir primeiramente e preferencialmente a via da reposição da conformidade devida (pela reparação ou substituição da coisa) sempre que possível e proporcionada, em nome da conservação do negócio jurídico, tão importante numa economia de contratação em cadeia, e só subsidiariamente o caminho da redução do preço ou resolução do contrato”²³.

Os direitos a que se referia o artigo 4.º eram, assim, a reparação ou a substituição da coisa, a redução adequada do preço ou a resolução do contrato, sem encargos. Caberia ainda o direito à indemnização.

Nos termos do n.º 3, “sem encargos” reportava-se às despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente e não imperativamente, as despesas de transporte, de mão-de-obra e material. O exercício de um destes direitos não poderia e não pode implicar despesas para o consumidor.

O direito à reparação consistia na faculdade do consumidor exigir do profissional vendedor e mesmo do produtor, a reparação com vista a reposição do bem de consumo em conformidade com o contrato.

O direito à substituição, assim como sucede na reparação, nem sempre é possível. Consiste na entrega do bem desconforme ao vendedor e a conseqüente entrega por parte deste ao consumidor de um novo bem.

Tratando-se de um bem móvel, a reparação ou substituição

devia ser realizada num prazo máximo de 30 dias, sem grave inconveniente para o consumidor.

Tratando-se de um bem imóvel, a reparação ou substituição deveria ser realizada num prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito. Quanto ao prazo razoável, tratava-se de um conceito extremamente vago, sendo que, de acordo com Morais Carvalho, dever-se-ia “analisar a situação concreta, concluindo-se acerca do prazo normal para efetuar aquela reparação”²⁴.

Ainda na esteira do mesmo autor, a não observância do prazo e conseqüentemente o seu incumprimento implicaria a possibilidade de o consumidor optar pelo exercício de um dos outros direitos²⁵.

Quanto ao direito à redução do preço, significa, na prática, o interesse na manutenção do contrato por parte do consumidor. Significa que o comprador consumidor, não obstante os vícios ou falta de qualidades de que a coisa padece, mantém a decisão de adquirir o bem de consumo, com uma modificação ou redução do respetivo preço. Implica assim uma justa redução do preço atendendo à desvalorização da coisa.

O direito à resolução do contrato implica a cessação do contrato devendo o consumidor restituir o bem desconforme e o vendedor devolver o preço liquidado.

Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador.

Não haveria, no entanto, direito à resolução no caso de o exercício desse direito constituir abuso de direito; o que acontecia se a falta de conformidade for mínima, irrisória. Acresce ainda, no domínio da responsabilidade civil contratual subjetiva e nos termos do art. 12.º, n.º 1 da LDC, o direito à reparação dos danos causados ao consumidor derivados da falta culposa de conformidade do bem de consumo vendido. Este direito aplica-se também aos danos derivados da privação do uso do bem aquando da sua reparação ou substituição.

A culpa presume-se, nos termos do art. 799.º do Código Civil. É ao consumidor que compete provar os requisitos cumulativos deste tipo de responsabilidade civil.

Sobre o prazo de garantia e o prazo para o exercício dos direitos, dispunha sobre esta matéria o art. 5.º e o art. 5.º - A do revogado Decreto-lei.

O consumidor devia denunciar ao profissional a falta de conformidade que tiver manifestação no prazo de garantia.

¹⁹ Menezes Leitão, Luís Manuel Teles de (2010). *Direito das Obrigações*, ob. cit.

²⁰ Morais Carvalho, Jorge. (2019). *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit.

²¹ Morais Carvalho, Jorge Morais. (2017). *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit.

²² Menezes Leitão, Luís Manuel Teles de. (2010). *Direito das Obrigações*, ob. cit.

²³ Calvão da Silva, João. (2010). *Venda de Bens de Consumo*, ob. cit.

²⁴ Morais Carvalho, Jorge. (2019). *Manual de Direito do Consumo*, ob. cit.

²⁵ Morais Carvalho, Jorge. (2017). *Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo*. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 12.

Paulo Mota Pinto refere a este propósito que não se trata de “um prazo para o exercício dos direitos pelo comprador (ou para denúncia dos defeitos), mas o lapso de tempo durante o qual a manifestação de um defeito faz surgir na esfera jurídica do comprador os direitos que lhe são reconhecidos”²⁶. O consumidor podia exercer os seus direitos quando a falta de conformidade se manifestar dentro de um prazo de dois ou de cinco anos a contar da entrega do bem, consoante se tratasse, respetivamente, de coisa móvel ou imóvel.

O consumidor não estava, assim, adstrito ao ónus da prova da existência de falta de conformidade no momento da entrega, mas apenas à prova de que a falta de desconformidade se verificou dentro do respetivo prazo.

Tratando-se de coisa móvel usada, o prazo previsto no artigo 5.º, n.º 1, podia ser reduzido a um ano, por acordo das partes.

Havendo substituição do bem, o bem sucedâneo gozava de um prazo de garantia de dois ou de cinco anos a contar da data da sua entrega, conforme se tratasse, respetivamente, de bem móvel ou imóvel.

Relativamente aos prazos para exercícios de outros direitos, o artigo 5.º - A referia-se aos prazos de denúncia e aos prazos de caducidade da ação.

Para exercer os seus direitos, o consumidor devia denunciar ao vendedor a falta de conformidade num prazo de dois meses, caso se tratasse de bem móvel, ou de um ano, se se tratasse de bem imóvel, a contar da data em que a tenha detetado.

Caso o consumidor tenha efetuado a denúncia da desconformidade, tratando-se de bem móvel, os direitos atribuídos ao consumidor caducavam decorridos dois anos a contar da data da denúncia e, tratando-se de bem imóvel, no prazo de três anos a contar desta mesma data. Tratam-se dos prazos de caducidade para intentar a ação competente.

Sobre a responsabilidade do produtor, aplicava-se a responsabilidade civil objetiva do produtor pelos danos que resultem na morte ou lesão corporal do consumidor bem como pelos danos causados em coisa diversa da defeituosa (artigo 12.º, n.º 2 da LDC).

Atente-se ao art. 6.º do Decreto-lei referente à responsabilidade direta do produtor quanto aos direitos de reparação ou substituição. Excluía-se esta responsabilidade direta em caso de esta ser impossível ou desproporcionada atendendo ao valor do bem sem a desconformidade, a importância desta, bem como o facto de ser uma opção mais viável a opção pela outra alternativa, uma vez que implicava um menor inconveniente para o consumidor.

Assim, o consumidor que tivesse adquirido coisa defeitu-

osa podia optar por exigir do produtor a sua reparação ou substituição, salvo se tal se manifestasse impossível ou desproporcionado tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor.

Significa isto que a reposição da conformidade do bem de consumo podia ser exigida pelo consumidor ao vendedor, ao produtor ou a ambos.

Para se verificar esta responsabilidade direta do produtor tornava-se necessário que a falta de conformidade lhe fosse imputável sendo que o n.º 2 do artigo 6.º consagrava situações em que tal não se verificava, legitimando a oposição do produtor quanto a essa responsabilidade. Assim, o produtor podia opor-se ao exercício dos direitos pelo consumidor verificando-se qualquer dos seguintes factos:

- a) Resultar o defeito exclusivamente de declarações do vendedor sobre a coisa e sua utilização, ou de má utilização;
- b) Não ter colocado a coisa em circulação;
- c) Poder considerar-se, tendo em conta as circunstâncias, que o defeito não existia quando colocou a coisa em circulação;
- d) Não ter fabricado a coisa nem para venda nem para qualquer outra forma de distribuição com fins lucrativos, ou não a ter fabricado ou distribuído no quadro da sua atividade profissional;
- e) Terem decorrido mais de 10 anos sobre a colocação da coisa em circulação.

Luís Menezes Leitão defende ainda o exercício do direito de indemnização contra o produtor, em solidariedade com o vendedor²⁷.

Sobre as garantias, atente-se ao disposto no art. 1.º - B e ao disposto no art. 9.º.

A garantia voluntária consiste em qualquer compromisso ou declaração, de carácter gratuito ou oneroso, assumido por um vendedor, por um produtor ou por qualquer intermediário perante o consumidor, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respetiva publicidade.

A garantia legal é qualquer compromisso ou declaração assumido por um vendedor ou por um produtor perante o consumidor, sem encargos adicionais para este, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração

²⁶ Pinto, Paulo Mota. (2002). (2002), Cumprimento Defeituoso do Contrato de Compra e Venda: Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português. Lisboa: Instituto do Consumidor.

²⁷ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. (2016). Direito das Obrigações, ob. cit.

de garantia ou na respetiva publicidade.

A garantia voluntária, que pode ser onerosa ou gratuita, devia ser entendida como um acréscimo à garantia legal, de vinculação do seu emitente. Não afastava, por isso, a aplicação da garantia legal.

A declaração de garantia devia ser entregue ao consumidor por escrito ou em qualquer outro suporte duradouro a que aquele tenha acesso.

Devia ser redigida de forma clara e concisa na língua portuguesa, contendo obrigatoriamente as seguintes menções:

- a) Declaração de que o consumidor goza dos direitos referidos e de que tais direitos não são afetados pela garantia;
- b) A informação sobre o carácter gratuito ou oneroso da garantia e, neste último caso, a indicação dos encargos a suportar pelo consumidor;
- c) Os benefícios atribuídos ao consumidor por meio do exercício da garantia, bem como as condições para a atribuição destes benefícios, incluindo a enumeração de todos os encargos, nomeadamente aqueles relativos às despesas de transporte, de mão-de-obra e de material, e ainda os prazos e a forma de exercício da mesma;
- d) Duração e âmbito espacial da garantia;
- e) Firma ou nome e endereço postal, ou, se for o caso, eletrónico, do autor da garantia que pode ser utilizado para o exercício desta.

Salvo declaração em contrário, os direitos resultantes da garantia transmitem-se para o adquirente da coisa.

Por fim, dispunha o artigo 10.º sobre a nulidade do acordo ou cláusula contratual pelo qual antes da denúncia da falta de conformidade ao vendedor se excluam ou limitem os direitos do consumidor previstos no diploma. Esta nulidade era e é atípica, só podendo ser inovada pelo consumidor ou seus representantes²⁸.

2.3 O Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais

2.3.1 Âmbito de aplicação (objetivo e subjetivo) e exclusões

O Decreto-lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, reforça os direitos dos consumidores na compra e venda de bens

de consumo, transpondo para a ordem jurídica as Diretivas referidas em sede de introdução. Estabelece ainda o regime de proteção dos consumidores nos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais e estabelece também o regime aplicável à compra e venda de bens imóveis em caso de falta de conformidade, a responsabilidade direta do produtor em caso de falta de conformidade dos bens, conteúdos ou serviços digitais, a responsabilidade dos prestadores de mercado em linha e o regime sancionatório aplicável ao incumprimento dos deveres do profissional. O regime jurídico tem como âmbito de aplicação o contrato compra e venda celebrados entre consumidores e profissionais, incluindo os contratos celebrados para o fornecimento de bens a fabricar ou a produzir. Mantém-se a aplicação ao contrato de compra e venda de bens de consumo (móvel corpóreo e bem imóvel, incluindo bens usados) celebrado entre um profissional e um consumidor em sentido restrito (pessoa singular). Exclui-se, por isso, a sua aplicação às pessoas coletivas.

O diploma aplica-se também aos bens fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens.

Na esteira de David Falcão, “deve admitir-se que empreitadas de construção, recuperação, conservação ou reparação de bens que o consumidor já possuía se podem qualificar como empreitadas de consumo, desde que se verifique a transmissão de um bem novo ou usado, no âmbito de uma relação de consumo, aplicando-se as normas do diploma”²⁹. Sobre a locação de bens, continua a incluir-se na aplicação do diploma o arrendamento de imóveis, o aluguer de móveis, o aluguer de longa duração, a locação financeira mobiliária e a imobiliária e a locação com cláusula de aquisição no fim do período de pagamento de todas as rendas³⁰. Aplica-se ainda o diploma aos conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens, ou que com eles estejam interligados, na aceção da subalínea ii) da alínea c) do artigo 2.º (bens com elementos digitais), e que sejam fornecidos com os bens nos termos de um contrato de compra e venda, independentemente de os conteúdos ou serviços digitais serem fornecidos pelo profissional ou por um terceiro.

O artigo 2.º, al. c) do diploma define, neste domínio, o que se entende por bem. Será qualquer bem móvel corpóreo que incorpore ou esteja interligado com um conteúdo ou serviço digital, de tal modo que a falta destes impeça os bens de desempenharem as suas funções («bens com elementos digitais»).

²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de outubro de 2011, processo 35110.6TBPCV.C1. disponível em www.dgsi.pt.

²⁹ Falcão, David (2021). Análise à nova lei das garantias – DL 84/2021, de 18 de outubro. Revista da Ordem dos Advogados, n.º 81, Vol. III/IV. Disponível em ROA Online | Ano 81 - Vol. III/IV - Jul./Dez. 2021 - Ordem dos Advogados.

³⁰ Calvão Da Silva, João. (2010). Venda de Bens de Consumo..., ob.cit.

O diploma passa, assim, quanto ao fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, a abranger os contratos que impliquem um único fornecimento, uma série de fornecimentos ou um fornecimento contínuo³¹.

O diploma, com exceção do disposto no capítulo ii, é igualmente aplicável aos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais em que:

- a) O profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor pague ou se comprometa a pagar o respetivo preço;
- b) O profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional, exceto quando os dados pessoais se destinarem ao tratamento exclusivo pelo profissional para o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade com o decreto-lei ou ao cumprimento pelo profissional dos requisitos legais a que está sujeito, não se procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins;
- c) Os conteúdos ou serviços digitais sejam desenvolvidos de acordo com as especificações do consumidor;
- d) O suporte material seja utilizado exclusivamente como meio de disponibilização dos conteúdos digitais.

O diploma aplica-se igualmente, nos termos do art. 9.º, às situações de falta de conformidade derivada da instalação incorreta desde que: a instalação seja assegurada pelo profissional ou efetuada sob a sua responsabilidade; ou quando realizada pelo consumidor: a instalação incorreta se deva a deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo profissional; ou, no caso de bens com elementos digitais, a instalação incorreta se deva a deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo profissional ou pelo fornecedor do conteúdo ou serviço digital.

Por fim, refere-se que o art. 30.º à integração incorreta dos conteúdos ou serviços digitais. Encontra-se ainda incluída no âmbito de aplicação do diploma a falta de conformidade resultante da integração incorreta dos conteúdos ou serviços digitais.

Considera-se existir falta de conformidade resultante da integração incorreta dos conteúdos ou serviços digitais no ambiente digital quando: a integração tiver sido realizada pelo profissional ou sob a sua responsabilidade; ou os conteúdos ou serviços se destinarem a ser integrados pelo consumidor e a integração incorreta se dever a deficiências nas instruções fornecidas pelo profissional.

Relativamente às exclusões do âmbito de aplicação, veja-se o art. 4.º do referido Decreto-lei. Não se aplica a bens vendidos por via de penhora ou qualquer outra forma de execução judicial ou levada a cabo por uma autoridade pública. Não é igualmente aplicável à compra e venda de animais.

Exclui-se ainda do domínio de aplicação do diploma os contratos de:

- a) Serviços de comunicações eletrónicas, tal como definidos no ponto 4) do artigo 2.º da Diretiva (UE) 2018/1972, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, com exceção dos serviços de comunicações interpessoais independentes do número, tal como definidos no ponto 7) do artigo 2.º da mesma Diretiva;
- b) Serviços de cuidados de saúde, tal como definidos na alínea b) do artigo 3.º da Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto³²;
- c) Jogo e aposta online, conforme definido na alínea o) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril, na sua redação atual³³;
- d) Serviços financeiros, tal como definidos na alínea c) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio, na sua redação atual³⁴;
- e) Software oferecido pelo profissional no âmbito de uma licença de acesso livre e gratuito, em que não seja exigida contraprestação ao consumidor, desde que os dados pessoais fornecidos sejam exclusivamente tratados pelo profissional para melhorar a segurança, a compatibilidade ou a interoperabilidade do software específico;
- f) Fornecimento de conteúdos digitais que sejam disponibilizados ao público por outro meio que não a transmissão de sinal, no contexto de uma representação ou de um evento, designadamente projeções cinematográficas digitais;
- g) Conteúdos digitais fornecidos em conformidade com a Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, na sua redação atual, pelos organismos do setor público.

2.3.2 Requisitos objetivos e subjetivos de conformidade

O profissional deve entregar ao comprador os bens de consumo e fornecer os conteúdos e serviços digitais conformes ao contrato e correspondentes às legítimas expectativas deste último.

³¹ A título de exemplo, a compra de ebooks, a subscrição de publicações periódicas, entre outros.

³² Abrange-se aqui a prescrição, dispensa e o fornecimento de medicamento e equipamentos médicos no âmbito da prestação de cuidados de saúde pelos respetivos profissionais aos doentes.

³³ Abrange-se neste domínio os jogos de fortuna ou azar, as apostas desportivas à cota e as apostas hípcas, mútuas e à cota.

³⁴ São exemplos típicos os serviços bancários, da atividade seguradora, de investimento e os serviços relacionados com os fundos de pensões abertos.

O profissional deve entregar ao consumidor bens que cumpram os requisitos constantes dos artigos 6.º a 9.º. Tratam-se dos requisitos de conformidade.

Este novo Decreto-lei procede à separação dos requisitos de conformidade, destringendo os critérios aplicáveis aos bens móveis, aos bens imóveis e aos conteúdos e serviços digitais. Distingue os critérios subjetivos que derivam diretamente da relação entre consumidor e profissional dos critérios objetivos que estão relacionados com a legítima expectativa do consumidor.

Inova-se em relação ao diploma revogado no sentido de que se acrescentam critérios de funcionalidade, compatibilidade, interoperabilidade.

Relativamente aos requisitos subjetivos de conformidade são conformes com o contrato de compra e venda os bens que correspondem à descrição, ao tipo, à quantidade e detêm a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características previstas no contrato compra e venda.

Também são conformes com o contrato de compra e venda os bens que são adequados a qualquer finalidade específica, excluído o uso habitual, a que o consumidor os destine, atendendo ao previamente acordado entre as partes.

Com sede inovatória em reação ao diploma anterior, refere-se ainda que a conformidade também se verifica relativamente aos bens que são entregues juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente em matéria de instalação, tal como estipulado no contrato de compra e venda.

Também inovatoriamente se prevê que os bens também devem ser fornecidos com todas as atualizações, tal como estipulado no contrato de compra e venda.

O artigo 7.º dispõe sobre os requisitos objetivos de conformidade. Assim, os bens devem: ser adequados ao uso a que os bens da mesma natureza se destinam; corresponder à descrição e possuir as qualidades da amostra ou modelo que o profissional tenha apresentado ao consumidor antes da celebração do contrato, sempre que aplicável; ser entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber, sempre que aplicável; e corresponder à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, habituais e expectáveis nos bens do mesmo tipo considerando, designadamente, a sua natureza e qualquer declaração pública feita pelo profissional, ou em nome deste, ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de negócio, incluindo o produtor, nomeadamente

na publicidade ou na rotulagem.

Sobre este último critério, o profissional não fica vinculado às declarações públicas se demonstrar que: não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa; no momento da celebração do contrato, a declaração pública em causa tinha sido corrigida de forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita; ou a decisão de contratar não poderia ter sido influenciada por aquela declaração.

Significa isto que, regra geral, a aferição da conformidade tem em consideração as características essenciais do bem e que as informações objetivas derivadas de publicidade sobre determinado bem devem integrar-se no conteúdo dos respetivos contratos celebrados, nos termos do n.º 5 do artigo 7.º da LDC.

Não se verifica falta de conformidade quando, no momento da celebração do contrato, o consumidor tenha sido inequivocamente informado de que uma característica particular do bem se desviava dos requisitos referidos anteriormente e tenha aceitado, separadamente, de forma expressa e inequívoca, esse desvio. Recai o ónus da prova da prestação dessa informação sobre o profissional vendedor.

O art. 8.º consagra requisitos adicionais de conformidade, no domínio dos bens com elementos digitais. Surgem relacionados em grande medida com o dever de informação que recai sobre o vendedor quanto às atualizações, incluindo as de segurança. Sublinha-se também no diploma que se o consumidor não proceder à instalação, num prazo razoável dessas atualizações, o profissional não é responsável por qualquer falta de conformidade que resulte exclusivamente da falta da atualização em causa desde que o profissional tenha informado o consumidor da disponibilidade da atualização e das consequências da sua não instalação; e a não instalação ou a instalação incorreta da atualização pelo consumidor não tenha resultado de deficiências nas instruções de instalação fornecidas ao consumidor.

O art. 9.º equipara a falta de conformidade com a instalação incorreta dos bens. Considera-se existir falta de conformidade dos bens sempre que a mesma resulte de instalação incorreta, desde que: a instalação seja assegurada pelo profissional ou efetuada sob a sua responsabilidade; ou, quando realizada pelo consumidor, a instalação incorreta se deva a deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo profissional; ou, no caso de bens com elementos digitais, a instalação incorreta se deva a deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo profissional ou pelo fornecedor do conteúdo ou serviço digital.

O diploma inova no seu art. 10.º ao prever os vícios de

direito como critério para aferir a falta de conformidade³⁵. Caso uma restrição resultante de uma violação de quaisquer direitos de terceiros, em especial direitos de propriedade intelectual, impeça ou limite a utilização dos bens, nos termos dos artigos 6.º a 8.º, o consumidor tem direito aos meios de ressarcimento por falta de conformidade previstos pelo diploma.

2.3.3 Responsabilidade do profissional, prazos de conformidade, ónus da prova

A obrigação do profissional prende-se com o dever de entrega do bem de consumo ou o fornecimento dos conteúdos e serviços digitais em escrupuloso cumprimento pelos critérios de conformidade anteriormente referidos, sob pena de não o fazendo responder perante o consumidor pela falta de conformidade.

A conformidade é determinada, quanto aos bens móveis e imóveis, pelo momento da entrega. Como refere David Falcão, “o que, por sua vez, não deve interpretar-se como exonerando o vendedor pela falta de conformidade no momento da entrega, se a celebração do contrato for anterior a tal entrega, e no momento da celebração não existir desconformidade, aplicando-se o mesmo raciocínio os conteúdos e serviços digitais”³⁶.

Inovatoriamente em relação ao regime jurídico anterior, quanto aos bens móveis e quanto à responsabilidade do profissional em caso de falta de conformidade, nos termos do art. 12.º, o profissional é responsável por qualquer falta de conformidade que se manifeste no prazo de três anos a contar da entrega do bem. Isto aplica-se igualmente aos bens com elementos digitais de ato único de fornecimento de conteúdo ou serviço digital.

Significa isto, na verdade, que se presume a falta de conformidade existente no momento da entrega quando esta se manifeste no prazo de dois anos a contar desse momento, nos termos do art. 13.º.

Não obstante a responsabilidade do vendedor por qualquer falta de conformidade no prazo de três anos desde o momento da entrega, a presunção de não conformidade apenas se aplica nos dois anos posteriores à entrega. No ano subsequente, o consumidor passa a ser o detentor do ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento da entrega, isto é, decorrido esse prazo cabe ao consumidor a prova de que a falta de conformidade existia

à data da entrega do bem³⁷.

Para que opere a presunção incumbe, assim, ao consumidor fazer prova da desconformidade, dentro do prazo de dois anos. Caberá ao vendedor ilidir essa presunção quando acionada fundamentando-se na inexistência da falta de conformidade no momento da entrega e, caso a falta de conformidade seja cognoscível em momento posterior, fundamentando que ela resultou de facto que lhe não é imputável.

Nos contratos de compra e venda de bens móveis usados e por acordo entre as partes, o prazo de três anos pode ser reduzido a 18 meses, salvo se o bem for anunciado como um bem recondicionado, sendo obrigatória a menção dessa qualidade na respetiva fatura, caso em que é aplicável o prazo de três anos.

A comunicação da falta de conformidade pelo consumidor deve ser efetuada, designadamente, por carta, correio eletrónico, ou por qualquer outro meio suscetível de prova, nos termos gerais.

Relativamente ao ónus da prova relativo aos bens com elementos digitais de fornecimento contínuo, no caso de bens com elementos digitais em que o contrato estipule o fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais durante um determinado período, o ónus da prova relativo à determinação da conformidade do conteúdo ou serviço digital, durante o período referido na parte final da alínea a) e na alínea b) do n.º 2 do artigo 12.º, incumbe ao profissional relativamente a qualquer falta de conformidade que se manifeste no estipulado nas referidas alíneas.

O ónus da prova da conformidade do bem recai sobre o profissional durante o prazo de três anos a contar da data de entrega dos bens com elementos digitais sempre que o contrato preveja o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um período até três anos ou durante todo o período do contrato quando o prazo convencionado seja superior a três anos.

A falta de conformidade deve ser provada pelo consumidor dentro dos prazos referidos sendo que a falta de conformidade se presume no momento da entrega devendo o profissional ilidir essa presunção.

Relativamente aos bens imóveis, deve-se atender ao disposto no art. 22.º. O profissional tem o dever de entregar ao consumidor os bens imóveis que sejam conformes com o contrato de compra e venda e que apresentem características de qualidade, de segurança, de habitabilidade,

³⁵ Morais Carvalho, Jorge. (2019). Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — as Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português. RED, n.º 3.

³⁶ Falcão, David (2021). Análise à nova lei das garantias — DL 84/2021, de 18 de outubro..., ob cit.

³⁷ Lopes, Ana Mendes. (2021). Novas regras e pouca clareza: o que muda sobre a garantia dos produtos em 2022? Observatório Alameda. Disponível em Novas regras e pouca clareza: o que muda sobre a garantia dos produtos em 2022? — Observatório Alameda. Dispõe a advogada que “O prazo legal de garantia visa assegurar que ao cliente é prestado um apoio pós-venda para bens vendidos ou serviços prestados que padeçam de defeitos suscetíveis de afetar a sua utilização ou o serviço prestado. Presumindo-se que tais defeitos são considerados “de origem”. Até aqui, o prazo de garantia dos bens de consumo era de 2 anos. Com as novas regras, este prazo de responsabilidade do vendedor passa de 2 anos para 3 anos. No entanto, no último ano de garantia, cabe ao consumidor provar que o defeito é de origem. Ora, o consumidor, como utilizador médio dificilmente conseguirá fazer prova de que o defeito é de origem. Razão pela qual, este terceiro ano de garantia é, em nosso entender, uma verdadeira falsa proteção do consumidor”.

de proteção ambiental e de funcionalidade de modo a assegurar a aptidão dos mesmos ao uso a que se destinam durante o período de vida útil técnica e economicamente razoável.

Presume-se que a falta de conformidade com o contrato caso se verifique algum dos seguintes factos:

- a) Não sejam conformes com a descrição que deles é feita pelo profissional ou não possuam as qualidades do bem que o profissional tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo;
- b) Não sejam adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine, desde que o profissional tenha sido informado de tal uso aquando da celebração do contrato e o tenha aceite;
- c) Não sejam adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo;
- d) Não apresentem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo profissional, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade.

Existe, assim, responsabilidade do vendedor para com o consumidor pela falta de conformidade que se verifique no momento da entrega do bem. Presume-se essa falta de conformidade como existente no momento da entrega quando a mesma se revele num prazo de dez ou cinco anos a contar da referida entrega. Dispõe neste sentido o artigo 23.º ao dispor que o profissional responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista quando o bem imóvel lhe é entregue e se manifeste no prazo de: a) 10 anos, em relação a faltas de conformidade relativas a elementos construtivos estruturais; b) Cinco anos, em relação às restantes faltas de conformidade.

Havendo substituição do bem imóvel, o profissional é responsável por qualquer falta de conformidade que ocorra no bem sucedâneo.

Relativamente ao fornecimento de conteúdos e serviços digitais, o profissional tem responsabilidade perante o consumidor por falta de conformidade:

Que se verifique no momento do fornecimento ou que seja cognoscível no prazo de dois anos relativamente a contratos de único ato de fornecimento ou a contratos com uma panóplia de atos individuais de fornecimento.

Quando se manifeste no período que os conteúdos ou serviços digitais são fornecidos quanto a contratos de

fornecimento contínuo³⁸.

Incumbe ao profissional demonstrar que forneceu os conteúdos e serviços digitais.

Nos contratos em que seja estipulado um único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento, o ónus da prova de que o conteúdo ou serviço digital fornecido estava em conformidade no momento do fornecimento recai sobre o profissional nas faltas de conformidade que se manifestem durante o prazo de um ano a partir do momento do fornecimento.

Invocando o consumidor a falta de conformidade nesse prazo, presume-se a sua existência no momento do fornecimento. Caberá ao vendedor ilidir essa presunção. Ultrapassado esse prazo o ónus da prova incide sobre o consumidor quanto à falta de conformidade no momento do fornecimento.

Nos contratos em que seja estipulado um fornecimento contínuo, o ónus da prova de que o conteúdo ou serviço digital fornecido se encontra em conformidade recai sobre o profissional nas faltas de conformidade que ocorram ou se manifestem no período durante o qual devam ser fornecidos os conteúdos ou serviços digitais.

Nos termos do n.º 4 do art. 33.º, o disposto nos n.º 2 e n.º 3 não será aplicável quando o profissional demonstre que o ambiente digital do consumidor não é compatível com os requisitos técnicos dos conteúdos ou serviços digitais; e que informou o consumidor desses requisitos de forma clara e compreensível antes da celebração do contrato.

2.3.4 Direitos do consumidor

Os direitos do consumidor mantiveram-se semelhantes aos previstos no regime jurídico anterior. Inova o Decreto-lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, ao estabelecer uma hierarquia reclamada por alguma doutrina quanto ao seu exercício quando estejam em causa bens móveis ou conteúdos ou serviços digitais.

Consagra ainda um direito de rejeição relativamente aos bens móveis no art. 16.º. Nos casos em que a falta de conformidade se manifeste no prazo de 30 dias após a entrega do bem, o consumidor pode solicitar a imediata substituição do bem ou a resolução do contrato³⁹.

No caso de falta de conformidade, o consumidor tem, nos termos dos art. 15.º, 24.º e 35.º, direito: à reposição da conformidade dos bens móveis, imóveis, conteúdos e serviços digitais (reparação ou substituição); à redução do preço; ou, à resolução do contrato.

³⁸ Neste caso, existindo um fornecimento contínuo para um certo lapso temporal, verifica-se a responsabilidade do profissional caso a desconformidade se manifeste durante todo esse período.

³⁹ Lopes, Ana Mendes. (2021). Novas regras e pouca clareza: o que muda sobre a garantia dos produtos em 2022, ob. cit. A advogada refere que "este direito não é novo, pois de acordo com as regras anteriores, e como acima explicamos, o consumidor já podia pedir a substituição imediata ou a resolução do contrato aquando da manifestação do defeito. Não obstante, se nos termos das regras atuais existe uma hierarquia de direitos, a possibilidade de rejeição surge como uma verdadeira exceção a tal hierarquia".

Quanto ao regime aplicável a bens móveis (art. 15.º), conteúdos ou serviços digitais (art. 35.º), o consumidor pode escolher entre a reparação ou a substituição do bem, salvo se o meio escolhido para a reposição da conformidade for impossível ou, em comparação com o outro meio, impuser ao profissional custos desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias, incluindo: o valor que os bens teriam se não se verificasse a falta de conformidade; a relevância da falta de conformidade; e, a possibilidade de recurso ao meio de reposição da conformidade alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor.

O profissional pode recusar repor a conformidade dos bens se a reparação ou a substituição forem impossíveis ou impuserem custos que sejam desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias.

Nos termos do art. 18.º, para efeitos de reparação ou substituição, o consumidor deve disponibilizar os bens, a expensas do profissional. A reparação ou a substituição do bem é efetuada: a título gratuito; num prazo razoável a contar do momento em que o profissional tenha sido informado pelo consumidor da falta de conformidade; sem grave inconveniente para o consumidor, tendo em conta a natureza dos bens e a finalidade a que o consumidor os destina.

A reparação ou substituição do bem móvel deve ser realizada num prazo de 30 dias, salvo obviamente situações de grande complexidade do bem, da gravidade da falta de conformidade e do trabalho complexo inerente a reparação ou substituição. Nestes casos, poder-se-á justificar um período superior. O prazo de 30 dias implica a ausência de grave inconveniente para o consumidor tendo direito à reparação ou substituição em prazo inferior se esse prazo lhe causar graves prejuízos.

Em caso de reparação, o bem reparado beneficia de um prazo de garantia adicional de seis meses por cada reparação até ao limite de quatro reparações, devendo o profissional, aquando da entrega do bem reparado, transmitir ao consumidor essa informação.

Quanto aos bens imóveis, conteúdo ou serviço digital, a reparação ou substituição devem ser realizadas em prazo razoável⁴⁰, atendendo à natureza do defeito.

O não respeito pelos prazos referidos dá direito de o consumidor optar pelo direito de redução proporcional do preço ou do direito de resolução (art. 15.º e 35.º). No caso de bens imóveis pode optar pelo exercício de qualquer outro direito previsto.

O consumidor pode escolher entre a redução proporcional do preço, nos termos do artigo 19.º, e a resolução do contrato, nos termos do artigo 20.º, caso o profissional:

- i) Não tenha efetuado a reparação ou a substituição do bem;
- ii) Não tenha efetuado a reparação ou a substituição do bem nos termos do disposto no artigo 18.º;
- iii) Tenha recusado repor a conformidade dos bens nos termos do número anterior; ou
- iv) Tenha declarado, ou resulte evidente das circunstâncias, que não vai repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor;

Pode escolher também entre a redução do preço e a resolução quando:

- a. A falta de conformidade tenha reaparecido apesar da tentativa do profissional de repor os bens em conformidade;
- b. Ocorra uma nova falta de conformidade; ou
- c. A gravidade da falta de conformidade justifique a imediata redução do preço ou a resolução do contrato de compra e venda.

O consumidor não tem direito à resolução do contrato se o profissional provar que a falta de conformidade é mínima, sob pena de abuso de direito. Cabe ao profissional o ónus da prova de que a falta de conformidade é mínima.

O direito à resolução do contrato ou à redução proporcional do preço pode ser exercido quando a falta de conformidade tenha levado ao perecimento ou deterioração do bem por motivo não imputável ao consumidor.

O direito à resolução do contrato é exercido através de declaração ao profissional na qual o consumidor informa a sua decisão de pôr termo ao contrato de compra e venda, por carta, correio eletrónico, ou por qualquer outro meio suscetível de prova, nos termos gerais.

Tratando-se de bens móveis, o exercício do direito de resolução do contrato no seu conjunto ou, nos termos do número anterior, em relação a alguns dos bens, determina:

- a) A obrigação de o consumidor devolver os bens ao profissional, a expensas deste;
- b) A obrigação de o profissional reembolsar o consumidor do preço pago pelos bens após a sua receção ou de prova do seu envio, apresentada pelo consumidor.

O profissional deve efetuar o reembolso dos pagamentos através do mesmo meio de pagamento que tiver sido utilizado pelo consumidor na transação inicial, salvo havendo acordo expresso em contrário e desde que o consumidor não incorra em quaisquer custos como consequência do reembolso.

No prazo de 14 dias a contar da data em que for informado da decisão de resolução do contrato, o profissional deve reembolsar o consumidor de todos os pagamentos recebidos, incluindo os custos de entrega do bem. Salvo

⁴⁰ Trata-se de um conceito extremamente vago devendo atender-se sempre ao caso concreto para, assim, se aferir um prazo normal de reparação ou substituição.

situações em que incumba ao profissional a recolha do bem, o profissional pode proceder à retenção do reembolso enquanto os bens não forem devolvidos ou o consumidor faça prova do seu envio.

No caso de falta de conformidade no domínio de conteúdos ou serviços digitais, em caso de resolução do contrato, o profissional deve reembolsar o consumidor de todos os montantes pagos, nos termos do n.º 1 do art. 36.º.

Nos casos em que o contrato estipular o fornecimento contínuo ou de uma série de atos individuais de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais em troca do pagamento de um preço e os conteúdos ou serviços digitais tiverem estado em conformidade durante um período anterior à resolução do contrato, o profissional deve reembolsar o consumidor:

- a) No montante proporcional do preço correspondente ao período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais não estiveram em conformidade, e;
- b) Sendo o caso, da parte do preço pago antecipadamente pelo consumidor, relativa ao período remanescente do contrato caso este não tivesse cessado.

O reembolso dos pagamentos deve ser efetuado sem demora indevida e, em qualquer caso, no prazo de 14 dias a contar da data em que o profissional foi informado da decisão do consumidor de reduzir o preço ou de resolver o contrato. O reembolso dos pagamentos é efetuado através do mesmo meio de pagamento utilizado pelo consumidor na transação inicial, salvo acordo expresso em contrário e desde que o consumidor não incorra em quaisquer custos como consequência do reembolso. O profissional não pode impor ao consumidor qualquer encargo referente ao reembolso.

Após a resolução do contrato, o consumidor abstém-se de utilizar os conteúdos ou serviços digitais e de os colocar à disposição de terceiros.

O consumidor não pode ser responsabilizado pelo pagamento correspondente a qualquer utilização dos conteúdos ou serviços digitais no período anterior à resolução do contrato, durante o qual aqueles não estiveram em conformidade.

Quanto à redução do preço, prevista nos art. 15.º, n.º 5, 19.º e 35.º, n.º 5 e 6, o consumidor tendo conhecimento da falta de conformidade do bem com o contrato opta pela sua manutenção, mediante redução proporcional do preço. A redução do preço deve ser proporcional à diminuição do valor dos bens que foram recebidos pelo consumidor, em comparação com o valor que teriam se estivessem em conformidade⁴¹, sendo que, nas situações em que o contrato estipule o fornecimento contínuo ou uma série de

atos individuais de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais contra o pagamento de um preço, a redução do preço é correspondente ao período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais não estiveram em conformidade.

3. Conclusão

A doutrina e jurisprudência nacionais aguardavam a transposição das Diretivas enunciadas tendo as mesmas sido transpostas para o Decreto-lei em análise.

Este Decreto-lei encontra-se dividido em cinco capítulos, designadamente: as disposições gerais, o regime aplicável à compra e venda de bens, o regime aplicável aos fornecimentos de conteúdos e serviços digitais, as disposições comuns e as disposições complementares e finais.

De entre as principais novidades do diploma, destacam-se: o alargamento do prazo da responsabilidade do profissional na compra e venda de coisas móveis e na compra e venda de coisas imóveis; o estabelecimento de hierarquia de direitos por parte do consumidor em caso de desconformidade do bem com o contrato; a separação dos regimes de compra e venda de bens móveis e de bens imóveis e a responsabilização direta alargada das plataformas digitais de intermediação, entre outras novidades legislativas.

Com este trabalho, deixam-se as principais notas caracterizadoras do regime enaltecendo a necessidade do seu estudo e debate crítico contribuindo-se, por conseguinte, para a análise jurídico-científica deste tema.

Bibliografia

Calvão da Silva, J. (2010). *Venda de Bens de Consumo*. (4ª ed). Coimbra: Almedina.

Calvão da Silva, J. (1999). *Responsabilidade Civil do Produtor* (reimpressão). Coimbra: Almedina.

Costa Alves, J. M. (2014). *A compra e venda de bens defeituosos nas relações de consumo*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Carvalho, J. M. (2017). *Manual de Direito do Consumo*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina.

Duarte, P. (1999). *O Conceito Jurídico de Consumidor*, segundo o Art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor.

⁴¹ Morais Carvalho, Jorge. (2017). *Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo*, ob. cit.

Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 75.

Falcão, D. (2019). *A venda de Bens de Consumo e as garantias a ela relativas (Um estudo em proveito do consumidor)*. Repositório do Instituto Politécnico de Castelo Branco. Disponível em https://repositorio.ipcb.pt/bitstream/10400.11/7074/1/Outubro2019_VendaBensConsumo.pdf. Consultado em janeiro de 2022.

Falcão, D. (2021). "Análise à nova lei das garantias – DL 84/2021, de 18 de outubro". *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 81, Vol. III/IV. Disponível em ROA Online | Ano 81 - Vol. III/IV - Jul./Dez. 2021 - Ordem dos Advogados.

Falcão, P. (2019). "O regime da venda de bens de consumo na jurisprudência portuguesa recente". *RJLB*. Ano 5. N.º 2.

Lopes, A. M. (2021). *Novas regras e pouca clareza: o que muda sobre a garantia dos produtos em 2022? Observatório Almedina*. Disponível em *Novas regras e pouca clareza: o que muda sobre a garantia dos produtos em 2022? – Observatório Almedina*.

Menezes Leitão, L. M. T. (2010). *Direito das Obrigações*, Vol. III (contratos em especial). Coimbra: Almedina.

Menezes Leitão, L. M. T. (2016). *Direito das Obrigações*. Volume III. 11.ª ed. Coimbra: Almedina.

Menezes Leitão, L. M. T. (2004). *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo. Estudos do Instituto do Direito do Consumo*, Vol. II. Coimbra: Almedina.

Morais Carvalho, J. (2017). *Direitos do Consumidor na Compra de Bens de Consumo. Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 12.

Morais Carvalho, J. (2019). *Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais — as Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português*. RED, n.º 3.

Pinto, P. M. (2000). *Conformidade e Garantias na venda de bens de consumo: A Directiva 1999/44/CE e o direito português. Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2.

Pinto, P. M. (2002). *Cumprimento Defeituoso do Contrato de Compra e Venda: Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português*. Lisboa: Instituto do Consumidor.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 04 de junho de 2015, proc. C-497/13 (Froukje Faber contra Autobedrijf Hazet Ochten BV), disponível em www.curia.eu.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de fevereiro de 2020, processo 491/11.4 TVLSB.L1-1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de outubro de 2011, processo 35110.6TBPCV.C1. Disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09 de junho de 2009, processo n.º 2027.08.5TJPRT. Disponível em www.dgsi.pt.

A Tutela dos Créditos dos Trabalhadores da Insolvência: Breves Considerações¹

Protection of Employees' Claims in Insolvency: Brief Comments



Rita Oleastro Loureiro Sandinha Serra*

*Solicitadora inscrita na Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, desde 2020; solicitadora8354@gmail.com.

Código ORCID: 0009-0000-0062-8170

Resumo O presente artigo tem como objeto a análise da tutela dos créditos dos trabalhadores no âmbito da insolvência. Iniciaremos o artigo com a abordagem dos créditos laborais, que se podem dividir em créditos remuneratórios e em créditos compensatórios ou indemnizatórios, aproveitando para analisar algumas das questões doutrinárias e jurisprudenciais que nos parecem mais relevantes (v.g., natureza das dívidas e respetivo regime de pagamento). E na parte central do artigo, faremos a análise dos vários tipos de meios de tutela dos créditos dos trabalhadores e do respetivo âmbito de atuação na insolvência – designadamente, os privilégios creditórios e o Fundo de Garantia Salarial (FGS).

Palavras-chave: Sentença de declaração de insolvência. Insolvência do empregador. Créditos laborais. Privilégios creditórios. Fundo de Garantia Salarial.

Abstract This article aims to analyse the protection of workers' claims in the context of insolvency. We will start the article with an approach to labour claims, which can be divided into remuneration claims and compensatory or indemnity claims, taking the opportunity to analyse some of the doctrinal and jurisprudential issues that we consider to be most relevant (e.g., the nature of the debts and the respective payment regime). And in the central part of the article, we will analyse the different types of means of protection of workers' credits and the respective scope of action in insolvency - namely, the privileges of creditor claims and the Wage Guarantee Fund.

Keywords: Judgement of declaration of insolvency. Insolvency of the employer. Labour claims. Credit privilege. Wage guarantee fund.

¹ O tema deste artigo foi objeto de investigação e análise no trabalho de Dissertação de Mestrado, subordinado ao título "Efeitos da Sentença de Declaração de Insolvência do Empregador nos Contratos de Trabalho - A Proteção dos Créditos Laborais", submetido em 2018, ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, do Instituto Politécnico de Coimbra, para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Solicitadoria, Especialização em Solicitadoria da Empresa, por parte da autora, sob a orientação da Senhora Professora Doutora Rita Gonçalves Ferreira da Silva.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os créditos laborais. 3. A tutela dos créditos dos trabalhadores na Insolvência. 3.1 Os privilégios creditórios. 3.1.1 O privilégio mobiliário geral dos trabalhadores. 3.1.2 O privilégio imobiliário especial dos trabalhadores. 3.2 O Fundo de Garantia Salarial. 3.2.1 O regime jurídico. 3.2.2 A sub-rogação de créditos na insolvência. 4. Conclusões. Bibliografia

1. Introdução

Nos últimos anos, temos vivido em sucessivas crises económicas, que, consequentemente, afetam direta ou indiretamente, o funcionamento das empresas e bem assim os postos de trabalho dos respetivos trabalhadores.

O tema em análise, “A Tutela dos Créditos dos Trabalhadores na Insolvência: breves considerações”, reveste de enorme importância, porque a insolvência de uma empresa tem uma fortíssima repercussão na vida dos trabalhadores, em todas as suas dimensões, pondo em causa a continuação, de forma estável, dos seus rendimentos provenientes do trabalho dependente, podendo gerar nos trabalhadores interesses contrapostos ou mesmo contraditórios, desejando, por um lado, a manutenção do seu posto de trabalho (o que se alcançará com a continuação ou sobrevivência da empresa), e, por outro, a rápida satisfação dos seus créditos, se necessário liquidando a mesma empresa (pois pode ser detentor de créditos sobre a massa e/ou de créditos sobre a insolvência, consoante o momento em que se constituem, que pretenda cobrar eficaz e rapidamente).

O trabalhador pode ser credor do empregador insolvente, créditos esses que poderão ser emergentes do contrato de trabalho, mas também podem resultar da própria cessação do vínculo laboral, sendo que os seus créditos laborais gozam de uma proteção legal, no direito interno e também no direito comunitário, designadamente pela previsão do privilégio creditório mobiliário geral (existe uma derrogação ao princípio do “par conditio creditorum”) e do privilégio creditório imobiliário especial, bem como pela tutela conferida pelo Fundo de Garantia Salarial, que está vocacionado para os casos de insolvência do empregador ou da declaração da empresa em situação económica difícil.

Por motivos de limitação de extensão deste artigo, iremos abordar o tema unicamente no quadro jurídico português, considerando o regime legal vigente, no CT, mas também no CIRE, sem prejuízo do seu enquadramento no direito comunitário, face à integração de Portugal na União Europeia.

2. Os créditos laborais

A declaração judicial de insolvência afeta – ou pode afetar – os contratos de trabalho dos trabalhadores da empresa insolvente.

Numa relação laboral, o trabalhador fica obrigado a prestar a sua atividade e a colaborar permanente e duradouramente com a empresa onde exerce a sua atividade², o que demonstra que o trabalhador tem um papel ativo no seio da empresa, sendo até considerado um ativo da empresa, ou seja, é visto com um elemento importante ou até mesmo indispensável à recuperação de uma empresa³, caso a declaração judicial de insolvência siga esse rumo.

Perante a insolvência do empregador, os trabalhadores podem ter interesses contrapostos ou contraditórios: por um lado, o interesse na manutenção do seu contrato de trabalho⁴ e, por outro, a rápida satisfação dos seus créditos⁵, o que vai de encontro à dicotomia da recuperação ou do encerramento definitivo da empresa, estabelecidas no art.º 1º, n.º 1, do CIRE.

Ora, o art.º 347º, n.º 1, do CT estabelece o princípio da intangibilidade do contrato de trabalho com a declaração de insolvência, até ao encerramento definitivo da empresa⁶, o que significa que, após a declaração de insolvência, os trabalhadores mantêm o vínculo com a empresa tendo que continuar a exercer a sua função.

Quando o contrato de trabalho cessa, aplica-se, mas com

² Xavier, Bernardo da Gama Lobo, *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª Edição, Verbo, Lisboa, 2014, pp. 91 e 320.

³ Cfr. Ramalho, Maria do Rosário Palma, “*Aspetos Laborais da Insolvência. Notas Breves Sobre as Implicações Laborais do Regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, in Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 690. No mesmo sentido, Xavier, Bernardo da Gama Lobo, ob. cit., pp. 320.

⁴ O trabalhador tem todo o interesse em manter o vínculo contratual gerado com a entidade empregadora, pois só assim vê garantida a tão importante estabilidade do seu emprego (cfr. art.º 53º da CRP) - Costeira, Joana, *Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho: A Tutela dos Créditos Laborais*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 71 e 72. No mesmo sentido, Serra, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 180 e 182.

⁵ Costeira, Joana, ob. cit., pp. 72. No mesmo sentido, *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 181.

Os trabalhadores podem ser credores das empresas insolventes, o que acontece em muitos casos, sendo chamados a intervir no processo para garantir a sua posição e defender os interesses na qualidade de credores - Ramalho, Maria do Rosário Palma, ob. cit., pp. 690. No mesmo sentido, Costeira, Joana, ob. cit., pp. 72 - como credores pretendem a satisfação dos créditos que resultam dos seus contratos de trabalho.

⁶ No entanto, se a colaboração do trabalhador não for indispensável ao funcionamento da empresa, o administrador de insolvência pode fazer cessar o contrato de trabalho antes do encerramento definitivo da empresa, como refere o art.º 347º, n.º 2, do CT.

as devidas adaptações, o regime do despedimento coletivo (*vide* arts. 360º e ss. do CT), exceto nas microempresas, ficando o empregador obrigado a compensar os trabalhadores despedidos (cfr. art.º 366º, *ex vi* do art.º 347º, n.º 5, do CT). Acontece que, nos créditos de natureza laboral, pode tornar-se especialmente árdua a aplicação do critério geral do art.º 47º do CIRE (créditos sobre a insolvência⁷), uma vez que a declaração de insolvência do empregador desencadeia consequências muito diversificadas, tornando-se difícil identificar qual é a origem e a causa dos créditos⁸.

Os créditos laborais no processo de insolvência podem ser divididos em dois tipos: os créditos emergentes do contrato de trabalho, designados como créditos remuneratórios⁹, e os créditos resultantes da compensação devida ao trabalhador pela cessação do contrato de trabalho por encerramento do estabelecimento ou por despedimento¹⁰ – os chamados créditos compensatórios¹¹ ou indemnizatórios¹².

A classificação destes créditos realiza-se consoante o momento em que se constituem e atentando às vicissitudes da empresa decorrentes do processo de insolvência, pelo que teremos que analisar se estes se podem enquadrar

nas dívidas da massa¹³ ou nas dívidas da insolvência¹⁴⁻¹⁵.

A satisfação dos créditos remuneratórios faz-se consoante sejam constituídos antes ou depois da declaração de insolvência¹⁶.

Catarina Serra¹⁷, Joana Costeira¹⁸ e Júlio Vieira Gomes¹⁹ entendem que os créditos remuneratórios constituídos antes da situação de insolvência são créditos sobre a insolvência (cfr. art.º 47º, n.º 1 e 4, do CIRE), por resultarem de dívidas respeitantes ao período anterior à declaração de insolvência. Relativamente aos créditos remuneratórios constituídos após a declaração de insolvência, a doutrina tem considerado que são créditos sobre a massa²⁰, pelo que são satisfeitos no momento do seu vencimento, independentemente do estado do processo – cfr. art.º 172º, n.º 3, do CIRE.

Importa ainda referir que são também considerados créditos sobre a massa, nos termos do art.º 51º, al. c) e d), do CIRE, os créditos remuneratórios dos trabalhadores contratados a termo certo ou incerto pelo administrador nos termos do art.º 55º, n.º 4, do CIRE, porquanto tais contratações são uma consequência de um ato de administração e liquidação da massa, já que essas contratações são realizadas para

⁷ São todos aqueles que tenham natureza patrimonial sobre o insolvente, ou seja, são créditos garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à declaração de insolvência (cfr. art.º 47º, n.º 1, do CIRE) e também aqueles cujos titulares mostrem tê-los adquirido no decurso do processo – *vide* art.º 47º, n.º 3, do CIRE. De referir que estes créditos têm quatro categorias: os créditos garantidos, os créditos privilegiados, os créditos subordinados e os créditos comuns, que se encontram apresentados no art.º 47º, n.º 4, do CIRE que, por motivos de extensão do artigo não iremos abordar.

⁸ *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 273.

⁹ São aqueles que resultam da simples existência e normal cumprimento do contrato de trabalho, o que significa que são créditos que emergem da execução do vínculo laboral – cfr. “*Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho...*” cit., pp. 82 e Costeira, Joana, “*A Classificação dos Créditos Laborais*”, in I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 161.

V.g., salários, subsídios de férias e de Natal e subsídio de alimentação.

¹⁰ Perante uma situação de insolvência da entidade empregadora, a cessação dos contratos de trabalho pelo administrador da insolvência deve ocorrer com respeito pelas disposições previstas nos arts. 359º e ss. do CT, ainda que com as necessárias adaptações, nomeadamente pelos arts. 360º e 363º do CT que preveem a existência de uma comunicação da intenção de proceder ao despedimento coletivo e, mais tarde, uma comunicação com a decisão de despedimento – “*A Classificação dos Créditos Laborais*” cit., pp. 163 e 164 e “*Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho...*” cit., pp. 82. *Vide* ac. TRP, proferido no processo n.º 1/08.0TJVNF-L.S1.P1, de 06-07-2010, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Sílvia Pires, in <http://www.dgsi.pt>, acessado e consultado em 28-01-2023 e ac. TRG, proferido no processo n.º 2139/19.0T8VCT-A.G1, de 25-06-2020, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Ana Cristina Duarte, in <http://www.dgsi.pt>, acessado e consultado em 28-01-2023.

¹¹ Aqueles que resultam da compensação devida ao trabalhador por cessação do contrato de trabalho por despedimento coletivo ou extinção do posto de trabalho/ encerramento do estabelecimento, pressupondo um ato lícito – “*A Classificação dos Créditos Laborais*” cit., pp. 162, “*Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho...*” cit., pp. 82 e *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 275.

¹² Aqueles que resultam da obrigação de indemnização dos danos decorrentes do despedimento (cfr. arts. 359º e ss. e 383º, do CT) – *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 276. No mesmo sentido, “*A Classificação dos Créditos Laborais*” cit., pp. 161 e 162 e “*Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho...*” cit., pp. 82 – Joana Costeira defende ainda que se devem enquadrar os créditos que resultam de uma indemnização devida pela resolução do contrato de trabalho com justa causa por iniciativa do trabalhador anteriormente à declaração judicial de insolvência.

¹³ Aqueles cujo fundamento reside na própria situação de insolvência e que se encontram enumeradas no art.º 51º, n.º 1, do CIRE.

¹⁴ Anteriormente já referidas e cujos créditos se encontram estabelecidos no art.º 47º do CIRE.

¹⁵ “*A Classificação dos Créditos Laborais*” cit., pp. 162.

¹⁶ Ob. cit., pp. 162 e “*Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho...*” cit., pp. 83.

¹⁷ *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 275 – a autora defende que os créditos correspondentes a prestações de trabalho já realizadas antes da declaração de insolvência são créditos sobre a insolvência (*vide* art.º 47, n.º 1, do CIRE), sendo, portanto, créditos garantidos ou privilegiados, consoante esteja em causa um privilégio imobiliário especial ou um privilégio mobiliário geral – cfr. arts. 47º, n.º 4, al. a), do CIRE e 333º, n.º 1, al. b) ou a), do CT.

¹⁸ “*A Classificação dos Créditos Laborais*” cit., pp. 162 e “*Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho...*” cit., pp. 83 – a autora qualifica-os como créditos sobre a insolvência, por se tratar de créditos privilegiados ou garantidos (cfr. art.º 47º, n.º 4, al. a) do CIRE e art.º 333º, n.º 1, al. a) e b), do CT), pelo que o seu pagamento só pode ser realizado após a satisfação dos créditos sobre a massa – *vide* arts. 174º e 175º do CIRE. No mesmo sentido, Monteiro, Leonor Pizarro, *O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 109 e 110.

¹⁹ Gomes, Júlio Manuel Vieira, “*Nótlua Sobre os Efeitos da Insolvência do Empregador Nas Relações de Trabalho*”, in I Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 291 – o autor considera que as dívidas respeitantes ao período anterior à declaração de insolvência são créditos sobre a insolvência (cfr. art.º 51º, n.º 1, al. f), do CIRE).

²⁰ Catarina Serra defende que os créditos correspondentes a prestações de trabalho realizadas depois da abertura do processo de insolvência são créditos sobre a massa insolvente (cfr. art.º 172º do CIRE) – *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 275 e 276. No mesmo sentido, Monteiro, Leonor Pizarro, ob. cit., pp. 111 e 112. Também Joana Costeira sustenta que estes créditos são dívidas da massa insolvente, uma vez que o trabalhador permanece em funções na empresa insolvente após essa declaração (*vide* art.º 51º, n.º 1, al. f), do CIRE), pelo que não faria sentido que o pagamento dos seus salários vencidos fosse tratado como crédito sobre a insolvência – “*A Classificação dos Créditos Laborais*” cit., pp. 162 e 163 e “*Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho...*” cit., pp. 84. Júlio Vieira Gomes considera que, as dívidas que respeitam a trabalho realizado posteriormente à declaração de insolvência, são dívidas da massa insolvente (art.º 51º, n.º 1, al. f), do CIRE) – “*Nótlua Sobre os Efeitos da Insolvência do Empregador nas Relações de Trabalho*” cit., pp. 291.

fazer face às necessidades decorrentes da liquidação da massa insolvente ou da manutenção da empresa; e, ainda, os créditos remuneratórios dos trabalhadores cujo contrato de trabalho se manteve após a declaração de insolvência por não ter sido recusado pelo administrador de insolvência²¹ - cfr. art.º 51º, n.º 1, al. f), do CIRE.

Relativamente aos créditos indemnizatórios, a doutrina²² entende que devem ser classificados como créditos sobre a massa insolvente - cfr. arts. 51º, n.º 1, al. d) e 172º, n.º 1, do CIRE -, porque resultam de um ato praticado pelo administrador da insolvência.

Finalmente, quanto aos créditos compensatórios, tal como na análise dos créditos remuneratórios, também aqui distinguiremos entre os créditos compensatórios constituídos antes e depois da declaração de insolvência.

No que toca aos créditos constituídos antes da declaração de insolvência, Catarina Serra²³ e Leonor Pizarro Monteiro²⁴ consideram que são créditos sobre a insolvência, pois o seu fundamento é anterior à data desta declaração (cfr. art.º 47º, n.º 1 e 4, al. a), do CIRE), pelo que devem ter o mesmo tratamento de que gozam os créditos remuneratórios constituídos antes da declaração de insolvência.

Já no que se refere aos créditos constituídos após a declaração de insolvência, teremos que distinguir entre dois regimes de compensação: por um lado, os créditos que resultam da compensação relativa à cessação dos contratos de trabalho ocorrida anteriormente à declaração de insolvência, isto é, os contratos que cessam devido ao encerramento do estabelecimento (ou através da deliberação da assembleia de credores - cfr. art.º 156º, n.º 2, do CIRE -, ou de uma decisão do administrador de insolvência, de encerramento antecipado do estabelecimento - cfr. art.º 157º do CIRE) ou por despedimento, no caso de o administrador proceder ao despedimento de trabalhado-

res dispensáveis ao funcionamento da empresa - cfr. art.º 347º, n.º 2, do CT -; e por outro, os créditos que resultam de compensação relativa à cessação dos contratos de trabalho celebrados posteriormente à declaração de insolvência, isto é, dos créditos que resultam da compensação devida pela cessação do contrato celebrado a termo certo ou incerto pelo administrador da insolvência com trabalhador necessário à liquidação da massa insolvente ou à continuação da exploração da empresa²⁵⁻²⁶ nos termos do art.º 55º, n.º 4, do CIRE.

Quanto a este último regime de cessação, tanto Catarina Serra²⁷, como Joana Costeira²⁸ e Leonor Pizarro Monteiro²⁹ vêm defendendo que a compensação é um crédito emergente de um ato de administração da massa insolvente realizado pelo administrador da insolvência, devendo assim, ser classificada como crédito sobre a massa insolvente, nos termos do art.º 51º, n.º 1, al. c), do CIRE.

Relativamente a esta situação, o legislador veio recentemente tomar posição expressa, pondo fim à polémica jurisprudencial e doutrinária que vinha subsistindo, determinando, com a Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, que entrou em vigor em 11 de abril de 2022, o aditamento do art.º 47º-A do CIRE, nos termos do qual são considerados créditos sobre a insolvência, os créditos compensatórios que resultem da cessação de contrato de trabalho pelo administrador da insolvência após a declaração de insolvência do devedor³⁰.

Já no que respeita ao primeiro regime de cessação indicado acima, existe divergência doutrinária e jurisprudencial, pelo que cumpre analisar ambas as posições.

Uma parte da doutrina portuguesa tem considerado que os créditos que resultam da compensação relativa à cessação de contrato de trabalho celebrada anteriormente à declaração de insolvência, mais precisamente os créditos

²¹ Cfr. "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 162 e 163, *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 276 e Monteiro, Leonor Pizarro, ob. cit., pp. 111 e 112.

²² Cfr. "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 164, "Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho..." cit., pp. 85 e *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 276, nota 536.

²³ *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 276.

²⁴ *O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora* cit., pp. 110.

²⁵ Estes contratos caducam no momento do encerramento definitivo do estabelecimento ou no da sua transmissão.

²⁶ Cfr. *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 276 e 277, "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 165, "Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho..." cit., pp. 85 e *O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora* cit., pp. 113 e 114.

²⁷ *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 277.

²⁸ "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 165 e "Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho..." cit., pp. 85 e 86.

²⁹ *O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora* cit., pp. 114 - a autora considera que tanto a celebração como a cessação do contrato se verificam depois da declaração de insolvência.

³⁰ Toma-se consensual que os créditos laborais constituídos após a declaração de insolvência serão: créditos sobre a massa insolvente, se tiverem natureza remuneratória (art. 51.º, n.º 1, al. f), do CIRE); e créditos sobre a insolvência, se tiverem natureza compensatória por cessação do contrato de trabalho (art. 47.º-A, do CIRE) - Cfr. ac. TRG, proferido no processo n.º 1/08.0TJVNF-EW. G1, de 21-04-2022, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria João Matos, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 29-01-2023 - Terá o legislador sido sensível: à **ratio** das dívidas sobre a massa insolvente (contraídas tendo exclusivamente em vista a própria actividade de liquidação e partilha da massa, e por forma a permitir que a empresa permaneça em funcionamento, onde não se enquadram as resultantes da cessação de contratos de trabalho) (21); ao seu **carácter excepcional** (não consentâneo com a qualificação como dívidas da massa de todas aquelas que resultassem da mera actuação do administrador da insolvência, na administração do estabelecimento do insolvente); e à **desigualdade de tratamento** que outra solução permitiria (já que diferente seria o tratamento dos trabalhadores abrangidos por um despedimento colectivo praticado antes da declaração da insolvência, e o tratamento dos trabalhadores que vissem após esta cessar o seu contrato de trabalho, embora entre um facto e outro pudesse mediar um limitadíssimo lapso de tempo).

resultantes da decisão de cessação do contrato de trabalho por parte do administrador da insolvência (cfr. art.º 347º, n.º 2, do CT), são créditos da massa insolvente³¹.

De modo diferente, algumas decisões judiciais são no sentido de que estes créditos de compensação devem ser qualificados como créditos sobre a insolvência³².

Ultimamente, parte da doutrina vem gradualmente sufragando esta tese da jurisprudência³³. Um exemplo é Júlio Vieira Gomes. Para este autor, e também juiz conselheiro, a tese da doutrina que classifica a compensação pelo despedimento coletivo como crédito da massa insolvente (cfr. art.º 51º do CIRE) é injusta, pois conduziria a uma grave desigualdade de tratamento entre os trabalhadores da empresa abrangidos por um despedimento coletivo praticado antes da declaração de insolvência, que teriam um crédito sobre a insolvência, e os trabalhadores afetados por um despedimento coletivo ou pela caducidade do contrato por encerramento do estabelecimento depois da declaração de insolvência, que teriam um crédito sobre a massa, mesmo quando entre as duas hipóteses mediassem poucos dias ou semanas³⁴.

Assim, este autor defende que a solução se encontra no art.º 51º, al. d), do CIRE, devendo, para tal, ser feita uma interpretação teleológica e restritiva da lei, equacionando-se a hipótese de a compensação, embora desencadeada por um ato ou facto posterior à declaração de insolvência, se reportar, afinal, a um período anterior a ela³⁵.

Já Joana Costeira³⁶ defende que tanto os créditos derivados da cessação do contrato de trabalho por ato do administrador da insolvência, como os créditos derivados da cessação do contrato de trabalho por encerramento do estabelecimento decidido pela assembleia de credores, devem ser classificados como créditos sobre a insolvência, acompanhando assim a posição da jurisprudência. Segundo a autora, apesar de a cessação do contrato de trabalho ocorrer após a declaração de insolvência da empresa, a compensação é imputável à situação de insolvência³⁷, mas não considera que este argumento (cessação do contrato de trabalho ocorrer após a decla-

ração judicial de insolvência) seja suficiente para conduzir a compensação à classe dos créditos da massa, isto porque, existem outros créditos³⁸ cuja reclamação tem lugar após a declaração judicial de insolvência e que são considerados créditos sobre a insolvência. Para além de que esta compensação, como tem por base o mesmo facto constitutivo da obrigação (o encerramento do estabelecimento do insolvente e cessação do contrato de trabalho), não pode ter um tratamento diferente no caso de o encerramento do estabelecimento e a cessação do contrato de trabalho ocorrer por decisão do insolvente imediatamente antes da declaração de insolvência ou por decisão dos credores em assembleia ou de um ato do administrador da insolvência.

A autora refere ainda que os créditos laborais beneficiam de uma tutela reforçada no domínio do processo da insolvência: para além da existência do FGS, porquanto existe também a graduação dos créditos laborais como créditos garantidos e privilegiados (cfr. art.º 47º, n.º 4, al. a), do CIRE). Assim, se a compensação fosse classificada como crédito sobre a massa insolvente, esta tutela perderia parte significativa do seu objeto, restringindo-se, a final, os privilégios atribuídos no art.º 333º, n.º 1, do CT, aos créditos remuneratórios e deixando de fora os créditos³⁹ compensatórios.

Também nós somos sensíveis a esta visão. Defendemos que a compensação pelo despedimento coletivo (tenha a cessação ocorrido por ato do administrador da insolvência ou por decisão da assembleia de credores) deve ser classificada como crédito sobre a insolvência, isto porque a compensação a que o trabalhador tem direito pela prestação da sua atividade reporta-se a um período anterior à declaração judicial de insolvência, apesar de ser desencadeada por um ato ou facto que é posterior (a cessação do contrato).

Consideramos também que deve haver igualdade de tratamento entre os trabalhadores da empresa insolvente (cfr. art.º 13º da CRP), não fazendo sentido, também para nós, que o despedimento de uns gerasse um crédito sobre a

³¹ Cfr. Fernandes, Luís A. Carvalho, "Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho Segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas", in Coletânea de Estudos Sobre a Insolvência, Quid Juris, Sociedade Editora, Lisboa, 2009, pp. 240 – o autor defende que a compensação devida ao trabalhador por força da cessação do contrato de trabalho tem "um regime especial privilegiado" nos termos do art.º 172º do CIRE, pelo que se enquadram no art.º 51º, n.º 1, al. c), do CIRE.

³² Cfr. ac. TRC, proferido no processo n.º 562/09.7T2AVR-PC1, de 14-07-2010, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Barateiro Martins, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023 e ac. STJ, proferido no processo n.º 1164/08.0TBEVR-D.E1.S1, de 20-10-2011, relatado pelo Dr. Juiz Conselheiro Alves Velho, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

³³ Cfr. *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 279 e "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 168.

³⁴ "Nótu-la Sobre os Efeitos da Insolvência do Empregador nas Relações de Trabalho" cit., pp. 293 e ss.

³⁵ Ob. cit., pp. 294 e 295.

³⁶ "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 165 e 167 e "Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho..." cit., pp. 86 e ss.

³⁷ Isto porque, a compensação é um direito que é adquirido com referência à duração do vínculo laboral, cujo contrato de trabalho perdeu enquanto a empresa insolvente esteve em atividade - "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 167.

³⁸ Créditos que se vencem no decurso do processo de insolvência e cujo fundamento não reside no processo de insolvência.

³⁹ Cfr. "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 167. No mesmo sentido, *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 280 e 281.

massa e o de outros um crédito sobre a insolvência.

3. A tutela dos créditos dos trabalhadores na Insolvência

Como já vimos, perante uma situação de insolvência do empregador, os trabalhadores beneficiam de uma tutela reforçada no domínio do processo da insolvência: através da graduação dos créditos laborais como créditos garantidos e privilegiados (cfr. art.º 47º, n.º 4, al. a), do CIRE), por existirem privilégios creditórios e pela existência de um FGS. Analisaremos de seguida cada uma destas formas de tutela.

3.1 Os privilégios creditórios

Os privilégios creditórios encontram-se previstos nos arts. 733º e ss. do CC.

O art.º 733º do CC estabelece que estes créditos conferem a certos credores, atendendo à natureza do crédito, uma faculdade de serem pagos com preferência relativamente a outros créditos, independentemente da existência de registo.

Uma vez que são pagos com preferência a outros créditos, põem em causa a regra do *par conditio creditorum*⁴⁰, isto é, o princípio de que todos os credores se encontram páreos na obtenção da satisfação dos créditos – cfr. art.º 604º do CC.

O ordenamento jurídico português prevê duas espécies de privilégios creditórios no art.º 735º do CC: são mobiliários, quando tiverem por objeto coisas móveis, ou imobiliários, quando tiverem por objeto coisas imóveis⁴¹.

Por sua vez, os privilégios mobiliários são gerais, quando abrangem o valor de todos os bens móveis existentes no património do devedor à data da penhora ou de ato equivalente⁴²; ou são especiais, se o privilégio compreender apenas o valor de determinados bens móveis – cfr. art.º 735º, n.º 2, do CC.

Já os privilégios imobiliários que se encontrem previstos no CC são sempre especiais – cfr. art.º 735º, n.º 3, do CC⁴³.

Importa ainda referir que apenas os privilégios especiais são considerados direitos reais, ou seja, garantias reais, porque incidem sobre coisas determinadas e gozam de sequela, sendo oponíveis a terceiros e concedendo preferência no pagamento ao credor que deles beneficia, tal como acontece com o penhor e a hipoteca⁴⁴.

O n.º 1 do art.º 333º do CT⁴⁵ estabelece que «os créditos do trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação gozam (...)» de um privilégio mobiliário geral e de um privilégio imobiliário especial sobre bem imóvel do empregador no qual o trabalhador presta a sua atividade.

Assim, os privilégios creditórios são indiscutivelmente um meio de tutela dos trabalhadores⁴⁶ (*vide* arts. 333º e ss. do CT⁴⁷) - é de lembrar que estes privilégios se integram na segunda parte da al. a), do art.º 47º, n.º 4 do CIRE, ou seja, nos créditos privilegiados⁴⁸ para efeitos da insolvência.

Não esqueçamos que, na relação laboral, o trabalhador constitui, por regra, a parte fragilizada, desde logo, porque, através da sua atividade recebe uma retribuição – o salário - de que necessita para a sua subsistência e da sua família, bem como para a sua realização e valorização profissional (comumente designado por *função alimentar do salário*)⁴⁹.

⁴⁰ Martinez, Pedro Romano, “Privilégios Creditórios”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 111.

⁴¹ Martinez, Pedro Romano e Ponte, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 204. No mesmo sentido, “Privilégios Creditórios” cit., pp. 117.

⁴² É o caso do arresto convertido em penhora (cfr. arts. 622º, n.º 2 e 822º, n.º 2, do CC).

⁴³ Esta norma foi alterada pelo DL n.º 38/2003, de 8 de março. Anteriormente, o art.º 735º, n.º 3, do CC, estabelecia que os privilégios imobiliários eram sempre especiais.

⁴⁴ Martinez, Pedro Romano, “Privilégios Creditórios” cit., pp. 117, Martinez, Pedro Romano e Ponte, Pedro Fuzeta da, ob. cit., pp. 204 e Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 228. Cfr. Anacoreta, José Pedro e Costa, Rita Garcia e, “Prevalência de Créditos Laborais Face À Hipoteca?”, in Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2008, pp. 43, disponível em <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1926/documento/articuloUM.pdf?id=3169>, acedido e consultado em 29-01-2023 – referem que apenas os privilégios creditórios especiais assumem a natureza de verdadeira garantia real de cumprimento das obrigações, uma vez que, apenas estes, estão envolvidos de sequela, ou seja, têm a característica de perseguir o bem mesmo que este seja transacionado. *Vide* ac. TRC, proferido no processo n.º 5298/08.3TBLRA-B.C.1, de 14-02-2012, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Henrique Antunes, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

⁴⁵ Anteriormente era o art.º 377º do CT 2003.

⁴⁶ Cfr. Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 702.

⁴⁷ É de se referir que antes do CT 2003, o regime da tutela dos créditos laborais do trabalhador encontrava-se distribuído entre o art.º 25º da LCT, o art.º 12º da LSA e o art.º 4º da Lei n.º 96/2001, de 20 de agosto – cfr. ob. cit., pp. 703, nota 792 e “Aspetos Laborais da Insolvência” cit., pp. 703. Relembremos ainda que a proteção dos créditos dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador é defendida a nível comunitário – cfr. a Diretiva 80/987/CEE, do Conselho, alterada pela Diretiva 2002/74, do Parlamento e do Conselho, de 23/09/2002. Diretiva que foi transposta pela Lei n.º 35/2004, de 29 de julho (cfr. art.º 2º, al. c)) – *vide* “Aspetos Laborais da Insolvência...” cit., pp. 702.

⁴⁸ Henriques, Sérgio Coimbra, “Os Trabalhadores Após a Sentença de Declaração de Insolvência do Empregador: Cessação dos Contratos de Trabalho E Qualificação dos Créditos Laborais”, in IV Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 237 e 238. No mesmo sentido, Abrantes, José João, “Efeitos da Insolvência do Empregador no Contrato de Trabalho”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 581.

⁴⁹ Cfr. “Aspetos Laborais da Insolvência...” cit., pp. 702, Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, “As Repercussões da Insolvência no Contrato de Trabalho”, in Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 881 e 882 e Costeira, Joana, “A Classificação dos Créditos Laborais” cit., pp. 170.

Além de constituírem uma derrogação ao princípio do *par conditio creditorum*⁵⁰ (cfr. art.º 604º, n.º 1, do CC), sendo graduados antes de outros créditos⁵¹, importa ainda referir que estes privilégios, ao contrário de outros, não se extinguem com a declaração de insolvência, porque não se encontram incluídos na enumeração do art.º 97º do CIRE⁵².

Abordaremos, de seguida, cada um dos privilégios de que goza o trabalhador.

3.1.1 O privilégio mobiliário geral dos trabalhadores

Os créditos laborais do trabalhador gozam de privilégio mobiliário geral (*vide* art.º 333º, n.º 1, al. a), do CT⁵³), que, como referimos *supra*, abrange o valor de todos os bens móveis existentes no património do devedor – cfr. art.º 735º, n.º 2 do CC.

Na legislação precedente ao CT 2003, esta matéria provocava dúvidas relativamente à respetiva graduação no confronto com outros créditos detentores de privilégios sobre os bens móveis⁵⁴.

Atualmente, essas dúvidas dissiparam-se, pois, os créditos dos trabalhadores que gozem de um privilégio mobiliário geral prevalecem sobre todos os créditos com um privilégio mobiliário geral e mobiliário especial previstos no art.º 747º do CC, à exceção dos créditos por despesas de justiça⁵⁵. Isto significa que esses créditos são satisfeitos logo após o pagamento dos créditos por despesas de justiça (cfr. art.º 746º do CC), mas antes do pagamento dos créditos previstos nas als. a) e e), do n.º 1, do art.º 747º do CC, bem como dos créditos previstos no art.º 737º do CC pela ordem aí indicada⁵⁶ - *vide* art.º 333º, n.º 2, al. b), do CT.

Podemos, assim, concluir que as alterações realizadas ao

CT, nas reformas de 2003 e ss., acabaram por conferir uma tutela mais eficaz relativamente aos créditos dos trabalhadores que beneficiam de privilégio mobiliário.

Ainda assim, importa ainda referir que os privilégios gerais não podem ser opostos a terceiros adquirentes das coisas por eles abrangidas, isto porque não gozam de sequela (não são direitos reais)⁵⁷. Portanto, não prevalecem sobre o penhor, a hipoteca, a penhora, o direito de retenção e a consignação de rendimentos, mesmo que estes direitos se tenham constituído num momento posterior⁵⁸⁻⁵⁹ - cfr. art.º 749 do CC.

Isto significa que estes privilégios cedem perante direitos reais de gozo que terceiros tenham adquirido e perante direitos reais de garantia constituídos anteriormente, ficando, deste modo, a tutela dos créditos laborais, enfraquecida, pela prevalência desses direitos, comprometendo a satisfação daqueles⁶⁰.

3.1.2 O privilégio imobiliário especial dos trabalhadores

De acordo com o art.º 333º, n.º 1, al. b), do CT, os créditos laborais do trabalhador gozam de um privilégio imobiliário especial sobre o bem imóvel do empregador no qual o trabalhador presta a sua atividade, que é graduado depois de ressarcidos os créditos por despesas de justiça (cfr. art.º 746º do CC), mas antes dos créditos estabelecidos no art.º 748º, n.º 1 do CC e do crédito relativo a contribuição para a segurança social⁶¹ – cfr. art.º 333º, n.º 2, al. b), do CT -, ou seja, este privilégio prevalece sobre todos os outros privilégios imobiliários⁶².

Para além de gozarem de uma posição prioritária no âmbito do concurso de credores (cfr. art.º 333º, n.º 2, do CT), preferem também à consignação de rendimentos, à hipoteca, e ao direito de retenção, mesmo que essas garantias se tenham constituído em momento anterior⁶³ (cfr. art.º 751º

⁵⁰ Vide ac. TRL, proferido no processo n.º 353/09.5TBSXL-B.L2-2, de 14-07-2016, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Teresa Albuquerque, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

⁵¹ Cfr. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 464. No mesmo sentido, Costeira, Joana, "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 170.

⁵² "As Repercussões da Insolvência no Contrato de Trabalho" cit., pp. 882, *Direito do Trabalho* cit., pp. 463 e 432, Ramalho, Maria do Rosário Palma, "Aspetos Laborais da Insolvência (...)" cit., pp. 703, Abrantes, João José, ob. cit., pp. 581 e Costeira, Joana, "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 170.

⁵³ Anteriormente era o art.º 377º, n.º 1, al. a), do CT.

⁵⁴ Pires, Miguel Lucas, "A Amplitude e a (In)constitucionalidade dos Privilégios Creditórios dos Trabalhadores", in *Questões Laborais*, Ano XV, n.º 31, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 87.

⁵⁵ "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 171 e 172. No mesmo sentido, "Efeitos da Insolvência do Empregador no Contrato de Trabalho" cit., pp. 582.

⁵⁶ "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 170 e 172.

⁵⁷ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações* cit., pp. 228 e Martínez, Pedro Romano, "Privilégios Creditórios" cit., pp. 118. No mesmo sentido, Anacoreta, José Pedro e Costa, Rita García e, ob. cit., pp. 42. Vide ac. TRC, proferido no processo n.º 5298/08.3TBLRA-B.C1, de 14-02-2012, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Henrique Antunes, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

⁵⁸ "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 172

⁵⁹ Os únicos privilégios que prevalecem sobre esses direitos são os privilégios imobiliários especiais, pois gozam de sequela, e são os únicos privilégios considerados como garantias reais, como veremos *infra*.

⁶⁰ Cfr. Monteiro, Leonor Pizarro, ob. cit., pp. 132 e 133.

⁶¹ Cfr. Costeira, Joana, "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 171 e 174.

⁶² Anacoreta, José Pedro e Costa, Rita García e, ob. cit., pp. 49.

⁶³ Cfr. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho* cit., pp. 464 e *Garantias das Obrigações* cit., pp. 231, Martínez, Pedro Romano e Ponte, Pedro Fuzeta da, ob. cit., pp. 211, Costeira, Joana, ob. cit., pp. 171 e Pires, Miguel Lucas, "A Amplitude e a (In)constitucionalidade dos Privilégios Creditórios dos Trabalhadores" cit., pp. 81. Vide ac. TRC, proferido no processo n.º 5298/08.3TBLRA-B.C1, de 14-02-2012, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Henrique Antunes, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

do CC), pois, como vimos *supra*, tem natureza de direito real.

A tutela através da consagração do privilégio imobiliário especial ocorreu no CT 2003⁶⁴, pois, anteriormente, a lei previa apenas um privilégio imobiliário geral⁶⁵. Esta nova tutela assente num privilégio imobiliário especial incidente sobre bem imóvel do empregador no qual o trabalhador presta a sua atividade tem suscitado divergências entre a doutrina e a jurisprudência relativamente ao seu regime⁶⁶.

A jurisprudência tem defendido uma interpretação lata e mais abrangente da noção legal de privilégio imobiliário especial (cfr. art.º 333º, n.º 1, al. b), do CT), desconsiderando a aplicação do termo “imóvel” no sentido singular⁶⁷: sustenta que o privilégio deve abranger todos os imóveis do empregador utilizados na sua atividade empresarial, independentemente da localização do respetivo posto de trabalho⁶⁸. Alguma jurisprudência considera ainda que os trabalhadores têm que alegar e provar a conexão entre o imóvel (estabelecimento(s) do insolvente) e a atividade desenvolvida por eles⁶⁹.

Divergentemente, alguma doutrina tem considerado que o privilégio se reduz ao imóvel do empregador em que o trabalhador presta a sua atividade (tal como parece apontar a letra da lei) – cfr. art.º 333º, n.º 1, al. b), do CT -, enquanto, anteriormente, o privilégio se estendia ao conjunto de imóveis do empregador em que o trabalhador prestava a sua atividade (art.º 377º, n.º 1, al. b), do CT 2003), pelo que vários autores entendem que a alteração ao CT 2003 provocou o enfraquecimento da posição do trabalhador enquanto credor no processo de insolvência⁷⁰.

Atendendo a que consideram que o privilégio se reduz ao imóvel em que o trabalhador exerça a sua atividade, para esses autores, o privilégio é sempre afastado quando o trabalhador prestar a sua atividade em instalações arrendadas

ou cedidas ao empregador, ou ainda quando exerçam a sua atividade em regime de teletrabalho⁷¹. Para outros autores, esta questão suscita dúvidas sobre a conformidade da disposição legal com o próprio princípio, de ordem constitucional, da igualdade de tratamento⁷² (cfr. art.º 13º da CRP), uma vez que potencialmente trata de forma desigual os trabalhadores vinculados à mesma entidade patronal. Desigualdade porque, enquanto os trabalhadores que desenvolvem a sua atividade no imóvel que é propriedade do empregador insolvente, beneficiam do privilégio, os trabalhadores dessa mesma empresa que prestem a sua atividade noutra local, que não o estabelecimento, não beneficiam desse mesmo privilégio. Poderão ou não beneficiar?

Tomemos, como exemplo, a situação de trabalhador que exerça a sua atividade em regime de teletrabalho⁷³.

Segundo o art.º 165º, n.º 1 do CT, o teletrabalho é a prestação de trabalho que se realiza habitualmente fora da empresa, através de subordinação jurídica, através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação.

Ora, num contrato de teletrabalho, os teletrabalhadores têm os mesmos direitos e estão sujeitos às mesmas obrigações dos restantes trabalhadores da empresa que não exerçam a sua atividade em regime de teletrabalho⁷⁴ (art.º 169º do CT), estabelecendo a lei laboral um princípio de igualdade de tratamento dos trabalhadores.

Na nossa opinião, tal interpretação, ao conduzir à retirada desses teletrabalhadores da tutela do privilégio imobiliário especial, incorre numa violação do princípio constitucional da igualdade dos trabalhadores (cfr. arts. 13º da CRP e 169º do CT). Assim, consideramos que o privilégio estabelecido no art.º 333º, n.º 1, al. b), do CT, deve ser entendido de forma mais abrangente, de forma a incluir todos os imóveis do

⁶⁴ Cfr. art.º 377º, n.º 1, al. b), do CT 2003.

⁶⁵ Para um enquadramento da história do privilégio imobiliário, cfr. Leonor Pizarro Monteiro, ob. cit., pp. 136 e 137, Pires, Miguel Lucas, “A Amplitude e a (In)constitucionalidade dos Privilégios Creditórios dos Trabalhadores” cit., pp. 62 e ss. e “Os Privilégios Creditórios dos Créditos Laborais” in *Questões Laborais*, N.º 20, Ano IX, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 164 e ss.

⁶⁶ “A Classificação dos Créditos Laborais” cit., pp. 174.

⁶⁷ “Os Trabalhadores Após a Sentença de Declaração da Insolvência do Empregador (...)” cit., pp. 241.

⁶⁸ Vide ac. TRC, proferido no processo n.º 7899/16.7T8CBR-C.C1, de 21-02-2018, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Arlindo Oliveira, in <http://www.dgsi.pt>, acessado e consultado em 28-01-2023. No mesmo sentido, ac. TRC, proferido no processo n.º 331/09.4TBCNF-B.C1, de 01-06-2020, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria Catarina Gonçalves, in <http://www.dgsi.pt>, acessado e consultado em 28-01-2023 e ac. STJ, proferido no processo n.º 4118/15.7T8CBR-B.C1.S1, de 30-05-2017, relatado pela Dra. Juíza Conselheira Ana Paula Boularot, in <http://www.dgsi.pt>, acessado e consultado em 28-01-2023.

⁶⁹ Vide ac. TRL, proferido no processo n.º 173-09.7TCFUN-A.L1-6, de 14-07-2016, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria Teresa Pardo, in <http://www.dgsi.pt>, acessado e consultado em 28-01-2023. No mesmo sentido, ac. TRL, proferido no processo n.º 25785/13.0T2SNT-B.L1-7, de 18-09-2018, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Carlos Oliveira, in <http://www.dgsi.pt>, acessado e consultado em 28-01-2023 e ac. TRE, proferido no processo n.º 1165/12.4TBVNO-E.E1, de 28-06-2018, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Tomé de Carvalho, in <http://www.dgsi.pt>, acessado e consultado em 28-01-2023.

⁷⁰ Cfr. Abrantes, João José, ob. cit., pp. 582, 584 e 585, Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II*, cit., pp. 703, nota 793 e “Aspetos Laborais da Insolvência...” cit., pp. 703. Já Sérgio Coimbra Henriques sustenta que a existência deste privilégio tem de ser aferida de forma casuística, verificando-se apenas caso tal imóvel exista e seja da propriedade do empregador insolvente. Para o autor, o privilégio imobiliário especial abrange apenas os bens que se encontrem afetos ao desenvolvimento da respetiva atividade empresarial - “Os Trabalhadores Após a Sentença de Declaração da Insolvência do Empregador (...)” cit., pp. 240 e 241.

⁷¹ Abrantes, João José, ob. cit., pp. 585. No mesmo sentido, Anacoreta, José Pedro e Costa, Rita Garcia e, ob. cit., pp. 49.

⁷² Abrantes, João José, ob. cit., pp. 585.

⁷³ Esta modalidade atípica do contrato de trabalho encontra-se estabelecida nos arts. 165º e ss. do CT.

⁷⁴ Cfr. Leitão, Luís Menezes, *Direito do Trabalho* cit., pp. 540 e 541.

empregador utilizados na sua atividade empresarial⁷⁵. E em coerência, para não haver dúvidas sobre um suposto ressurgimento do privilégio imobiliário geral, a lei laboral deve ser alterada, de forma a proteger, de melhor forma, os teletrabalhadores, bem como outros trabalhadores que exercem a sua atividade fora da empresa do empregador.

E o que acontece nos casos das empresas de construção civil? O privilégio creditório aplica-se apenas ao imóvel que constitui a sede da empresa ou também aos imóveis que esta construiu e fazem parte do seu património imobiliário⁷⁶?

O Supremo Tribunal de Justiça, através do AUJ n.º 8/2016, de 23 de fevereiro de 2016, veio pacificar a controvérsia jurisprudencial existente sobre esta matéria⁷⁷, uniformizando a jurisprudência no sentido de que estão excluídos da garantia do privilégio imobiliário especial previsto no art.º 377º, n.º 1, al. b), do CT de 2003, «os imóveis construídos por empresa de construção civil, destinados a comercialização»⁷⁸⁻⁷⁹.

O sentido prevalecente no AUJ constitui um importante argumento para eliminar as dúvidas interpretativas quanto à norma do art.º 333º, n.º 1, al. b), do CT, uma vez que fixou orientação de que apenas os créditos incidentes sobre a sede da empresa, bem como sobre os escritórios e armazéns em que os trabalhadores exercem a sua atividade, gozam deste privilégio⁸⁰.

Parece-nos acertada a corrente prevalecente no AUJ. Também nós entendemos que o privilégio imobiliário especial abrange os imóveis que integram a organização empresarial estável da empresa, o que não acontece nos imóveis que se destinam a transação, revenda ou comercialização. Como referem David Carvalho Martins e Rita dos Reis Louro, «trata-se de uma propriedade transitória na medida em que os imóveis (...) são o produto da atividade empresarial»⁸¹.

3.2 O Fundo de Garantia Salarial

Uma outra forma de tutela dos créditos laborais ocorre através do FGS, que se encontra mormente vocacionado para os casos de «insolvência do empregador ou da declaração da empresa em situação económica difícil»⁸².

Este fundo foi instituído pelo DL n.º 219/99, de 15 de junho⁸³, por exigência do direito comunitário⁸⁴⁻⁸⁵ e pretendia-se assegurar aos trabalhadores o pagamento de créditos emergentes do contrato de trabalho, no caso de incumprimento pela entidade patronal⁸⁶.

O CT 2009, no seu art.º 336º, estabeleceu que o Fundo assegura o pagamento de créditos de trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação⁸⁷, que não possam ser pagos pelo empregador por motivo de insolvência ou de situação económica difícil⁸⁸, nos termos previstos em legislação específica.

⁷⁵ O ac. TRL, proferido no processo n.º 227-16.3T8VFC-G.L1-6, de 23-11-2017, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador António Santos, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023, tem opinião semelhante.

⁷⁶ "A Classificação dos Créditos Laborais" cit., pp. 177.

⁷⁷ Anteriormente a 2016, a jurisprudência não era unânime, no que se refere ao regime previsto no art.º 333º, n.º 1, al. b) do CT - a posição dominante era a da exclusão do privilégio aos imóveis destinados à atividade da construtora, ou seja, os imóveis destinados à comercialização (v.g., escritórios, armazéns e locais de venda) eram excluídos do privilégio, o que significava que o privilégio creditório incidia apenas sobre os imóveis integrados na organização empresarial da empresa, não abrangendo todas as construções em que o trabalhador desenvolveu a sua atividade profissional - vide ac. STJ, proferido no processo n.º 1444/08.5TBAMT-A.P1.S1-A, de 23-03-2016, relatado pelo Dr. Juiz Conselheiro Pinto de Almeida, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023, ac. STJ, proferido no processo n.º 7553/15.7T8VIS-G.C1.S2, de 27-11-2019, relatado pelo Dr. Juiz Conselheiro Assunção Raimundo, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023, ac. TRG, proferido no processo n.º 2731/11.0TBARG-E.G1, de 17-09-2015, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Fernando Fernandes Freitas, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023 e ac. TRG, proferido no processo n.º 1500/13.8TBGMR-D.G1, de 03-04-2014, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Helena Melo, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023. Outra posição era a de que os imóveis construídos eram abrangidos pelo privilégio imobiliário, uma vez que o trabalhador prestava a sua atividade nas várias obras em construção - cfr. acs. TRG de 11-09-2012 e TRL de 09-07-2013 presentes no AUJ n.º 8/2016.

⁷⁸ Foi publicado como AUJ n.º 8/2016 no Diário da República, 1.ª série — N.º 74 — 15 de abril de 2016 - vide <https://files.dre.pt/1s/2016/04/07400/0128401306.pdf>, pp. 1296, acedido e consultado em 29-01-2023. De referir que, não obstante a exclusão deste privilégio, considera que os trabalhadores dessas empresas continuam a beneficiar, quanto a imóveis, de tutela idêntica à dos demais trabalhadores das empresas de outros sectores da atividade económica — privilégio sobre os imóveis afectos à atividade empresarial — e, bem assim, do referido privilégio mobiliário geral e dos meios alternativos de protecção da retribuição legalmente instituídos.

⁷⁹ De referir que os votos dos vencidos neste Acórdão defendem que a uniformização deveria seguir o sentido de se abranger o privilégio imobiliário especial aos imóveis construídos. Não analisaremos os votos vencidos por motivos de extensão do trabalho.

⁸⁰ Cfr. *Lições de Direito da Insolvência* cit., pp. 188.

⁸¹ Martins, David Carvalho e Louro, Rita dos Reis, "A Construção Civil e Os Créditos Laborais", in *O Jornal Económico*, 22 de Abril de 2016, presente em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/construcao-civil-os-creditos-laborais-53482>, acedido e consultado em 28-01-2023.

⁸² *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II* cit., pp. 704.

⁸³ Alterado pelo DL n.º 139/2001, de 24 de abril.

⁸⁴ Cfr. Diretiva 80/987/CEE, de 20 de outubro de 1980, relativa à proteção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador, alterada pela Diretiva 2002/74/CE, de 23 de setembro de 2002 e, posteriormente pela Diretiva 2008/94/CE, de 22 de outubro de 2008.

⁸⁵ *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II* cit., pp. 705.

⁸⁶ Preâmbulo do DL n.º 59/2015, de 21 de abril.

⁸⁷ Os créditos em causa são os salários, subsídios de férias, de Natal ou de alimentação e indemnizações por ter cessado o contrato de trabalho ou não cumprido as suas condições ou ainda de compensação pela cessação do contrato de trabalho - cfr. *Fundo de Garantia Salarial: Saiba Quando Se Aplica*, Economias, 10 de março de 2022, in <https://www.e-konomista.pt/fundo-de-garantia-salarial/>, acedido e consultado em 29-01-2023.

⁸⁸ Através desta definição, podemos ver que o objetivo do fundo é o de garantir e antecipar o pagamento dos créditos laborais, que (...) não possam ser pagos pelo empregador - *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II* cit., pp. 705. No mesmo sentido, "Os Trabalhadores Após a Sentença de Declaração de Insolvência do Empregador..." cit., pp. 230, nota 28.

Com a entrada em vigor do DL n.º 59/2015, de 21 de abril⁸⁹, surgiu o «Novo Regime do Fundo de Garantia Salarial», que procedeu à unificação do regime jurídico do FGS⁹⁰, que se mantém em vigor e que analisaremos de seguida⁹¹.

3.2.1 O regime jurídico

O NRFGS pode ser utilizado quando for proferida sentença de declaração de insolvência do empregador; ou despacho do juiz que designe o administrador judicial provisório, em caso de processo especial de revitalização⁹²; ou despacho de aceitação do requerimento proferido pelo IAPMEI, I.P., no âmbito do procedimento extrajudicial de recuperação de empresas – vide als. a), b) e c), n.º 1 do art.º 1, do NRFGS.

Para o referido efeito, no caso de processo especial de insolvência, o tribunal judicial deve notificar o fundo, da sentença de declaração de insolvência do empregador – cfr. art.º 1º, n.º 2, al. a) do NRFGS.

Como vimos, o Fundo assegura o pagamento ao trabalhador de créditos emergentes do contrato de trabalho ou da sua violação ou cessação (cfr. arts. 1º, n.º 1 e 2º, n.º 1, do NRFGS), demonstrando existir, na nossa opinião, uma tutela mais eficaz relativamente aos créditos do trabalhador.

Mas será que assegura o pagamento de todos os créditos ou apenas de alguns?

De acordo com o DL n.º 59/2015, de 21 de abril, o fundo só assegura o pagamento dos créditos que se vençam nos seis meses anteriores à propositura da ação de insolvência

ou à apresentação do requerimento no processo especial de revitalização ou do requerimento de utilização do procedimento extrajudicial de recuperação de empresas⁹³ (vide art.º 2º, n.º 4, do NRFGS); créditos esses que tenham um limite máximo global equivalente a seis meses de retribuição e um limite máximo mensal correspondente ao triplo da retribuição mínima mensal garantida⁹⁴ – vide art.º 3º, n.º 1, do NRFGS.

Mas, o fundo só assegura o pagamento desses créditos quando o pagamento lhe seja requerido pelo trabalhador até um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho⁹⁵ – cfr. art.º 2º, n.º 8, do NRFGS.

Tem-se entendido que esta norma consagra, um prazo de caducidade⁹⁶, uma vez que a tutela prevista cessará automaticamente passado o período de tempo previsto para o efeito, ou seja, um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho).

Porém, importa referir que já o ac. do TC, de 27 de junho de 2018, julgou inconstitucional esta norma do art.º 2º, n.º 8 do NRFGS, na interpretação «segundo a qual o prazo de um ano para requerer o pagamento dos créditos laborais, certificados com a declaração de insolvência, cominado naquele preceito legal é de caducidade e insuscetível de qualquer interrupção ou suspensão»⁹⁷.

E como se conclui no recente ac. do TC, de 12 de maio de 2022, a questão de inconstitucionalidade que versa sobre a norma contida no n.º 8 do art.º 2.º do NRFGS foi já repetidamente tratada pelo Tribunal Constitucional, designadamente o Ac. n.º 328/2018, retificado pelo Ac. n.º

⁸⁹ O regime estabelecido neste decreto-lei pretende transpor a Diretiva 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2008. Em consequência do NRFGS, o DL n.º 219/99 e os arts. 316º a 326º do RCT de 2003 (Lei n.º 35/2004) ficaram revogados.

⁹⁰ Preâmbulo do DL n.º 59/2015, de 21 de abril.

⁹¹ Antes de 2015, a dita “legislação específica” encontrava-se dispersa: os aspetos substantivos do Fundo encontravam-se previstos nos arts. 317.º a 326.º da RCT, aprovada pela Lei n.º 35/2004, de 29 de julho (LECT), e os aspetos organizativos, financeiros e procedimentais encontravam-se no Regulamento do FGS, que tinha sido aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 139/2001, de 24 de abril.

⁹² No antigo regime esta alínea não se encontrava prevista.

⁹³ Se nos seis meses referidos na lei não existirem créditos vencidos ou se o seu montante for inferior ao limite máximo definido, o Fundo assegura o pagamento, até àquele limite de créditos vencidos após o referido período de referência (os seis meses anteriores à propositura da ação de insolvência) – cfr. art.º 2.º, n.º 5, do NRFGS.

⁹⁴ É de notar que se o trabalhador for titular de créditos correspondentes a prestações diversas, o pagamento é prioritariamente imputado à retribuição base e diuturnidades – cfr. art.º 3º, n.º 2, do NRFGS –, certamente como reflexo do denominado *caráter alimentar do salário* e da correspondente tutela legal desse caráter.

⁹⁵ Houve uma modificação do prazo. O art.º 319º, n.º 3, do RCT, referia que o Fundo só assegurava o pagamento dos créditos que lhe fossem reclamados até três meses antes da respetiva prescrição. Com esta norma, pretendia afastar-se o acionamento do FGS relativamente aos créditos laborais no limiar da sua prescrição, de forma a evitar-se, o pagamento de créditos entretanto prescritos – vide ac. TCAS, proferido no processo n.º 3462/15.8BESNT, de 01-06-2017, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Helena Canelas, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

⁹⁶ Cfr. ac. TCAS, proferido no processo n.º 3462/15.8BESNT, de 01-06-2017, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Helena Canelas, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023 – para relembrar, é de notar que o prazo da caducidade *visa preestabelecer o lapso de tempo dentro do qual ou a partir do qual, há-de exercer-se o direito, por imposição da lei ou vontade negocial, que esse prazo é condição de admissibilidade e procedibilidade, por ser elemento constitutivo do direito e que esses prazos não se suspendem nem interrompem [artº 328º do CC].*

⁹⁷ Cfr. ac. TC, 1.ª Secção, proferido no processo n.º 555/2017, de 27-06-2018, relatado pelo Dr. Juiz Conselheiro José António Teles Pereira, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180328.html>, acedido e consultado em 29-01-2023 – de acordo com o ac. a determinação desse prazo de caducidade *sem se prever quaisquer causas de suspensão ou interrupção e prevendo-se, outrossim, a necessidade de requisitos, para o exercício do direito, que não está na mão do seu titular fazer preencher, de tal maneira que não está garantido que o seu titular possa ter oportunidade legal de exercer o direito dentro do prazo,(...) não passa pelo crivo da consagração do Estado de Direito, na medida em que toma [correção: torna] aleatórios e arbitrariamente subversíveis os pressupostos do exercício de um direito social reconhecido a todos os trabalhadores.*

447/2018, e ainda os Ac. n.ºs 583/2018, 251/2019, 270/2019, 575/2019, 576/2019, 578/2019, e 152/2020⁹⁸.

Parece-nos que a lei não deve consagrar nesta matéria um prazo de caducidade, ou pelo menos, um prazo de caducidade tão restrito, de maneira que o trabalhador efetivamente possa receber os créditos em falta através do FGS, sem o constrangimento do apertado prazo de um ano, ainda que sem esquecer que o FGS tem de exercer o direito de reembolso oportunamente.

De referir ainda que, por força da Lei n.º 71/2018, de 31/12, ao art.º 2º do NRRFGS foi aditado o n.º 9, que refere que o prazo previsto no número anterior, e de que vimos tratando, suspende-se com a propositura de ação de insolvência, a apresentação do requerimento no processo especial de revitalização e com a apresentação do requerimento de utilização do procedimento extrajudicial de recuperação de empresas, até 30 dias após o trânsito em julgado da decisão prevista na al. a) do n.º 1 do artigo 1.º ou da data da decisão nas restantes situações.

3.2.2 A sub-rogação de créditos na insolvência

Como vimos, o FGS poderá satisfazer a totalidade ou uma parte dos créditos dos trabalhadores (cfr. art.º 2º do NR-FGS), implicando, como refere o art.º 4º, n.º 1, do NRRFGS, que o Fundo fique «*sub-rogado nos direitos e nos privilégios*

creditórios do trabalhador, na medida dos pagamentos efetuados, acrescidos de juros de mora vincendos», o que significa que o Fundo atua em substituição do empregador⁹⁹, no pagamento¹⁰⁰ dos créditos laborais ao trabalhador¹⁰¹, adquirindo os direitos correspondentes que cabiam ao trabalhador face ao seu empregador incumpridor.

No respeitante à sub-rogação do Fundo, mais precisamente, à graduação dos seus créditos, quando em concurso com os créditos não satisfeitos pelo Fundo e reclamados pelos trabalhadores¹⁰², a jurisprudência adotou três posições distintas, isto porque tanto o art.º 4º, n.º 1, do NRRFGS, tal como a norma correspondente do regime precedente (art.º 322º do RCT- LECT) e ainda o art.º 593º, n.º 1, do CC, referem que, estando o Fundo sub-rogado, beneficia dos mesmos privilégios creditórios¹⁰³ que beneficiavam os créditos existentes na esfera jurídica dos trabalhadores¹⁰⁴.

Deste modo, uma das posições adotadas pela jurisprudência atribuíra preferência aos créditos dos trabalhadores¹⁰⁵.

Esta posição procura fundar-se no regime da sub-rogação legal estabelecida no art.º 593º, n.º 2, do CC, que refere que em caso de satisfação parcial dos créditos, «*a sub-rogação não prejudica os direitos do credor*».

Atentando nesse regime, o ac. do TRP, de 14-07-2010, sustenta que a lei dá preferência aos créditos do «credor

⁹⁸ Pelo interesse, transcreve-se a fundamentação da decisão: Com efeito, o entendimento consolidado do Tribunal vai no sentido da inconstitucionalidade de “um período temporal (que, como vimos, pode ser assinalável) especificamente determinado e tendente à criação de um pressuposto essencial do direito ao acionamento do FGS (o período entre o pedido de declaração da insolvência e a sua efetiva declaração pelo tribunal competente), cujos termos escapam por completo ao controlo do trabalhador-credor, de tal forma que o mero decurso do tempo nessa fase processual provoque a extinção do direito. Assim se cria uma evidente antinomia: o trabalhador-credor de um empregador insolvente que queira ver tutelado o direito à prestação pelo FGS vê-se obrigado a pedir a declaração de insolvência e, a partir desse momento, as vicissitudes próprias do processo que fez nascer com essa finalidade, comprometem o exercício desse mesmo direito, sem que um comportamento alternativo lhe seja exigível – reclus, possa por ele ser adotado – no sentido de evitar essa preclusão. Ao fazer nascer, ainda que potencialmente, na própria condição de realização de um direito a causa da sua extinção, à qual o respetivo titular se vê impossibilitado de obstar, o legislador deixa de conferir à retribuição – e ao “remédio” (talvez mais até ao paliativo) para a sua perda – a tutela que lhe era devida nos termos do artigo 59.º, n.º 3, da Constituição” (ponto 2.5, do Acórdão n.º 328/2018).

Não obstante, “geram-se, por outro lado, diferenciações arbitrárias na concessão (na realização) daquele direito a distintos titulares, subordinado que fica este à duração maior ou menor da fase inicial dos processos de insolvência, em função de ter sido deduzida oposição, da duração das audiências de julgamento, das diferentes capacidades de resposta dos tribunais, etc. Tudo fatores alheios à vontade do trabalhador-credor e que, por isso mesmo, não suportam a afirmação de existência de algo semelhante a um “domínio do facto” por este, cujo efeito de condicionamento do respetivo direito não encontra justificação na tutela de qualquer outro valor que possamos considerar relevante no confronto com a necessidade de tutela da retribuição que se verifica no contexto apontado” (ibidem).

Nessa medida, “a proteção da retribuição inclui, nos termos do artigo 59.º, n.º 3, da Constituição, a previsão de “garantias especiais”, cuja modelação cabe ao legislador, que, para o efeito, goza de “ampla liberdade” (cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 1166). Não obstante, a instituição do mecanismo do Fundo de Garantia Salarial (para além de – como vimos – consistir numa obrigação para o Estado Português decorrente do Direito da União) não pode deixar de ser vista como concretização de uma das garantias a que se refere aquele n.º 3 (nesse sentido, v. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2014, p. 777). Não é inócua a apontada ligação entre o mecanismo do FGS e a norma do n.º 3 do artigo 59.º da CRP. Tratando-se de uma das garantias ali previstas, ao escolher (apesar de, nessa escolha, se encontrar vinculado pelo Direito da União) instituir o FGS como uma das garantias especiais da retribuição, o legislador está vinculado à construção de um regime que lhe assegure um mínimo de efetividade, sem a qual resultaria esvaziada de sentido a norma constitucional, com respeito pela igualdade (artigos 13.º e 59.º, n.º 1, da CRP). Por outro lado, tratando-se de atribuir, no apontado contexto, um direito a uma prestação pecuniária, e de limitar no tempo a efetividade desse direito pelo não exercício, tal atribuição deve operar, na compaginação destas duas vertentes, segundo regras claras, certas e objetivas – exigência decorrente do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição)” (ponto 2.4.1, do Acórdão n.º 328/2018).

Por tais razões, concluiu-se: Assim, transpõe-se, nos mesmos exatos termos, para o caso dos autos, a fundamentação então desenvolvida. Em aplicação daquela decisão e reiteração das que se seguiram, deve-se, novamente, no presente julgar inconstitucional o número 8 do artigo 2.º do Novo Regime do FGS, na dimensão segundo a qual o prazo de um ano para requerer o pagamento dos créditos laborais, certificados com a declaração de insolvência, cominado naquele preceito legal, é de caducidade e insuscetível de qualquer interrupção ou suspensão - cfr. ac. do TC, 2.ª Secção, proferido no processo n.º 572/2019, de 12-05-2022, relatado pela Dra. Juíza Conselheira Mariana Canotilho, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220374.html>, acedido e consultado em 29-01-2023.

⁹⁹ O art.º 593º, n.º 1, do CC estabelece que o sub-rogado adquire os poderes que competiam ao credor.

¹⁰⁰ O pagamento dos créditos dos trabalhadores pode ser total ou parcial, no caso de ter recebido uma parte do empregador insolvente.

¹⁰¹ Se o Fundo proceder ao pagamento dos créditos ao trabalhador, terá direito a reaver as quantias pagas (cfr. art.º 593º do CC) – vide ac. TRP, proferido no processo n.º 147/08.5TBLSD-D.P1, de 14-07-2010, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria de Deus Correia, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

¹⁰² Situação que acontece sempre que exista a satisfação parcial dos créditos dos trabalhadores pelo Fundo e, em que é necessário, no âmbito do processo de insolvência, graduar os créditos do Fundo e os créditos remanescentes dos trabalhadores – cfr. *Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho...* cit., pp. 145 e 146.

¹⁰³ Privilégio mobiliário geral e imobiliário especial (cfr. art.º 333º, n.º 1, do CT).

¹⁰⁴ Cfr. Costeira, Joana, ob. cit., pp. 146.

¹⁰⁵ Cfr. ac. TRP, proferido no processo n.º 147/08.5TBLSD-D.P1, de 14-07-2010, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria de Deus Correia, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

primitivo», o que significa que o pagamento se destina ao «credor primitivo; só o excedente, se o houver, aproveita ao sub-rogado». Esta posição «baseia-se na vontade provável do credor», uma vez que este «não pode ser constrangido a receber um pagamento parcial». Isto porque, «a lei presume que, se ele consente nesse pagamento parcial, quererá, todavia, ser preferido ao terceiro com relação à parte do crédito de que continua titular». Deste modo, conclui que «os créditos dos trabalhadores ainda em débito terão de ser pagos com precedência em relação ao crédito do FGS»¹⁰⁶.

Outra das posições atribui preferência aos créditos do FGS.

O ac. do TRP, de 17-02-2009, atentando no art.º 592º do CC, considera que o legislador consagrou «um sistema de colocação do Fundo no lugar do trabalhador, transferindo para aquele todos os direitos que a este competiam, na medida em que os tenha satisfeito»¹⁰⁷.

Portanto, os créditos privilegiados do Fundo devem ser pagos antes que os créditos privilegiados dos trabalhadores¹⁰⁸, no âmbito do processo de insolvência.

Finalmente, existe a posição no sentido de os créditos do Fundo e dos trabalhadores concorrerem em paridade.

O ac. do TRC, de 22-03-2011, desconsiderando as outras duas posições, propugna que a graduação dos créditos do FGS e os créditos salariais dos trabalhadores deve ser paritária¹⁰⁹.

E foi esta a posição que o legislador veio a adotar no regime vigente. O art.º 4º, n.º 2, do NREFGS pôs fim a esta controvérsia ao determinar que, no caso de os bens da massa insolvente serem insuficientes para garantir o pagamento da totalidade dos créditos laborais, os créditos em que o Fundo fica sub-rogado são pagos a pari com o valor remanescente dos créditos laborais.

Joana Costeira defende que a posição mais equilibrada é a da graduação paritária e proporcional dos créditos do Fundo e dos trabalhadores, sendo o pagamento feito através de rateio, isto porque permite salvaguardar tanto os direitos do Fundo, como os dos trabalhadores¹¹⁰, posição que subscrevemos. Entendemos que, por um lado, o Fun-

do, ao “substituir-se” ao empregador, precisa de reaver os montantes despendidos no pagamento dos créditos para poder continuar a desempenhar a sua importante função social, e, por outro lado, o trabalhador também necessita de receber o pagamento dos seus créditos, pela importante função social que desempenham – consideramos que ambos são socialmente relevantes, estando ao mesmo nível, devendo a graduação ser, por isso, párea.

4. Conclusões

A matéria da proteção dos créditos laborais dos trabalhadores é dotada de relevante interesse académico e prático, uma vez que a insolvência de uma empresa tem uma fortíssima repercussão na vida dos trabalhadores, em todas as suas dimensões, pondo em causa a continuação, de forma estável, dos seus rendimentos provenientes do trabalho dependente, podendo gerar nos trabalhadores interesses contrapostos ou mesmo contraditórios, desejando, por um lado, a manutenção do seu posto de trabalho (o que se alcançará com a continuação ou sobrevivência da empresa), e, por outro, a rápida satisfação dos seus créditos, se necessário liquidando a mesma empresa (pois pode ser detentor de créditos sobre a massa e/ou de créditos sobre a insolvência, consoante o momento em que se constituem, que pretenda cobrar eficaz e rapidamente).

Ao longo do estudo, evidenciámos que os créditos do trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, gozam de um privilégio mobiliário geral e de um privilégio imobiliário especial.

No que se refere ao privilégio mobiliário geral laboral, concluímos que prevalece sobre todos os outros créditos, à exceção dos créditos por despesas de justiça (art.º 746º do CC), denotando um favor legis. No entanto, alertámos que esses privilégios mobiliários gerais não podem ser opostos a terceiros adquirentes das coisas por eles abrangidas, isto porque não assumindo tais privilégios mobiliários gerais a natureza de direitos reais, não incidem sobre coisa determinada, pelo que também não gozam da característica da sequela, própria dos direitos reais, ficando, deste modo, a tutela dos créditos laborais (através dos privilégios mobi-

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ Vide ac. TRP, proferido no processo n.º 0827363, de 17-02-2009, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Cândido Lemos, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

¹⁰⁸ Sendo que os créditos dos trabalhadores ainda em débito procedem-se a rateio.

¹⁰⁹ Vide ac. TRC, proferido no processo n.º 480/08.6TBCTB-E.C1, de 22-03-2011, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Falcão de Magalhães, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023 - na graduação a fazer em insolvência em que se verifique o concurso de tais créditos, deverão, em princípio, os créditos do FGS e os créditos salariais dos trabalhadores, porque igualmente privilegiados, ser graduados a par, procedendo-se a rateio entre eles (art.º 745.º, n.º 2 do CPC [correção: do CC] e 175º do CIRE) - No mesmo sentido, ac. TRG, proferido no processo n.º 1264/05.9TBFLG-AG.G1, de 27-02-2012, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Rosa Tching, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023 e ac. TRC, proferido no processo n.º 680/09.1T2AVR-G.C1, de 05-03-2013, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria José Guerra, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

¹¹⁰ Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho... cit., pp. 151.

liários gerais) claramente enfraquecida face à prevalência dos direitos reais de terceiros.

No que respeita ao privilégio imobiliário especial, seguimos a posição abrangente adotada pela jurisprudência, que entende que o privilégio imobiliário especial deve incidir sobre todos os imóveis que sejam propriedade do empregador e utilizados na sua atividade empresarial, independentemente da localização do respetivo posto de trabalho, por considerarmos que é a orientação que tutela melhor os interesses dos trabalhadores em presença. Isto porque, se, ao contrário, seguíssemos a interpretação que considera que o privilégio se reduz ao imóvel em que o trabalhador exerça a sua atividade, em termos práticos, o privilégio seria sempre afastado quando o trabalhador prestar a sua atividade em instalações arrendadas ou cedidas ao empregador, ou ainda quando exerça a sua atividade em regime de teletrabalho, o que conduziria ao enfraquecimento da importância da norma e a uma tutela desigual dos trabalhadores.

Alertámos para o caso especial, ou mesmo excepcional, das empresas de construção civil que se dedicam à construção de imóveis para posteriormente os revenderem, que foi objeto do AUJ n.º 8/2016, que uniformizou jurisprudência no sentido de que os imóveis construídos por empresa de construção civil, destinados a comercialização, estão excluídos da garantia do privilégio imobiliário especial previsto no art.º 377º, nº 1, al. b), do CT de 2003, esclarecendo ainda que apenas os créditos referentes à sede da empresa, bem como aos escritórios e armazéns em que os trabalhadores exercem a sua atividade, gozam deste privilégio.

Também sufragámos esta posição da jurisprudência uniformizadora, pois somos sensíveis ao argumento, que nos parece ponderoso, de que estes imóveis que se destinarem a transação, revenda ou comercialização, pelo que não integram a organização empresarial estável da empresa.

Quanto à segunda forma de tutela dos créditos do trabalhador (o FGS), evidenciamos que o Fundo pretende atualmente assegurar o pagamento ao trabalhador de créditos emergentes do contrato de trabalho ou da sua violação ou cessação, traduzindo-se, na nossa opinião, numa tutela mais ampla dos créditos do trabalhador face ao regime anterior.

E notámos que o NREFGS esclarece hoje que o questionado prazo de caducidade se suspende com a propositura de ação de insolvência, a apresentação do requerimento no processo especial de revitalização e com a apresentação do

requerimento de utilização do procedimento extrajudicial de recuperação de empresas, até 30 dias após o trânsito em julgado da decisão da situação de insolvência ou da data da decisão nas restantes situações (art.º 2º, n.º 9 do NREFGS).

No respeitante à graduação dos créditos do Fundo, quando em concurso com os restantes créditos do trabalhador e não satisfeitos pelo Fundo, entendemos que, uma vez que o Fundo atua em substituição do empregador, a graduação deve ser párea, tal como a lei hoje o impõe.

Concluindo, a insolvência do empregador pode refletir-se a dois níveis na vida dos trabalhadores conforme a posição por eles adotada em relação à empresa, na medida em que se repercute nos contratos dos trabalhadores, bem como nos seus créditos.

Enquanto parte integrante da “organização de capital e trabalho” das empresas, em caso de insolvência do empregador, os trabalhadores vêm os seus direitos tutelados e salvaguardados através dos privilégios creditórios, bem como do FGS.

Bibliografia

Obras:

Abrantes, J. J. (2013). *“Efeitos da Insolvência do Empregador no Contrato de Trabalho”*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas, Volume II. Coimbra Editora: Coimbra.

Costeira, J. (2014). *“A Classificação dos Créditos Laborais”*, in I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso. Almedina: Coimbra.

Costeira, J. (2017). *Os Efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho: A Tutela dos Créditos Laborais*, 2.ª edição. Almedina: Coimbra.

Fernandes, L. A. C. (2009). *“Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho Segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”*, in Coletânea de Estudos Sobre a Insolvência. Quid Juris, Sociedade Editora: Lisboa.

Gomes, J. M. V. (2014). *“Nótula Sobre os Efeitos da Insolvência do Empregador Nas Relações de Trabalho”*, in I Congresso de Direito da Insolvência. Almedina: Coimbra.

Henriques, S. C. (2017). "Os Trabalhadores Após a Sentença de Declaração de Insolvência do Empregador: Cessação dos Contratos de Trabalho E Qualificação dos Créditos Laborais", in IV Congresso de Direito da Insolvência. Almedina: Coimbra.

Leitão, L. M. T. M. (2007). "As Repercussões da Insolvência no Contrato de Trabalho", in Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques. Almedina: Coimbra.

Leitão, L. M. T. M. (2021). *Direito do Trabalho*, 7.ª Edição. Almedina: Coimbra.

Leitão, L. M. T. M. (2016). *Garantias das Obrigações*, 5.ª Edição. Almedina: Coimbra.

Martinez, P. R., Ponte, P. F. (2003). *Garantias de Cumprimento*, 4.ª Edição. Almedina: Coimbra.

Martinez, P. R. (2010). "Privilégios Creditórios", in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita, Volume II. Coimbra Editora: Coimbra.

Monteiro, L. P. (2017) *O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora*, Reimpressão. Almedina: Coimbra.

Pires, M. L. (2008). "A Amplitude e a (In)constitucionalidade dos Privilégios Creditórios dos Trabalhadores", in Questões Laborais, Ano XV, n.º 31. Coimbra Editora: Coimbra.

Pires, M. L. (2002). "Os Privilégios Creditórios dos Créditos Laborais" in Questões Laborais, N.º 20, Ano IX. Coimbra Editora: Coimbra.

Ramalho, M. R. P. (2017). "Aspetos Laborais da Insolvência. Notas Breves Sobre as Implicações Laborais do Regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas", in Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina: Coimbra.

Ramalho, M. R. P. (2014). *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.ª Edição. Almedina: Coimbra.

Serra, C. (2021). *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª edição. Almedina: Coimbra.

Xavier, B. G. L. (2014). *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª Edição, Verbo: Lisboa.

Artigos Eletrónicos:

Anacoreta, J. P., Costa, R. G., "Prevalência de Créditos Laborais Face À Hipoteca?", in: Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2008, disponível em <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1926/documento/articuloUM.pdf?id=3169>, acedido e consultado em 29-01-2023;

Fundo de Garantia Salarial: Saiba Quando Se Aplica, Economias, 10 de Março de 2022, in <https://www.e-konomista.pt/fundo-de-garantia-salarial/>, acedido e consultado em 29-01-2023;

Martins, D. C., Louro, R. R., "A Construção Civil e Os Créditos Laborais", in: O Jornal Económico, 22 de Abril de 2016, presente em <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/construcao-civil-os-creditos-laborais-53482>, acedido e consultado em 28-01-2023.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional:

Acórdão do Tribunal Constitucional, 2.ª Secção, proferido no processo n.º 572/2019, de 12-05-2022, relatado pela Dra. Juíza Conselheira Mariana Canotilho, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220374.html>, acedido e consultado em 29-01-2023;

Acórdão do Tribunal Constitucional, 1.ª Secção, proferido no processo n.º 555/2017, de 27-06-2018, relatado pelo Dr. Juiz Conselheiro José António Teles Pereira, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180328.html>, acedido e consultado em 29-01-2023.

Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no processo n.º 7553/15.7T8VIS-G.C1.S2, de 27-11-2019, relatado pelo Dr. Juiz Conselheiro Assunção Raimundo, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no processo n.º 4118/15.7T8CBR-B.C1.S1, de 30-05-2017, relatado pela Dra. Juíza Conselheira Ana Paula Boularot, in <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 8/2016 no Diário da República, 1.ª série — N.º 74 — 15 de abril de 2016 – in <https://files.dre.pt/1s/2016/04/07400/0128401306.pdf>, acedido e consultado em 29-01-2023;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no

processo n.º 1444/08.5TBAMT-A.P1.S1-A, de 23-03-2016, relatado pelo Dr. Juiz Conselheiro Pinto de Almeida, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no processo n.º 1164/08.0TBVR-D.E1.S1, de 20-10-2011, relatado pelo Dr. Juiz Conselheiro Alves Velho, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

Tribunal Central Administrativo do Sul:

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, proferido no processo n.º 3462/15.8BESNT, de 01-06-2017, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Helena Canelas, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

Tribunal da Relação:

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proferido no processo n.º 1/08.0TJVNF-EW.G1, de 21-04-2022, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria João Matos, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 29-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proferido no processo n.º 2139/19.0T8VCT-A.G1, de 25-06-2020, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Ana Cristina Duarte, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido no processo n.º 331/09.4TB CNF-B.C1, de 01-06-2020, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria Catarina Gonçalves, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no processo n.º 25785/13.0T2SNT-B.L1-7, de 18-09-2018, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Carlos Oliveira, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proferido no processo n.º 1165/12.4TBVNO-E.E1, de 28-06-2018, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Tomé de Carvalho, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido no processo n.º 7899/16.7T8CBR-C.C1, de 21-02-2018, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Arlindo Oliveira, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no

processo n.º 227-16.3T8VFC-G.L1-6, de 23-11-2017, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador António Santos, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no processo n.º 173-09.7TCFUN-A.L1-6, de 14-07-2016, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria Teresa Pardal, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no processo n.º 353/09.5TB SXL-B.L2-2, de 14-07-2016, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Teresa Albuquerque, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proferido no processo n.º 2731/11.0TB BRG-E.G1, de 17-09-2015, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Fernando Fernandes Freitas, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proferido no processo n.º 1500/13.8TB GMR-D.G1, de 03-04-2014, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Helena Melo, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido no processo n.º 680/09.1T2AVR-G.C1, de 05-03-2013, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria José Guerra, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proferido no processo n.º 1264/05.9TB FLG-AG.G1, de 27-02-2012, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Rosa Tching, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido no processo n.º 5298/08.3TB LRA-B.C1, de 14-02-2012, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Henrique Antunes, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido no processo n.º 480/08.6TB CTB-E.C1, de 22-03-2011, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Falcão de Magalhães, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido

no processo n.º 562/09.7T2AVR-P.C1, de 14-07-2010, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Barateiro Martins, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proferido no processo n.º 147/08.5TBLS-D.P1, de 14-07-2010, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Maria de Deus Correia, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proferido no processo n.º 1/08.0TJVNF-L.S1.P1, de 06-07-2010, relatado pela Dra. Juíza Desembargadora Sílvia Pires, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proferido no processo n.º 0827363, de 17-02-2009, relatado pelo Dr. Juiz Desembargador Cândido Lemos, *in* <http://www.dgsi.pt>, acedido e consultado em 28-01-2023.

Ação de nulidade de negócio jurídico: ação (declarativa) constitutiva ou ação de simples apreciação?

Declaratory reliefs of annulment or nullity of contracts versus injunctive / coercive relief resulting from the declaration of annulment or nullity



J. P. Remédio Marques*

*Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. remedio@fd.uc.pt

Código ORCID: 0000-0002-2330-6833

Resumo Quando as partes celebram um contrato, elas esperam que este seja válido, eficaz e possa ser judicialmente tutelado, em caso de ser inválido ou não possa ser cumprido. Quando um contrato é inválido, ele, em regra, não produz efeitos jurídicos. A parte que alega a invalidade desse ato jurídico ou contrato tem o direito de propor uma ação judicial. A nulidade de um ato jurídico ou contrato é uma matéria muito complexa, de modo que a finalidade do presente estudo é a de examinar as consequências dessa nulidade no quadro do Direito Processual Civil português. Tanto a anulação quanto a declaração de nulidade produzem efeitos retroativos (*ex tunc*). As consequências dessa invalidade consistem na restituição das quantias entregues à outra parte ou a restituição de bens móveis ou imóveis – sem prejuízo da eventual compensação pelos danos sofridos. O presente estudo analisa os diferentes tipos de ações no Processo Civil português e pretende defender a orientação segundo a qual as ações destinadas a invalidar ou, *lato sensu*, a impugnar um ato ou um negócio jurídico (de declaração de nulidade ou de anulação), cuja pretensão seja precipuamente formulada na petição inicial, são, em regra, ações (declarativas) constitutivas suscetíveis de implicar condenações na restituição de coisas entregues na sequência da celebração do contrato inválido e não ações (declarativas) de simples apreciação.

Palavras-chave: Direito de ação; negócio jurídico; contratos; anulação; declaração de nulidade; ação de simples apreciação; ações constitutivas

Abstract When parties draw up and sign a contract, they intend the agreement to be legally binding for both parties and enforceable in court. A contract that is null (absolute invalidity) or void (relative invalidity) does not create any rights or obligations. It has no legal effect at any time. The party claiming the invalidity of the contract has the right to initiate a legal dispute regarding that invalidity. The invalidity of contracts is a very complex issue, so the purpose of this paper is to examine some Portuguese civil procedure issues arising from the absolute invalidity of contracts. The consequences of the invalidity of the contract are, as a rule, *ex tunc* (in *integrum restitutio*) – the restitution of the money or other goods received under the contract or the restitution of movable or immovable property, and, possibly, compensation of harm. In Portuguese law, both the annulment and the declaration of nullity of contracts have a retroactive effect (*ex tunc*). The present study analyses the different types of actions in the Portuguese Civil Procedure Act. It also intends to defend the orientation which states that the actions destined to invalidate or, *lato sensu*, to impugn an act or a legal transaction (of declaration of nullity or annulment), whose intention is essentially formulated in the initial claim form, are generally (declarative) constitutive actions – susceptible of implying condemnations in the restitution of goods being returned following the signing of an invalid contract – and not (declarative) actions of simple evaluation.

Keywords: Contracts; the invalidity of contract; nullity; annulment; restitution; civil procedure; declarative procedure; declaratory relief; coercive relief; actual dispute

Sumário: 1. Introdução. O interesse da questão. 2. Ações declarativas de simples apreciação e ações constitutivas: traços distintivos. 3. Desenvolvimento. 3.1 Ações de nulidade ou de anulação e a intensidade da intervenção do tribunal na tutela processual da pretensão. 3.2 A relação de “liquidação” decorrente de um negócio nulo ou anulável. 3.3 A negação da produção de efeitos retroativos na declaração judicial de nulidade ou de anulação de ato ou negócio jurídico. 3.4 A doutrina jus civilista (tradicional e mais recente) e o seu reflexo na orientação processual mais adequada. 4. Conclusão.

1. Introdução. O interesse da questão

Hipotize-se que o autor propõe contra o réu uma ação declarativa destinada a *afirmar e acertar a nulidade* de um contrato, seja este de *execução instantânea* (v.g., compra e venda, mútuo), seja de *execução continuada* ou *duradoura* (v.g., contrato de trabalho, locação, empreitada, licença de exploração de direitos de propriedade intelectual, etc.), visando, igualmente, obter o conseqüente efeito jurídico invalidante (art. 289.º do Código Civil, doravante CC) com base em qualquer um dos motivos que podem gerar este desvalor de um negócio ou ato jurídico — v.g., falta de forma legal (art. 220.º do CC); simulação (art. 240.º, n.º 2, do CC); negócio em fraude à lei, contra os bons costumes ou contra a ordem pública (art. 280.º, n.º 2, do CC); impossibilidade de objeto do negócio (art. 280.º, n.º 1, do Código Civil); falta de legitimidade (substantiva) para o celebrar¹.

Face às espécies de *ações declarativas* previstas no art. 10.º do Código de Processo Civil (doravante CPC), coloca-se a questão de saber se as *ações de nulidade* — cujo regime jurídico substantivo se encontra previsto nos arts. 286.º, 289.º e 291.º do CC, e, em geral, as *ações de anulação* de atos ou negócios jurídicos (bilaterais ou unilaterais) — cujo regime jurídico substantivo se surpreende, sobretudo, no art. 287.º e 289.º e 291.º do mesmo Código — são qualificáveis como *ações declarativas de simples apreciação* (art. 10.º, n.º 3, alínea a), do CPC), ou se, pelo contrário, devem ser consideradas como *ações (declarativas) constitutivas* (art. 10.º, n.º 3, alínea c), do mesmo Código).

2. Ações declarativas de simples apreciação e ações constitutivas: traços distintivos

As *ações declarativas de simples apreciação* (positiva ou negativa) visam *apenas* que o tribunal declare a existência ou a não existência de um direito ou de um facto. Não se pede que o tribunal condene o réu na realização de uma qualquer prestação (v.g., de pagar uma quantia pecuniária; de entregar uma coisa móvel ou imóvel ao autor; de realizar uma obra; de tolerar uma conduta ao autor e evitar colocar obstáculos à prática dessa conduta, etc.). Apenas se pretende obter do tribunal uma decisão que ponha fim a uma situação de *incerteza jurídica objetiva* e *grave* perante uma situação jurídica atual ou perante *factos prejudiciais de situações jurídicas*, declarando que um determinado facto juridicamente relevante ou direito subjetivo (ou posição jurídica subjetiva, coletiva ou difusa) existem ou não existem.

Assim, nestas ações (declarativas) de simples apreciação é muito importante ou, inclusivamente, é decisivo alegar e demonstrar uma situação de *carência* de tutela jurisdicional por parte do autor. Este tem de demonstrar *interesse em agir* ou *interesse processual*, sob pena de o tribunal não poder sequer mandar prosseguir o processo, a fim de conhecer o mérito do efeito prático jurídico por ele pretendido com o ajuizamento da ação. Ora, nestas ações de simples apreciação o autor tem de demonstrar que desfruta de interesse em recorrer aos tribunais se e quando, através da mobilização deste tipo de ação declarativa, adquire uma vantagem com a tutela judicial que neles requer. A demonstração do interesse em agir ou interesse processual assume, neste tipo de ações declarativas, uma certa singularidade. Como se constata, somente a alegada e comprovada *incerteza*

¹ * Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Relembre-se que a falta de *legitimidade substantiva* gera, em regra, a *nulidade* do ato jurídico, aplicando-se-lhe o regime da venda de bens alheios — cfr. Collaço, Isabel Magalhães, *Da Legitimidade no Acto Jurídico*, Lisboa, 1948, p. 158 ss.; Ascensão, José de Oliveira, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, *Introdução. As Pessoas. Os bens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 73; Mendes, João de Castro, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. III, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1968, p. 76; Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte I, *Parte Geral*, Tomo V, Coimbra, Almedina, 2009, p. 24; Pinto, Carlos da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., por Monteiro, António Pinto/Pinto, Paulo Mota, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 260-261 (de acordo com estes últimos Autores, a ilegitimidade substantiva origina sanções diversas, mas no caso de venda de bens alheios a sanção é a *nulidade*).

grave e *objectiva* assegura o interesse processual das partes, porque justifica a utilidade da tutela jurídica quando o autor desencadeia este tipo de ação². Nas demais ações declarativas tal não acontece: o interesse processual só falta se o resultado a obter for, em abstrato, inútil³.

Este pressuposto processual (inominado) do *interesse em agir* assume, como se vê, uma feição específica nestas *ações declarativas de simples apreciação*. Isto é assim, por um lado, para se proteger o réu contra *ações vexatórias*, no sentido de prevenir que o autor faça uso do direito de ação e do processo para provocar danos ao réu ou limitar o direito fundamental de defesa; e, por outro, para tutelar o *princípio da economia processual e a efetividade da tutela jurisdicional* dos direitos e das demais posições jurídicas: importa impedir, com efeito, que as ações de simples apreciação se transformem num peso injustificado para o aparelho jurisdicional estadual, mais precisamente nas situações em que a carência de tutela jurisdicional é meramente fictícia ou diletante, nas eventualidades em que se não está na presença de uma ameaça efetiva à violação de direitos ou posições jurídicas, ou nos casos em que o autor tem ao seu dispor uma forma de tutela jurisdicional mais efetivo, vigoroso ou consistente ou, enfim, nas situações em que a sua pretensão pode ser facilmente realizada *extrajudicialmente*⁴.

Deste modo, nas *ações e simples apreciação autónomas*, o autor, perante uma *situação de incerteza objetiva e grave*, pede ao órgão jurisdicional competente a declaração da existência ou inexistência de uma posição jurídica (subjéctiva, individual, colectiva ou difusa) ou de facto; e *nada mais pede*: quer dizer, ela não pede ao tribunal, cumulativamente, que o réu seja *condenado no cumprimento de uma prestação exigível*, bem como não pede que, cumulativamente, a decisão judicial crie um *efeito jurídico novo* (constitutivo, modificativo ou extintivo) entre ele e o réu; fim, este, que é logrado, como veremos já a seguir, nas ações (declarativas) *constitutivas*.

É verdade que é pelo *concreto efeito prático-jurídico* que o autor visa alcançar que a ação por ele proposta deve ser qualificada, no sentido de que o *pedido* e a *causa de pedir*⁵ (devidamente *interpretados* pelo tribunal, nos termos do art. 295.º do CC, ainda que, para o efeito, o juiz possa ou deva pedir esclarecimentos, em sede de despacho pré-saneador: art. 590.º, n.º 4, do CPC) é que determinam a espécie de ação declarativa ajuizada e, logo, a tutela jurisdicional efetiva que o autor visa alcançar.

Uma decisão proferida numa ação de simples apreciação constitui um tipo específico de decisão jurisdicional – aquela em que o tribunal se limita a uma declaração sobre a situação jurídica que lhe foi apresentada pelo autor. A (im)procedência de uma ação por meio da declaração da (in)existência de um facto ou de um direito constitui uma sentença declaratória de simples apreciação: por exemplo, o juiz, na sentença, pode declarar que um pedido de indemnização é fundado porque foi cometido um ato ilícito ou que um contrato foi violado ou é inválido; outrossim, pode limitar-se a declarar o inverso. Essa declaração pode adquirir a característica de caso julgado (*res iudicata*) e, portanto, pode impedir a propositura de uma nova ação entre as mesmas partes, com o mesmo pedido e causa de pedir. Tal declaração negativa também pode ser exigida pelo alegado autor do delito. Uma sentença proferida numa ação declarativa pode implicar que um contrato ou cláusula nele incluída seja nula, ou que um determinado comportamento seja substantivamente ilegítimo. Se a decisão do tribunal for necessária para invalidar o contrato ou certa cláusula deste, a sentença é considerada *constitutiva* (ou seja, cria, *per se*, um facto e uma situação jurídica nova). As sentenças proferidas em ações condenatórias – que ordenam ao réu que faça algo ou se abstenha de fazer algo – também possuem um *elemento declaratório*: a parte da sentença que declara os factos e o direito no caso concreto. Esta constatação da lei e o facto afirmado ou acertado – que

² Sousa, Miguel Teixeira de, *CPC ONLINE*, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, versão de 2022.12, p. 18, anotação n.º 6(c) ao art. 10.º, disponível no seguinte endereço eletrónico: https://drive.google.com/file/d/1CZi7wDI_dGeZ94BAPPn2HFkz-nUB_u7/view (acedido e consultado em 18.01.2023).

³ Assim, Mendes, Castro/Sousa, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, vol. I, Lisboa, Associação académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2022, p. 367.

⁴ Cfr. o acórdão da Relação de Guimarães, de 28/04/2022 (António Beça Pereira), proc. n.º 226/19.3T8VFL.G1, in www.dgsi.pt: os autores pediram que o tribunal reconhecesse que cada um deles era proprietário exclusivo de uma parcela de um prédio que inicialmente lhes havia sido deixado por sucessão (¼ para cada um dos comproprietários), dado que, logo após, a morte dos pais passaram a exercer posse sobre cada uma das quatro partes desse prédio que então dividiram verbalmente, de modo fático, praticando sobre cada uma das parcelas os atos normais conducentes à aquisição originária de cada uma dessas parcelas por usucapião (“agricultando-a, fabricando as videiras e recolhendo as uvas que transformavam em vinho, plantando árvores de fruto, colhendo-lhe os frutos que consumiam em seu proveito, plantando legumes e hortaliças e tudo o mais que essa parcela produz...”). A 1.ª instância negou que os autores desfrutassem de interesse processual, pois tinham ao seu dispor a possibilidade de, *extrajudicialmente*, dividir esse único prédio em quatro, por meio da realização de uma *escritura de justificação notarial* (art. 116.º do Código do Registo Predial). Nesse sentido, extinguiu o processo por falta de interesse em agir, absolvendo os réus da instância. O tribunal de 2.ª instância discordou e revogou esta decisão determinando que a ação prosseguisse na 1.ª instância, afirmando que a ação por eles intentada era uma *ação constitutiva* e era razoável e útil a propositura dessa ação, já que, *inter alia*, a viabilidade da realização dessa escritura depende de o prédio objeto da dita escritura se encontrar inscrito na matriz e não uma ou mais partes dele, circunstância que poderia depor contra a realização dessa escritura ou, inclusivamente, poderia levar à sua impugnação.

⁵ Como é sabido, todo o pedido baseia-se numa *causa de pedir*. Esta consiste no *conjunto dos factos jurídicos (essenciais) constitutivos e necessários* da situação jurídica afirmada pelo autor e que preenchem uma certa previsão legal (Mendes, João de Castro/Sousa, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, vol. I, 2022, cit., p. 411, p. 417); factos, estes, que individualizam a pretensão material, enquanto conteúdo material do pedido que o autor formula ao tribunal. Por isso, sobre o autor recai o ónus de os alegar e demonstrar. As causas de pedir são normalmente *complexas* – na verdade, o art. 552.º, n.º 1, alínea d), do CPC refere-se aos “factos que a integram” (*id est*, a causa de pedir) – o itálico é nosso. O facto (essencial) isolado só constitui, *per se*, causa de pedir quando somente da sua demonstração depende o efeito jurídico pretendido pelo autor (e desde que o réu não lhe anteponha qualquer facto impeditivo, modificativo ou extintivo). A doutrina refere-se normalmente à causa de pedir como sendo um *conjunto de factos* (jurídicos), que não apenas um facto único – Serra, Adriano Vaz, “Anotação ao acórdão de 15.10.71”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 105.º, p. 220; Freitas, José Lebre de, “O princípio da causalidade na competência internacional”, in *Novos Estudos de Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra, Gestlegal, 2021, p. 303 ss. (p. 310); Freitas, José Lebre de, *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 4.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2017, p. 50 e ss.; Gouveia, Mariana França, *A Causa de Pedir na Ação Declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 115-116; Marques, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª ed., 2011, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 226-227.

vinculam as partes no processo – fundamenta a parte decisória da sentença na qual o efeito jurídico (constitutivo e/ou condenatória) é proferido⁶. Além disso, nas situações conflituais plurilocalizadas, esta questão da mera decisão judicial que declara a existência de um facto ou um direito (v.g., a uma indemnização para reparar danos causados pelo réu, tanto num contrato inválido quanto numa situação jurídica de responsabilidade civil extracontratual) postula o seguinte problema: saber se a lei aplicável à questão processual da admissibilidade desta ação (*maxime*, da legitimidade processual e do interesse processual) é a lei do país em cujos tribunais a ação é proposta (*lex fori*)⁷ ou, ao invés, o ordenamento jurídico previsto pelas partes ou o regime supletivo⁸ aplicável à *substância do contrato* (ou seja, a *lex causae*), em particular quanto à existência, a natureza e a avaliação dos danos ou da *reparação exigida* ou, ainda, as medidas que um tribunal pode tomar para prevenir ou fazer cessar o dano ou assegurar a sua reparação (art. 15.º, alíneas *c*) e *d*), do Regulamento *Roma II*)⁹. O que, igualmente, pode convocar a questão do proferimento de *decisões parciais* em tribunais de diversos países (e o respetivo reconhecimento noutros), aí onde, por exemplo, um tribunal se arroga competente para apreciar o pedido de simples declaração de um direito (à invalidação de um contrato ou à indemnização de um facto ilícito) e o tribunal do lugar do lugar da ocorrência do facto (contratual ou extracontratual) ilícito tem que aplicar uma lei material que proíbe essa apreciação parcial do objeto do litígio.

Porém, e as mais das vezes, o autor, em regra (independentemente de se confrontar com uma situação de *incerteza objetiva e grave*), não se limita a peticionar a simples declaração de existência desta específica invalidade do ato ou negócio jurídico. Ele formula, conquanto *cumulativamente*, outros *pedidos principais*, designadamente, cancelamentos

de registo(s) em nome do réu e feitura de registo(s) em nome do autor; condenação na restituição de coisas entregues à contraparte (ou a terceiro) no cumprimento do negócio inválido; condenação do réu na reparação dos danos causados ao autor. Esta questão é importante, designadamente, para a admissibilidade e procedência de *providência cautelar* instrumental de *ação constitutiva*, já proposta ou a propor (art. 362.º, n.º 2, do CPC). No plano prático é, igualmente, importante distinguir as ações de simples apreciação positiva das *ações de condenação*, pois esta distinção pode determinar se o tribunal é, ou não, competente em razão da matéria. Por exemplo, os *judgados de paz* não são competentes para apreciar ações destinadas a declarar apenas se certa obrigação pecuniária de direito privado *existe, ou não existe* (ou *se é exigível ou não o é*), competência que assim há de caber residualmente aos *tribunais judiciais*¹⁰. Acresce que somente as *ações de condenação* (e as *ações constitutivas* que contenham condenações expressas ou inequívocas condenações implícitas¹¹) podem ser seguidas da propositura de *ação executiva* (a tramitar nos próprios autos e de forma autónoma ou cujos autos sejam enviados para o juízo de execução competente (art. 85.º, n.ºs 1 e 2, do CPC) baseadas nas sentenças condenatórias nelas proferidas. Além disso, parece-nos que a maioria das *ações de simples apreciação autónomas* não suportam, em regra, a dedução de *providências cautelares* delas dependentes, seja com função *conservatória*, seja com função *antecipatória*.

As ações constitutivas, por sua vez, têm por fim “autorizar uma mudança na ordem jurídica existente” (art. 10.º, n.º 3, alínea *c*), do CPC). Vejamos melhor.

Por vezes, o ordenamento jurídico retira à *autonomia (da vontade) das pessoas* — subtrai ao seu *poder de autodeterminação da vontade* — a disponibilidade plena de determinadas situações jurídicas, impondo, ao invés, que a

⁶ Decorre, igualmente, da jurisprudência do TJUE que também esta parte declaratória da sentença (que comumente consta apenas na parte da *fundamentação* da decisão) pode ser objeto, *per se*, de reconhecimento por parte dos tribunais de outro Estado-Membro, no quadro do Regulamento Bruxelas I-bis, ou seja, o Regulamento (UE) n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho: acórdão de 15/11/2012, no proc. C-456/11 (*Gothaer Allgemeine Versicherung AG et al. v. Samskip GmbH*), § 40 deste acórdão. Isto porque, atenta a circunstância de o caso julgado no direito da União não existir apenas no que respeita à parte decisória da decisão judicial em causa, mas abranger também os fundamentos desse acórdão que representam o alicerce necessário da sua parte decisória, dela sendo, por isso, indissociáveis, a parte pode ter interesse em usar essa parte da fundamentação da decisão proferida no Estado-Membro de origem para vincular o tribunal do Estado-Membro do destino dessa decisão, *maxime*, o Estado-Membro onde essa decisão está ou poderá vir a ser executada.

⁷ Por exemplo, o saber se é a lei portuguesa a aplicável (*lex fori*), local onde a ação foi ajuizada, à questão de uma associação de consumidores poder, ou não, litigar, em termos de *substituição processual*, em ação popular de simples apreciação positiva relativa a interesses coletivos (v.g., declarar que o réu é responsável pelos danos), ou se é a *lex causae* em cujas normas se terá que interrogar esta questão da *legitimidade processual* em ação popular de condenação dirigida a obter uma indemnização global aos consumidores que, posteriormente, mostrem terem sido lesados pela fonte produtora do dano.

⁸ Em particular, o Regulamento *Roma II* (Regulamento CE n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007), respeitante à lei aplicável às obrigações extracontratuais, o qual, no seu art. 1.º, n.º 3, prevê a sua não aplicabilidade “à prova e ao processo”. Por exemplo, pode ser controversa a resposta à questão de saber se um tribunal português (*lex fori*) pode apreciar e julgar um pedido de simples apreciação destinado à mera declaração da invalidade de um contrato ou de um direito a uma indemnização se e quando é a lei brasileira a lei material aplicável (*lex causae*) destinada a reparar o dano sofrido decorrente dessa responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

⁹ Sobre isto, cfr. Van Hoek, Aukje A.H., *The Declaratory Judgment - Between Remedy and Procedural Technique* (November 15, 2022). Pre-edit version of a contribution to M. Pfeiffer, Liber Amicorum Monika Pauknerová, Wolters Kluwer CR 2021, pp. 505-514, Amsterdam Law School, Research Paper No. 2022-45, Amsterdam Centre for Transformative private law, Working Paper No. 2022-06, disponível no seguinte endereço: <https://ssrn.com/abstract=4277628> (acedido e consultado em 17.02.2023).

¹⁰ Cfr. o art. 9.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, de acordo com o qual os julgados de paz são competentes para apreciar e decidir “ações destinadas a efectivar o cumprimento de obrigações ...”. A alínea *i*) do mesmo n.º 1 atribui competência a estes órgãos jurisdicionais nas ações que respeitem a *incumprimento contratual*, exceto contrato de trabalho e arrendamento rural” – os itálicos são nossos.

¹¹ V.g., *ação de preferência* julgada procedente, a qual impõe que os réus, sobretudo, o adquirente restitua o prédio ao autor da ação; ação de *execução específica* de contrato promessa julgada procedente, a qual implica a condenação, conquanto implícita, de entrega do bem prometido vender ao autor da ação, promitente comprador, já que a sentença operou, *per se*, a transferência da propriedade para esse autor. De todo o modo, é aconselhável formular nestas ações declarativas constitutivas o pedido (cumulativo) de condenação na entrega ou restituição dos bens ou do preço.

constituição, modificação ou a extinção de tais situações jurídicas somente possa dar-se através da intervenção dos órgãos jurisdicionais competentes, cuja decisão de procedência opera, *per se*, tais transformações jurídicas. Neste caso, a atividade dos tribunais competentes é uma *atividade constitutiva necessária*¹². Outras vezes, o direito do autor é um *direito disponível*, mas não pode ser exercido mediante uma *simples declaração de vontade* devidamente comunicada ao obrigado à prestação. Nestas situações, a atividade jurisdicional é constitutiva, *mas não é necessária* (ou seja, cura-se de uma *atividade jurisdicional constitutiva não necessária*), pois o onerado à prestação poderia ter aderido à pretensão do titular ativo e o direito que esta pretensão traduz desapareceria.

Os efeitos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos podem ser alcançados sem a intervenção do tribunal, pois eles pertencem à área dos *direitos disponíveis*, mas o obrigado à prestação não adere espontânea ou voluntariamente à pretensão do titular ativo. Pense-se nas ações de invalidação de negócios jurídicos, objeto central do presente estudo; nas de anulação ou declaração e nulidade de deliberações de sociedades comerciais (arts. 56.º e 58.º do Código das Sociedades Comerciais) ou outros entes associativos; nas obrigações de contratar resultantes da celebração de um contrato promessa (art. 830.º do CC); no direito de pôr termo à compropriedade (por via de ação de divisão de coisa comum: art. 925.º ss. do CPC); no direito de preferência (através da notificação para preferência: art. 1028.º ss. do CPC); na constituição de servidão predial a favor de prédio encravado: art. 1558.º do CC; no direito a exigir a divisão de património hereditário (por meio de ação de inventário: art. 1082.º ss. do CPC), etc.

Em todos estes casos, para além da necessidade de o tribunal verificar a existência da situação jurídica que sustenta a pretensão deduzida em juízo, *a decisão judicial é a causa da modificação*, que se vai operar na ordem jurídica. Nestas ações constitutivas não se pretende uma modificação do mundo externo (v.g., entrega de coisa, móvel ou imóvel; destruir ou construir uma obra; encerrar um estabelecimento, etc.), mas apenas uma *modificação no mundo dos efeitos jurídicos*, aí onde o tribunal é *omnipotente*, pois a sua decisão, se for de procedência, é o facto gerador do direito na própria ordem material. Daí que se defenda comumente que

o direito que se pretende atuar em juízo através de uma ação constitutiva é um direito a uma modificação jurídica, ou seja, um direito (subjetivo) *potestativo*, de modo que tais ações existem para a tutela jurisdicional deste tipo de direitos subjetivos *stricto sensu*.

Além disso, nestas *ações constitutivas* o autor cumula, normalmente, *pedidos condenatórios* (*maxime*, como referimos, indemnização pelos danos sofridos pela invalidação do contrato) para não se sujeitar à eventual discussão de saber se a sentença de procedência contém, *in se*, condenações *implícitas* (v.g., à restituição do preço ou de coisas infungíveis entregues à contraparte no cumprimento do negócio inválido; entrega do prédio prometido vender ao promitente comprador autor da ação de execução específica)¹³ e ficar impedido de propor *ação executiva* com base nessa sentença, por ausência de título executivo (art. 703.º, n.º 1, alínea *a*), do CPC). Isto sem prejuízo de o autor poder cumular pedidos de *cancelamento de registos* dos bens objeto da ação de invalidação (incluindo o *registro da própria ação*: art. 3.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do Código do Registo Predial), sobretudo se tiverem sido objeto de posterior alienação ou oneração.

3. Desenvolvimento

Entendemos que, por via de regra, as *ações de invalidação* de atos ou negócios jurídicos (de nulidade ou de anulação) são *ações constitutivas* — sem prejuízo de o autor, cumulativamente, formular, não raras vezes, *pedidos condenatórios*, para o a hipótese de o pedido principal de invalidação ser julgado procedente. O mesmo se dirá dos *pedidos reconventionais* de nulidade ou de anulação deduzidos pelo réu na contestação. Explicitemos melhor.

3.1 Ações de nulidade ou anulação e a intensidade de intervenção do tribunal na tutela processual da pretensão

Na verdade, na sua dimensão processual, esta afirmação segundo a qual as ações de nulidade ou de anulação de actos e negócios jurídicos são ações (declarativas) *constitutivas* suscita esclarecimentos adicionais. Vejamos.

¹² Por exemplo, os cônjuges não podem dispor de múltiplos efeitos decorrentes do estado civil de casados através de negócio jurídico: não podem, designadamente, terminar o casamento por meio de acordo negocial revogatório ou afrouxar essa relação por meio de contrato, modificando a relação matrimonial, no sentido de ficarem numa situação de separação de pessoas e bens. Só uma ação de *divórcio sem consentimento* (art. 1773.º, n.º 3, do CC) ou de *separação de pessoas e bens sem consentimento* (art. 1794.º do CC) permite alcançar esse desiderato; não podem as pessoas afastar, por meio de contrato, os vínculos da *filiação biológica* falsa, pois somente esse fim pode ser logrado por via de uma *ação de impugnação da paternidade* ou da *maternidade* (arts. 1807.º e 1839.º do CC); a constituição do *vínculo da adoção plena* não pode ser efetuada através de contrato entre o adotante e o adotado, mas apenas por meio de ação judicial (art. 973.º, n.º 1, do CC), etc. Todas as alterações a estas situações jurídicas necessitam ser determinadas por uma decisão do tribunal.

¹³ Entre outros, acórdão do STJ, de 22/02/2022 (Barateiro Martins), proc. n.º 140/11.0TBCVD-A.E1.S1, in *Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do STJ, 2022*, tomo I = www.dgsi.pt

As *ações de nulidade* de contratos ou outros atos jurídicos são, em regra, *ações constitutivas* (art. 10.º, n.º 3 alínea c), do CPC), pois a procedência da pretensão processual provoca uma “mudança na ordem jurídica existente” entre as partes (ou entre estas e terceiros, em função da delimitação subjetiva do caso julgado material formado com a prolação da decisão final), inovando e fixando autoritariamente a conduta das partes (“relação de liquidação”) relativamente a um determinado interesse jurídico, sobretudo quando essa nulidade não tenha sido declarada extrajudicialmente por uma parte à outra, ou se trate de atos jurídicos alegadamente nulos levados a registo e o autor da ação pretende prevalecer-se da posição contrária à registada, pedindo, igualmente, o cancelamento do registo efetuado e a feitura de um novo registo do bem em causa em seu nome (art. 291.º, n.º 1, do CC; art. 17.º do Código do Registo Predial).

A pretensão processual de *invalidação* confere operatividade a um *direito potestativo* cujo objeto não depende de um simples e *substancial ato unilateral* do respetivo titular — ao invés do que acontece, por exemplo, na *denúncia* ou *resolução* de um contrato (art. 436.º, n.º 1, do CC), ou no direito que o mandatário tem de fazer cessar o mandato ou de o mandante o revogar (art. 1170.º, n.º 1, do CC); na faculdade de o vendedor resolver extrajudicialmente o contrato na venda a retro (arts. 927.º, 929.º do CC); no poder de o órgão competente de uma sociedade excluir um sócio (v.g., art. 241.º do Código das Sociedades Comerciais); na declaração extrajudicial de compensação (art. 848.º, n.º 1, do CC), etc., aqui onde a eficácia ou operatividade da modificação jurídica pretendida não necessita de recurso aos tribunais.

Donde, nestas *ações constitutivas* o tribunal não se limita, as mais das vezes, à declaração desse facto jurídico.

É verdade que, como dissemos, a *declaração* do direito (potestativo) à invalidação do contrato insuscetível de operar extrajudicialmente, está contida *no juízo prévio, feito pelo próprio tribunal na sentença, respeitante à existência do direito potestativo* (diferente, porém, do *estado de incerteza grave e objetiva* que se pretende remover com a instauração de uma ação de simples apreciação)¹⁴. Mas a sentença de procedência da nulidade do ato ou negócio jurídico *cria* novas

situações jurídicas entre as partes, extinguindo, no caso, direitos e deveres das partes, pese embora com limitados efeitos retroativos, uma vez que se trate de *contratos de execução continuada* ou *duradoura*. O mesmo ocorre com a ação destinada a obter a *declaração de indignidade*, a qual, embora se alicerce numa situação de *ilegitimidade para adquirir* (ou, para outros autores, *fonte de anulação* quanto aos seus efeitos¹⁵) é alcançada por meio da *ação constitutiva*¹⁶.

3.2 A relação de “liquidação” decorrente de um negócio nulo ou anulável

O tribunal *não se limita a declarar*, a pedido do autor ou oficiosamente¹⁷, que o negócio é nulo.

Repare-se que o facto negocial decorrente de um negócio nulo é, ainda assim, tomado em consideração pelo ordenamento jurídico, já que na sequência do acerto dessa invalidade surge uma “relação de liquidação” ou outros efeitos jurídicos variáveis, consoante as circunstâncias, sobre os quais a sentença deverá ou poderá operar — v.g., deslocações patrimoniais ou ingerência em esfera jurídica alheia apenas coberta pelas regras do enriquecimento sem causa; situações de posse; danos cobertos pelas regras da responsabilidade civil; proteção de terceiros de boa fé contra a arguição da nulidade nos negócios simulados por parte de um dos simuladores; (des)proteção de terceiros de boa (ou má) fé que tenham adquirido direitos na sequência de atos praticados decorrentes de uma deliberação nula da gerência de uma sociedade por quotas; efeitos derivados da *redução* ou *conversão* do negócio jurídico; proteção de terceiros de boa fé contra a declaração de nulidade ou arguição da anulabilidade, etc. —, sobretudo nos *contratos de execução continuada* ou *duradoura*, como o de sociedade, trabalho, franquias, de locação ou de licença de exploração de direitos de propriedade intelectual.

Tais situações jurídicas criam *efeitos fácticos*; efeitos *laterais* ou *secundários*¹⁸, pelo que a sentença de procedência implica a reposição jurídica da situação fáctica desde o tempo da celebração do negócio inválido, exceto, como

¹⁴ Já Andrade, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de Antunes Varela, nova ed. revista pelo Dr. Herculano Esteves, Coimbra, Coimbra Editora, 1976, p. 6.

¹⁵ Lima, Pires de/Varela, Antunes, *Código Civil anotado*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 42, anotação n.º 4 ao art. 2036.º.

¹⁶ Ob. cit., p. 42, anotação n.º 3, alínea c) ao art. 2036.º; Marques, J. P. Remédio, “A indignidade sucessória do artigo 2034.º, alínea a), do Código Civil português – Pode ser dispensada a específica declaração judicial de indignidade sucessória do criminoso em relação a cada uma das heranças posteriormente abertas por óbito das pessoas aí mencionadas?”, in *Revista Eletrónica de Direito*, vol. 28, n.º 2 (2022), p. 83 ss., pp. 97-98, pp. 102-104.

¹⁷ Declaração, esta última, antecedida de notificação às partes para se pronunciarem se a questão não tiver sido discutida nos articulados, a fim de evitar a prolação de uma *decisão surpresa* inválida por parte do tribunal (art. 3.º, n.º 3, do CPC). Nesta hipótese, a decisão surpresa seria nula por *excesso de pronúncia* (arts. 615.º, n.º 1, alínea d), 666.º, n.º 1, e 685.º, todos do CPC), porque o tribunal conhece de matéria que, nas condições em que o fez, não podia conhecer — já, assim, Sousa, Miguel Teixeira de, “Nulidades do processo e nulidades da sentença: em busca da clareza necessária”, in *Blog do IPPC*, entrada de 22/9/2020, disponível no seguinte endereço: <https://blogippc.blogspot.com/2020/09/nulidades-do-processo-e-nulidades-da.html> (acedido e consultado em 19.01.2023).

¹⁸ De que já falava Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra, 1960, p. 414, para distinguir estas situações da categoria dos negócios *inexistentes*.

dissemos, nos *contratos de execução continuada*, como, por exemplo, o de locação ou de licença de exploração de direitos de propriedade intelectual em que o valor do uso da coisa ou do bem intelectual corresponde, normalmente, ao valor das rendas, nada havendo, em regra, a restituir.

Nestes últimos casos, os *efeitos jurídicos do desvalor* negocial decorrente da nulidade ou da anulabilidade são idênticos.

3.3 A negação da produção de efeitos retroativos na declaração judicial de nulidade ou de anulação de ato ou negócio jurídico

De modo que, neste tipo de contratos, os *efeitos de nulidade não são retroativos*, não podendo assim, *sic et simpliciter*, dizer-se que a sentença se limita a *declarar* essa nulidade ou que dela apenas resulta esse mero e simples *efeito declarativo* seguido da restituição *in integrum* das quantias ou coisas prestadas no cumprimento do contrato subseqüentemente declarado nulo ou anulado.

O *acertamento* judicial da nulidade de um negócio jurídico desfruta, por conseguinte, de *efeitos constitutivos*¹⁹ mais ou menos ligeiros ou intensos. Nas situações tendentes à *invalidação* dos negócios jurídicos, para além da necessidade de o tribunal *verificar a existência da situação jurídica* que sustenta a pretensão deduzida em juízo, a decisão judicial é a causa *da modificação* que se vai operar na ordem jurídica²⁰.

A doutrina jus civilista (tradicional e mais recente) e o seu reflexo na orientação processual mais adequada

O Direito Processual Civil é *instrumental* do Direito Civil e do Direito Comercial, pois, em casos de conflitos de interesses, visa atuar e realizar na prática as posições jurídicas subjetivas ou os interesses coletivos e difusos, garantindo as *normas primárias de conduta*²¹, tanto em caso de violação *atual* (e já consumada) ou violação iminente, quanto para prevenir futuras violações. As normas do Processo Civil são, neste enfoque e em regra, *normas secundárias sancionatórias* através de um processo para tal previsto e organizado pelo legislador — *id est*, de uma sequência preordenada de atos processuais²² deste a petição inicial até a decisão jurisdicional insuscetível de recurso ou de reclamação.

A cada direito, pretensão material ou posição jurídica prevista no Direito Civil e no Direito Comercial há de corresponder a adequada *ação*. Alguma doutrina processual²³ — impressionada, provavelmente, com a dimensão exclusivamente civilista e substantiva do problema, segundo a qual na situação de nulidade, mesmo quando o juiz, a pedido dos interessados ou agindo *oficiosamente* — sustenta que a existência da nulidade e a correspondente sentença *não constitui* tal situação, apenas *a declara*²⁴.

A orientação da doutrina do Direito Civil mais recente faz, porém, caminho no sentido contrário, propugnando que as pretensões destinadas ao *acertamento* e à *declaração* de nulidade ou de anulação de atos ou negócios jurídicos

¹⁹ Cfr., sobre a propriedade da utilização das *ações constitutivas* para efeitos de invalidação de contratos e outros atos jurídicos, Varela, Antunes/Bezerra, Miguel/Nora, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 19; Freitas, José Lebre de/Alexandre, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, 4.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2018, p. 54 (anotação 2 ao art. 10.º); Mendes, João de Castro/ Sousa, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, vol. 1, cit., 2022, p. 65 (sustentando estes Autores que são ações constitutivas todas aquelas em que sejam exercidos direitos potestativos como, por exemplo, aqueles que se referem à impugnação de atos jurídicos, à impugnação ou dissolução de estados pessoais, à dissolução, denúncia ou resolução de negócios jurídicos, ao exercício de direitos de preferência ou à destituição de cargos sociais), pese embora defendam a inviabilidade de ação de simples apreciação relativa a um direito potestativo, por exemplo, para declarar que um contrato é anulável sem formular o correspondente pedido de anulação; orientação que, para nós, é duvidosa, pois o autor pode apenas estar interessado em dissipar uma situação de incerteza objetiva e grave através da declaração judicial nesse sentido, contendo-se nesse petição e o juiz, podendo, não conhece oficiosamente dessa nulidade (ainda que tal conhecimento e afirmação tivesse que ser, como referimos, precedida de pronúncia das partes); Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, vol. 1, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 177-178; J. P. Remédio Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª ed., 2011, cit., pp. 142-143, onde aludimos à *atividade jurisdicional constitutiva necessária*, na qual o ordenamento jurídico entende retirar à *autonomia* das pessoas a *disponibilidade plena* de determinadas situações jurídicas, impondo que a constituição, modificação ou extinção de tais situações jurídicas somente possa ocorrer por meio da intervenção dos órgãos jurisdicionais competentes; tb., entre outros, ac. da Relação de Guimarães, de 6/06/2019 (Moreira Dias), proc. n.º 209/09.1TBPTL.G2, in www.dgsi.pt; ac. da Relação do Porto, de 11/01/2022 (Fernando Vilares Ferreira), proc. n.º 23077/17.5T8PRT.P2, loc. cit.; ac. da Relação do Porto, de 29/04/2019 (Fernanda Almeida), proc. n.º 176/14.0T8OAZ-U.P1, loc. cit., onde se lê o seguinte: "Tendo um bem sido entregue na execução de um contrato inválido [no caso, um contrato de arrendamento], resulta literalmente do normativo, como direta e imediata consequência da nulidade, a obrigação da sua restituição, sem necessidade de condenação da parte nessa entrega. O direito que se exercita com o reconhecimento da nulidade do negócio é um direito potestativo, sendo a ação constitutiva, sem necessidade de condenação nos segmentos, um a um, da consequência automática que resulta da lei. A não ser que a parte o tenha pedido expressamente, caso em que existirá obrigação de pronúncia nesse sentido"; ac. STJ, de 6/04/1995 (Figueiredo de Sousa), proc. n.º 086508, loc. cit.

²⁰ Marques, J. P. Remédio, *Acção Declarativa*, 3.ª ed., 2011, cit., p. 144.

²¹ Cfr. Freitas, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2017, pp. 13-16.

²² Sem prejuízo de o juiz, perante as circunstâncias concretas e, logo, as especificidades da causa que exigem a observância de um *processo equitativo*, alterar essa sequência ao abrigo do *princípio da adequação formal* (at. 547.º do CPC).

²³ Como dizíamos, alguma doutrina processual que propugna a propriedade das *ações de simples apreciação* destinadas a declarar a *nulidade* de negócios jurídicos é, entre nós, francamente minoritária: cfr., antes do atual CPC, Mendes, João de Castro, *Direito Processual Civil*, vol. I., 1969, p. 113; *idem*, reedição, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2012, p. 165; no domínio do atual CPC, PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 41 = 2.ª ed., Almedina, 2018, p. 46.

²⁴ Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 5.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 506-507; Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 742 = Vasconcelos, Pedro Pais de/Vasconcelos, Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 734.

exercitam-se por via de *ações declarativas constitutivas*²⁵. É verdade que, na Itália — cuja doutrina, sobretudo a de Giuseppe Chiovenda²⁶, foi a fonte da doutrina processual civil portuguesa —, há autores que, ao invés, defendem a reconfiguração das ações (declarativas) constitutivas no quadro hermenêutico *norma-facto-efeito* e sustentam, *inter alia*, que o efeito substancial da invalidação de um contrato, pode ser obtido pela via da autonomia privada, se, por exemplo, as partes anuírem na sua redução ou o revogarem por mútuo consenso, aqui onde a mobilização do direito de ação visa apenas assegurar ao titular do direito subjetivo o que já está garantido pelo direito substantivo, reprimindo os fenómenos de antijuridicidade que turbam as relações entre privados²⁷; autores para quem o acertamento judicial destas situações jurídicas é apenas um elemento da *facti species* substantiva, ao qual o legislador vincula a produção de efeitos jurídicos²⁸. Todavia, esta visão não se adequa ao nosso CPC, no quadro da expressa classificação das ações prevista no seu art. 10.º (ao invés, da referência esparsa à *tutela processual constitutiva* no art. 2908 do *Codice Civile* italiano). Seja como for, este Autor também distingue entre ações constitutivas *desnecessárias* e ações constitutivas *necessárias*²⁹ (divórcio, anulação ou nulidade do casamento, inibição do exercício dos poderes parentais, decretamento do acompanhamento de maior, etc.).

À parte o elemento literal do art. 286.º do CC (“A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado ...”), seria estranho que, alicerçado na autonomia ou no império da vontade, a destruição de um negócio *anulável* fosse feita judicialmente por via de uma ação declarativa constitutiva e a *nulidade*, cujo desvalor assenta no *interesse público* ou na infração de *normas imperativas*, apenas necessitasse de ser atuada judicialmente por meio de uma ação declarativa de simples apreciação.

Por outro lado, essa singularidade aumentaria se pensarmos que as ações declarativas de simples apreciação (*in casu*, positiva) reclamam uma verificação mais exigente *do interesse em agir* enquanto pressuposto processual, no sentido de que, como é sabido, o autor, nestas ações de simples apreciação, deve alegar e demonstrar a existência

de uma situação de *incerteza objetiva* e *grave* na definição do direito ou do facto. Enfim, atento o disposto no citado n.º 2 do art. 362.º do CPC, é mais difícil, embora não impossível, conceber a admissibilidade da maioria das providências cautelares (*especificadas* e no quadro do *procedimento cautelar comum*) como dependência de ações de simples apreciação³⁰.

Devemos, deste modo, continuar a distinguir as *ações constitutivas substantivas* e *ações constitutivas processuais*, conforme a modificação legal decorrente, *por si só*, da sentença, afete situações jurídicas substantivas ou situações jurídicas processuais (nesta última hipótese, v.g., oposição à execução por meio de embargos de executado; embargos de terceiro; oposição à penhora; decisão proferida em procedimento cautelar, etc.).

À parte as situações levadas a registo (art. 291.º do CC) — cujas ações de invalidação não podem deixar de ser *constitutivas* —, pode dizer-se que, *ultima ratio*, o(s) pedido(s) formulado(s) pelo autor em ação de invalidação de ato jurídico é (são) determinante(s) para dele(s) extrair o efeito prático-jurídico e as consequências processuais pertinentes. E, em regra, o autor não pede somente que a nulidade (ou anulação) sejam simplesmente declaradas e afirmadas; ele pede que o tribunal invalide o ato ou negócio, que assim é judicialmente *impugnado*.

4. Conclusão

Pese embora a afirmação, não raras vezes frequente, da corrente ideia de harmonia com a qual nas ações de nulidade de atos ou negócios jurídicos o tribunal se limita a declarar esse desvalor jurídico ... *e mais nada*, cremos ter demonstrado que, face à forma como os autores destas ações postulam o pedido e os efeitos que pretendem que dele decorram, tais ações são ações (declarativas) constitutivas. E que, sendo julgadas procedentes, delas decorrem ou podem decorrer vários efeitos jurídicos colaterais alicerçados na situação de “liquidação”, tais como restituição de coisas, pagamento de indemnizações fun-

²⁵ Cfr. Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2017, p. 934, nota 3246, considerando que a qualificação como ação de simples apreciação somente é correta quando o interessado tiver previamente invocado, de maneira “informal”, essa invalidade e ela não tenha sido aceite pela contraparte, que não nas hipóteses contrárias; no mais, o Autor adverte que “dada a existência de opiniões diversas, recomenda-se cautela nas opções a tomar; na dúvida e em negócios importantes, pode ser aconselhável recorrer logo à via judicial” — Cordeiro, António Menezes, in Cordeiro, António Menezes (coord.), *Código Civil, Comentado, I – Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 846, anotação n.º 16 ao art. 286.º; tb., no sentido que defendemos no texto, Barbosa, Mafalda Miranda, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 954-955, onde a Autora adverte que “a ideia herdada da tradição jurídica que nos diz que o negócio nulo não produz qualquer efeito *ab initio* contrária, na sua literalidade, os dados normativos do sistema. Se com a asserção se pretende sublinhar que a declaração de nulidade não tem efeitos constitutivos, mas meramente declarativos, importa, contudo, não esquecer que um negócio nulo pode produzir efeitos ...”.

²⁶ Chiovenda, Giuseppe, *Istituzione di diritto processuale Civile*, I, 2.ª ed., ristampata, Napoli, 1940, p. 13.

²⁷ Assim, Pisani, Andrea Proto, *Diritto Processuale Civile*, 3.ª ed., Napoli, Jovene Editore, 1999, pp. 196-197.

²⁸ Ob cit., p. 191.

²⁹ Pisani, Andrea Proto, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, Jovene, 2003, p. 25 ss., p. 221 ss.

³⁰ V.g., ac. da Relação de Lisboa, de 10/12/1991 (Adelino Gonçalves), proc. n.º 0039301, loc. cit.

dadas em responsabilidade civil ou enriquecimento sem causa, cancelamento de registos, feitura de registos, etc.; e das quais por isso mesmo resultam, não raras vezes, condenações (*expressas* ou clara e inequivocamente *implícitas*) de restituição de coisas entregues à contraparte na decorrência da celebração e execução do negócio nulo, as quais, não sendo voluntariamente observadas pelo réu, podem conduzir ao ajuizamento das correspondentes ações executivas (para pagamento de quantia certa, entrega de coisa certa ou prestação e facto) — sobretudo, naos deveres de restituir fundados na nulidade de contatos de execução instantânea —, a fim de reparar, na prática e de forma efetiva, os deveres de restituir não observados.

Bibliografia:

Almeida, F. M. L. F. (2019). *Direito Processual Civil*, vol. I, 3.ª ed.. Coimbra: Almedina.

Andrade, M. A. D. (1976). *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de Antunes Varela, nova ed. revista pelo Dr. Herculano Esteves. Coimbra: Coimbra Editora

Andrade, M. A. D. (1960). *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Coimbra.

Ascensão, J. O. (2000). *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, *Introdução. As Pessoas. Os bens*. Coimbra: Coimbra Editora.

Barbosa, M. M. (2022). *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed.. Coimbra: Gestlegal.

Collaço, I. M. (1948). *Da Legitimidade no Acto Jurídico*, Lisboa.

Cordeiro, A. M. (2009) *Tratado de Direito Civil Português*, Parte I, *Parte Geral*, Tomo V, Coimbra: Almedina.

Cordeiro, A. M. (2017). *Tratado de Direito Civil*, II, *Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4.ª ed., reimpressão. Coimbra: Almedina.

Cordeiro, A. M. (2020). *Código Civil, Comentado*, I – *Parte Geral*, Coimbra: Almedina.

Fernandes, L. A. C. (2017). *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 5.ª ed.. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Freitas, J. L. (2017). *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 4.ª ed.. Coimbra: Gestlegal

Freitas, J. L. (2017). *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4.ª ed.. Coimbra: Gestlegal.

Freitas, J. L., Alexandre, I. (2018). *WCódigo de Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, 4.ª ed.. Coimbra: Gestlegal.

Gouveia, M. F. (2004). *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*. Coimbra: Almedina.

Pimenta, P. (2018). *Processo Civil Declarativo*, Coimbra, Almedina, 2014 = 2.ª ed. Coimbra: Almedina.

Marques, J. P. R. (2011). *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora.

Marques, J. P. R. (2022). "A indignidade sucessória do artigo 2034.º, alínea a), do Código Civil português – Pode ser dispensada a específica declaração judicial de indignidade sucessória do criminoso em relação a cada uma das heranças posteriormente abertas por óbito das pessoas aí mencionadas?", in *Revista Eletrónica de Direito*, vol. 28, n.º 2, p. 83 ss.

Mendes, J. C. (1968). *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. III, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Mendes, J. C. (2012). *Direito Processual Civil*, vol. I., 1969, p. 113; *idem*, reedição. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Mendes, J. C., Sousa, M. T. (2022). *Manual de Processo Civil*, vol. I. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Pinto, C. M. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora.

Pisani, A. P. (1999). *Diritto Processuale Civile*, 3.ª ed.. Napoli: Jovene Editore.

Pisani, A. P. (2003). *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Napoli: Jovene.

Serra, A. V. "Anotação ao acórdão de 15.10.71", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 105.º

Sousa, M. T., *CPC ONLINE*, Lisboa, Centro de Investigação de Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, versão de 2022.12, disponível no seguinte endereço: https://drive.google.com/file/d/1CZi7wDI_dGe-Z94BAPPn2HFlkz-nUB_u7/view (acedido e consultado em 18.01.2023).

Sousa, M. T., "Nulidades do processo e nulidades da sentença: em busca da clareza necessária", in *Blog do IPPC*, entrada de 22/09/2020, disponível no seguinte endereço: <https://blogippc.blogspot.com/2020/09/nulidades-do-processo-e-nulidades-da.html> (acedido e consultado em 19.01.2023)

Varela, A., Bezerra, M., Nora, S. (1985). *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed..Coimbra: Coimbra Editora.

van Hoek, A. A.H., *The Declaratory Judgment - Between Remedy and Procedural Technique* (November 15, 2022). Pre-edit version of a contribution to M. Pfeiffer, *Liber Amicorum Monika Pauknerová*, Wolters Kluwer CR 2021, pp. 505-514, Amsterdam Law School, Research Paper No. 2022-45, Amsterdam Centre for Transformative private law, Working Paper No. 2022-06, disponível no seguinte endereço: <https://ssrn.com/abstract=4277628> (acedido e consultado em 17.02.2023).

Vasconcelos, P. P. (2010). *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed.. Coimbra: Almedina.

Vasconcelos, P. P., Vasconcelos, P. L. M. (2019). *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed.. Coimbra: Almedina.

Jurisprudência:

Acórdão da Relação de Guimarães, de 28/04/2022 (ANTÓNIO BEÇA PEREIRA), proc. n.º 226/19.3T8VFL.G1, in www.dgsi.pt

Acórdão do STJ, de 22/02/2022 (BARATEIRO MARTINS), proc. n.º 140/11.0TBCVD-A.E1.S1, in *Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do STJ*, 2022, tomo I = www.dgsi.pt

Acórdão da Relação do Porto, de 11/01/2022 (FERNANDO VILARES FERREIRA), proc. n.º 23077/17.5T8PRT.P2, loc. cit.

Acórdão da Relação de Guimarães, de 6/06/2019 (MOREIRA DIAS), proc. n.º 209/09.1TBPTL.G2, loc. cit.

Acórdão da Relação do Porto, de 29/04/2019 (FERNANDA ALMEIDA), proc. n.º 176/14.0T8OAZ-U.P1, loc. cit.,

Acórdão do STJ, de 6/04/1995 (Figueiredo De Sousa), proc. n.º 086508, loc. cit.

Acórdão da Relação de Lisboa, de 10/12/1991 (ADELINO GONÇALVES), proc. n.º 0039301, loc. cit.

Imitação, usurpação e contrafação da marca

Imitation, misuse and counterfeit of the trademark



Juliana Cavadas*^a
e Roberta S. M. Fernandes R. Marques*^b

*^a Mestre em Solicitoria pelo ISCAC, Coimbra Business School, Coimbra, Portugal; Solicitadora; j.cavadas@hotmail.com.

Código ORCID: 0009-0003-2051-3735

*^b Doutora em Ciências Jurídicas Privatísticas, Universidade do Minho, Minho, Portugal; professora adjunta e investigadora, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Coimbra Business School, Coimbra, Portugal; rfernandes@iscac.pt.

Código ORCID: 0000-0003-1382-7915

Resumo O comércio internacional e a crescente concorrência entre empresas na captação de consumidores têm levado a um aumento exponencial da violação de sinais distintivos de propriedade industrial, em especial ao nível da contrafação, da imitação e do uso ilegal da marca. É um fenómeno global e que tomou proporções preocupantes com o crescimento do comércio *online*. Com este artigo pretende-se analisar a diferença entre os institutos da imitação, da usurpação e da contrafação da marca, bem como da concorrência desleal.

Palavras-chave: Imitação. Contrafação. Usurpação. Marca. Concorrência desleal.

Abstract WInternational trade and growing competition between companies in attracting consumers have led to an exponential increase in the violation of distinctive signs of industrial property, in terms of counterfeit, imitation and illegal use of the brand. It is a global phenomenon that has taken an overwhelming dimension with the growth of online commerce. This article intends to analyze the difference between the institutes of imitation, usurpation and counterfeit of the trademark, as well as unfair competition.

Keywords: Imitation. Counterfeit. Usurpation. Trademark. Unfair competition.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Imitação, a usurpação e a contrafação da marca. 2.1 Afinidade entre produtos e serviços. 2.2 Identificação de sinais ou semelhanças. 2.3 Possibilidade de erro e confusão. a. Semelhança gráfica, figurativa, fonética ou outra. b. Risco de confusão. c. Risco de associação. 2.4 Consumidor médio. 3. Instituto da Concorrência Desleal. 3.1 Tipos de Atos Desleais. a. Atos de confusão. b. Atos de Descrédito. c. Atos de Aproveitamento. d) Atos Enganosos. 4. Conclusões. Bibliografia

1. Introdução

Atualmente existe um aumento exponencial da violação de sinais distintivos de propriedade industrial, designadamente ao nível da contrafação, imitação ou uso ilegal da marca, devido à globalização do comércio¹, à crescente concorrência entre empresas e ao incomensurável volume de trocas comerciais internacionais.

As marcas bem desenvolvidas constituem um valor positivo para a maioria das empresas e é precisamente por isso que são tão desejáveis, levando a que frequentemente ocorram situações de imitação, contrafação ou uso ilegal, as quais poderão ter consequências prejudiciais na marca, lesando o seu sucesso e levando à sua desvalorização por parte dos consumidores, atendendo ao facto de que as poderão confundir quanto à origem do produto ou serviço².

O aumento substancial da contrafação, da imitação e do uso ilegal de marcas impôs a necessidade de regular a matéria por meio de acordos internacionais, de regulamentos, ao nível da União Europeia, e de legislação a nível nacional, no sentido de proteger os sinais distintivos de comércio. Este é um fenómeno internacional, impulsionado pela globalização do comércio, que deixou de ter fronteiras e se encontra em constante mutação.

Com o presente artigo pretende analisar-se o regime da contrafação, imitação e uso ilegal de marcas à luz da legislação portuguesa. Nesse âmbito, procede-se ao estudo do conceito da imitação ou usurpação de marcas bem como do regime de proteção dos titulares de marcas contra a contrafação, imitação e uso ilegal.

2. A imitação, a usurpação e a contrafação da marca

A marca do produto ou serviço é um sinal distinto por

excelência, na medida em que garante a proveniência e assegura a sua identificação aos olhos do consumidor. Assim, a função essencial da marca é identificar a proveniência do produto ou do serviço respetivo e, como tal, evitar a confusão por parte do consumidor.³

No entanto, o gozo e o uso exclusivo da marca são unicamente assegurados pelo registo, em observância ao art. 201.º do Código de Propriedade Industrial (CPI), obtido por meio do processo constante do art. 222.º e ss. do mesmo diploma legal.

Assente que o registo determina a propriedade da marca e o direito do seu uso exclusivo, importa apurar como deve ser exercido e garantido esse direito.

O art. 232.º, n.º 1, alínea “b”, do CPI estabelece que constitui fundamento de recusa do registo de marca a *reprodução* (identidade) ou *imitação*, no todo ou em parte, de marca anteriormente registada por outrem para produtos ou serviços idênticos ou afins, que possa induzir em erro ou em confusão o consumidor ou que compreenda o risco de associação com a marca registada. Este fundamento tem em vista prevenir a admissibilidade do uso de determinada marca sobre a qual se perspetive um risco de indução dos consumidores em erro ou confusão sobre a respetiva origem⁴.

No entanto, qual a diferença entre *reprodução*, *usurpação*, *imitação* e *contrafação*?⁵ A dificuldade na distinção surge em razão da legislação tratar, por vezes, tais institutos como sinónimos.

A *usurpação* consiste no uso indevido de uma marca por parte de uma pessoa diversa do respetivo titular, enquanto a *imitação* se traduz na criação de uma marca nova, objetivamente diversa da pertencente ao titular, mas que dela constitui reprodução mais ou menos fiel.

Não existe uma definição legal de *contrafação*, mas está sedimentado na doutrina e na jurisprudência que consiste em fazer passar por autênticos produtos que não o são

¹ Vidal, José Marques. (2005). *IV Curso de Direito Industrial – Mercadorias em Contrafação e Violações de Direitos Industriais*. Coimbra: Almedina, pp. 9.

² Cruz, Jorge. (2018). *O conceito de Imitação de Marca Registada*. Petrony Editora, pp. 179.

³ Vidal, José Marques. (2005). *IV Curso de Direito Industrial – Mercadorias em Contrafação e Violações de Direitos Industriais*. Coimbra: Almedina, pp. 10.

⁴ Coordenação de Gonçalves, Luís Couto. (2021). *Código da Propriedade Industrial Anotado*. SILVA, Ana Maria Pereira. - art. 232.º - *Outros fundamentos de recusa*. Coimbra: Almedina, pp. 927-928.

⁵ O Acordo TRIPS não apresenta nenhuma definição, embora utilize a expressão contrafação ao ser referir a marcas.

e, como atividade perniciosa do comércio e da indústria, processa-se pelas formas mais diversas e menos ou mais engenhosas.⁶

Assim, pode dizer-se que *contrafação* é o termo jurídico utilizado para indicar a falsificação de produtos, valores ou assinaturas, de modo a iludir quanto à sua autenticidade. Está associada a *usurpação* ou *violação* dos direitos de autor ou da propriedade intelectual, pelo que os produtos contrafeitos são normalmente produtos registados ou associados a determinada marca.

Deste modo, a *contrafação* existirá sempre que uma mercadoria se apresente sob uma marca validamente registada por outrem, ou sempre que desta não possa distinguir-se nos seus aspetos essenciais.⁷

A marca não pode, portanto, ser igual ou semelhante a outra já anteriormente registada. Assim, quando a marca não é nova, aquele que a adota pratica uma usurpação em relação à antiga sendo que engloba todas as formas de violação do princípio da novidade e da exclusividade de uma marca registada⁸.

Para parte da doutrina, o conceito geral de *usurpação* de marca deve integrar os conceitos de *contrafação*, para o

caso de identidade de sinais, e de *imitação*, para o caso de semelhança de sinais⁹.

No entanto, há quem entenda por *imitação* a adoção de uma marca confundível com outra, ou seja, supõe a existência de elementos comuns e outros diferentes¹⁰. Nesta senda, compreende-se que quando a reprodução é total, diz-se que a marca é contrafeita e quando a reprodução é apenas parcial, afirma-se que é imitada, na medida em que a semelhança entre as marcas preenche o conceito de *imitação ou de usurpação* de marca registada¹¹.

À luz da atual jurisprudência¹², a questão da imitação das marcas deve ser apreciada pela semelhança que resulta do confronto dos elementos que constituem a marca e não pelas dissemelhanças que podem oferecer os seus diversos elementos considerados isolada ou separadamente. Assim, imitação não tem o mesmo significado que igual¹³.

No que diz respeito aos *ilícitos criminais*¹⁴, o art. 320.º do CPI¹⁵ não retoma a expressão *usurpação* e utiliza *contrafação*.

Em sintonia com estas disposições, o legislador português estipulou os requisitos para o preenchimento do conceito de *imitação* ou de usurpação da marca, nomeadamente na Carta de Lei de 4 de junho de 1883¹⁶ – art. 14.º n.º 1 e

⁶ Vidal, José Marques. (2005). *IV Curso de Direito Industrial – Mercadorias em Contrafação e Violações de Direitos Industriais*. Coimbra: Almedina, pp. 19.

⁷ Vidal, José Marques. (2005). *IV Curso de Direito Industrial – Mercadorias em Contrafação e Violações de Direitos Industriais*. Coimbra: Almedina, pp. 16.

⁸ No mesmo sentido, Pinto Coelho, José Gabriel. (1957). *Lições de Direito Comercial*. (3.º Edição), pp. 421. Correia, Miguel J.A. Pupo. (2016). *Direito Comercial: Direito da Empresa*. (13.º Edição). Lisboa: Ediforum, pp. 354.

⁹ É neste sentido que vem se posicionando a jurisprudência: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proferido no Proc. n.º 33/08.9FAVNG.P1, de 19-11-2014. Disponível in: <http://ww.w.dg.si.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cd a00381fdff/e102792b0529d0b980257da4004f1cbc?OpenDocument> [acedido e consultado em 25-03-2021]; e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proferido no Proc. n.º 2102/07-1, de 15-01-2008. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/C957CE6722477BA80257DE100574BF0> [acedido e consultado em 28-04-2021]. Vide a decisão proferida no Acórdão no Tribunal da Relação do Porto, no Proc.º 33/08.9FAVNG.P1 profere que: *a contrafação e imitação são conceitos distintos, sendo a contrafação o comportamento ou conjunto de atos pelos quais se reproduz totalmente uma marca, criando uma realidade idêntica e a imitação o conjunto de factos ou de comportamento de alguém que cria ou fabrica algo, de tal forma semelhante com a marca registada que induz facilmente o consumidor em erro ou confusão* (sublinhados nossos). Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdff/e102792b0529d0b980257da4004f1cbc?OpenDocument> [acedido e consultado em 25-03-2021].

¹⁰ A imitação supõe a existência de elementos diferentes, a par de elementos comuns. Cf. José Alberto R.L. (2006). *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Lisboa: Quid Juris? - Sociedade Editora, pp. 270.

¹¹ Como refere, Silva, Pedro Sousa, ao comentar o art. 320.º - *Contrafação, imitação e uso ilegal da marca*. *Código da Propriedade Industrial Anotado*. Coimbra: Almedina, pp. 1201.

¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc.º n.º 158/05.2TYLSB.L1-7, de 15-11-2011, relatado pelo Juiz Desembargador: Luís Lameiras. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/9E-C03BA31B38FD788025796E003D87EF> [acedido e consultado em 27-04-2021]; Também no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º119/18.1YHLSB.L1-8, de 07-11-2019. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/33182fc732316039802565fa00497eecd68e4bfb34899a5e802584b100399819?OpenDocument> [acedido e consultado em 27-04-2021].

¹³ Refere-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proferido no Proc.º n.º 2102/07-1, de 15-01-2008. Disponível in: <http://www.Dgsi.pt/jtre.nsf/-/C957CE67222477BA80257DE100574BF0> [acedido e consultado em 10-04-2021].

¹⁴ É preciso apresentar queixa, nos termos do art. 328.º do CPI: “Queixa 1 — O procedimento por crimes previstos no presente Código depende de queixa. 2 — O órgão de polícia criminal ou a entidade policial que tiver conhecimento de factos que possam constituir crimes previstos no presente Código deve informar, no prazo de 10 dias, o titular do direito de queixa dos factos de que teve conhecimento e dos objetos apreendidos, informando-o ainda sobre o prazo para o exercício do direito de queixa. 3 — A informação prevista no número anterior estende-se também ao licenciado, caso este goze, nos termos do n.º 4 do art. 31.º, das faculdades conferidas ao titular do direito objeto de licença.”

¹⁵ Art. 320.º do CPI: “Contrafação, imitação e uso ilegal de marca É punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias quem, sem consentimento do titular do direito: a) Fabricar, importar, adquirir ou guardar, para si ou para outrem, com qualquer das finalidades referidas nas alíneas seguintes, quaisquer suportes que reproduzam ou imitem uma marca registada, no todo ou em algumas das suas partes características; b) Usar, nos seus produtos ou respetivas embalagens, marcas contrafeitas ou imitadas; c) Oferecer ou prestar serviços sob marcas contrafeitas ou imitadas; d) Importar, exportar, distribuir, colocar no mercado ou armazenar com essas finalidades, produtos com marcas contrafeitas ou imitadas; e) Usar reprodução ou imitação de marca registada como firma ou denominação social; f) Usar, no exercício das atividades referidas nas alíneas b) a e), marcas contrafeitas ou imitadas em documentos comerciais ou em publicidade; g) Usar, contrafeizer ou imitar marcas notórias cujos registos já tenham sido requeridos em Portugal; h) Usar, ainda que em produtos ou serviços sem identidade ou afinidade, marcas que constituam tradução ou sejam iguais ou semelhantes a marcas anteriores cujo registo tenha sido requerido e que gozem de prestígio em Portugal, ou na União Europeia se forem marcas da União Europeia, sempre que o uso da marca posterior procure, sem justo motivo, tirar partido indevido do caráter distintivo ou do prestígio das anteriores ou possa prejudicá-las; i) Usar, nos seus produtos, serviços, estabelecimento ou empresa, embalagens, dísticos ou quaisquer outros suportes com marcas registadas legitimamente apostas.”

¹⁶ *Incorrem na pena e prisão de quinze dias a três meses, e na multa de 5\$000 a 50\$000 réis, ou só nesta última pena: 1.º - Os que imitarem marca de fábrica ou de comércio, por forma que possa aludir o comprador; Único: Para que se dê a imitação a que se refere este art., não é necessário que seja completa a semelhança entre as duas marcas; basta que a marca da imitação contenha indicações tendentes a enganar o comprador sobre a natureza ou proveniência dos objectos.* CRUZ, Jorge. (2018). *O conceito de Imitação de Marca Registada*. Petrony Editora, pp. 18-19.

único, na Carta de Lei de 21 de dezembro de 1896¹⁷ – art. 91.º, o art. 94.º do CPI – 1940¹⁸, o art. 193.º do CPI – 1995¹⁹, o art. 245.º do CPI – 2003²⁰, e atualmente, com a mesma redação do CPI de 2003, o art. 238.º, n.º 1 do CPI atual.

Assim, e conforme estipula o art. 238.º do CPI, a marca considera-se *imitada* ou *usurpada* por outra, em todo ou em parte, quando cumulativamente, a marca registada tem prioridade, em relação à marca imitadora (a marca registada goza de absoluta proteção face à subsequente) (alínea “a” do n.º 1); ambas tem que ser destinadas a assinalar produtos ou serviços idênticos ou afins (alínea “b” do n.º 1); e por último, tem que ter semelhanças gráficas, figurativas, fonéticas ou outra que induza facilmente o consumidor em erro ou confusão, ou que compreenda um risco de associação com marca anteriormente registada, de forma que o consumidor não as possa distinguir senão depois de exame atento ou confronto (alínea “c” do n.º 1).

Latente ao crescimento do comércio *online*, surge a incerteza no que concerne aos produtos contrafeitos, em razão da vulnerabilidade dos consumidores. Em virtude deste crescimento, encontra-se nas compras à distância, tanto no setor produtivo como no comercial, um meio próspero para a contrafação e imitação. Daí, por vezes, os consumidores comprarem produtos falsificados, por pensarem que o mesmo é semelhante ao original.

Seguimos, assim, para a análise de cada um destes requisitos.

2.1 Afinidade entre produtos e serviços

O n.º 2 do art. 238.º do CPI estabelece que “a) Produtos e serviços que estejam inseridos na mesma classe da classificação de Nice²¹ podem não ser considerados afins; b) Produtos e serviços que não estejam inseridos na mesma classe da classificação de Nice podem ser considerados afins”. O que deve ser entendido por afinidade entre produtos?

Para estarmos perante a imitação da marca, é necessário que os sinais distintivos em causa se reportem aos mesmos serviços ou produtos. Tem-se por *afinidade* os produtos ou serviços que apresentem um grau de semelhança ou proximidade e procurem de forma conjunta a satisfação de idênticas necessidades dos consumidores.

Aliado a esta disposição, *consideram-se afins os produtos concorrenciais no mercado por terem a mesma utilidade e fim*²² ²³. Na comparação entre duas marcas ou entre uma marca e outro sinal distintivo prioritário, a identidade ou afinidade dos sinais deve, em primeiro lugar, aferir-se em função dos produtos ou serviços a que se destinam, sendo necessário que estes se situem no mesmo mercado relevante, de modo a permitir uma relação de concorrência entre os agentes económicos que os oferecem ao público. Ou seja, exige-se

¹⁷ Entende-se por imitada a marca, que sendo destinada a objectos da mesma classe, é total ou parcialmente semelhante a outra registada, e tão pouco diferente que só por confrontação se podem facilmente distinguir as duas. Cruz, Jorge. (2018). *O conceito de Imitação de Marca Registada*. Petrony Editora, pp. 19.

¹⁸ *Considera-se imitada ou usurpada no todo ou em parte a marca destinada a objectos ou produtos inscritos no repertório sob o mesmo número, ou sob números diferentes, mas de afinidade manifesta, que tenha tal semelhança gráfica, figurativa ou fonética com outra já registada que induza facilmente em erro ou confusão o consumidor, não podendo este distinguir as duas senão depois de exame atento ou confronto.*

Único. Constitui imitação ou usurpação parcial de marca o uso de certa denominação de fantasia que faça parte de marca alheia anteriormente registada, ou somente o aspecto exterior do pacote ou invólucro com respectivas cor e disposição de dizeres, medalhas e recompensas, de modo que pessoas analfabetas não as possam distinguir de outros adoptados por possuir de marcas legitimamente usadas, mormente as de reputação internacional. Vide Decreto n.º 30679. Disponível in: <https://dre.pt/application/contendo/192654>.

¹⁹ 1 - A marca registada considera-se imitada ou usurpada, no todo ou em parte, por outra quando, cumulativamente: a) A marca registada tiver prioridade; b) Sejam ambas destinadas a assinalar produtos ou serviços idênticos ou de afinidade manifesta; c) Tenham tal semelhança gráfica, figurativa ou fonética que induza facilmente o consumidor em erro ou confusão, ou que compreenda um risco de associação com a marca anteriormente registada, de forma que o consumidor não possa distinguir as duas marcas senão depois de exame atento ou confronto. 2 - Constitui imitação ou usurpação parcial de marca o uso de certa denominação de fantasia que faça parte de marca alheia anteriormente registada, ou somente o aspecto exterior do pacote ou invólucro com as respectivas cor e disposição de dizeres, medalhas e recompensas, de modo que pessoas que os não interpretem os não possam distinguir de outros adoptados por possuidor de marcas legitimamente usadas, mormente as de reputação ou prestígio internacional - Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de janeiro.

²⁰ 1 - A marca registada considera-se imitada ou usurpada por outra, no todo ou em parte, quando, cumulativamente: a) A marca registada tiver prioridade; b) Sejam ambas destinadas a assinalar produtos ou serviços idênticos ou afins; c) Tenham tal semelhança gráfica, figurativa, fonética ou outra que induza facilmente o consumidor em erro ou confusão, ou que compreenda um risco de associação com marca anteriormente registada, de forma que o consumidor não as possa distinguir senão depois de exame atento ou confronto. 2 - Para os efeitos da alínea b) do n.º 1: a) Produtos e serviços que estejam inseridos na mesma classe da classificação de Nice podem não ser considerados afins; b) Produtos e serviços que não estejam inseridos na mesma classe da classificação de Nice podem ser considerados afins. 3 - Considera-se imitação ou usurpação parcial de marca o uso de certa denominação de fantasia que faça parte de marca alheia anteriormente registada - Decreto-Lei n.º 36/2003, de 05 de março.

²¹ Classificação de Nice (11.ª edição – Versão 2019) – *Lista de classes e notas explicativas*, p. 16, disponível in: https://inpi.justica.gov.pt/Portals/6/PDF%20INPI/Classifica%C3%A7%C3%B5es%20Internacionais%20e%20listas%20de%20classes/11%20Classifica%C3%A7%C3%A3o%20de%20Nice_%20Vers%C3%A3o%202019_Lista%20notas%20explicativas.pdf?ver=2019-01-02-141904-580 [acedido e consultado em 02-04-2021].

²² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 11129/2008-6, de 05-03-2009. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrf.nsf/-/B50489B44E49CE9F802575900049BB50> [acedido e consultado em 10-05-2021]. Escreveu-se a este propósito (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 3534/2008-7): *o mesmo circuito e hábitos de distribuição, a mesma natureza ou características, ou que têm uma natureza ou características próximas, vizinhas, contíguas ou semelhantes, (...) são afins os produtos com natureza marcadamente diversa mas com finalidades idênticas ou semelhantes, bens “concorrentes”, intermutáveis ou substituíveis (satisfazem necessidades idênticas). Todavia a afinidade ainda não se fica por aqui. Devem ainda ser considerados afins os bens (...) que o público destinatário crê razoavelmente terem a mesma origem, por serem economicamente complementares (...) produtos integrados no mesmo processo de fabrico.* Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrf.nsf/33182f-c732316039802565fa00497ee-c/dba91d1b11880e6f8025759a004f9635?OpenDocument> [acedido e consultado em 10-05-2021].

²³ Casos há em que o risco de afinidade aumenta - são aqueles em que pode mediar uma relação de substituição, complementaridade, acessoriedade ou derivação entre os produtos ou serviços ou, mesmo, entre produtos e serviços, ex vi Jurisprudência da Relação Cível - ACRL de 16-01-2018. *Princípios da novidade e/ou da especialidade. Confusão ou erro.* Disponível in: http://www.pgdisboa.pt/jure/lj/ur_most%20ra_doc.php?codarea=58&nid=5363 [acedido e consultado em 02-06-2021].

que entre os produtos ou serviços se verifique o que se costuma designar por elasticidade cruzada da procura²⁴.

Para que uma marca registada se possa considerar imitada ou usurpada é necessário que ambas assinalem produtos ou serviços idênticos ou de afinidade manifesta. A confusão sobre a identidade ou afinidade de produtos baseia-se, mais do que no tipo de produtos em si, principalmente na sua origem, nas fontes de onde provêm e na empresa que os produz. Isto justifica-se no facto de os produtos ou serviços serem concorrentes no mercado tendo a mesma utilidade e fim.²⁵

Na jurisprudência²⁶ podemos encontrar os aspetos a ter presentes nesta senda, nomeadamente, a origem, a função, o modo de uso, o preço, o grau de qualidade, meios onde são comercializados, informações disponibilizadas, entre outras informações de índole importante para o consumidor. É o que se observa, por exemplo, na Sentença do Tribunal de Propriedade Intelectual (Proc. n.º 191/15.6YHLSB.L2)²⁷ que uma marca tem que ser nova relativamente a produtos/serviços *do mesmo género* assinalados por outra marca usada para identificar os seus (certos e determinados) produtos/serviços, o que significa que a aferição da identidade/afinidade entre serviços não pode ser independente do modo como a marca é utilizada dos produtos ou serviços através dos quais se faz essa utilização, aqueles que as marcas efetivamente oferecem, identificam e individualizam.

2.2 Identificação de sinais ou semelhanças

No que concerne à semelhança entre marcas, a lei não define este conceito, somente indica os critérios para determinar a sua existência, cabendo ao intérprete e aplicador da

lei, designadamente aos tribunais, a tarefa de decidir, caso a caso²⁸. Para que a semelhança entre marcas constitua imitação, é necessário que a mesma provoque no espírito do consumidor risco de confusão²⁹.

A parametrização da aferição de semelhança entre sinais das marcas é feita por referência aos respetivos aspetos ou elementos visuais, fonéticos e conceptuais, os quais servem para a comparação de qualquer tipo de marca registável, seja marca nominativa, mista, figurativa, tridimensional, sonora, holograma, de movimento, ou outros, não sendo, todavia, de vislumbrar adequação desses parâmetros para apreciação de semelhança entre marcas olfativas e gustativas.

Deve ter-se em consideração que o consumidor, em regra, não se depara com as duas marcas simultaneamente³⁰ – a comparação que define a semelhança verifica-se entre um sinal e a memória que se possa ter de outro. Nessas circunstâncias, é a imagem do conjunto da marca que, normalmente, mais sensibiliza o consumidor. A comparação entre duas marcas deve ser feita tendo em conta que o comprador, quando adquire um produto no mercado com um sinal semelhante a outro que já conhecia, não tem simultaneamente as marcas sob os olhos para as comparar, ou seja, compra o produto por estar convencido de que a marca que o assinala é aquele que retinha na memória.³¹

Ademais, é fundamental o exame de confronto³² entre as duas marcas, numa situação passível de imitação, sendo que é através deste confronto que vamos verificar se estão ou não presentes semelhanças entre ambas. No entanto, *sempre que a marca, no seu conjunto, forma uma semelhança tal com outra que possa determinar a confusão entre as duas, deve considerar-se a marca como imitada.*³³

²⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 451.06.7TYLSB.L1-7, de 02-07-2013. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eecd22dc7037fe178a4680257bc200512a54?Op=OpenDocument&Highlight=0,451.06.7TYLSB> [acedido e consultado em 12-04-2021].

²⁵ Gonçalves, Luís Couto. (2019). *Manual de Direito Industrial*, (8.ª Edição). Coimbra: Almedina Editora, pp. 253.

²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 119/18.1YHLSB.L1-8, de 07-11-2019: (...) *distinguir a respetiva origem empresarial. (...) há que ter em atenção diversos fatores, nomeadamente a natureza e o tipo de necessidades que os produtos ou serviços visam satisfazer e os circuitos de distribuição desses produtos ou serviços.* Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eecd68e4bfbe34899a5e802584b100399819?OpenDocument> [acedido e consultado em 27-04-2021].

²⁷ Sentença do Tribunal de Propriedade Intelectual, 2.º Juízo, Proc. n.º 191/15.6YHLSB.L2, de 04-02-2020 - Boletim da Propriedade Industrial, pp. 34. Disponível in: <https://inpi.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=IPINIdg3HFf%3d&portalid=6> [acedido e consultado em 15-04-2021].

²⁸ Refere a Sentença do Tribunal da Propriedade Intelectual – 1.º Juízo, Proc. n.º 419/20.0YHLSB, D 13-05-2021, Boletim da Propriedade Industrial, pp. 13. Disponível in: <https://inpi.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=cLb5i2z71RY%3d&portalid=6> [acedido e consultado em 29-05-2021].

²⁹ Gonçalves, Luís Couto. (2019). *Manual de Direito Industrial*. (8.ª edição). Coimbra: Almedina Editora, 2019, pp. 256.

³⁰ Defende, também, Cruz, Jorge. (2018). *O conceito de Imitação de Marca Registada*. Petrony Editora, pp. 179. No Manual *O Conceito de Imitação de Marca Registada*, de CRUZ, Jorge. (2018) Petrony Editora, p. 81, cita-se que o Prof. Gonçalves assenta com firmeza que *o consumidor nunca dispõe de duas marcas ao mesmo tempo: vê uma delas e tem uma ideia mais ou menos clara da marca que conhece – e o risco de confusão, muitas vezes é inevitável.* Aliado a esta disposição prenuncia-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 471/19.3YHLSB.L1-1-PICRS, de 17-12-2019: (...) *ter-se em consideração que o consumidor, em regra, não se depara com as duas marcas simultaneamente – a comparação que define a semelhança verifica-se entre um sinal e a memória que se possa ter de outro.* Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eecd97342cca5d3535c8025850a003f0306?OpenDocument> [acedido e consultado em 25-05-2021]. Também, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 168/17.7YHLSB-2, de 12-04-2018: *raramente te[m] a possibilidade de proceder a uma comparação directa entre as diferentes marcas, devendo confiar na imagem imperfeita que conservou na memória.* Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/378B75222AFB392B802582A400490C61> [acedido e consultado em 25-05-2021].

³¹ González, José Alberto R.L. (2006). *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, pp. 267.

³² Cruz, Justino, no antigo *Código da Propriedade Industrial*, refere que o legislador pretende que *as marcas se distingam sem necessidade de confronto ou mesmo de exame atento, (...) teve muito particularmente em vista a confusão que possam causar à generalidade das pessoas e nomeadamente aos analfabetos*, p.71, *apud* (Sent. De 6-2-1945, revogada pelo Ac. Rel. Lisboa de 3-11-1945, no Bol. Prop. Ind., ano de 1946, n.º 4, pp. 243).

³³ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proferido no Proc. n.º 2102/07-1, de 15-01-2008. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtr.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080bc957ce67222477ba80257de100574bf0?OpenDocument&Highlight=0,2102%2F07-> [acedido e consultado em 28-04-2021].

2.3 Possibilidade de erro e confusão

Nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 238.º do CPI, a marca considera-se imitada ou usurpada quando presente, cumulativamente, o presente requisito, sobretudo quando induza facilmente o consumidor em erro ou confusão, ou que envolva um risco de associação com marca anteriormente registada, de forma que o consumidor não a possa distinguir senão depois de exame atento ou confronto.

Para haver imitação é necessário que o consumidor possa ser induzido em erro ou confusão – e são justamente os elementos dominantes que normalmente a determinam, pois atualmente é geralmente aceite que a confusão entre duas marcas se deva aferir pelos elementos dominantes que o consumidor retém – o que o leva, inevitavelmente, a confundir essas marcas.³⁴

O risco de confusão ou erro verifica-se sempre que a semelhança dê origem a que um sinal possa ser tomado por outro, ocorrendo risco de associação quando o público, em função dessa semelhança, considere que os produtos ou serviços a que aquele se destina têm a mesma proveniência ou que entre eles existe uma relação de proveniência³⁵. Neste sentido têm decidido os tribunais portugueses, a exemplo do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no Proc. n.º 235/05.0TYLSB.L1.S1: *com vista a poder concluir-se pela confusão ou indução em erro, há que atender aos elementos preponderantes ou significantes, nominativos, figurativos ou emblemáticos, (...) ou seja, aqueles elementos que, usualmente, o público mais conserva na memória, quer pela abreviatura ou expressão os tornar mais acessíveis a ser retidos, quer por, mais facilmente, serem pronunciados ou reproduzidos, desde que, só por si, sejam bastantes* (sublinhado nosso)³⁶.

a. Semelhança gráfica, figurativa, fonética ou outra

A marca, para ser considerada imitada ou usurpada, tem

que ter semelhanças gráficas, figurativas, fonéticas ou outras que induzam facilmente o consumidor em erro ou confusão, como dispõe a 1.º parte do art. 238.º, n.º 1, alínea c) do CPI.

As semelhanças gráficas e figurativas dizem respeito à imagem do sinal ou aos seus efeitos visuais (formas, motivos, cores, etc.). No caso das semelhanças figurativas, estas referem-se tanto à imagem como ao conceito concreto por elas invocado. Nas marcas figurativas e tridimensionais as semelhanças aludem sobretudo à figura e à configuração³⁷.

A semelhança fonética tem em conta, sobretudo, o impacto auditivo. No entanto, a jurisprudência³⁸ tem apontado alguns critérios para a avaliar, sendo eles a equivalência quantitativa das sílabas que as compõem, a identidade da sílaba tónica e a ordem das vogais, como podemos extrair da Sentença do Tribunal da Propriedade Industrial³⁹: *o elemento fonético do sinal tende, na generalidade dos casos, ser o elemento preponderante, desde logo pela circunstância do consumidor comum referir-se à marca pelo seu nome stricto sensu (o elemento verbal). Os elementos fonéticos são mais idóneos para perdurarem na memória do público do que os elementos gráficos e figurativos.*⁴⁰

b. Risco de confusão

O risco de confusão⁴¹ pode ser considerado em sentido estrito ou em sentido amplo⁴². Há o risco de confusão em sentido estrito quando os consumidores podem ser induzidos a tomar uma marca por outra e, conseqüentemente, um produto por outro (os consumidores creem erroneamente tratar-se da mesma marca e produto.)⁴³.

O risco de confusão em sentido amplo ocorre sempre que o público considere que há identidade de proveniência entre os produtos ou serviços a que os sinais se destinam ou que existe uma relação, que não há, entre a proveniência desses produtos ou serviços⁴⁴. Ou seja: existe risco de confusão

³⁴ Cruz, Jorge. (2018). *O conceito de Imitação de Marca Registada*. Petrony Editora, pp. 180.

³⁵ Jurisprudência da Relação Cível - ACRL de 16-01-2018. *Princípios da novidade e/ou da especialidade. Confusão ou erro*. Disponível in: http://www.pgdisboa.pt/jurelljur_mostrad oc.php?c odar ea =58&nid=5363 [acedido e consultado em 02-06-2021].

³⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no Proc. n.º 235/05.0TYLSB.L1.S1, de 28-09-2010. Disponível in: <http://www .dgsi .pt/jstj.n sf/954 f0ce6ad9dd8b980256b5f0 03fa814/c 226c b421eb-0d82c802577ae0 033 76 2c?OpenDocument> [acedido e consultado em 09-05-2021].

³⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 3534/2008-7, de 13-01-2009. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc7323 1603 980 2565 fa00497eec/d ba91d1b1 1880e6f802575 9a004f 9635?OpenDocument&Highlight=0,arnaldo,silva> [acedido e consultado em 10-05-2021].

³⁸ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc.º n.º 1135-05.9TVLSB.L1 -2, de 09-07-2015. Disponível in: <http://www. Dg si. pt/jtrl.nsf/-E98034C98644404E 802 57 E8F002E7B80> [acedido e consultado em 26-05-2021]. Também, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 7385/2007-6, de 07-10-2007. Disponível in: <http://www.dg si.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa827 12ff802575830 04e3ddc/79d376be6f9fd863802573e 800554 40c?Ope nDocu ment> [acedido e consultado em 26-04-2021].

³⁹ Sentença do Tribunal da Propriedade Intelectual, 2º Juízo, proferido no Proc. n.º 277/17.2YHLSB, de 27/12/2019 - Boletim da Propriedade Industrial, pp. 34. Disponível in: <https://inpi.justic a.gov.p t/Lin k Cli ck.as px?fileti cke t=y3fcm2LMG-0%3d&portalid=6> [acedido e consultado em 15-04-2021].

⁴⁰ Olavo, Carlos. (2005). *Propriedade Industrial - Sinais Distintivos do Comércio, Concorrência Desleal*. (2.ª Edição). Almedina: Coimbra, pp.102.

⁴¹ Para maiores desenvolvimentos vide Abreu, Jorge Coutinho. (1997) *Marcas (Noção, espécies, funções, princípios constituintes)*, BFD – Boletim da Faculdade de Direito. Volume LXXIII.

⁴² Neste sentido, Gonçalves, Luís Couto. (2019). *Manual de Direito Industrial*. (8.ª Edição). Coimbra: Almedina, pp. 259.

⁴³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 263/19.8YHLSB.L1-PICRS, de 19-05-2020. Disponível in: <http://www.Dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eecd/21ce217b-4166508802585990047ca60?OpenDocument> [acedido e consultado em 25-05-2021].

⁴⁴ Olavo, Carlos. (2005). *Propriedade Industrial – Sinais Distintivos do Comércio, Concorrência Desleal*. Volume I. (2.ª Edição). Coimbra: Almedina, pp.104.

não só quando os consumidores podem ser induzidos a tomar uma marca por outra e, conseqüentemente, um produto por outro (acreditando erroneamente tratar-se da mesma marca e do mesmo produto), mas também quando, distinguindo embora os sinais, ligam um ao outro e, em consequência, um produto ao outro, acreditando erradamente tratar-se de marcas e produtos pertencentes a sujeitos com relações de coligação ou licença, ou de marcas comunicando análogas qualidades dos produtos⁴⁵.

c. Risco de associação

Há risco de associação quando os consumidores, distinguindo embora os sinais, ligam um ao outro e, em consequência, um produto ao outro (creem erroneamente tratar-se de marcas e produtos imputáveis a sujeitos com relação de coligação ou licença, ou tratar-se de marcas comunicando análogas qualidades dos produtos)⁴⁶. Neste seguimento é pertinente citar o acórdão⁴⁷: *ocorrerá risco de associação quando o público, em função dessa semelhança, considere que os produtos ou serviços a que aquele se destina têm a mesma proveniência ou que entre eles existe uma mesma relação de proveniência*.

Neste seguimento, é ainda oportuno aludir a análise feita pela Tribunal de Propriedade Industrial no processo n.º 419/20.0YHLSB⁴⁸, em que no caso em questão, *verificam-se semelhanças bastantes para induzir o consumidor ao risco de associação entre ambas as marcas, pensando que provém da mesma entidade empresarial*.

2.4 Consumidor médio

Por fim, deve dedicar-se uma nota à figura do consumidor médio ou bom pai de família⁴⁹, que deverá ser levado em conta como parâmetro para aferição da identidade/afinidade da marca. Este deverá ser um consumidor minimamente

consciente e atento e não um consumidor distraído ou com a atenção focada noutro ponto qualquer, ou seja, um consumidor que pretende adquirir determinado produto e que, para tal, concentra a sua percepção num dado objeto e nos seus contornos e características mais salientes, sem estar a analisar minuciosamente todos os dizeres e caracteres da embalagem.

Outrossim, o consumidor que aqui se tem em vista não é um adquirente concreto, mas tão somente um cidadão normalmente ciente das coisas da vida e normalmente atento aos produtos que adquire e que consome⁵¹.

Este deve ser uma figura flexível e variável^{52 53}. Deve-se ainda atender ao *padrão do consumidor médio que não pode corresponder a um examinador extremamente atento e sagaz, mas antes a um cidadão (...) nem excessivamente embotado nem especialmente informado e perspicaz acerca dos bens de consumo*⁵⁴.

A escolha do produto ou serviço pelo consumidor médio, vai ser efetuada por ele, sem perder de vista os produtos ou serviços em questão, relativizando aspetos como a natureza, características e preço dos produtos ou serviços sinalizados pelas marcas.

Apresentados os conceitos de imitação e usurpação de marca, passemos a analisar o instituto da concorrência desleal.

3. Instituto da Concorrência Desleal

A concorrência desleal é referida como motivo de recusa de registo de marca (art. 289.º, n.º 1, alínea “h”), como

⁴⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 487/08.3TYLSB.L1-1, de 25-02-2014, relatado pelo Juiz Desembargador: Rui Torres Vouga. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-A8B77FF2334EA6E180257CD000417397> [acedido e consultado em 24-05-2021].

⁴⁶ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 263/19.8YHLSB.L1-PICRS, de 19-05-2020. Disponível in: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182f_c7_32_316039802565fa00497eec/d21ce217b-4166508802585990047ca60?OpenDocument [acedido e consultado em 25-05-2021].

⁴⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no Proc. n.º 124/14.7YHLSB.L1.S, de 09-06-2016. Disponível in: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-338EA8_88_3039008180257FCD0056E041 [acedido e consultado em 28-05-2021].

⁴⁸ Sentença do Tribunal da Propriedade Intelectual – 1.º Juízo, proferido no Proc. n.º 419/20.0YHLSB, D 13-05-2021, Boletim da Propriedade Industrial. Disponível in: <https://inpi.justica.gov.pt/LinkCli.ck.aspx?fileticket=cLb5i2z71RY%3d&portalid=6> [acedido e consultado em 29-05-2021].

⁴⁹ É o consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido (cfr. *TJUE Ac de 22.06.1999 Proc. 342/97 ponto n.º 26 que opôs a Lloyd Schuhfabrik & Meyer CO GmbH e a Kijssen Andel BV (...) TRL Ac de 17.09.2009 pr 4780/06.1YXLSB.L1.8*), vide Jurisprudência da Relação Cível - ACRL de 16-01-2018. *Princípios da novidade e/ou da especialidade. Confusão ou erro*. Disponível in: https://www.pgdlisboa.pt/jurell/jur_mostra_doc.php?codarea=58&nid=5651 [acedido e consultado em 02-06-2021].

⁵⁰ Defende Silva, Pedro Sousa. (2019). *Direito Industrial – Noções Fundamentais*. Coimbra Editora, pp. 277, *o consumidor médio não é, necessariamente, o homem médio ou o bonus pater familias. O padrão a considerar não é o de um consumidor qualquer, mas sim o do consumidor médio dos produtos ou serviços que a marca visa assinalar. (...) atender às características dos consumidores típicos dos produtos ou serviços em causa, ao seu grau de instrução, de atenção, aos seus hábitos de consumo, valores, expectativas e preocupações*. Já Olavo, Carlos. (2005). *Propriedade Industrial – Sinais Distintivos do Comércio, Concorrência Desleal*. Volume I. (2.ª Edição). Coimbra: Almedina, pp.108, *elucida que o consumidor médio dedica normalmente menos atenção na aquisição de produtos baratos de grande consumo do que quando se trata de produtos mais caros ou personalizados, ex vi*

⁵¹ Vidal, José Marques. (2005). *IV Curso de Direito Industrial – Mercadorias em Contrafação e Violações de Direitos Industriais*. Coimbra: Almedina, pp. 14.

⁵² Gonçalves, Luís Couto. (2019). *Manual de Direito Industrial*. (8.ª Edição). Coimbra: Almedina Editora, pp. 261.

⁵³ Confere, também, a Jurisprudência da Relação Cível - ACRL de 16-01-2018. *Princípios da novidade e/ou da especialidade. Confusão ou erro*. Disponível in: https://www.pgdlisboa.pt/jurell/jur_mostra_doc.php?codarea=58&nid=5651 [acedido e consultado em 02-06-2021].

⁵⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no Proc. n.º 124/14.7YHLSB.L1.S, de 09-06-2016. Disponível in: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-33_8_E_A_8883_039008180257FCD0056E041 [acedido e consultado em 28-05-2021].

motivo de recusa de registo de logótipo (art. 302.º, n.º 1, alínea “g”); e autonomamente no art. 311.º e no art. 330.º do CPI, constituindo, em si mesma, um ilícito contraordenacional.

A definição de concorrência desleal consta do art. 311.º do CPI⁵⁵, seguida de uma enumeração exemplificativa dos atos considerados desleais: “1 - Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente: a) Os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue; b) As falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes; c) As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios; d) As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas atividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela; e) As falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adotado; f) A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento. 2 - São aplicáveis, com as necessárias adaptações, as medidas previstas no artigo 345.º”.

Assim, os requisitos estabelecidos no art. 311.º n.º 1 do CPI, pressupõem que seja praticado num **ato de concorrência**, podendo ser assim definido, genericamente, como um ato suscetível de conferir posições vantajosas no mercado, face à clientela, sendo a obtenção da mesma a sua finalidade mediata ou imediata.

Existe um ato de concorrência⁵⁶, de grau máximo, quando dois concorrentes, de modo atual e efetivo, produzam ou comercializem um produto ou prestem serviços idênticos, com simultaneidade e no mesmo domínio territorial relevante. Todavia, pode haver relação de concorrência noutras situações, ou seja, a concorrência pode não querer encontrar a clientela imediatamente, mas tem o objetivo de disputar entre fornecedores, distribuidores, vendedores ou até os próprios trabalhadores.

Também, é necessário que esse ato seja **contrário às normas e usos honestos**. Por outras palavras, como nos diz o ditado, *os fins não justificam os meios*, isto é, uma finalidade lícita com o intuito de angariar clientela, não se pode justificar a utilização de métodos ilícitos como os atos desleais. Será considerado desleal quando colide com as normas e bons costumes os quais devem ser os respeitantes ao específico ramo de atividade em que se inserem os concorrentes, o que pode implicar algumas diferenças de apreciação⁵⁷.

Ainda, pode atingir qualquer **ramo de atividade económica**, ou seja, a concorrência desleal abrange o conjunto de atividades económicas, de produção e comercialização de bens e de prestação de serviços, excluindo as atividades de cunho exclusivamente cultural, político e religioso⁵⁸.

Na verdade, os sujeitos de concorrência desleal podem ser quaisquer pessoas, singulares ou coletivas, que exerçam uma atividade económica e que possam disputar clientela no mercado, sejam ou não titulares de uma empresa.⁵⁹ Significa, então, que os profissionais liberais estão abrangidos, uma vez que os profissionais liberais exercem inequivocamente uma atividade económica^{60 61}.

No entanto, deve-se levar em consideração que, para haver concorrência desleal, a imitação deverá atingir graus de intolerabilidade, traduzida na existência de risco de confusão no espírito do público ao fazê-lo tomar a empresa, estabelecimento, os produtos ou serviços de uma marca pelos de outra concorrente.⁶²

⁵⁵ Trata-se de uma norma que, na sua vertente civil, constitui uma norma de proteção, e que, ao mesmo tempo, tipifica contraordenações *ex vi* Coordenação de Gonçalves, Luís Couto. (2021). *Código da Propriedade Industrial Anotado*. Silva, Nuno Sousa. (2021). Art. 311.º - *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 1171.

⁵⁶ *A deslealdade da concorrência pode ocorrer tanto do lado da oferta (venda e promoção o de produtos ou serviços) como da procura, mas apenas pode verificar-se concorrência desleal entre concorrentes. (...) A qualificação de concorrência desleal far-se-á apenas quando estejam em causa competidores do lado da oferta, ou seja, empresas que disputem a mesma clientela. Por outras palavras, só há relação de concorrência entre agentes económicos que dirigem as suas prestações ao mesmo universo de potenciais clientes.* Coordenação de Gonçalves, Luís Couto. (2021). *Código da Propriedade Industrial Anotado*. Silva, Nuno Sousa – art. 311.º - *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 1173.

⁵⁷ Silva, Pedro Sousa. (2019). *Direito Industrial – Noções Fundamentais*. Coimbra Editora, pp. 443.

⁵⁸ Gonçalves, Luís Couto. (2019). *Manual de Direito Industrial*. (8.ª Edição). Coimbra: Almedina Editora, pp. 396.

⁵⁹ O Acórdão RP de 30-11-2004 (in C.J., p. 184) Silva, Pedro Sousa. (2019). *Direito Industrial – Noções Fundamentais*. Coimbra Editora, pp. 447.

⁶⁰ Como, Silva, Pedro Sousa. (2019). *Direito Industrial – Noções Fundamentais*. Coimbra Editora, pp. 446. Ascensão, José de Oliveira (2002). *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 173, *tornar difícil sustentar que a concorrência desleal se não aplica às profissões liberais*.

⁶¹ Gonçalves, Luís Couto. (2019). *Manual de Direito Industrial*. (8.ª Edição). Coimbra: Almedina Editora, pp. 396.

⁶² Sentença do Tribunal da Propriedade Intelectual - 2.º Juízo, Proc. n.º 197/20.3YHLSB, de 08-01-2021 – Boletim da Propriedade Industrial. Disponível in: <https://inpi.justica.gov.pt/Li nkClick .asp x?fil etick et=ulMG8MDS4U1%3d&portalid=6> [acedido e consultado em 03-06-2021].

3.1 Tipos de Atos Desleais

Os atos desleais típicos encontram-se previstos nas várias alíneas do n.º 1 do art. 311.º do CPI, no entanto estes costumam agrupar-se em atos de confusão, atos de descrédito, atos de aproveitamento e, por fim, atos enganosos. Analisar-se-á, sumariamente, alguns destes tipos, sem carácter de exaustão.

a) Atos de confusão

A confusão representa uma figura mista, em que há simultaneamente lesão de interesses de concorrentes e lesão de interesse dos consumidores. O que está ínsito no repúdio da confusão é antes de mais a indução do público em erro que aquela é suscetível de trazer. Se um concorrente de faz passar por outro, é antes de mais o público a vítima presumida.⁶³

Consideram-se atos de confusão os atos suscetíveis de criar confusão em relação a uma empresa, estabelecimento, a produtos ou serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue⁶⁴. Visam na alínea "a" do art. 311.º do CPI, fundamentalmente, os atos pelos quais os concorrentes procuram captar a clientela dos outros, procurando lograr os clientes e induzindo-os em erro, de modo a levá-los a crer que será melhor negociar com a empresa ou estabelecimento daquele ou ao adquirir os seus produtos ou serviços^{65 66}.

Ou seja, *há que ter bem presente que a grande diretriz que encontramos nesse domínio não foi o do repúdio da cópia ou da imitação, mas a da reação contra o risco de confusão. É apenas por trazer (e se trouxer) este risco que o ato da cópia é rejeitado*. Assim, pode-se dizer que é necessário que a confusão atue no espírito do público de maneira a fazê-lo tomar um operador ou os seus produtos ou serviços por outros. Só assim funciona no sentido de uma eventual deslocação de clientela.⁶⁷

O consumidor médio, no momento de decidir qual o produto que quer, e por não saber distinguir entre os dois, vai optar por aquele que verdadeiramente não queria. No caso

de o consumidor não saber distinguir as atividades de cada concorrente, a confusão será entendida em sentido restrito. Porém quando o consumidor sabe qual a atividade de cada um dos concorrentes, mas associa-as indevidamente, a confusão já será em sentido amplo⁶⁸. *Trata-se, portanto, de um tipo de atuação que tem como fim provocar no espírito do consumidor a confusão entre um determinado empresário, seu estabelecimento, produtos ou serviços e outro empresário (...) em especial importância o aspeto visual com que os produtos ou serviços são apresentados ao público*, uma vez que vai ser este que vai gerar a confusão no consumidor e posteriormente originar a ato desleal.⁶⁹

b) Atos de Descrédito

Consigna o art. 311.º n.º 1, na alínea b), do CPI, que ato de descrédito consiste em expressar falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, denegrindo a reputação do concorrente, produzindo um dano concorrencial, através da perda de clientes e quebra de negócios com fornecedores.

Observemos a situação na qual um concorrente sabe que um seu adversário está insolvente, porque o próprio lho disse, e não poderá cumprir as suas obrigações. O concorrente lesado será visto no mercado como um potencial alvo, a clientela será cada vez menos e o receio maior por parte das instituições de crédito⁷⁰, devido ao processo que atravessa.

Pretende-se, assim, denegrir o produto ou serviço do concorrente, para que este consiga perder a sua carteira de clientes e como consequência deixar de vender os seus produtos, causando um grave prejuízo – muitas das vezes a insolvência da empresa.

No entanto, *sendo constitutiva deste tipo a falsidade da afirmação, há que exigir do agente a consciência dessa falsidade. Se o agente divulga, mesmo com a intenção de denegrir, factos desacreditadores de um concorrente supondo que são verdadeiros, não se preenche o tipo legal. Assim acontecerá se disser que ele já faliu duas vezes, pensando ser assim, quando não é verdade*.⁷¹

⁶³ Ascensão, José de Oliveira. (2002). *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 417 e 418.

⁶⁴ Neste seguimento, julgo pertinente citar que *nos actos de confusão aptos a provocar concorrência desleal, a intenção é causar confusão no público, de modo que o consumidor médio, no momento de decidir qual o produto que pretende e por não saber distinguir entre os dois, opta por aquele que verdadeiramente não queria, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proferido no Proc. n.º 249/07.5TBBNV.E1, de 28-06-2017. Disponível in: <http://ww.w.dgs.i.pt/fjtre.nsf/-/F9B672DB752218978025815A0037357E> [acedido e consultado em 04-06-2021]*.

⁶⁵ Correia, Miguel J.A. Pupo. (2016). *Direito Comercial: Direito da Empresa*. (13.ª Edição). Lisboa: Ediforum, pp. 386.

⁶⁶ *Quem é induzido em erro é o consumidor. A lei repudia estes atos, porque são aptos a proporcionar posições vantajosas no mercado pela sua falsidade ou artifício. A lei não quer que a luta concorrencial seja decidida à custa da indução do consumidor em erro*. Ascensão, José de Oliveira (2002). *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 132.

⁶⁷ Ascensão, José de Oliveira. (2002). *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 422.

⁶⁸ Alves, Rita Cardoso. (2013). *Concorrência Desleal* – Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios – Universidade Católica Portuguesa da Faculdade de Direito. Disponível in: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17336/1/Tese%20Rita%20Alves.pdf>, pp. 21. [acedido e consultado em 21-06-2021].

⁶⁹ Olavo, Carlos. (2005). *Propriedade Industrial - Sinais Distintivos do Comércio, Concorrência Desleal*, Volume I. (2.ª Edição). Coimbra: Almedina, pp. 274 e 275.

⁷⁰ Alves, Rita Cardoso. (2013) *A Concorrência Desleal* – Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios – Universidade Católica Portuguesa da Faculdade de Direito. Disponível in: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17336/1/Tese%20Rita%20Alves.pdf> [acedido e consultado em 21-06-2021].

⁷¹ Ascensão, José de Oliveira. (2002). *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 484.

Pelo que, *o fim de desacreditar implica um fim de prejudicar. Tratando-se de uma concorrência (económica), há sempre um fim de causar prejuízo. Pelo que diríamos que nesta previsão se opta por um dos fins contemplados no proémio. O fim relevante é o de prejudicar, desinteressando verificar se o agente tinha ou não o fim de alcançar para si um benefício legítimo.*⁷²

c) Atos de Aproveitamento

Os atos de aproveitamento incluem as invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios, como tipifica o art. 311.º n.º 1, na alínea c) do CPI. Estes atos têm em comum a circunstância de o seu autor procurar tirar vantagem dos elementos empresariais alheios⁷³.

A presente alínea exige a verificação cumulativa de quatro elementos sendo eles: i) invocação ou referência, ii) sem autorização, iii) de um nome, estabelecimento ou marca, iv) com a finalidade de beneficiar do crédito ou reputação desse nome, estabelecimento ou marca⁷⁴.

Os atos de aproveitamento podem também incluir a imitação servil de um produto ou da sua embalagem ou vasilha, embora certos autores prefiram qualificá-la como ato de confusão.⁷⁵

Por sua vez, *cópia servil, ou imitação servil, quando há uma réplica total dos elementos de uma empresa por outra empresa concorrente. Seja o tipo de secretariado, sejam os processos de entrega, sejam os métodos de propaganda, e assim por diante.*⁷⁶

Portanto, entende-se que o ato de aproveitamento consiste na falsa descrição, contrária às normas e usos honestos do bem ou produto que se esta a promover, com intuito de enganar o consumidor. Este ludibriar permite uma maior aquisição de clientela.

d) Atos Enganosos

Os atos enganosos compreendem as alíneas "d", "e" e "f" do

n.º 1 do art. 311.º do CPI, declarando que *as falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas atividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela*⁷⁷. Este tipo de ato consiste na falsidade de indicações, de forma a obter posições vantajosas no mercado à custa do engano do consumidor. Trata-se de difundir uma imagem empresarial enganosa, com o objetivo de alcançar um benefício ilegítimo no mercado⁷⁸, consistindo em condutas pelas quais o concorrente ataca a empresa adversária, por exemplo com a venda de produtos ao desbarato⁷⁹, como mero exemplo.

Na alínea "e" do preceituado artigo está descrito o segundo ato enganoso, nomeadamente as falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adotado. A falta de indicação da proveniência só deverá relevar se a indicação de origem for usada de forma séria, de modo a induzir o consumidor em erro, e não de forma manifestamente fantasiosa da qual resulte evidência que não há, nem pode haver, qualquer conexão relevante entre a indicação e origem do produto⁸⁰.

Por sua vez, a alínea "f" do mesmo artigo tipifica que a supressão, a ocultação ou a alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento é caracterizado como um ato enganoso, pois consiste numa falsa apresentação do produto, traduzida na ocultação ou deturpação da denominação de origem ou da marca registadas do produto feita pelo vendedor ou por qualquer intermediário⁸¹.

Registe-se, no entanto, que *o prejuízo do concorrente só pode ser aquele que decorre da indução do público em erro. A falsa afirmação de proveniência que releva para a concorrência desleal é sempre e só aquela que seja suscetível de induzir o público em erro. Nos termos gerais, não é de exigir o prejuízo*

⁷² Ascensão, José de Oliveira. (2002). *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 486.

⁷³ Refere, Paúl, Jorge Patrício. (2005). *Concorrência desleal e direito do consumidor* – Revista da Ordem dos Advogados – Ano 65- Volume I. Disponível in: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-i-jun-2005/> [acedido e consultado em 02-06-2021].

⁷⁴ Coordenação de GONÇALVES, Luís Couto. (2021). *Código da Propriedade Industrial Anotado*. Silva, Nuno Sousa – Art. 311.º - *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 1175.

⁷⁵ Silva, Pedro Sousa. (2019). *Direito Industrial – Noções Fundamentais*. Coimbra Editora, pp. 450.

⁷⁶ Ascensão, José de Oliveira. (2002). *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 442.

⁷⁷ Art. 311.º n.º 1, alínea d) do CPI.

⁷⁸ Gonçalves, Luís Couto. (2019). *Manual de Direito Industrial*. (8.ª Edição). Coimbra: Almedina Editora, pp. 402.

⁷⁹ Correia, Miguel J.A. Pupo. (2016). *Direito Comercial: Direito da Empresa*. (13.ª Edição). Lisboa: Ediforum, pp. 387.

⁸⁰ Gonçalves, Luís Couto. (2019). *Manual de Direito Industrial*. (8.ª Edição). Coimbra: Almedina, pp. 403.

⁸¹ Gonçalves, Luís Couto. (2019). *Manual de Direito Industrial*. (8.ª Edição). Coimbra: Almedina, pp. 403.

efetivo do concorrente. Basta que a indução do público em erro seja potencialmente idónea para acarretar prejuízos.⁸²

4. Conclusões

O comércio internacional e a crescente concorrência entre empresas na captação de consumidores têm levado a um aumento exponencial da violação de sinais distintivos de propriedade industrial, em especial ao nível da contrafação, da imitação e do uso ilegal da marca.

A função essencial da marca é identificar a proveniência do produto ou do serviço respetivo e, como tal, evitar a confusão do consumidor e o seu gozo e utilização exclusiva só é assegurada com o registo no INPI.

A *reprodução* ou *imitação*, no todo ou em parte, de marca anteriormente registada por outrem para produtos ou serviços idênticos ou afins, que possa induzir em erro ou em confusão o consumidor ou que compreenda o risco de associação com a marca registada deverá ser motivo de recusa de registo.

A *usurpação* consiste no uso indevido de uma marca por parte de uma pessoa diversa do respetivo titular, enquanto a *imitação* se traduz na criação de uma marca nova, objetivamente diversa da pertencente ao titular, mas que dela constitui reprodução mais ou menos fiel.

A *contrafação* é empregue com o duplo sentido de uso de marca alheia integralmente reproduzida (no que se confunde com o conceito de usurpação) e de confeção material da marca de outrem, independentemente do seu uso ou aposição nos produtos do usurpador.

Para estarmos perante a imitação da marca, é necessário que os sinais distintivos em causa se reportem aos mesmos serviços ou produtos. Tem-se por *afinidade* os produtos ou serviços que apresentem um grau de semelhança ou proximidade e procurem de forma conjunta a satisfação de idênticas necessidades dos consumidores.

Por fim, a concorrência desleal é referida como motivo de recusa de registo de marca (art. 289.º, n.º 1, alínea “h”), como motivo de recusa de registo de logótipo (art. 302.º, n.º 1, alínea “g”); e autonomamente no art. 311.º e no art. 330.º do CPI, constituindo, em si mesma, um ilícito contraordenacional.

Bibliografia

Abreu, J. C. (1997) *Marcas (Noção, espécies, funções, princípios constituintes)*, BFD – Boletim da Faculdade de Direito. Volume LXXIII.

Alves, R. C. (2013). *Concorrência Desleal* – Dissertação de Mestrado m Direito da Empresa e dos Negócios – Universidade Católica Portuguesa da Faculdade de Direito. Disponível in: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17336/1/Tese%20Rita%20Alves.pdf>. [acedido e consultado em 21-06-2021].

Ascensão, J. O. (2002). *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina.

Correia, M. J.A. P. (2016). *Direito Comercial: Direito da Empresa*. (13.º Edição). Lisboa: Ediforum.

Cruz, J. (2018). *O conceito de Imitação de Marca Registada*. Petrony Editora.

Gonçalves, L. C. (2019). *Manual de Direito Industrial*, (8.ª Edição). Coimbra: Almedina Editora.

González, J. A. R.L. (2006). *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Lisboa: *Quid Juris?* Sociedade Editora.

Olavo, C. (2005). *Propriedade Industrial - Sinais Distintivos do Comércio, Concorrência Desleal*. (2.ª Edição). Almedina: Coimbra.

Paúl, J. P. (2005). *Concorrência desleal e direito do consumidor* – Revista da Ordem dos Advogados – Ano 65- Volume I. Disponível in: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-i-jun-2005/> [acedido e consultado em 02-06-2021].

Pinto Coelho, J. G. (1957). *Lições de Direito Comercial*. (3.º Edição).

Silva, A. M. P. - Art. 232.º - *Outros fundamentos de recusa*. Coordenação de Gonçalves, Luís Couto. (2021). *Código da Propriedade Industrial Anotado*. Coimbra: Almedina.

Silva, P. S., ao comentar o Art. 320.º - *Contrafação, imitação e uso ilegal da marca*. Coordenação de GONÇALVES, Luís Couto. (2021). *Código da Propriedade Industrial Anotado*.

⁸² Ascensão, José de Oliveira. (2002). *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, pp. 525.

Coimbra: Almedina.

Silva, N. S. (2021). *Art. 311.º - Concorrência Desleal*. Coordenação de Gonçalves, Luís Couto. (2021). *Código da Propriedade Industrial Anotado*. Coimbra: Almedina.

Silva, P. S. (2019). *Direito Industrial – Noções Fundamentais*. Coimbra Editora.

Vidal, J. M. (2005). *IV Curso de Direito Industrial – Mercadorias em Contrafação e Violações de Direitos Industriais*. Coimbra: Almedina.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proferido no Proc. n.º 33/08.9FAVNG.P1, de 19-11-2014. Disponível in: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cd_a00381fdf/e102792b0529d0b980257da4004f1cbc?OpenDocument [acedido e consultado em 25-03-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proferido no Proc. n.º 2102/07-1, de 15-01-2008. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/C957CE67222477BA80257DE100574BF0> [acedido e consultado em 28-04-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 158/05.2TYLSB.L1-7, de 15-11-2011, relatado pelo Juiz Desembargador: Luís Lameiras. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/9EC03BA31B38FD788025796E003D87EF> [acedido e consultado em 27-04-2021]

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 119/18.1YHLSB.L1-8, de 07-11-2019. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/68e4bfbe34899a5e802584b100399819?OpenDocument> [acedido e consultado em 27-04-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 11129/2008-6, de 05-03-2009. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/B50489B44E49CE9F802575900049BB50> [acedido e consultado em 10-05-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 3534/2008-7). Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ee/c/dba9>

1d1b11880e6f8025759a004f9635?OpenDocument [acedido e consultado em 10-05-2021].

Jurisprudência da Relação Cível - ACRL de 16-01-2018. *Princípios da novidade e/ou da especialidade. Confusão ou erro*. Disponível in: http://www.pgdlisboa.pt/jure/lj/ur_mostra_doc.php?codarea=58&nid=5363 [acedido e consultado em 02-06-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 451.06.7TYLSB.L1-7, de 02-07-2013. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/22dc7037fe178a4680257bc200512a54?OpenDocument&Highlight=0,451.06.7TYLSB> [acedido e consultado em 12-04-2021].

Classificação de Nice (11.ª edição – Versão 2019) – *Lista de classes e notas explicativas*, p. 16, disponível in: https://inpi.justica.gov.pt/Portals/6/PDF%20INPI/Classifica%C3%A7%C3%B5es%20internacionais%20e%20listas%20de%20classes/11%20Classifica%C3%A7%C3%A3%20de%20Nice_%20Vers%C3%A3o%202019_Lista%20notas%20explicativas.pdf?ver=2019-01-02-141904-580 [acedido e consultado em 02-04-2021].

Sentença do Tribunal de Propriedade Intelectual, 2.º Juízo, Proc. n.º 191/15.6YHLSB.L2, de 04-02-2020 - Boletim da Propriedade Industrial, pp. 34. Disponível in: <https://inpi.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=tPiNIdg3HFf%3d&portalid=6> [acedido e consultado em 15-04-2021].

Sentença do Tribunal da Propriedade Intelectual – 1.º Juízo, Proc. n.º 419/20.0YHLSB, D 13-05-2021, Boletim da Propriedade Industrial, pp. 13. Disponível in: <https://inpi.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=cLb5i2z71RY%3d&portalid=6> [acedido e consultado em 29-05-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 47/19.3YHLSB.L1-PICRS, de 17-12-2019. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c97342cca5d3535c8025850a003f0306?OpenDocument> [acedido e consultado em 25-05-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 168/17.7YHLSB-2, de 12-04-2018: *raramente te[m] a possibilidade de proceder a uma comparação directa entre as diferentes marcas, devendo confiar na imagem imperfeita que conservou na memória*. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/378B75222AFB392B802582A400490C61> [acedido e consultado em 25-05-2021].

Jurisprudência da Relação Cível - ACRL de 16-01-2018. *Princípios da novidade e/ou da especialidade. Confusão ou erro*. Disponível in: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostradoc.php?codarea=58&nid=5363 [acedido e consultado em 02-06-2021].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no Proc. n.º 235/05.0TYLSB.L1.S1, de 28-09-2010. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c226cb421eb0d82c802577ae0033762c?OpenDocument> [acedido e consultado em 09-05-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 1135-05.9TVLSB.L1-2, de 09-07-2015. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/E98034C98644404E80257E8F002E7B80> [acedido e consultado em 26-05-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 7385/2007-6, de 07-10-2007. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/79d376be6f9fd863802573e80055440c?OpenDocument> [acedido e consultado em 26-04-2021].

Sentença do Tribunal da Propriedade Intelectual, 2.º Juízo, proferido no Proc. n.º 277/17.2YHLSB, de 27/12/2019 - Boletim da Propriedade Industrial, pp. 34. Disponível in: <https://inpi.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=ulMG8MDS4UI%-3d&portalid=6> [acedido e consultado em 15-04-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 263/19.8YHLSB.L1-PICRS, de 19-05-2020. Disponível in: [http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d21ce217bc732316039802565fa00497eec?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d21ce217bc732316039802565fa00497eec/d21ce217bc732316039802565fa00497eec?OpenDocument) [acedido e consultado em 25-05-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido no Proc. n.º 487/08.3TYLSB.L1-1, de 25-02-2014, relatado pelo Juiz Desembargador: Rui Torres Vouga. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/A8B77FF2334EA6E180257CD000417397> [acedido e consultado em 24-05-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 263/19.8YHLSB.L1-PICRS, de 19-05-2020. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d21ce217bc732316039802565fa00497eec?OpenDocument> [acedido e consultado em 25-05-2021].

[4166508802585990047ca60?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d21ce217bc732316039802565fa00497eec?OpenDocument) [acedido e consultado em 25-05-2021].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no Proc. n.º 124/14.7YHLSB.L1.S, de 09-06-2016. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/338EA8883039008180257FCD0056E041> [acedido e consultado em 28-05-2021].

Jurisprudência da Relação Cível - ACRL de 16-01-2018. *Princípios da novidade e/ou da especialidade. Confusão ou erro*. Disponível in: https://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostradoc.php?codarea=58&nid=5651 [acedido e consultado em 02-06-2021].

Sentença do Tribunal da Propriedade Intelectual - 2.º Juízo, Proc. n.º 197/20.3YHLSB, de 08-01-2021 - Boletim da Propriedade Industrial. Disponível in: <https://inpi.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=ulMG8MDS4UI%-3d&portalid=6> [acedido e consultado em 03-06-2021].

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proferido no Proc. n.º 249/07.5TBBNV.E1, de 28-06-2017. Disponível in: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/F9B672DB752218978025815A0037357E> [acedido e consultado em 04-06-2021].

A inteligência artificial no âmbito do contrato de seguro

Artificial intelligence and insurance contract



Christina Oliveira Gomes*^a e Soraia Dias*^b

*^aDepartamento de Ciências Jurídicas, Instituto Politécnico de Coimbra, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Quinta Agrícola - Bencanta, 3045-231 Coimbra, Portugal, cmoliveira@iscac.pt.

Código ORCID: 0000-0001-6030-1831

*^bMestrado em Solicitadoria de Empresas, Instituto Politécnico de Coimbra, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Quinta Agrícola - Bencanta, 3045-231 Coimbra, Portugal, soraia_dias15@hotmail.com.

Código ORCID: 0009-0008-9859-3604

Resumo Desde o início do século XX que inúmeros avanços se verificaram na nossa sociedade em termos de revolução digital. O digital cresce a um ritmo exponencial e é de esperar que as seguradoras adotem tecnologias disruptivas, tais como a inteligência artificial (IA). Através de uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial, o objetivo deste artigo prende-se com o debate e a reflexão sobre as problemáticas existentes no âmbito da IA, especialmente em matéria de seguros, esmiuçando o alcance e a respetiva (in)suficiência da lei para acautelar e regular eventuais condutas ilícitas. Analisam-se também as consequências sentidas pelos consumidores com o avanço desta tecnologia. Pretende-se, por conseguinte, contribuir para o conhecimento sobre as eventuais problemáticas derivadas deste processo de transformação digital. Debatem-se as implicações legais e éticas desempenhadas pelo uso da inteligência artificial no âmbito dos contratos. Conjugam-se perspetivas críticas e otimistas face ao que o presente e o futuro reservam, numa perspetiva da entidade seguradora e do consumidor enquanto destinatário final.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Seguradora. Consumidor. Contratos.

Abstract Looking through a legal, doctrinal, and jurisprudential analysis, this research is related to possible issues from the digital transformation process, specially from artificial intelligence (AI). Restrictions and ethics are discussed. Also, artificial intelligence within the contract's scope is discussed. Critical and optimistic perspectives are combined facing what the present and future hold, by analyzing the impact felt by insurance companies and by the consumer. The primary objective of this paper involves the reflection about existing problems related to AI, especially in terms of insurance. It analysis the insufficiency of the law to regulate this matter, as well as the consequences that the consumers feel with the advent of this technology. It contributes for the elucidation of the scientific society about AI and private contracts, namely its impact on insurance contracts and on the consumer.

Keywords: Artificial Intelligence. Insurance company. Consumer. Contracts.

Sumário: 1. Introdução. 2. Inteligência Artificial. 2.1 Concetualização, características e elementos essenciais da inteligência artificial. 2.2 A inteligência artificial, a sua evolução histórico-legislativa e o seu enquadramento jurídico na atualidade. 3. Fundamentos do contrato de seguro. 3.1 Breves noções do contrato de seguro. 3.2 Formação do Contrato. 4. Contrato de seguro à distância: aspetos gerais. 4.1 Contrato de seguro automatizado. 4.2 Contratos inteligentes versus Smart Contracts. 4.3 Ferramentas para contrato de seguro automatizado. 5. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Desde o início do século XX até à atualidade que inúmeros avanços se verificaram na nossa sociedade. A transformação digital é um desses progressos e é de esperar que as seguradoras adotem tecnologias disruptivas, tais como a inteligência artificial (IA).

O contacto com a IA é cada vez mais diferenciado e completo, apresentando-se em diversos aspetos e em novas realidades como, por exemplo, ao nível do Direito e nas seguradoras através do processamento de dados, da avaliação de riscos no mundo automóvel ou mesmo no âmbito da redação e modelação de contratos.

Sucedem que todo este desenvolvimento acarreta uma série de “nuances”, muitas vezes não tidas imediatamente em conta. Se, por um lado, o desenvolvimento tecnológico incide sobre diversas áreas oferecendo conseqüentemente potencialidades, por outro lado, verifica-se um desconhecimento de potenciais crimes através da prática ou atividade ilícita, tal como as burlas informáticas, as obtenções ilegítimas, a modificação de dados, entre outros.

O setor segurador acompanhou desde sempre o progresso económico, tecnológico e científico. Aquando da elaboração de um contrato, a IA torna todo o processo negocial mais célere e eficaz quer no recolher de dados sobre os consumidores, como também no que concerne ao traçar os perfis de lógica de dados. Mas, para além disso, no setor segurador, a título de exemplo, a inteligência artificial facilita todo o processo burocrático inerente, desde a subscrição de seguros, gerenciamento e cálculo do risco ou até na criação de novas ofertas de modelos de seguro e serviços. Atualmente, as seguradoras já oferecem a possibilidade de celebração de contratos de seguro à distância, pelo que se pretende esclarecer este modo de aplicação da inteligência artificial. Certo é, porém, que na celebração de um contrato de seguro à distância ou até na sua simulação, os consumidores são confrontados com numerosas solicitações para adquirir os seus serviços. Ademais, verifica-se a existência de cláusulas contratuais gerais que permitem estipular por parte das seguradoras o que lhes é mais favorável o que, por parte do consumidor, pode originar a falta de compreensão e a falta de conhecimento quanto

ao conteúdo do contrato.

Num último ponto, este artigo versa sobre os conceitos interligados com a celebração de contratos de seguro à distância e o uso da IA, mormente: o *big data*, *insurtech*, *internet of things* ou *blockchain*, que se manifesta por ser uma tecnologia direcionada para a agilização de todo este processo (tanto para as seguradoras como para os seus consumidores). Estas ferramentas permitem a criação de técnicas de coleta e processamento da informação, modelos inovadores de gerenciamento do risco, novas oportunidades de oferta, contratação e execução do contrato.

2. Inteligência Artificial

2.1 Concetualização, características e elementos essenciais da inteligência artificial

A IA é um sistema que permite a simulação de inteligência humana, na medida em que uma máquina é capaz de delinear e ter uma capacidade de processamento e programação, permitindo reproduzir aptidões semelhantes às humanas.

Por outras palavras, tem uma capacidade de raciocínio, aprendizagem, planeamento e criatividade, conseguindo ir para além da sua programação. Dessa forma, são ultrapassados os limites da definição de diretrizes específicas e de decisões baseadas em padrões que se encontram inerentes a uma base de dados.

O objetivo na atualidade é o de construir um sistema que, de alguma maneira, possa vir a ultrapassar os diagnósticos humanos. Assim, a IA visa uma mudança de paradigma na forma como vivemos em sociedade e que pode vir a alterar até as próprias relações que temos uns com os outros. A IA pode dar lugar a uma “sociedade híbrida” onde os humanos e as máquinas vão coexistir, partilhar e colaborar num todo. Mas será que uma máquina pode ter um sistema consciente?

Segundo John Searle, “a resposta é «não». E é «não» pela razão (...), a saber, o programa de computador define-se apenas em termos sintáticos. Mas pensar é mais do

que apenas uma questão de eu manipular símbolos sem significado; implica conteúdos semânticos significativos”¹ [Tradução do autor]. Para o autor, “Se é realmente um computador, as suas operações têm de definir-se sintaticamente, ao passo que a consciência, os pensamentos, os sentimentos, as emoções e tudo o resto implicam mais do que uma sintaxe. O computador é, por definição, incapaz de duplicar estas características, por mais poderosa que possa ser a sua habilidade em simular”² [Tradução do autor]. “Searle conclui que a manipulação de símbolos, por si só, nunca pode conduzir à compreensão nem a comportamento consciente”³.

Já Arlindo Oliveira⁴, adepto da evolução tecnológica, menciona que “De acordo com esta visão, o cérebro humano é um sistema de processamento de informação, e todas as qualidades cognitivas que conhecemos, entre as quais inteligência, emoções e consciência, resultam do processamento de informação”. Para além do mais, este autor ainda refere que um sistema que passe num teste *Turing*⁵ terá consciência.

Nestes termos, a procura pelo desenvolvimento de uma IA que fosse capaz de ter um processamento de linguagem natural e entender frases escritas não tardou.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, com o intuito de obstar a eventuais danos provocados pelas tecnologias, metade das profissões e empregos vão ser afetados nas próximas décadas⁶. Face às circunstâncias apresentadas, se o desemprego aumentar vão também aumentar os encargos sociais.

Portugal vai enfrentar um desafio tremendo. O futuro reserva a eliminação de muitos postos de emprego e, ao direcionar para o setor segurador a automatização, a digitalização e a agilização de tarefas, verificar-se-á, como consequência, a cessação de elevados vínculos contratuais laborais.

Para o autor *Nick Bostrom*, a IA vai, com toda a certeza, superar os níveis da inteligência humana. O autor alerta, contudo, para as suas implicações, afirmando que, no tempo atual, somos “crianças a brincar com uma bomba”⁷. Na caracterização e vantagens da IA, convalida-se o facto de esta transmitir dados mais confiáveis e eficientes, transmitindo mais segurança.

Denota-se a sua aprendizagem contínua através de uma

base de dados fornecida, tendo como principal objetivo melhorar e tornar mais eficientes as tomadas de decisões. Maior exatidão e acerto em comparação com as ações humanas, bem como uma rápida comunicação, complementação de tarefas e tratamento de informação, o que, por conseguinte, está relacionado com uma maior produtividade e faturação em qualquer departamento.

E, por último, outra das vantagens é a sua imparcialidade associada à ausência de emoções.

Em síntese, o desafio que se verifica é conseguir construir máquinas autónomas capazes de promoverem a colaboração e a interação com os humanos. Com a finalidade de atingir uma sociedade “pró-social” ao ter comportamentos que ajudem os outros. Essencialmente, a construção da IA pauta-se por critérios de utilidade (cooperação, empatia e confiança).

2.2 A inteligência artificial, a sua evolução histórico-legislativa e o seu enquadramento jurídico na atualidade

A 29 de janeiro de 2021 surge a notícia de que “Portugal, no âmbito da presidência portuguesa da União Europeia (UE), vai apostar na adoção da primeira lei comunitária sobre inteligência artificial (IA), baseada na transparência e respeito pelos direitos dos utilizadores (...). A União Europeia (UE) está a preparar o seu primeiro conjunto de regras para gerir as oportunidades e os desafios da IA, centrando-se no aumento da confiança em relação à IA, incluindo a gestão do impacto potencial da IA nos indivíduos, na sociedade e na economia”⁸. Tanto em Portugal como na União Europeia ainda não existe qualquer tipo de regulamentação ao nível da IA.

Até ao momento, existem, única e exclusivamente, relatórios e propostas legislativas que têm como principal objetivo assegurar uma interligação entre a IA e os princípios fundamentais⁹.

Já nos Estados-Unidos verifica-se a utilização da IA no âmbito do serviço à justiça, no qual, “os magistrados podem calcular a pena de prisão a aplicar a um arguido ou decidir sobre a liberdade condicional através de um sistema de pontos gerado por um algoritmo que, com respostas dadas pelo condenado, avalia a probabilidade de risco e

¹ Searle, John. (2018). *Mente, Cérebro e Ciência - Edição em Português*. Edições: 70. Reimpressão 2020 da 2.ª Edição. Coimbra: Almedina, p. 45.

² Neste sentido, Serale, John. *op. cit.*, p. 46.

³ Oliveira, Arlindo. (2019). *A Inteligência Artificial*. Edição eBook: Guidesign, p. 85.

⁴ Oliveira, Arlindo. (2019), *op. cit.*, p. 85.

⁵ Teste que tem como objetivo perceber se um computador é apto a comunicar de uma forma em que não é possível distinguir o seu discurso de um ser humano.

⁶ OCDE (07-07-2020). *Ação urgente necessária para impedir que a crise do emprego se torne uma crise social*. Consultado em 28/06/2021, disponível em: <<https://www.oecd.org/newsroom/acao-urgente-necessaria-para-impedir-que-a-crise-do-emprego-se-tenha-uma-crise-social.htm>>.

⁷ Bostrom, Nick. (2017). *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*. Oxford University Press, p. 24.

⁸ Parlamento Europeu. (20 de maio de 2021). *Regular a Inteligência Artificial na UE: as propostas do Parlamento*. Consultado em 14/06/2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20201015STO89417/regular-a-inteligenciaartificial-na-ue-as-propostas-do-parlamento>.

⁹ Garantir a segurança, a transparência, a responsabilidade civil e ambiental.

de reincidência”¹⁰.

No que concerne às desvantagens quanto ao uso da IA, será no âmbito do reconhecimento facial ao auxílio da justiça que tem ocasionado ilicitudes, nomeadamente quando sujeitos são acusados e presos por crimes que não cometem.

No âmbito dos contratos, a IA pode deter um conjunto de minutas padrão, que incluem cláusulas obrigatórias, questões regulatórias, de riscos e segurança da informação. E apesar de esta ser treinada para alguns cenários, é certo que a IA está associada a uma aprendizagem contínua e, por isso, ainda não se afigura como possível abarcar todas as possibilidades e inerências de cada contrato.

De facto, é possível utilizar a tecnologia para potencializar inúmeras tarefas de advocacia. Todavia, a IA processa e traz os *insights* para que os advogados trabalhem naquilo que é mais o “calor humano”, ou seja, o colocar-se no lugar do próximo, o saber negociar, trabalhar de forma mais intuitiva e estratégica dentro de determinada empresa.

Apesar da IA fazer um processamento de dados de maneira mais rápida, a mesma nem sempre possui um pensamento crítico e complexo como é o ser humano. A IA não gosta de ambiguidades por estar associada à razão, e um ser humano à emoção.

Para que este processo seja alcançado com um efetivo sucesso será necessária uma parceria. A esfera de contratos e do direito abarca áreas muito vastas que necessitam de uma adaptação caso a caso no domínio da IA. Afigura-se como necessário uma colaboração entre as empresas de software, o departamento jurídico e áreas de tecnologia de informação para que estes projetos tenham sucesso. De salientar que esta tecnologia é uma aprendizagem cognitiva e que não se resume à identificação e criação de um padrão. Terá de atender a diferentes tipos de contrato e às suas especificidades.

Tem por base uma cognição semântica, ou seja, um determinado texto, embora escrito de uma determinada forma, pode alterar-se de maneira a estabelecer-se aquilo que um cliente precisa.

Ao debruçar sobre os impactos provocados pela IA, no âmbito do direito e na esfera dos contratos, esta elabora um contrato em minutos, bem como identifica qualquer erro em segundos. Para além do mais, readquire um conjunto de informações pertinentes relativas à análise legal, doutrinária e jurisprudencial exercendo até análises jurídicas quanto a interpretações subjetivas e simular o posicionamento que um juiz adotaria no caso em concreto.

Outra repercussão que pode surgir no âmbito do direito será através da utilização de *chatbots*, que consistem em programas que viabilizam conversas inteligentes com qualquer ser humano, executando comunicações mais rápidas 24/7 e imediatas, podendo dar lugar a uma acessória automatizada e apoio ao cidadão.

Por outro lado, na esfera dos cidadãos e seu relacionamento entre a IA no direito a assessoria automatizada poderá não ser a mais apropriada. Ao existir uma incompreensão por parte do consumidor devido a certos termos utilizados pela IA, sendo a sua conversação mais “difícil” em comparação com um ser humano.

Por conseguinte, a IA ao selecionar e padronizar análises legais, doutrinárias e jurisprudenciais correrá o risco de existir uma perturbação no acesso à justiça. A título de exemplo, ao precisar certos traços num determinado acórdão não significa que no caso em concreto e em questão, o argumento utilizado anteriormente se adequa.

Estando o poder da tomada de decisão depositado na IA, cumpre regular questões quanto à sua responsabilidade e averiguar quem é o sujeito responsável: os proprietários, os fabricantes ou até o próprio algoritmo ao lhe ser conferida personalidade jurídica.

Quanto à responsabilidade da própria máquina, à partida, parece descabido responsabilizar-se penal ou civilmente uma máquina por um homicídio ou qualquer erro decorrente. Levantando-se até uma contrariedade à personalidade jurídica (artigo 66.º do CC), que “envolve a sujeição a deveres e a titularidade de direitos”, não pode existir menor ou maior personalidade, ou existe ou não existe. Num ser humano, tais questões nunca se levantarão, uma vez que segundo os princípios e normas emanadas em todos o direito democrático, a personalidade jurídica nunca poderia ser negada.

Na atualidade, já se relatam notícias de que a IA é senciente e por isso equiparada a um ser humano.

A União Europeia, em resposta a esta questão da atribuição de personalidade jurídica à IA, vem estabelecer uma resposta negativa. Mas para a adoção desta perspetiva simpaticante da personalidade robótica, o setor segurador poderá revelar-se de extrema importância. Com a adoção de um seguro de responsabilidade civil da IA, tanto poderá atribuir-se uma responsabilidade objetiva como subjetiva. Como, por exemplo, a criação de um fundo de garantia, na indemnização de eventuais danos que não estejam estipulados no contrato de seguro.

A Proposta de Resolução do Parlamento Europeu

¹⁰ Mandim, David. (15 de outubro de 2019). *A Inteligência Artificial ao serviço da Justiça. Pode haver um juiz-robô?*. Consultado em 14/06/2021. Disponível em: <https://www.dn.pt/pais/ainteligencia-artificial-ao-servico-da-justica-pode-haver-um-juiz-roboto--11408704.html> .

2021/0106¹¹ reconhece as normas “harmonizadas em matéria de inteligência artificial e altera determinados atos legislativos da união”. É necessária uma supervisão do ser humano nas áreas de computação de elevado desempenho (segundo o artigo 14.º). “Perante isto, deixa-se então o seguinte repto: não seria mais profícua a criação de agentes policiais artificiais contrafactuais do que a conceção de interfaces homem-máquina que, no atual estado de arte, ainda não viabilizam o controlo do processo decisório, não raras vezes tão-só de suporte à decisão e, a fim ao cabo, ainda assim semi-automatizado e não inteligíveis?”¹².

Segue-se a análise da Proposta de Resolução (2020/2014) do Parlamento Europeu³³, que contém recomendações à Comissão acerca da responsabilidade civil a aplicar na IA, bem como a proposta de um regulamento que contém advertências e sugestões sobre o regime de responsabilidade e desenvolvimento da IA.

Antes de mais, é de enunciar que de sobremodo na cristalização do artigo 3.º da proposta supramencionada, se verifica uma generalização de conceitos inerentes aos sistemas lógicos e de computação.

Não se trata de aspirar a uma sociedade celestial em que a harmonia entre os anjos é perfeita, antes dar expressão, e tão só, aos equilíbrios a que devem entender as relações em si mesmas. Por outras palavras, está-se perante a conceitualização entre o que consiste: uma IA de alto risco, um operador *frontend*, *backend*, entre outros, de forma a poder regular e apoiar o investimento tecnológico nos setores públicos e privados. Em outra esfera (desnivelada) encontram-se as pessoas lesadas, ou seja, os consumidores.

Nesta continuidade, pretende-se induzir que de facto estes sistemas de IA são uns simples mecanismos autónomos, e que com a atuação de um ser humano é possível criar uma lista anexa perentória que será indiscutível e elucidativa para todos os cidadãos.

Refuta-se, portanto, esta idealização uma vez que ainda nos apresentamos numa altura em que não só, o desenvolvimento de IA se encontra em expansão, mas também não se sabe ainda quais as suas implicações no quotidiano. Daí poder-se alegar que estes conceitos ou são muito generalistas ou insuficientes. Para além desta futura lista poder não abarcar todas as IA de alto risco, o cidadão com o seu desconhecimento na área da informática, bem como no direito, corre o risco de sair prejudicado aquando da eventualidade de se apurar qual a responsabilidade civil

de cada um dos intervenientes.

No referente à responsabilidade civil, na aceção do artigo 11.º da presente proposta de Resolução, existirá uma responsabilidade solidária assente numa ação de condenação que terá de ser proposta contra o operador do sistema de IA. E caso existam vários, como será o mais provável, haverá uma responsabilidade solidária, sem prejuízo do eventual direito de regresso.

Determina-se a responsabilidade como culposa ou objetiva que irá variar consoante estivermos perante uma IA de alto risco, em que é lhe aplicável o regime de responsabilidade civil objetiva.

Assim, apenas se questiona como é que um consumidor irá poder identificar uma IA de alto risco. A resposta a esta questão passa pela criação de uma lista anexa ao futuro regulamento, que estipula o regime de responsabilidade civil e desenvolvimento da IA, acerca de todos os sistemas de alto risco da IA, sendo atualizada e revista pelo menos a cada seis meses.

Nas outras situações não abarcadas, seguir-se-á nos termos de responsabilidade civil culposa, ao prever-se, desde logo, uma presunção da culpa do operador, de forma a proteger os utilizadores.

Este espectro regulatório visa o comportamento dos cidadãos ao alertar para potenciais vulnerabilidades e perdas de emprego, mas referindo, também, que serão criados bastantes postos de trabalho.

Certo é que em Portugal a chamada literacia digital na esfera do consumidor ainda se está a expandir. Qualquer consumidor é analisado através do histórico individual de cada utilizador. O algoritmo acaba por apresentar “em primeiro lugar” as suas preferências, nas páginas de internet, aplicações, entre outras, as suas “preferências”, limitando a liberdade de bens e serviços do consumidor e influenciando o seu consumo através de publicidade. De referir que, por exemplo, até o tempo que o utilizador fica a olhar para determinado bem ou serviço é calculado de forma a traçar o perfil de consumo e criar necessidades aparentes. Para além do mais, a taxa de cibercrime¹³ em Portugal tem aumentado estando um conjunto de informações disponíveis para regências ou *hackers*.

Para finalizar neste encadeamento, devido à complexidade do tema, é compreensível a demora da Comissão Europeia na criação de legislação. Mas, por outro lado, este é um tema que já perdura por muito tempo na nossa sociedade e que, até ao momento, ainda não há qualquer

¹¹ Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho. (21 de abril de 2021). *Regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e altera determinados atos legislativos da união*. [Consultado em 08/12/2022]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>.

¹² Rebelo, Diogo. (3 de agosto de 2021). “Parábola inconstitucional para o “ser” artificial”. Consultado em 08/12/2022. Disponível em: <https://observador.pt/opiniaoparabola-inconstitucional-para-o-ser-artificial/>.

¹³ Sapo. (24 de outubro de 2022). *Cipher alerta para o aumento do cibercrime em Portugal*. Consultado em 08/12/2022. Disponível em: <https://eco.sapo.pt/2022/10/24/cipher-alerta-para-o-aumento-do-cibercrime-em-portugal/>.

regulamentação existente acerca deste, tanto na União Europeia como em Portugal.

Da mesma forma que o Governo não só precisa de regulamentar a IA, como investir em projetos tecnológicos para que os algoritmos se consigam tornar cada vez mais eficazes nas questões sociais através do direcionamento de verbas e até pesquisas académicas.

3. Fundamentos do contrato de seguro

3.1 Breves noções do contrato de seguro

O direito dos seguros abarca vastas áreas de diversos e complexos domínios legais e estabelece fortes conexões com diversos ramos do direito, e, por conseguinte, alarga a influência aos mesmos. Temos, por exemplo, a influência no âmbito de direito dos consumidores.

Denote-se que o direito dos seguros é uma disciplina jurídica que regula as normas e os princípios associados aos contratos de seguro, ao avaliar os riscos potencialmente possíveis através de técnicas e perceções. Uma vez que, para além do lucro que se pretende obter, se quer, simultaneamente, uma efetiva garantia de eficácia em relação aos serviços que são prestados.

Na verdade, o contrato de seguro está circundado de normas regulares do Instituto de Seguros de Portugal e pelas Condições Gerais dos Seguros (CGS), usadas pelos seguradores, que restringem a liberdade de estipulação na celebração do contrato.

No âmbito do direito dos seguros, verifica-se uma extensão supletiva, ou seja, as partes gozam de uma liberdade contratual, ou seja, podem convencionar estipulações que só serão afastadas por cláusulas contrárias à lei.

Quanto à caracterização do contrato de seguro, é viável afirmar que este é um contrato sinalagmático, oneroso, consensual e aleatório. Para além do mais é um contrato típico e nominado.

No que concerne aos elementos essenciais de um contrato de seguro são particularidades atribuídas às características e generalidades do contrato. O risco e o interesse acabam por constituir um requisito de validade e eficácia contratual (artigo 43.º, n.º 1 da LCS) bem como na preservação e verificação da sua existência (artigo 110.º, n.º 1 da LCS). Ao obedecer às normas tipificadas, conclui-se que os inter-

venientes se afiguram por ser um elemento essencial do contrato, pois sem a existência de duas partes o contrato não se efetua.

Comumente, o contrato de seguro é celebrado entre dois sujeitos da relação jurídica, nomeadamente o segurador e o tomador de seguro, sendo que eventualmente possa dar-se a existência de uma terceira parte nesta relação jurídica. Designa-se tomador ou subscritor do seguro um sujeito que delega/confia e transfere o seu risco, encarregando-se do pagamento de uma quantia pecuniária, por outras palavras, “é aquele que contratou o seguro e deve cumprir as obrigações resultantes do contrato”¹⁴.

No que concerne ao indivíduo cuja esfera jurídica fica salvaguardada pelo seguro, sendo certo que pode coincidir ou não com o tomador, é o segurado.

De encontro com o explanado, José Correia esclarece-nos que o segurado “não é necessariamente o contraente, mas antes aquela pessoa em relação à qual a verificação da eventualidade significaria um prejuízo do qual fica a coberto graças ao direito a uma prestação que lhe advém pelo contrato”. O autor desfecha que o “segurado não é quem contrata o seguro, mas sim quem por ele fica coberto”¹⁵. Por conseguinte, a pessoa que se encarrega e reconhece o risco e recebe o pagamento é a empresa, entidade ou companhia de seguro. E caso ocorra algum sinistro, esse tal pagamento, em razão do tomador, designa-se como prémio e o segurador “ganha” quando não haja qualquer sinistro/ocorrência.

Deste modo, um contrato de seguro é celebrado pelo segurador e o tomador de seguro relativo a um certo risco que pode reportar-se ao tomador ou a outro indivíduo “cuja esfera jurídica é protegida”¹⁶.

Nesta continuidade, cumpre elucidar o beneficiário, que se designa como o sujeito singular ou coletivo (por exemplo uma entidade), a favor do qual se transfere a prestação dos capitais pagos pela seguradora.

Por norma, quem contrata um seguro será o signatário e o beneficiário. Mas, por exemplo, num seguro de vida, verifica-se a possibilidade de no caso de uma eventual invalidez no trabalho, ser o tomador a receber uma indemnização. Porém, na eventualidade do seu falecimento, quem o recebe é o sujeito identificado na apólice: o beneficiário do seguro. Não obstante, poder-se-á identificar também como interveniente o usufrutuário que é aquele que contrata e realiza um seguro, mas sobre um bem a que tem direito de gozo temporário ou que lhe é até plenamente alheio, porém com uma utilidade própria ou benefício.

¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08-05-2014, de Pedro Martins, processo n.º 2646/11.2TBSTS.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-5C30494691AE6B7180257CDE00485664>.

¹⁵ Correia, José. (1968). *Teoria da relação jurídica do seguro social*. Ano VII, n.º 27. Revista Estudos Sociais e Corporativos. Seguro Social, p. 169.

¹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-04-2015, de Maria Clara, processo n.º 294/2002.E1.S1, Consultado a 01/11/2021. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-EEA4A512BA8D1FD380257E27004E69ED>.

Por último, cumpre referir que o segurador pode ser representado por um mediador de seguros, que terá legitimidade para proceder à celebração de contratos em nome do segurador se este lhe conferir poder para o efeito (artigo 31.º da LCS). Caso isso não aconteça (o mediador de seguros celebrou um contrato, em representação do segurador sem poderes para tal), o segurador terá de retificar o contrato para que este se considere como válido.

Em síntese, no contrato de seguro poderão intervir uma pluralidade de sujeitos jurídicos como o tomador, o segurado e o segurador, o beneficiário e o usufrutuário, sendo que existe algum debate na doutrina jurídica portuguesa e mesmo alguma confusão acerca de alguma destas figuras, na medida em que o legislador optou por que haja uma dissociação entre o tomador e o segurado aquando da sua celebração do contrato.

3.2 Formação do Contrato

Na formação do contrato de seguro, procede-se a um enquadramento de deveres de informação a cargo de ambas as partes, havendo três categorias de deveres: de proteção, de informação e de lealdade.

Numa fase preliminar, verifica-se a possibilidade de alguma das partes ter uma conduta nociva e desviante, como, por exemplo, quebras de sigilo ou em atuações de concorrência desleal. Assim, em todos os momentos de celebração do contrato, o princípio da boa-fé deverá estar presente em ambas as partes.

De evidenciar que será necessário que as partes estejam na posse de todas as informações relevantes e conhecer o seu conteúdo. Não se considera legítimo uma das partes induzir em erro a contraparte, por ação ou por omissão, pois na fase pré-contratual encontra-se inerente uma relação de confiança e boa-fé.

À seguradora incumbe a obrigação de enviar a apólice ao tomador de seguro, quer através de meio eletrónico ou entrega em mão ao tomador de seguro (artigo 34.º da LCS), devendo o conteúdo ser aquele que as partes previamente acordaram com a seguradora (artigo 35.º da LCS). No caso de qualquer desconformidade, é estabelecido um prazo de trinta (30) dias para o término da apólice.

Por fim, o contrato seguirá o seu decurso do término e caducará após a observância do tempo de duração estipulado entre as partes. Contudo, o artigo 110.º vem consagrar a existência de algumas situações suscetíveis de originar a

caducidade. Nomeadamente, quando se verifique a extinção do risco ou perda de interesse.

Salvo se o tomador de seguro decidir a revogação do contrato de seguro, que poderá ocorrer a qualquer momento, desde que por acordo entre tomador e segurador (artigo 111.º, n.º 1 do LCS). Todavia, o n.º 2 do mesmo artigo estabelece uma exceção a este regime ao determinar que em determinadas situações é necessário o consentimento do segurado.

4. Contrato de seguro à distância: aspetos gerais

4.1 Contrato de seguro automatizado

Com o aparecimento da internet e o incremento da contratação eletrónica, os setores ditos mais “tradicionais” necessitam de proceder a uma adaptação em relação às novidades do “mundo moderno”. Sendo que esta “atualização” se verifica por ser mais rápida em alguns setores em comparação com outros.

No que respeita à modernização, no setor segurador, tem ocorrido de forma diferente em relação a outros setores de atividade. A aplicação das novas tecnologias neste setor tem-se vindo a fazer paulatinamente.

E, atualmente, “estamos numa indústria onde é muito importante a leitura e compreensão dos contratos e, portanto, as seguradoras têm de garantir que as pessoas sabem o que estão a comprar quando contratam um seguro online, pois o processo digital é, por vezes, demasiado rápido e impulsivo”¹⁷. Toda esta vaga de desenvolvimento veio contribuir para o aparecimento, numa primeira fase, dos denominados contratos de seguro automatizados.

Ao encontro com o supra exposto, surge o Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, alterado pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, em que no seu artigo 30.º¹⁸ prevê a “contratação sem intervenção humana”. E, de facto, cumpre elucidar que em qualquer contratação existem sempre declarações de vontade, em que só um sujeito em concreto possui essa vontade juridicamente relevante, e para o efeito uma máquina não lhe é atribuída, mas simplesmente será um meio de comunicação entre dois ou mais sujeitos.

Através da contratação à distância ou automatizada existe sempre a manifestação de vontade do consumidor. Daí o meio utilizado não ser uma nova “categoria contratual” por ter a presença física ou não das partes.

¹⁷ Jornal de Negócios. (16 de dezembro de 2021). *Liderança renova-se no setor segurador*. Consultado a 27/12/2021. Disponível em: <https://www.jornaldenegocios.pt/negocios-em-rede/ageas-seguros/ordens-profissionais/detalhe/lideranca-renova-se-no-setor-segurador>.

¹⁸ Prevê ainda que se aplicará um “regime comum” que deverá ser encarado no nexo do regime geral aplicado aos contratos e à celebração através de meios eletrónicos, como resulta do artigo 24.º do DL suprarreferido.

4.2 Contratos inteligentes versus Smart Contracts

A evolução tecnológica implicou a necessidade de adaptação das empresas e as seguradoras, de forma que estas conferissem uma possibilidade de celebrarem e procederem a todos os trâmites de um contrato de seguro sem a necessidade de sair de casa. Neste contexto um contrato de seguro abarca a possibilidade de uma contratação à distância de serviços.

Tal objetivo para ser alcançado ganha especial relevância com os *smart contracts* como meio de possibilitação de tal realidade.

Neste contexto poderá existir num primeiro ponto de vista, algum equívoco devido ao facto de os denominados *smart contracts*, na sua tradução literal para português, serem definidos como contratos inteligentes. Todavia, os mesmos implicam diferenças e, por isso, não deverão confundir-se. Os contratos inteligentes são aqueles que implicam a utilização de uma IA, e caracterizam-se por reduzir a intervenção humana, quer seja ao nível da interpretação das cláusulas contratuais, seja ao nível da utilização de protocolos próprios. Para além de serem contratos automatizáveis, não dependendo de uma manifestação de vontade de uma das partes com vista à efetivação do seu direito, ou mesmo do cumprimento/verificação de algum pressuposto.

Aos contratos inteligentes está inerente a sua exequibilidade automática, e mesmo que a tecnologia seja robusta o suficiente para permitir tal mudança, encontrar-se-ão inerentes custos de elaboração e manutenção elevados que seriam ineficientes nos contratos jurídicos tradicionais que pretende substituir.

Por sua vez, os denominados *smart contracts*, não fazem referência à necessidade de intervenção de uma IA ao longo do seu processo, sendo unicamente exigido, de forma imperativa, a existência de um programa informático que proceda à efetivação do acordo entre as partes. Por outras palavras, traduzem-se na simples execução de cláusulas por parte de um programa informático quando verificadas determinadas circunstâncias.

Face ao exposto, cumpre referir que até ao momento no setor segurador estes contratos inteligentes ainda não se afiguram como algo possível. Apenas a viabilidade de *smart contracts*, mas para a finalização do contrato encontra-se inerente um representante das seguradoras.

4.3 Ferramentas para contrato de seguro automatizado

Com a adoção de ferramentas disruptivas, verificou-se uma agilização, eficácia e eficiência por parte das seguradoras. A IA, em particular, já proporciona a formação de um conjunto de sistemas de avaliação mais eficazes, para além da execução de análises prospetivas.

O *Big Data* (BD)¹⁹ que, apesar de ser uma forma muito simplista, permite uma celeridade, um volume e uma multiplicidade de dados; concebe às seguradoras a comparação de dados dos seus clientes quer no que respeita à observação do comportamento do seguro como no que concerne aos dados de reclamações, subscrições, gerenciamento de riscos e tomada de decisões mais eficazes e rápida.

No entanto, o BD tem o seu reverso. Em vez de apenas ser utilizado para avaliar valores/dados, consegue interpretar, relacionar, definir as preferências do usuário, analisar o contexto socioeconómico e ser um sistema de recomendação que permite às seguradoras arrecadar um maior número de vendas de contratos de seguros.

Importa ainda considerar uma rede *blockchain* que disponibiliza informações imediatas e transparentes armazenadas e disponíveis pelos membros da rede autorizada. Para além do mais, viabiliza e acompanha pedidos, pagamentos, contas, produção entre outros.

A titulação do nome *blockchain* advém por consistir numa cadeia de blocos. "Cada bloco conterá um aglomerado de informação (data), um identificador do bloco (hash) e um hash associado ao bloco imediatamente anterior na cadeia. A única exceção é o bloco inicial que não terá o *hash* associado ao bloco imediatamente anterior na cadeia por tal não existir"¹⁹².

Estas transações exibem o movimento de um ativo, quer seja este tangível ou intangível (propriedade intelectual) existindo controvérsias quanto à utilização da rede *blockchain*, deteção de fraude e prevenção de risco, maior e melhor transparência para as seguradoras no registo e transações efetuadas na *blockchain*. Por conseguinte, se nenhum dado pode ser alterado depois da sua transação, promove-se e fomenta-se a segurança de dados.

A *blockchain* permite também a elaboração de contratos em código, e tudo o que nele constar será executado automaticamente nestes contratos inteligentes. Qualquer modificação poderá ser facilmente rastreada, identificando qual a veracidade do contrato em questão.

A *Internet of Things* (IoT) assenta na capacidade de os dispositivos se conectarem a uma rede que possibilita enviar,

¹⁹ Designado doravante por BD. Quanto a um exemplo simples deste sistema será a aplicação Youtube em que se têm acesso a variados vídeos assentes num conjunto de dados disponíveis para qualquer usuário.

transmitir e receber dados, tal como câmaras, aspiradores, televisões, entre muitos outros, ao facilitar a realização de qualquer tarefa.

Poder-se-á referir o Regulamento n.º 2015/758, que dispõe a obrigatoriedade de os novos carros produzidos estarem munidos de um dispositivo IoT para, na eventualidade de uma chamada de emergência, este estar acessível e promover a segurança dos condutores²⁰.

Existem várias possibilidades de aplicar o uso de redes IoT no nosso quotidiano, e também no setor segurador. No caso das casas inteligentes é possível usar esta tecnologia que permite administrar/gerir intrusos e alarmes de incêndio para casas, medição e recomendação inteligente do consumo de água, luz e gás, iluminação inteligente e termostatos, qualidade do ar, segurança física, bem como, por exemplo, uma chamada imediata em caso de qualquer incidente para a polícia ou corpo de bombeiros.

De seguida, a *Insurtech* que resulta da junção das palavras *insurance* (seguro) e *tech* (tecnologia). Referente à vantagem desta tecnologia disruptiva será a diminuição de custos pertencente aos prémios de seguro, facilitação no controlo de fraudes e reclamações. Encontrando-se, ao fim ao cabo, relacionada com as outras tecnologias já mencionadas (BD, IoT e *Blockchain*), melhorando a relevância dos serviços e produtos das seguradoras. Promovendo a sua digitalização. Para finalizar, os *Chatbots*, assentam em programas que viabilizam conversas inteligentes com qualquer ser humano, pelo que se deixa de verificar uma comunicação verbal de humano para humano, para passar a ser cada vez mais usual uma comunicação escrita entre humano e máquina. Por fim, será de notar que mesmo após esta crise provocada pela pandemia da Covid-19, que veio impulsionar o uso destas novas tecnologias, e mesmo após este contexto, o apoio e resiliência do mercado segurador verifica-se com a adoção destas novas tecnologias ao encontrarem-se operacionais para esta mudança. Para além de tudo isto, acompanham e estabelecem uma relação de confiança e transparência com os seus clientes.

5. Conclusão

Através das novas tecnologias geradas ao longo do tempo observaram-se mudanças: na sociedade, no Direito, nas novas formas de contratação, na esfera dos consumidores, assim como nos agentes económicos que se tiveram de adaptar a estas novas realidades, sendo o setor segurador um deles.

A IA assimila e alcança a compreensão de algum caso em concreto, atuando de maneira independente às condições inerentes à base de dados, agindo em conformidade com a lógica e tomada de decisão.

Tecnologias, como a IA, têm um enorme impacto na relação dos consumidores, quer na maneira como adquire um produto ou serviço, mas também como se explora e considera o serviço prestado favorecendo o aumento de lucros para o setor segurador.

Por outro lado, na ótica de uma seguradora, surgem potenciais diversificados como: o modo de celebração de um contrato de seguro; uma nova forma de gerenciar a bolsa de seguros; novos sistemas de oferta e garantia através, por exemplo, das aplicações e páginas Web²¹.

Correspondentemente, com as tecnologias na esfera contratual e no setor segurador viabilizou-se o auxílio na tomada de decisões, através de uma contribuição e eficácia organizacional. As seguradoras podem traçar um perfil do consumidor, relativo ao seu comportamento na aquisição de bens e serviços, a sua localização, entre outras informações, sobretudo quando o consumidor utiliza plataformas digitais, que tem por base uma IA que consegue conservar uma enorme quantidade de dados e assim calcular o risco e interesse do tomador de seguros. E, por outro lado, possibilitar um domínio sobre o consumidor.

O primeiro obstáculo quanto à utilização destas novas tecnologias, será o desemprego. Contudo, tanto as instâncias políticas nacionais como a União Europeia já se encontram a mobilizar esforços concluindo-se que o futuro reserva uma substituição de postos de trabalho através da requalificação.

Com o advento da utilização e implementação de sistemas de IA em empresas, governos, até ao cidadão comum conduziu-se ao acréscimo de potenciais crimes, através da prática ou atividade ilícita, tal como burlas informáticas, obtenções ilegítimas, modificação de dados, entre outros. Por outro lado, a viabilidade de celebração de um contrato de seguro à distância tornou-se real. De referir, que este não depende de forma especial (artigo 32º da LCS) apesar de existir a necessidade de este ter de ser redigido a escrito, mas para efeitos de prova (*ad probationem*).

Os contratos inteligentes são aqueles que implicam a utilização de uma IA e, por sua vez, os denominados *smart contracts*, consiste em um programa informático que promove a execução de um conjunto de cláusulas já pré-definidas aquando verificadas determinadas circunstâncias.

Face ao exposto, a interpretação, a elaboração, bem como

²⁰ Carvalho, Simone. (02 de abril de 2018). *Carros novos: eCall obrigatório. Saiba o que muda*. Observador. Consultado a 27/12/2021. Disponível em: <https://observador.pt/2018/04/02/carros-novos-ecall-obrigatorio-saiba-o-que-muda/>.

²¹ Que divulgam e ao mesmo tempo oferecem inúmeras vantagens para o consumidor, e mais riscos que acabam por ser transferidos para a seguradora.

as tomadas de decisões a cargo da IA ainda não se afiguram como possíveis. Apenas a viabilidade de *smart contracts*, mas para a finalização do contrato encontra-se inerente um trabalhador do setor segurador.

Porém, é de refletir que tanto os contratos inteligentes como os *smart contracts* acabam por ter implicações distintas. Ao direcionar para o primeiro modo de efetivar contratos, tanto na sua elaboração como ao término de um contrato, ficará o seu cumprimento e gestão a cargo da IA. Já os segundos, depende, desde já, da sua elaboração executada pelo operador de sistema informático que terá de ser exímio ao conter todas as possibilidades inerentes à celebração e pressupostos de um contrato de seguro. E por sua vez, do consumidor que na realização do contrato terá que ter a maior cautela na compreensão dos termos e se o contrato cumpre plenamente com a sua vontade pretendida. Pois ao não “selecionar” algum campo, poderá ter consequências no contrato em questão.

Neste seguimento, denota-se que não existe apenas uma IA para o gerenciamento de tudo o que é intrínseco ao setor segurador, existindo outras tecnologias pertinentes, tal como: a *blockchain* para o pagamento de seguros, a *lot* importante na transferência, a conservação e *check-up* de dados, e por fim o BD que consegue interpretar, relacionar, definir as preferências do usuário concebe às seguradoras a comparação de dados dos seus clientes quer no que respeita à observação do comportamento do seguro como no que concerne aos dados de reclamações, subscrições, gerenciamento de riscos e tomada de decisões mais eficazes e rápida.

Poderá referir-se que todas estas tecnologias permitem simplificar e auxiliar todo o processo da área seguradora, todavia terá como reverso o facto de se restringir a relação entre o consumidor e a seguradora.

Para terminar, considera-se que por parte das seguradoras deverá haver uma promoção e divulgação das vantagens do uso desta tecnologia na esfera do consumidor, bem como a necessidade de construir uma visão mais estratégica e completa de *marketing*, na divulgação das redes sociais e canais televisivos. Bem como, existir uma maior transparência das companhias e instituições que utilizam este tipo de tecnologia e como o processo de tomada de decisão da IA se baseia explicitando aos consumidores, concretamente, quais os factos que levaram aos seus juízos finais. E não esperar que seja o consumidor a efetivar uma reclamação, levando a mais demora nos processos e constrangimento para este.

Bibliografia

Bostrom, N. (2017). *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*. Oxford University Press.

Carvalho, S. (02 de abril de 2018). *Carros novos: eCall obrigatório. Saiba o que muda*. Observador. Disponível em: <https://observador.pt/2018/04/02/carros-novos-e-call-obrigatorio-saiba-o-que-muda/>.

Correia, J. (1968). *Teoria da relação jurídica do seguro social*. Ano VII, n.º 27. Revista Estudos Sociais e Corporativos. Seguro Social.

Oliveira, A. (2019). *A Inteligência Artificial*. Edição eBook: Guidesign.

Searle, J. (2018). *Mente, Cérebro e Ciência - Edição em Português*. Edições: 70. Edição: Reimpressão 2020 da 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.

Fontes Eletrónicas

El País. (13 de maio de 2022). *Igualdad algorítmica*. Consultado em 08/06/2021. Disponível em: https://elpais.com/opinion/2022-05-13/igualdadalgoritmica.html?rel=buscador_noticias.

Jornal de Negócios. (16 de dezembro de 2021). *Liderança renova-se no setor segurador*. Disponível em: <https://www.jornaldenegocios.pt/negocios-em-rede/ageas-seguros/ordensprofissionais/detalhe/lideranca-renova-se-no-setor-segurador>.

Mandim, D. (15 de outubro de 2019). *A Inteligência Artificial ao serviço da Justiça. Pode haver um juiz-robô?*, Disponível em: <https://www.dn.pt/pais/ainteligencia-artificial-ao-servico-da-justica-pode-haver-um-juiz-robo--11408704.html>.

Melo, J. (21 de novembro de 2018). *Inteligência artificial bate 20 advogados em testes de revisão de contratos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov21/inteligencia-artificial-bate-20-advogados-revisao-contratos>.

Observador. (19 de junho de 2017). *Dubai tem robôs a trabalhar em conjunto com polícias*. Consultado em 09/12/2022. Disponível em:

<https://observador.pt/2017/06/19/dubai-tem-robots-a-trabalhar-em-conjunto-com-policias/> .

OECD (07-07-2020). *Ação urgente necessária para impedir que a crise do emprego se torne uma crise social*. consultado em 28/06/2021, disponível em:

<<https://www.oecd.org/newsroom/acao-urgente-necessaria-para-impedir-que-a-crise-do-emprego-se-torne-uma-crise-social.htm> > .

O guardião. (15 de junho de 2022). Engenheiro do Google diz que inteligência artificial da empresa ganhou vida. Disponível em: <https://guardiao-ao.com/2022/06/15/engenheiro-do-google-diz-que-inteligencia-artificial-da-empresa-ganhou-vida/>.

Parlamento Europeu. (20 outubro de 2020). *Regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PT.html .

Parlamento Europeu. (20 de maio de 2021). *Regular a Inteligência Artificial na UE: as propostas do Parlamento*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20201015STO89417/regular-a-inteligenciaartificial-na-ue-as-propostas-do-parlamento> .

Rebello, D. (3 de agosto de 2021). *“Parábola inconstitucional para o “ser” artificial”*. Consultado em 08/12/2022. Disponível em:

<https://observador.pt/opiniao/parabola-inconstitucional-para-o-ser-artificial/> .

Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho. (21 de abril de 2021). *Regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e altera determinados atos legislativos da união*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN> .

Sapo. (24 de outubro de 2022). *Cipher alerta para o aumento do cibercrime em Portugal*. Disponível em: <https://eco.sapo.pt/2022/10/24/cipher-alerta-para-o-aumento-do-cibercrime-em-portugal/> .

Sarlin, J. (3 de maio de 2021). *EUA: Polícia prende inocente a partir de sistema de reconhecimento facial*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/sistema-de-reconhecimento-facial-enviou-este-homem-inocente-para-a-prisao/>

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08-05-2014, de Pedro Martins, processo nº 2646/11.2TBSTS. P1. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/5C30494691AE6B7180257C-DE00485664> .

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-04-2015, de Maria Clara Sottomayor, processo n.º 294/2002.E1.S1. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/EEA4A512BA8D1FD380257E-27004E69ED> .

O Processo de Insolvência e o (“Novo”) PER: O que muda com a Lei n.º 9/2022 de 11 de janeiro?

The Insolvency Proceeding and the (“New”) SRP:
What will change with the Law no. 9/2022 of the 11th January?



Alexandra Coutinho^{*a} e Rita Ferreira da Silva^{*b}

^{*a} Mestre em Solicitoria pelo ISCAC, Coimbra, Portugal; Solicitadora, Mediadora de Recuperação de Empresas. alexandra.pcoutinho@gmail.com.

Código ORCID: 0009-0004-5183-3958

^{*b} Doutora em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; Advogada, Docente convidada do Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, Coimbra Business School, Coimbra, Portugal. rsilva@iscac.pt.

Código ORCID: 0000-0003-1923-079X

Resumo A Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, estabeleceu medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento, transpôs a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, e alterou o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, o Código das Sociedades Comerciais, o Código do Registo Comercial e legislação conexas. No presente texto analisamos algumas das alterações introduzidas no âmbito do Processo Especial de Revitalização (PER).

Palavras-chave: Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro. Processo Especial de Revitalização (PER).

Abstract Law nº 9/2022, of January 11th, established measures to support and streamline company restructuring processes and payment agreements, transposed Directive (EU) 2019/1023, of the European Parliament and of the Council, of June 20, 2019, and amended the Insolvency and Company Recovery Code, the Commercial Companies Code, the Commercial Registry Code and related legislation. In this text we analyze some of the alterations introduced under the Special Revitalization Process (PER).

Keywords: Law nº 9/2022, of January 11th. Special Revitalization Process (PER).

Sumário: 1. Enquadramento. 2. Análise de algumas das alterações ao Processo Especial de Revitalização. 3. Conclusões.

1. Enquadramento

A Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, estabeleceu medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento, transpôs a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, e alterou o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, o Código das Sociedades Comerciais, o Código do Registo Comercial e legislação conexas.

Nos últimos dois anos, o nosso país e o mundo viram-se a braços com a pandemia originada pela doença COVID-19, a qual trouxe como consequências, além das de natureza pessoal e social, inúmeras contingências de cariz económico.

De facto, a própria pandemia e as medidas implementadas, designadamente os confinamentos e as demais restrições à liberdade de circulação de pessoas e bens que outrora conhecemos e que demos como adquiridas, causaram consequências na atividade económica das pessoas singulares e das empresas, levando a que uma parte das famílias e das entidades empresariais entrassem em situação de dificuldade económica. Tais dificuldades financeiras provocam impactos diretos na economia e na justiça, designadamente com o aumento das pendências nos Tribunais.

O Governo, em cumprimento do previsto no “Plano de Recuperação e Resiliência”¹, relativo, especificamente, à Justiça Económica e Ambiente de Negócios², apresentou à Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 115/XV/3.³, que, de acordo com a sua exposição de motivos, no essencial, visava conferir maior celeridade aos processos de insolvência e de recuperação de empresas, tornando, assim, o sistema de justiça económica mais eficaz em benefício de empresas, trabalhadores e credores.

Simultaneamente, a proposta de lei visava, igualmente, transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, sobre os regimes de reestruturação

preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, introduzindo relevantes alterações no regime vigente do Processo Especial de Revitalização, bem como no instituto da exoneração do passivo restante, garantindo de forma mais rápida o acesso dos devedores insolventes, que sejam pessoas singulares, a uma “segunda oportunidade”, com o encurtamento do período de cessão do rendimento disponível.

Com efeito, de acordo com a então Sr.ª Ministra da Justiça, a propósito da referida Proposta de Lei n.º 115/XV/3.³ que antecedeu a Lei n.º 9/2022 de 11/01, a mesma estruturava-se em três pilares fundamentais: i) a execução de medidas do Plano de Recuperação e Resiliência, concretamente a Componente 18 do PRR, intitulada “Justiça Económica e Ambiente de Negócios” e que visa simplificar a tramitação dos processos de insolvência e de recuperação; ii) a transposição de Diretiva da União Europeia (UE) sobre a reestruturação preventiva e o perdão de dívidas; iii) a introdução de algumas normas que clarificam aspetos processuais ou aspetos substantivos sobre os quais entendia-se haver imprecisão na lei ou necessidade de intervenção em função de decisões já tomadas, nomeadamente pelo Tribunal Constitucional³.

No que diz respeito à Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019 que, em primeira linha, é transposta pela Lei n.º 9/2022 de 11/01, trata-se de uma Diretiva sobre reestruturação e insolvência que se divide em seis títulos: disposições gerais (artigos 1.º e 2.º da Diretiva); regimes de reestruturação preventiva (artigos 3.º a 19.º da Diretiva); perdão de dívidas e inibições (artigos 20.º a 24.º da Diretiva); medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas (artigos 25.º a 28.º da Diretiva); acompanhamento dos processos relativos à reestruturação, à insolvência ao perdão de dívidas (artigos 29.º e 30.º da Diretiva) e disposições finais (artigos 31.º a 35.º da Diretiva).

De acordo com o considerando 8 de tal diretiva, o seu objetivo é atingir “um maior grau de harmonização dos vários processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao

¹ O Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) é um programa de aplicação nacional, com um período de execução até 2026, que visa implementar um conjunto de reformas e investimentos destinados a repor o crescimento económico sustentado, após a pandemia causada pela COVID-19, reforçando o objetivo de convergência com a Europa ao longo da próxima década. O Conselho Europeu criou o Next Generation EU, um instrumento de mitigação do impacto económico e social da crise, contribuindo para assegurar o crescimento sustentável de longo prazo e responder aos desafios da dupla transição climática e digital. Este instrumento contém o Mecanismo de Recuperação e Resiliência onde se enquadra o PRR, um plano de investimentos assente em três dimensões estruturantes: Resiliência; Transição Climática; Transição Digital – In <https://recuperarportugal.gov.pt/>

² “C18: Justiça Económica e Ambiente de Negócios: Reduzir a carga administrativa e regulamentar sobre as empresas, através da redução de obstáculos setoriais ao licenciamento e aumentar a eficiência dos tribunais administrativos e fiscais. Robustecer e tornar mais eficientes as relações dos cidadãos e empresas com o Estado e reduzir os encargos e complexidades que inibem a atividade empresarial e assim impactam sobre a produtividade. Com esta componente pretende-se a diminuição da carga administrativa e regulamentar enfrentada pelas empresas, através da redução de obstáculos setoriais ao licenciamento e aumento da eficiência dos Tribunais.” – In <https://recuperarportugal.gov.pt/justica-economica-e-ambiente-de-negocios-c18/>

³ Conferência: O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento e do Conselho, em 17/11/2021.

perdão de dívidas, que dariam azo a condições desiguais de acesso ao crédito e a diferentes taxas de recuperação de créditos nos Estados-Membros.

Neste âmbito, na opinião de Catarina Serra, a Diretiva dirige-se, preferencialmente, à reestruturação extrajudicial⁴. Contudo, o legislador português concentrou-se no PER, não prevendo alterações ao Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE), não obstante este ser o regime que mais se aproxima do modelo subjacente à Diretiva, isto é, que mais se concilia com o espírito aí dominante.

De facto, a Lei n.º 9/2022 de 11/01, pese embora proceda à alteração de cerca de cinquenta artigos do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, as alterações introduzidas ao Processo Especial de Revitalização apresentam-se contundentes, levando mesmo muitos autores a questionar se não se tratará de um “Novo” PER⁵.

E isto, porquanto, uma das alterações mais significativas provém de uma nota inovatória da Diretiva, introduzida no ordenamento jurídico português através da citada Lei n.º 9/2022 de 11/01, que consiste na obrigação de criação de regras que obriguem à classificação dos credores afetados pelo plano de recuperação em categorias distintas, em função da existência de suficientes interesses comuns. E, em consequência, surgem novas regras de formação de maiorias de aprovação do plano de recuperação.

Em nosso entender, pese embora a relevância de tais alterações, o núcleo essencial e o paradigma do PER mantiveram-se, pelo que entendemos que não estamos perante um novo Processo Especial de Revitalização.

2. Análise de algumas das alterações ao Processo Especial de Revitalização

No que diz respeito ao PER especificamente, face ao cunho fraturante relativamente à redação anterior, é possível dividir, na opinião de Catarina Serra⁶, as áreas de intervenção legislativa em cinco grandes grupos: a formação de categorias e a aprovação do plano (*vide* artigos 17.º-C, n.º 3, al. d), e 17.º-F, n.º 5, al. a)); os novos poderes-deveres do

juiz em matéria de homologação do plano (artigos 17.º-F, n.º 7) e, em especial, o controlo judicial da viabilidade do plano (artigos 17.º-F, n.º 7, al. g)); os efeitos processuais (a chamada “*suspensão das medidas executivas*”) (artigos 17.º-E, n.ºs 1 a 8 e n.º 9, als. a) e b)); os efeitos substantivos ou efeitos sobre os contratos (conformação e execução dos contratos), incluindo os efeitos relativos aos negócios em curso ou sobre os denominados “*contratos executórios essenciais*” (artigos 17.º-E, n.º 9, al. c), e n.ºs 10 a 12) e o regime das cláusulas *ipso facto* (cfr. art. 17.º-E, n.º 13); e as garantias ao financiamento para a reestruturação (novo financiamento e financiamento intercalar) (cfr. art. 17.º-H).

Relativamente ao regime de formação de categorias que resulta do novo artigo 17.º-C, n.º 3, al. d), e n.º 4, e convoca, principalmente, o disposto nos arts. 2.º, n.º 1, 2) e 3), e 9.º e nos considerandos 43 a 47 e 58 da Diretiva, parece-nos relevante atentar ao conceito de categoria consagrado no considerando 44 da Diretiva: “*o agrupamento de partes afetadas para efeitos da adoção de um plano de modo a refletir os direitos e o grau de prioridade dos seus créditos e interesses*”.

Acresce que, a formação de categorias é pressuposto daquilo que na Diretiva se designa como “*reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores*” (também conhecido como “*cross-class cram-down*”), ou seja, a imposição do plano a categorias discordantes, verificadas certas condições, através da sua homologação judicial, sem prejuízos dos Estados-Membros poderem exigir uma maioria em cada categoria.

Assim, determina o atual artigo 17.º-C, n.º 3, al. d), do CIRE que a empresa – com exceção das micro, pequenas e médias empresas, na aceção definida no anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 06 de novembro – apresente no tribunal uma proposta de classificação dos credores que sejam afetados pelo PER por categorias, tal como definidos no artigo 47.º, n.º 4, do CIRE⁷.

Para além disso, a empresa pode, querendo, identificar os interesses comuns, enunciando o legislador, de forma exemplificativa, alguns desses interesses (trabalhadores, sócios, credores públicos, entidades bancárias financiadoras da empresa, fornecedores de bens e serviços).

Contudo, nem sempre se mostra fácil identificar – sem

⁴ SERRA, Catarina (2021). Conferência: O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento e do Conselho, em 17/11/2021.

⁵ Tais como, SILVA, Fátima Reis e MARTINS, David Sequeira. (2021). Conferência: O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento e do Conselho, em 17/11/2021.

⁶ Conferência: O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento e do Conselho, em 17/11/2021.

⁷ N.º 4 do artigo 47.º do CIRE: Para efeitos deste Código, os créditos sobre a insolvência são: a) «Garantidos» e «privilegiados» os créditos que beneficiem, respetivamente, de garantias reais, incluindo os privilégios creditórios especiais, e de privilégios creditórios gerais sobre bens integrantes da massa insolvente, até ao montante correspondente ao valor dos bens objeto das garantias ou dos privilégios gerais, tendo em conta as eventuais onerações prevaletentes; b) «Subordinados» os créditos enumerados no artigo seguinte, exceto quando beneficiem de privilégios creditórios, gerais ou especiais, ou de hipotecas legais, que não se extingam por efeito da declaração de insolvência; c) «Comuns» os demais créditos.

litígio – esses mesmos interesses. Atente-se, por exemplo, à situação entre trabalhador ou prestador de serviço, em que pode existir posição distinta quanto à natureza do contrato (de trabalho ou de prestação de serviço) entre as partes, que terá consequências quanto à classificação do respetivo crédito.

Desta forma, concluímos que o nosso ordenamento jurídico permite destringir as micro, pequenas e médias empresas das grandes empresas no que se refere à apresentação ou não de proposta de classificação de credores e, consequentemente, ao método de cálculo da votação do plano de revitalização.

Assim as micro, pequenas e médias empresas – que são a grande maioria das empresas portuguesas – estão dispensadas da classificação por categorias, o que determina que a aprovação do plano de revitalização destas se faça por maioria de créditos, em duas fórmulas possíveis, com ponderação dos créditos subordinados e não subordinados.

A aprovação do plano das grandes empresas ocorre, nos termos do n.º 5 do artigo 17.º-F, não só quando obtém o voto favorável de todas as categorias formadas (regra de aprovação *stricto sensu*) (*vide* artigo 17.º-F, n.º 5, al. a), i)), mas também quando obtém o voto favorável da maioria das categorias e pelo menos uma delas é uma categoria de credores garantidos (*vide* artigo 17.º-F, n.º 5, al. a), ii)) ou, quando não existam categorias de credores garantidos, pelo menos uma delas é uma categoria de credores não subordinados (artigo 17.º-F, n.º 5, al. a), iii)) ou ainda, em caso de empate, quando obtém o voto favorável de pelo menos uma categoria de credores não subordinados (artigo 17.º-F, n.º 5, al. a), iv)).

Conforme resulta desta breve abordagem das alterações mais significativas do PER, é patente que se tratam de alterações expressivas e que, pese embora perspetivem a agilização da tramitação processual e, consequentemente, da revitalização das empresas, a verdade é que, na nossa opinião, tratam-se de normas legais excessivamente longas, que se desenrolam em vários números e, depois, em várias alíneas e subalíneas, o que não contribui para a sua interpretação e aplicação assertiva e consentânea com o espírito da Lei.

Com efeito, tais modificações têm impacto, desde logo, na atividade do administrador judicial provisório. Neste

sentido, atendendo às alterações a que vimos aludindo, o legislador consignou no artigo 17º-D, n.º 3 que o administrador judicial provisório elabora, no prazo de 5 dias, uma lista provisória de créditos, indicando, quando aplicável, a classificação dos créditos de acordo com a proposta da empresa, nos termos da al. d) do n.º 3 do artigo 17º-C.

Por seu turno, o legislador consagrou diversas situações de suspensão por um determinado período de tempo de medidas de execução contra a empresa, designadamente de impedimento de instauração de ações executivas para cobrança de créditos ou sua tramitação.

Tendo o legislador consagrado a impossibilidade de os credores recusarem cumprir, resolver, antecipar ou alterar unilateralmente contratos executórios essenciais em prejuízo da empresa quanto a dívidas constituídas antes da suspensão, se o único fundamento for o de não pagamento das mesmas. Uma vez que de outro modo o seu não cumprimento ou resolução ou antecipação ou alteração unilateral poderia colocar – e nalguns casos colocaria – a empresa em situação de paralisação da sua atividade.

Para além disso, o legislador consagrou a nulidade de cláusula contratual que atribuía o valor de uma condição de resolução do negócio ou um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia do contrato, por exemplo, ao pedido de abertura de um processo especial de revitalização.

Por seu turno ainda, quanto ao conteúdo do plano⁸, dispõe o artigo 17º-F, n.º 4 que, uma vez concluída a votação⁹ com a aprovação unânime de plano de recuperação conducente à revitalização da empresa, em que intervenham todos os seus credores, este é de imediato remetido ao processo, para homologação ou recusa do mesmo pelo juiz nos termos do n.º 7, acompanhado da documentação que comprova a sua aprovação, atestada pelo administrador judicial provisório nomeado, e do seu parecer fundamentado sobre se o plano apresenta perspetivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa ou de garantir a viabilidade da mesma, produzindo tal plano de recuperação, em caso de homologação, de imediato, os seus efeitos.

As custas do processo de homologação são da responsabilidade da empresa (cfr. artigo 17º-F, n.º 12).

⁸ De acordo com o artigo 17.º - F, com a epígrafe “Conclusão das negociações com a aprovação do plano de recuperação conducente à revitalização da empresa”, no seu n.º 1, pretende-se que a proposta de plano seja completa e capaz de possibilitar a todos os intervenientes uma posição quanto à sua exequibilidade (ou não).

⁹ Dispõe o artigo 17º-F n.º 6 que a votação efetua-se por escrito, aplicando-se-lhe o disposto no artigo 211.º, com as necessárias adaptações. Cada um dos votos é remetido ao administrador judicial provisório, que os abre em conjunto com a empresa e elabora um documento com o resultado da votação. O resultado da votação apurado é remetido de imediato ao tribunal, acompanhado do parecer fundamentado do administrador judicial provisório sobre se o plano apresenta perspetivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa ou de garantir a viabilidade da mesma.

Em conformidade com o disposto no artigo 17º-G, nºs 1, 3 a 9, caso a empresa ou alguma das maiorias dos credores previstas nas alíneas a) a c) do n.º 5 do artigo 17º-F concluam antecipadamente não ser possível alcançar acordo, ou caso seja ultrapassado o prazo previsto no n.º 7 do artigo 17º-D, o processo negocial é encerrado, devendo o administrador judicial provisório comunicar tal facto ao processo, se possível por meios eletrónicos, e publicitado no portal CITIUS.

Face ao encerramento do processo negocial pelas razões elencadas e de acordo com a mesma norma, caberá ao administrador judicial provisório, após ouvir a empresa e os seus credores, emitir sobre se a empresa se encontra em situação de insolvência.

Neste sentido, de acordo com o n.º 4 do mesmo preceituado legal, quando o administrador judicial provisório concluir que a empresa ainda não se encontra em situação de insolvência, o encerramento do processo especial de revitalização acarreta a extinção de todos os seus efeitos.

Por seu turno, determina o n.º 5 que quando o administrador judicial provisório concluir pela insolvência da empresa, a secretaria do tribunal notifica a empresa para, em cinco dias, se opor, por mero requerimento.

Verificando-se que a empresa se opõe, o juiz determina o encerramento e arquivamento do processo, que acarreta a extinção de todos os seus efeitos (n.º 6). Todavia, a não oposição por parte da empresa irá acarretar a insolvência, a qual deverá ser declarada pelo juiz no prazo de três dias úteis, sendo o processo especial de revitalização apenas ao processo de insolvência (n.º 7).

Neste caso – declaração de insolvência na sequência da não homologação de plano de recuperação – as despesas e a remuneração do administrador judicial provisório não pagas (dado serem uma responsabilidade da empresa, exceto se a mesma beneficiar de proteção jurídica na modalidade de dispensa do pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo) são créditos sobre a insolvência (artigo 17º-C, nº 7).

3. Conclusões

As alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, ao Código da Insolvência e Recuperação de Empresas no que ao Processo Especial de Recuperação de Empresas diz respeito são, em nosso entender, sem sombra de

dúvida, relevantes. Contudo, pese embora tais alterações, entendemos que o paradigma e o seu núcleo essencial se mantiveram, não estando, por isso, perante um “novo” PER.

Para além disso, tais alterações poderão, em nosso entender, não ter um impacto significativo na tramitação geral do PER nos tribunais. Com efeito, a alteração mais significativa diz respeito à inserção de um novo critério de classificação dos credores por categorias e a consequente “*cross-class cram-down*”, no entanto, apenas obrigatória para as grandes empresas. Por esta razão e atendendo a que, *grosso modo*, a grande maioria das empresas no nosso país são pequenas e médias, de acordo com a definição prevista no anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, tais alterações poderão não ter um efeito prático significativo no procedimento de votação dos processos especiais de revitalização.

Bibliografia

Legislação

Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019

Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro

Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março

Decreto-Lei n.º 262/86, de 02 de setembro

Decreto-Lei n.º 403/86, de 03 de dezembro

Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro

Outras fontes

Proposta de Lei n.º 115/XV/3.^a

Plano de Recuperação e Resiliência *in* <https://recuperarportugal.gov.pt/>

Martis, D. S. (2021). Conferência: O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento e do Conselho,

em 17/11/2021.

Serra, C. (2021). Conferência: O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento e do Conselho, em 17/11/2021.

Silva, F.R. (2021). Conferência: O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento e do Conselho, em 17/11/2021.

Silva, F.R. (2021). *Insolvência e recuperação de empresas – Novas questões e tendências jurisprudenciais*. Formação *on-line* ministrada pela CAAJ – Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça.

O Processo Especial de Tutela da Personalidade: pressupostos, tramitação e urgência

The Special Process of Tutelage: Assumptions, Proceeding and Immediacy



Márcia Passos*

* Advogada, Mestre em Direito (UP), Especialista em Direito (IP-Porto), Professora Convidada ISAG – European Business School – Instituto Superior de Administração e Gestão do Porto, Doutoranda em Direito (UCP).

Código ORCID: 181B-CECI-776A

Resumo O acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva é um princípio constitucional que impõe ao Estado que assegure aos cidadãos os procedimentos judiciais aptos a alcançar uma tutela efetiva e célere contra ameaças ou violações dos respetivos direitos, liberdades e garantias. O processo especial de tutela da personalidade é, desde a reforma do processo civil de 2013, o primeiro dos processos especiais (cfr. artigo 878.º do CPC). Aquele que, antes da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, era um processo de jurisdição voluntária com a designação de tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial, passa a constar do elenco dos processos especiais de jurisdição contenciosa (cfr. artigo 879.º, n.º 5, do CPC). Trata-se de um processo que visa obter, de forma célere, as providências que se afigurem concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ou a fazer cessar os efeitos de ofensa já cometida. Além disso, o processo de tutela da personalidade prevê, em si mesmo, a possibilidade de ser proferida uma decisão provisória, irrecurável, sujeita a posterior confirmação no próprio processo. O texto que ora se apresenta pretende analisar a tramitação processual do processo especial da tutela da personalidade, de modo a contribuir para uma melhor perceção do mesmo, nomeadamente no que respeita às suas características de urgência.

Palavras-chave: Tutela da personalidade. Processo especial. Celeridade. Urgência. Decisão provisória.

Abstract The access to the law and to effective judicial protection is a constitutional principle that requires the State to ensure that citizens have the appropriate judicial procedures to achieve effective and rapid protection against threats or violations of their rights, freedoms and guarantees. Since 2013, with the civil procedure reform, the special procedure for the protection of personality has been the first of the special procedures (article 878.º of CPC). This process, before Law No. 41/2013 of 26 June, was a process of voluntary jurisdiction with the designation of guardianship of personality, name and confidential correspondence, but now it is included in the list of special proceedings of contentious jurisdiction (article 879.º, number 5, of CPC). This is a process which aims to obtain, in a swift manner, the measures which appear to be concretely adequate to avoid the consummation of any threat or to cease the effects of an offence that has been already committed. In addition, the process for the protection of personality provides itself the possibility of a provisional unappealable decision, subject to subsequent confirmation in the process itself. This text aims to analyse the procedural procedure of the special process for the protection of personality in order to contribute to a better understanding of it, particularly regarding to its characteristics of urgency.

Keywords: Protection of personality. Special procedure. Celerity. Urgency. Interim decision

Sumário: 1. Tutela da personalidade enquanto função do Estado. 1.1 O princípio da celeridade processual. 1.2 De processo de jurisdição voluntária a processo de jurisdição contenciosa. 2. Tutela da personalidade: pressupostos e tramitação processual. 2.1 Pressupostos. 2.2 Tramitação processual. 2.3 A decisão provisória no processo de tutela da personalidade: suas características. Conclusão.

1. Tutela da personalidade enquanto função do Estado

Ao Estado compete garantir os direitos e liberdades fundamentais¹, cumprindo-lhe assegurar a todos o “acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”². Acresce que resulta também de um imperativo constitucional que “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”³.

É, assim, claro que a tutela dos direitos, concretamente a tutela da personalidade, objeto da nossa análise, é garantida, conforme resulta do artigo 70.º do Código Civil (CC), não só através da consagração legal da proteção dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, mas também através da criação de instrumentos legais que possibilitem que a pessoa ameaçada ou ofendida possa requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. E isto, independentemente da responsabilidade civil a que porventura haja lugar.

Na verdade, referindo-se à razão de ser das providências adequadas a garantir a efetivação dos direitos da personalidade, diz Rabindranath Capelo de Sousa que “Entre os pressupostos comuns de tais providências ... em primeiro lugar, exige-se a verificação de um facto jurídico voluntário e ilícito, mais concretamente, de um facto dominável ou controlável pela vontade do violador e contrário aos seus deveres de abstenção e, em certos casos, de acção, face à personalidade de outrem”⁴.

No que concerne aos indicados instrumentos, os mesmos devem estar consagrados na lei adjetiva⁵, sendo que é esta

que está ao serviço da efetivação dos direitos, em caso de violação ou ameaça de violação. A necessidade de efetivação da tutela dos direitos assume maior relevância quando o que está em causa são ofensas ou ameaças a direitos de personalidade, exigindo-se ao Estado uma maior eficácia e celeridade na proteção de tais direitos.

1.1 O princípio da celeridade processual

A tutela efetiva e em tempo útil, conforme consta do desígnio constitucional, só é alcançável se a decisão que se pretende alcançar for proferida num prazo que se considere razoável⁶. A razoabilidade da duração de um processo judicial afere-se em função de cada causa e depende de múltiplos fatores, como a complexidade do objeto do litígio, dos interesses em jogo, dos articulados das partes e dos meios de prova que apresentam, da produção de prova, entre outros. Ao juiz, conforme dispõe o artigo 6.º, no cumprimento do dever de gestão processual, compete “dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”.

A propósito do princípio da celeridade processual, refere Manuel de Andrade que o mesmo assenta em três ordens de razões: “a) Para o vencedor, a própria utilidade económica da decisão final resulta gravemente comprometida se o processo se arrastou por longo tempo antes de se chegar a essa decisão... b) Para o próprio vencido, a demora na decisão pode importar um sacrifício acrescido, pela prolongação do estado de incerteza consequente do litígio... c) O efeito psicológico e social da decisão, ainda que justa (...), perde-se em grande parte quando ele só chega ao fim de muito tempo”.

Apesar do exposto e das evidentes razões que justificam

¹ Artigo 9.º, alínea b) da Constituição da República Portuguesa (CRP) e artigo 2.º do CPC.

² Artigo 20.º, n.º 1 da CRP.

³ Artigo 20.º, n.º 5 da CRP.

⁴ O Direito Geral de Personalidade, reimpressão, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, janeiro 2011, pg. 472.

⁵ Artigo 2.º do CPC.

⁶ Ciente de que a Justiça tardia não é Justiça, o Infante D. Pedro escrevia ao Rei D. Duarte, seu irmão que “aquelles que tarde vencem, ficam vencidos, in J.P. Oliveira Martins, Os Filhos de D. João I, Clube do Autor, 2022.

o respeito por este princípio, não deixa o mesmo autor de realçar que não se deve exagerar na “preocupação de celeridade” referindo que “A rapidez na tramitação do processo não deve ir até ao ponto de comprometer seriamente o acerto da decisão. Um ritmo processual trepidante prejudica a ponderação das partes (com seus advogados) no alegar, provar e discutir, e a do próprio tribunal no julgar”⁷. Terão sido tais preocupações, de celeridade e atenta a natureza dos direitos de personalidade, que determinaram a consagração no CPC de 2013 de um processo especial, precisamente o processo de tutela da personalidade. Corroboramos, pois, o entendimento de Abílio Neto, quer quando afirma que este processo como uma manifestação do cumprimento ao aludido desígnio constitucional - “Na Reforma/2013 do CPC foi dado cumprimento à mencionada imposição constitucional ao criar um processo especial de jurisdição contenciosa destinado à “tutela da personalidade”, em substituição do anterior processo de jurisdição voluntário de “tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial”⁸ - quer quando anui ao entendimento de Lopes do Rego ao referir que “Foi essa, aliás, a intenção do legislador ao criar este “procedimento urgente – autónomo e auto-suficiente – destinado a possibilitar a obtenção de uma decisão particularmente célere que, em tempo útil, assegure a tutela efectiva do direito fundamental de personalidade dos entes singulares”⁹.

1.2 De processo de jurisdição voluntária a processo de jurisdição contenciosa

As alterações introduzidas no Código do Processo Civil (doravante, CPC) pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, trataram a tutela da personalidade como um processo especial de jurisdição contenciosa, retirando-a, assim, do conjunto dos processos de jurisdição voluntária onde até então se encontrava. Importa ainda dizer que os artigos 1474.º e 1475.º do CPC de 1961, só se referiam, de um modo geral, à tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial, sem que nada impedisse

o pedido de tutela definitiva, a propor em sede de ação declarativa. Como refere Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, “O processo especial de tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial era um dos processos de jurisdição voluntária e correspondia a uma das vias possíveis de tutela judicial dos direitos de personalidade, a par das acções comuns (nomeadamente, de responsabilidade civil) e dos procedimentos cautelares (em regra, do procedimento cautelar comum, ou inominado) em tradução da previsão da possibilidade de obtenção de “providências (...) com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida” à “personalidade física ou moral” pelo n.º 2 do artigo 70.º do Código Civil...”¹⁰.

Antes da reforma de 2013, o processo de tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial, como então era designado¹¹, estava, assim, e como referido, regulamentado, dentro dos processos especiais e, dentro destes, como um processo de jurisdição voluntária, nos já indicados artigos 1474.º e 1475.º¹².

Pela leitura da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII¹³, percebe-se que a intenção do legislador foi a de conferir um maior grau de eficácia e celeridade na resolução de litígios relacionados com os direitos fundamentais de personalidade, realçando, assim, a sua importância. Conforme ali se refere, “é previsto um procedimento urgente autónomo e auto-suficiente, destinado a possibilitar a obtenção de uma decisão particularmente célere que, em tempo útil, assegure a tutela efetiva do direito fundamental de personalidade dos entes singulares. Assim, opera-se um rejuvenescimento e alargamento dos mecanismos processuais de tutela da personalidade, no sentido de decretar, no mais curto espaço de tempo, as providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e direta à personalidade física ou moral do ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida, com a execução nos próprios autos”.

Enquanto antes, como processo de jurisdição voluntária, a tramitação processual seguia as regras previstas para os incidentes da instância¹⁴, a partir de 2013, a tutela da

⁷ Manuel de Andrade, *in* *Noções Elementares de Processo Civil*, reimpressão, Coimbra Editora, Limitada, 1993, pg. 389.

⁸ Novo Código de Processo Civil Anotado, 2.ª edição revista e ampliada, janeiro/2014, pg. 962, anotação 3. ao artigo 878.º.

⁹ “Os Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil em Curso”, *in* *Julgar*, n.º 16/2012, p. 108.

¹⁰ O processo especial de tutela da personalidade, no Código de Processo Civil de 2013”, *in* https://recil.ensinolusofona.pt/bitstream/10437/6399/1/jurimat5_63-80.pdf, pg. 66.

¹¹ *Vide*, a este propósito, Rita Cruz, “Algumas notas à Proposta de alteração do processo especial de tutela urgente da personalidade”, *in* *Revista do Ministério Público*, Cadernos 11, 2012, pg. 63, cujo entendimento acompanhamos: “Ao revogar a referência à tutela específica do direito ao nome e à correspondência confidencial que era feita nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1474.º, clarifica a Proposta o que já vinha sendo defendido, no sentido de não se introduzir, pela via processual, qualquer restrição à tutela geral da personalidade física e moral proclamada no artigo 70.º do Código Civil, em especial dos direitos de personalidade que, para além do nome e dos escritos confidenciais, vêm expressamente regulados no Código Civil, mas que não mereciam qualquer especificação processual”.

¹² A propósito da distinção entre processos de jurisdição voluntária e processos de jurisdição contenciosa cumpre citar Antunes Varela, *et alii*, *in* *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição revista e atualizada de acordo com o Dec.-Lei 242/85, Coimbra Editora, Limitada, 1985, pp. 69-70. Nas suas palavras “Nos processos de jurisdição contenciosa, que constituem a regra, há um conflito de interesses entre as partes (credor e devedor; proprietário e possuidor; locador e locatário; etc.) que ao tribunal incumbe dirimir, de acordo com os critérios estabelecidos no direito substantivo. Nos processos de jurisdição voluntária há um interesse fundamental tutelado pelo direito (acerca do qual podem formar-se posições divergentes), que ao juiz cumpre regular nos termos mais convenientes”.

¹³ *Vide* Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII *in* <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=37372>

¹⁴ Artigos 302.º a 304.º *ex vi* artigo 1409.º, n.º 1 do CPC (correspondente ao atual artigo 986.º) que veio a ser revogado pela Lei n.º 41/2013 de 26 de junho.

personalidade passou a ter uma tramitação própria que espelha preocupações de celeridade e de urgência na sua efetivação¹⁵, que tem o mérito de, produzidas as provas oferecidas, poder o juiz decretar uma decisão a tutelar definitivamente o direito da personalidade lesado.

Por outras e mais elucidativas palavras: ao contrário do que acontecia no pretérito, em que, nos casos de urgência, era imperioso, naqueles restritos casos ali previstos, o lesado servir-se do preceituado nos artigos 1474.º e 1475.º do CPC de 1961, hoje em dia o lesado tem ao seu dispor um processo especial e célere, de tal modo que o legislador teve a preocupação de impor urgência mesmo em sede recursiva (artigo 880.º, n.º 2).

Cumprir referir que acompanhamos o pensamento de Tiago Soares da Fonseca para quem existem diferentes modalidades de tutela dos direitos de personalidade, clarificando que “São duas as formas de processo existentes: a comum e a especial. O processo especial aplica-se aos casos expressamente designados na lei, enquanto que o processo comum é aplicável a todos os casos a que não corresponde processo especial...”, acrescentando que “A ação de responsabilidade civil destinada ao ressarcimento de danos na personalidade insere-se no processo comum declarativo”. Porém, além deste meio comum, existe “...um processo especial destinado a regular os requerimentos de aplicação de providências preventivas e/ou atenuantes, substancialmente previstas no art. 70.º, n.º 2, in fine do Código Civil”¹⁶.

Significa isto que a existência do processo especial de tutela da personalidade não exclui a possibilidade daquele que foi lesado no seu direito ou o sente ameaçado, optar pelos meios comuns quando, em simultâneo, pretende alcançar uma indemnização pela lesão já concretizada ou simplesmente pela ameaça ao seu direito¹⁷.

Assim, adiante, centraremos a nossa atenção no processo especial de tutela da personalidade e em duas questões essenciais:

- A primeira, a de compreender o regime jurídico do processo de tutela de personalidade; e
- A segunda, a de tentar perceber se a decisão provisória que este regime contempla é, ou deve ser, considerada

uma providência cautelar, ou se é apenas e só um meio de tutela urgente e definitiva.

2. Tutela da personalidade: pressupostos e tramitação processual

2.1 Pressupostos

O processo de tutela da personalidade é um processo através do qual “pode ser requerido o decretamento das providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e direta à personalidade física ou moral de ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida”¹⁸.

Vemos, assim, que aquele que sente o seu direito ameaçado ou já ofendido, tem a possibilidade de requerer ao tribunal que ordene as providências adequadas a evitar a consumação daquela ameaça ou a fazer cessar determinado ato ofensivo. Exige-se, pois, ao tribunal que decrete a medida mais adequada ao caso concreto, mas não devemos olvidar que este processo especial é ainda um processo de partes, onde vigora o princípio do pedido (artigo 3.º, n.º 1, do CPC), sendo obrigação da parte ofendida não só a alegação como a prova dessa mesma alegação. Tudo isto, sem prejuízo dos actuais poderes que a lei passou a conferir ao juiz e que dizem respeito aos factos complementares e/ou concretizadores, não deixando de referir-nos aos factos instrumentais (cfr. artigo 5.º, n.º 2, com tratamento concreto no artigo 590.º, ambos do CPC).

Como se lê no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13.12.2022, “No tocante à concreta providência a adotar, estabelece o art. 878.º do CPC que deve ser decretada a providência concretamente adequada a evitar a consumação de qualquer ameaça ou a fazer cessar os efeitos da ofensa já cometida. Destarte, e apesar de já não estarmos perante um processo de jurisdição voluntária, é deixada ao julgador uma larga margem de discricionariedade que

¹⁵ Nas palavras de Abílio Neto, *in* Novo Código de Processo Civil, cit., sente-se desde logo uma preocupação relativamente à celeridade imposta nesta nova tramitação: “Na prática, um número significativo dos litígios que se apresentam como consubstanciadores de uma ameaça ilícita e directa à personalidade física ou moral do ser humano ou que visam atenuar, ou fazer cessar, os efeitos da ofensa já cometida, assentam ou têm subjacente uma colisão de direitos (v.g., o direito ao bom nome versus o dever de informar, o direito ao descanso em contraponto com o direito ao exercício de uma actividade, etc.), cuja análise ponderada e justa mal se compadece com a celeridade caracterizadora deste processo especial, pelo que das duas uma: ou o tribunal o adapta à forma de processo comum, ou, em alternativa, se transforma no agente consciente de injustiças flagrantes”.

¹⁶ “Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade”, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Lisboa, Janeiro 2006, pg. 259-260, texto escrito em momento anterior ao CPC de 2013.

¹⁷ A este propósito, nomeadamente quanto à questão de saber se numa ação especial de tutela da personalidade é admissível um pedido de indemnização, acompanhamos o entendimento de Tiago Soares da Fonseca *in* “Da tutela judicial...” cit., corroborando o que então referia a propósito do processo de tutela da personalidade, do nome e da correspondência confidencial (artigos 1474.º e 1475.º do CPC de 1961, segundo o qual “...as especificidades do processo especial de tutela da personalidade não se adequam ao processo de efectivação da responsabilidade civil”. No mesmo sentido, mas a propósito da análise do processo especial de tutela da personalidade no CPC de 2013, refere Maria dos Prazeres Beleza, *in* “O processo especial de...”, cit., que “A inclusão na jurisdição voluntária impede a cumulação da medida requerida, preventiva ou atenuante de uma ofensa ao direito de personalidade do requerente, com pedidos decorrentes da mesma ofensa”, observação que a autora mantém quando se refere ao processo de tutela da personalidade como um processo especial de jurisdição contenciosa. Na verdade, a autora supõe “...que essa observação continua a ser fundada, não obstante a retirada da jurisdição voluntária, porque se mantém uma tramitação bastante simplificada, por confronto com a ação declarativa comum”.

¹⁸ Texto do artigo 878.º.

lhe permite decretar a providência que considere mais adequada para o caso sub judice, mas nunca ultrapassando o necessário para acautelar o direito de personalidade em questão, lesando o menos possível terceiros. É a própria letra da lei que estabelece que deve ser decretada a providência adequada, excluindo, assim, o excesso”¹⁹.

Tais providências, como o legislador as designou no artigo 878.º, mais não são do que as medidas requeridas por quem se sente ofendido ou ameaçado e decretadas pelo tribunal. Porém, o termo “providências” não poderá induzir o interprete em erro, levando-o a concluir que se trata de uma tutelar cautelar e provisória como aquela que resulta das providências cautelares em sede de procedimentos cautelares.

Ao contrário do que acontece nos procedimentos cautelares, onde a providência decretada é sempre provisória, exceção feita aos casos em que vinga a inversão do contencioso, no processo especial de tutela da personalidade, a situação é bem diferente. Quando aqui o legislador se refere a providências, quer referir-se tão só às medidas que o requerente pode vir a ver decretadas pelo tribunal, mas não a uma qualquer medida provisória e cautelar. Agora a tutela pretendida e, eventualmente, obtida, é definitiva. O artigo 879.º, n.º 4, do CPC expressa a ideia de decisão do tribunal a determinar a imposição concreta de uma determinada medida, de acordo com o pedido formulado pelo requerente.

Prima facie, poderemos pensar que este processo especial não é urgente, dado que a lei só se refere a tal em sede recursiva.

Mas, por maioria de razão, atento o preceituado no artigo 9.º do CC, ter-se-á, forçosamente, de entender que, sendo urgente a fase recursiva, sê-lo-á, por maioria de razão, na 1.ª instância. Naturalmente!

Prova evidente da voluntas legislatoris, no que tange à natureza do processo – urgente ou não urgente – é a imposição do prazo de interposição de recurso da decisão da 1.ª instância, que é de 15 dias (artigo 880.º).

A este propósito, refere e questiona Maria dos Prazeres Beleza que “Prevê-se, todavia, que os recursos sejam “processados como urgentes” (nº 1 do artigo 880º), o que, para além do mais, significa que os prazos são reduzidos a metade (nº 1 do artigo 638º) e correm em férias (nº 1 do artigo 138º). Mas devem ser interpostos em férias, entendendo-se aplicável o nº 2 do artigo 137º (“actos que se destinem a evitar prejuízo irreparável”)?”.

Em resposta, admite a autora que “...em casos onde esteja

em causa “evitar prejuízo irreparável”, o processo possa ser iniciado em férias; e que assim deva ser processado, até à decisão da medida provisória”.

É certo que acompanhamos a conclusão da autora ao referir que “Seria preferível ter esclarecido expressamente se, em 1.ª instância, o processo é ou não urgente”²⁰.

Porém, tudo indica que poderemos concluir que a intenção do legislador foi manifestamente a de criar um procedimento urgente, e fê-lo pensando, desde logo, na 1.ª instância. Em boa verdade, se o legislador impôs urgência, onde ela, por regra, não existe (nos tribunais superiores) naturalmente que a sua vontade foi a da consagração da urgência na 1.ª instância²¹, onde ela é, por natureza, mais premente.

O que poderia ser problemático era saber se o recurso era também urgente. Foi precisamente isso que o legislador enfatizou. Na verdade, não fazia sentido que só fosse urgente na fase recursiva.

2.2 Tramitação processual

Ao apresentar o requerimento, o requerente tem o dever de alegar os factos pertinentes e justificativos da pretendida tutela e de oferecer logo as provas o que acontece com uma qualquer ação comum (cfr. artigo 552.º do CPC), apesar da possibilidade de requerer a alteração dos meios de prova, possibilidade essa que, por regra, não existe no processo objeto do nosso estudo.

Como bem referem Paulo Ramos Faria e Ana Luísa Loureiro, “Se o requerente não apresentar qualquer requerimento probatório, não poderá mais tarde apresentar os seus meios de prova. Se os factos que alega forem impugnados pelo réu, a demanda estará votada ao insucesso – salvo se se basear em factos não carecidos de prova. Valem as regras gerais sobre a alteração das testemunhas (598.º, n.º 2) – embora esta hipótese só se concretize nos casos em que, excecionalmente, a audiência não se realize nos 20 dias subsequentes ao despacho liminar –, sobre o número de testemunhas admissíveis (art. 511.º), e sobre a sua apresentação pela parte (art. 507.º)”²².

Não sendo o requerimento indeferido liminarmente, o tribunal designa imediatamente dia e hora para a audiência, a qual realizar-se-á nos 20 dias subsequentes, sendo que a contestação é apresentada na própria audiência (n.º 2 do artigo 878.º).

Na audiência, como refere o número 2 do artigo 879.º, “...se tal se mostrar compatível com o objeto do litígio, o tribunal

¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13.12.2022, in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c0755ed37f4d4abc80258932004e3691?OpenDocument>.

²⁰ “O processo especial de ...”, cit..

²¹ Em sentido diverso, vide Rui Pinto, in *Notas ao Código de Processo Civil*, Vol. II, artigos 546.º a 1085.º, 2.ª edição, Coimbra Editora, pg. 443.

²² Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil, os artigos da reforma, Vol. II, 2014, Almedina, pg. 415.

procura conciliar as partes”. Frustrando-se esta tentativa de conciliação, o tribunal ordena a produção de prova, o que fará também mesmo que falte alguma das partes. A formulação do número 3 do artigo 879.º não deixa de ser estranha, ao referir que “na falta de alguma das partes...o tribunal ordena a produção de prova...”, levando a perguntar o que sucederá se ambas as partes estiverem presentes. É óbvio que a produção de prova é a consequência normal, quer para quando ambas as partes estão presentes, quer para quando se frustra a tentativa de conciliação. Ora, muito melhor teria andado o legislador se e, vez daquela formulação, tivesse dito que a falta de alguma das partes não obsta à produção imediata de prova.

Uma vez decorrida a audiência, logo de seguida, como se lê no n.º 3 do mesmo artigo, o tribunal decide, por sentença, a qual é sucintamente fundamentada. Vemos, pois, também aqui, as preocupações de celeridade do legislador, quer no que concerne à prolação da sentença, a qual deve ser proferida logo a seguir à produção de prova, quer no facto de apenas se exigir que a mesma seja apenas sucintamente fundamentada.

Sendo o pedido julgado procedente, o tribunal ordena um comportamento concreto ao requerido para além de, eventualmente, lhe fixar prazo para o cumprimento e, ainda, sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.

Resulta assim claro que a fixação do valor da sanção pecuniária compulsória devida pelo requerido, em caso de incumprimento do comportamento a que fica obrigado, é livremente fixado pelo tribunal, segundo o seu livre arbítrio, balizado apenas por critérios de conveniência às circunstâncias de cada caso concreto. Além disso, deverá cumprir a sua função de compelir o requerido a cumprir e a de prevenir violações futuras dos direitos de personalidade do requerente. É, pois, aqui evidente a ideia de tutela preventiva (mas também pode assumir uma função repressiva: est *modus in rebus*), bem plasmada, por exemplo, no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 26.09.2019, em cujo sumário se lê o seguinte: “V- A tutela preventiva dos direitos de personalidade não pode ser realizada através da execução *in natura* – já que o dever de abstenção, de não interferência por parte de terceiros nos valores inerentes à pessoa, é por natureza e definição infungível –, mas já pode ser perseguida pela técnica coercitiva da sanção pecuniária compulsória (art. 829º-A, do C. Civil)”²³.

Neste caso concreto, e ainda no que respeita à fixação do valor, considerou-se “... como adequada e razoável a quantia de € 300,00, por cada infração, ou seja, por cada dia em que os estabelecimentos comerciais em causa se mantenham abertos ao público fora dos apontados horários de encerramento”.

Cumprir realçar que a decisão proferida no âmbito do processo, aquela que resulta da produção da prova em audiência, é suscetível de recurso, aplicando-se, assim, o regime dos recursos em processo civil.

Sendo, por imposição, urgente na fase recursiva, como já dito, sendo de notar que, de acordo com o n.º 2 do artigo 880.º do CPC, “a execução da decisão é efetuada oficiosamente e nos próprios autos, sempre que a medida executiva integre a realização da providência decretada, e é acompanhada da imediata liquidação da sanção pecuniária compulsória”.

O legislador não deixa, assim, margem para dúvidas acerca do que pretendeu para a tramitação dos recursos que vierem a ser interpostos pelas partes²⁴ de uma sentença proferida no processo especial de tutela da personalidade. Significa isto que, os prazos correm em férias e que o tribunal de recurso deve tramitar o processo como urgente. E, como já se disse, se é urgente em sede de recurso, por maioria de razão, o é na 1.ª instância²⁵.

Por outro lado, cumpre referir que no que concerne à execução da sentença proferida no âmbito do processo especial de tutela da personalidade, a mesma é, conforme consta do número 2 do artigo 880.º, “...efetuada oficiosamente e nos próprios autos, sempre que a medida executiva integre a realização da providência decretada, e é acompanhada da imediata liquidação da sanção pecuniária compulsória”. É certo que a execução oficiosa apenas existe quando a medida decretada impondo um determinado comportamento ao requerido, deve ser praticada junto do tribunal ou, de alguma forma, passível de fiscalização por este ou ainda quando a medida deve ser praticada pelo próprio tribunal²⁶.

Diferente será quando o comportamento imposto ao requerido apenas é suscetível de ser verificado pelo próprio requerente. Nestes casos, cumprirá à parte, requerente, dar início à instância executiva.

2.3 A decisão provisória no processo de tutela da personalidade: suas características

²³ Acórdão do TRG, no âmbito do Processo n.º 1935/18.0T8CHV.G1, onde foi Relator António Barroca Penha, <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/8e635ae1837d-639780258494002f7c78?OpenDocument>

²⁴ Assim não será quando o recurso é interposto por quem, sendo direta ou indiretamente prejudicado pela decisão, não é parte na causa ou é apenas parte acessória; vide artigo 631.º, n.º 2.

²⁵ Em sentido diverso, referem Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro que “O legislador não atribui caráter urgente ao processo analisado, exceção feita à instância de recurso... O processamento do recurso terá, pois, uma prioridade equivalente à que têm os procedimentos cautelares”, in *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil, os artigos da reforma*, Vol. II, 2014, Almedina, pg. 425.

²⁶ Vide exemplos indicados por Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro, in *Primeiras Notas ao Novo ...*, cit., pg. 427.

Cumpra-se agora analisar a razão de ser e o alcance da decisão provisória a que se faz alusão no número 5 do artigo 878.º. Segundo esta norma “Pode ser proferida uma decisão provisória, irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação no próprio processo, quando o exame das provas oferecidas pelo requerente permitir reconhecer a possibilidade de lesão eminente e irreversível da personalidade física ou moral e se, em alternativa:

O tribunal não puder formar uma convicção segura sobre a existência, extensão, ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa;

Razões justificativas de especial urgência impuserem o decretamento da providência sem prévia audição da parte contrária.”.

Verificamos, assim, que na audiência designada para os 20 dias subsequentes à apresentação do requerimento inicial, apesar da produção de prova pelas partes (requerente e requerido) ou apenas pelo requerente²⁷, o tribunal pode não conseguir formar uma convicção segura²⁸ sobre a existência, extensão, ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa e, se assim for, em vez de decidir imediatamente por sentença, sucintamente fundamentada nos termos do número 3 do mesmo artigo, profere uma decisão provisória.

Tal decisão, meramente provisória, é irrecorrível e é também sujeita a posterior alteração ou confirmação no próprio processo.

No processo especial de tutela da personalidade, a decisão provisória, neste primeiro segmento que analisamos, não surge só da necessidade de proferir uma decisão urgente e cautelar, mas também da circunstância de não ter sido possível ao julgador, face às provas produzidas, formar ainda uma convicção segura sobre a existência, extensão, ou intensidade da ameaça ou da consumação da defesa. É certo que a decisão provisória acaba por cumprir os objetivos de urgência e de segurança, acautelando, mesmo que de forma provisória, o direito do requerente. Aliás, pode a urgência ser de tal ordem que, independentemente das provas a produzir, se torne necessário tomá-las, sob pena de se frustrar totalmente a realização da justiça daquele caso concreto.

Urge então perguntar o que sucede após ser proferida esta decisão provisória, ou seja, qual a tramitação subsequente. Não encontrando resposta no regime jurídico deste processo especial, outra não poderá ser a solução a não ser encontrar a resposta no princípio da oficiosidade, através do qual “Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”²⁹. Assim, não tendo sido possível ao juiz formar a necessária convicção segura para proferir uma decisão definitiva após a produção de prova em audiência, optando por proferir uma decisão provisória, deverá, no mesmo momento, salvo melhor opinião, proferir despacho ordenando a realização das diligências que entenda necessárias e aptas a criar a convicção segura que o habilite a proferir a decisão definitiva, podendo vir a existir, ou não, a necessidade de realizar uma nova audiência.

Na verdade, como bem refere Antunes Varela *et alli*, “...em relação aos factos *fundamentais alegados*, o juiz goza do poder de realizar directamente ou ordenar oficiosamente todas as diligências necessárias ao descobrimento da verdade”³⁰.

Quando assim é, o juiz profere uma decisão provisória, não porque o requerente o tenha requerido nomeadamente devido à urgência que sempre terá neste tipo de processo, mas porque o próprio tribunal não logrou formar convicção segura com as provas que foram produzidas pelas partes, e a situação merece uma tutela provisória, atenta a gravidade da lesão³¹.

Diferente é, porém, a situação prevista na alínea b) do número 5 do mesmo artigo 879.º. Neste caso, é possível obter uma decisão provisória mesmo antes da parte contrária ser ouvida, ou seja, sem contraditório prévio ao decretamento da medida provisória. Importante será saber se a possibilidade de alcançar esta medida provisória está na disponibilidade do requerente ou se depende apenas e só do tribunal. Queremos com isto dizer que uma coisa é o requerente poder usar o processo especial de tutela da personalidade para, neste mesmo processo e sem necessidade de qualquer procedimento cautelar, requerer que seja proferida uma medida provisória sem audição prévia

²⁷ Na verdade, conforme explicam Paulo Ramos Faria e Ana Luísa Loureiro, *in* Primeiras Notas ao Novo Código de de... cit., pg. 417 “...podem existir circunstâncias justificativas da impossibilidade de apresentação da defesa por parte do requerido e da produção de prova. Referem os autores que “Se o réu estiver presente, deverá, no início da audiência, apresentar o pedido de prorrogação do prazo de contestação (art. 569.º, n.º 5) ou invocar um justo impedimento ocorrido (art. 140.º). Sendo o réu admitido a completar a sua defesa, no prazo a fixar pelo tribunal – valendo como critério o prazo previsto no n.º 6 (arts. 574.º e 569.º, n.º 5) –, poderá ser proferida uma decisão provisória no termo dessa audiência (art. 5, al. b), interpretado extensivamente); não estando presente – pode nem ter tido tempo para contratar um advogado –, o juiz dev (art. 5.º, al. A)), assumindo a dificuldade de obtenção de um confortável grau de certeza, quando o contraditório foi plenamente respeitado, e acautelando uma provável invocação de justo impedimento para a apresentação da contestação (e do requerimento previsto no art. 569.º, n.º 5) em tempo.”, pg. 417.

²⁸ Segundo o princípio da livre apreciação das provas, como refere Manuel de Andrade, *in* Noções Elementares de Processo Civil, Reimpressão, Coimbra Editora, Limitada, 1993, pg. 384, “...o que torna provado um facto é a íntima convicção do juiz, gerada em face do material probatório trazido ao processo (bem como a conduta processual das partes) e de acordo com a sua experiência da vida e conhecimento dos homens; não a pura e simples observância de certas formas legalmente prescritas. O que decide é a verdade material e não a verdade formal”.

²⁹ Vide artigo 411.º.

³⁰ *In* Manual de Processo Civil, 2.ª edição revista e actualizada de acordo com o Dec.-Lei 242/85, Cimbra Editora, Limitada 1985, pg. 474.

³¹ Situação que não é exclusiva deste processo, existindo noutros como, por exemplo, no processo especial de alimentos provisórios.

do requerido ou se, para este efeito o requerente deverá recorrer sempre a um procedimento cautelar.

Na verdade, entendemos, tal como Tiago Soares da Fonseca, que “Os procedimentos cautelares podem ser requeridos quer em ações de responsabilidade civil, quer nas providências preventivas ou atenuantes, quer simultaneamente com estas acções ou providências”³². No primeiro caso, o requerente teria aqui uma forma de alcançar uma tutelar cautelar (no limite, no prazo de 20 dias) sem necessidade de o fazer através de um procedimento cautelar, o qual, se o requerido não for citado previamente, deve ser decidido o prazo máximo de 15 dias³³. Cumpre, pois, equacionar se esta possibilidade de facto existe – a decisão provisória ser requerida pelo requerente – e, em caso afirmativo se o prazo para proferir a decisão provisória quando a mesma não é precedida de audição prévia do requerido, não deveria ser inferior aos 20 dias. Nada referindo a lei a este propósito, a questão será a de saber se o tribunal fica obrigado a cumprir o prazo de 15 dias acima indicado, aplicando-se assim as regras, quanto ao prazo, dos procedimentos cautelares.

Repare-se que o legislador não impôs a necessidade de existir um requerimento do próprio requerente para que fosse proferida uma decisão provisória sem audição prévia da parte contrária. O requerimento da parte não é um pressuposto para tal decisão ser proferida. Na verdade, cremos que o que justificará uma decisão provisória sem audição da parte contrária, é a constatação, por parte do tribunal de razões que evidenciam especial urgência, sendo certo que a constatação da existência destas razões resultará sempre do articulado pelo requerente no seu requerimento inicial e nas provas que desde logo produzir com o requerimento e, porventura, em diligências imediatamente realizadas pelo tribunal, como, por exemplo, uma inquirição de testemunhas realizada antes dos 20 dias. Para este efeito, ou seja, para proferir uma decisão provisória sem audição da parte contrária, o juiz não está vinculado a qualquer prazo mínimo, podendo fazê-lo no prazo de 24 horas (ou menos) a contar da entrada do requerimento. Terá é que ser sempre antes de designar dia para a audiência (aquela que tem que se realizar no prazo de 20 dias) e de ordenar a citação do requerido.

Propendemos, assim, a considerar que o facto de existir a possibilidade de alcançar uma decisão provisória no âmbito do processo especial de tutela da personalidade, sem audição prévia do requerido, consagra uma autêntica providência cautelar.

A decisão provisória prevista no n.º 5 do artigo 879.º funda-

-se em razões de urgência e pode ser decretada *ex officio* pelo tribunal.

Nas palavras de Maria dos Prazeres Beleza, “Nos processos de jurisdição voluntária, o tribunal investiga livremente os factos que entender necessários à boa decisão da causa, sem estar dependente, directa ou indirectamente, de alegação das partes (n.º 2 do artigo 986.º do Código de Processo Civil). Ao sair do âmbito da jurisdição voluntária, o processo especial de tutela da personalidade passa a estar abrangido pelas regras gerais sobre os poderes de cognição do tribunal em matéria de facto...”³⁴.

Finalmente, ainda quanto à tramitação que leva ao decretamento de uma decisão provisória, cumpre referir que na ausência de audição prévia do requerido, o réu pode contestar no prazo de 20 dias, a contar da notificação da decisão (provisória), sendo certo que com esta notificação ocorrerá, em simultâneo a citação do requerido.

À apresentação do requerimento inicial, segue-se a indicação da data para julgamento. Aqui pode o requerido apresentar a sua contestação. O que pode acontecer – e muitas vezes acontece – é que, no decurso da instrução surge, desde logo, a necessidade de acautelar certos e determinados bens ou interesses. Então, o juiz decreta, desde logo, uma medida provisória, sem prejuízo do que se vier a apurar ulteriormente.

3. Conclusão

A tutela da personalidade, quer através da consagração legal da proteção do indivíduo contra ofensas ou ameaças de ofensa à sua personalidade, quer através da disponibilização de meios legais aptos a garantir tal tutela, de forma célere e eficaz, na esfera jurídica de cada indivíduo é, por imperativo constitucional, incumbência do Estado. Ao Estado cumpre colocar à disposição dos cidadãos os meios de efetiva realização do direito.

Em 2013, a reforma do processo civil português teve uma preocupação acrescida com a celeridade processual e com a tutela cautelar e urgente. A este propósito, foram introduzidas algumas novidades no sistema processual civil. A tutela da personalidade deixou de ser considerada um processo de jurisdição voluntária, passando a ser o primeiro dos processos especiais através do qual o lesado pode requerer ao tribunal que sejam decretadas as providências adequadas a afastar ou a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e direta à sua personalidade, em definitivo. A medida a decretar deve respeitar o princípio do pedido,

³² “Da tutela judicial civil dos direitos de ...”, cit., pg. 289

³³ Vide artigo 363.º, n.º 2.

³⁴ “O processo especial de tutela ...”, cit..

mas isso nada tem que ver com a necessidade de, em casos excepcionais, o juiz decretar medidas provisórias. E provisórias porque nem sequer podem ser impugnadas. A sua particular urgência não admite delongas.

O processo especial de tutela da personalidade caracteriza-se por uma tramitação simplificada e célere e contempla em si mesmo a possibilidade de alcançar, nos casos previstos e que serão excepcionais, uma decisão provisória, o que, a acontecer, ocorrerá no limite do prazo para proferir a decisão definitiva ou antes.

Assim, o processo especial de tutela da personalidade cumpre os objetivos de celeridade e segurança jurídica para o requerente, faltando-lhe apenas, a nosso ver, ter sido expressamente considerado urgente pelo legislador, porque, como se conclui, assim é.

Bibliografia

Andrade, M. (1993). *Noções Elementares de Processo Civil*, reimpressão. Coimbra Editora, Limitada.

Beleza, M. P., "O processo especial de tutela da personalidade, no Código de Processo Civil de 2013", https://recil.ensinulusofona.pt/bitstream/10437/6399/1/juris-mat5_63-80.pdf.

Capelo de Sousa, R. V. A. (2011). *O Direito Geral de Personalidade*, reimpressão, Coimbra Editora grupo Wolters Kluwer.

Cruz, R. (2012). "Algumas notas à Proposta de alteração do processo especial de tutela urgente da personalidade", *Revista do Ministério Público*, Cadernos 11.

Faria, P. R., Loureiro, A. L. (2012). *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil, os artigos da reforma*, Vol. II. Almedina: Coimbra

Fonseca, T. S. (2006). "Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Lisboa.

Martins, J.P.O. (2022). *Os Filhos de D. João I*, Clube do Autor.

Neto, A. (2014). *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2.ª edição revista e ampliada.

Pinto, R. (2015). *Notas ao Código de Processo Civil, Vol. II, artigos 546.º a 1085.º*, 2.ª edição. Coimbra Editora.

Rego, L. (2012). "Os Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil em Curso", in *Julgar*, n.º 16.

Varela, A., Bezerra, J. M., Nora, S. (1985). *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição revista e actualizada de acordo com o Dec.-Lei 242/85, Coimbra Editora, Limitada.

Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII in <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=37372>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 26.09.2019, no âmbito do Processo n.º 1935/18.0T8CHV. G1, Relator António Barroca Penha, <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/8e635ae1837d639780258494002f7c78?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13.12.2022, in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030e-a1c61802568d9005cd5bb/c0755ed37f4d4ab-c80258932004e3691?OpenDocument>.



Coimbra Business Review

COIMBRA BUSINESS REVIEW