

LEIRIA-YSICEL

LEIRIA YOUNG SCHOLARS INTERNATIONAL CONFERENCE ON ENTERPRISE LAW

LIVRO DE ATAS
PROCEEDINGS



16.FEB.2023

ESCOLA SUPERIOR DE TECNOLOGIA E GESTÃO
POLITÉCNICO DE LEIRIA
LEIRIA - PORTUGAL

ONLINE VIA ZOOM

Ficha técnica

Título: *Leiria Young Scholars International Conference on Enterprise Law (Leiria-YSICEL). Proceedings*

Coordenação da obra:

Ana Lambelho
Cátia Marques Cebola
Luísa Andias Gonçalves
Susana Almeida

Comissão científica:

Ana Filipa Conceição
Ana Lambelho
Cátia Marques Cebola
Eugénio Lucas
Jorge Barros Mendes
Luísa Andias Gonçalves
Nuno Abranches Pinto
Rita D'almeida
Susana Almeida
Susana Sardinha Monteiro

Autores:

Ana Alves, Mestre pelo IPPorto
Ana Pereira, Mestranda na ESTG/IPLeiria
Catarina Sofia Gomes Fernandes, Mestranda na ESTG/IPLeiria
Cristiano Pereira, Mestre pelo IPPorto
Diana Carvalho, Mestre pelo IPPorto
Emília Rita Ferreira, Doutoranda na UCP-Porto
Iva Faria, Doutoranda na Universidade do Minho
Luis E. Alemán-Madrugal, Doutorando na Universidade de Salamanca e na Universidade Americana
Pedro Dias Venâncio, Universidade do Minho

Ano: 2023

Edição: Politécnico de Leiria

ISBN: 978-972-8415-12-9

DOI: <https://doi.org/10.25766/nkax-5c58>

Programa do evento

9:15 — Abertura

Carlos Capela, Diretor da ESTG

Ana Lambelho, Coordenadora do Mestrado em Solicitadoria de Empresa

9:30 — Comunicação de abertura: Inteligência artificial & lealdade da concorrência

Pedro Dias Venâncio, Universidade do Minho e JusGov

10:00 — A qualificação do credor financeiro como administrador de facto

Emília Rita Ferreira, Doutoranda na UCP-Porto

10:15 — Do conceito aos mecanismos de reação às deliberações abusivas

Catarina Sofia Gomes Fernandes, Mestranda na ESTG/IPLeiria

10:30 — Os poderes e deveres dos administradores e gerentes das sociedades comerciais

Ana Alves, Mestre pelo IPPorto

10:45 — Intervalo

11:00 — Sobre a Possibilidade de Conversão de Suprimentos em Capital Social - Breves Notas

Cristiano Pereira, Mestre pelo IPPorto

11:15 — Suspensão de deliberações sociais: algumas problemáticas inerentes aos seus pressupostos

Diana Carvalho, Mestre pelo IPPorto

11:30 — Contrato de Seguro vs. Alterações Introduzidas pela Pandemia

Ana Pereira, Mestranda na ESTG/IPLeiria

11:45 — O contrato de Edição Digital de Obra Musical

Patrícia Caldas, Mestre pelo IPPorto

12:00 — La calificación de accidentes de trabajo en el trabajo a distancia

Luis E. Alemán-Madrigal, Doutorando na Universidade de Salamanca e na Universidade Americana

12:15 — O Direito à desconexão dos trabalhadores: algumas questões (ainda) sem resposta

Iva Faria, Doutoranda na Universidade do Minho

12:30 — Regime de Insolvência das Pequenas e Médias Empresas em Espanha

Catarina Fernandes e Rafaela Pradiante, Mestrandas na ESTG/IPLeiria

12:45 — A Reversão do Processo de Execução Fiscal em Caso de Insolvência do Devedor Principal

Sara Luís Dias, Doutora pela Universidade de Santiago de Compostela

13:00 — Encerramento

Eugénio Lucas

Coordenador do Departamento de Ciências Jurídicas

O Curso de Mestrado em Solicitoria de Empresa, aprovado e em funcionamento desde 2012, procurou, nos últimos 10 anos, fomentar a investigação científica dos seus estudantes. Volvidos 10 anos, e a título comemorativo, considerou-se pertinente promover a realização de uma conferência internacional, que teve lugar no dia 16 de fevereiro de 2023, com o objetivo de fomentar a participação de estudantes (de mestrado e de doutoramento) e de jovens investigadores (até 5 anos após a conclusão do grau académico) de todo o mundo em eventos científicos e ser um fórum de partilha e de debate de problemas jurídicos atuais, nas várias áreas científicas do curso. Estas são as atas do evento. A presente publicação constitui o livro de atas do evento.

El Curso de Maestría en Asesoría Jurídica Empresarial (Curso de Mestrado em Solicitoria de Empresa), en funcionamiento desde 2012, incentiva, desde hace 10 años, la investigación científica de sus alumnos. Una década después, y con carácter conmemorativo, se consideró pertinente realizar una conferencia internacional, realizada el 16 de febrero de 2023, con la meta de incentivar la participación de estudiantes (de Máster y Doctorado) y de jóvenes investigadores (hasta 5 años después de la obtención del título académico) de todo el mundo en eventos científicos y ser un foro para compartir y debatir problemas jurídicos actuales en las diversas áreas científicas del curso. Esta publicación constituye el libro de actas del evento.

The Master's Course in Corporate Solicitorship (Curso de Mestrado em Solicitoria de Empresa), in operation since 2012, has encouraged, for 10 years, scientific research by its students. After a decade, and on a commemorative basis, it was considered pertinent to hold an international conference, that took place on February 16, 2023, with the aim of encouraging the participation of students (Master's and PhD) and young researchers (up to 5 years after completion of the academic degree) from all over the world in scientific events and to be a forum for sharing and debating current legal problems in the various scientific areas of the course. These are the event proceedings.

Índice

Fluxo da informação, Consumidor & Lealdade da Concorrência.....	1
A qualificação do credor financeiro como administrador de facto	15
Do conceito aos mecanismos de reação às deliberações abusivas	33
Os poderes e deveres dos administradores e gerentes das sociedades comerciais.....	52
Sobre a possibilidade de conversão de suprimentos em capital social – breves notas	69
Suspensão de deliberações sociais - Algumas problemáticas inerentes aos seus pressupostos	79
Contrato de Seguro: Análise das Principais Alterações Legais Introduzidas durante o Contexto Pandémico	126
La calificación de accidentes de trabajo en el trabajo a distancia	146
O Direito à desconexão dos trabalhadores: algumas questões (ainda) sem resposta	163

Fluxo da informação, Consumidor & Lealdade da Concorrência

Pedro Dias Venâncio

Prof. Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

Investigador Integrado do JusGOV (EDUM)

pdvenancio@direito.uminho.pt

Sumário: Introdução; 1. O Fluxo da Informação; 2. O Fluxo de informação analógico; 3. O Fluxo de informação digital; 4. A lealdade da concorrência e a liberdade de escolha do consumidor; 5. As pesquisas inteligentes; 6. Riscos para a lealdade da concorrência; 7. O consumidor e a pesquisa inteligente; Conclusão. Uma pergunta.

Introdução

A tomada de decisões é entendida pelas ciências da informação como um processo com base no qual a partir de determinados dados/informações se atinge determinado conhecimento/sabedoria, usualmente designado por “fluxo da informação”. Trata-se de um mecanismo comum a todas as formas de decisão, de pessoas ou organizações, das mais elementares às mais complexas e cujos passos têm vindo a sofrer significativas alterações com a recente evolução tecnológica digital.

Da automatização da recolha dos dados à implementação de agentes informáticos inteligentes no processo de seleção da informação ou até no processo decisório, as Tecnologias da Informação e da Comunicação trouxeram uma verdadeira revolução ao fluxo da informação com significativos impactos económicos, mas também éticos e legais, nos processos decisórios.

A questão é relevante para a generalidade dos indivíduos e organizações, seja qual for o âmbito da sua atividade ou a natureza do processo decisório em causa.

Neste curto artigo lançaremos um olhar aos impactos desta revolução no processo decisório do consumidor e, com isso, na lealdade da concorrência no mercado.

1. O Fluxo da Informação

Para as Ciências da Informação, o fluxo de informação¹ é «o resultado dos dados, da informação, conhecimento e sabedoria que são produzidos e consumidos num ambiente específico, quer este seja o do próprio indivíduo ou o de uma organização» (Gouveia e Ranito, 2004, p. 13).

Esta definição permite-nos extrair duas primeiras conclusões para o nosso estudo: por um lado, o *fluxo de informação* representa um processo que leva um indivíduo ou organização, perante o acesso a determinados dados, em função das suas necessidades, capacidade de processamento e de compreensão desses dados, chegar a uma decisão e levá-la à prática; por outro, que este processo se decompõe em quatro estágios essenciais: os *dados*; a *informação*; o *conhecimento* e a *sabedoria*².

Sucintamente, diremos que os *dados* são apenas elementos ou valores *discretos*³, que isoladamente não têm qualquer significado ou utilidade para o decisor. Os dados só se transformam em informação quando relacionados ou interpretados de alguma forma⁴.

A *informação* será, em consequência, o resultado de alguma forma de processamento de dados. Os dados podem ser vistos, simplesmente, como a matéria-prima necessária a esse processamento, do qual decorre a sua relevância para atingir determinado conhecimento/decisão.

O *conhecimento* consiste em algo ainda distinto de *dados* e de *informação* que podemos reconduzir à capacidade de tomada de decisão face a um problema concreto. Assim, o conhecimento resulta da apreciação intelectual pelo ser humano da informação disponível com vista à tomada de determinada decisão. Com o processamento de *dados* necessários

¹ Analisamos o conceito do fluxo da informação de forma mais aprofundada em (Venâncio, 2016, pp. 25–38)

² Numa perspectiva sociologia alguma doutrina apresenta até «oito níveis de informação»(Harvey e Andrade, 2002, pp. 222–226): “fisis”, “biológico”, “dado”, “informação”, “conhecimentos”, “cultura”, “sabedoria” e “verdade”, no entanto, para os fins deste artigo, limitaremos o conceito aos níveis de “dado”, “informação”, “conhecimento” e “sabedoria”.

³ Com *discretos* queremos significar dados aos quais ainda não atribuímos uma classificação, qualidade ou valoração e, portanto, aos quais somos ainda indiferentes porquanto, naquele momento no tempo e no espaço, não representam para nós informação útil para construir um qualquer conhecimento.

⁴ Nesse sentido, (Varajão, 1998, pp. 44–45).

construímos *informação* e com a *informação* correta somos capazes de alcançar intelectualmente um determinado *conhecimento*⁵.

Por fim, o objetivo de fluxo de informação em determinada organização (ou indivíduo) será (ou deverá ser) atingir um quarto nível⁶ - a *sabedoria* - que representa um estado mais elevado abstração e complexidade. Podemos definir a sabedoria como a capacidade de antecipação de problemas ou visão estratégica de soluções. Ou seja, será o conhecimento (“know-how”) acumulado da organização ou indivíduo.

2. O Fluxo de informação analógico

Olhando agora para a forma como a tecnologia interage com este fluxo da informação, verificamos que a compilação, armazenamento e pesquisa em formatos analógicos representava um processo moroso, dispendioso e demasiado espaçoso⁷. Incomportável para a maioria dos indivíduos e organizações.

Antes do desenvolvimento das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC), pesquisavam-se, compilavam-se e catalogavam-se apenas os *dados* que constituíssem *informação* relevante para uma determinada área de *conhecimento* que se estivesse a estudar.

Sendo que a generalidade dos indivíduos e organizações não acedia ou pesquisava sobre os dados diretamente, limitava a sua atenção à informação que havia sido previamente catalogada por especialistas na área quanto à sua “atualidade”, “precisão”, “relevância” para determinado *conhecimento*. É o tempo das **compilações**⁸ em formato papel.

Todo o *conhecimento* e *sabedoria* representavam então um domínio exclusivo do indivíduo ou da organização que tomava as decisões.

⁵ Nesse sentido, (Loureiro, 2003, pp. 24–34; Gouveia e Ranito, 2004, p. 12).

⁶ No esmo sentido, (Laudon e Laudon, 2006, p. 432).

⁷ Pense-se a título de exemplo no espaço ocupado e custo que representa uma tradicional biblioteca em papel, assim como a morosidade com que se pesquisa nos “velhinhos” contadores com fichas em cartão.

⁸ É com este sentido de “reunião de textos” que a alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC) adota o conceito de compilação quando equiparadas a obras originais “*as compilações de obras protegidas ou não, tais como selectas, enciclopédias e antologias*”. Conforme abordamos no nosso artigo (Venâncio, 2012, pp. 603–608).

3. O Fluxo de informação digital

As exponenciais potencialidades de pesquisa, armazenamento e processamento⁹ de uma quantidade extraordinária de dados proporcionadas pelas TIC vieram alterar a lógica associada à compilação e organização de informação.

Cada vez mais se compila o maior número de *dados* possíveis independentemente de representarem ou não *informação* útil no momento da recolha, implementando-se sistemas de pesquisa de *dados* que facilitem *à posteriori* a obtenção da *informação* pretendida para atingir um determinado *conhecimento*.

Isto fez com que indivíduos e organizações deixassem de adquirir compilações de informações previamente “filtradas”. A generalização da utilização das TIC fez com que optem por pesquisar diretamente sobre gigantescas quantidades de *dados* a *informação* mais pertinente para a sua situação concreta. Nessa fase desta revolução tecnológica e informacional assumem particular relevo as **Bases de Dados**¹⁰.

A transformação desses *dados* em *informação* e desta em *conhecimento* e *sabedoria* serão os passos seguintes para os quais contribuem as tecnologias das bases de dados, dos Sistemas de Gestão de Bases de Dados (SGBD), dos Sistemas de Informação¹¹ e, por fim, das novas tecnologias de Inteligência Artificial (IA) nas suas varias variantes, com mais ou menos autonomia de processamento.

Naturalmente que esta transição se deu faseadamente. Os primeiros computadores limitavam-se à substituição do trabalho humano em tarefas repetitivas. Trabalhavam exclusivamente sobre dados discretos cabendo ainda aos utilizadores a aplicação dos critérios de seleção da informação relevante. A intervenção das TIC no fluxo da informação ficava-se assim pelo primeiro estágio – os *dados*.

⁹ **Processamento** é o «*tratamento automático da informação num sistema informático (processador ou computador), como a acção automática que se segue à entrada (input) de dados e precede a saída de dados ou produção de determinados resultados*» (Matos, 2009, p. 294).

¹⁰ Conclusão que já havíamos defendido no nosso artigo (Venâncio, 2012, pp. 598–602).

¹¹ Luís Borges Gouveia e João Ranito salientam que os “Sistema de Informação” têm cinco funções essenciais: «(1) *recolha da informação: garantir a entrada de dados no sistema; (2) armazenamento da informação: garantir o registo dos dados necessários ao sistema; (3) processamento da informação: dar resposta às exigências de dados e informação para suporte do sistema; (4) representação da informação: permitir uma percepção com qualidade dos dados e informação disponíveis no sistema; (5) distribuição da informação: garantir o fluxo de dados e de informação no sistema*» (Gouveia e Ranito, 2004, p. 22)

Com o desenvolvimento das TIC, quer na sua capacidade de armazenamento quer, principalmente, de processamento de dados, passaram a estar ao alcance destes Sistemas de Informação os meios para disponibilizar automaticamente a informação relevante, atual, legível e precisa, requerida pelo utilizador. Ou seja, desenvolvem-se sistemas inteligentes capazes de selecionar criticamente os dados que em determinado momento representam *informação* relevante para o decisor. As TIC ocupam agora o segundo estado fluxo da informação.

Mais modernamente, atenta a importância crescente deste mercado digital e de um melhor aproveitamento das potencialidades das TIC no tratamento inteligente de informação, assim como a melhor compreensão do funcionamento do fluxo de informação, as empresas começam a abandonar o tradicional conceito de mera gestão de informação e passam a procurar uma efetiva *Gestão do Conhecimento*¹². Trata-se agora de uma gestão vocacionada já não para o mero tratamento de *dados discretos* ou sequer para a disponibilização de *informação relevante*, mas antes para potenciar a criação e difusão de *conhecimento* dentro da organização¹³.

A preocupação evoluiu no “fluxo informacional” para um patamar mais complexo onde Sistemas de Informação *inteligentes* “aprendem” a tratar a informação de modo a tomar decisões. Ou seja, as TIC passam também a gerar *conhecimento*.

Em conclusão, na Era do **Big Data** os *dados* são apenas matéria bruta, compilada em larga escala, muitas vezes de forma não estruturada e, por isso, individualmente considerados de baixo valor. E sobre a qual o Ser Humano já é incapaz de pesquisar, relegando essa tarefa nas TIC.

Desta alteração resulta que a *informação* já não é selecionada e comercializada em bases de dados estruturadas, mas disponibilizada “à medida” através do processamento em bruto de dados discretos por motores de pesquisa cada vez mais complexos, mas autónomos, dizem-nos, mais “inteligentes”. Hoje é a inteligência artificial que nos fornece a informação que consumimos!

¹² Nesse sentido, (Laudon e Laudon, 2006, p. 463).

¹³ (Laudon e Laudon, 2006, p. 434).

Por fim, com o uso de inteligência artificial aplicada à tomada de decisões, as TIC passam também a produzir *conhecimento*, transformando-o (também) num bem transacionável.

Em resumo as TIC revolucionaram a nossa relação com o fluxo da informação, onde indivíduos e organizações cada vez mais delegam em sistemas informáticos *inteligentes* a tarefas de compilação de *dados*, seleção da *informação* relevante e até de tomada de decisões (*conhecimento*).

4. A lealdade da concorrência e a liberdade de escolha do consumidor

A concorrência pressupõe um mercado aberto, com liberdade de iniciativa económica privada, pluralidade de agentes económicos e liberdade de escolha do consumidor. Em que os diferentes agentes económicos concorrem pela preferência dos consumidores.

Os *atos de concorrência*¹⁴, entendidos como aqueles atos destinados à obtenção ou desenvolvimento de uma clientela própria em prejuízo da clientela alheia (efetiva ou potencial), são, em princípio, lícitos e salutareos na construção do referido mercado aberto¹⁵.

O mercado aberto, enquanto modelo de organização económica, funda-se no entendimento que a liberdade de concorrência promove a inovação e o desenvolvimento económico, beneficia as sinergias empresariais e permite a liberdade de escolha dos consumidores. Além de, enquanto elemento de promoção da atividade económica, criar riqueza para a comunidade e para o Estado.

Tendo em vista estes benefícios, os ordenamentos jurídicos tendem a proteger o bom funcionamento da concorrência pela tutela/promoção da iniciativa económica privada; pela limitação de posições dominantes ou monopolistas do mercado; pela tutela dos direitos dos consumidores, e ainda pela repressão dos atos contrários à “lealdade de concorrência”.

¹⁴Para a caracterização de “atos de concorrência” *cf.* (Ascensão, 2002, pp. 109–128; Olavo, 2005, pp. 259–265; Silva, 2011, pp. 315–336; Gonçalves, 2022, pp. 405–410).

¹⁵ Nesse sentido, diz-nos Adelaide Menezes Leitão que o ato de concorrência «*é um ato lícito, na medida em que a ordem jurídica permite a concorrência, pois estamos numa zona de direito privado, na qual, fora do domínio da proibição de atos de concorrência desleal, funciona a sua permissão*», (Leitão, 2000, p. 44)

Neste artigo olharemos em particular para a posição do consumidor face a este novo fluxo da informação digitalizado, e aos desafios que a revolução que as TIC trouxeram para o fluxo da informação coloca à tomada de decisões. E, em particular, os desafios que este novo ambiente informacional coloca à liberdade de escolha dos consumidores.

5. As pesquisas inteligentes

Na perspetiva da relação que o consumidor tem com o comércio eletrónico, num sentido amplo do termo¹⁶, a questão relaciona-se com a proliferação (ou mesmo generalização) do recurso a motores de pesquisa e distribuição inteligente de conteúdos disponíveis em linha.

Seja quando recorremos a um motor de pesquisa em linha (Google, Yahoo, Sapo, etc.) seja quando consultamos o nosso *feed* numa rede social (Facebook, LinkedIn, Instagram, etc.), os conteúdos que o sistema nos apresenta resultam de um qualquer processamento automático que não é aleatório ou fundado num critério objetivo (por exemplo, o mais recente).

Estamos rodeados por algoritmos “inteligentes” que nos alimentam de “informação” considerando a “pertinência” dos dados, a “fidedignidade” dos dados, a “atualidade” dos dados, a “popularidade” dos dados, e até as “preferências/perfil” do utilizador. E em que estes critérios vão sendo (re)definidos automaticamente e personalizadas pelo próprio sistema inteligente que nos disponibiliza essa informação.

Supostamente, no idílico Edem dos apologistas da superioridade intelectual do algoritmo computacional, este sistema proporcionaria a cada cidadão cibernético mais e melhor informação, tornando-nos numa sociedade hiperinformada.

É fácil de antever as múltiplas questões que se podem colocar a este modelo, tanto mais pela subjetividade implícita a conceitos como a “pertinência” ou mesmo “fidedignidade” dos dados. E aos muitos “desvios” a que estes algoritmos são permeáveis,

¹⁶ Com sentido amplo queremos referir que não nos limitamos as situações de comércio eletrónico direto ou indireto (aquele em que o produtos ou serviços é prestado ou encomendado/contratado através da internet) mas também na internet como instrumento de marketing e instrumento de pesquisa e seleção de produtos/serviços por parte do consumidor, ainda que os venha depois a contratar no comércio tradicional.

intencionalmente ou não. Pensamos em particular nos riscos para a concorrência e para a liberdade de escolha do consumidor.

6. Riscos para a lealdade da concorrência

É hoje já um facto estudado e comprovado que estes mecanismos automatizados de determinação da informação a que acedemos têm um impacto extremo na concorrência. “O Eurobarómetro Especial sobre plataformas online mostra que, para 75% dos inquiridos, em Portugal, a ordem de apresentação dos resultados de pesquisa afeta o seu comportamento enquanto consumidores – o valor mais elevado da UE”¹⁷. Salientando o mesmo estudo que “As oportunidades e os riscos do *big data* dizem respeito não apenas a mercados online, mas também a diversos mercados offline”¹⁸.

Refere ainda o citado estudo que “existe um conjunto de aspetos e enviesamentos comportamentais dos consumidores que podem colocar barreiras à entrada e à expansão de operadores. A este respeito, refiram-se os efeitos de saliência, em que os consumidores valorizam excessivamente a informação mais saliente. Adicionalmente, o comportamento dos consumidores pode, por vezes, favorecer a manutenção do *status quo* e gerar uma resistência à mudança. Por outro lado, os consumidores são também caracterizados por impaciência e menor autocontrolo nas suas decisões de consumo”¹⁹.

Acresce que, o exponencial crescimento das plataformas de Serviços da Sociedade da Informação vem maximizar o **efeito de rede**, direto e/ou indireto, com consequências potencialmente perversas sobre a concorrência.

Este conceito de efeito de rede tem sido muito discutido na indústria das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC), desde logo a propósito do conceito de interoperabilidade horizontal, que é a que ocorre na comunicação entre sistemas de computador distintos e que permite a troca de tarefas, dados e comunicações entre estes. Por força desta interoperabilidade horizontal, os elementos que a permitem esta -

¹⁷ In (Autoridade da Concorrência, 2019, p. 5)

¹⁸ In (Autoridade da Concorrência, 2019, p. 7)

¹⁹ In (Autoridade da Concorrência, 2019, p. 23).

usualmente designados de “interfaces” - ganham um valor acrescido, que extravasa a sua função primária, por permitirem a criação desse *efeito de rede*²⁰.

De acordo com esta teoria do “efeito de rede”, quanto mais utilizadores usarem determinado produto informático (p.e. um programa de computador) maior é a probabilidade de outros utilizadores estarem interessados em utilizar esse produto a fim de poderem beneficiar das sinergias criadas por esta interoperabilidade. O mesmo raciocínio se aplicará à generalidade dos serviços e produtos das TIC²¹.

Alguns destes problemas foram já identificados e objeto de medidas por parte da União Europeia. Transcrevemos abaixo três exemplos citados no Relatório da Autoridade da Concorrência²², com base em informação constante do site oficial da Comissão Europeia²³:

Em março de 2019, a CE aplicou uma coima de 1,49 M€ à Google, por abuso de posição dominante na intermediação de publicidade associada às pesquisas online, ao impor, entre 2006 e 2016, restrições contratuais aos proprietários de páginas da Internet para limitar a capacidade de concorrentes como a Microsoft e Yahoo de colocar os seus anúncios de pesquisa nessas páginas. As cláusulas proibiam as contrapartes de colocar anúncios de pesquisa de concorrentes da Google nas suas páginas de resultados de pesquisa. Posteriormente, a Google reservou para si o espaço mais visível e clicado dessas páginas para anúncios da Google e sujeitou ao seu controlo alterações à forma como as contrapartes exibiam a publicidade de anunciantes seus concorrentes.

Em julho de 2018, a CE sancionou a Google em 4,3 M€, por abuso de posição dominante nos serviços das pesquisas genéricas na Internet, nos sistemas operativos para smartphones e nas appstores para o sistema operativo móvel Android, ao impor, desde 2011, restrições aos fabricantes

²⁰ «As more people use a particular product, such a word processor from a particular vendor, the value of that component or product increases for other users as well. This is known as a 'network effect' (...)» (Rooijen, 2010, p. 9)

²¹ É isso mesmo que conclui o já citado estudo da Autoridade da Concorrência de 2019 (Autoridade da Concorrência, 2019, p. 24).

²² In (Autoridade da Concorrência, 2019, p. 26)

²³ <https://ec.europa.eu/competition/>.

de dispositivos móveis que utilizam o sistema operativo móvel Android e aos operadores de redes móveis para garantir o direcionamento do tráfego dos dispositivos Android para o motor de pesquisa da Google. A Google (i) exigiu aos fabricantes que pré-instalassem o “Google Search” e “Chrome” nos seus dispositivos Android como condição para aceder ao “Play Store”; (ii) implementou um esquema de incentivos financeiros a fabricantes e operadores de redes subordinados à pré-instalação nos seus dispositivos Android do “Google Search” em regime de exclusividade; e (iii) impediu os fabricantes que queriam pré-instalar nos seus dispositivos aplicações exclusivas da Google de desenvolver ou vender smartphones que funcionassem com versões do Android não aprovadas pela Google.

Em junho de 2017, a CE aplicou uma coima de 2, 424 M€ à Google, por abuso de posição dominante nos serviços de pesquisa geral, ao favorecer, desde 2008, o posicionamento e a visualização do seu serviço de comparação de preços nas suas páginas de resultados de pesquisa geral, em detrimento dos serviços concorrentes de comparação de preços. A CE concluiu que este comportamento tinha o potencial de excluir os serviços de comparação de preços concorrentes, aumentando os custos dos comerciantes e os preços suportados pelos consumidores e diminuindo a inovação e prejudicando a capacidade dos consumidores de aceder aos serviços mais relevantes de comparação de preços.

Nestas três situações está em causa precisamente a manipulação, direta ou indireta, do acesso à informação disponibilizada aos consumidores, em violação dos usos honestos da concorrência, e em modos que a Comissão Europeia entendeu constituir comportamento que subverte a lealdade da concorrência.

7. O consumidor e a pesquisa inteligente

As questões são múltiplas²⁴ pelo que nos concentraremos em duas práticas em particular, que se vêm banalizando nos algoritmos que inteligentemente nos tornam a “melhor”

²⁴ Uma das mais debatidas, que não abordaremos aqui, relaciona-se com o fenómeno de utilização de algoritmos de inteligência artificial para monitorização e determinação de políticas de preços, sobre o tema vide (Oliveira, 2020)

informação disponível: (1) a valoração das pesquisas mais comuns; e (2) a valoração do histórico pessoal de pesquisa e consultas do utilizador.

O problema prende-se com o facto, empiricamente evidente, de a prática da promoção das “pesquisas” mais comuns criar um efeito exponencial de reforço das empresas/produtos mais conhecidos, ou seja, dominantes do mercado. Por outro lado, a valoração do histórico pessoal de pesquisa e consultas do utilizador reforça as escolhas anteriores, que tendencialmente serão a dos agentes há mais tempo no mercado.

Na nossa opinião, e na perspetiva da lealdade da concorrência, estas duas práticas colocam os mesmos problemas e embatem num direito fundamental de liberdade de escolha.

Ambos mecanismos diminuem a probabilidade de acesso (informação) a novos produtos ou a novas empresas. E, nessa medida, importam um potencial de reforço de posições de domínio e de limitação da liberdade de escolha do consumidor. Na medida o processo decisório (*conhecimento*) se produz com acesso a *informação* limitada.

Em última análise, estas práticas, diminuem a capacidade de penetração de novos agentes, produtos e/ou serviços, e com isso da renovação e reforço do mercado aberto.

Mas se são notórios os riscos inerentes às práticas realçadas, já não será tão evidente que estas práticas constituam um abuso de posição dominante (como nos casos citados no relatório da Autoridade da Concorrência supra) ou um ato desleal enquadrável no artigo 311.º do CPI.

Em conclusão, a generalização do uso de motores de pesquisa inteligentes no fluxo de informação do consumidor apresenta um risco real: estes motores de pesquisa inteligente (ainda que possamos admitir que não o façam propositadamente) limitam o acesso à informação por parte do consumidor, reduzindo a diversidade da informação a que este acede. Na maior parte dos casos, sem que o consumidor disso tenha consciência ou tenha conhecimentos que lhe permitem contornar os “critérios” impostos pela pesquisa inteligente.

O consumidor está assim, de facto, limitado na sua liberdade de escolha na medida em que tem maior dificuldade em aceder a *informação* que não seja a mais “comum” ou a

que ele próprio “usualmente” acede. A sua decisão de consumir – o seu *conhecimento* – é assim condicionado por uma *informação viciada* por mecanismos que favorecem os operadores com maior cota de mercado ou os hábitos de consumo anteriores.

A questão que esta constatação nos levanta é quais os mecanismos legais adequados a garantir a tutela do consumidor perante esta flagrante limitação da sua liberdade de escolha?

Conclusão. Uma pergunta.

Não temos dúvidas que as pesquisas inteligências proporcionadas por serviços da sociedade da informação tem um impacto real e não negligenciável no âmbito da atividade económica concorrencial. A questão é se o mesmo é passível de ser qualificado como *contrário às normas e usos honestos*?

Nenhuma das duas práticas que salientamos na seção anterior – (1) a valoração das pesquisas mais comuns e (2) a valoração do histórico pessoal de pesquisa e consultas do consumidor -, em boa verdade, representa uma prática que constitua um ato de abuso de posição dominante, desde logo porque as entidades empresariais beneficiadas podem nem sequer ter qualquer relação com a entidade empresarial titular no motor de pesquisa.

Por outro lado, também não constitui um ato de confusão – não se induz em erro o consumidor sobre a identidade dos comerciantes, serviços ou produtos; nem um ato de descrédito – não se está a denegrir produtos ou serviços dos concorrentes; ou um ato de apropriação – não se está a usar indevidamente créditos alheios; ou sequer um ato de concorrência parasitária – não se reconduz a uma qualquer forma de utilização de sinal distintivo do comércio alheio, ou confundível com este. Não estamos assim no âmbito dos atos desleais classificados pela doutrina²⁵.

E se, em abstrato, estas práticas podem reconduzir-se a um ato atípico de deslealdade, como salienta Luís Couto Gonçalves “a análise dos hipotéticos atos atípicos desleais não se afigura tarefa fácil. Nessa tarefa deve ter-se sempre presente as fronteiras do instituto da concorrência desleal com os institutos da concorrência ilícita e das normas de defesa

²⁵ Leia-se sobre estas classificações, por todos, (Gonçalves, 2022, pp. 411–427)

da concorrência (legislação antitrust)”²⁶. Em boa verdade, como em tantas outras situações, só perante o caso concreto e a específica forma de funcionamento do algoritmo computacional de inteligência artificial, e sua influência nos resultados apresentados ao utilizador, será possível um enquadramento da adequação dessa prática aos cânones da lealdade da concorrência.

Acresce que o facto de empresa titular do motor de pesquisa e as empresas beneficiárias ou prejudicadas pelos resultados da pesquisa poderem não estar em concorrência entre si, levanta igualmente dificuldades quanto à aplicação dos mecanismos de tutela da lealdade da concorrência.

A questão parece-nos por isso enquadrar-se melhor no âmbito da tutela dos direitos do consumidor, em particular daqueles que contendem diretamente com a sua liberdade de escolha.

E a pergunta que deixo aqui por responder é se os atuais mecanismos de tutela do consumidor, nomeadamente quanto ao direito à informação, estão preparados para o proteger dos riscos deste fluxo da informação propulsionado por Inteligência Artificial?

Bibliografia:

Ascensão, J. de O. (2002) *Concorrência desleal*. Coimbra, Portugal: Almedina.

Autoridade da Concorrência (2019) «Ecosistemas digitais, Big Data e Algoritmos», pp. 1–80. Disponível em: http://concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Outros/Documents/Ecosistemas digitais, Big Data e Algoritmos.pdf.

Gonçalves, L. C. (2022) *Manual de Direito Industrial*. 9.º Edição. Coimbra: Almedina.

Gouveia, L. B. e Ranito, J. (2004) *Sistemas de Informação de Apoio à Gestão*. Porto: SPI - Sociedade Portuguesa de Inovação.

Harvey, P.-L. e Andrade, I. (2002) *Ciberespaço e Comunática*. Instituto Piaget.

Laudon, K. C. e Laudon, J. P. (2006) *Management Information Systems*. 10.^a. New Jersey:

²⁶ In (Gonçalves, 2022, p. 420)

Pearson Education.

Leitão, A. M. (2000) *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina.

Loureiro, J. L. (2003) *Gestão do conhecimento*. Centro Atlântico.

Matos, J. A. A. de (2009) «Dicionário de Informática e Novas Tecnologias». Editado por L. D. A. FCA-EDITORA DE INFORMÁTICA. LISBOA: Lidel - Edições Técnicas, L.da.

Olavo, C. (2005) *Propriedade Industrial - Volume I*. 2.^a. Almedina.

Oliveira, R. (2020) «Inteligência Artificial e Concorrência», em Rocha, M. L. e Pereira, R. S. (eds.) *Inteligência Artificial & Direito*. Coimbra: Almedina, pp. 247–257.

Rooijen, A. van (2010) *The software interface between copyright and competition law : a legal analysis of interoperability in computer programs*. Alphen aan. Kluwer Law International B.V.

Silva, P. S. e (2011) *Direito Industrial - Noções Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.

Varajão, J. E. Q. (1998) *A Arquitectura da Gestão de Sistemas de Informação*. FCA - Editora de Informática.

Venâncio, P. D. (2012) «Das compilações às bases de dados enquanto objectos de propriedade intelectual», *SCIENTIA IURIDICA*. Braga: Universidade do Minho (Escola de Direito), Tomo LXI(330), p. 597 a 628.

Venâncio, P. D. (2016) *A Tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Eletrónico*. Coimbra: Almedina.

A qualificação do credor financeiro como administrador de facto

Emília Rita Ferreira¹

RESUMO

Num contexto de crescente complexidade dos instrumentos de financiamento das sociedades e da sua dependência relativamente às fontes de financiamento disponíveis, analisar a possibilidade de os credores financeiros poderem vir a atuar como administradores de facto das sociedades financiadas tem vindo a ganhar relevância.

A influência exercida pelas entidades bancárias é determinada pelo seu posicionamento em relação à sociedade financiada, o qual decorre do contrato de financiamento previamente celebrado entre as partes. Por vezes, os contratos de financiamento celebrados entre os credores e a sociedade financiada contêm cláusulas (*covenants*) através das quais as sociedades financiadas ficam sujeitas, por exemplo, a obrigações de reporte financeiro, a obrigações relativas à disposição de ativos, ou a obrigações relacionadas com o objeto social ou com a prestação de novas garantias. Para além disso, em algumas situações, as sociedades devedoras ficam sujeitas igualmente a cláusulas que importam o vencimento antecipado da obrigação de pagamento, em caso de incumprimento contratual.

A questão que se coloca é a de saber se o credor financeiro poderá ser considerado administrador de facto da sociedade que financiou, em virtude da sua atuação ao abrigo dos contratos de financiamento, nomeadamente naqueles em que estavam inseridos *covenants*.

Se parte da doutrina considera que só poderá ocorrer administração de facto quando o comportamento das entidades bancárias ultrapasse os comportamentos permitidos pelos *covenants* (isto é, quando estas entidades assumem uma postura de controlo do devedor,

¹ Mestre em Direito das Empresas e dos Negócios (Universidade Católica); Advogada na sociedade Yolanda Busse, Oehen Mendes & Associados, S.P., R.L.; Email: emiliaritaferreira@gmail.com

atuando elas próprias como administradores de facto da sociedade financiada), encontramos também autores que defendem que é precisamente a inserção de *covenants* nos contratos de financiamento que afasta a figura do administrador de facto. Ou seja, de acordo com estes, se as partes estabeleceram aquelas cláusulas *ex ante*, não se poderá, num momento posterior, considerar a qualificação da figura do administrador de facto, pois apesar de as sociedades financiadas terem estado sujeitas a restrições, as faculdades de decisão das mesmas permaneceram sujeitas exclusivamente ao seu conselho de administração.

Com o presente trabalho propomo-nos a analisar as situações em que estas cláusulas podem ser inseridas, quais as formas de possível responsabilização dos credores financeiros e quais as posições atualmente adotadas pela doutrina relativamente a esta matéria.

PALAVRAS CHAVE: *covenants*; cláusulas; credores; financiamento; administrador de facto.

I - ENQUADRAMENTO

A figura do administrador de facto está cada vez mais presente na nossa realidade jurídica. Não obstante, este é um conceito que ainda não obteve tipificação legal no ordenamento societário português. Desta forma, um dos problemas que se coloca atualmente é o de delimitar o grupo de sujeitos que poderá configurar este conceito. Ao contrário do que acontece em Portugal, por exemplo em Espanha (mas também noutros ordenamentos jurídicos europeus) o legislador já definiu quem poderá ser considerado administrador de facto.

Desde há muito que se aceita que as entidades bancárias poderão ser consideradas administradores de facto de sociedades que financiaram. No entanto, se atentarmos à experiência de ordenamentos jurídicos estrangeiros, percebemos que esta situação deverá ser tratada com especial cautela. Isto, porque a excessiva responsabilização das entidades bancárias poderá levá-las a não conceder crédito, com receio de virem a ser responsabilizadas.

Na prática, não é frequente as entidades bancárias atuarem como administradores de facto. Não obstante, a verdade é que dos contratos de financiamento constam, cada vez mais, cláusulas que poderão conduzir a esta situação (nomeadamente os *covenants*). Estas são cláusulas que têm como objetivo a preservação da solvência do devedor durante a vida do empréstimo, o que pressupõe uma proteção daquele crédito a favor do banco credor.

Em traços gerais, os *covenants* são cláusulas com obrigações paralelas e acessórias à obrigação principal, que é a devolução do capital financiado. No entanto, por vezes, verifica-se que a entidade financeira, com o objetivo de recuperar o seu crédito, poderá extravasar os comportamentos permitidos por estas cláusulas e passar a interferir na gestão da sociedade financiada. Mais: pode acontecer que a entidade financeira nem sequer ultrapasse o conteúdo do *covenant*, limitando-se a cumprir o que foi negociado com a sociedade financiada, mas em virtude do alcance da cláusula, ser de considerar haver administração de facto por estarem preenchidos todos os requisitos desta figura.

Não obstante a introdução destas cláusulas não se verificar em todos os contratos de financiamento celebrados em Portugal, não se poderão desconsiderar duas questões: o financiamento externo é a principal fonte de rendimento das sociedades; e, face à crescente globalização do mundo empresarial e ao fácil acesso ao financiamento estrangeiro, poderão nos contratos de financiamento celebrados por sociedades portuguesas estar incluídas as referidas cláusulas. Para além disso, estas cláusulas poderão constar dos contratos de financiamento de forma expressa ou tácita, assumindo maior perigo quando integram o mesmo de forma dissimulada, situação para a qual a doutrina cada vez mais alerta.

II – O CONCEITO DE ADMINISTRADOR DE FACTO

A administração de facto é um fenómeno presente na realidade jurídica portuguesa. A necessidade de responsabilizar outros sujeitos, que não sejam administradores de direito, mas que interfiram na gestão da sociedade, surge como forma de assegurar a coerência do ordenamento jurídico no que diz respeito à responsabilização dos sujeitos que desempenham funções equivalentes às de um administrador de direito.

No entanto o nosso ordenamento jurídico ainda não procedeu à tipificação desta figura². Desta forma, tem havido um grande esforço, quer por parte da doutrina quer por parte da jurisprudência portuguesas, no sentido de definir quais os comportamentos que poderão levar determinados sujeitos a ser considerados administradores de facto de determinada sociedade.

Lato sensu, podemos dizer que são administradores de facto todos aqueles que, apesar de não serem administradores de uma determinada sociedade, nesta desempenham funções que estão intrinsecamente ligadas à qualidade de administrador.

A doutrina divide-se no que diz respeito à construção da noção de administrador de facto. Enquanto uma parte da doutrina acolhe um critério formalista, outra parte da doutrina prefere um critério funcional.

Os defensores do critério formalista defendem que existe um vínculo entre a sociedade e o administrador de facto quando verificamos uma vontade exteriorizada da pessoa coletiva na nomeação de um determinado administrador e a respetiva aceitação por parte deste (mesmo que tácita). Defendendo ainda que, nestes casos, o administrador de facto deve ser equiparado ao administrador de direito para todos os efeitos, incluindo para a sua responsabilização³. Esta conceção foi amplamente criticada e a doutrina começou a apresentar propostas no sentido da responsabilização do administrador de facto como administrador de direito, mesmo nos casos em que não se verifica um vínculo orgânico mínimo⁴.

E foi neste enquadramento que a conceção funcional estabeleceu como critério relevante o da administração *extra-institucional*⁵, isto é, pelo exercício efetivo de uma atividade de gestão, na qual o administrador de facto exerce funções e executa competências

² Encontramos preceitos, por exemplo, no CIRE como n.º 1 do art. 186.º que refere expressamente a “*atuação dos administradores, de direito ou de facto*” que preveem esta figura. Também a LGT, no seu art. 24.º estipula que “os administradores, diretores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas coletivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis (...)”.

No entanto, a verdade é que nenhum destes diplomas, nem mesmo o CSC, tratou até hoje de definir este conceito. De qualquer maneira, não se compreenderia se um sujeito pudesse ser considerado administrador de facto para efeitos fiscais ou de direito da insolvência (e até mesmo responsabilizado em sede penal por insolvência ou pelas dívidas fiscais da sociedade) e depois não o fosse no âmbito do direito societário e da responsabilidade civil dos administradores.

³ Este foi o critério maioritariamente seguido pela jurisprudência italiana em matéria civil. Para maiores desenvolvimentos, v. RITA GUIMARÃES FIALHO D’ALMEIDA (2015), nr 23.

⁴ Cfr. RITA GUIMARÃES FIALHO D’ALMEIDA (2015), p. 259

⁵ *Idem*

específicas de um administrador de direito, mesmo que não se tenha verificado qualquer ato de designação por parte da pessoa coletiva.

Dito isto, a doutrina portuguesa tem vindo a desenvolver um conjunto de requisitos que uma vez verificados conduzem o agente que os praticou à figura do administrador de facto.

Assim, o primeiro requisito apontado pela doutrina prende-se com “*o exercício positivo de funções de gestão similares ou equiparáveis às dos administradores formalmente instituídos*”⁶. Este exercício deverá ser dotado de um determinado grau de intensidade tanto qualitativa como quantitativa.

Do ponto de vista qualitativo, terá que ser traçada a linha que separa as meras instruções ou sugestões e o exercício efetivo da função de administração. Significa isto que, para que um ato ou um conjunto de atos sejam suficientes para considerar o sujeito que os praticou administrador de facto estes terão que consubstanciar o exercício de um poder de direção ou gestão similar ao que diariamente exercem os administradores de direito⁷. Por outras palavras, terá que existir uma igualdade ou paridade entre as funções exercidas por estes em relação às dos administradores legalmente instituídos. *A contrario*, não poderá ser considerado administrador de facto toda e qualquer pessoa que exerça mera influência na gestão da sociedade ou que se limite a exercer os direitos que lhe foram atribuídos em função da sua relação com a sociedade⁸.

O segundo requisito apresentado pela doutrina decorre da “intensidade qualitativa”. Neste sentido, é necessário que haja a “autonomia decisória” própria dos administradores de direito. Assim, os administradores de facto deverão ter uma autonomia decisória tal que lhes permita impor à sociedade decisões capazes de influenciar a sua gestão empresarial de forma vinculativa. Tais sujeitos deverão atuar na vida da sociedade como se de administradores de direito se tratassem, sendo tratados em moldes idênticos aos administradores de direito. Em traços gerais, é administrador de

⁶ Assim, RICARDO COSTA (2014), p. 23 e ss.

⁷ Neste sentido, FERNANDEZ MARTINEZ SANZ (2012), p. 62.

⁸ Assim, e como adverte RICARDO COSTA (2014), p. 758, não poderemos considerar administrador de facto o sócio “que se limita a exercer os seus poderes legais [...] mesmo que incidam sobre a gestão da sociedade, e o poder de supervisão e de controlo sobre os gerentes ou administradores”; ou a “entidade bancária ou financeira que vigia a utilização de fundos colocados à disposição da sociedade cliente, se assegura com garantias do seu crédito e se informa sobre a sociedade que financia e/ou lhe dá aconselhamento técnico”.

facto aquele que coopera com os titulares formais e legalmente instituídos no exercício da administração, sem se encontrar sujeito a uma subordinação relativamente ao órgão de gestão da sociedade⁹.

Face ao exposto, pode-se afirmar que serão atos de gestão empresarial ou de alta direção aqueles que estão dotados de uma “intensidade qualitativa de comando e planeamento gerais”¹⁰.

Já no que respeita à intensidade quantitativa, discute-se se será bastante a prática de um só ato ou se, pelo contrário, será necessária a prática continuada e reiterada dos atos, com um determinado grau de permanência.

Neste âmbito, a doutrina divide-se, uma vez que se à primeira vista podemos ser levados a crer que será necessária a prática reiterada e significativa de uma pluralidade de atos típicos de gestão empresarial¹¹, a verdade é que existem determinados comportamentos ocasionais e isolados que revestem um grande relevo na vida da sociedade e que, por isso, não poderão ser ignorados no estudo desta matéria.

O terceiro e último requisito prende-se com o “conhecimento e/ou consentimento” dessa atuação por parte dos sócios e/ou dos administradores de direito¹². De notar que este consentimento pode ser expresso ou tácito¹³.

Se considerarmos que a administração de facto é conhecida pela administração de direito, também poderemos dizer que é conhecida pela maioria dos sócios. Isto porque a tolerância manifestada por parte da sociedade, muitas vezes através do silêncio, é considerada pela doutrina o úniconexo de imputação dos atos dos administradores à própria sociedade e, conseqüente, da vinculação desta àqueles atos¹⁴.

Em suma, são três os requisitos para considerarmos a existência da administração de facto: 1) o exercício positivo, real e efetivo das funções da administração, dotados de um especial grau de intensidade qualitativa e qualificativa; 2) a autonomia decisória que

⁹ Podemos assim excluir deste âmbito os trabalhadores assalariados, diretores gerais ou sectoriais, os procuradores com poderes para a prática de determinados negócios, contando que estas designações não sirvam para cobrir a qualidade de administrador de RICARDO COSTA (2014), p. 31, nota de rodapé 5.

¹⁰ RICARDO COSTA (2014), p. 311 e ss.

¹¹ Neste sentido, FERNANDEZ MARTINEZ SANZ (2012), p. 55 e ss, refere que é não só necessário como fundamental que o administrador leve a cabo de forma constante e sem subordinação a prática de tais atos.

¹² Assim, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (2009), p. 474, nota de rodapé 169.

¹³ Neste sentido, FERNANDEZ MARTINEZ SANZ (2012), p. 62.

¹⁴ Com este entendimento, MÓNICA FUENTES NAHARRO (2006), pp 300 e 301.

decorre da intensidade qualitativa; 3) o conhecimento e consentimento, expresso ou tácito, da atuação dos administradores de facto quer por parte dos administradores de direito quer por parte dos sócios¹⁵.

III – A INTRODUÇÃO DE COVENANTS EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO

Quando as entidades de crédito celebram contratos de financiamento com empresas que apresentam uma situação económica difícil, é frequente que do contrato constem *covenants* com o intuito de impor à sociedade financiada obrigações de fazer ou de não fazer (*positive* ou *negative covenants*).

Podemos elencar alguns exemplos de *covenants* normalmente usados em contratos de financiamento¹⁶:

I. *Obrigações de reporte de informação*: obrigam a empresa financiada a fornecer ao credor cópias das suas contas auditadas, demonstrações financeiras intercalares, outros documentos enviados aos acionistas e qualquer informação que o credor exija, dentro dos parâmetros da razoabilidade, bem como a comunicar quaisquer factos relacionados com a ocorrência de incumprimento das suas obrigações ou com a possibilidade de verificação do mesmo.

II. *Obrigações financeiras*: obrigam a que a empresa financiada mantenha um nível de solvabilidade necessário ao pagamento da dívida, exigindo-se, por exemplo, que o ativo corrente seja superior ao passivo corrente, que o rácio entre o total dos passivos e o capital próprio não desça de um certo nível ou que a distribuição de dividendos e outros montantes pagos aos acionistas não excedam uma determinada percentagem dos resultados da empresa.

III. *Obrigações relativas à disposição de ativos*: exigem que a empresa não aliene, onere ou reafecte os seus ativos, a menos que obtenha o consentimento do credor.

IV. *Obrigações relacionadas com o objeto social*: impedem que a sociedade financiada altere o seu objeto social de tal modo que isso afete

¹⁵ Cf. RICARDO COSTA (2014), p. 30 e ss.

¹⁶ BRUNO MARTIN BAUMEISTER (2013).

negativamente o seu negócio, os seus ativos ou a sua situação financeira.

V. *Obrigações relacionadas com a prestação de novas garantias*: impedem a empresa financiada de oferecer novas garantias reais a favor de outros credores e exigem que, em caso de contração de nova dívida, o credor seja mantido *pari passu* com os novos credores.

VI. *Vencimento antecipado da obrigação de pagamento em caso de incumprimento*: estas cláusulas permitem ao credor exigir o pagamento antecipado do capital e dos juros remuneratórios (e ainda dos juros decorrentes de cláusulas penais, caso se encontrem previstas) quando se verifique o incumprimento de alguma das obrigações previstas no contrato. Este tipo de cláusulas poderá ainda fazer parte de contratos de financiamento onde se prevê o vencimento antecipado da obrigação de pagamento em caso de incumprimento, quer em relação à sociedade financiada, quer em relação a qualquer outro credor da empresa. Não obstante, o vencimento antecipado da obrigação de pagamento não é automático. Desta forma, o credor financeiro poderá sempre optar por exigir outro comportamento que leve a sociedade devedora a cumprir as suas obrigações, sob pena de recorrer subsidiariamente à opção do vencimento antecipado da obrigação de pagamento.

A generalidade da doutrina admite que a capacidade de manobra da sociedade devedora é limitada, em virtude da introdução destas cláusulas¹⁷. No entanto, não há consenso quanto à possibilidade de os credores financeiros poderem assumir o papel do administrador de facto com base nestes *covenants* subscritos nos contratos de financiamento. E mesmo para os autores que aceitam esta possibilidade, muitos deles consideram que a mesma só poderá verificar-se quando as entidades vão para além dos comportamentos permitidos por aquelas cláusulas e os credores financeiros passam a assumir uma postura de controlo do devedor, atuando eles próprios como administradores da sociedade financiada.

Em sentido contrário, uma parte da doutrina¹⁸ considera que, é precisamente a inserção

¹⁷ Neste sentido, FRANCISCO MERCADAL (2015), p.124; JUANA PULGAR EZQUERRA (2010), p. 141.

¹⁸ FRANCISCO MERCADAL (2015), p.124.

de *covenants* nos contratos de financiamento que afasta a figura do administrador de facto. Neste sentido, o credor financeiro adotou *ex ante* medidas no sentido de assegurar que a sociedade financiada não chegará a uma situação em que se torne difícil ou inviável o cumprimento dos seus compromissos. Ora, para esta corrente, se as cláusulas foram negociadas aquando da celebração do contrato de financiamento, foi porque o devedor considerou que as mesmas lhe seriam favoráveis, submetendo-se assim ao seu conteúdo¹⁹.

A livre fixação e introdução destas cláusulas encontra-se sujeita à vontade das partes e à sua livre autonomia privada. Como sabemos, o artigo 405º do Código Civil é claro ao reconhecer às partes o direito de incluírem nos contratos celebrados as cláusulas que lhes aprouver bem como de fixar livremente o seu conteúdo²⁰. Assim, toda e qualquer cláusula será livremente introduzida se as partes chegarem a acordo quanto ao seu conteúdo.

Pelo que, a referida corrente doutrinal afirma que não se poderá, num momento posterior, considerar a figura de administrador de facto, pois apesar de as sociedades financiadas terem estado sujeitas a restrições, as faculdades de decisão continuaram a estar nas mãos do seu conselho de administração. Logo, não obstante a influência exercida pelo credor financeiro em relação à devedora, não terá sido aquele quem tomou efetivamente as decisões referentes à gestão da sociedade financiada²¹. Mais: para esta parte da doutrina, à exceção dos casos em que tenha havido abuso de direito ou má fé por parte da entidade financeira, não se poderá admitir a existência de administração de facto, pois aquela entidade atuava ao abrigo dos *covenants* anteriormente subscritos com a devedora²².

No entanto, encontramos na doutrina vozes que identificam os *covenants* como cláusulas que “*são verdadeiramente constrangimentos à atuação dos administradores*”²³, uma vez que os mesmos impõem certos comportamentos e proíbem

¹⁹ *Idem*

²⁰ Entendem-se como limites legais à norma do 405º CC a lei, a moral, a ordem pública e a natureza, tal como previsto nos artigos 280.º, 294.º, 398.º e 401.º do CC.

²¹ Com esta opinião, encontramos FRANCISCO MERCADAL (2015), p.124.

²² Como realça FRANCISCO MERCADAL (2015), p.127, esta é precisamente a orientação que tem presidido as recentes reformas em matéria de *refinanciación* em Espanha. Desde logo com a redação dada ao artigo 93.2.2.º da *Ley Concursal* que dispõe que “*tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.*”

²³ RICARDO COSTA (2014), p. 317 nota de rodapé 675.

outros no seio da gestão da sociedade. Pelo que, para estes, a qualificação do credor financeiro como administrador de facto da sociedade financiada, poderá acontecer mesmo quando *covenants* estão inseridos nos contratos de financiamento.

Desta forma, afirma-se que os “disseminados *covenants*”²⁴ permitem aos credores determinar contratualmente a condução dos assuntos sociais dos respetivos devedores, atribuindo-lhes, por seu lado, nas situações de incumprimento, poder para renegociarem um controlo ainda mais intenso dos devedores confrontados com as dificuldades financeiras²⁵.

E é precisamente nestes casos, em que a sociedade devedora não cumpriu alguns *covenants* devido à deterioração da sua situação económico-financeira, que se ativa a aplicação de alguns mecanismos estipulados, sendo que aqui se pode colocar a questão de saber quem administra efetivamente a sociedade devedora.

Assim, à margem dos problemas de “controlo” que podem aparecer (principalmente aquando da insolvência) decorrentes de *covenants* inseridos nos contratos de financiamento, com a própria dinâmica dos planos de reestruturação e o poder de decisão dos acordos numa situação de “normalidade”, pode acontecer que, com base nesses *covenants*, haja uma alienação das competências de gestão a favor dos credores que negociaram as condições desse financiamento.

No entanto, também nestas situações, uma parte da doutrina²⁶ adverte que a pretendida administração de facto não é, nem mais nem menos, que o cumprimento de um contrato previamente subscrito pelas partes, sendo aliás por esta razão que não se poderá afirmar que o órgão de administração da sociedade financiada perde a sua faculdade de decisão. Neste sentido, os referidos autores afirmam que existirá administração de facto quando o credor financeiro decida não lançar mão da faculdade de vencimento antecipado do contrato, e se limite a reagir em função dos mecanismos previstos no contrato de financiamento. Por exemplo, mediante o exercício de faculdades mais intensas de supervisão da sociedade devedora previstas no contrato, fazendo uso de alguma estipulação que restrinja ou suspenda ulteriores disposições de fundos por parte da sociedade financiada, sujeitando a realização de certos pagamentos à autorização do credor financeiro, etc.

²⁴ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA (2015) p. 130.

²⁵ Também neste sentido, FRANCISCO MERCADAL (2015), p.124.

²⁶ FRANCISCO MERCADAL (2015), p.125.

Muitas vezes os credores sentem uma necessidade de controlar de forma mais detalhada o risco do seu crédito. E é nesta sequência que frequentemente se inserem cláusulas contratuais nos contratos de financiamento, que consubstanciam *covenants*, de forma a que os credores financeiros obtenham uma vantagem relativamente aos demais credores.

Perante isto, o credor financeiro, detentor de uma informação pormenorizada relativamente à sociedade financiada, poderá precaver-se com maior facilidade no caso de supor que esta poderá vir a não cumprir as suas obrigações. E poderá fazê-lo, quer exercendo o seu direito de resolver o contrato de financiamento ou exigindo o vencimento antecipado das obrigações de pagamento, quer ameaçando que o vai fazer, acabando, assim, por intervir indiretamente na tomada de decisões da sociedade.

Tem-se vindo a colocar a seguinte questão: será apenas o credor conhecedor da informação privilegiada quem beneficia da mesma, ou também os restantes credores da sociedade que presta tal informação poderão resultar favorecidos?²⁷

A resposta da doutrina não é, no entanto, consensual²⁸. Uma parte dela tem defendido que não é apenas o credor privilegiado quem beneficia da informação obtida através da inclusão dos *covenants*. Obviamente que, embora de uma forma indirecta, os restantes credores irão beneficiar desta informação, na medida em que as restrições impostas à sociedade financiada ou a obrigação de manter certos *ratios* apesar de apenas impostos por um credor irão beneficiar todos os envolvidos.

Apesar disso, outra parte da doutrina²⁹ defende que a ideia de garantia coletiva dos credores sociais poderá não corresponder à verdade, especialmente num momento de pré-insolvência. Para esta parte da doutrina, e devido principalmente ao facto de os credores financeiros que celebraram estes contratos e que impuseram os respetivos *covenants* defenderem em primeiro lugar os seus próprios interesses (em detrimento dos restantes credores), numa situação de crise da empresa financiada haverá um conflito entre os interesses do credor financeiro e os interesses dos restantes credores. Isto, porque para além da tendência natural que o credor financeiro terá no sentido de obter uma vantagem relativamente aos demais (ultrapassando o princípio *par conditio creditorum*), não podemos desconsiderar o facto de que aqueles estarão notoriamente mais interessados em

²⁷ M.^a DEL SAGRARIO NAVARRO LÉRIDA (2011), p. 357 e seguintes

²⁸ *Idem*

²⁹ *Idem*

satisfazer o seu crédito do que em manter a solvência da empresa, para que esta possa cumprir as suas obrigações em relação aos restantes credores.

IV – A RESPONSABILIZAÇÃO DO CREDOR FINANCEIRO COMO ADMINISTRADOR DE FACTO

O capítulo VII³⁰ do CSC dedica-se à regulação da “responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade”.

Desde logo, o artigo 72.º estipula que *“os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticadas com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa”*.

Logo de seguida, no n.º 2 do mesmo artigo, o legislador consagra o princípio da *business judgment rule*, quando afirma que *“a responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”*.

Por sua vez, o artigo 77.º, acerca da *“ação de responsabilidade proposta por sócios”*, esclarece que, *“independentemente do pedido de indemnização dos danos individuais que lhes tenham causado, podem um ou vários sócios (...) propor ação social de responsabilidade contra gerentes ou administradores, com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma a não haja solicitado”*.

Já o artigo 78.º dispõe no seu n.º 1 que *“os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”*. O n.º 2 acrescenta que *“sempre que a sociedade ou os sócios o não façam, os credores sociais podem exercer, nos termos dos artigos 606.º a 609.º do CC, o direito de indemnização de que a sociedade seja titular”*.

Ainda a este respeito, o artigo 79.º estabelece que *“os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que*

³⁰ Nos artigos 71.º a 79.º

diretamente lhes causarem no exercício das suas funções.”

A doutrina é unânime quanto à necessidade de estipular um instituto jurídico capaz de responsabilizar os administradores de facto, quando da sua atividade resultam graves prejuízos para a sociedade. No entanto, e face à omissão do legislador na definição do conceito legal de administrador de facto³¹, a doutrina não se tem mostrado capaz de chegar a um consenso quanto ao *modus operandi* desta responsabilização, tal como iremos ver de seguida.

Uma parte da doutrina, justifica a circunstância de ainda não termos um conceito de administrador de facto definido no plano societário pelo facto de o legislador o ter consagrado o artigo 82.º n.º 3, al. a) do CIRE³². Ou seja, de acordo com esta corrente, o preceito sujeita o administrador de facto ao regime da responsabilidade societária prevista nos artigos 72.º a 79.º do CSC para os administradores de direito.

No entanto, outros autores salientam que “*o contributo do artigo 82.º, n.º 2 do CIRE [atualmente 82.º, n.º 3, al. a)] para a fundamentação da responsabilidade dos administradores de facto é nulo, porque apenas atribui legitimidade ao administrador da insolvência para propor ou fazer seguir ações de responsabilidade contra administradores de facto para as quais já exista fundamento legal expresse*”³³. Assim, “*a norma não permite nem na sua letra nem no seu espírito que o administrador de insolvência proponha ou faça seguir, contra os administradores de facto, as ações de responsabilidade que legalmente couberem contra os administradores de direito*”³⁴.

No nosso entender, não podemos deixar de notar que a supramencionada norma do CIRE apenas confere legitimidade ao administrador de insolvência, e não aos outros sujeitos que os artigos 71.º a 79.º legitimam, como é o caso dos sócios, credores sociais até a própria sociedade. Desta forma, ao aplicarmos o artigo 82º, n.º 3, alínea a) do

³¹ Ao contrário do que aconteceu noutros ramos do direito, como o direito fiscal, o direito penal ou o direito da insolvência.

³² COUTINHO DE ABREU (2010), P. 107.

Na altura o autor referia-se ao artigo 82.º, n.º 2, al. a), que hoje corresponde ao artigo 82.º, n.º 3. Assim, o referido número dispõe que “Durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir”, nomeadamente “as ações de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os fundadores, administradores de direito e de facto, membros do órgão de fiscalização do devedor e sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros”.

³³ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (2009), p. 473, (nr. 167)

³⁴ *Idem*

CIRE, o âmbito de aplicação daqueles artigos irá ser necessariamente diminuído pois já não irão ficar abrangidos os sócios, os credores sociais ou a própria sociedade.

Mais, estas ações apenas estão pensadas para a pendência do processo de insolvência, pelo que os credores sociais e a sociedade não ficarão protegidos nos restantes momentos da vida da sociedade.

Há também quem, lançando mão do artigo 80.º do CSC, um dos mais discutidos pela doutrina em Portugal, ensaie um modelo de responsabilização dos administradores de facto. Por um lado, uma parte da doutrina defende que o referido artigo estende a responsabilidade dos administradores de direito aos administradores de facto³⁵. Para os partidários desta ideia, os artigos 72.º a 79.º do CSC serão aplicados a qualquer pessoa que exerça as funções de administração de facto. Neste sentido, as disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores de direito aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração, mesmo aqueles a quem foram tacitamente consentidas³⁶ e, portanto, confiadas funções de administração.

No entanto, outra parte da doutrina³⁷, considera que a *“letra da lei não tranquiliza o intérprete”*, pois o legislador usou a expressão *“a quem sejam confiadas funções de administração”*, pelo que faz pressupor um ato de vontade de alguém que estando legitimado, incumbe outros de realizar tais funções, ficando de fora a possibilidade de essas funções serem espontaneamente assumidas ou tomadas por essas outras pessoas³⁸.

Ou seja, o artigo 80.º do CSC alarga o alcance das disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores *“a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração”*, pelo que não se excluem desse alargamento as situações de responsabilidade perante os credores sociais. Deste modo é possível concluir que *“se puder considerar-se abrangido por esta previsão todo aquele que (...) efetivamente administre a sociedade, sem assumir a titularidade do órgão de administração”* poderemos aceitar a aplicação do artigo 80.º através de uma interpretação extensiva do mesmo. Ou seja, se é admitida a responsabilização das pessoas a quem foram confiadas as funções de administração, também terá que ser admitida a responsabilização

³⁵ TÂNIA MEIRELES DA CUNHA (2009), pp. 77 e 78

³⁶ *Idem*

³⁷ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (2009), p. 468

³⁸ *Idem*

Há, contudo, autores³⁹ que consideram que o referido artigo é insuficiente e até pouco útil, na medida em que aos administradores aparentes sem qualquer título ou aos administradores na sombra não foram “confiadas” funções de administração.

Por último, encontramos ainda quem defenda⁴⁰ que a norma em análise constitui um “*afloramento no CSC da figura da responsabilidade de alguns sujeitos que podem ser qualificados como administradores de facto*”. Mesmo que esta parte da doutrina se veja forçada a entender que foram confiadas funções de administração até a quem as exerce indiretamente (nomeadamente sob a forma oculta) através dos administradores de direito, a verdade é que o artigo 80.º “*não é suficiente para incluir no seu âmbito de aplicação um conjunto de indivíduos que gerem ilegitimamente a sociedade*”⁴¹.

V – CONCLUSÃO

Num contexto de crescente complexidade dos instrumentos de financiamento das sociedades e da sua dependência relativamente às fontes de financiamento disponíveis, analisar a possibilidade de os credores financeiros poderem vir a atuar como administradores de facto das sociedades financiadas tem vindo a ganhar relevância.

A influência exercida pelas entidades bancárias é determinada pelo seu posicionamento em relação à sociedade financiada, o qual decorre do contrato de financiamento previamente celebrado entre as partes. Como referimos, por vezes, os contratos de financiamento celebrados entre os credores e a sociedade financiada contêm cláusulas (*covenants*) através das quais as sociedades financiadas ficam sujeitas, por exemplo, a obrigações de reporte financeiro, a obrigações relativas à disposição de ativos, ou a obrigações relacionadas com o objeto social ou com a prestação de novas garantias. Não raras vezes, as sociedades devedoras ficam sujeitas igualmente a cláusulas que importam o vencimento antecipado da obrigação de pagamento, em caso de incumprimento contratual.

A questão que se coloca é a de saber se o credor financeiro poderá ser considerado administrador de facto da sociedade que financiou, em virtude da sua atuação ao abrigo dos contratos de financiamento, nomeadamente naqueles em que estavam inseridos

³⁹ COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS (2004), p. 45

⁴⁰ RICARDO COSTA (2014), p. 789

⁴¹ *Idem*

covenants.

Parte da doutrina considera que só poderá ocorrer administração de facto quando o comportamento das entidades bancárias ultrapasse os comportamentos permitidos pelos *covenants*. Isto é, quando estas entidades assumem uma postura de controlo do devedor, atuando elas próprias como administradores de facto da sociedade financiada.

Encontramos autores que defendem que é precisamente a inserção de *covenants* nos contratos financiamento que afasta a figura do administrador de facto. Ou seja, de acordo com estes, se as partes estabeleceram aquelas cláusulas *ex ante*, não se poderá num momento posterior considerar a qualificação da figura do administrador de facto, pois apesar de as sociedades financiadas terem estado sujeitas a restrições, as faculdades de decisão das mesmas permaneceram sujeitas exclusivamente ao seu conselho de administração.

Não obstante estarmos perante cláusulas que foram previamente subscritas pelas partes, somos obrigados a concordar com a doutrina que considera que também poderá existir administração de facto quando estas cláusulas estão inseridas num contrato de financiamento. Neste sentido, apesar de o contrato ter sido anteriormente aceite pelas partes, poderão no mesmo estar inseridas cláusulas que justifiquem a qualificação do credor como administrador de facto por estarem preenchidos os pressupostos desta figura.

Desta forma, aliamos-nos à doutrina que considera essencial ser traçada a *dividingline* entre a posição de um cão de guarda [*watch dog*] ou de um conselheiro e a de um administrador de facto ou *shadow director*. Assim, se a posição dos credores financeiros se ficar apenas pela vigilância e fiscalização que foram estabelecidas no contrato de financiamento, não podemos considerar os comportamentos destes sujeitos como potenciais configuradores da figura do administrador de facto. Se, pelo contrário, a sua atuação extravasou esta linha, a sua atuação enquanto administrador de facto deverá ser analisada em sede própria.

Ou seja, a partir do momento em que se prova que o credor financeiro agiu como administrador de facto e os pressupostos desta figura estão preenchidos, poderá haverá lugar a uma responsabilização daquele nos mesmos moldes em que se defende que ela exista para o administrador de facto.

Isto é, esta solução apenas se defende relativamente a situações em que a atuação do

credor financeiro preenche todos os requisitos da administração de facto. Por último, cumpre salientar que esta situação não se verifica frequentemente na prática, uma vez que é usual os bancos atuarem dentro dos moldes que lhe são permitidos pelos contratos de financiamento. No entanto, devemos ter especial atenção aos contratos em que constem cláusulas que poderão conduzir a atuação dos credores à sua qualificação como administradores de facto.

O problema aqui é que cada vez menos se consegue traçar a *dividing line* entre os verdadeiros administradores e outras pessoas que controlam igualmente a vida da sociedade, o que torna necessário encontrar mecanismos de controlo e de responsabilização perante os comportamentos dos credores controladores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Coutinho de (2010) “*Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*”, Instituto de Direitodas Empresas e do Trabalho (IDET), N.º 5. 2.ª edição, Coimbra, Almedina.

ABREU, Coutinho de; RAMOS, Elisabete (2004) in *Miscelâneas N.º 3 - Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*, “*Notas sobre o art. 379º do Código do Trabalho*”, Coimbra, Almedina.

BAUMEISTER, Bruno Martin (2013). “*El contrato de financiación sindicada*”, Editorial Aranzadi, Civitas.

COSTA, Ricardo (2014). “*Os administradores de facto das sociedades comerciais*”, Coimbra, Almedina.

CUNHA, Tânia Meireles da (2009) “*Da responsabilidade dos gerentes de sociedades perante credores sociais: a culpa nas responsabilidades civil e tributária*”, 2ª edição, Coimbra, Almedina.

D’ ALMEIDA, Rita Guimarães Fialho (2015), in *Revista Jurídica* n.º 06, “*A responsabilidade civil dos administradores de facto*”, Portimão, Edições Universitárias Lusófonas.

EZQUERRA, Juana Pulgar (2010). “*La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en derecho español*”, en JUANA PULGAR EZQUERRA (direct) e CARLOS VARGAS VASSEROT (coord.) “*Tendencias actuales en torno al mercado de crédito*”, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, Univ. de Almerina.

LÉRIDA, Maria del Sagrario Navarro (2011). “*Los covenants: substitución del régimen del capital social o modificación del derecho concursal?*” in *La modernización del derecho de sociedades decapital en España – Cuestiones pendientes de reforma*” Tomo II, Thomson Reuters.

MERCADAL, Francisco (2015). “*El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los covenants*”, in *Anuário de Derecho Concursal*, 36.

NAHARRO, Mónica Fuentes (2006). “*Una aproximación al concepto de administrador de hecho y la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades*”, in *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, Marcial Pons.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de (2015). “*Manual de Corporate Finance*”, Coimbra, Almedina.

RIBEIRO, Maria de Fátima (2009). “*A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica*”, Coimbra, Almedina.

SANZ, Fernandez Martinez (2012). “*Ámbito subjetivo de la responsabilidad*”, in *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Ángel Rojo, Emilio Beltran(directores), 4.ª ed., Tirant lo Blanch.

Do conceito aos mecanismos de reação às deliberações abusivas

Catarina Sofia Gomes Fernandes

1. Introdução

O trabalho incide sobre a temática das deliberações sociais, mais incisivo sobre as deliberações abusivas, com regime no artigo 58.º, n.º1, al b), do CSC¹.

No decorrer da exposição, será feito um enquadramento geral a propósito das deliberações sociais, incidindo a investigação em específico sobre a norma do artigo 58.º, n.º1, al b), do CSC, no sentido de determinar em que consistem estas deliberações abusivas, como é que esta figura se enquadra com a temática do abuso de direito. Este ponto tem sido bastante discutido, tanto no âmbito da doutrina como no âmbito da jurisprudência, desde a criação do código das sociedades comerciais, não sendo abordado de forma tão complexa como o mesmo se coloca na realidade atendendo à vasta extensão do tema.

Será também feita referência aos tipos de deliberações abusivas e aos respetivos requisitos. É também abordado em que sentido é que estas podem ou não ser aprovadas pela sociedade.

Irá ser explanada a anulabilidade das deliberações abusivas, sendo detalhado quem é que tem legitimidade para propor a ação de anulação e o respetivo regime. É também objeto de análise o mecanismo da “prova de resistência” presente na parte final do artigo 58.º, n.º1, al b), que permite que uma deliberação, mesmo que compreenda votos abusivos, continue a vigorar na vida societária.

A investigação teve por base várias obras bibliográficas e textos de investigação, tendo sempre em consideração as várias posições doutrinárias que se debruçam sobre cada um dos tópicos. Serviu também de instrumento de investigação a análise de jurisprudência, estando os vários acórdãos devidamente identificados.

¹ O presente trabalho foi elaborado no âmbito da Unidade Curricular de Direito das Sociedades Comerciais, do 1º ano do Mestrado de Solicitadoria de Empresa, ministrado pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

2. Deliberações sociais

As deliberações sociais estão consagradas nos artigos 53.º ss. do CSC, exprimindo os sócios através delas a sua vontade no âmbito da vida da sociedade. O artigo 53.º indica que, “as deliberações dos sócios só podem ser tomadas por alguma das formas admitidas por lei para cada tipo de sociedade– o denominado princípio da tipicidade no que às formas de deliberar respeita.

A deliberação social traduz a manifestação de vontade da pessoa coletiva. Para efeitos de deliberação, cada participante nesse órgão possui votos, sendo o voto, tecnicamente, a recusa ou a aceitação de uma proposta de deliberação o princípio da tipicidade das formas de deliberar não está relacionado com esta parte, mas com o que resulta acima e já foi referido. Os sócios votam, emitindo as declarações de vontade, mas a deliberação é imputada à sociedade e não aos sócios.

O artigo 54.º consagra três tipos de procedimento de deliberação social. O primeiro é a deliberação ser tomada em sede de assembleia geral. Neste âmbito tem de se ter em conta o que é previsto nos estatutos, quanto ao modo como estas assembleias podem ser realizadas, podendo prever que estas se realizem, por exemplo, por videoconferência. O artigo 54.º prevê ainda a hipótese de assembleias universais, sem observância de formalidades (o mesmo é dizer, sem precedência de convocatória), desde que todos estejam presentes e manifestem vontade de que a assembleia se constitua e delibere sobre dado assunto, hipótese em que, se aplicam todos os preceitos legais e contratuais relativos ao funcionamento da assembleia (cfr. n.º 2). Nas assembleias universais não é necessário que haja unanimidade. Finalmente, podem também suceder deliberações unânimes por escrito. Aos modos de deliberar mencionados no artigo 54.º deve ainda acrescentar-se as deliberações por voto escrito.

Contudo as deliberações sociais podem conter vícios, de que resulte a nulidade ou a anulabilidade, mas podem também ser ineficazes, pelo artigo 55.º do CSC “... as deliberações tomadas sobre assunto para o qual a lei exija o consentimento de determinado sócio são ineficazes para todos enquanto o interessado não der o seu acordo, expressa ou tacitamente.”. Embora o código não lhes dê previsão legal, há também lugar às deliberações inexistentes, sendo que neste ponto, o professor Coutinho de Abreu refere que há lugar para deliberações inexistentes em dois casos, “(a) a não correspondência dos factos (invocados como deliberativo-sociais) a qualquer forma de deliberação dos sócios

... (b) a não correspondência dos factos à forma de deliberação invocada” (Coutinho, 2015, p. 443). Estas deliberações, por serem inexistentes, não produzem efeitos e pode a inexistência ser invocada a todo o tempo e por qualquer pessoa.

As deliberações nulas têm o seu regime consagrado no artigo 56.º do CSC, sendo este artigo taxativo, podendo a nulidade ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado e declarada oficiosamente pelo tribunal (artigo 286.º do CCiv.).

Os vícios presentes em declarações nulas são vícios de conteúdo ou vícios de procedimento: o primeiro corresponde ao que é estabelecido pela deliberação, ou seja, aquilo que foi decidido pelos sócios; já o segundo vício está relacionado com o modo como se tomou a deliberação. Para averiguar a nulidade de uma deliberação tem de se ter em atenção, para além das normas legais imperativas, as normas estatutárias presentes no contrato societário.

As deliberações anuláveis estão consagradas no artigo 58.º do CSC, sendo um direito potestativo na esfera de certos interessados. No âmbito do direito das sociedades, este artigo 58.º é a regra, sendo aplicável sempre que não for determinada nulidade.

O artigo 58.º, n.º1, al a) prevê a anulabilidade das deliberação que violem disposições legais, quando ao caso não caiba a nulidade, bem como disposições do contrato de sociedade, hipótese que acontece quando as normas são dispositivas ou supletivas.

3. Deliberações abusivas

A exposição do presente trabalho vai incidir sobre o artigo 58.º, n.º1, al b), preceito legal que consagra as deliberações abusivas. Segundo este preceito, são anuláveis as deliberações que “sejam apropriadas a satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir, através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou simplesmente de prejudicar aquela ou estes, a menos que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos.”

Cabe primeiramente fazer uma referência aos antecedentes deste artigo, nomeadamente ao anteprojeto de Coimbra, que usou como referência a lei alemã, onde eram tidas como anuláveis as deliberações que fossem apropriadas para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir, através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si

ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou dos outros sócios, a menos que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos, presente no artigo 115.º, n.º1, al b), sendo que este instituto do anteprojecto de Coimbra permitia que as deliberações sociais fossem invalidadas por abuso de direito.

4. Abuso de direito nas deliberações sociais

O anteprojecto de Coimbra permitia que as deliberações sociais fossem anuláveis por abuso de direito. O preceito atual nesse âmbito causa bastante controvérsia, tanto na jurisprudência como na doutrina.

Pelo artigo 58.º, n.º1 al b), uma deliberação que apresente as características enunciadas no referido artigo, mas que, simultaneamente, esteja em contradição com algum preceito legal ou cláusula estatutária, não é classificada como deliberação abusiva, mas sim como deliberação anti estatutária ou ilegal.

Elucidativo da divergência em torno da integração da figura do abuso de direito no âmbito das deliberações abusivas, cita-se o Ac. do TRL, processo 3731/13.1TBFUN.L1-2 de 2-11-2017.

Segundo uma tese, o instituto do abuso do direito está afastado do campo de atuação do citado normativo, posto que se as deliberações incorrerem em qualquer das situações abusivas consagradas no artigo 334.º do Código Civil (venire contra factum proprium, inalegabilidades formais, *suppressio, tu quoque* e desequilíbrio no exercício em abuso), o regime aplicável é o da nulidade, por violação de um princípio injuntivo previsto no artigo 56.º, n.º 1, alínea d) do CSC. Segundo outra tese, o instituto do abuso do direito aplica-se no âmbito das deliberações sociais, articulando-se o artigo 58.º, n.º 1, alínea b), do CSC com o artigo 334.º do CC, uma vez que o primeiro não prevê taxativamente todas as situações de abuso do direito que possam decorrer, sendo necessário recorrer à cláusula geral do artigo 334.º do CC para sancionar os restantes casos que não se enquadram no aludido preceito do CSC (jurisprudencia.pt).

O professor Pedro Pais de Vasconcelos, entende que não deve ser aplicado o mecanismo do abuso de direito, isto porque não é feita referência à boa-fé, aos bons costumes ou ao fim social e económico (Pais de Vasconcelos, 2006, p. 153).

O professor Menezes Cordeiro explana que o artigo 58.º do CSC consagra dois vícios, a saber, a contrariedade à lei ou aos estatutos e o abuso, previstos no n.º 1, alínea a) e b).

“A contrariedade à lei provoca anulabilidade quando, por via de alguma das alíneas do artigo 56.º, n.º 1, não implique nulidade aludida no artigo 58.º, n.º 2.” (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 3731/13.1TBFUN.L1-2 - dgsi.pt).

É encontrado na doutrina entendimento contrário, ou seja, autores que apelam à aplicabilidade do instituto do abuso de direito no âmbito das deliberações sociais. Quem entende pela articulação do preceito 58.º, n.º1, b), do CSC com o artigo 334.º do CC tem na base o facto de o CSC não prever todas as situações de abuso de direito que daqui possam decorrer. Daí a necessidade de recorrer à norma geral do CC.

Para Pinto Furtado, há um voto abusivo mesmo que o sócio não queira obter vantagens especiais para si ou para terceiro, o que está em causa é [a] inflição de prejuízo. O abuso de direito é composto por dois traços essenciais: “aparente e apenas formal observância da lei ou do estatuto e o excesso manifesto de iniquidade”. Menciona que “excesso manifesto” pode revelar-se na prática de formas diferentes e que todas essas formas ressaltam do artigo 334.º Código Civil. Pode consistir numa exaltação para além dos limites razoáveis do fim económico e social deliberativo, ou pode conformar-se uma exorbitância dos limites impostos pela boa-fé e bons costumes. A violação dos elementos expressamente subordinados aos princípios da boa-fé ou bons costumes não pressupõe a existência de qualquer dano (Pinto Furtado, 2003, p. 395).

Não obstante defender a aplicabilidade da figura do abuso de direito, o referido autor entende que não faz sentido recorrer a esta figura quando a questão objeto de análise já tenha previsão legal e já tenha sido de alguma forma sancionada pela lei. Ou seja, o uso da figura do abuso de direito apenas deve ter lugar quando não haja previsão legal ou estatutária de forma que se consiga concluir através da interpretação da norma legal ou estatutária pela ilicitude do comportamento. O professor expõe que “a figura da deliberação abusiva não se esgota na previsão parcelar da al. b) em apreço, deixando margem à ocorrência de outros casos diferentes de abuso de direito, e sendo assim, a que não corresponda, necessariamente, a sanção de anulabilidade, mas a da própria nulidade, a da simples responsabilidade civil ou qualquer outra” (*idem*, 2003, p. 396).

Se não for detetado algum tipo de excesso nas vantagens especiais aprovadas, não se procede à aplicação da figura das deliberações abusivas. A norma não se deve aplicar nem foi concebida para ser aplicada numa deliberação vantajosa para a maioria e simplesmente desvantajosa para a minoria, sociedade ou terceiros, sendo de facto imprescindível a

presença de um caráter excessivo nesta vantagem. Não deve ser considerada, de forma arbitrária e sem critérios, a deliberação da maioria apenas suscetível de causar um dano à sociedade ou aos outros sócios na prossecução de vantagens especiais, tem de ser uma deliberação que seja de tal forma excessiva nesta concessão de vantagem que acabe por criar uma ideia de injustiça, sendo neste ponto de situação que se deve recorrer à figura do abuso de direito.

Pinto Furtado, apoiado pelo preceito legal do artigo 334º do CC, entende que apenas têm relevância vantagens especiais que exponham um manifesto prejuízo, isto porque para na norma do CC, para que haja abuso de direito, o titular tem de extravasar manifestamente os limites da boa-fé, dos bons costumes e do fim social ou económico do direito.

De modo a compreender esta ideia, dando um exemplo prático, numa situação em que se procede ao aumento do capital social, para que esta deliberação seja abusiva, é necessário que haja a presença de um excesso extremo.

5. Tipos de Deliberações abusivas

O preceito legal do artigo 58.º, nº1, al. b), contém dois critérios, a saber: um critério objetivo (“a deliberação tem de ser apropriada para satisfazer um propósito”) e um critério subjetivo (“satisfazer o propósito de um sócio”), estando assim em causa neste preceito legal uma conceção mista. É preciso ter em atenção que uma deliberação contrária às normas legais ou aos estatutos societários não é anulável por ser deliberação abusiva através da al. b), é anulável precisamente por ser uma deliberação ilegal ou antiestatutária através da al a) do artigo 58.º n.º1. Ou seja, uma deliberação para que seja abusiva, tem de estar dentro dos parâmetros legais e estatutários.

5.1. Deliberações abusivas *stricto sensu*

Existem dois tipos de deliberações abusivas. O primeiro tipo são aquelas que têm por finalidade gerar uma vantagem para os sócios, ou para um sócio em específico, em prejuízo da sociedade, as denominadas deliberações abusivas *stricto sensu*. O professor Coutinho de Abreu enuncia que nestas deliberações abusivas basta que exista a concessão de vantagens especiais, descartando o eventual prejuízo para a sociedade. Contrariamente a Cassiano dos Santos, que entende que devem estar presentes dois elementos, a obtenção

de vantagens e a intenção de prejudicar. (Coutinho, 2015, p.510). Estas vantagens especiais traduzem-se em proveitos patrimoniais, podendo ser concedidos a não sócios, estando em causa proveitos que não seriam concedidos numa situação normal.

5.2. Deliberações emulativas

O segundo tipo de deliberações abusivas são as deliberações que têm unicamente como propósito prejudicar a sociedade ou os sócios, as chamadas deliberações emulativas. Estas deliberações estão dependentes de dois pressupostos: um subjetivo, o propósito de um ou mais votantes, e um pressuposto objetivo, a deliberação tem de ser adequada a causar o propósito prejudicial. Há aqui de facto uma intenção de causar um dano à minoria, causando uma desvantagem apenas suportada pelos sócios minoritários.

5.3. Requisitos objetivos e subjetivos

Ambos os tipos de deliberações abusivas descrevem os pressupostos objetivos e subjetivos. O requisito subjetivo está relacionado com os interesses que movem os sócios a votar na deliberação. Já o requisito objetivo, relacionado com a deliberação, é averiguado posteriormente ao critério subjetivo: a deliberação, atendendo às intenções dos sócios votantes (o critério subjetivo) deverá ser adequada a causar prejuízo à sociedade ou aos sócios (critério objetivo) O critério subjetivo está interligado com o direito de voto do sócio, dado que é através dele que o sócio votante exprime a sua intenção abusiva. O elemento objetivo está relacionado com a deliberação em si, dado que é o seu conteúdo que é capaz de provocar danos aos sócios ou à sociedade.

Neste sentido, aponta o Ac. TRP, processo 6241/16.1T8VNG.P1, 07-12-2017. “As deliberações de uma e outra espécie têm pontos em comum: como pressuposto subjetivo, o “propósito” de um ou mais votantes; e como pressuposto objetivo, a deliberação há-de ser objetivamente “apropriada” ou apta para satisfazer o propósito.”.

A presença destes dois elementos, no âmbito da norma do artigo 58.º, n.º1, al. b), não é unânime na doutrina. O professor Coutinho de Abreu entende que não é muito coerente estar legalmente estabelecido um pressuposto subjetivo, isto porque a sociedade é um meio de os sócios terem vantagens comuns. Para o professor, o prejuízo acerca do carácter abusivo da deliberação deve incidir na deliberação como um todo, e não nos votos de

cada um dos sócios, isto porque nem sempre é fácil avaliar os votos individualmente. Como é que se apura que determinado voto é abusivo ou não, que o sócio aquando do exercício do seu direito de voto, estava a agir com uma intenção abusiva? (Coutinho, 2015, p. 503).

O professor Menezes Cordeiro, a propósito dos seus trabalhos de análise jurisprudencial feita até 2002, refere que este elemento subjetivo tem sido de forma despercebida descartado.

Já Pinto Furtado entende que se deve observar a dimensão subjetiva, sendo o dito excesso da deliberação notório no que toca à vertente das vantagens especiais. Esta excessividade tem de atingir um caráter de injustiça de modo a tornar a deliberação abusiva e anulável pela alínea b) (Pinto Furtado, 2003, p. 399).

Não obstante a presença deste caráter intencional consagrado na norma do artigo 58.º, n.º1, al. b), alguns autores propugnam pela suficiência do elemento objetivo pelo facto de ser de difícil prova apurar a existência do elemento subjetivo. Como é que se prova que o sócio, antes da deliberação era movido por interesses pessoais ou que queria prejudicar a sociedade e alcançar vantagens? Esta doutrina considera o caráter intencional como um retrocesso, dado que a norma do CC relativa ao abuso de direito, o artigo 334.º, apenas exige o caráter objetivo.

6. Delimitação do artigo 58.º, n.º1, al. b)

Embora esta alínea à primeira vista pareça clara quanto ao tipo de deliberações que podem ser consideradas abusivas, é um preceito legal que apresenta alguns problemas de interpretação, sendo necessário decompor a mesma para que se consiga compreendê-la de forma mais clara. Primeiro, a deliberação tem de ser apropriada para a satisfação do propósito de um dos sócios. Segundo, conseguir as vantagens através do exercício do direito de voto. Terceiro, obter vantagens especiais para si ou para terceiros, e por último, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios.

6.1. Satisfação do propósito de um dos sócios

Relativamente ao primeiro, “ser apropriada para a satisfação do propósito de vantagem de um dos sócios”, não é suficiente que a deliberação seja suscetível de causar dano, tem

de facto causar um dano, tem de haver uma materialização deliberativa do propósito. Se estamos na presença de uma deliberação maioritária, já não parecia ajustado só por aí referir-se o propósito de um dos sócios, mas o da maioria que fez prevalecer o seu voto.

Tem de ser “apropriada para”, ou seja, não basta que a deliberação seja adequada ao propósito, tem de lhe dar corpo, de constituir a materialização deliberativa do propósito. Não é suficiente haver na deliberação um mero propósito de vantagens especiais, mas há de conformar mesmo e efetivamente estabelecer tais vantagens. Não quer dizer que tem de haver uma prova de dolo específico, não sendo esta prova necessária para que se proceda à anulação.

Este propósito de um dos sócios interliga-se com a figura do dolo eventual, intenção de um ou mais sócios em determinado sentido de voto. Como refere Coutinho de Abreu “...um elemento subjetivo e atual (não virtual) que há-de ser provado por quem impugna a deliberação” (Coutinho, 2015, p. 503).

6.2. Exercício do direito de voto

No que diz respeito ao segundo elemento “um dos sócios conseguir através do exercício do direito de voto, como é explanado no Ac. do TRL, processo 2934/19.0T8BRR.L1-1, de 13-04-2021, “ O vício radica não na deliberação em si, mas no voto abusivo do sócio que, movendo-se por propósitos extra-sociatários, inquina de invalidade a deliberação ... quando esta não possa subsistir sem aquele voto inquinado”.

Em sentido contrário, o professor Pinto Furtado entende que o que se põe aqui em causa nesta alínea não é a validade dos votos constitutivos de uma dada deliberação, mas a anulabilidade da deliberação dos sócios que contenha uma disciplina de abuso de direito. É aqui espelhada a redação germânica, que incide a figura do abuso de direito para o voto dos sócios.

Exprimindo-se desta maneira, o legislador incorreu, portanto, sem sombra de dúvida, num desvio de perspetiva, que supomos criticável. Em nossa opinião, acresce que não parece sequer dogmaticamente aceitável equacionar o problema do abuso de direito relativamente ao exercício do direito de voto, por várias razões (Pinto Furtado, 2003, p. 401).

Neste seguimento, o autor acaba por enunciar as razões pelas quais considera que o abuso de direito do artigo 58.º, n.º1, al. b) deve ser tido em conta relativamente à deliberação como um todo e não relativamente ao direito de voto dos sócios.

A primeira razão apontada pelo professor é a dificuldade de sujeitar o direito de voto, sendo esta uma opção de o titular participar ou não na respetiva votação, à teoria do abuso de direito. Uma outra razão apontada pelo autor é o facto de considerar que não é coerente isolar cada um dos votos que compõem uma deliberação. Ao falar em voto abusivo neste preceito, está-se a falar do sentido do voto, o qual se insere, na perspetiva do autor, no sentido da deliberação, isto porque o voto é a expressão de vontade no sentido de uma proposta da deliberação, ou seja, o sentido do voto serve apenas para chegar ao conteúdo final da deliberação.

Pinto Furtado aponta ainda para o facto de a deliberação ser a conjugação de um conjunto de votos formandos da maioria, sendo algo complicado determinar, no meio dessa maioria de votos, quais foram aqueles que foram expressos como abusivos e aqueles que foram expressos como não abusivos (*idem*, 2003, p. 404).

No mesmo sentido versa o Dr. Coutinho de Abreu, “... o juízo acerca do carácter abusivo (geralmente da anulabilidade) deveria incidir na deliberação unitária ou globalmente considerada, não nos votos (e propósitos) de cada um dos sócios” (Coutinho, 2015, p. 504).

6.3. Vantagens especiais

Quanto ao terceiro elemento do artigo 58.º, n.º1, al. b), qual seja o de “vantagens especiais para votantes ou para terceiros”, Coutinho de Abreu enuncia que o que está aqui em causa são proveitos patrimoniais concedidos a alguns sócios e ainda proveitos que não seriam atribuídos numa situação de normalidade. (Coutinho, 2015, p. 501).

É defendido que a deliberação tem de facto de aprovar e atribuir vantagens, não basta que seja suscetível de as atribuir. É necessário ter em conta que tipo de vantagens está em causa e articular com o preceito do artigo 334.º CC. Evidentemente que a maioria acaba sempre por ter vantagens sobre a minoria, dado que é a sua vontade que prevalece no âmbito societário. As vontades da maioria não podem, contudo, prevalecer quando existir

um excesso manifesto dos limites impostos pela boa-fé ou pelo fim social ou económico do seu direito. Nestes termos, a deliberação acaba por ser abusiva pela conjugação do artigo 58.º, n.º1, al. b), do CSC com o artigo 334.º CC. Mas a situação contrária também pode ocorrer, ou seja, a deliberação também pode ser anulável por ser abusiva nos termos do artigo 58.º, n.º1, al. b), no caso de ser a minoria a dificultar a vontade da maioria se estivermos no âmbito de uma deliberação que se mostre vantajosa para a sociedade, havendo aqui lugar à aplicação do artigo 386.º CSC.

6.4. Prejuízo para a sociedade

Relativamente ao último elemento integrador do preceito legal do artigo 58.º, n.º 1, al. b), a saber, os “prejuízos da sociedade ou de outros sócios”, não relevam aqui os prejuízos de terceiros. Quanto aos danos dos sócios, a doutrina alemã tem entendido que não é necessário dano de todos.

Coloca-se a questão de saber se tem de facto de existir um prejuízo efetivo, ou se é suficiente a suscetibilidade de causar prejuízo, entendendo-se que deve existir a anulação quando houver perdas no âmbito do património social.

Este prejuízo afeta tanto a sociedade como os sócios, nomeadamente aqueles que não foram os votantes com intenções abusivas.

Coutinho de Abreu indica que qualquer prejuízo da sociedade acaba sempre por se revelar num prejuízo para os sócios, dado que o interesse da sociedade é o interesse comum dos sócios. Acaba por existir sempre um prejuízo para os sócios, mesmo que indiretamente. O dano a ter em conta é aquele que prejudica a esfera jurídica do sócio que não votou no sentido da deliberação abusiva. (Coutinho, 2015, p. 505).

7. A prova de resistência

A prova de resistência consubstancia-se num mecanismo que permite salvaguardar a deliberação abusiva, contido na parte final do artigo 58.º n.º1, al. b) – “a menos que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos”.

Quando é demonstrado que a deliberação é abusiva esta pode não ser anulada se for provado que teria na mesma sido aprovada sem o voto abusivo. É um preceito que causa também alguma controvérsia na doutrina.

Lendo este preceito legal, o que está aqui em causa é o individualismo do exercício do direito de voto por parte dos sócios. A deliberação tem por escopo preservar a vida societária, de modo que não esteja constantemente a ser posta cheque. Desta forma, se a deliberação conseguir ultrapassar a prova de resistência, isto é, se se verificar que esta teria sido tomada caso não existissem os votos abusivos, então ela não será anulada, será antes válida, pelo artigo 58.º, n.º1, al. b), *in fine*, do CSC.

Eliminados os votos abusivos, há ou não maioria suficiente? Provar os propósitos ilícitos e autonomizar cada um dos sócios que votou abusivamente é algo de difícil concretização. Neste âmbito, cabe referir a posição do professor Ricardo Serra, que olha para esta parte final da al. b) do artigo 58.º, n.º1 como uma válvula de escape para as deliberações que afetem o interesse da sociedade.

São inúmeras as normas do CSC que visam a defesa do interesse social (art. 251.º/1, 328.º/2, c), 460.º/2), parece incoerente que o legislador permita aqui que esse interesse seja posto em causa, atribuindo primazia ao critério da maioria dos votos emitidos (Ricardo Serra, p. 192).

O professor aponta aqui para uma confusão, por parte do legislador, entre aquilo que é o interesse social e o interesse da maioria. Isto porque poderia causar-se a situação de qualquer deliberação, apenas porque foi aprovada pela maioria, prevaleceria sempre, mesmo que cause algum prejuízo excessivo aos sócios e à sociedade. O professor entende que não se pode confundir o interesse da maioria com o interesse da sociedade, a deliberação quando é abusiva contraria o interesse social. Existe apenas correspondência entre o interesse da sociedade e o interesse da maioria quando a deliberação aprovada pela maioria prossegue um interesse comum a todos os sócios.

Há uma intensificação do legislador no âmbito dos votos abusivos com a redação desta “prova de resistência”. Ou seja, mesmo que estejamos diante de votos abusivos, isso não é sinónimo de uma deliberação abusiva, isto porque, se retirarmos os votos que são

considerados abusivos e continuarmos a ter uma maioria de aprovação da deliberação, esta passa a dita prova de resistência e não é sujeita ao regime da anulabilidade.

Não esquecendo que o voto é apenas uma declaração de vontade, o que efetivamente produz efeitos é a deliberação em si. Como refere o professor Ricardo Serra.

O carácter abusivo deveria, portanto, incidir sobre a deliberação, comunicando-se sempre o abuso dos votos à deliberação. Contudo, para o legislador o vício dos votos só atinge a deliberação, nos termos do art. 58.º/1, b) in fine, quando a deliberação perde a maioria, descontados os votos abusivos. Mantendo-se a maioria suficiente a deliberação é válida, ainda que contrarie o interesse da social (*idem*, p. 194).

8. Ação de anulação

O processo através do qual é aferida a anulação da deliberação abusiva está regulado no artigo 59.º do CSC. Como é enunciado no seu n.º1, pode ser arguida pelo órgão de fiscalização da sociedade ou por certos sócios.

O artigo 58.º, n.º 1, al. b) foi pensado para casos de abuso dos sócios maioritários, como tal, são os sócios minoritários que à partida irão usufruir do mecanismo de propor a ação de anulação da deliberação abusiva. A deliberação abusiva pode causar sérios prejuízos aos sócios ou à sociedade, como tal estamos diante de um mecanismo de extrema importância para a defesa dos direitos e interesses tanto dos sócios a título individual como da sociedade em si.

É um direito de carácter individual, pois não é exigido que o sócio tenha determinada percentagem de capital para poder fazer valer o direito de impugnação. A possibilidade de anulação das deliberações sociais decorre do princípio geral da estabilidade das deliberações sociais, tendo por meta diminuir os casos em que se possa invocar a nulidade. A deliberação é exequível enquanto a ação de anulação não for julgada procedente, daí este mecanismo dar mais estabilidade à vida societária.

O artigo 60.º, n.º 1 refere que “tanto a ação de declaração de nulidade como a de anulação são propostas contra a sociedade”. Ou seja, a ação de anulação é sempre intentada contra a sociedade.

A ação de anulabilidade da deliberação social pode ser intentada tanto pelos sócios, como pelo órgão de fiscalização.

8.1. Arguição pelo órgão de fiscalização

O órgão de fiscalização tem competências para arguir da anulabilidade da deliberação social abusiva. É uma previsão legal recente, não estando consagrada nos projetos iniciais do CSC. Pode ser feita pelo conselho fiscal ou pelo fiscal único, pela comissão de auditoria ou pelo conselho geral e de supervisão.

Quando o órgão de fiscalização seja plural, a iniciativa de propositura de ação anulatória deve assentar em deliberação do mesmo (cfr. artigos 423.º e 445.º, n.º 2, do CSC). Há certas situações em que o órgão de fiscalização vê-se mesmo obrigado a propor a ação de anulação da deliberação, dado que estão em causa também os deveres constantes no artigo 64.º, n.º 2, do CSC. Há assim um dever implícito de arguir anulabilidade perante deliberações irregulares e prejudiciais para a sociedade. O órgão de fiscalização fica também incumbido de impugnar a deliberação caso nenhum dos sócios tenha legitimidade para o fazer.

Atendendo ao artigo 57.º, n.º 4, do CSC, tem sido admitido que os gerentes possam impugnar uma deliberação social abusiva caso a sociedade não tenha órgão de fiscalização. Coutinho de Abreu entende que esta possibilidade de os gerentes impugnarem uma deliberação abusiva decorre diretamente do dever de lealdade do artigo 64.º, n.º 1, al. b) (Coutinho, 2015, p. 516).

8.2. Anulabilidade arguida pelos sócios

A anulabilidade também pode ser arguida pelos sócios, sendo que neste âmbito existem algumas regras para que os sócios possam proceder à arguição da anulabilidade.

Primeiramente, pode ser arguida por um sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento, ou seja, não emitiu votos, seja porque não participou na deliberação, seja porque não detinha direito de voto, absteve-se ou estava impedido de votar.

Pode também requerer a anulabilidade o sócio que não tenha, em momento posterior, aprovado a deliberação, quer de forma expressa, quer de forma tácita. Ou ainda o sócio que emitiu o seu voto em sentido contrário ao da proposta aprovada, pois não faria sentido

um sócio que votou na proposta vencedora vir invocar a anulabilidade da deliberação. Estaríamos perante uma conduta contraditória, um *venire contra factum proprium*, isto é vedar um comportamento contraditório, pois o primeiro é contrariado pelo segundo.

No que diz respeito à legitimidade para propor ação anulatória, verifica-se que há neste campo alguma divergência na doutrina. O professor Coutinho de Abreu, entende que não é exigível que o sócio o fosse ao tempo da deliberação. O professor tem em conta casos em que se dá a sucessão *mortis causa*, em que os herdeiros de quem era sócio continuam a ter direito de impugnação da mesma forma que tinha quem era sócio ao tempo da deliberação; casos de adquirentes de participações sociais em que o alienante tinha esse direito de impugnação (Coutinho, 2015, p.514).

Em sentido contrário expressa-se o doutor Pinto Furtado, que entende que o sócio tinha de o ser ao tempo da deliberação para que possa exercer direito de impugnação. No mesmo sentido que expõe o doutor Coutinho de Abreu, Pinto Furtado não exclui as hipóteses de herdeiros de um sócio adquirirem esse direito de intentar uma ação de anulação. O professor explica que caso se forme uma contitularidade da participação social com a abertura da herança, deve ter-se em atenção as normas respeitantes à contitularidade presentes no CSC (Pinto Furtado, 2003, p.431).

No que se refere às sociedades por quotas e às sociedades anónimas (artigos 222.º e 303.º do CSC, respetivamente), devem os contitulares exercer os seus direitos através de um representante ~~em~~ comum, podendo este ser designado por lei, testamento, nomeação dos contitulares ou nomeação judicial, nos termos dos artigos 223.º, n.º 1 e 303.º, n.º 4, do CSC.

É necessário expor a situação em que exista parcelamento da titularidade da participação social, ou seja, por vezes, a legitimidade vai para além dos sócios e estende-se também a não sócios, como nos casos de penhor, usufruto e penhora. Apenas poderá intentar ação de anulação aquele que seja detentor da titularidade do exercício dos direitos sociais. Se estivermos diante de um usufruto, é o usufrutuário que tem legitimidade para intentar ação de anulabilidade, de acordo com o artigo 1467.º, n.º 1, do CC. Diante de uma situação de penhor, a ação de anulabilidade está na esfera do sócio, passando apenas para a esfera do credor pignoratício quando tal tiver sido convencionado pelas partes. Numa situação de penhora da quota (cfr. artigo 239.º, n.º 1), enquanto a quota não for vendida, apenas o

sócio titular tem legitimidade para intentar ação de anulação da deliberação social por esta ser abusiva.

Coloca-se a questão de saber se, uma vez que um sócio propõe ação anulatória, e posteriormente procede à alienação da sua participação social, a ação continua a correr com ele, extingue-se por inutilidade da lide ou por superveniente ilegitimidade do mesmo? Se o alienante continuar a ter interesse no prosseguimento da ação, não perde a legitimidade para dar continuidade ao processo. Pode também suceder que o adquirente da participação social venha a substituir o alienante na ação anulatória.

8.3. Prazo para ação anulatória

O prazo para se propor a ação anulatória encontra-se estipulado no artigo 59.º, n.º 2, do CSC, sendo de trinta dias a contar: da data do encerramento da assembleia geral, al a), a contar do terceiro dia subsequente à data do envio da cópia da ata referente à deliberação adotada por voto escrito, tendo aqui em conta o artigo 247.º, n.º 6, do CSC, e ainda 30 dias a contar da data em que o sócio teve conhecimento da deliberação, se esta incidir sobre assunto que não constava na convocatória, expresso na al c) do referido artigo.

O artigo 59.º, n.º 3 faz referência às assembleias gerais interrompidas. Por norma estas ocorrem em apenas um dia, mas nem sempre assim sucede, pois pode haver necessidade de que a assembleia dure por mais tempo, caso em que se verifica uma suspensão de trabalhos, nos termos do artigo 387.º do CSC

Neste sentido, de acordo com a interpretação do professor Coutinho de Abreu, se o prazo que medeia as várias assembleias for de 15 dias ou menos, o interessado tem 30 dias para propor a ação de anulação, sob pena de caducidade. Caso as várias assembleias distem entre si mais de 15 dias, o prazo de 30 dias conta-se a partir da data em que a deliberação foi adotada, não da data do encerramento da assembleia. O professor refere ainda que não é qualquer irregularidade que dá ao sócio a possibilidade de arguir anulabilidade da deliberação no prazo de 30 dias que só começa a correr a partir da data em que tome conhecimento na deliberação. Apenas é possível quando a deliberação em causa impeça o sócio de participar na assembleia e conseqüentemente de tomar conhecimento sobre o que se passou² (Coutinho, 2015, p.517).

² Um sócio convocado ainda que irregularmente, mas que tenha forma de saber quando é que a assembleia se irá realizar, tem o ónus de se informar sobre o que foi deliberado.

8.4. Deliberações negativas

Há ainda que fazer uma abordagem às denominadas deliberações negativas, ou seja, às deliberações de não aprovação da proposta, tendo em especial atenção quando estas, na verdade, acabam por ser deliberações positivas. A simples anulação da deliberação proclamada como negativa elimina esta, mas não faz surgir a deliberação positiva no final das contas efetivamente adotada. Para que este efeito se produza, é necessário que o tribunal anule a negativa e declare a existência da deliberação positiva, só podendo declarar se tal lhe for pedido.

É admissível cumular com o pedido de anulação da deliberação negativa o pedido de declaração da deliberação positiva. É certo que, sendo também o segundo pedido julgado procedente e enfermada a deliberação positiva de anulabilidade, o prazo para a ação anulatória já ter decorrido.

A sociedade contra a qual foi proposta ação de duplo pedido pode contestar e arguir a anulabilidade dessa deliberação. O direito de os sócios impugnarem deliberações sociais é propenso a abusos. Verificando-se abuso do direito de impugnação, deve a ação anulatória ser julgada improcedente, e pode o impugnante ser obrigado a indemnizar a sociedade ou outros sócios.

Não obstante a explanação do regime e processo da ação de anulação das deliberações abusivas, é preciso expor que este mecanismo não pode ser usado em qualquer deliberação só porque não vai ao encontro do interesse dos sócios que propõem a anulação. Ou seja, a minoria que irá propor a ação de anulação tem de demonstrar que de facto aquela deliberação é abusiva, demonstrar que a conduta em causa trouxe danos para os sócios ou para a sociedade e que estavam também em causa interesses extrassociais, que colocariam a vida da sociedade em risco. Mas tem de facto ser demonstrado que esteve em causa um carácter abusivo, até porque não é pelo facto de estar em causa uma deliberação aprovada pela maioria, que se pode impor as suas resoluções desvantajosas aos restantes sócios e à sociedade.

9. Conclusão

A partir da pesquisa efetuada no âmbito do trabalho em questão, pode-se aferir que a temática das deliberações abusivas é bastante controversa, tanto na doutrina como na

jurisprudência, para além das questões práticas que estas mesmas normas suscitam no âmbito da vida societária.

A matéria das cláusulas abusivas torna-se especialmente problemática no âmbito da realidade prática da sociedade, dado que, num caso concreto, torna-se muitas vezes controversa a questão de saber se uma deliberação é nula ou anulável, por se concluir ou que a mesma é abusiva ou não. As deliberações são reguladas pelo regime da anulabilidade, exceto se formos pelos artigos 56.º CSC e 334.º CC.

Para além desta dificuldade, acresce ainda a dificuldade de entender qual é o prejuízo de facto capaz de tornar uma deliberação abusiva, isto porque tem sempre de se ter em primeira linha o interesse societário, não se podendo considerar abusiva qualquer deliberação que se consubstancie numa desvantagem para um certo sócio ou para a sociedade. Tornar-se bastante difícil determinar o que é efetivamente um prejuízo excessivo ou qual é o voto que foi tomado em sentido abusivo, com escopo de causar algum tipo de prejuízo.

Estamos diante de uma situação que deve ser cuidadosamente olhada caso a caso, de modo a não colocar os interesses dos sócios a título individual acima dos interesses da sociedade.

Quanto ao mecanismo da prova de resistência, em opinião pessoal, parece-me ser uma norma com uma redação algo problemática, porque tem em conta os votos individuais dos sócios, mas é extremamente difícil na prática conseguir determinar o sentido subjacente aos votos de cada sócio, qual a intenção real com que aquele sócio votou e se de facto existia na sua génese uma intenção abusiva.

Caso se verifique que de facto estava em causa uma intenção abusiva na determinação da vontade através do direito de voto, estes sócios respondem para com a sociedade, operando aqui o instituto da responsabilidade civil, referindo o artigo 58.º, n.º 3, do CSC que “Os sócios que tenham formado maioria em deliberação abrangida pela alínea b) do n.º 1 respondem solidariamente para com a sociedade ou para com os outros sócios pelos prejuízos causados.”

Bibliografia

Abreu, J. C. (2015). *Curso de Direito Comercial - Vol II*, 5ª Edição. Coimbra, Almedina.

Cordeiro, A. M. (2009). *SA: Assembleia Geral e Deliberações Sociais*. Coimbra: Almedina.

Cordeiro, A. M. (2022). *Direito das Sociedades I - Parte Geral*. Coimbra: Almedina .

Correia, R. (s.d.). *da (ir)responsabilidade civil dos sócios por deliberações abusivas*.

Furtado, J. P. (2003). *Deliberações dos Sócios - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.

Furtado, J. P. (2004). *Curso de Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina.

Triunfante, M. (2014). *Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas – Direitos de minoria qualificada, Direitos Individuais*. Coimbra: Coimbra Editora.

Vasconcelos, P. P. (2014). *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2º edição. Coimbra: Almedina.

Guimarães, A. C. (2019). *O Abuso das Minorias nas Sociedades Comerciais*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Rosa, E. N. (2018). *Abuso de Direito Nas Deliberações Sociais*. Lisboa: ISCTE-IUL- Instituto Universitário de Lisboa.

Silva, Â. R. (2016). *Deliberações Sociais Abusivas: Abuso da Maioria e Abuso no Direito Civil*. Porto: Universidade Católica Portuguesa- Centro regional do Porto - Escola de Direito.

Jurisprudência

Ac. do TRL, processo 8056/12.7T2SNT.L1-2, relator Teresa Albuquerque, de 14-02-2013

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/49AEF51ACC92201780257B24004EC7A7>

Ac. TRP, processo 6241/16.1T8VNG.P1, relator Judite Pires, 07-12-2017
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/75CE686587FB89F58025821200562EBD>

Ac. do TRL, processo 2934/19.0T8BRR.L1-1, relator Amélia Sofia Rebelo, de 13-04-2021

<https://www.direitoemdia.pt/search/show/db3cca5bbab72175094a212b6063a806edc8e93d3422f0704007ee896ecff052>

Os poderes e deveres dos administradores e gerentes das sociedades comerciais

Ana Alves

Introdução

As sociedades comerciais gozam de personalidade jurídica conforme resulta dos arts. 5º do CSC e 6º do CC. Contudo, como não existem enquanto pessoas físicas e não gozam de vontade própria, torna-se imprescindível que, na sua composição, existam órgãos sociais capazes de as representar e exteriorizar a sua vontade.

Órgãos de administração e representação gerem as atividades sociais e representam as sociedades perante terceiros. Com referência aos mais relevantes tipos legais societários no ordenamento jurídico português, este órgão é (legalmente) designado de gerência nas sociedades por quotas, enquanto nas sociedades anónimas é possível optar-se por um Conselho de Administração ou por um Conselho de Administração executivo. E é precisamente através do exercício destes poderes que os gerentes e os administradores vinculam as sociedades. Esta vinculação depende, no entanto, de vários fatores tais como a competência dos órgãos, a capacidade jurídica da própria sociedade e, porventura, alguma limitação que resulte da lei, dos estatutos ou de deliberações sociais.

O art. 252º e seguintes do CSC respeitam à gerência das sociedades por quotas. Ao analisarmos o art. 261º, nº 1, do CSC verificamos que nos casos em que existem vários gerentes, os poderes são, em regra, (a norma é supletiva, tal como refere o artigo “*salvo cláusula do contrato de sociedade que disponha de modo diverso*”) exercidos conjuntamente, ficando a sociedade vinculada pelos negócios concluídos por estes, quer a sua intervenção tenha sido simultânea, quer quando venham posteriormente a ratificar o negócio, praticando sempre os atos que “*forem necessários ou convenientes para a realização do objeto social, com respeito pelas deliberações dos sócios*”, tal como dispõe o art. 259º do CSC. *A contrario sensu*, entende-se que têm o dever de não praticar atos que ultrapassem o objeto social, pela conjugação com o art. 6º, nº 4, do referido Código. Este é também o órgão que representa e vincula a sociedade nos seus negócios com terceiros.

No que às sociedades anónimas diz respeito, o art. 278º do CSC, sob a epígrafe “*estrutura da administração e da fiscalização*”, disponibiliza três modalidades de organização dos órgãos de administração e de fiscalização, sendo elas: um Conselho de Administração e um conselho fiscal; um Conselho de Administração que compreende uma comissão de auditoria, e revisor oficial de contas; ou, finalmente, um Conselho de Administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas. A primeira modalidade é denominada de modelo clássico, sendo a mais utilizada tradicionalmente pelas sociedades anónimas portuguesas.

Tal como acontece com a gerência nas sociedades por quotas, nas sociedades anónimas é o Conselho de Administração que tem como função a representação da sociedade e a gestão dos negócios sociais. Como PAULO OLAVO CUNHA¹ refere, “*trata-se do órgão de representação da sociedade que atua e cumpre os respetivos direitos e vinculações na realização da atividade social*”. Ao analisar o CSC, encontramos no seu art. 406º, uma enumeração, não taxativa, de matérias que se enquadram nos poderes de gestão deste órgão. Articulado este preceito com o art. 373º, n.º 3, torna-se claro que, salvo pedido do órgão de administração aos acionistas, as suas competências de gestão não podem ser limitadas e qualquer cláusula aposta no contrato de sociedade que disponha de outro modo, será nula.

1. Os poderes dos administradores e gerentes

Os administradores e gerentes das sociedades comerciais possuem poderes de administração e de representação.

Para A. SANTOS JUSTO estes são considerados poderes-deveres, pois “*são direitos acompanhados de deveres: o seu titular não é livre de exercer as inerentes faculdades ou poderes; é também obrigado a atuar, porque em causa estão interesses que não são apenas seus*”².

A administração das sociedades pratica atividades de gestão e de representação. Estas atividades podem estar associadas ou não. Quanto às primeiras, possuem uma vertente interna quanto à sociedade, no sentido em que estão articuladas ao seu funcionamento

¹CUNHA, Paulo Olavo, op. cit pág. 807.

²JUSTO, A. Santos (2019), *Introdução ao Estudo do Direito*, 10ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, pág.53.

interno, o que leva à produção de efeitos dentro da própria organização da sociedade. Quanto às segundas, possuem uma índole externa, pois pressupõem a apresentação da sociedade perante terceiros, produzindo efeitos externos a esta.

Não obstante a grande importância prática que advém dos poderes dos administradores, estes não se encontram previstos na parte geral da lei, pelo que temos de lançar mão da parte especial relativa a cada tipo societário para averiguar o poder de administração em cada um deles. A título de exemplo, o art. 252º nº 1 do CSC, quanto às sociedades por quotas, refere que “*a sociedade é administrada e representada por um ou mais gerentes*”; no que diz respeito às sociedades anónimas, o Conselho de Administração é responsável por gerir as atividades da sociedade e também “*tem exclusivos e plenos poderes de representação*”, conforme nos diz o art. 405 nº 1 e 2 do CSC.

1.1. O poder de administrar

A administração pode ser entendida segundo duas perspetivas distintas, sendo elas a administração como sendo um órgão da sociedade no qual os administradores colocam em prática a segunda noção do conceito, ou seja, a administração enquanto atividade societária praticada por esse mesmo órgão. Para o nosso estudo, iremos focar-nos na segunda noção por ser a mais pertinente para o tema.

Face à legislação vigente, podemos afirmar que o referido poder é atribuído aos gerentes e administradores das sociedades, e é com esse poder que estes atuam, tomando decisões no seio societário com o objetivo de “*maximizar a realização do interesse social*”³. Tal como o art. 5º do CSC indica, as sociedades comerciais são dotadas de personalidade jurídica, a partir da data do registo definitivo do contrato, exteriorizando a sua vontade através dos seus órgãos.

Sendo a lei omissa, vários autores pronunciaram-se acerca do assunto. Como RICARDO CANDEIAS⁴ nos diz, há conformidade na doutrina em entender este poder como sendo

³FRADA, Carneiro da (Jan. 2007). *A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos Administradores*, ROA, Ano 67, Vol. I. Lisboa, pág.8. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgement-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/>.

⁴Para mais desenvolvimentos vide CANDEIAS, Ricardo, (Jan. 2000). *Os gerentes e os actos de mero expediente*, ROA, Ano 60, Vol. I, Lisboa, pág. 249 e 250. Disponível em:

inerente ao próprio órgão de administração, praticado pelos seus titulares com o objetivo de concretizar o objeto social.

MENEZES CORDEIRO⁵ refere-se ao poder de administração como sendo um poder potestativo uma vez que *"traduz a permissão normativa que os administradores têm de decidir e de agir, em termos materiais e jurídicos, no âmbito dos direitos e dos deveres da sociedade"*.

Por outro lado, para RICARDO CANDEIAS⁶, a administração tem um sentido lato e um sentido restrito. Considera os poderes de administração num sentido lato, pois são poderes gerais necessários à concretização da atividade a que a sociedade se dedica e que se exteriorizam pelas deliberações dos sócios. Em contrapartida, este poder em sentido restrito manifesta-se pelos *"atos ou negócios correntes da sociedade, realizados no âmbito de uma direção comercial ou técnica"*, no qual se compreendem operações do quotidiano para a realização do seu objeto social.

Em relação a este poder, é necessário reter que é atribuído aos gerentes ou administradores das sociedades e embora a lei não especifique o seu conteúdo, o seu exercício deve ter em conta a diligência necessária que a própria situação exige, concretizando o objeto social e tendo em conta as deliberações dos sócios.

O Conselho de Administração tem plenos e exclusivos poderes de administração e representação da sociedade, como dispõe o art. 405º, nº 2 do CSC, pelo que o próprio art. 373º do referido normativo, em matéria de gestão, afasta expressamente essa competência da assembleia geral ao decretar que este órgão apenas pode deliberar sobre matérias de gestão da sociedade mediante pedido do órgão de administração. Esta competência, no que toca às sociedades anónimas, tem um sentido mais amplo do que a correspondente nas sociedades por quotas, como podemos constatar no art. 406º do CSC. A título de exemplo, no que à maior abrangência das competências de gestão do órgão de administração nas sociedades anónimas diz respeito, temos a alienação de bens imóveis que compete ao Conselho de Administração⁷. Este é um regime diferente do existente

<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2000/ano-60-vol-i-jan-2000/doutrina/>.

⁵CORDEIRO, António Menezes (2020), *Direito das Sociedades I – Parte geral*, 4ª edição. Coimbra: Almedina, pág. 761.

⁶CANDEIAS, Ricardo, op. cit pág. 247 e 248.

⁷Art. 406º alínea e) do CSC.

para as sociedades por quotas⁸, uma vez que nestas é aos sócios que, em princípio, compete deliberar sobre a alienação ou oneração de bens imóveis. Nestas últimas sociedades, o legislador entende que cabe aos sócios deliberar sobre atos de gestão “*por terem em geral importância significativa para a situação patrimonial e funcional da sociedade*”⁹. Contudo, o contrato de sociedade pode conferir este poder à gerência mas não pode impedir que os sócios deliberem sobre o assunto, conforme estabelece o art. 259º do CSC.

1.2. O poder de representar e a vinculação da sociedade

Debrucemo-nos agora sobre o poder de representação. A representação pode ser entendida como um vínculo jurídico que possibilita a imputação à sociedade da atuação dos seus administradores e gerentes.

Este poder, tal como o anterior, é concedido, nas sociedades anónimas, ao Conselho de Administração pelo art. 405º, nº 2, do CSC ou Conselho de Administração executivo conforme o art. 431º do CSC e ainda à gerência nas sociedades por quotas, como dispõe o art. 252º, nº 1 do CSC.

Entendemos que o poder de representar a sociedade é um direito potestativo que resulta numa permissão de agir em nome e por conta da sociedade, originando efeitos jurídicos que se refletem na esfera jurídica desta. Porém, para a sociedade ficar vinculada através dos atos praticados pelos gerentes e administradores, estes terão de atuar nas mencionadas qualidades, declarando-as aquando da prática dos atos, como referem os arts. 260º e 409º do CSC. Neste sentido, entende-se que o legislador limitou este poder, indo ao encontro do que estava anteriormente em vigor na Lei das Sociedades por Quotas, no seu art. 26º.

Todavia, e a título de comparação com o que ficou dito relativamente ao poder de administração, a lei é mais rígida, tendo em consideração os interesses de terceiros e do comércio jurídico, uma vez que barrou a existência de limitações voluntárias ao poder de representação, quer por deliberações dos sócios, quer pelo pacto social, sendo que se existirem, são inoponíveis à outra parte. Daqui podemos retirar que estão presentes dois interesses incompatíveis: os do terceiro e os da sociedade. Quanto aos primeiros, a

⁸Art. 246º nº 2 alínea c) do CSC.

⁹ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (2017), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, 2ª edição. Coimbra: Almedina, pág.20.

finalidade é que os negócios que estes efetivem com a sociedade, representada pelos respetivos gerentes, mantenham a sua validade, ficando esta vinculada e não os seus administradores. Quanto aos segundos, estes pretenderiam que “*não fosse imputada à sociedade os atos praticados pelos gerentes para além dos limites fixados no pacto social ou por deliberação*”.¹⁰ Pelo que foi explanado, entendemos que o legislador optou por salvaguardar o interesse do terceiro.

Tal como RICARDO CANDEIAS¹¹ refere, a sociedade apenas fica vinculada pelos atos praticados pelos administradores ou gerentes, desde que “*a) o ato seja praticado em nome da sociedade e, b) o ato caiba dentro dos poderes que a lei estabelece a favor dos gerentes*”. *A contrario sensu*, compreende-se que, se os atos forem praticados fora dos poderes conferidos pela lei, a sociedade não fica vinculada, sendo o ato ineficaz em relação a esta.

O instituto da representação, torna-se assim, indispensável na vida da sociedade.

A representação e a delegação de poderes

Atentemos no art. 391º, nº 7, do CSC que nos diz que “*não é permitido aos administradores fazerem-se representar no exercício do seu cargo*”, com exceção dos casos em que o contrato de sociedade permite que este se faça representar numa reunião por outro administrador, através de uma carta dirigida ao presidente, conforme o art. 410º, nº 5, do CSC, que apenas valerá para uma reunião. Esta intransmissibilidade da posição dos administradores justifica-se pela confiança que os sócios depositam neles, pois a sua designação tem por base as suas qualidades pessoais, sendo designados “*ad personam*”, pelo que seria contraditório que este utilizasse a sua qualidade maioritariamente para se fazer substituir. Conforme o entendimento do Tribunal Central Administrativo Norte¹², citando Raúl Ventura, em relação à gerência, “*em bom rigor, não se trata de representação de um gerente por outro, mas sim de distribuição de competências entre os gerentes*”.

¹⁰CANDEIAS, Ricardo, op. cit pág. 247 e 248.

¹¹CANDEIAS, Ricardo, op. cit pág. 252.

¹²Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, processo nº 02374/06.0BEPRT, de 29-09-2016. Relator: Ana Patrocínio.

Neste âmbito, é pertinente saber se o órgão de administração pode delegar atividades de gestão a pessoas que não são administradores, tais como mandatários ou procuradores. Para ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA¹³, os administradores, caso seja de sua vontade, podem constituir mandatários ou procuradores para praticarem determinados atos, como autorizam os arts. 252º n.º 6 e 391º n.º 7 do CSC. Atenção que, em relação às sociedades por quotas, o art. 252º n.º 6 em articulação com o art. 261º n.º 2 do CSC, somente admite que *“os gerentes deleguem nalgum ou nalguns deles (gerentes) competência para determinados negócios ou espécie de negócio, mas, mesmo nesses negócios, os gerentes delegados só vinculam a sociedade se a delegação lhes atribuir expressamente tal poder”*. Quanto às sociedades anónimas, o art. 391.º, n.º 7 possibilita a delegação de poderes somente *“nos casos previstos na lei”*. Contudo, *“repare-se, são procuradores da sociedade e não representantes pessoais dos administradores”* pois, tal como vimos, os administradores são designados *ad personam*. Neste sentido, o Tribunal da Relação de Évora pronunciou-se afirmando que *“a manifestação de vontade de celebrar determinado negócio, vazada num qualquer contrato celebrado pelos membros do Conselho de Administração, em nome da sociedade anónima que organicamente representam, não é uma manifestação de vontade dos próprios, mas da própria sociedade anónima”*¹⁴.

Estando em causa poderes de representação, o contrato de sociedade pode dispor que esta também fica vinculada pelos negócios celebrados pelos administradores-delegados¹⁵. No caso da delegação de poderes de gestão, o próprio contrato da sociedade pode proibir o Conselho de Administração de encarregar algum administrador de se ocupar de certas matérias de administração¹⁶.

Analisado que seja o art. 407º do CSC, conseguimos retirar que existem dois tipos de delegação de poderes que o Conselho de Administração pode praticar dentro da própria sociedade, sendo eles a delegação estrita (n.º 1 e 2) e a ampla (n.º 3 e seguintes).

O n.º 1 e 2 do referido artigo são claros quanto à delegação de poderes que o Conselho de Administração pode fazer. Este artigo diz-nos que em relação a outros administradores, e

¹³ALMEIDA, António Pereira de (2013), *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, 7.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 231.

¹⁴Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 1289/14.3TBFAR.E1, de 08-09-2016. Relator: Silva Rato.

¹⁵Art. 408º do CSC.

¹⁶Art. 407º do CSC.

desde que o contrato de sociedade não o proíba, um administrador ou o Conselho de Administração pode delegar competências especialmente a algum ou alguns administradores para estes se ocuparem de certas matérias de administração. Para JOÃO CALVÃO DA SILVA¹⁷, este tipo de delegação é uma “*mera distribuição interna de tarefas, com o conselho a cometer encargo especial a algum ou alguns administradores, sem propriamente repartir as competências do Conselho de Administração*”. Assim, os poderes dos administradores delegantes mantêm-se inalterados, pois apenas se alteram os poderes e deveres dos administradores delegados.

O n.º 3 dispõe que “*o contrato de sociedade pode autorizar o Conselho de Administração a delegar num ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade*”. Neste tipo de delegação ampla, vimos que se torna necessário a autorização estatutária que depois é concretizada numa deliberação do Conselho de Administração que fixa os limites da delegação.

É pertinente ressaltar que os n.ºs 2 e 4 do referido normativo estabelecem algumas limitações às aludidas delegações. Podem ser delegados poderes de gestão de certas matérias de administração ou a gestão corrente da sociedade.

2. Deveres fundamentais¹⁸ ou gerais

Tal como vimos no ponto anterior, os administradores das sociedades têm dois vastos poderes-deveres: o poder de administrar e o poder de representar. Assim, sendo a Administração o órgão responsável pela gestão e representação da sociedade e face ao risco daí inerente, o legislador delimitou o comportamento do administrador, sujeitando-o ao cumprimento de determinados deveres. Neste leque de deveres, podemos diferenciar entre deveres específicos e deveres gerais¹⁹.

¹⁷SILVA, João Calvão da (Jan. 2007). *Responsabilidade Civil dos Administradores Não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*, ROA, Ano 67, Lisboa, pág.21. Disponível: http://www.oa.pt/conteudos/artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=59032&ida=59049.

¹⁸Para António Menezes Cordeiro, a nomenclatura de “deveres fundamentais” está relacionada com os deveres de administração e representação que os administradores e gerentes têm e não com os deveres presentes no art. 64º do CSC, cfr. CORDEIRO, António Menezes (2020), *Direito das Sociedades I – Parte geral*, op. cit pág. 887.

¹⁹Denominação adotada por António Pereira de Almeida, vide ALMEIDA, António Pereira de (2013), op. cit. pág. 266.

Os deveres específicos podem resultar da lei²⁰, do contrato ou dos estatutos, que ditam uma determinada atuação por parte do administrador, sem este ter qualquer margem de discricionariedade. Por outro lado, a atuação dos membros do órgão de administração é regulada por deveres gerais, isto porque a gestão e a representação da sociedade não podem ser feitas segundo a livre vontade dos administradores. Estes deveres, ao contrário dos anteriores, não apontam o que o administrador deve fazer, apontam sim o modo como o deve fazer.

Em jeito de comparação com o anterior regime, até à reforma de 2006 o art. 64º não consagrava todos os deveres que hoje conhecemos, apenas reconhecia o dever de diligência. Com a entrada em vigor do DL nº 76-A/2006 de 29 de março, este artigo sofreu uma alteração, ficando o nº 1 dividido em duas alíneas, resultando num total de dois deveres fundamentais/gerais: o dever de cuidado²¹ e o dever de lealdade,²² nos quais iremos focar o nosso estudo. Entende-se também que existe um dever de boa-fé como um dever geral de enquadramento dos deveres de cuidado e de lealdade, no sentido em que o administrador ou gerente deve agir com honestidade, crendo que a prática de certa ação ou a sua omissão irá ser a melhor e mais adequada para a sociedade.

Quanto a estes deveres e na opinião de MENEZES CORDEIRO²³, *"o preceito é fundamental, sendo certo que dele decorre, no essencial, todo o resto"*, considerando as normas do art. 64º do CSC como *"normas de conduta"*. Assim, para este autor, caso estas normas sejam violadas, teremos de lançar mão de outros conceitos, tais como *"culpa, ilicitude, dano e causalidade"*, conhecidos por nós como os pressupostos da responsabilidade civil²⁴.

2.1 Dever de cuidado

O art. 64.º, n.º 1. alínea a), do CSC refere que os administradores devem observar *"deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o*

²⁰A título de exemplo, o dever de não ultrapassar o objeto da sociedade, presente no art. 6º nº4 do CSC; o dever de convocar a assembleia geral a fim de informar os sócios, quando resulta das contas de exercício ou de contas intercalares, que se perdeu metade do capital social, conforme o art. 35º do CSC; o dever de não concorrência, que resulta para os gerentes do art. 254º, e para os administradores do 398º nº 3, ambos do CSC, entre outros.

²¹ *Duty of care.*

²² *Duty of loyalty.*

²³CORDEIRO, António Menezes (1997), *Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, pág. 40.

²⁴CORDEIRO, António Menezes, (2020), *Direito das Sociedades I – Parte geral*, op.cit pág. 887.

conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado". Aqui está consagrado o dever de cuidado que começa a ser posto em prática no momento da aceitação das funções associadas à administração.

Para CARNEIRO DA FRADA²⁵ *"o cuidado que a lei manda ao administrador observar equivale a impor-lhe uma boa administração, uma administração cuidada, a condução da sua actividade de acordo com as boas ou as melhores práticas (best practices) da administração"*.

Isto significa que os possíveis administradores, antes de aceitarem o cargo, devem averiguar se efetivamente têm competência técnica e disponibilidade para exercer tais funções. Neste dever está implícito que o administrador use o seu tempo, conhecimento e dedicação nas tarefas próprias do cargo que tem na sociedade. Assim, este dever consiste numa obrigação imputada aos administradores para que estes cumpram com diligência a sua função, tendo sempre em conta o interesse da sociedade e usem o cuidado que seria expectável de uma pessoa medianamente prudente numa circunstância análoga.

Uma vez que este dever é tão abrangente e geral, considera-se que o mesmo precisa de ser concretizado através de três deveres complementares que, no seu todo, compõem o dever de cuidado, são eles: a disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade adequado às funções. Para COUTINHO DE ABREU²⁶ esta norma é imperfeita. No ponto de vista deste autor, existem outras manifestações igualmente ou mais importantes e a norma escrita pelo legislador remete para a diligência de um gestor criterioso e ordenado *"que é formulação das mais genéricas do dever de cuidado e abrangente daquelas precisões"*. RICARDO COSTA²⁷ assume a mesma posição, considerando que este dever é genérico e que por isso precisa de ser esclarecido.

Ambos preferem o uso de outra nomenclatura, sugerindo três subdeveres (ou manifestações): o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, que se traduz num dever de controlar a organização e a direção da atividade da sociedade, tendo em

²⁵FRADA, Carneiro (Jan. 2007), *A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos Administradores*, op. cit pág. 27.

²⁶ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (2007). *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, em IDET, *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina, pág. 17 e ss..

²⁷COSTA, Ricardo (2011). *Deveres Gerais dos Administradores e "gestor criterioso e ordenado"*, I Congresso Direito das Sociedades em revista, Coimbra: Almedina, 2011, pág. 165. Disponível em: https://www.ricardo-costa.com/data/FILEP_24_2018428192044.pdf.

conta a evolução económico-financeira da mesma, as suas práticas e políticas; o dever de atuação procedimentalmente correta²⁸, que é o dever de preparar adequadamente as decisões a tomar, fazendo uma investigação sobre todas as informações²⁹ nas quais se vai basear a decisão a tomar e, por último, o dever de tomar decisões razoáveis, no sentido em que devem orientar-se pelo princípio da *business judgment rule*, presente no art. 72.º, n.º 2, do CSC. Isto significa que os administradores detêm uma margem de discricionariedade na tomada de decisões (quando a lei, os estatutos ou o contrato não os obrigam a tomar certa decisão), tendo poder de escolha entre as diversas alternativas de decisões razoáveis.

Além dos referidos deveres, da leitura da alínea a) do art. 64 do CSC retiramos que na concretização destes deveres complementares é necessário observar a diligência de um gestor criterioso e ordenado, pelo que podemos considerar também este um dever complementar. Conforme a CMVM³⁰, a primeira parte da alínea a) do aludido artigo comporta uma “*cláusula geral de atuação cuidadosa*” e a última parte um “*critério de atuação diligente que serve de bitola do cumprimento daquela*”. Este dever de diligência de um administrador criterioso e ordenado, na nova redação do artigo (ao contrário da anterior), deu origem a uma distinção entre o dever de cuidado e o dever de lealdade.

Independentemente da bitola do gestor criterioso e ordenado se encontrar na parte final da alínea a) do supracitado normativo, no nosso ponto de vista tal não significa que está restrita ao dever de cuidado. No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO³¹ entende que “*a bitola de diligência, apesar de desgraduada para o final do artigo 64º/1, a), conserva todo o seu relevo. Desde logo, em termos literais: “nesse âmbito” - portanto: o âmbito em que os administradores devem empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado - reporta-se às “suas funções”: não apenas aos deveres de cuidado.*

²⁸De notar que neste dever o administrador tem várias alternativas de decisão, não estando a violar este direito se optar por aquela que não vai de encontro ao interesse da sociedade, se tal evitar riscos maiores e não dissipar o património da sociedade. Assim, demonstra competência técnica nos seus atos.

²⁹Seria inviável para um administrador saber absolutamente tudo para a tomada da decisão, devendo apenas saber as informações que se tornem relevantes para que possam agir da melhor forma possível e prosseguindo os interesses da sociedade, sócios, credores e outros terceiros.

³⁰Cfr. Respostas à consulta pública nº1/2006 sobre as alterações do Código das Sociedades Comerciais, ponto 2-A – Temas Gerais/Deveres e responsabilidade dos titulares de órgãos sociais. Disponível em: <https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/anexos/Paginas/20060302a.aspx>.

³¹CORDEIRO, António Menezes (Set. 2006). *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, ROA Ano 66 – Vol. II, Lisboa, disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades>.

Obviamente: o administrador deve ser diligente na execução de todos os seus deveres e não, apenas, nos de cuidado”.

Acompanhando Menezes Cordeiro quanto à importância da diligência no exercício das funções de administração, a bitola da diligência está relacionada com todos os deveres que cabem ao administrador, pelo que consideramos que este dever não poderá ser autonomizado em relação aos restantes a que os administradores estão vinculados, acabando por ser indispensável no cumprimento dos outros subdeveres. Tal como o Supremo Tribunal de Justiça³² declarou, “*o gestor criterioso e ordenado surge como uma bitola mais exigente do que a comum: requer um esforço acrescido, por se dirigir a especialistas fiduciários, que gerem bens alheios*”, que é o caso dos administradores e gerentes das sociedades comerciais.

Porém, como a norma não é taxativa e os elementos concretizadores não são apenas os mencionados, na apreciação do cumprimento do dever de cuidado é necessário observar caso a caso, considerando os fatores que estiveram na base da decisão do administrador bem como as causas que nortearam a tomada de decisão.

Relativamente à bitola do gestor criterioso e ordenado, MENEZES CORDEIRO³³ considera-a uma norma de conduta incompleta separada do conceito de responsabilidade, sendo uma medida exigível na conduta dos administradores. RICARDO COSTA considera que o preceito deve continuar a ser aceite tal como surgia na redação anterior, sendo o critério do gestor criterioso e ordenado “*uma bitola objectiva de esforço e diligência sobre como fazer na execução (ou omissão) de tarefas concretas de administração*”³⁴, de modo a apreciar a culpa quanto ao comportamento do administrador, imputando-lhe reprovação no caso em que este, face à situação em questão, não tenha tido em consideração a dita bitola de diligência, permitindo a imputação de tal ato ao administrador.

³²Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 8717/06.0TBVFR.P1.S1, de 01-04-2014. Relator: Fonseca Ramos.

³³CORDEIRO, António Menezes (2020), op.cit. pág. 860.

³⁴COSTA, Ricardo (2011). *Deveres Gerais dos Administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, op. cit. pág. 171.

2.2. Dever de lealdade

O conceito de lealdade é indeterminado juridicamente, deixando o legislador o entendimento do que é ser desleal ao juízo de cada caso concreto, uma vez que não é possível prever todos os possíveis cenários de atuação desleal de um administrador, de tal forma que se torna essencial a análise jurisprudencial, bem como de doutrina para identificar as situações de deslealdade que se verificam.

O art. 64.º n.º 1 alínea b) do CSC refere-se ao dever de lealdade e prevê que os gerentes e administradores das sociedades devem observar “*deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses³⁵ de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores*”.

Daqui retiramos que os administradores têm o dever de atuar de forma leal quanto à sociedade que representam, devido à confiança que neles foi depositada para exercerem tais funções. Ou seja, neste preceito consta que os administradores devem adotar comportamentos nos quais ajam com lealdade para com a sociedade e os terceiros com os quais esta tenha ligação, fazendo prevalecer o interesse social mas tendo em conta o interesse destes terceiros e dos sócios, abstendo-se de adotar condutas em benefício próprio ou alheio³⁶. Face ao exposto, este dever é violado quando haja, de forma direta ou indireta, lugar a situações de proveito próprio ou alheio, não tendo em conta o interesse social.

Para CARNEIRO DA FRADA³⁷, a lealdade que o administrador deve à sociedade é uma lealdade qualificada na medida em que assenta numa relação de fidúcia, já a devida aos sócios, credores, clientes ou trabalhadores, é uma lealdade comum por não existir a dita relação de fidúcia. Porém, apesar desta diferença, o administrador tem de ser leal a todos e não se pode exigir que seja mais leal à sociedade em detrimento dos restantes pois se tal acontecer, estará a ser desleal.

³⁵O legislador manda atender aos “*interesses de longo prazo dos sócios*” tendo em conta “*os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores*”. Esta questão é discutida tanto na doutrina como na jurisprudência, nomeadamente quanto ao facto de saber se a sociedade é portadora de um interesse próprio autónomo do interesse dos sócios, estando aqui em causa o interesse social. Não sendo uma questão consensual e dada a dimensão do nosso estudo, não nos cabe aqui tratar tal questão.

³⁶FRADA, Manuel Carneiro da (2017), op. cit. pág. 219.

³⁷FRADA, Manuel Carneiro da (jan. 2007), op. cit. pág. 27.

No mesmo sentido, COUTINHO DE ABREU³⁸ refere que “*o dever perante a sociedade resolve-se, afinal, em dever perante os sócios – em dever de não atuar de modo incompatível com o interesse comum a todos os sócios (o interesse da sociedade)*”.

Este dever tem duas vertentes, pelo que neste sentido, o Tribunal da Relação de Coimbra pronunciou-se dizendo que “*os administradores da sociedade estão adstritos a um dever de lealdade, que se traduz, numa vertente positiva, no dever de no exercício da sua função, atender, exclusivamente, aos interesses da sociedade e, numa vertente negativa, na abstenção de comportamentos que promovam directa ou indirectamente os seus próprios interesses ou interesses alheios*”³⁹.

Tal como vimos quanto ao dever de cuidado, também o de lealdade possui subdeveres ou manifestações que podemos encontrar na lei, pelo que os administradores ou gerentes têm a obrigação de não concorrer com a atividade praticada pela sociedade, a não ser com o consentimento desta, bem como a obrigação de não aproveitamento em seu próprio benefício de oportunidade de negócio, bem como de informações e meios exclusivos da sociedade⁴⁰; obrigação de não votar nas deliberações do órgão de administração em assuntos sobre os quais tenha interesse próprio que se encontre em conflito com o da sociedade⁴¹.

Além destas manifestações do dever de lealdade, outras podem surgir na sociedade e na prática da atividade de administração, pelo que caberá ao julgador a análise da conduta do administrador e averiguar se esta respeita o dever de lealdade ou se constituirá uma violação do mesmo.

Conclusões

O foco da nossa análise foram os poderes e os deveres dos gerentes e administradores, sendo que analisámos os deveres gerais ou fundamentais elencados no art. 64º do CSC, designadamente os deveres de cuidado e de lealdade enquanto normas de conduta que traçam a atuação dos gerentes e administradores nas suas funções de gestão e

³⁸ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, (2021), *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 7ª edição. Coimbra, Almedina, pág. 302.

³⁹Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 2109/14.4TBVIS.C1, de 20-01-2015. Relator: Henrique Antunes.

⁴⁰Art. 254º nº1, 398º nº1 do CSC.

⁴¹Art. 410º nº 6 do CSC.

representação da sociedade comercial. Daqui concluímos que para tomarem uma decisão sensata, estes sujeitos devem agir de forma cuidada, diligente e leal à sociedade comercial, protegendo os interesses desta uma vez que o interesse social é o princípio que devem respeitar e defender. Assim, devem assegurar-se que possuem as informações essenciais à tomada de decisões razoáveis e racionais colocando sempre como prioridade as atividades e fins sociais da sociedade.

Em síntese, esperamos que o nosso estudo possa vir a contribuir para a reflexão acerca das temáticas abordadas e que tenha demonstrado a relevância que uma boa base legal e boa administração de uma sociedade são elementos-chave para promover uma sociedade transparente e com futuro.

Para finalizar e como afirma MENEZES CORDEIRO⁴², “*o que façam ou deixem de fazer as sociedades, nas mais diversas circunstâncias, lícita ou ilicitamente, é obra dos administradores*”.

Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (2007). “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, n.º3, pp 15-47. Coimbra: Almedina.

_____ (2017). *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, 2ª edição. Coimbra: Almedina.

ALMEIDA, António Pereira de (2013). *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, 7.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora

CANDEIAS, Ricardo (Jan. 2000). “Os gerentes e os actos de mero expediente”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, Vol. I, pp 243-282, Lisboa.

CORDEIRO, António Menezes (1997). *Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas.

_____ (2020), *Direito das Sociedades I – Parte geral*, 4ª edição. Coimbra: Almedina.

⁴²CORDEIRO, António Menezes (2020), op.cit. pág. 840.

_____ (Set. 2006). “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66 – Vol. II. Lisboa. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/>

COSTA, Ricardo (2011). “Deveres Gerais dos Administradores e “gestor criterioso e ordenado”, *I Congresso Direito das Sociedades em revista*, pp 159-189. Coimbra: Almedina.

CUNHA, Paulo Olavo (2019). *Direito das Sociedades Comerciais*, 7ª edição. Coimbra, Almedina.

FRADA, Carneiro da (Jan. 2007). “A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos Administradores”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Vol. I. Lisboa. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgement-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/>

JUSTO, A. Santos (2019). *Introdução ao Estudo do Direito*, 10ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.

Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. “Respostas à consulta pública n.º1/2006 sobre as alterações do Código das Sociedades Comerciais”, ponto 2-A – Temas Gerais/Deveres e responsabilidade dos titulares de órgãos sociais. Disponível em: www.cmvm.pt

SILVA, João Calvão da (Jan. 2007). *Responsabilidade Civil dos Administradores Não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*, ROA, Ano 67, Lisboa. Disponível em: http://www.oa.pt/conteudos/artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=59032&ida=59049

Jurisprudência (fonte: www.dgsi.pt)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 8717/06.0TBVFR.P1.S1, de 01-04-2014. Relator: Fonseca Ramos.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 2109/14.4TBVIS.C1, de 20-01-2015. Relator: Henrique Antunes.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, processo nº 02374/06.0BEPRT, de 29-09-2016. Relator: Ana Patrocínio.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 1289/14.3TBFAR.E1, de 08-09-2016. Relator: Silva Rato.

Sobre a possibilidade de conversão de suprimentos em capital social – breves notas

Cristiano Pereira

1- Breve enquadramento

De modo a apresentarmos o tema da conversão do suprimento em capital social, torna-se necessário enquadrarmos primeiramente o mesmo no contrato de suprimento.

A possibilidade de conversão do suprimento em capital social surge no momento final do contrato de suprimento, a par da restituição do objeto de suprimento.

Relativamente ao contrato de suprimento, este vem previsto no Código das Sociedades Comerciais¹, mais concretamente nos seus artigos 243.º a 245.º e apresenta-se como um meio de financiamento que permite ultrapassar a subcapitalização e a carência económica das sociedades comerciais.

Desta forma, o suprimento pode evitar que as sociedades recorram ao financiamento bancário, sendo esta a solução para fazer face às dificuldades de tesouraria e liquidez de muitas sociedades. No entanto, no nosso sistema jurídico é admitido o suprimento independentemente da situação financeira em que a sociedade se encontra, podendo este servir também para o desenvolvimento da atividade social.

O contrato de suprimento é um contrato com larga tradição na praxis societária, contrato nominativo e típico, cujo quadro normativo se desdobra além do Código das Sociedades Comerciais; este contrato assume também uma importante relevância nos dias de hoje no que respeita, por exemplo, ao Direito de Insolvência.

Os suprimentos são empréstimos permanentes feitos pelos sócios às respetivas sociedades. Neste contexto, o sócio que realiza o suprimento vai obter como contrapartida o bom funcionamento da sociedade e os lucros que daí possam surgir.

¹ Doravante designado de CSC.

O contrato de suprimento vem previsto no artigo 243.º n.º 1 do CSC, como sendo, num primeiro plano, “o contrato pelo qual o sócio empresta à sociedade dinheiro ou outra coisa fungível, ficando esta obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade (...)”.

Ou, num outro plano, o contrato “(...) pelo qual o sócio convencionou com a sociedade o diferimento do vencimento de créditos seus sobre ela, desde que em qualquer dos casos, o crédito fique tendo carácter de permanência”².

No primeiro plano, estamos perante um verdadeiro empréstimo do sócio à sociedade, que, em relação ao objeto, não tem qualquer especialidade relativamente ao contrato de mútuo regulado no Código Civil.

No segundo plano, consiste num negócio pelo qual o sócio convencionou com a sociedade o diferimento do vencimento de créditos seus sobre a sociedade. Traduzindo-se assim, na existência de um crédito do sócio sobre a sociedade com um vencimento já fixado, em virtude de um qualquer negócio celebrado entre eles, e na posterior convenção de diferimento do vencimento desse mesmo crédito.

Conforme estipula a lei, o suprimento é o contrato pelo qual o sócio empresta à sociedade dinheiro ou outra coisa fungível, ficando aquela obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade. Nestas circunstâncias, é claro para nós que os sócios ficam credores da sociedade e a sociedade fica devedora face a estes, tendo posteriormente de os reembolsar.

Embora possamos dizer que é uma espécie do contrato de mútuo por derivar de uma multiplicidade de outras formas de empréstimos, este contrato de suprimento radica essencialmente na sua própria estrutura subjetiva. Sendo o elemento subjetivo deste contrato essencial para a existência do mesmo, o que equivale a dizer que, apenas se consideram suprimentos os mútuos em que o “sócio empresta à sociedade”.

Ao serem realizados os ditos suprimentos, existe quase que uma junção da qualidade de sócio e de credor na mesma pessoa. Sofia Vale diz-nos que “em virtude da junção da qualidade de sócio e de credor, os suprimentos acabam por ser caracterizados como capital quase-próprio da sociedade, atento o regime jurídico que lhes subjaz. De facto, os suprimentos constituem “contribuições financeiras que, embora realizadas sob a forma de capital alheio, desempenham na vida da sociedade uma função semelhante à de capital

² António Menezes Cordeiro (2017), p. 273.

próprio, e, que, como tal, são equiparadas a capital próprio, responsável pelas dívidas sociais”³.

Além de se apresentar como uma solução fácil, natural e flexível, os sócios que investem na empresa podem obter vantagens, chamemos-lhes assim, com os suprimentos, uma vez que podem exigir a restituição das quantias mutuadas acrescidas de juros. Deste modo, podem os sócios investidores retirar regalias da aplicação do regime do contrato de suprimento.

Importa referir finalmente, para breve esclarecimento, que o contrato de suprimento “depende da entrega da quantia mutuada, pelo que é seguramente um contrato real “*quoad constitutionem*”, ao contrário do que a jurisprudência e alguma doutrina têm vindo a defender”⁴. Ou seja, o contrato de suprimento só se dá por contraído com a entrada de dinheiro na sociedade, aí sim, temos verdadeiramente a prestação de suprimento, até esse momento existe apenas uma intenção de realizar suprimento à sociedade.

2- Possibilidade de Conversão de Suprimentos em Capital Social

Relativamente a esta possibilidade de conversão do suprimento em capital social⁵, podemos dizer que em 2017, mais precisamente com o DL n.º 79/2017, de 30 de junho, foi introduzido, no âmbito no programa Capitalizar, um denominado regime simplificado de aumento de capital social por conversão de suprimentos. Este regime envolveu a alteração dos artigos 87.º, 88.º e 89.º do Código das Sociedades Comerciais.

O aumento de capital é uma forma alternativa do recurso ao crédito para suprir a subcapitalização das sociedades e consiste numa operação de ampliação do capital social. Os aumentos de capital podem ser efetuados pelos mais diversos motivos, *inter alia*, para suprir situações de desequilíbrio económico, saneamento financeiro, perdas de capital ou simplesmente como concretização da vontade de expandir as atividades da sociedade⁶.

³ Sofia Vale (2019), p. 470.

⁴ Mariana Gomes da Silva Mirrado Canas (2011), p. 19.

⁵ Em jeito de definição, o capital social é entendido como um elemento crucial para as sociedades, determinando-se por este capital social, o poder dentro da sociedade. Apesar de a definição de capital social ser um pouco relativa, tem-se entendido que capital social é um conjunto concreto de bens, de fundo patrimonial.

⁶ Cfr. Marta Correia Rocha de Sampaio Pinto (2018), p. 27.

Não esqueçamos que, no plano externo os aumentos de capital só produzirão efeitos perante terceiros após o respetivo registo, em respeito pelo princípio da publicidade⁷.

No fundo, este regime foi criado para que os sócios titulares de suprimentos, reunindo a maioria de votos necessária para alteração do contrato da sociedade, possam aumentar o capital social por conversão de suprimentos por força de ato unilateral, conforme artigo 87.º, n.º 4 do CSC.

Uma das questões levantadas é saber se este regime se aplica a todos os tipos de sociedades comerciais, mas deixemos bem claro que não, pois, este regime aplica-se apenas às sociedades por quotas, conforme o artigo 87.º do CSC. Não podendo um sócio de uma sociedade anónima, unilateralmente, requerer que os seus suprimentos sejam levados a capital.

Em relação ao processamento do regime, Catarina Serra⁸ dá-nos a indicação que “Os gerentes comunicam, por escrito, no prazo máximo de dez dias, a conversão aos sócios que não tenham participado na iniciativa de aumento do capital, com a advertência de que a eficácia interna da conversão depende da não oposição expressa de qualquer um deles, manifestada por escrito, no prazo de dez dias a contar a partir daquela comunicação (cfr. artigo. 87.º, n.º 5, do CSC). O capital social considera-se aumentado, para efeitos internos, sempre que aquele prazo tenha decorrido sem haver oposição, por força da ressalva expressa à regra geral (cfr. artigo. 88.º, n.º 1, do CSC). A declaração do contabilista certificado ou, quando a revisão de contas seja legalmente exigida, do ROC, mencionando que as quantias constam dos registos contabilísticos, bem como a proveniência e a data, é suficiente para a verificação das entradas (cfr. artigo 89.º, n.º 4, do CSC). Torna-se, portanto, desnecessária a avaliação (basta aquela declaração) das entradas por parte de um ROC (basta um contabilista certificado) independentemente (basta o ROC da sociedade), ao contrário daquela que é a regra para as entradas em espécie e em claro desvio à regra consagrada no art. 28.º do CSC”⁹.

Este procedimento, embora sujeito a alguns requisitos, como estamos a observar, é muito simples. Ora vejamos.

⁷ *Idem*, p. 28.

⁸ Catarina Serra (2021), p. 548.

⁹ Ac. do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 357/17.4T8AMT.P1, de 15 de novembro de 2018. Disponível em: www.dgsi.pt

Primeiramente é necessário que o sócio, por si ou conjuntamente com outros, tenha a maioria necessária para proceder a uma alteração do contrato da sociedade, existindo esta maioria, através de comunicação à sociedade pode proceder a um aumento de capital por conversão dos suprimentos de que ele seja titular nessa sociedade, conforme o artigo 87.º, n.º 4 do CSC. Para facilitar este procedimento é, neste caso, dispensada a avaliação do crédito por um ROC independente, bastando apenas que um contabilista certificado ou um ROC certifique que tal crédito de suprimentos consta da contabilidade da sociedade, conforme o artigo 89.º, n.º 4 do CSC. Por fim neste passo, é dado o direito de oposição à realização desta operação aos sócios minoritários, ou seja, aos outros sócios, conforme o artigo 87.º, n.º 5 do CSC.

Posto isto, verificado o requisito da maioria necessária para alteração do contrato social, é comunicada à gerência a intenção de converter os suprimentos em capital social.

Feita esta comunicação, a gerência tem o prazo de dez dias para comunicar aquela decisão aos restantes sócios, podendo estes, a partir do momento em que tomam conhecimento desta pretensão, opor-se ou não, também num prazo de dez dias.

Note-se que as comunicações devem observar a forma escrita, uma vez que, como sabemos, todas as alterações ao contrato de sociedade devem resultar da forma escrita e, neste caso, estamos perante uma alteração ao contrato da sociedade, uma vez que estamos a falar de aumento de capital.

Esta comunicação pelo sócio que pretende aumentar o capital social por conversão de suprimentos é feita a qualquer dos gerentes da sociedade, isto claro se existir mais que um.

Esta comunicação escrita deve ser acompanhada da declaração do contabilista certificado ou do ROC, indicando expressamente o montante dos suprimentos convertidos em capital, que esse montante consta dos registos contabilísticos da sociedade, e indicar ainda a respetiva providência e data, conforme os termos do artigo 88.º, n.º 4, do CSC.

Estando tudo em conformidade até então no decorrer deste procedimento, não havendo oposição e estando todos os requisitos verificados, a gerência deve inscrever a decisão de aumento de capital, assim formada, no livro de atas da assembleia geral, em obediência ao disposto no artigo 63.º, n.º 4 do CSC.

3- Críticas ao Novo Regime

A possibilidade de conversão dos suprimentos em capital social, ou seja, o aumento do capital social, como procedimento recente que ainda é, torna-se alvo de algumas críticas.

Uma destas críticas assenta na preterição do processo deliberativo e consequente substituição por uma decisão unilateral do sócio reunindo a maioria ou, então, por acordo entre os sócios que conjuntamente representem esta maioria de capital.

Importa primeiramente, antes de expormos a justificação de tal crítica, que saibamos que neste procedimento não estamos perante uma deliberação propriamente dita, mas sim uma decisão unilateral do sócio ou sócios, detentor ou detentores de maioria. Existe, no entanto, o entendimento de que este procedimento não deixa de se tratar como uma deliberação se porventura falarmos de uma sociedade unipessoal por quotas, assentando a sua base legal no artigo 270.º - E do CSC.

Esta crítica surge neste procedimento baseando-se na ideia de que estamos perante um aumento da insegurança jurídica e também numa discrepância entre os poderes dos sócios majoritários e os poderes dos sócios minoritários. Mas em jeito de defesa, na nossa opinião, depois de bem analisado o procedimento de conversão de suprimentos em aumento do capital social, parece-nos que esta crítica não é bem fundamentada. Vejamos.

Como referido mais acima, existe nos momentos finais deste procedimento o direito de oposição e este direito de oposição é dado a todos os restantes sócios, sócios estes que são minoritários e visto que não é exigida qualquer justificação ou motivo para estes se oporem à respetiva conversão, a oposição dos sócios minoritários irá dar origem à não conversão dos suprimentos em capital social. Por esse mesmo motivo, parece-nos que esta crítica não estará correta ou pelo menos não está devidamente fundamentada, até porque os sócios minoritários em assembleia geral não têm um voto com muito peso no assunto e precisavam de ter a maioria suficiente para avançar com a oposição, mas aqui, nesta situação acabam por ter um direito de veto.

Por estes motivos, parece-nos que não existe tanta discrepância de poderes dos sócios majoritários e dos sócios minoritários, até porque neste procedimento nota-se que os sócios minoritários até são mais favorecidos do que propriamente em assembleia geral.

Note-se, que apenas os sócios que sejam detentores de suprimentos e queiram ver esses seus suprimentos convertidos num aumento de capital social podem comunicar à gerência essa mesma conversão, não podendo um sócio, embora maioritário, comunicar a conversão de um suprimento que seja de outro sócio, uma vez que somente podem ser convertidos os suprimentos que pertençam ao sócio que tome a iniciativa de comunicar à gerência o aumento de capital. Não podendo o sócio, ainda que sozinho tenha a maioria necessária para aprovar a alteração do contrato, determinar a conversão de suprimentos que pertençam a outros sócios.

Importa ainda mencionar, que o sócio que pretender proceder à conversão do suprimento em aumento de capital, pode apenas converter uma parte do seu crédito de suprimento e não a sua totalidade, se assim o preferir, uma vez que não existe nenhuma norma que nos indique o contrário. Para tal é necessário que o sócio titular do suprimento indique na comunicação dirigida à gerência qual o montante do suprimento que pretende ver convertido num aumento do capital social.

A falta de informação a que os sócios minoritários estarão sujeitos é outra crítica a este procedimento, esta crítica não parece fazer muito sentido, uma vez que a conversão dos suprimentos em capital social não é feita sem que seja feita a comunicação da pretensão de conversão aos restantes sócios, mesmo detento estes uma quota muito mínima, e após esta comunicação é lhes dado um prazo de dez dias para que estes possam manifestar a sua opinião quanto a esta pretensão, podendo se opor ou não.

Neste procedimento, quando falamos de declaração unilateral é literalmente apenas a declaração que é unilateral, ou seja, significa que o sócio maioritário detentor do suprimento pretende converter os seus suprimentos em capital social, mas a palavra unilateral não significa que os restantes sócios não tenham direito de se opor, pelo contrário, estes têm todo o direito de se opor e como já referido, estes nem precisam de se justificar quanto à sua oposição. Por outro lado, os sócios minoritários ao serem comunicados pela gerência podem e têm todo o direito de pedirem todas as informações sobre esta pretensão, por isso verificamos aqui que para os sócios minoritários não existe qualquer restrição de comunicação ou mesmo de informações. Além de mais, o direito de informação é um direito basilar enquanto direito dos sócios, conforme os termos do artigo 214.º do CSC, conjugado com o artigo 290.º do CSC.

Averiguada a possibilidade de conversão do crédito de suprimento em aumento de capital social e agora sabendo que é possível embora com determinados requisitos acima referidos, surge uma pequena questão quanto ao valor da entrada a considerar para efeitos do aumento de capital.

Relativamente a esta situação, Rafaela Valente Pereira¹⁰ diz-nos sobre este tema que, “ao aumento de capital por conversão de suprimentos é aplicável, igualmente, o regime geral previsto para o aumento de capital por novas entradas. Assim, estabelece o art.89.º/1 que o regime aplicável às entradas efetuadas pelos sócios, num aumento de capital social, é o mesmo que se encontra previsto para o momento da constituição da sociedade. O que nos remete para o art.25.º, pelo que o valor nominal da participação social não pode exceder o valor real da entrada do sócio. Apesar de, através deste novo procedimento, se prescindir da avaliação pelo ROC, o valor nominal atribuído às participações sociais que resultem deste aumento não pode ser superior ao valor dos créditos convertidos em capital e o valor real do crédito de suprimento deve ser o limite do aumento do valor das quotas e do capital social”.

Por último, questiona-se, se há possibilidade de ser convertido em capital social, um crédito de suprimento de um sócio que deixa de ser sócio da sociedade por ter transmitido a sua quota, mas ainda continua titular do crédito ao abrigo do regime de suprimento. De modo a dar uma resposta a esta questão, Rafaela Valente Pereira refere que este crédito deixa de poder ser convertido em aumento de capital social, uma vez que “O respetivo titular deixando de ser sócio nunca poderia por em marcha um procedimento que conduz ao aumento de capital, estando, obviamente, tal procedimento reservado a quem tenha a qualidade de sócio na sociedade. Por seu turno, os restantes sócios não poderão levar este crédito a um aumento de capital, porquanto o crédito não lhes pertence e, como visto anteriormente, os sócios só podem por em marcha este novo procedimento com créditos de suprimentos que lhes pertençam”¹¹.

¹⁰ Rafaela Valente Pereira (2018), p. 45.

¹¹ *Idem*, p. 44.

4- Conclusão

Em suma, esta possibilidade de conversão do suprimento, embora com alguns requisitos, tais como, uma maioria necessária para comunicar essa intenção de conversão do suprimento e uma não oposição dos restantes sócios, serve para que os sócios titulares de suprimentos possam aumentar o capital social por conversão de suprimentos por força de ato unilateral.

Podemos assim dizer que, na conversão de suprimentos em capital social ocorre a transmissão de um crédito da esfera jurídica do sócio para a sociedade, vendo o sócio, em contrapartida, aumentada a sua participação social em valor idêntico ao do valor que deu entrada para o capital social da sociedade.

Referências Bibliográficas

CANAS, MARIANA GOMES DA SILVA MIRRADO (2011). *O Contrato de Suprimento como (nova) forma de financiamento societário*, Lisboa: ISCTE-IUL - Instituto Universitário de Lisboa. Disponível em: <https://repositorio.iscteiuil.pt/bitstream/10071/4408/1/O%20contrato%20de%20suprimento%20como%20%28nova%29%20forma%20de%20financiamento%20.pdf>;

CUNHA, PAULO OLAVO (2019). *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.^a edição. Coimbra: Edições Almedina.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES (2020). *Código das Sociedades Comerciais Anotado: regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, 3.^a edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina

MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO (2017). *Direito das Sociedades II: das sociedades em especial*, Reimpressão da 2.^a ed. de 2007. Coimbra: Edições Almedina.

PEREIRA, RAFAELA VALENTE (2018). *O aumento do Capital Social por incorporação de suprimentos*, Porto: Faculdade de Direito – UCP - Universidade Católica Portuguesa. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26453/1/DISSERTAC_A_O%20A.pdf

PINTO, MARTA CORREIA ROCHA DE SAMPAIO (2018). *Os Aumentos de Capital nas Sociedades por Quotas por Conversão dos Créditos dos Sócios*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/27285/1/Os%20Aumentos%20de%20Capital%20nas%20Sociedades%20por%20Quotas%20por%20Convers%C3%A3o%20dos%20Cr%C3%A9ditos%20dos%20S%C3%B3cios.pdf>

SERRA, CATARINA (2021). *Lições de Direito da Insolvência*, 2.^a edição. Coimbra: Almedina.

VALE, SOFIA (2019). *Os suprimentos deliberados em assembleia geral de uma sociedade anónima: especificidades do Direito angolano*, In Revista de Direito Comercial. Disponível em: <https://www.revistadedireitocomercial.com/os-suprimentos-deliberados-em-assembleia-geral-de-uma-sociedade-anonima>;

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 357/17.4T8AMT.P1, de 15 de novembro de 2018. Relatora: Anabela Tenreiro. Disponível em: www.dgsi.pt;

Suspensão de deliberações sociais - Algumas problemáticas inerentes aos seus pressupostos

Diana Carvalho

1. Enquadramento e considerações gerais

A Constituição da República Portuguesa¹ prevê uma das normas basilares quanto à proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, concretamente consagrada no artigo 20.º, que compreende a tutela jurisdicional efetiva. De facto, no atual estado de Direito democrático em que vivemos, deve ser assegurado a todos os cidadãos o acesso ao direito e aos tribunais para que os mesmos possam ver os seus direitos e interesses legalmente protegidos, independentemente da sua condição económica.

O referido normativo constitucional consagra um direito fundamental, o direito de acesso ao direito, que integra o direito à informação, bem como a consultas jurídicas; o direito ao patrocínio judiciário; e o direito ao acompanhamento por advogado, assim como o direito à ação, que inclui a tutela cautelar².

Face ao exposto, cabe ao estado proporcionar aos cidadãos as condições essenciais e adequadas para que se alcance uma decisão jurisdicional efetiva. Neste sentido, LEBRE DE FREITAS³ explica que “não basta poder aceder aos tribunais, sendo também essencial que o acesso tenha lugar em condições que possibilitem, quer a plena realização dos direitos e interesses legítimos, quer a plena defesa dos cidadãos”.

Quando falamos de justiça, remetemo-nos automaticamente para a celeridade processual, na medida em que a decisão judicial deve ser tomada em tempo útil. Contudo, cada vez mais, os processos são morosos, muitas vezes, devido à grande complexidade inerente à causa que se discute em juízo. O artigo 20.º, n.º 4, da CRP aborda o direito à decisão da causa num prazo razoável e o direito ao processo equitativo. Por sua vez, este direito está intimamente relacionado com processo equitativo, o qual prevê, por meio do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que “[q]ualquer

¹ Adiante designada por: CRP.

² Cfr. art. 20.º, n.º 2, da CRP.

³ FREITAS, José Lebre de, *As providências cautelares não especificadas na jurisdição administrativa – Acórdão do TCA de 31.05.2001, proc. n.º 5494, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 33 Maio/Junho de 2002.*

pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei (...)

O processo equitativo prevê um conjunto de direitos, contemplando, desde logo, o direito a instaurar a ação, o direito ao processo, o direito a uma decisão e o direito à execução dessa decisão judicial. Sobre esta matéria, CANOTILHO⁴ entende que o processo equitativo consagrado na nossa Constituição deve ser entendido “num sentido amplo, não só como um processo justo na sua conformação legislativa (exigência de um procedimento legislativo devido na conformação do processo), mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais”.

Contudo, sabemos que no país em que vivemos o direito de obtenção de uma decisão judicial num prazo razoável está longe de ser alcançado, muitas vezes por consequência da complexidade da causa ou pelo próprio funcionamento e organização dos tribunais. Assim, de forma a que os direitos dos cidadãos não sejam prejudicados por tal morosidade entre a instauração da ação e o trânsito em julgado da sentença, foram incluídas no nosso sistema processual português as providências cautelares.

O atual CPC, no seu n.º 2, do art. 2.º, consagra que “ A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação”. Ora, o objetivo primordial das providências cautelares é garantir o efeito útil da ação principal perante uma decisão morosa por parte dos tribunais, aniquilando os prejuízos que possam surgir para o interessado por tal retardamento de uma decisão judicial.

Ao contrário do que acontece nas ações de fundo, nas providências cautelares o conteúdo da decisão do juiz não é o Direito material devidamente aplicado ao caso individual e concreto. O conteúdo das providências cautelares vai basear-se na ação principal que a mesma tem por base, devendo ser determinada pelo juiz a conduta mais adequada de forma a remover o perigo de dano ⁵.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Almedina, 2018, p. 415.

⁵ COSTA, Vasco Freitas da, *O objecto da suspensão cautelar de deliberações sociais*, Revista das Sociedades Comerciais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Ano I, N.º 4, 2009 (955-993), p. 956.

Ademais, a aplicação de certa providência cautelar depende “de um juízo de probabilidade acerca da verificação do direito invocado pelo requerente e da existência de uma situação de perigo que exija uma tutela provisória e imediata”⁶.

Neste seguimento, as providências cautelares podem subdividir-se em providência cautelar comum (art. 362.º do CPC) e nas providências cautelares especificadas (arts. 377.º a 409.º do CPC). Ao longo do presente artigo centrar-nos-emos na análise da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais.

Aplica-se o procedimento cautelar comum “sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito”⁷. Os procedimentos cautelares têm como sustento, regra geral, uma situação que permita afirmar uma eventual existência do direito que se visa acautelar (*fumus boni juris*) e o justificado receio de que esse direito seja gravemente afetado se nenhuma medida cautelar for decretada (*periculum in mora*).

A providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, que nos propomos analisar, trata-se de uma providência cautelar especificada e, como tal, para ser decretada terão de ser reunidos os seus pressupostos, elencados no n.º 1 do art. 380.º do CPC.

Estando uma deliberação social formada, o normal é que a mesma seja cumprida e, conseqüentemente, executada. Contudo, pode acontecer que nem todos os sócios fiquem satisfeitos com as deliberações formadas, pelo facto de discordarem com o próprio conteúdo da deliberação ou por considerarem que essa deliberação é ilegal⁸.

A principal finalidade da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais é, portanto, antecipar os efeitos que podem advir da sentença declarativa de nulidade ou de anulabilidade, obstando à execução das deliberações que, alegadamente, foram tomadas de forma inválida, formal ou substancialmente.

Embora não exista um consenso, a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais é considerada uma providência cautelar conservatória, dado que a sua função é a de conservar a situação existente. Contudo, não há dúvidas que o conteúdo da mesma se assemelha com o da decisão final da ação principal.

⁶ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 169.

⁷ Cfr. proémio do n.º 1 do art. 362.º do CPC.

⁸ CUNHA, Paulo Olavo, *Impugnação de Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 176-177.

No que concerne aos pressupostos da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, é factual que a verificação dos mesmos é uma condição essencial para o decretamento desta providência, tendo o legislador pretendido impedir uma desnecessária perturbação daquilo que o normal funcionamento de certa sociedade comercial.

A lei prevê, especificamente no art. 380.º, quais são os pressupostos necessários para que seja decretada a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais. Posto isto, são pressupostos para o decretamento da suspensão de deliberações sociais: a qualidade de sócio; que a deliberação tenha sido tomada de forma contrária à lei, ao contrato ou aos estatutos da sociedade; que a deliberação não tenha sido ainda executada; e, por último, que da execução da deliberação resulte um dano apreciável. Tais pressupostos serão devidamente analisados, mais à frente, no presente artigo.

1.1. Vicissitudes das deliberações sociais

Quando uma deliberação social é formada, o pretendido é que a mesma seja executada, quer seja através de atos internos, como acontece na distribuição de lucros, ou através de atos externos, recorrendo a serviços como as Conservatórias de Registo Comercial. Contudo, acreditando os sócios que tal deliberação sofre de alguma vicissitude, por a mesma ser contrária ou desconforme a lei, poderão recorrer à impugnação judicial da deliberação em causa⁹.

Em função da gravidade dos vícios que afetaram a deliberação social é que poderemos perceber se a mesma poderá ou não subsistir na ordem jurídica, isto porque, quando estivermos perante um vício maior, é possível antecipar, desde logo, que a deliberação social não irá produzir os seus efeitos *ab initio*. Por outro lado, perante um vício menos grave, a deliberação social produzirá os seus efeitos, contudo, de forma inconsistente e insegura, uma vez que os mesmos poderão, de forma retroativa, ser abolidos¹⁰.

⁹ CUNHA, Paulo Olavo (2015). Impugnação de Deliberações Sociais, Almedina, Coimbra, pp. 175-200.

¹⁰ MONTEIRO, Henrique Salinas, *Critérios de distinção entre a anulabilidade e a nulidade das deliberações sociais no Código das Sociedades Comerciais*, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. VIII, Ano 2, Porto, 1994, pp. 214-215.

O Código das Sociedades Comerciais contempla nos seus artigos 56.º e 58.º, respetivamente, normas que regulam as deliberações nulas e deliberações anuláveis que, conforme a invalidade tomada na deliberação dos sócios averiguar-se-á qual o vício a que a mesma está sujeita. Para o efeito, o n.º1 do art. 56.º e o n.º1 do art. 58.º ambos do CSC, determinam os critérios utilizados para distinguir o tipo de vício da deliberação, isto é, se a mesma sofre de nulidade ou de anulabilidade.

Sabemos que um dos critérios que o legislador utilizou para distinguir o regime da nulidade do regime da anulabilidade foi uma mera exclusão de partes, uma vez as deliberações previstas no art. 56.º CSC são nulas e as demais serão consideradas anuláveis. O art. 56.º, n.º 1 do CSC prevê a nulidade de deliberações que sejam tomadas sobre matérias que não estejam sujeitas a deliberações sociais convocadas, que sejam ofensivas aos bons costumes ou que sejam contrárias a determinados preceitos legais imperativos, isto é, que não possam ser derogados pela vontade unânime dos sócios.

Desta forma, é importante que se conheça no âmbito do regime das invalidades societárias se estamos perante vícios de procedimento ou vícios de conteúdo. Assim, os vícios de procedimento, definem-se como sendo aqueles que se verificam no processo deliberativo. Por outro lado, os vícios de conteúdo definem-se como sendo aqueles que se relacionam com o próprio conteúdo da deliberação em si. Quer o vício de procedimento como o vício de conteúdo podem ter como consequências deliberações aparentes, deliberações anuláveis, deliberações nulas e deliberações ineficazes¹¹.

No que concerne ao regime das invalidades no âmbito das deliberações sociais, as mesmas podem ser: ineficazes (art. 55.º do Código das Sociedades Comerciais¹²), nulas (arts. 56.º e 57.º do CSC) ou anuláveis (art. 58.º e 59.º do CSC)¹³.

¹¹ CORREIA, João Miguel Mansilha, *Invalidades das Deliberações dos Sócios – As Deliberações Abusivas*. Mestrado em Solicitadoria, Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto, Porto, 2018/2019, pp. 25- 29.

¹² Doravante, abreviadamente designado CSC.

¹³ A doutrina tem discutido sobre a eventualidade de certas deliberações sociais serem consideradas inexistentes e, assim, ser aplicada a providência cautelar de suspensão a essas deliberações sociais. O entendimento predominante é de que as deliberações sociais não possam ser consideradas inexistentes, sustentando essa posição pelo facto de o Código das Sociedades Comerciais não consagrar esta figura e, além disso, "*não tem sentido falar em inexistência jurídica de algo que nem sequer existe materialmente, porque nesse aspeto obviamente que inexiste também juridicamente*", vd. CUNHA, Paulo Olavo (2015). *Impugnação de Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, p.181.

A) Nulidade

O art. 56.º do CSC elenca a categoria das deliberações nulas. Como se sabe, os vícios intrínsecos às deliberações nulas podem ser de procedimento ou de conteúdo. De acordo, com o referido artigo são nulas as deliberações em assembleia geral não convocada, salvo se todos os sócios tiverem estado presentes ou representados [al.a)], as deliberações tomadas mediante voto escrito sem que todos os sócios com direito de voto tenham sido convidados para exercer esse direito, a não ser que todos eles tenham dado por escrito o seu voto [al. b)], as deliberações tomadas sobre determinadas matérias que não estejam sujeitas a deliberações dos sócios [al.c)] e as deliberações cujo o seu conteúdo seja ofensivo aos bons costumes ou viole preceitos legais que não possam ser derogados nem sequer pela vontade unânime dos sócios [al.d)].

Neste momento, há que atentar ao normativo desrespeitado, quer tenha sido por meio do procedimento deliberativo ou do próprio conteúdo da deliberação, que pode gerar a nulidade da deliberação conforme o normativo violado tenha, ou não, carácter imperativo. Nos casos em que, mediante deliberação social, se viole um normativo de carácter imperativo, isto é, um normativo que não admite derrogação do seu regime pela vontade dos sócios, podemos admitir que estamos perante uma deliberação nula. Assim, podemos concretizar que estamos perante uma deliberação nula determinada por um vício de conteúdo.

Embora muitas vezes se admita que as deliberações que sofram de um vício de procedimento são deliberações anuláveis, o art. 56.º do CSC prevê algumas exceções a essa afirmação, concretamente no n.º 1, al. a) e al. b), no que concerne às deliberações sociais tomadas em assembleia geral não convocada ou às deliberações formadas através de voto escrito quando nem todos os sócios tenham sido convocados a exercer esse direito. Contudo, importa informar que também nestes casos há exceções para a determinação da nulidade da deliberação, desde que todos os sócios declarem que estiveram presentes ou representados na assembleia que não tenha sido devidamente convocada [art. 56.º, n.º 1, al. a) do CSC] ou no caso de todos os sócios terem fornecido por escrito o seu voto [art. 56.º, n.º 1, al. b) do CSC].

O vício de procedimento que gera nulidade previsto na al. a) do n.º 1 do art. 56.º que produz nulidade face à não convocação da assembleia sofre de algumas nuances,

previstas no n.º 2 do referido preceito legal. Em primeiro lugar, considera-se não convocada a assembleia em que nenhum sócio tenha sido convocado, mas que, mesmo assim, alguns sócios reuniram-se e deliberaram. Se apenas alguns sócios tiverem sido convocados continuamos a estar perante um vício de procedimento gerador de nulidade. O n.º 2 do art. 56.º do CSC vêm introduzir alguns casos que a lei determina como assembleias gerais não convocadas, na medida em que não se consideram convocadas as assembleias em que o aviso de convocatória para as mesmas tenha sido assinado por quem não tenha essa competência, ou que da convocatória não conste o dia, hora e local e, por último, quando a assembleia reúna em dia, hora e local diverso daqueles que constam no aviso da convocatória.

Ainda no âmbito da matéria da nulidade por falta de convocação para a assembleia, o Código das Sociedades Comerciais apresenta uma solução para este vício, através do mecanismo da sanção da falta de convocação dos sócios para a assembleia, desde que os sócios que não participaram nessa assembleia manifestem a sua vontade de sanar tal falta de convocatória, de acordo com o disposto no n.º 3 do art. 56.º do CSC.

Também o art. 69.º, n.º 3 do CSC prevê mais um caso de deliberações nulas, além dos já mencionados no art. 56.º do mencionado Diploma. Segundo o referido artigo são nulas as deliberações sociais que violem preceitos legais relativos à constituição, reforço ou utilização da reserva legal, assim como preceitos cuja o seu fim principal tenha por base a tutela dos credores ou do interesse público. Este preceito legal caracteriza-se, substancialmente, num incumprimento gravoso das normas contabilísticas de certa sociedade comercial¹⁴.

Quanto à legitimidade e ao prazo para a propositura de ações de impugnação de deliberações sociais, nomeadamente quanto às ações de declaração de nulidade, a lei dispõe, no seu artigo 57.º do CSC, que perante uma deliberação nula, o órgão de fiscalização da sociedade deve dar a conhecer aos sócios tal vicissitude, de forma a que os mesmos possam renovar tal deliberação ou promover a respetiva declaração judicial¹⁵.

¹⁴ CUNHA, Paulo Olavo e, *Impugnação de Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 194 e 199-200.

¹⁵ De denotar que, no caso de a sociedade comercial em causa não ter órgão de fiscalização, os deveres de comunicar a vicissitude aos sócios são incumbidos à gerência, neste sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18-01-2018, proc. n.º 5728/15.8T8VNF.G1, disponível em: www.dgsi.pt.

Se os sócios nada fizerem no prazo de dois meses, o órgão de fiscalização deve promover a declaração judicial de nulidade da deliberação em causa¹⁶.

No que concerne à propositura da ação de nulidade e seu regime há que atender não apenas ao art. 57.º do CSC, mas também às normas do Código Civil e do Código de Processo Civil. Neste sentido e, como não podia deixar de ser, as deliberações que padeçam de uma nulidade, enquanto negócio jurídico que são, para efeitos de impugnação judicial, podem ser invocáveis por qualquer interessado a todo o tempo e ainda ser declaradas oficiosamente pelo tribunal, conforme dispõe o art. 286.º do CC. Podemos definir como interessados, recorrendo às práticas normais societárias, os administradores das sociedades por ações, qualquer sócio e alguns terceiros, com base nos preceitos legais relacionados com a legitimidade em ser parte no processo do CPC (art. 30.º, n.º 1 e n.º 2).

Já no que diz respeito à decisão judicial, explica o art. 61.º, n.º 1 do CSC que “a sentença que declarar nula ou anular uma deliberação é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham intervindo na acção”.

B) Anulabilidade

Ao contrário do que sucede no Direito Civil, em que o regime regra das invalidades dos negócios jurídicos é a nulidade, conforme institui o art. 294.º do CC, no âmbito do Direito Comercial e no que concerne às vicissitudes das deliberações sociais, o regime regra é o instituto da anulabilidade.¹⁷ Ora, é sabido que um ato nulo, conforme estipulam as normas do Direito Civil, não produz quaisquer efeitos, podendo mesmo ser declarado nulo sem a dependência de um prazo. Por outro lado, a anulabilidade¹⁸ depende de uma declaração judicial, estando mesmo precedida de um prazo, por se considerar que tal ato pode ser sujeito a uma recuperação pelo decurso do tempo. Ou seja, os atos nulos não são suscetíveis de produzirem efeitos, enquanto que os atos anuláveis podem produzir

¹⁶ Para o efeito, cfr. art. 57.º, n.º 2 do CSC.

¹⁷ Neste sentido, cfr. Acórdão do Tribunal do Supremo Tribunal de Justiça de 13-05-2004, proc. n.º 04A1519, disponível em: www.dgsi.pt: “O regime-regra sobre a invalidade das deliberações sociais é a sua anulabilidade. (...) A nulidade das deliberações sociais está sujeita ao princípio da tipicidade e a referida pelo autor insere-se não nas resultantes de vícios de formação (as previstas nas als. a) e b)) mas de vícios de conteúdo (as previstas nas als. c) e d)).”.

¹⁸ Cfr. art. 287.º do CC.

efeitos até serem declarados pela ordem jurídica como inválidos¹⁹. O legislador optou pelo regime regra da anulabilidade no âmbito das invalidades societárias, uma vez que a opção pela nulidade nestas condições poderia ser uma solução drástica tendo em consideração que os atos jurídicos que baseiam em atos nulos poderão também eles ser declarados nulos devido ao longo prazo que este regime pressupõe.

Centrando-nos concretamente na figura da anulabilidade, prevista no artigo 287.º do CC, a mesma permite que quem se sentir lesado por certo ato jurídico que se caracteriza por ser inválido, por vício de forma ou de fundo, possa requer que o mesmo seja anulado. Segundo o Código Civil, a anulabilidade só pode ser arguida pelas pessoas em cujo o interesse a lei estabelece e só dentro do ano subsequente à cessação do vício que lhe serve de fundamento, exceto se o negócio ainda não estiver cumprido. Neste último caso a anulabilidade pode ser arguida a todo o prazo.

O artigo 58.º, no seu n.º 1²⁰, estabelece as causas gerais de anulabilidade, prevendo dois vícios: a contrariedade à lei de certas deliberações sociais e as deliberações sociais abusivas, previstos nas alíneas a) e b), respetivamente, do n.º 1 do art. 58.º do CSC. No que concerne à alínea c) deste preceito, a mesma dispõe a violação do direito de informação.

Dissecando esta matéria, a alínea a) do n.º 1 do art. 58.º do CSC prevê que todas as deliberações que contrariem preceitos legais ou contratuais são anuláveis, salvo nos casos em que caibam no regime da nulidade²¹. São ainda anuláveis as deliberações dos sócios consideradas abusivas, previstas nas alíneas b) e c) do referido artigo 58.º do CSC e as deliberações sociais em que não estejam presentes os elementos mínimos de informação²².

Em suma, é possível afirmar que a anulabilidade surge, essencialmente, através de vícios de procedimento. Contudo, admite-se que nem todos os vícios de procedimento são geradores de anulabilidade de certa deliberação social, isto porque, nesta matéria, é

¹⁹ Para o efeito, se os atos anuláveis nunca forem impugnados são tidos como um ato jurídico completamente válido, isto é, sem qualquer vicissitude. Neste sentido, cfr. CUNHA, Paulo Olavo e, *Impugnação de Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 187-188.

²⁰ O legislador na determinação do âmbito de aplicação das figuras jurídicas da nulidade e da anulabilidade, quando estejamos perante vício de conteúdo, limitou-se a proceder a uma exclusão de partes.

²¹ Cabem no regime da nulidade, como é do nosso conhecimento, as deliberações sociais que violem normativos legais com caráter imperativo e que, por isso, não podem ser derogados pelos sócios.

²² O n.º 4 do art. 58.º do CSC define o que pode ser considerado como “elementos mínimos de informação”.

importante que se atenda às normas que, procedimentalmente, foram violadas e às consequências dessa violação. Isto porque, um vício procedimental pode ser mais relevante que outro no sentido de declarar certa deliberação anulável. Em termos práticos, é do entendimento geral que a presença e consequente participação numa assembleia geral de uma pessoa que não tenha legitimidade para tal poderá ser um vício relevante se essa presença foi determinante para obtenção de um quórum constitutivo. Contudo, se mesmo sem a participação dessa pessoa sem legitimidade para o ato, o quórum constitutivo tivesse sido conseguido, estaríamos perante um vício irrelevante²³.

Quanto aos vícios de conteúdo que tenham como consequência a anulabilidade apenas podemos destacar a violação de “preceitos legais dispositivos”, conforme estabelece a al. a) do n.º 1 do art. 58.º do CSC. Ao contrário do que sucede com os vícios de conteúdo que violem normas imperativas que não podem ser derogados pelos sócios e são geradores de nulidade, conforme foi analisado, os vícios de conteúdo que violem preceitos legais dispositivos são causadores de anulabilidade, podendo mesmo ser derogados pela vontade dos sócios, através do contrato de sociedade, quando este ou a lei o permitam ou através de deliberação social. Assim, quando a lei não permita tal derrogação entende-se que a deliberação será considerada anulável.

Note-se que o art. 58.º, n.º 1, al. a) do CSC não será aplicável tão somente aos casos de violação das normas previstas na lei, podendo mesmo englobar “princípios jurídicos com força equivalente ao das leis – nomeadamente os princípios da igualdade e da actuação compatível com o interesse social (ou da igualdade)”²⁴.

No que concerne à legitimidade para requerer a ação de anulação, o art. 59.º, n.º 1 do CSC prevê que tal competência é atribuída ao órgão de fiscalização ou a qualquer sócio, desde que, neste último caso, o mesmo não tenha votado no sentido que fez vencimento, nem tenha aprovado, expressa ou tacitamente, tal deliberação social. De modo geral, os interessados dispõem de um prazo de trinta dias a contar da data em que terá sido encerrada a assembleia geral, do terceiro dia subsequente à data do envio da ata da deliberação por voto escrito ou da data em que o sócio teve conhecimento da deliberação, se esta incidir sobre o assunto que não constava da convocatória, conforme dispõem as als. a), b) e c) do n.º 2 do art. 59.º do CSC, respetivamente.

²³ ABREU, Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.ª Ed., Almedina, 2015, pp. 492-497.

²⁴ *Idem*, p. 498.

Neste âmbito, também se tem adotado a tese de que a legitimidade aproveita não só os sócios e os demais mencionados no art. 59.º, n.º 1 do CSC, como também a não- sócios, desde que com direitos na sociedade, como é o exemplo do credor pignoratício para o qual o sócio tenha transferido o direito de impugnação (art. 23.º, n.º 4 do CSC), do usufrutuário (art. 23.º, n.º 2 do CSC) e do locatário financeiro em matéria de participações sociais.

A questão que se levanta, e que em razão do tema do presente artigo importa saber, é se a deliberação pode ser impugnada por um sócio que não o era no momento em que a mesma foi formada, admitindo que o impugnante ainda se encontra no prazo legal para o fazer. Ora, a escassa doutrina que aborda esta temática não tem uma posição unânime. Em termos práticos, o que se discute é se um novo sócio que não possuía o direito de impugnação por não ter uma participação social na sociedade comercial ao tempo em que a deliberação social foi formada poderá no momento em que adquire tal participação social impugnar a deliberação social viciada.

OLAVO CUNHA²⁵ propugna no sentido favorável desta questão, defendendo a tese de que se o sócio que dispunha do direito de impugnar a deliberação social, por não ter votado favoravelmente à mesma, e transmitiu a sua participação social a um novo sócio deve subentender-se que também o seu direito de impugnação foi transmitido a esse novo sócio. Assim, se o novo sócio se encontrar ainda dentro do prazo para lançar mão da respetiva ação que visa impugnar a deliberação pode fazê-lo. Segundo o referido autor “devemos admitir, *a priori*, que, com a transmissão das quotas ou ações, sejam transmissíveis os direitos que caracterizam essas participações sociais, designadamente o direito de impugnação de deliberações sociais”²⁶.

Sob outra perspetiva, PINTO FURTADO é do entendimento que a ação (e a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais) só pode ser requerida por quem tiver a qualidade de sócio no momento em que a deliberação social que se visa impugnar tenha sido formada²⁷.

²⁵ CUNHA, Paulo Olavo e, *Impugnação de Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 216-218.

²⁶ *Idem*, p. 218.

²⁷ FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações dos sócios* (Comentário ao Código das Sociedades Comerciais), Almedina, Coimbra, 1993, pp. 431 e 451-452.

C) Ineficácia

No direito societário português estamos perante a figura da ineficácia em sentido amplo quando “um negócio jurídico não produz parte ou a totalidade dos efeitos que se destinava a produzir”²⁸. No âmbito desta matéria podemos estar perante dois modos da ineficácia: a ineficácia em sentido *stricto sensu* ou a *ineficácia relativa*.

A ineficácia *stricto sensu*, também conhecida como ineficácia total²⁹ ou absoluta³⁰, está presente no art. 55.º do CSC, na medida em que são consideradas ineficazes para todos os sócios as deliberações que são tomadas sobre assuntos para os quais a lei exija especialmente o consentimento de determinado sócio, salvo disposição legal em contrário. Em bom rigor, os efeitos da deliberação serão insuscetíveis de serem produzidos por motivos externos à própria deliberação, mesmo que a mesma possa ser considerada, em termos legais, válida. A eficácia da deliberação só poderá ser restabelecida com o consentimento do sócio em causa³¹.

A letra da lei apenas indica que o consentimento deve ser dado por “determinado sócio”, insinuando que tal consentimento apenas poderá ser fornecido por um único sócio, contudo, a doutrina manifestou-se neste sentido e o entendimento geral é de que o consentimento poderá ser exigível não apenas por um sócio, para que certa deliberação produza os seus efeitos, mas sim por vários, não podendo a lei, neste caso, ser interpretada no sentido literal³². Como defensores deste entendimento podemos inteirar-nos dos autores COUTINHO DE ABREU³³ e PEDRO MAIA³⁴ que, respetivamente, enunciam que “o consentimento não tem de ser, porém, de “determinado sócio”, pode ter de ser de sócios determinados (ou determináveis), sendo suficiente o não consentimento de um

²⁸ PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 7.ª Reimpressão da 5.ª Edição de Janeiro de 2008, Almedina, Coimbra, 2014, p. 766.

²⁹ A ineficácia total ocorre quando o consentimento de determinado sócio numa deliberação social, sendo exigível, não é fornecido e todos os efeitos dessa deliberação não se poderão produzir perante os restantes sócios.

³⁰ Podemos considerar que estamos na presença da ineficácia absoluta “quando um negócio sendo válido não produz qualquer efeito, podendo essa ineficácia ser invocada por qualquer interessado”, *vd.* PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 7.ª Reimpressão da 5.ª Edição de Janeiro de 2008, Almedina, Coimbra, 2014, p. 767.

³¹ ABREU, Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.ª Ed., Almedina, 2015, pp. 444-445.

³² O art. 328.º, n.º 3 do CSC configura uma situação em que o consentimento para a transmissão de ações tem de, obrigatoriamente, ser dado por todos os acionistas, bastando, por isso, a falta de consentimento de um sócio para que haja uma ineficácia.

³³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 445.

³⁴ MAIA, Pedro, *Deliberações das sócias*, in *Estudos de Direito das Sociedades*, 11.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 236.

deles para a ineficácia” e que “o enunciado do art. 55º, do CSC, sugere que só serão ineficazes aquelas deliberações que requeiram o consentimento de “determinado sócio”, isto é, só serão ineficazes as deliberações que afetem direitos especiais de sócios, nos termos do art. 24º, do CSC. No entanto, há outros casos, que embora não seja necessário o acordo de “determinado sócio”, se exige o consentimento de “todos os sócios”, e em que parece justificar-se igualmente o regime da ineficácia”.

Ainda neste contexto, existem autores que admitem também a figura da ineficácia relativa, tais como PAULO DE TARSO DOMINGUES³⁵ e COUTINHO DE ABREU³⁶, com base na falta de consentimento de “determinado sócio” exigido por lei, produzindo a deliberação social os seus efeitos relativamente aos sócios que tenham prestado o seu consentimento. Isto é, a deliberação social apenas é ineficaz para o sócio que não tenha prestado o seu exigido consentimento e não para todos. Tal posicionamento tem como origem o início do disposto no artigo 55.º do CSC, por se tratar de uma exceção à figura da ineficácia absoluta.

Neste sentido, o sócio que pretenda obter a declaração judicial de ineficácia de determinada deliberação social deve recorrer à instauração de uma ação de simples apreciação, requerendo uma ação de declaração de ineficácia absoluta contra a sociedade³⁷. Esta última poderá ser instaurada por qualquer interessado, pelo órgão de fiscalização ou, quando não o haja, pelo gerente, aplicando analogicamente o disposto no art. 57.º do CSC. No caso de estarmos perante uma ineficácia relativa, quem tem legitimidade para requerer a ação devida é o sócio que não tenha prestado o seu exigido consentimento, assim como o órgão de fiscalização ou, quando este não exista, o gerente.

Deste modo, entende-se que “qualquer sócio” pode instaurar a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais. Por outro lado, quem não seja sócio e tenha legitimidade para intentar ação de declaração de nulidade, de anulabilidade ou uma ação de declaração de ineficácia pode instaurar um procedimento cautelar comum de forma a evitar o *periculum in mora*.

³⁵ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *A ineficácia da deliberação de aumento do capital nas cooperativas, relativamente a quem não votou*, in *Cooperativismo e Economia Social (CES)*, Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e do Trabalho da Universidade de Vigo, Número 38, 2015-2016, pp. 283-284.

³⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 446.

³⁷ Cfr. art. 60.º do CSC, aplicado por analogia.

Face a tudo o que foi exposto, enquanto certa deliberação não for pelo meio de decisão judicial anulada ou declarada nula ou ineficaz, conforme os casos, pode entender-se que a mesma deve ser normalmente executada.

2. Problemáticas inerentes aos pressupostos da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais

2.1. Pressuposto relativo à legitimidade ativa – A qualidade de sócio e suas problemáticas

Estabelece o n.º 1 do art. 380.º que para que a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais seja admissível há que ser requerida por um sócio ou associado. Este requisito diz respeito à legitimidade ativa da referida tutela cautelar.

Por outro lado, a legitimidade passiva, quer no que concerne à ação de declaração de nulidade, à ação de anulabilidade ou à providência cautelar, pertence à sociedade requerida, conforme o disposto no n.º 1 do art. 60.º do CSC.

A lei não especifica o tipo de sócio que pode requerer a suspensão de deliberações sociais, podendo, assim, admitir-se que tanto um sócio de “capital” como um sócio de “indústria” têm legitimidade para tal. Além disso, entende-se que pode também requerer a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais um sócio que tenha direito de voto como um sócio que não o tenha, não se considerando que o valor da participação social esteja em causa³⁸. Ainda nesta matéria, só se pode admitir que a deliberação social, alegadamente inválida, seja suspensa se o sócio que requerer essa providência cautelar tiver legitimado a instaurar a ação principal³⁹.

Ora, do que foi referido até ao momento podemos constatar que a legitimidade ativa para requerer a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais compete aos sócios que, para o efeito, devem fazer prova da sua qualidade no âmbito da

³⁸ Contudo, o art. 24.º do Código dos Valores Mobiliários (CVM), consagra que a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais tomada por uma sociedade aberta só pode ser requerida pelos sócios que, isolada ou conjuntamente, possuam ações correspondentes a, pelo menos 0,5 % do capital social. Além disso, com o fundamento no disposto no art. 24.º, n.º 2 do CVM, qualquer acionista pode solicitar com urgência que o órgão de administração se abstenha de executar a deliberação social que seja considerada inválida, devendo os mesmos enunciar os vícios da qual a mesma sofre.

³⁹ MARTINS, Alexandre Soveral, *Suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais*, Conferência das Jornadas de Direito das Sociedades Comerciais, Ordem dos Advogados (OA), Conselho Distrital de Coimbra, 27 de outubro de 2000, p.6.

providência em causa. A prova da qualidade de sócio será efetuada mediante documento escrito⁴⁰, contudo, tem-se entendido de forma unânime pela doutrina⁴¹ e pela jurisprudência⁴² que a verificação da qualidade de sócio deve ser feita pelo tribunal, seguido um juízo de verosimilhança.

Por outro lado, a legitimidade passiva quer no que concerne à ação de declaração de nulidade, à ação de anulabilidade ou à providência cautelar pertence à sociedade requerida, conforme o disposto no n.º 1 do art. 60.º do CSC.

Como é sabido, os procedimentos cautelares têm uma relação de dependência com a ação principal, como enuncia o art. 364.º, n.º 1. Nesta ótica, e sobre a matéria da legitimidade ativa na providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, a expressão “qualquer sócio” insinua que os mesmo apenas podem propor tal providência quando a deliberação sofra de uma nulidade ou de uma ineficácia absoluta.

Assim, quando estivessem em causa deliberações cujo o vício fosse a anulabilidade ou a ineficácia relativa, apenas os sócios legitimados para instaurar as respetivas ações de anulabilidade ou de declaração de ineficácia estariam legitimados para recorrer à providência cautelar de suspensão de deliberações sociais. Como até ao momento foi estudado no presente artigo, a ação de declaração de nulidade pode ser requerida por qualquer interessado direto, quer seja sócio ou não (art. 57.º do CSC), enquanto que a ação de anulação de determinada deliberação social apenas pode ser requerida pelos sócios que não tenham votado favoravelmente à deliberação social que se pretende impugnar⁴³.

Interpretando analogicamente o requisito da “qualidade de sócio” respeitante à providência cautelar de suspensão de deliberações sociais com base na legitimidade para a propositura das ações de declaração de nulidade, de anulabilidade ou de declaração de

⁴⁰ A título de exemplo, numa sociedade por quotas, o documento escrito a apresentar pelo sócio poderá ser uma certidão permanente de registo comercial. Esta prova pode ser excluída se estivermos perante um sócio que adquiriu essa qualidade através de um facto que não conste de algum documento, como sucede nos casos das sociedades civis.

⁴¹ Cfr. GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Edição Revista, e Atualizada, p.95; FREITAS, Lebre de (et al.), *Código de Processo Civil Anotado II Vol.*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 95;

⁴² Neste sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08-11-2011, proc. n.º 158/10.0T2AVR-A.C2; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-10-202009, proc. n.º 697/09.3TYVNG-A.P1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁴³ Cfr. art. 58.º, n.º 1 do CSC.

ineficácia podemos compreender que na doutrina existem duas teses opostas, uma propugnando que apenas os sócios que o eram no momento em que a deliberação que se visa suspender foi formada e que não tenham votado favoravelmente à mesma é que têm legitimidade para requerer tal providência cautelar; e outra em que se defende que se um sócio pode transmitir a sua participação social a um novo sócio, admitindo-se que com a transmissão da participação social também é transmitido o direito de impugnar a deliberação social.

Segundo PINTO FURTADO⁴⁴, defensor da primeira tese: “é unicamente preciso ser sócio para poder requerer o procedimento cautelar, seja qual for a sua participação no capital social e tenha ou não direito de voto, seja sócio de capital ou simples sócio de indústria”. Na mesma linha de pensamento, ABRANTES GERALDES⁴⁵ sustenta como solução à falta deste requisito que: “quem não tenha essa qualidade e pretenda, ainda assim, impugnar a deliberação prejudicial, restará o recurso ao procedimento cautelar comum, verificados que sejam os respectivos requisitos”. O mesmo entendimento deve ser aplicado aos gerentes ou administradores que não sendo sócios ou acionistas na sociedade comercial e sentindo-se lesados devem usar do mecanismo do procedimento cautelar comum⁴⁶.

O grande defensor da segunda tese, como já foi referido no âmbito da legitimidade para propositura das ações de anulação e de declaração de nulidade, é OLAVO CUNHA⁴⁷ que toma a posição de que um novo sócio adquire do sócio antigo, não só a participação social propriamente dita, mas também o direito de impugnar certa deliberação social, desde que esse antigo sócio não tenha votado favoravelmente nessa mesma deliberação e o novo sócio esteja ainda dentro do prazo para a propositura da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais. Para este autor “o interesse subjacente à impugnação da deliberação é o da reparação (atempada) da vicissitude que a caracterize se a gravidade da deliberação não comprometer a sua subsistência”. Esta afirmação tanto pode ser aplicada no âmbito das ações de anulação ou de declaração de

⁴⁴ FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações dos sócios* (Comentário ao Código das Sociedades Comerciais), Almedina, Coimbra, 1993, pp. 431 e 451-452.

⁴⁵ GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Ed. Revista e Atualizada, pp. 89 e 90.

⁴⁶ FONSECA, Joaquim Taveira da, *Deliberações Sociais- Suspensão e Anulação*, in *Revista Textos do Centro de Estudos Judiciários* (CEJ), Porto, 1994/1995, p. 91.

⁴⁷ CUNHA, Paulo Olavo e, *Impugnação de Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 216-218.

nulidade ou de ineficácia, como também, por analogia, à suspensão de deliberações sociais.

2.2. Pressupostos relativos à causa de pedir

2.2.1. Deliberação contrária à lei, ao contrato ou aos estatutos

O presente pressuposto será o que, face à sua objetividade, menos problemáticas oferecerá no que concerne à divisão de posições da doutrina e da jurisprudência. Como sabemos, se uma sociedade tomar deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato tais deliberações são passíveis de serem suspensas da sua espectável execução, caso o juiz o decrete através da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais.

Neste sentido, o requerente da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais deve invocar e demonstrar o direito que foi violado pela deliberação social, uma vez que a invalidade da mesma diz respeito ao *fumus boni iuris*. Entende-se que o *fumus boni iuris* diz respeito à necessidade de existir uma exteriorização de um direito que o requerente tenha direito e que se considere lesado quanto ao mesmo, como também à necessidade do procedimento cautelar não ser destituído de fundamento.

Além disso, no que concerne à verificação do direito que foi invocado pelo requerente na providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, a doutrina⁴⁸ e a jurisprudência⁴⁹ têm vindo a entender que, para o seu decretamento, será suficiente um juízo de mera possibilidade ou de suficiência. O momento em que o requerente deve efetuar essa demonstração relativamente direito violado é na ação principal, a menos que o mesmo pretenda que seja decretada a inversão do contencioso. Com base no art. 369.º, n.º 1, o requerente apenas fica dispensado do ónus da propositura da ação principal quando o juiz entender que a matéria adquirida no procedimento é suficiente para que possa formar uma convicção segura do direito acautelado. Face ao exposto, cabe ao

⁴⁸ Neste sentido, cfr. GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª. Revista e Actualizada, p.95; FREITAS, Lebre de (et al.), *Código de Processo Civil Anotado II Vol.*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 95; CORREIA, Luís Brito, *Direito Comercial – Sociedades Comerciais*, Vol. III, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 363; GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, Almedina, Coimbra, 2015. p.272.

⁴⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-10-2009, proc. n.º 697/09.3TYVNG-A.P1; e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08-11-2011, proc. n.º 158/10.0T2AVR-A.C2, ambos disponíveis em: www.dgsi.pt.

requerente desmontar da forma mais completa possível que o direito que visa acautelar foi violado no âmbito de uma deliberação social.

Para que a prova possa ser produzida o requerente da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais deve alegar o conteúdo da deliberação, juntando, para o efeito, a cópia da ata ou a alegação de que a mesma não lhe foi fornecida⁵⁰, demonstrando, dessa forma, os motivos da sua invalidade e os factos de que existe uma forte probabilidade de ocorrer um dano apreciável com a execução da referida deliberação, assim como sucede na produção de prova quanto à sua qualidade de sócio no momento em que a deliberação social foi formada⁵¹.

Tem sido discutida a questão da natureza do juízo formulado acerca da contrariedade da deliberação social quer quanto à lei, aos estatutos ou ao contrato de sociedade, na medida em que, não há uma certeza se a necessidade de prova será necessariamente a mesma independentemente da violação em causa ou se, estando em causa uma deliberação social que tenha violado preceitos legais não caberá ao requerente provar tal violação.

Ora, ALBERTO DOS REIS veio pronunciar-se sobre esta matéria, concebendo o mesmo que quando a deliberação social tenha violado um preceito legal o requerente da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais não está sujeito à obrigação de provar tal invalidade. Assim sendo, para este autor, o requerente deste procedimento cautelar especificado apenas é obrigado a provar a invalidade da deliberação, recorrendo à prova documental, quando a mesma violou os estatutos ou o contrato da sociedade⁵².

Pese embora se possa entender que quando a invalidade da deliberação social se insira sobre uma questão de violação de preceitos normativos, não seja necessário fazer prova documental, entende-se que o mesmo já não sucede quanto à prova testemunhal. Em termos práticos, se o requerente da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais alegar que na assembleia social ocorreu uma circunstância de importância que não ficou a constar na ata, deve o juiz, no âmbito dos seus poderes, promover a prova testemunhal para que tal circunstância possa ser (ou não) provada.

⁵⁰ Cfr. Art. 381.º, n.º 1 do CPC.

⁵¹ GERALDES, António Abrantes (et. al), *Código de Processo Civil Anotado, Vol. I, Parte Geral e da Ação Declarativa*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2021, p.271.

⁵² REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. 1, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1948, p. 625.

Note-se, no entanto, que tem de se atender ao essencial juízo de proporcionalidade previsto no art. 381.º, n.º 2. Segundo este, o juiz pode deixar de suspender a execução, desde que o requerido alegue que com a sua suspensão poderá vir a existir um prejuízo superior.

Nesta matéria, LEBRE DE FREITAS⁵³, por sua vez, defende que o juiz deve efetuar uma confrontação “entre os dois prejuízos prováveis: o prejuízo do requerente com a execução da deliberação na pendência na causa, razão de ser do pedido de suspensão; o prejuízo da requerida em consequência da não execução da mesma deliberação”.

2.2.2. Não execução da deliberação social

Tal como já se disse, perante uma eventual demora por parte dos tribunais na decisão sobre a licitude (ou ilicitude) de certa deliberação social que poderá prejudicar os interesses da sociedade, deve o sócio, com o devido interesse processual que tem, promover a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais.

A referida providência cautelar, como anteriormente analisamos, “visa paralisar uma deliberação que não se encontra ainda executada, impedindo, dessa forma, a produção de danos futuros”⁵⁴. Podemos, desta forma, concluir que este requisito negativo da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais está relacionado com a concretização do *periculum in mora*, conforme resulta da leitura dos art. 381.º, n.º 2⁵⁵, embora não se encontre presente num preceito legal que regule tal providência⁵⁶.

Assim sendo, apenas fará sentido suspender uma deliberação social que não tenha sido ainda integralmente executada. Entende-se que esta questão é pacífica, uma vez que,

⁵³ ALEXANDRE, Isabel; FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, Artigos 362.º a 626.º, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 100-101.

⁵⁴ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, Almedina, Coimbra, 2015. p.272

⁵⁵ Cfr. art. 362.º, n.º 1 do CPC.

⁵⁶ Neste sentido, cfr. GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Edição Revista e Actualizada, p. 83: “Esta condição negativa não se encontra expressa em qualquer norma reguladora do procedimento de suspensão. Apesar disso, a denominação específica da providência («suspensão»), a par da aplicação supletiva das regras do procedimento cautelar comum e da natureza e objectivos da tutela cautelar, impõem a restrição às *deliberações ainda não executadas*”.

por razões de lógica e de economia processual, se uma deliberação estiver já totalmente executada, não há nada que possa ser suspenso⁵⁷.

A este propósito, JOÃO PIMENTEL e DAVID DINIS⁵⁸ afirmam que “por um lado, só tem sentido falar em suspender determinado direito se o mesmo existe e ainda não se consumou ou consumiu e, noutra prisma, não se vislumbra a utilidade que justifique o recurso à máquina da justiça para pedir a suspensão de determinado *quid* se este já não existe, se já se consumou ou consumiu, de tal forma que nada exista para suspender”.

Assim, o sócio que se sentir lesado e, ademais, sentir que certa deliberação social pode prejudicar os interesses da sociedade deve requerer a medida cautelar de suspensão de certa deliberação social no prazo de dez dias, sobre a data em que a assembleia social se devia ter reunido, quando devidamente convocada, ou a contar do momento em que teve conhecimento da realização da respetiva assembleia, nos casos em que a mesma não tenha sido convocada⁵⁹.

Depois de introduzidos nesta matéria, é possível compreender que a providência cautelar de suspensão de certa deliberação social tem uma função conservatória da circunstância existente no momento em que a sociedade é citada no âmbito da mesma, na medida em que o que se pretende é conservar a não execução da deliberação social danosa para a sociedade. Por outro lado, também se pode considerar que a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais tem também uma função antecipatória, uma vez que o pretendido com a mesma é uma aceleração dos efeitos da decisão judicial definitiva que será proferida na ação da qual depende⁶⁰.

Ora, como já foi enunciado, uma das finalidades da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais é suspender a execução de certa deliberação social que

⁵⁷ Num amplo leque de decisões judiciais a favor deste requisito negativo da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, apenas o Tribunal da Relação do Porto, pelo Acórdão de 20-11-1995, Proc. n.º 9551014, propugnou em sentido desfavorável a este entendimento geral, considerando que “Podem ser suspensas deliberações sociais consideradas já executadas, já que a suspensão da execução a que se refere o artigo 396.º do Código de Processo Civil significa a suspensão da eficácia da deliberação impugnada”, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁸ PIMENTEL, João, DINIS, David Sequeira, *Ainda sobre o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais. O conceito de deliberação não executada para efeitos do artigo 396.º do Código de Processo Civil*, in Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 26, Madrid, 2010, p. 22.

⁵⁹ Cfr. art. 380.º, n.º 3.

⁶⁰ ALEXANDRE, Isabel; FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, Artigos 362.º a 626.º, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 107 e 108.

pelo seu conteúdo poderá ser danosa para os interesses da sociedade. Embora a decisão judicial que julgue a ação principal da qual a providência cautelar depende tenha um conteúdo diferente da mesma, o efeito que mais se destaca é o de abranger também a não produção de efeitos da deliberação social que se impugna.

LOBO XAVIER⁶¹ considera que a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais corresponde a uma verdadeira “anulação provisória” de deliberações sociais, na medida em que a mesma proporciona uma “antecipação da sentença de anulação”. A realidade é que, atualmente, esta tese é a mais seguida pela doutrina portuguesa⁶².

Tem-se entendido que quando não se possa recorrer à providência cautelar de suspensão de deliberações sociais por faltar o requisito negativo da não execução da deliberação inválida também não se poderá recorrer ao procedimento cautelar comum, como sucede noutras situações, uma vez que inexistem fundamentos, partindo do pressuposto de que não existe *periculum in mora*.⁶³ O que se exige, portanto, será a atualidade do perigo⁶⁴.

Recordemo-nos, a este propósito, que o *periculum in mora* está necessariamente relacionado com a perduração de efeitos danosos que possam provocar um dano apreciável ao requerente da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais.

A) Tese Formalista

Enquanto desenvolviam respostas para determinar quando é que uma deliberação social se encontra integralmente executada, quer a jurisprudência, quer a doutrina acabaram por chegar a entendimentos diversos, tendo sido neste contexto que foram

⁶¹ XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais*, separata da RDES, ano 22, 1-4, Coimbra, 1975, maxime pp. 10-11.

⁶² Neste sentido, cfr. CORREIA, Luís Brito, *Direito Comercial – Sociedades Comerciais*, Vol. III, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 349; GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Edição Revista e Atualizada, p. 88; DUARTE, Rui Pinto, *A ilicitude da execução de deliberações a partir da citação para o procedimento cautelar de suspensão*, Cadernos de Direito Privado, Vol. 5, N.º 1, 2004, pp. 17-23; entre outros.

⁶³ PIMENTEL, João, DINIS, David Sequeira, *Ainda sobre o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais. O conceito de deliberação não executada para efeitos do artigo 396.º do Código de Processo Civil*, in Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 26, Madrid, 2010, p. 22.

⁶⁴ GERALDES, António Abrantes (et. al), *Código de Processo Civil Anotado, Vol. I, Parte Geral e da Ação Declarativa*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2021, p.474.

criadas as duas teses opostas: a tese formalista e a tese substancialista. A tese formalista, que analisaremos em diante, corresponde ao conceito mais restrito de execução.

A tese formalista defende que a deliberação social consuma-se com a prática dos atos jurídicos dos quais depende e, dessa forma, não poderá mais ser suspensa. Assim sendo, quando se tenha deliberado praticar certo ato e não tenham sido ainda praticados os atos materiais ou jurídicos de modo a formalizar tal deliberação, admite-se que é possível suspender a mesma.

O grande defensor da tese formalista foi o Conselheiro RODRIGUES BASTOS⁶⁵ que se pronunciou sobre esta problemática na análise que fez em forma de anotação ao Código de Processo Civil. Segundo este autor: “se se entender que a execução perdura enquanto se mantém o estado criado pela resolução tomada, todas as deliberações se têm de haver como de execução permanente, passando a suspender-se, não o acto deliberado ou a resolução tomada, mas sim actos que são já o resultado, mais ou menos remoto, da deliberação cuja validade se discute na acção principal. Não supomos que tenha sido esse o pensamento que informou a norma legal”. Para este autor cabem, igualmente, no conceito de execução os atos complementares da deliberação que se mostrem necessários para a produção do efeito jurídico da deliberação em causa.

De acordo com a tese formalista, apenas se pode aplicar a suspensão da execução aos casos em que se delibera praticar certo ato e não tenham sido ainda praticados os atos que traduzem em realidade o pretendido pela sociedade ou aos casos em que se delibera praticar certo ato, contudo, a lei obriga a certos formalismos para que esse ato seja eficaz.

Neste último caso, se esses formalismos⁶⁶ não estiverem ainda efetivados, pode a deliberação ser objeto de execução. Por outro lado, se todos os atos para a concretização da deliberação social já tiverem sido efetivados entende-se, logicamente, que a execução da deliberação não pode ser suspensa, porém, compreende-se que pode ser revogada.

De acordo com RUI PINTO DUARTE⁶⁷, a tese formalista do conceito de atos de execução leva a entendimentos como: a deliberação de alteração dos estatutos da

⁶⁵ BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, Vol. II (Artigos 264.º a 466.º), 3.ª Ed., 2000, pp. 181.

⁶⁶ Neste sentido, entenda-se como “formalismos” ou procedimentos, como forma de exemplo, a obrigatoriedade de submeter certo ato a registo.

⁶⁷ DUARTE, Rui Pinto, *A ilicitude da execução de deliberações a partir da citação para o procedimento cautelar de suspensão*, Cadernos de Direito Privado, Vol. 5, N.º 1, 2004, pp. 17-23;

sociedade não poderá ser suspensa a partir do momento em que referida escritura pública, quando haja lugar, for formalizada; a deliberação de amortização de quota encontra-se executada a partir do momento em que o respetivo documento que a instrua for redigido; e, por último, a deliberação de eleição dos membros para os órgãos sociais considera-se executada no momento em que as pessoas eleitas iniciam as suas funções.

Exemplificando com a situação prática acabada de referir, suscitada pelos autores JOÃO MARIA PIMENTEL e DAVID SEQUEIRA DINIS⁶⁸: supúnhamos que numa sociedade anónima o acionista maioritário entra em conflitos com o acionista minoritário, que ocupa na sociedade o cargo de administrador, e, com o objetivo de o prejudicar, delibera com base na alteração dos quóruns deliberativos estatutário exclui-lo de forma a conseguir o controlo absoluto da referida sociedade, elegendo-se a ele próprio como único administrador o sócio, procedendo ao registo de todos estes atos no próprio dia da deliberação. A questão que se coloca é de saber se o acionista lesado, dentro do prazo legal que dispõe para o efeito, poderá recorrer à providência cautelar de suspensão de deliberações sociais.

Ora, partindo do entendimento da tese formalista, o acionista lesado pelas deliberações viciadas não poderia recorrer à medida cautelar de suspensão de deliberações sociais, uma vez que no caso supramencionado as deliberações realizadas não carecem de outro ato material de execução a não ser o registo e, por esse motivo, a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais não iria impor a suspensão da execução dessas mesmas deliberações. Em bom rigor, o acionista lesado teria de aguardar pela decisão judicial relativamente à ação de anulação, levando em consideração que, estando o registo de eleição, alteração do pacto social e de destituição realizado, nada mais poderia ser feito⁶⁹.

Tendo em consideração que o Direito serve para regular situações práticas da vida real, mas sempre privilegiando a substancia sobre a forma e dando importância aos efeitos jurídico-práticos de cada atuação, podemos entender, com base no exemplo exposto, que a tese formalista acaba por ter um carácter injusto, uma vez que não assegura a utilidade

⁶⁸ PIMENTEL, João, DINIS, David Sequeira, *Ainda sobre o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais. O conceito de deliberação não executada para efeitos do artigo 396.º do Código de Processo Civil*, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 26, Madrid, 2010, pp. 23-24.

⁶⁹ PIMENTEL, João, DINIS, David Sequeira, *Ainda sobre o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais. O conceito de deliberação não executada para efeitos do artigo 396.º do Código de Processo Civil*, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 26, Madrid, 2010, pp. 23-24.

prática que uma decisão judicial deve garantir, como prevê a o princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, consagrado no art. 20.º da CRP.

B) Tese substancialista

Inteiramente dissemelhante da tese formalista, acabada de analisar, está a tese substancialista que é defendida pela grande maioria da doutrina⁷⁰ e da jurisprudência⁷¹ e integra no seu conteúdo um conceito mais amplo de execução. A tese substancialista defende que enquanto os efeitos danosos das deliberações sociais perdurarem e havendo a possibilidade de prevenir a lesão de algum direito dos sócios, as mesmas podem ser suspensas. Ou seja, admite-se que enquanto todos os efeitos danosos não se esgotarem, quer sejam eles direitos, indiretos, laterais, secundários ou reflexos da deliberação impugnada judicialmente, pode-se recorrer à providência cautelar de suspensão de deliberações sociais⁷².

PINTO FURTADO⁷³, grande defensor desta tese, afirma que “enquanto estejam a transpor-se para a prática os efeitos da deliberação contestada, que sejam apreciavelmente danosos e se verifiquem, no caso, os restantes requisitos legais do procedimento preventivo, será sempre de decretar a suspensão cautelar da materialização desses factos, com vista a assegurar uma tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legítimos dos sócios, quando não de terceiros”.

⁷⁰ Cfr. autores como: MARTINS, Alexandre Soveral, *Suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais*, Conferência das Jornadas de Direito das Sociedades Comerciais, Ordem dos Advogados (OA), Conselho Distrital de Coimbra, 27 de outubro de 2000, pp. 353-355; FONSECA, Joaquim Taveira da, *Deliberações Sociais- Suspensão e Anulação*, in Revista Textos do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), Porto, 1994/1995, pp. 91-98; PIMENTEL, João, DINIS, David Sequeira, *Ainda sobre o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais. O conceito de deliberação não executada para efeitos do artigo 396.º do Código de Processo Civil*, in Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 26, Madrid, 2010, pp. 23-24; FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações dos sócios* (Comentário ao Código das Sociedades Comerciais), Almedina, Coimbra, 1993, pp. 761 e 762; GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Ed. Revista e Atualizada, p. 82;

⁷¹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-01-2000, proc. n.º 99ª1097; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-06-1991, proc. N.º 080848; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-02-1996, proc. n.º 9551089; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-03-2014, Proc. n.º 922/11.3TBPBL.C1, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁷² PEREIRA, Cláudia Maria Fonseca, *Visão Jurídico Processual das Deliberações Sociais Renovatórias*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2016, p. 47.

⁷³ FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações dos sócios* (Comentário ao Código das Sociedades Comerciais), Almedina, Coimbra, 1993, pp. 761 e 762.

Ainda nesta ótica de entendimentos, ABRANTES GERALDES⁷⁴ propugna no sentido favorável desta tese, defendendo que “enquanto não estiver totalmente executada ou enquanto se protraírem no tempo os respectivos efeitos, directos, laterais, secundários ou reflexos, suficientemente graves para serem causadores de dano apreciável, será viável obter a suspensão da sua execução através da específica providência criada pelo legislador”.

Podemos considerar que, ao contrário da tese formalista, a tese substancialista, sustenta um conceito amplo de execução, admitindo, por isso, uma enorme panóplia de atos que integrem uma deliberação social. Sobre esta matéria, LOBO XAVIER⁷⁵ não aceita o entendimento referente à tese mais restritiva do conceito de execução, fundamentando que é desnecessária a limitação da suspensão de certa deliberação aos atos complementares, uma vez que os mesmos são importantes para a produção do efeito jurídico que se pretende obter com a deliberação social. Segundo este autor, o objetivo da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais é paralisar todos os efeitos da deliberação social, não só os efeitos derivados da execução da mesma. Tendo em consideração que esta providência cautelar desempenha a função de assegurar a utilidade, bem como a eficácia da decisão definitiva que seja de ser proferida na ação principal, assim sendo, a suspensão da execução da deliberação social deve incorporar todos os efeitos que possam decorrer da deliberação, de outra forma estaria frustrado o propósito da mesma.

Partindo do exemplo prático de uma deliberação de eleição dos membros dos órgãos sociais, tomada de forma inválida, não se pode considerar que tal deliberação esgote os seus efeitos no momento em que é tomada, ou quando é posteriormente registada e até mesmo no momento em que os administradores tenham tomado a posse efetiva e já exerçam, inclusivamente, funções. Isto porque os efeitos nocivos dessa deliberação inválida, provavelmente, irão persistir enquanto que os administradores eleitos se encontrarem no exercício dos cargos para os quais foram, indevidamente, eleitos.

⁷⁴ GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Edição Revista e Actualizada, p. 82.

⁷⁵ XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais*, separata da RDES, ano 22, 1-4, Coimbra, 1975, maxime pp. 10-11.

A este propósito surgiram dois entendimentos distintos sobre a execução das deliberações de eleição dos membros dos órgãos sociais: o Tribunal da Relação de Coimbra⁷⁶, em outubro de 1987, veio pronunciar-se contra a tese substancialista, propugnando que “a deliberação social que elegeu os corpos sociais executou-se imediatamente com a própria deliberação, não podendo, por isso ser suspensa; no pensamento do art. 396.º, só as deliberações sociais poderão ser suspensas (se não estiverem já executadas), e não também os efeitos delas derivados”. Por outro lado, e mostrando-se favorável à corrente substancialista, assim como a maior parte da jurisprudência, o Tribunal da Relação de Lisboa⁷⁷, sensivelmente um mês depois em relação à decisão judicial do Tribunal da Relação de Coimbra, veio exprimir-se neste sentido, defendendo que: “não é correta a conclusão de que a deliberação que suspendeu um sócio gerente das suas funções, porque imediatamente executada, já não pode ser suspensa”. Como vamos analisar posteriormente, apesar de certa deliberação social ser executada imediatamente, nada impede que continue a produzir danos apreciáveis e, dessa forma, transponha os interessados para uma situação de *periculum in mora*.

No âmbito da tese substancialista há que distinguir entre as deliberações de execução instantânea (ou imediata) e as deliberações de execução continuada (ou permanente), uma vez que, embora possam ser executadas num ou em vários atos, quer sejam jurídicos ou materiais, continuam a produzir efeitos.

Também denominadas como deliberações de execução imediata, podemos definir as deliberações de execução instantânea como sendo aquelas em que os seus atos materiais e jurídicos são totalmente formalizados no momento em que a deliberação é formada, executando-se a deliberação nesse exato momento.

Na ótica de LEBRE DE FREITAS⁷⁸, o objetivo da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais não é mais do que suspender a execução de uma certa deliberação. Por sua vez, a mencionada providência cautelar só é suscetível de ser decretada se não se mostrar “inteiramente executada”. Desta forma, “as deliberações de execução instantânea só podem ser objecto do procedimento cautelar de suspensão se essa execução for diferida e não se tiver ainda verificado”. O referido autor defende ainda que

⁷⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20-10-1987, CJ, Ano XII/4, 1987, pp. 82 e ss.

⁷⁷ *Idem*, pp. 101 e ss.

⁷⁸ FREITAS, Lebre de (et al.), *Código de Processo Civil Anotado II Vol.*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 92.

são passíveis de suspensão as “deliberações cuja execução tenha tido início, mas deva ainda prosseguir, por ser continuada: a providência evitará, neste caso, a continuação da execução em curso”.

Ora, o entendimento é geral de que as deliberações de execução instantânea não permitem ao sócio lesado o recurso à providência cautelar de suspensão de deliberações sociais. No entanto, no âmbito dos tribunais têm-se vindo a discutir quanto a matéria de deliberações de destituição e nomeação de novo gerente, uma vez que as mesmas se caracterizam como deliberações de execução instantânea, contudo, produzem efeitos continuados. A decisão tem sido favorável à admissão das referidas deliberações como suscetíveis de suspensão da sua execução, enquanto que se mantém o afastamento do gerente destituído ou o exercício do novo gerente.

A jurisprudência tem entendido que as deliberações sociais podem ser objeto de suspensão mesmo que já se encontrem executadas, desde que se classifiquem como sendo de execução contínua ou permanente ou, sendo de execução num único ato, que continuem a produzir efeitos danosos, mesmo que tais efeitos sejam se consubstanciem num mero efeito imediato da deliberação⁷⁹.

O Tribunal da Relação de Coimbra⁸⁰ veio pronunciar-se sobre esta matéria, entendendo que “as deliberações sociais não são necessariamente de execução imediata, esgotando-se os seus efeitos danosos em um único acto. Podem ser de execução permanente ou contínua ou mesmo, sendo de execução instantânea, podem os seus efeitos danosos prolongar-se no tempo”.

Por outro lado, as deliberações de execução continuada ou, como também são conhecidas, deliberações de execução permanente, projetam-se no tempo mediante a repetição dos atos executivos ou através da durabilidade dos seus efeitos e podem traduzir-se num encadeamento de atos que se prolongam no tempo, como o próprio termo indica. Quanto a este tipo de deliberação, a doutrina e jurisprudência não admitem dúvidas de que a mesma é suscetível de ser suspensa enquanto os seus efeitos danosos perdurarem.

⁷⁹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-06-1991, Proc. N.º 080848, disponível em www.dgsi.pt, “podem ser suspensas as deliberações sociais já executadas, desde que sejam de execução permanente ou contínua, ou, sendo de execução por um único acto, se continuarem a produzir efeitos danosos”.

⁸⁰ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-03-2014, Proc. n.º 922/11.3TBPBL.C1, disponível em: www.dgsi.pt.

O exemplo mais paradigmático de uma deliberação que produza os seus efeitos no tempo é o caso das deliberações que elegem os seus corpos sociais que, por sua vez, já foi anteriormente referido. Este tipo de deliberações caracteriza-se, quanto às formalidades da sua execução, como sendo de execução continuada ou permanente, “não se podendo considerar desde logo executada”⁸¹. De acordo com a tese substancialista, as deliberações de eleição dos membros dos órgãos sociais vão sendo executadas à medida em que as pessoas eleitas para esses cargos vão exercendo as suas funções.

De acordo com a tese mais ampla do conceito de execução, outro exemplo paradigmático que considerado uma deliberação de execução continuada é a deliberação de amortização de quota. A mesma não se considera totalmente executada com o simples documento que formaliza tal amortização, nem mesmo com o respetivo registo por si só. A deliberação de amortização de quota considera-se executada quando todos os seus efeitos se tiverem concretizado⁸².

Já no que concerne às deliberações que obriguem os sócios a efetuarem prestações acessórias ou complementares, tem-se entendido no âmbito da tese substancialista que enquanto as prestações a realizar pelos diversos sócios não tiverem sido pagas, a deliberação social pode ser suspensa.

No entendimento de MARCO GONÇALVES, “se a providência cautelar concretamente requerida de suspensão de deliberações sociais não for apta a impedir a verificação dos danos que o requerente receia vir a sofrer – porque, por exemplo, já se encontra executada a deliberação que se visava suspender – o tribunal deve indeferir liminarmente essa pretensão, por falta de interesse em agir e consequente injustificabilidade da providência”⁸³.

Admite-se que a posição defendida pela maioria da doutrina e da jurisprudência, resultante na tese substancialista, toma medidas mais protetivas em relação ao requerente da suspensão de determinada deliberação social, uma vez que, ao contrário do que sucede na tese formalista, esta engloba não só as deliberações de execução continua e ainda as

⁸¹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-02-1996, Proc. n.º 9551089, disponível em: www.dgsi.pt.

⁸² Neste sentido, pode considerar-se que todos os efeitos de uma deliberação de amortização de quota estão verificados quando, por exemplo, é efetuado o pagamento referente à contrapartida da amortização.

⁸³ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, Almedina, Coimbra, 2015, p.274.

execuções de execução instantânea que, pese embora se executem num só ato, continuam a produzir efeitos danosos que vão para além desse ato.

2.2.2.1. Atos de execução praticados depois da citação da sociedade

É unânime que após a decisão judicial que determine a suspensão de certa deliberação social a mesma não poderá ser executada. Tal entendimento deriva da própria letra da lei, concretamente, pelo enunciado no artigo 381.º, n.º 3 que consagra que “a partir da citação, e enquanto não for julgado em primeira instância o pedido de suspensão, não é lícito à associação ou sociedade executar a deliberação impugnada”. Contudo, se, por ventura, forem praticados atos de execução sobre a deliberação suspensa judicialmente, há que questionar sobre quem recai a responsabilidade por esses atos e se os mesmos serão considerados válidos ou inválidos, eficazes ou ineficazes.

Ora, é notório através da leitura do artigo 381, n.º 3, que o objetivo do legislador foi estabelecer um regime específico para a citação no âmbito da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais⁸⁴.

Este regime específico da citação das sociedades comerciais ou associações por consequência da suspensão de determinada deliberação social veio dividir os entendimentos e posicionamentos da doutrina e da jurisprudência portuguesa.

Desta forma, surgiram duas teses opostas: a primeira tese, a nível cronológico, sustenta que os atos praticados após a citação da sociedade ou da associação são considerados inválidos ou ineficazes; a segunda tese é apologista de que os atos praticados após a citação da requerida são tidos como eficazes, sendo os mesmos suscetíveis de produzir os efeitos expectáveis, contudo, presume-se que os membros do órgão executivo possam ser responsabilizados civilmente.

Começando pela análise da primeira tese, a mesma defende que com a citação a sociedade (ou associação) fica impossibilitada de executar a deliberação como se o pedido de suspensão tivesse sido julgado procedente. O que sucede no momento em que a sociedade é citada, em termos práticos, é uma antecipação dos efeitos de eventual decisão

⁸⁴ De denotar que, no que concerne aos efeitos da citação da sociedade requerida os mesmos serão inteiramente distintos dos efeitos da citação no âmbito de uma ação de anulação de deliberação social.

cautelar⁸⁵, assumindo-se os atos praticados que derivem da deliberação social inválidos ou ineficazes.

Esta tese é defendida por autores como OLAVO CUNHA⁸⁶, LOPES DO REGO⁸⁷ e OLIVEIRA ASCENÇÃO⁸⁸. Num primeiro momento, esta tese foi também defendida por PINTO FURTADO⁸⁹, contudo, mais tarde, este autor acabou por desenvolver o seu entendimento.

Ora, OLAVO CUNHA propugna pela primeira tese, argumentando, para o efeito, que “para evitar o «*periculum in mora*» do próprio procedimento cautelar de suspensão de deliberação social, e enquanto este não for definitivamente julgado, a lei determina, no art. 397.º, n.º 4, do Código de Processo Civil (na redacção anterior ao Decreto-lei n.º 329- A/95, de 12.12), que, a partir da citação da sociedade para a suspensão, os actos praticados em execução da deliberação impugnada são ilícitos. Significa isto que a citação da sociedade para o procedimento produz, desde logo, suspensão preventiva da execução da deliberação impugnada, que opera até à decisão definitiva desse procedimento. Sendo ilícita a execução da deliberação, os actos em que se consubstancie são nulos”.

De outra perspetiva, a segunda tese é defendida por conceituados autores como: RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA⁹⁰, LOBO XAVIER⁹¹, PINTO DUARTE⁹², LEBRE DE FREITAS⁹³, COUTINHO DE ABREU⁹⁴, TAVEIRA DA FONSECA⁹⁵,

⁸⁵ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-10-1995, CJ, 1995, III, p. 60; Acórdão da Relação de Lisboa, de 22-11-1990, CJ, 1990, V, p. 125.

⁸⁶ CUNHA, Paulo Olavo, *Impugnação de Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 30.

⁸⁷ REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 366.

⁸⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial, Sociedades Comerciais Parte Geral*, Vol. IV, Dislivro, Lisboa, 1993, pp. 304-306.

⁸⁹ FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações dos sócios* (Comentário ao Código das Sociedades Comerciais), Almedina, Coimbra, 1993, pp. 502-504; FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 793-795.

⁹⁰ VENTURA, Raúl; CORREIRA, Brito, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, in *BMJ*, n.º 192, 1970, p. 102.

⁹¹ XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais*, separata da RDES, ano 22, 1-4, Coimbra, 1975, maxime pp. 25-30 e 51-54.

⁹² DUARTE, Rui Pinto, *A ilicitude da execução de deliberações a partir da citação para o procedimento cautelar de suspensão*, *Cadernos de Direito Privado*, Vol. 5, N.º 1, 2004, p. 22.

⁹³ FREITAS, Lebre de (et al.), *Código de Processo Civil Anotado II Vol.*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 101.

⁹⁴ ABREU, Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.ª Ed., Almedina, 2015, pp. 524-525.

⁹⁵ FONSECA, Joaquim Taveira da, *Deliberações Sociais- Suspensão e Anulação*, in *Revista Textos do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Porto, 1994/1995, pp. 111 e ss.

SOVERAL MARTINS⁹⁶ e JOÃO PIMENTEL E DAVID SEQUEIRA DINIS⁹⁷. Estes autores entendem que o artigo 381.º, n.º 3 do CPC consagra uma proibição que incide sobre a sociedade⁹⁸ de, após a sua citação, executarem a deliberação para a qual pediram a suspensão no âmbito do procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais.

A segunda tese acautela o efeito útil de um possível decretamento da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais através do recurso à responsabilização civil da sociedade ou dos administradores da mesma pelas consequências que decorram da execução da deliberação após a citação. Ao contrário da primeira tese, esta segunda corrente sustenta que os atos de execução que sejam efetuados após a citação da sociedade são considerados válidos e eficazes.

LOBO XAVIER⁹⁹ foi um dos grandes impulsionadores desta segunda tese, argumentando que “(...) o legislador não quis atribuir à citação a totalidade dos efeitos da própria providência cautelar, antecipando assim a paralisação da eficácia de deliberação impugnada”. Para este autor a letra da lei, no seu art. 381.º, n.º 3 do CPC, é clara, fundamentando que “o preceito diz respeito apenas à actividade executiva, ou, de toda a maneira, à actividade a desenvolver pelo órgão executivo – isto é, pela administração social – em conformidade com a deliberação em causa. Os efeitos deste modo ligados à citação limitam-se, em princípio, à esfera dos administradores – como mostra a expressão «não é lícito», revelam no plano da sua responsabilidade pelo exercício da actividade referida”. Assim sendo, segundo este posicionamento, estando a sociedade comercial citada os administradores da mesma assumem a responsabilidade pela execução da deliberação social, como se a mesma se considerasse suspensa.

A propósito dos efeitos da citação no âmbito da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, LOBO XAVIER¹⁰⁰ também divulgou o seu parecer: “a citação

⁹⁶ MARTINS, Alexandre Soveral, *Suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais*, Conferência das Jornadas de Direito das Sociedades Comerciais, Ordem dos Advogados (OA), Conselho Distrital de Coimbra, 27 de outubro de 2000, pp.366-368.

⁹⁷ PIMENTEL, João, DINIS, David Sequeira, *Os efeitos da citação no procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais: breve análise crítica do regime do artigo 397.º, n.º 3 do Código de Processo Civil*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2009, p.91.

⁹⁸ Entenda-se “sociedade” os órgãos de administração das sociedades comerciais que tem competência para executar as deliberações.

⁹⁹ XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais*, separata da RDES, ano 22, 1-4, Coimbra, 1975, maxime pp. 25-30 e 51-54.

¹⁰⁰ *Idem*.

não tem na sua base uma qualquer apreciação consistente sobre o bem fundado da posição do autor (...). Em face disso, parece inaceitável (...) atribuir à citação, no processo cautelar em análise, os efeitos idênticos aos que competem à própria providência requerida (...). Na verdade, os perigos da solução repelida estão bem à vista: ela permitiria sempre que um sócio malevolente ou caprichoso paralisasse a seu talante, durante um período mais ou menos longo, as medidas deliberadas pela sociedade (...).”

De forma a esclarecer o que até ao momento foi referido, LOBO XAVIER entende que os administradores são incumbidos pela lei de determinarem a pretensão do requerente da medida cautelar de suspensão de deliberações sociais e, conseqüentemente, definirem se devem ou não executar essa mesma deliberação. Posto isto, podemos discutir três situações hipotéticas: por um lado, se os administradores da sociedade executarem a deliberação impugnada e a mesma não vier a ser suspensa, assumimos que não poderá recair sobre eles qualquer responsabilidade; poderá ocorrer que os administradores não executem a deliberação impugnada por considerarem que a mesma poderá ser suscetível de ser suspensa e tal não ocorrer, situação em que poderão desenvolver-se danos irreparáveis para a sociedade requerida; tal como fomos informando, pode ocorrer que os administradores executem a deliberação e mesma venha a ser suspensa, e, por isso, a responsabilidade recairá sobre estes; e, por fim, pode dar-se a situação ideal, em que os administradores não executam a deliberação social e a mesma seja suspensa no âmbito do mencionado procedimento cautelar¹⁰¹.

Tal como se aludiu, ao introduzir esta matéria, PINTO FURTADO inicialmente foi um dos grandes difusores da primeira tese no que concerne à questão de saber os efeitos da execução da deliberação impugnada após a citação no âmbito da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, contudo, o seu entendimento desenvolveu-se, acabando por se mostrar favorável à segunda corrente doutrinal. No primeiro momento em que se pronunciou sobre este, por meio da sua anotação ao Código Comercial¹⁰², PINTO FURTADO considerava que a citação não era mais do que “uma antecipação do efeito final do procedimento cautelar”, chegando mesmo a afirmar que a “execução ilícita,

¹⁰¹ JARDIM, Gonçalo Nuno Andrade, *Dos efeitos da citação no procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2018, p. 48.

¹⁰² FURTADO, Jorge Pinto, *Código Comercial Anotado – Das Sociedades em Especial*, Vol. II, Tomo II, Almdina, Coimbra, 1979, pp. 613-614.

sem mais, duma deliberação social, é realidade que não pode deixar de parecer-nos equivalente, pois, à execução inválida”.

Mais tarde, no comentário que realizou ao Código das Sociedades Comerciais¹⁰³, PINTO FURTADO, veio refutar a primeira tese que vinha a defender até ao momento, argumentando, para o efeito, que: “os atos praticados pela administração em execução de uma deliberação social após a citação para o respetivo procedimento cautelar de suspensão não se encontram feridos de invalidade ou de ineficácia, sendo por isso perfeitamente válidos e eficazes. Porém, os administradores que praticarem tais atos ficam sujeitos a responsabilização civil”.

2.2.3. Perigo de dano como resultado da execução da deliberação e sua qualificação como “dano apreciável”

Pela leitura do art. 380.º, n.º 1, conseguimos, desde logo, perceber que para a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais seja decretada é necessário que exista um receito fundado que seja suscetível de produzir um “dano apreciável” como consequência da execução da deliberação. Segundo as palavras de ABÍLIO NETO¹⁰⁴, o dano apreciável é o que imediatamente e diretamente advém da demora na decisão judicial de impugnação de uma deliberação social e não do que decorre da execução dessa mesma deliberação, isto é, para determinação do dano apreciável apenas serão tidos em consideração os danos imputáveis à demora do processo de declaração de nulidade ou de anulação da deliberação.

Apesar de a lei não esclarecer se o dano apreciável será imputável aos sócios ou à própria sociedade comercial, o entendimento unânime da jurisprudência é de que poderá ser imputável a ambos.¹⁰⁵ Além disso, pode-se considerar que o dano apreciável que é exigido para a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais aproveita

¹⁰³ FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações dos sócios* (Comentário ao Código das Sociedades Comercias), Almedina, Coimbra, 1993, pp. 761 e 762; GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Edição Revista e Actualizada, p. 82.

¹⁰⁴ NETO, Abílio, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2.ª Edição, Vol. IX, Revista e Ampliada, Ediforum- Edições Jurídica, Lda, Lisboa, 2014, pp. 461 e ss..

¹⁰⁵ Nesta matéria, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27-09-2005, proc. n.º 0454487, disponível em www.dgsi.pt.

também os danos morais e não apenas os danos patrimoniais, de forma a evitar danos de outra natureza¹⁰⁶.

Por outro lado, ABRANTES GERALDES¹⁰⁷ afirma que a expressão “dano apreciável” “*integra um conceito indeterminado, carecido de densificação através da alegação e prova de factos dos quais possa extrair-se que a execução do deliberado no seio da pessoa colectiva acarretará um prejuízo significativo, de importância relevante, muito longe dos danos irrisórios ou insignificantes, embora sem se confundir com as situações de irrecuperabilidade ou de grave danosidade*”.

Como se sabe, a finalidade da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais não é substituir a decisão do juiz da ação principal de impugnação da deliberação social. Assim sendo, como a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais não tem como objetivo uma antecipação da decisão final, o tribunal rejeita a possibilidade de realizar um pré-juízo em relação à decisão final. O requisito do dano apreciável e da sua alegação e respetiva prova tenciona afastar o decretamento da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais de forma injustificada e sem fundamentos¹⁰⁸.

Desta forma, ao contrário do que sucede com os pressupostos referentes à contrariedade da deliberação à lei, aos estatutos ou ao contrato de sociedade e à qualidade de sócio, para a prova do pressuposto em causa não basta um mero juízo de verossimilhança, exigindo-se para o caso uma probabilidade muito forte da sua verificação. Isto é, não se exige que seja apresentada uma certeza absoluta de que existe um vício na deliberação e que o mesmo seja produtor de um dano apreciável, contudo, mostra-se fulcral que exista uma verdadeira convicção de que a deliberação é ilícita ou irregular e, mais importante, seja suscetível de produzir um dano apreciável na esfera jurídica dos sócios ou da sociedade.

Assim sendo, ao requerente da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais cabe alegar e provar factos concretos que justifiquem a especulação por parte do requerente quanto ao perigo do dano apreciável ou que possibilitem a aferição da

¹⁰⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25-10-2004, proc. n.º JTRP00037310, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰⁷ GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Ed. Revista e Atualizada, p. 88.

¹⁰⁸ Entende-se, para o efeito, que além da fundamental proteção do sócio minoritário, importa também acautelar os interesses da sociedade, uma vez que a mesma encontra-se exposta à possibilidade de perder ativos devido a um interesse pessoal de um sócio. Neste sentido, cfr. FORTE, Diogo João Barros, *O abuso do efeito suspensivo da citação*, mestrado em direito, Faculdade de Direito da escola do Porto, 2020, p.32.

existência de prejuízos de elevada gravidade, para que o tribunal possa ficar convencido de que a suspensão de deliberação social em causa é determinante para que não se produza um “dano apreciável”¹⁰⁹.

Contudo, não se mostra indispensável que a prova em causa seja extraível de factos e comportamento efetivados em data posterior à deliberação social impugnada neste âmbito. O Tribunal da Relação de Coimbra¹¹⁰ entende, sobre este tema, que “se assim fosse, fácil seria obstar ao sucesso da generalidade dos procedimentos de suspensão de deliberação: bastaria para tal que, no curto prazo (10 dias) de proposição da providência, nenhuma execução ou efeito fossem extraídos da deliberação em causa”.

Sobre esta matéria, tem-se defendido que a apreciação por parte do Tribunal constitui uma questão de facto, tendo o Tribunal da Relação do Porto¹¹¹ afirmado que “Constitui matéria de facto a alegar na petição a existência de tal dano, bem como a sua dimensão ou ordem de grandeza; sendo matéria de direito a sua qualificação como apreciável”.

A doutrina¹¹² e a jurisprudência¹¹³ têm entendido que não se mostra exigível que o dano seja irreparável ou de difícil reparação, ao contrário do que sucede no procedimento cautelar comum (art. 362.º, n.º 1). Na providência cautelar de suspensão de deliberações sociais o dano pode ser suscetível de recuperação. Assim entendeu, igualmente, o Supremo Tribunal de Justiça¹¹⁴, defendendo que o dano apreciável é o dano “visível, de aparente dignidade, estimável”, contrapondo-se ao dano irreparável que, por sua vez, considera-se um dano incomensável. Como vimos, apenas se impõe ao

¹⁰⁹ Neste sentido, cfr. Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06/09/2011, proc. n.º 894/11.4TBPBL-A.C1, e de 20-04-2016, proc. n.º 9619/15.4T8CBR.C1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28-02-2008, proc. n.º 920/2008-6; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17-12-2008, proc. n.º 0825051, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹¹⁰ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02-04-2019, proc. n.º 58/19.9T8FVN.C1, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹¹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-02-1966, proc. n.º 9551089, disponível em: www.dgsi.pt.

¹¹² Cfr. FREITAS, Lebre de (et al.), *Código de Processo Civil Anotado II Vol.*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 101; GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Edição Revista e Actualizada, p.95;

¹¹³ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-06-1998, proc. n.º 98B492; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17-07-2008, proc. n.º 2321/2008-1; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16-03-2010, proc. n.º 2033/09.2TBLRA.C1, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹¹⁴ Neste sentido, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-06-1998, proc. n.º 98B492, disponível em www.dgsi.pt.

requerente desta providência o ónus de demonstrar que a suspensão da deliberação é condição *sine qua non* para impedir a verificação de um dano apreciável.

No que concerne à natureza dos danos, o autor ABRANTES GERALDES¹¹⁵ reiterou que a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais visa o impedimento de “danos futuros, que podem resultar de comportamentos activos ou omissivos de outrem, através da conservação da situação existente. Também à suspensão de deliberações sociais não escapa a consideração de que, mais do que restaurar provisoriamente acções pregressas, interessa prevenir danos futuros”.

O Supremo Tribunal de Justiça¹¹⁶ pronunciou-se sobre esta matéria, afirmando que para que a providência cautelar em causa seja decretada, não será necessário “considerar todos os prejuízos que possam decorrer das eventuais delongas na obtenção da decisão anulatória, mas apenas que possam emergir do facto de, no decurso do respectivo processo, se adoptar qualquer procedimento de carácter executivo; isto é, quaisquer actos complementares da deliberação, eventualmente necessários para que se produza o particular efeito jurídico pela mesma visado e, ainda, dos actos a cuja prática os administradores (gerentes) ficam vinculados, logo que produzido (imediate ou mediamente) esse especial efeito jurídico”.

Também neste sentido, o autor LOBO XAVIER veio-se pronunciar, propugnando que “para efeitos de valoração do dano apreciável, não é considerada toda e qualquer possibilidade de prejuízo que a deliberação, ou a sua execução, em si mesmo comportem, mas sim a possibilidade de prejuízos imputáveis à demora do processo de anulação. Visa-se prevenir e impedir os prejuízos que para o requerente adviriam da execução das deliberações impugnadas durante a pendência da acção principal”¹¹⁷.

O pressuposto em causa do receio fundado de produção de um dano apreciável em conjugação com o pressuposto da atualidade da deliberação, correspondem ao *periculum in mora*, uma vez que o requerente da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais tem como objetivo suspender a execução de determinada deliberação

¹¹⁵ GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Edição Revista e Actualizada, p.95.

¹¹⁶ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04-05-2000, proc. n.º 206/00 (revista- 2.ª secção), in SASTJ, Cível, ano 2000. No mesmo sentido, cfr. Acórdãos da Relação de Coimbra de 08-11-2011, proc. n.º 158/10.0T2AVR-A.C2 e de 06-09-2011, proc. n.º 894/11.4TBPBL-A.C1, ambos disponíveis em: www.dgsi.pt.

¹¹⁷ XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais*, separata da RDES, ano 22, 1-4, Coimbra, 1975, *maxime* pp. 10-11.

social, que não se tenha ainda executado, que lhe irá causar um dano apreciavelmente grave¹¹⁸.

Assim sendo, admite-se que o *periculum in mora* da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais reside na certeza do perigo que possa decorrer da execução da deliberação impugnada. Mostrando-se justificado o recurso à referida providência e o seu consequente decretamento se o requisito do *periculum in mora* estiver preenchido, ou seja, “se a deliberação impugnada não for suscetível de produzir qualquer dano considerável, como sucede com as deliberações respeitantes à distribuição de dividendos ou com as que possuam um conteúdo omissivo, não sendo, por isso, passíveis de execução”, como sustenta MARCO GONÇALVES¹¹⁹.

A alegação de provas e factos concretos no caso paradigmático da deliberação de eleição de membros sociais é uma das matérias mais discutidas no âmbito dos tribunais. A questão que se coloca é sobre saber em que situações é que uma deliberação de eleição de membros sociais é suscetível de provocar um dano apreciável e, dessa forma, como poderá o referido pressuposto ser provado, tendo em consideração que o mesmo rege-se por um juízo de certeza.

Sobre esta matéria, PINTO FURTADO¹²⁰ defende que “sempre que a deliberação se apresente com um *fumus boni juris* de efectiva inquinação, o caso de eleição de corpos sociais, é dos mais intuitivamente carecidos de suspensão da sua execução concreta, pela elevada potencialidade de dano apreciável da gestão de titulares eleitos invalidamente”. Contudo, o que este autor pretende não é admitir a ideia de que sempre que estejamos perante uma deliberação social de eleição de órgão sociais aparentemente inválida verifica-se o requisito do dano apreciável. O que o referido autor, verdadeiramente, pretendeu foi mencionar um dos casos mais conhecidos de deliberações sociais que poderiam ser suscetíveis de serem suspensas.

Na jurisprudência, vários são os relatos de invalidades relacionadas com as deliberações sociais de destituição seguida da eleição de novos membros sociais e sobre

¹¹⁸ PIMENTEL, João, DINIS, David Sequeira, *Ainda sobre o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais. O conceito de deliberação não executada para efeitos do artigo 396.º do Código de Processo Civil*, in Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 26, Madrid, 2010, p. 22.

¹¹⁹ GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, Almedina, Coimbra, 2015. p.276. Nesta matéria ver também SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Editora Lex, 1997, p. 240.

¹²⁰ FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações dos sócios* (Comentário ao Código das Sociedades Comerciais), Almedina, Coimbra, 1993, pp. 485-488.

esta matéria podemos destacar o afirmado pelo Tribunal da Relação de Coimbra¹²¹ que afirma que “estando em causa uma deliberação social que elegeu o presidente e a secretária da mesa da assembleia geral, bem como a reformulação dos estatutos da sociedade e destituição dos membros dos órgãos sociais, esta com certeza tem efeitos continuamente danosos”.

No âmbito da matéria de alegação e prova do dano apreciável, e tendo como base de conhecimento que o mesmo tem como finalidade prevenir um dano futuro e que grande parte das deliberações sociais são de execução permanente, isto é, produzem efeitos duradouros, podemos estar perante duas possíveis conclusões: que a deliberação social que eleja os novos órgãos de uma sociedade comercial de forma inválida é, por si só, bastante para provar que pode existir um dano apreciável e a suspensão da deliberação social ser decretada; ou que para que seja decretada a suspensão de uma deliberação social que eleja os novos órgãos sociais é necessário que o requerente alegue e prove com factos concretos que foi produzido o dano apreciável com essa deliberação.

A primeira corrente propugna que o simples facto de ser deliberada a eleição de um novo membro de administração invalidamente é suficiente para que se possa admitir que o pressuposto do “dano apreciável” encontra-se preenchido, uma vez que, como sabemos, a deliberação social de eleição de órgãos sociais caracteriza-se por ser de execução continuada, produzindo os seus efeitos (danosos) no tempo. Assim sendo, perante estas deliberações sociais, acredita-se que existe o *periculum in mora* na medida em que o conteúdo danoso das mesmas não se esgota com a tomada de posse do novo órgão ou membro.

Neste sentido, o Tribunal da Relação de Coimbra¹²² defende que “a questão – o “dano apreciável” que cautelarmente se visa tutelar – está no que significa e representa, em termos de efeitos jurídicos, o simples facto de alguém, alegadamente ilegalmente eleito, passar a gerir os destinos da requerida, em detrimento de outros que poderão vir a ser considerados como legalmente capacitados a fazê-lo”.

¹²¹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-03-2014, Proc. n.º 922/11.3TBPBL.C1, disponível em: www.dgsi.pt.

¹²² Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02-04-2019, proc. n.º 58/19.9T8FVN.C1; Seguindo o mesmo entendimento, vide Acórdão do Tribunal da Relação da Guimarães, de 07-12-2017, proc. n.º 1162/17.3T8VRL-A.G1 e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-02-2011, Proc. n.º 348/10.6TYVNG-A.P1, todos disponíveis em: www.dgsi.pt.

A segunda corrente jurisprudencial entende que é condição para o decretamento da tutela cautelar de suspensão de certa deliberação social em que sejam elegidos novos órgãos sociais que o requerente alegue e prove, recorrendo a factos concretos, que, com essa deliberação, foi produzido um dano apreciável.

Como já foi exposto até ao momento, o requisito do dano apreciável deve ser concretamente alegado e provado com factos no requerimento inicial, não bastando que a deliberação social seja ilegal para que se admita, conseqüentemente, que existe dano apreciável. Sobre esta matéria o Tribunal da Relação de Coimbra¹²³ afirma que “(...) não se aceita, que se possa invocar a ilegalidade das deliberações para, sem mais, se concluir pela verificação do requisito do dano provável. São requisitos autónomos e distintos e um não implica o outro. E isso mesmo que se verifique uma série de ilegalidades”.

A segunda corrente jurisprudencial refuta a primeira, na medida em que, o simples entendimento de que uma deliberação social que, além de ser inválida, possa produzir os seus efeitos no tempo não é suficiente para que o requisito do dano apreciável se encontre preenchido e, conseqüentemente, que a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais seja decretada.

Neste sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa¹²⁴ veio pronunciar-se, declarando que “(...) não tendo o requerente alegado e provado factos donde possa extrair-se que a execução do deliberado no seio da pessoa colectiva acarretará um prejuízo significativo, conclui-se pela não verificação do requisito “dano apreciável”.

Conclusões

Em virtude do que foi analisado no âmbito da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, podemos considerar que o regime desta providência levanta várias dúvidas que suscitam divergências de interpretação, quer ao nível da doutrina, quer ao nível da jurisprudência.

¹²³ Neste sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06-09-2011, Proc. n.º 894/11.4TBPBL-A.C1, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-07-2010, proc. n.º 12/09.9TYLSB-A.L1-1; Também neste sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17-12-2008, Proc. n.º 0825051; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17-11-2009, proc. n.º 3427/08.6TBTVD-A.L1-1, todos disponíveis em: www.dgsi.pt.

Ao longo do presente artigo, propusemo-nos a analisar algumas correntes doutrinárias e jurisprudências relativamente a dois dos pressupostos da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais que, por sua vez, circunscrevem-se ao objeto da providência especificada em causa.

Ora, o pressuposto negativo de que a deliberação não pode estar executada para que possa ser objeto do procedimento cautelar de suspensão é, sem margem de dúvidas, o pressuposto que mais produz questões na doutrina e na jurisprudência.

No que concerne ao pressuposto da execução da deliberação, surgiram na doutrina duas teses opostas no que se refere ao entendimento de quando é que uma deliberação se considera executada: a tese formalista e a tese fundamentalista. Depois das mesmas serem devidamente analisadas, concluímos que vamos ao encontro da posição da maioria da doutrina, apoiando a tese substancialista, uma vez que, face ao efeito prático da tutela cautelar, será justo considerar que uma deliberação não se executa com a prática dos atos materialmente necessários, nem com os atos complementares para esse fim. Em vez disso, somos do entendimento que perante uma deliberação que possa ser executada de forma continuada, durante o período de tempo que a mesma perdure pode a mencionada ser objeto de suspensão, desde que se mostre provável a produção de um dano apreciável.

O segundo pressuposto que foi analisado em sede deste artigo também é causador de alguma discussão na doutrina e, principalmente, na jurisprudência. Falamos da produção de um dano apreciável decorrente da execução da deliberação. Optamos, no âmbito deste pressuposto, por concordar com a maioria das decisões dos tribunais, em considerar que o requerente da deliberação social de suspensão de deliberações sociais deve alegar e provar que da execução de certa deliberação há uma forte probabilidade de ocorrer um dano apreciável na sua esfera jurídica.

Em jeito de conclusão, não podemos deixar de fazer uma crítica ao texto da lei que, a nosso ver, por ser pouco esclarecedor, é o causador das diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito dos pressupostos da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais.

Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.^a Ed., Almedina, 2015.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Do Abuso de Direito*. Reimpressão da edição de 1999. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Impugnação de Deliberações Sociais (Teses e antíteses, sem sínteses)*”, Congresso de Direito das Sociedades em Revista, 2011, 207-2011.

ALEXANDRE, Isabel; FREITAS, José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2.º, Artigos 362.º a 626.º, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2019.

ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial, Sociedades Comerciais Parte Geral*, Vol. IV, Dislivro, Lisboa, 1993.

Invalidades das deliberações dos sócios, AA.VV., Problemas do Direito das Sociedades, IDET/Almedina, Coimbra, 2002.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, Vol. II (Artigos 264.º a 466.º), 3.ª Ed., 2000.

CASTANHEIRA, Joana Maria Coimbra, *As Providências Cautelares e os Requisitos para o seu Decretamento – Confronto entre o Processo Administrativo e o Processo Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

CASTRO, Artur Anselmo de, *Lições de Processo Civil*, Vol. 1, Coimbra: Almedina, 1964

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Almedina, 2018.

COSTA, Vasco Freitas da, *O objecto da suspensão cautelar de deliberações sociais*, Revista das Sociedades Comerciais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Ano I, N.º 4, 2009 (955-993).

CORREIA, João Miguel Mansilha, *Invalidades das Deliberações dos Sócios – As Deliberações Abusivas*. Mestrado em Solicitadoria, Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico do Porto, Porto, 2018/2019.

CORREIA, Luís Brito, *Direito Comercial – Sociedades Comerciais*, Vol. III, AAFDL, Lisboa, 1989.

COSTA, Vasco Freitas da, *O objecto da suspensão cautelar de deliberações sociais*, Revista das Sociedades Comerciais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,

Lisboa, Ano I, N.º 4, 2009 (955-993).

CUNHA, Paulo Olavo e, *Impugnação de Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 2015.

DOMINGUES, Paulo de Tarso, *A ineficácia da deliberação de aumento do capital nas cooperativas, relativamente a quem não votou*, in *Cooperativismo e Economia Social (CES)*, Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e do Trabalho da Universidade de Vigo, Número 38, 2015-2016.

DUARTE, Rui Pinto, *A ilicitude da execução de deliberações a partir da citação para o procedimento cautelar de suspensão*, *Cadernos de Direito Privado*, Vol. 5, N.º 1, 2004.

FURTADO, Jorge Pinto, *Código Comercial Anotado – Das Sociedades em Especial*, Vol. II, Tomo II, Almedina, Coimbra, 1979.

FARIA, Rita Lynce de, *Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, Revista do Ministério Público, Caderno II. Lisboa, 2012.

FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações dos sócios* (Comentário ao Código das Sociedades Comercias), Almedina, Coimbra, 1993, pp. 761 e 762; GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.ª Edição Revista e Actualizada.

FREITAS, José Lebre de, *As providências cautelares não especificadas na jurisdição administrativa – Acórdão do TCA de 31.05.2001, proc. n.º 5494*, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 33 Maio/Junho de 2002.

FREITAS, Lebre de (et al.), *Código de Processo Civil Anotado*, II Vol., Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

FORTE, Diogo João Barros, *O abuso do efeito suspensivo da citação*, mestrado em direito, Faculdade de Direito da escola do Porto, 2020.

FONSECA, Joaquim Taveira da, *Deliberações Sociais- Suspensão e Anulação*, in *Revista Textos do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, Porto, 1994/1995.

FURTADO, Jorge Pinto, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015.

Deliberações dos sócios (Comentário ao Código das Sociedades Comercias), Almedina,

Coimbra, 1993.

GONÇALVES, Marco Carvalho, *Providências Cautelares*, Almedina, Coimbra, 2015.

GERALDES, António Santos Abrantes, PIMENTA, Paulo, SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Código de Processo Civil Anotado, Vol. I – Parte Geral e Ação Declarativa*, Almedina, 2.^a Ed., 2020.

GERALDES, António Abrantes (et. al), *Código de Processo Civil Anotado, Vol. I, Parte Geral e da Ação Declarativa*, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2021.

GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV Volume, 4.^a Edição Revista e Actualizada, p.95; FREITAS, Lebre de (et al.), *Código de Processo Civil Anotado II Vol.*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

JARDIM, Gonçalo Nuno Andrade, *Dos efeitos da citação no procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2018.

MARTINS, Alexandre Soveral, *Suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais*, Conferência das Jornadas de Direito das Sociedades Comerciais, Ordem dos Advogados (OA), Conselho Distrital de Coimbra, 27 de outubro de 2000.

MATOS, Rita de Palma, *A Suspensão de Deliberações Sociais e a Inversão do Contencioso*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, agosto de 2017.

MAIA, Pedro, *Deliberações dos sócios*, in Estudos de Direito das Sociedades, 11.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2013.

MONTEIRO, Henrique Salinas, *Critérios de distinção entre a anulabilidade e a nulidade das deliberações sociais no Código das Sociedades Comerciais*, in Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol.VIII, Ano 2, Porto, 1994.

NETO, Abílio, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2.^a Edição, Vol. IX, Revista e Ampliada, Ediforum- Edições Jurídica, Lda, Lisboa, 2014.

OLIVEIRA, Ana Rita Nascimento Mariano Nunes de, *A impugnação das Deliberações dos Sócios pelo Órgão de Fiscalização*, Dissertação de Mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 28.

PEREIRA, Cláudia Maria Fonseca, *Visão Jurídico Processual das Deliberações Sociais Renovatórias*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2016.

PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 7.^a Reimpressão da 5.^a Edição de Janeiro de 2008, Almedina, Coimbra, 2014.

PIMENTEL, João, DINIS, David Sequeira, *Ainda sobre o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais. O conceito de deliberação não executada para efeitos do artigo 396.º do Código de Processo Civil*, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 26, Madrid, 2010.

PINTO, Rui Duarte, *O procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais (e não só sociais...)* e o novo Código de Processo Civil, *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, setembro de 2013, ano 5, Vol. 10, Semestral (pp. 13-37).

PINTO, Rui, *Notas ao Código de Processo Civil*, Vol. 1, 2.^a Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2004.

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.^a Ed. – Reimpressão e Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

SANTOS, Filipe Cassiano dos; FONSECA, Hugo Duarte, *Inexistência e nulidade de deliberações sociais*, *DSR*, ano 4, vol. 7, 2012.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Editora Lex, 1997.

SOVERAL MARTINS in MARTINS, Alexandre Soveral, *Suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais*, Conferência das Jornadas de Direito das Sociedades Comerciais, Ordem dos Advogados (OA), Conselho Distrital de Coimbra, 27 de outubro de 2000.

VENTURA, Raúl; CORREIRA, Brito, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, in *BMJ*, n.º 192, 1970.

VENTURA, Raúl, 1989, *Sociedades por Quotas*, vol. II (*Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*), Almedina, Coimbra.

XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais*, separata da RDES, ano 22, 1-4, Coimbra, 1975.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-03-1946, RLJ, 79.º, pp. 139 e ss;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08-11-1988, proc. n.º 076423;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-10-1989, BMJ, 390, pp. 394 e ss;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-06-1991, proc. n.º 080848;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-04-1992, CJ, t. 1, 1992, pp. 131 e ss.;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-12-1996, proc. n.º 96A679;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-06-1998, proc. n.º 98B492;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-01-2000, proc. n.º 99ª1097;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04-05-2000, proc. n.º 206/00 (revista- 2.ª secção), *in* SASTJ, Cível, ano 2000.;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-05-2004, proc. n.º 04A1519;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10-09-2019, proc. n.º 1130/11.9TBBJA.E1.S2;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-11-1987, CJ, ano XII/5, 1987, pp. 101 e ss.;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-05-2001, proc. n.º 0020891;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28-02-2008, proc. n.º 920/2008-6;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17-07-2008, proc. n.º 2321/2008-1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17-11-2009, proc. n.º 3427/08.6TBTVD-A.L1-1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-07-2010, proc. n.º 12/09.9TYLSB-A.L1-1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-02-2013, proc. n.º 2416/12.0TVLSB-8.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-02-1966, proc. n.º 9551089;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14-01-1992, proc. n.º 9130676;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20-11-1995, proc. n.º 9551014;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-02-1996, proc. n.º 9551089;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28-03-2000, proc. n.º 0020301;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25-10-2004, proc. n.º JTRP00037310;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27-09-2005, proc. n.º 0454487;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11-12-2006, proc. n.º 0653666;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17-12-2008, proc. n.º 0825051;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-10-2009, proc. n.º 697/09.3TYVNG-A.P1;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-02-2011, proc. n.º 348/10.6TYVNG-A.P1;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-05-2012, proc. n.º 720/11.4TYVNG.P1;

Acórdão de Tribunal da Relação do Porto de 30-06-2014, proc. n.º 1150/13.9TBBGC-A.P1;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-01-2018, proc. n.º 874/10.7TYVNG.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20-10-1987, CJ, Ano XII/4, 1987, pp. 82 e ss.;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16-03-2010, proc. n.º 2033/09.2TBLRA.C1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06/09/2011, proc. n.º 894/11.4TBPBL-A.C1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08-11-2011, proc. n.º 158/10.0T2AVR-A.C2;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20-03-2012, proc. n.º 392/10.3TBTND.C1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-03-2014, proc. n.º 922/11.3TBPBL.C1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20-04-2016, proc. n.º 9619/15.4T8CBR.C1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02-04-2019, proc. n.º 58/19.9T8FVN.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 21-09-2017, proc. n.º 1483/17.5T8BCL.G1.º;

Acórdão do Tribunal da Relação da Guimarães, de 07-12-2017, proc. n.º 1162/17.3T8VRL-A.G1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18-01-2018, proc. n.º 5728/15.8T8VNF.G1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17-12-2020, proc. n.º 5977/14.6T8VNF-C.G1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 21-05-2020, proc. n.º 218/20.0T8STR.E1.

Contrato de Seguro: Análise das Principais Alterações Legais Introduzidas durante o Contexto Pandémico

Ana Filipa Lopes Pereira¹

Resumo

O contrato de seguro apresenta uma relevância incontestável no quotidiano de pessoas e empresas. Uma vez que o risco que este assegura, embora com contrapartidas, concede a todo e qualquer cidadão ou empresa uma proteção contra as adversidades que poderão surgir no decorrer da vida destes.

Atendendo à importância do contrato de seguro, e ao período que vivenciámos durante a Pandemia causada pela Covid-19, importa analisar o sucesso ou não das medidas que foram implementadas neste período. Embora, a situação já se encontre amenizada, o decorrer desta pandemia veio levantar novos hábitos e, novas modalidades de encarar a execução de tarefas diárias.

Importa olhar para a proteção que foi conferida aos segurados durante o decorrer dos confinamentos, em diversas áreas, como sejam por exemplo os acidentes de trabalho, e aferir o sucesso das medidas implementadas, ou não. Para a aferição deste sucesso, ou não, é importante *à priori* analisar os pressupostos pelos quais um contrato de seguro se jaze.

Estas pressupostos encontram-se pautados (não só, mas também) no Decreto-Lei n.º 20-F/2020 de 12 de maio. Não obstante a introdução das medidas no seio deste período conturbado, também o Código do Trabalho sofreu algumas alterações, nomeadamente no regime do teletrabalho.

Pense-se no caso do seguro de acidentes de trabalho. A dado momento durante o período pandémico foi decretada a obrigatoriedade do teletrabalho. Ora, encontrando-se em teletrabalho o terceiro beneficiário do seguro também poderá sofrer acidentes aquando da prestação da sua atividade. Neste contexto importa questionar se existindo um acidente na residência do trabalhador, conseguirá este provar que o acidente ocorreu enquanto

¹ Mestranda do Curso de Mestrado em Solicitadoria de Empresa da ESTG do Politécnico de Leiria.

prestava o seu trabalho? E será este acidente coberto pelo seguro de acidentes de trabalho? Questões que serão analisadas neste texto.

Palavras-chave: Contrato de seguro; Pandemia; Risco; Teletrabalho; Acidente

Abstract

The insurance contract has an undeniable relevance in the daily lives of people and companies. Since the risk that it guarantees, although with counterparts, grants each and every citizen or company a protection against the adversities that may arise in the course of their lives.

Given the importance of the insurance contract, and the period we experienced during the Covid-19 pandemic, it is important to analyze the success or otherwise of the measures that have been implemented in this period. Although the situation is already alleviated, the course of this pandemic has raised new habits and new ways of facing the execution of daily tasks.

It is important to look at the protection that was granted to the insured during the confinements, in various areas, such as occupational accidents, and to assess the success of the measures implemented, or not. To measure this success, or not, it is important *a priori* to analyze the assumptions by which an insurance contract rests.

These assumptions are based (not only, but also) on Decree-Law no. 20-F/2020 of 12 May. Despite the introduction of the measures during this troubled period, the Labour Code has also undergone some changes, particularly in the teleworking regime.

Think of the case of occupational accident insurance. At some point during the pandemic, teleworking was enacted. However, if the third beneficiary of the insurance is in telework, he may also suffer accidents during the provision of his activity. In this context, it is important to question whether, if there is an accident at the worker's residence, can the worker prove that the accident occurred while he was doing his job? And will this accident be covered by occupational accident insurance? Issues that will be analyzed in this text.

Keywords: Insurance contract; Pandemic; Risk; Teleworking; Accident

Introdução

O contrato de seguro apresenta uma relevância incontestável atualmente, nas diferentes vertentes em que este pode ser celebrado, uma vez que consegue assegurar (caso assim esteja coberto pelo mesmo) as várias adversidades a que um ser humano ou pessoa jurídica se encontram subjugados no seu quotidiano.

Engrácia Antunes define o contrato de seguro como sendo “(...) o contrato pelo qual uma pessoa transfere para outra o risco económico da verificação de um dano, na esfera jurídica própria ou alheia, mediante o pagamento de uma remuneração” (Antunes, 2020, p. 681).

Para que um contrato de seguro possa ser constituído são necessários alguns elementos fundamentais, nomeadamente, o interesse das partes em realizá-lo, assim como, e principalmente, um risco.

Por seu turno, o contrato de seguro gera obrigações para ambas as partes contraentes, devendo o segurador assegurar a cobertura dos danos sofridos com o sinistro e o tomador do seguro proceder ao pagamento do prémio, pelo que estamos perante um contrato bilateral e sinalagmático.

Sendo o contrato de seguro um contrato de duração prolongada, seria de esperar que pudessem ao longo da sua vida surgir algumas vicissitudes.

Face à situação pandémica que vivenciámos, é relevante analisar o regime temporário e excecional estabelecido no Decreto-Lei n.º 20-F /2020 de 12 de maio, na medida em que muitos dos tomadores de seguro viram as suas atividades reduzidas por força deste acontecimento inesperado, o que resultou numa diminuição inequívoca do risco, pelo que se mostrou relevante aprovar um regime no qual os tomadores de seguro pudessem beneficiar relativamente ao pagamento do prémio devido por estes.

Também ao nível laboral foram sentidas várias alterações com o teletrabalho a passar a regra na concretização da atividade profissional dos trabalhadores durante o contexto pandémico. Com efeito, devido aos diversos confinamentos, a dado momento foi decretada a obrigatoriedade de prestar trabalho com recurso a esta modalidade.

Intimamente ligado com o contrato de trabalho está o contrato de seguro, que é obrigatório aquando do estabelecimento de um contrato de trabalho. E, dentro do contrato de seguro, concretamente o seguro de acidentes de trabalho.

Com o intuito de facilitar a compreensão da junção dos dois temas atrás mencionados, isto é, os acidentes de trabalho que poderão ocorrer aquando da prestação de trabalho com recurso ao modelo de teletrabalho, elaboramos dois breves possíveis casos que se possam verificar, com o intuito de discutir questões que se apresentam na ordem nos dias de hoje.

Para justificar a pertinência do tema em questão, consultou-se doutrina, analisamos jurisprudência e procuramos artigos científicos para aspetos específicos do trabalho.

1. Do Contrato de Seguro em Geral

No que toca ao Direito dos Seguros (“Insurance Law”) este demonstra uma enorme relevância para qualquer ser humano, uma vez que no cerne do contrato de seguro se encontra uma proteção acrescida para cada cidadão, mediante as adversidades que poderão surgir ao longo do decorrer da sua vida.

Para nos podermos debruçar sobre o estudo do contrato de seguro é importante ter sempre presente a Lei que o regula, neste caso o Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril, doravante denominado de LCS.

O legislador não nos concede uma definição do contrato de seguro, podendo este ser definido como:

(...) o contrato pelo qual uma pessoa singular ou coletiva (tomador de seguro) transfere para uma empresa especialmente habilitada (segurador) um determinado risco económico próprio ou alheio, obrigando-se a primeira a pagar uma determinada contrapartida (prémio) e a última a efetuar uma determinada prestação pecuniária em caso de ocorrência do evento aleatório convencionado (sinistro)¹.

Ora, para que possamos estar verdadeiramente na presença de um contrato de seguro, é necessário que este cumpra com determinados pressupostos. Nomeadamente, dois pressupostos essenciais como sejam o risco e o interesse. E a par destes, dois efeitos jurídicos que daí resultam: a obrigação de liquidar o sinistro (que compete ao segurador), e a obrigação do pagamento de um prémio (a cargo do tomador do seguro)².

Particularizemos cada um destes pressupostos.

¹ Antunes, 2020, pp. 683-684.

² Antunes, 2020, p. 704.

1.1. Interesse

O interesse é um dos pressupostos do contrato de seguro. E, verificada que seja a ausência deste, de “um interesse digno de proteção legal”, o contrato de seguro será nulo (art. 43.º, n.º 1, da LCS). A par da não existência de um interesse inicial, está a perda do mesmo na decorrência do contrato de seguro, o que fará com que o contrato caduque, nos termos do art.110.º, n.º 1, da LCS.

Podemos assim definir o interesse como “(...) a relação de conteúdo económico entre um sujeito e um bem de que este necessita”³.

1.2. Risco

Componente crucial para a realização de um contrato de seguro é o risco – *riscus* - (art. 1.º da LCS). Sem a existência do elemento risco não nos encontramos na presença de um contrato de seguro, até porque o contrato de seguro celebrado sem o pressuposto do risco será nulo (art. 44.º, n.º 1, da LCS).

O risco pode ser definido, como Engrácia Antunes assinala, pela “(...) possibilidade de um evento futuro e danoso”⁴. A possibilidade mencionada traduz-se num grau de incerteza⁵, uma vez que há a possibilidade de o evento ocorrer ou não. Já o seu carácter futurístico, traça-se pelo facto de o contrato de seguro só vigorar para eventos futuros. E danoso na medida em que pressupõe que provocará lesões/danos ao tomador do seguro.

Na elaboração do contrato de seguro devem as partes estabelecer as medidas do risco. Quer isto dizer, que devem ser estabelecidas as cláusulas nas quais se institua o que pode motivar uma ocorrência abrangida pelo contrato de seguro e que, conseqüentemente, dará origem à obrigação do segurador liquidar o sinistro. No entanto, não devem apenas vigorar as cláusulas nas quais se preveem quando é que o segurador deverá atuar, devendo

³ Antunes, 2020, pp. 708-709.

⁴ Antunes, 2020, p. 705.

⁵ Conforme nos refere Martinez “Como incertezas pode indicar-se, por exemplo, a mudança de tendência da moda ou as alterações no consumo de bens alimentares. A incerteza dificilmente se pode prever por via do cálculo de probabilidades” (Martinez, 2006, p. 57).

ser previstas também as cláusulas nas quais o segurador pode ficar eximido de cobrir os danos resultantes do sinistro⁶.

Dependendo das circunstâncias, mormente do acordo das partes, o risco pode ser delimitado em função do objeto seguro (v.g., (...) edifício), da causa do sinistro (por exemplo incêndio (...)) (...) do momento da ocorrência (v.g., no período de vigência do contrato)⁷.

Nulo é o contrato de seguro em que se verifique a inexistência do risco (art. 44.º, n.º 1, da LCS). Não obstante, as seguradoras também não assegurarão a cobertura de sinistros que se tenham desenrolado antes da celebração do contrato de seguro em questão e acrescentando-se o facto de os tomadores de seguro terem conhecimento destas questões, isto é, que os sinistros são anteriores à data da celebração do contrato de seguro (art. 44.º, n.º 2, da LCS). No assentimento das querelas enunciadas, o segurador não assumirá a cobertura de riscos futuros (art. 44.º, n.º 3, da LCS).

No decorrer da vigência do contrato o elemento risco não tenderá a manter as circunstâncias iniciais segundo as quais o contrato de seguro foi deliberado. Nesta linha de pensamento ambas as partes têm o dever de informar a contraparte das alterações do risco (art. 91.º, n.º 1, da LCS). Ocorrendo uma diminuição manifesta do risco e que se prolongue durante um período de tempo considerável, incumbirá ao segurador o dever de, aquando do conhecimento desta situação, diminuir o montante do prémio ou, caso não pretenda efetuar esta redução, o tomador do seguro terá nas suas mãos a possibilidade de resolver o contrato (art. 92.º, n.ºs 1 e 2, da LCS). Numa situação inversa, e ocorrendo um agravamento do risco, o tomador do seguro deve comunicar esta situação ao segurador num prazo de 14 dias, contados a partir do conhecimento desta situação, tendo o segurador a faculdade de alterar ou resolver o contrato (art. 93.º, n.ºs 1 e 2, da LCS).

Extinguindo-se o risco quer seja pela morte do tomador do seguro, pela perda total do bem seguro, ou pela dissolução da atividade do objeto seguro, o contrato de seguro caduca (art. 110.º, n.ºs 1 e 2, da LCS).

⁶ Na esteira da formação do contrato, e onde devem ser aferidas as medidas de risco que este abarcará e aquelas, que não farão parte do mesmo, *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11/02/2014, processo n.º 125/09.8TBFIG.C1, onde a falta de informação por parte do tomador do seguro no ato da constituição do contrato, levaram à sua anulabilidade, que teve como consequência a seguradora não liquidar o sinistro, pela falta de informação decorrente que agravaria o prémio para o tomador do seguro, concluindo-se que este agiu com culpa, ao ocultar informações pertinentes.

⁷ Martinez, 2006, p. 92.

Quanto ao risco importa ainda referir que este é caracterizado, e parafraseando Pedro Romano Martinez, por apresentar características como sejam “(...) a aleatoriedade, a licitude e o carácter [sic] fortuito (...)”⁸.

1.3. Prémio

O prémio (do latim *praemium*) é “(...) a prestação a que se obrigou o tomador do seguro”⁹.

Apresenta-se como a obrigação incumbida ao tomador do seguro, ao passo que a do segurador é a de liquidar os danos causados pelo sinistro, caso se verifique uma ocorrência futura e danosa (cobertura do risco). Assim, o prémio é a “compra da segurança” do tomador do seguro e sem este pagamento não haverá uma cobertura de riscos.

O art. 51.º da LCS explana que o prémio que é devido pelo tomador do seguro “inclui tudo o que seja contratualmente devido”, ou seja o prémio, ao que se soma os custos de gestão e aquisição do seguro, assim como os encargos que estejam relacionados com a emissão da apólice, sob a contrapartida da cobertura do risco, por parte do segurador.

O montante do prémio deve ser acordado pelas partes, uma vez que no contrato de seguro vigora o princípio da liberdade contratual¹⁰. Sendo que, “(...) o prémio inicial, ou a primeira fração deste, é devido na data da celebração do contrato” – art. 53.º, n.º 1, da LCS.

Uma vez que o prémio é condição intrinsecamente necessária para acautelar a cobertura do risco (é um elemento crucial que demarca a eficácia do negócio), a falta de pagamento inicial, ou da primeira fração deste, determinará a resolução do contrato (art. 61.º da LCS). Verificada esta ocorrência não incorre o segurador no dever de indemnizar, nem de se constituir em mora.

No caso de estarmos perante a falta de pagamento do prémio, na altura do seu vencimento, o tomador do seguro é constituído em mora (art. 57.º, n.º 1, da LCS). Uma vez que, nos encontramos na aplicação de regimes subsidiários deve a mora ser pautada pelos ditames do art. 804.º do CC.

⁸ Martinez, 2006, p. 58.

⁹ Antunes, 2020, p. 712.

¹⁰ “As partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos [assim como] (...) incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver” (art. 405.º do CC).

Note-se que no caso de se tratar de um contrato de seguro de renovação automática, caso o montante do prémio não se encontre liquidado até à data de renovação do mesmo, o contrato caduca.

1.4. Sinistro

O sinistro (do latim *sinister*) preceitua-se como “(..) a verificação, total ou parcial, do evento ou eventos compreendidos no risco coberto pelo contrato de seguro”¹¹. É o sinistro que promove a obrigação afeta ao segurador, aquando da verificação de um evento, de modo a que se possa suprir o dano adveniente do sinistro em causa.

Sucedido que seja o sinistro, cabe ao tomador do seguro a sua participação ao segurador. Devendo esta participação ocorrer no prazo de oito dias, a contar da verificação do evento, salvo outra estipulação contratual. Este curto espaço de tempo de participação deve-se principalmente ao facto de se tentar minimizar os prejuízos causados pelo respetivo sinistro (art. 100.º, n.º 1, da LCS). No caso de a participação não ser efetuada neste prazo poderá vir a ser reduzida a prestação incumbida ao segurador, ou até mesmo extinta se se verificar que o tomador do seguro agiu com dolo ou negligência¹².

Na participação que é feita pelo tomador do seguro devem constar todas as informações pertinentes que possam estar na origem do sinistro, bem como as consequências que advieram deste (art. 100.º, n.º 2 e 3, da LCS).

Sendo a participação efetuada dentro do prazo indicado, cabe agora ao segurador averiguar os eventos ocorridos e, do mesmo modo, efetuar a liquidação do sinistro¹³.

A liquidação do sinistro pode ser efetuada por via de duas formas. No caso de estarmos na presença de um seguro de pessoas, esta liquidação efetua-se através do pagamento de um determinado valor que se encontra previamente fixado na apólice¹⁴. Ao passo que, se

¹¹ Antunes, 2020, p. 715.

¹² A propósito do ónus da prova *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21/10/2019, processo n.º 308/19.1YRPRT, onde no caso em apreço o ónus da prova que compete ao tomador do seguro não foi efetuado, e que resultou consequentemente na não verificação do sinistro, não procedendo, deste modo, o segurador à liquidação do sinistro.

¹³ De notar que existe um limite máximo a ser pago pelo segurador mediante os sinistros que ocorrerem, denominando-se este de capital seguro – cfr. art. 49.º da LCS.

¹⁴ “Assim, por exemplo, no seguro de vida, verificados os repectivos [sic] pressupostos, normalmente relacionados com o falecimento do tomador do seguro, a seguradora deverá proceder à liquidação de uma quantia determinada por critérios anteriormente estabelecidos” (Martinez, 2006, p. 105).

estivermos perante um seguro de danos, o montante indemnizatório diz respeito ao valor dos danos que foram sofridos¹⁵.

António Menezes Cordeiro defende que não se trata de indemnizar o tomador do seguro pelos danos que este sofreu, mas sim o segurador paga o capital seguro¹⁶, posição com a qual também concordamos. Embora o termo indemnizar possa ser utilizado deve ter-se em conta o significado que o mesmo apresenta neste caso, do contrato de seguro e em concreto da liquidação do sinistro.

2. As Alterações na Cobertura do Risco à Luz da Pandemia Covid-19

Face ao período pandémico causado pela Covid-19, criou o legislador um conjunto de medidas, excepcionais e transitórias, que colidiram com a cobertura do risco nos contratos de seguro. Estamos-nos a referir, designadamente, ao Decreto-Lei n.º 20-F/2020, de 12 de maio.

Torna-se relevante abordar estes conteúdos na medida em que colidem com um pressuposto fundamental do contrato de seguro, o risco, que, como já verificámos, não mantém uma estrutura igualitária no decorrer da vida de um contrato de seguro. E, agora ainda mais, tendo em conta a experiência excepcional vivenciada durante a pandemia causada pela Covid-19.

Sendo que é de ressaltar, desde já, que este Decreto-Lei visou essencialmente estabelecer cláusulas mais favoráveis ao tomador do seguro.

Quanto à obrigação do pagamento do prémio por parte do tomador do seguro, verifica-se uma imperatividade relativa. Na medida em que podem as partes acordar um regime mais favorável, nesta matéria, ao tomador do seguro (art. 2.º, n.º 1, do DL n.º 20-F/2020). Nomeadamente, no que diga respeito ao:

- pagamento do prémio em data posterior à do início da cobertura dos riscos,
- afastamento da resolução automática ou da não prorrogação em caso de falta de pagamento,
- o fracionamento do prémio,

¹⁵ Antunes, 2020, p. 717.

¹⁶ Cordeiro, 2017, p. 594.

- a prorrogação da validade do contrato de seguro,
- a suspensão temporária do pagamento do prémio, e
- a redução temporária do montante do prémio em função da redução temporária do risco – art. 2.º, n.º 2, do DL n.º 20-F/2020.

Embora sejam apresentadas todas estas possibilidades de beneficiação de um regime mais favorável, o carácter oneroso do contrato de seguro deve ser mantido, sem mais¹⁷.

Verificado que seja o incumprimento da prestação incumbida ao tomador do seguro, está o segurador obrigado a prorrogar o contrato, por um período acrescido de 60 dias, contados a partir da data do vencimento do prémio.

No que concerne à suspensão das atividades dos tomadores do seguro ou na sua redução¹⁸, à luz dos entraves provocados pela pandemia, pode o tomador do seguro instar que estas circunstâncias devam ser tidas em conta no prémio do seguro, assim como poderá, eventualmente, e no caso da sua situação económica se mostrar verdadeiramente afetada pela pandemia, requerer o fracionamento do prémio, sem que deste possam advir custos adicionais (art. 3.º, do DL n.º 20-F/2020).

Um conjunto de medidas que têm em atenção a parte mais fraca de um contrato de seguro, o tomador do seguro, e que revelaram um carácter bastante importante aquando da vivência deste período, uma vez que quer se trate de um tomador de seguro singular ou coletivo (empresas) certamente que viram as suas economias reduzir em virtude deste acontecimento inesperado.

3. Regime de Teletrabalho e o Impacto da Pandemia nos Acidentes de Trabalho e nos seguros respetivos

3.1. Acidentes de Trabalho

Um acidente de trabalho adquire um grau de proteção tão elevado, que a própria Constituição da República Portuguesa (CRP) dispõe que qualquer trabalhador tem o

¹⁷ Ramos, 2020, p. 776.

¹⁸ Incluem-se situações como: “a) Tomadores de seguros que desenvolvem atividades que se encontram suspensas, por força de medidas excecionais e temporárias adotadas em resposta à pandemia da doença COVID-19; b) Tomadores de seguros cujos estabelecimentos ou instalações ainda se encontrem encerrados por força de medidas excecionais e temporárias adotadas em resposta à pandemia da doença COVID 19; c) Tomadores de seguros cujas atividades se reduziram substancialmente em função do impacto direto ou indireto dessas medidas” (Ramos, 2020, p. 784).

direito a ser assistido e, com os emolumentos necessários à reparação de um efetivo acidente de trabalho ou, doença profissional [art. 59.º, n.º 1, al. f), da CRP].

Não obstante esta menção na CRP, verifica-se a existência de um regime especial que regula os Acidentes de Trabalho e as Doenças Profissionais, por meio da Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro (doravante designada de LAT).

Tendo em conta a Lei acima enunciada, importa, então, esclarecer segundo a mesma qual o conceito de acidente de trabalho. Para tal, olhemos para o vertido no art. 8.º, n.º 1, que nos refere que se considera 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”. Verificamos que não nos encontramos na presença de uma definição de acidentes de trabalho única, na medida em que um conceito fechado de acidentes de trabalho acabaria por excluir muitos eventos¹⁹. Deste modo, o legislador limitou-se a juntar os dois pressupostos necessários para estarmos na presença de um acidente de trabalho: o tempo e o local de trabalho.

Perante tal definição, importa elucidar ainda o que é que se entende por local de trabalho. Presumindo-se aquele em que o trabalhador se encontra a prestar a sua atividade e sob a subordinação jurídica do empregador [art. 8.º, n.º 2, al. a), da LAT].

O conceito de acidente de trabalho abrange ainda outras hipóteses, mencionadas no art. 9.º da LAT, de entre elas observamos, apenas uma delas, uma vez que será aquela sobre a qual incidiremos o nosso estudo:

- O acidente que se verifique no percurso de ida e regresso entre o local de trabalho e a residência habitual do trabalhador (art. 9.º, n.º 1, alínea a), da LAT) – denominado por acidente *in itinere*.

Ora, para que estejamos na presença de um acidente *in itinere* é necessário que se verifiquem dois pressupostos. O primeiro é que o acidente tem de decorrer no trajeto que

¹⁹ Comparativamente, olhemos para o ordenamento jurídico vizinho (espanhol) que define acidentes de trabalho como “(...) toda lesión corporal que el trabajador sufra com ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena” (artículo 156, n.º 1, da Ley 8/2015, de 30 de octubre – Ley General de la Seguridad Social). Perante tal definição, somos em crer que se encontram excluídos os trabalhadores independentes na medida em que esta definição apenas abarca os trabalhadores por conta alheia, presumindo-se aqueles que detenham um contrato de trabalho. Na nossa esteira, o ordenamento jurídico espanhol conceitua o acidente de trabalho de uma forma errónea, por um lado, por só englobar neste conceito os trabalhadores por conta de outrem e, por outro lado, por se referir apenas a uma lesão corporal, excluindo qualquer outro tipo de acidente que possa ocorrer (Pereira, 2022, p. 12).

é normalmente utilizado pelo trabalhador, enquanto que o segundo nos remete para o tempo que é habitualmente gasto, no percurso de ida e regresso do trabalho, ou seja tem de ocorrer dentro desta estimativa de tempo (art. 9.º, n.º 2, da LAT).

Contudo, o legislador faz ainda uma enumeração, na nossa opinião exemplificativa, de algumas paragens/trajetos que poderão ser utilizados pelos trabalhadores, neste percurso de ida e regresso ao trabalho. E, exemplificativamente, na medida em que “a construção dos acidentes *in itinere* tem origem na jurisprudência e só ela tem a capacidade de acompanhar, regularmente, a evolução natural da sociedade, competindo-lhe a apreciação de cada caso concreto”²⁰. Não se verificando deste modo, a exclusão de paragens que vão acompanhando o crescimento das sociedades.

Mas a grande dúvida que subsiste no caso dos acidentes *in itinere* é o facto de saber onde é que se inicia o percurso que é coberto pelo seguro e onde é que o mesmo termina. Esta é uma questão que persiste ainda nos dias de hoje. Inicia-se “(...) quando o trabalhador acede à via pública ou deve considerar-se que o seu início ocorre antes, quando o trabalhador abandona a sua fração ou moradia unifamiliar e entra nas áreas comuns ou pertencentes àquele?”²¹.

Abstendo-se o legislador de responder à questão acima formulada, somos em crer que este teve por objetivo deixar em aberto esta situação, para que se pudesse abarcar todas as situações que se poderiam ver excluídas caso o legislador optasse por efetuar uma lista taxativa de situações, pelo que neste caso poderá ser avaliado caso a caso²².

A existência de um seguro de acidentes de trabalho é obrigatória. No que toca ao seguro de acidentes de trabalho por conta de outrem²³ este deve ser efetuado pela entidade

²⁰ Pereira, 2022, p. 31.

²¹ Pereira, 2022, p. 34.

²² Para corroborar a nossa opinião atentemos em dois acórdãos. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 1357/14.4T2SNT.L1-4, de 11-10-2017, relatora Paula Santos, que nos profere que “a actual [sic] norma que resulta do artigo 9.º n.º 2 b) da Lei 98/2009 de 4 de setembro (LAT) deve ser interpretada no sentido de abranger os acidentes ocorridos entre a porta da residência do trabalhador, que dá para o pátio da mesma, e o portão de acesso à via pública seja aquela residência um prédio ou uma moradia unifamiliar”. Neste sentido vem, também, o Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, processo n.º 375/12.9TTLRA.C1.S1, de 18-02-2016, relator Ana Luísa Geraldes, dirimir que “(...) deve interpretar-se os actuais [sic] normativos como integrando no seu âmbito de aplicação o acidente ocorrido nos espaços exteriores à habitação do sinistrado, ainda antes de se entrar na via pública, independentemente de se tratar de espaço próprio deste ou de espaço comum a outros condóminos ou proprietários, bastando que para tal já tenha sido transposta a porta de saída da residência, desde que a vítima se desloque para o local de trabalho, segundo o trajecto [sic] normalmente utilizado e durante o período de tempo habitualmente gasto pelo trabalhador”.

²³ Por trabalhador por conta de outrem, entende-se “(...) o trabalhador vinculado por contrato de trabalho ou contrato legalmente equiparado, bem como o praticante, aprendiz, estagiário e demais situações que

empregadora junto de uma seguradora, albergando no mesmo todos os seus trabalhadores, tenham eles um carácter efetivo ou um carácter temporário.

A preocupação pela existência deste seguro de acidentes de trabalho prende-se com o facto de se poder ver salvaguardada não só a saúde dos trabalhadores, mas também a compensação que advirá pela verificação de um acidente de trabalho.

Corroborando todo o entendimento acima proferido,

“em Portugal, todas as entidades empregadoras são obrigadas a garantir aos funcionários o seguro de acidentes de trabalho. Este seguro serve para garantir os cuidados médico-hospitalares e indemnizações necessários à compensação dos danos sofridos pelos trabalhadores, em caso de acidente ocorrido durante o horário de trabalho ou no percurso de e para o local de trabalho”²⁴.

3.2. Regime de Teletrabalho

Com a pandemia originada pela Covid-19, também o Regime de Teletrabalho sofreu alterações neste âmbito, uma vez que a dado momento foi implementada a obrigatoriedade de prestar trabalho neste regime e demonstrou-se necessário adaptar-se às condições vivenciadas naquele período. As alterações que modificaram o regime do teletrabalho foram implementadas por meio da Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro, que veio não só aditar alguns artigos ao Código do Trabalho, bem como alterar outros. Ressalva-se que qualquer referência ao Código do Trabalho neste capítulo, terá por base as alterações efetuadas por meio desta Lei.

Assim, e para que nos possamos encontrar no mesmo ponto de partida, importa desde logo deslindar o conceito de teletrabalho. O legislador definiu-o no art. 165.º, n.º 1, do CT como “a prestação de trabalho em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, em local não determinado por este, através do recurso a tecnologias de informação e comunicação”.

De notar, que o regime de teletrabalho depende sempre do acordo das partes e deve constar em documento escrito (art. 166.º, n.º 2, do CT).

devam considerar-se de formação profissional, e, ainda o que, considerando-se na dependência económica do tomador do seguro, preste determinado serviço” [cláusula 1.ª, al. e), da Portaria n.º 256/2011, de 5 de julho].

²⁴ Trindade Seguros.

É importante fazer uma ressalva e referir que os trabalhadores que se encontrem a prestar trabalho em regime de teletrabalho têm os mesmos direitos e deveres que aqueles que se encontrem a prestar trabalho na sede da empresa, em regime presencial, e que detenham uma categoria igual ou idêntica (art. 169.º, n.º 1, do CT). E, esta igualdade de direitos reverte logo para o ponto que nos interessa para o caso em estudo e que diz respeito à igualdade de reparação dos acidentes de trabalho.

Não obstante, e no seguimento da linha de pensamento anterior, também o trabalhador terá o dever de “observar as diretrizes do empregador em matéria de saúde e segurança no trabalho” [art. 169.º-B, n.º 2, al. d), do CT], de modo que se possa evitar o maior número de acidentes de trabalho possíveis. E embora assista este dever ao trabalhador, também o empregador deve, tendo em conta a privacidade do trabalhador, assegurar os meios necessários de segurança e saúde no trabalho (art. 170.º-A, n.º 2, do CT). Neste sentido, o empregador poderá fazer uma visita ao trabalhador afim de verificar todas as condições de trabalho, mas apenas durante o decorrer do horário laboral e com um aviso prévio de 24 horas (art. 170.º, n.º 2, do CT).

Não se conseguindo precaver o acidente de trabalho, e tendo-se verificado a ocorrência deste, então para estes efeitos considera-se acidente de trabalho ocorrido em regime de teletrabalho aquele que se tenha desenrolado no tempo e no local de trabalho. E o que é que se entende neste contexto por tempo e local de trabalho? Ora por **tempo de trabalho** depreendemos aquele em que o trabalhador “(...) comprovadamente, esteja a prestar o seu trabalho ao empregador”²⁵ (art. 170.º-A, n.º 5, do CT), ao passo que por **local de trabalho** entendemos aquele em que o trabalhador execute “(...) habitualmente a sua atividade (...)” (art. 170.º-A, n.º 5, do CT).

E é neste ponto de aferição de eventual acidente de trabalho que demonstra uma enorme relevância o acordo escrito entre o trabalhador e o empregador, para a subordinação a este regime de trabalho. Não bastando este acordo escrito entre o empregador e trabalhador para formalizar este regime, deve também a entidade patronal comunicar à sua seguradora quais os trabalhadores que se encontrem a prestar trabalho no regime de teletrabalho, com a indicação do local e tempo de trabalho, com a discriminação do horário laboral, sob

²⁵ Quanto ao tempo de trabalho é importante fazer-se uma ressalva, na medida em que é considerado tempo de trabalho “(...) além do período normal de laboração, o que preceder o seu início, em atos de preparação ou com ele relacionados (...)” (ASF, s.d.).

pena de caso ocorra um evento futuro e danoso neste regime de prestação de trabalho a seguradora se recusar a cobri-lo.

Uma vez que, hoje em dia, se verifica uma preocupação acrescida pela proteção dos dados pessoais e pela privacidade de cada ser humano, então, neste caso, ainda mais é preciso ter isso em atenção, não devendo, por exemplo, o empregador incomodar o trabalhador no seu período de descanso (art. 199.º-A, n.º 1, do CT).

4. Contexto Prático: análise de situações concretas

Perante todos o que vem dito anteriormente, pensemos agora em situações práticas concretas.

4.1. Caso 1: do conceito de “trajeto para o trabalho”

Observemos a situação em que um trabalhador que se encontra em regime de teletrabalho ao levantar-se da cama, para se dirigir para o seu local de trabalho, na sala de estar da sua casa sofre uma entorse num pé.

Uma vez que, o seguro de acidentes de trabalho cobre os acidentes que aconteçam aquando do trajeto de ida e regresso para o trabalho dos trabalhadores, é nesta situação considerado o trajeto para o trabalho?²⁶ Na nossa opinião será.

E, sendo considerado o trajeto para o trabalho, o acidente de trabalho só poderá ser coberto pela seguradora, na nossa opinião, se a entidade empregadora deste trabalhador tiver comunicado à seguradora que este trabalhador em concreto se encontrava a prestar trabalho com recurso ao regime de teletrabalho, e indicando ainda qual o local de trabalho (morada) em que o trabalhador se encontrava a prestar o trabalho. Neste caso seria em sua casa (sala de estar), e o tempo do trabalho, o horário laboral.

Contudo, debruçamo-nos até agora a caracterizar o evento danoso ocorrido como acidente de trabalho, mas “(...) nem todos os acidentes ocorridos com trabalhadores que se

²⁶ Na mesma linha de pensamento observe-se o caso do Tribunal Social Federal - *Bundessozialgericht* - (processo n.º B 2 U 4/21 R), que tratou um evento aleatório, futuro e danoso, que ocorreu em regime de teletrabalho, onde o trabalhador escorregou e partiu uma vértebra torácica quando se deslocava da cama para o seu local de trabalho, o seu escritório de casa. Tendo este acontecimento sido considerado pelo Tribunal em questão como acidente de trabalho (Weg vom Bett ins Homeoffice gesetzlich unfallversichert, 2021).

encontram em teletrabalho, devem ser qualificados como acidentes de trabalho”²⁷. É necessário avaliar todas as circunstâncias em que o mesmo ocorreu o que, em regime de teletrabalho, se torna mais complexo uma vez que se tem de respeitar a vida privada de cada ser humano.

“(…) o ato, no contexto do qual ocorre o acidente, tem de servir os interesses do empregador”²⁸. Não bastando apenas indicar que ocorreu aquele acidente, sendo necessário mostrar provas que o mesmo ocorreu e se deveu pelo facto de estar a efetuar a prestação de trabalho. Este deve ter ocorrido quer antes do período de laboração, no que respeite a atos preparatórios do mesmo, durante o período de laboração, ou até mesmo em atos posteriores que se demonstrem necessários para a conclusão do trabalho.

Por outro lado, pensemos num outro cenário no qual o trabalhador em questão ao invés de sofrer a entorse quando se deslocava para o local de trabalho, sofre a entorse no pé quando a meio da manhã decidiu ir à cozinha beber um copo de água. É aqui considerado um acidente de trabalho? Nomeadamente de ida e regresso para o local de trabalho? Mais uma vez a nossa posição vai no sentido que deva ser. E deve ser na medida em que o art. 9, n.º 2, al. e), da LAT, dita que devem ser considerados acidentes de trabalho aqueles que ocorram “entre o local de trabalho e o local da refeição”. E, o facto de ir beber um copo de água encerra uma necessidade atendível do ser humano.

Perfilhando a opinião de Nuno Morgado, Vasco Marques e Tobias Hamann e atendendo à nova realidade que veio agora a ser implementada, em virtude da pandemia Covid-19, embora já existisse, vulgarizou-se o recurso ao teletrabalho. Acontece que o conceito de acidentes de trabalho não foi pensado na sua totalidade. Isto porque não se pensou propriamente nos acidentes de trabalho que pudessem ocorrer aquando da prestação de trabalho com recurso à modalidade acima apresentada. É neste seio, e nas questões que acima desenvolvemos que necessitamos que se verifique um maior número de litígios que discutam questões como as apresentadas para que possa ser estabelecido um critério interpretativo com base na jurisprudência²⁹.

²⁷ Morgado N. F., Marques V. de A., & Hamann T., 2022.

²⁸ Morgado N. F., Marques V. de A., & Hamann T., 2022. Tomando a linha de pensamento de Nuno Morgado, Vasco Marques e Tobias Hamann “(…) pensemos, por exemplo, no trabalhador que interrompe a prestação de trabalho, apesar de estar dentro do seu horário de trabalho, para iniciar a preparação de uma refeição ou para brincar com os filhos e sofre um acidente durante o período normal de trabalho.

²⁹ Morgado N. F., Marques V. de A., & Hamann T., 2022.

4.2. Caso II: do regime híbrido da prestação do trabalho

Analiseemos uma outra situação, que se vislumbrará certamente com mais frequência nos dias de hoje, e que respeita a um modelo híbrido de prestação de trabalho.

Examinemos o caso de um trabalhador que presta o seu trabalho com recurso a um regime híbrido, onde como bem sabemos a opção por se deslocar à empresa para prestar trabalho, isto é, de modo presencial, ou por outro lado opta por prestar trabalho com recurso ao teletrabalho, fica a cargo do trabalhador. Peguemos no caso anterior e, no dia deste acidente, como saberíamos que o trabalhador ia prestar uma ou outra modalidade de trabalho? E, atendendo ao facto que o trajeto de ida e regresso para o trabalho, no caso do regime presencial, estaria assegurado pelo seguro de acidentes de trabalho, a partir do momento em que o trabalhador saísse da porta de sua casa para a rua já não estaríamos, então, na presença de um acidente de trabalho?

De notar, que tal como no caso anterior, também aqui deve ser comunicado à seguradora que o trabalhador neste caso se encontrava a prestar trabalho num regime “flexível”. No entanto, o que se verifica muito nos dias que correm é que as entidades empregadoras não comunicam estes dados às seguradoras, que por seu turno, por não terem conhecimento destas situações, se recusam a assegurar a cobertura dos acidentes de trabalho.

O facto de ficar na opção do trabalhador a escolha dos dias em que presta determinado tipo de regime de trabalho (presencial ou teletrabalho) pode levar as seguradoras, quando ocorra um “acidente de trabalho”, a pôr em questão esse evento, uma vez que este pode ter ocorrido dentro da residência, mas ocorreu antes ou depois do horário laboral? Ia prestar um ou outro regime de trabalho? Quando é que se iniciaria o trajeto coberto pelos acidentes *in itinere*?

Questões estas que teriam uma resposta mais fácil caso estas situações fossem todas ponderadas por acordo escrito entre o trabalhador e o empregador, ao invés de ficarem dependentes da escolha do trabalhador.

Uma vez que, e em termos conclusivos relativamente a esta situação, se nesse dia o trabalhador fosse prestar trabalho com recurso ao modelo de teletrabalho então, os acidentes *in itinere* que se poderiam ver cobertos pelo seguro de acidentes de trabalho, seriam aqueles que ocorressem dentro da “habitação”, como no Caso I. Ao passo que, caso o trabalhador optasse pelo regime presencial, os eventos futuros e danosos que poderiam ser considerados como acidentes *in itinere* seriam aqueles que ocorressem

quando o trabalhador transpusesse a porta de sua casa, para a rua (entendendo-se aqui por rua os espaços exteriores da habitação, e depois a via pública).

Conclusão

Perante o estudo realizado foram explicitados não só os elementos que devem constar de um contrato de seguro, assim como se analisou jurisprudência para que a compreensão da presença de alguns pressupostos e elementos fosse mais clara.

Face à situação de pandemia que vivenciámos, mostrou-se relevante abordar as alterações que foram feitas ao contrato de seguro, mesmo que estas sejam apenas temporárias e excepcionais, que como verificámos mexiam com um elemento particular e crucial do contrato do seguro, o risco. Estas medidas tinham por objetivo proteger a parte mais fraca desta relação contratual, o tomador do seguro.

Mas não se verificaram alterações, no seio do período conturbado que se vivenciou, apenas relativamente ao contrato de seguro. O regime de teletrabalho também sofreu alterações por força da pandemia Covid-19, importando deste modo estudar este “novo” regime e as suas implicações no contrato de seguro, que certamente vigorará em maior escala nos dias que se seguem, demonstrando-se aí a sua pertinência.

Enquanto trabalhadores encontramos-nos sujeitos a que possam ocorrer eventos futuros e danosos, por outras palavras, situações adversas com as quais não estamos a contar. Certo é, e bem sabemos, que se estes eventos preencherem os devidos requisitos (nomeadamente os estipulados na LAT) podem ser considerados um acidente de trabalho. A par da LAT, também, a jurisprudência tem um papel fulcral na caracterização destes eventos como possíveis acidentes, uma vez que cada caso é um caso e a LAT não previu infames situações que poderiam suceder.

Falou-se do regime de teletrabalho e do contrato de seguro de acidentes de trabalho, com intuito de chegar à junção dos dois temas, isto é, a possibilidade de se verificar a ocorrência de um acidente de trabalho, aquando da prestação de trabalho com recurso à modalidade de teletrabalho.

Perante a junção das querelas acima enunciadas chegámos à conclusão que ainda existem muitas questões que ficam por debater. De entre elas encontramos, por exemplo no caso dos acidentes *in itinere* a questão de saber onde é que começa e termina o percurso que é

assegurado pelos acidentes de trabalho? E, se por outro lado acrescentarmos à situação descrita anteriormente o facto de o trabalhador em questão se encontrar num regime de teletrabalho, como é que se classifica um acidente deste tipo? Como é que aferimos o mesmo?

Quanto à primeira questão somos em crer que o seguro assegura a cobertura de um sinistro após a saída da porta de casa para a rua. Se por acaso o trabalhador se encontrar em regime de teletrabalho então, caso ocorra um sinistro, por exemplo quando este se dirigia da sua cama para o seu local de trabalho, a sala de estar, também aqui deve ser considerado como um acidente de percurso de ida para o local de trabalho.

O contrato de seguro é deveras um tema atual, e que não passa despercebido na vida de qualquer cidadão. Fique este a dever-se ao trabalho, ou à própria vida do cidadão, entre outras situações. Revelando-se deste modo, a importância da abordagem destes temas e dos corolários pelos quais os mesmos se pautam.

Referências Bibliográficas:

Antunes, J. A. (2020). *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina.

ASF. (s.d.). *Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões*. Obtido em janeiro de 2023, de Seguro de Acidentes de Trabalho - Teletrabalho: <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/3415F1A5-2446-4384-95C4-A1C527D2651D.htm>

Cordeiro, A. M. (2017). *Direito dos Seguros* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.

Martinez, P. R. (2006). *Direito dos Seguros - Apontamentos* (1ª ed.). Cascais: Principia.

Moreira, S. & Nogueira, J. R. (28 de abril de 2020). (D.-G. d. Saúde, Ed.) *Saúde e Trabalho medidas de prevenção da COVID-19 nas empresas*. Obtido em janeiro de 2023, de <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/saude-e-trabalho-medidas-de-prevencao-da-covid-19-pdf.aspx>

Morgado N. F., Marques V. de A., & Hamann T. (07 de Janeiro de 2022). Acidentes de trabalho em teletrabalho. *Um contributo da jurisprudência alemã*. Obtido em janeiro de 2023, de

https://www.plmj.com/xms/files/03_Novidades_legislativas/2022/01_janeiro/NI_Acidentes_de_trabalho_em_teletrabalho.pdf

Pereira, S. M. (2022). *Acidentes de trabalho e a sua descaraterização. Um especial enfoque em torno das problemáticas derivadas da pandemia Covid-19*. Dissertação de Mestrado, Instituto Superior de Contabilidade e Administração Politécnico de Coimbra, Coimbra . Obtido em janeiro de 2023, de https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/40424/1/Sara_Pereira.pdf

Protesto, D. (26 de maio de 2022). *Regras e Direitos para o Teletrabalho*. Obtido em 16 de janeiro de 2023, de <https://www.deco.proteste.pt/dinheiro/emprego/dicas/regras-direitos-para-teletrabalho?p=1>

Ramos, M. E. (Junho de 2020). Ordem dos Advogados. *Contrato de Seguro e Cobertura de Riscos associados à pandemia de Covid-19*. Obtido de <https://portal.oa.pt/media/132101/maria-elisabete-ramos.pdf>

Trindade Seguros. (s.d.). *Ramo Acidentes de Trabalho - Prémio Fixo e Variável*. Obtido em 12 de maio de 2022, de <https://trindadeseguros.pt/premio-fixo/>

Vicente, I. (14 de março de 2020). Como funciona o seguro em teletrabalho? *Expresso*. Obtido em janeiro de 2023, de <https://expresso.pt/economia/2020-03-14-Como-funciona-o-seguro-em-teletrabalho->

Weg vom Bett ins Homeoffice gesetzlich unfallversichert, B 2 U 4/21 R (Tribunal Social Federal 12 de agosto de 2021). Obtido em janeiro de 2023, de https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021_37.html

La calificación de accidentes de trabajo en el trabajo a distancia

M.Sc. Luis E. Alemán-Madrigal¹

Abstract

La globalización, la evolución de los medios tecnológicos y la pandemia ocasionada por la COVID-19 constituyen factores que han incidido en la transformación de las relaciones laborales. Uno de los aspectos que se ha visto modificado es el lugar de ejecución del trabajo, siendo una realidad la descentralización de los puestos de trabajo, movilidad que trae aparejada nuevos desafíos al Derecho del Trabajo.

El trabajo a distancia se perfila como una modalidad de ejecución del trabajo que no es ajena a la ocurrencia de accidentes que pueden alterar la salud del trabajador, en consecuencia ¿cómo calificamos los accidentes que ocurran al trabajador bajo esta modalidad?

A través del método abstracto-concreto, de análisis-síntesis y con la técnica de investigación documental de fuentes directas de información, se proponen los elementos que se deben tomar en consideración en la calificación de los accidentes que ocurren al trabajador a distancia.

Se determina que los elementos tipo de lesión y nexo directo e indirecto en la calificación de los accidentes, constituyen las variables que todo calificador de la contingencia debe de considerar en su labor garantizando así una correcta aplicación de la norma jurídica.

Key Words

Riesgos de trabajo; accidente de trabajo; trabajo a distancia.

¹ Doctorando en Derecho por la Universidad Americana y Doctorando en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor de las asignaturas: Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. ORCID: 0000-0003-3318-6967

Sumario

Introducción 1. La delimitación conceptual del accidente de trabajo 1.1 Concepto de accidente de trabajo 1.2 La interpretación extensiva del accidente de trabajo 1.3 La delimitación negativa del accidente de trabajo 2. El trabajo a distancia 2.1 Concepto de trabajo a distancia 2.2 Modalidades de trabajo a distancia 3. El accidente de trabajo en el trabajo a distancia 3.1 La determinación de laboralidad de los accidentes ocurridos en el trabajo a distancia 3.2 La tendencia jurisprudencial en la calificación 4. A modo de reflexión final Lista de referencias

Introducción

A partir de la década de los 70's el derecho del trabajo tal y como se había desarrollado durante todo el siglo XX con la consolidación de los Estados Sociales entró en crisis, afectando en distintos niveles los parámetros políticos, ideológicos, económicos, tecnológicos y productivos.

La globalización y el liberalismo de los mercados de trabajo se vieron reflejados en la estructura y organización cambiantes del trabajo y el empleo: reingeniería empresarial, reducciones de plantilla, deslocalización, crecimiento de pequeñas y medianas empresas, etc.

Entre los múltiples factores que desencadenó la crisis, uno de los principales cambios instaurados en las relaciones de trabajo corresponde a la organización y formas de producción de las empresas, como consecuencia de las presiones competitivas generadas por la globalización.

En estas nuevas formas de organización se diluye la importancia de la concentración de trabajadores en un mismo espacio físico y se incrementa la división interempresarial a través de la externalización y del trabajo en red, acentuándose la diversificación de las condiciones de trabajo, modificándose las tradicionales formas de ejecutar el trabajo subordinado.

Con la modalidad del trabajo fuera de las instalaciones previstas por el empleador, se avecinan infinidad de conflictos inimaginables e impensados, pues los trabajadores se ven

frente a nuevos riesgos ante las que no resulta tarea fácil determinar su naturaleza común o laboral.

Pensada como medida para la reducción de los contagios de la enfermedad, garantizar los puestos de trabajo y evitar la suspensión de los contratos de trabajo, es innegable que la pandemia generada por la COVID-19 incrementó el trabajo a distancia a nivel global alcanzando en el segundo semestre del 2020 hasta el 17.4% de personas en el mundo (alrededor de 557 millones) .

De acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo (2021), en lo sucesivo OIT, en América Latina en el peor momento de la pandemia (segundo trimestre del 2020), unas 23 millones de personas transitaron hacia el trabajo a distancia, siendo un total de entre el 20% al 30% de la población asalariada los que ejercieron su labor en un lugar distinto al del centro de trabajo, cifra que antes de la pandemia era inferior al 3%.

El derecho positivo laboral en una gran mayoría de ordenamientos jurídicos, se configuró a partir de circunstancias particulares vividas a finales del siglo XX, siendo múltiples los supuestos en los que el derecho explícito y taxativo del trabajo resulta insuficiente para resolver conflictos derivados de las nuevas formas de trabajo. Lo anterior ocasiona que la ausencia de bases teóricas y criterios jurisprudenciales sobre los accidentes de trabajo y el trabajo a distancia, no favorece en la práctica administrativa y jurisdiccional, la correcta calificación de las contingencias acontecidas.

Resulta complejo para los trabajadores, empleadores, autoridades administrativas y jurisdiccionales, la correcta determinación de los accidentes que se producen en el trabajo, dificultad que se deriva de un lado por lo casuístico de los accidentes que se suscitan en las distintas formas de trabajo y también por la falta de bases doctrinales que permitan abordar de forma adecuada las contingencias originadas en el trabajo.

Analizando la modalidad del trabajo a distancia como género, se logrará diferenciar entre las diferentes especies que existen, conceptualizándolas, caracterizándolas y estableciendo sus diferencias, a la vez, se propondrán criterios para la calificación y determinación de los accidentes ocurridos en el trabajo bajo esta modalidad.

Se pretende proponer las bases teóricas y los criterios jurisdiccionales que permitan determinar en la actual práctica administrativa y judicial, la naturaleza de los accidentes ocurridos en la modalidad del trabajo a distancia, con la finalidad de colaborar con una

calificación de las contingencias ajustada a Derecho, garantizando a los trabajadores salud y seguridad en el trabajo.

1. La delimitación conceptual del accidente de trabajo

La mayor intensidad de la acción protectora derivada de las contingencias de origen laboral —especialmente de la protección otorgada por los sistemas de seguridad social—, ha generado que los trabajadores procuren la obtención de la calificación de los accidentes ocurridos como de trabajo, a fin de obtener mayores beneficios.

Entre la casuística que envuelven los accidentes de trabajo, una de las principales dificultades que se encuentra en la práctica resulta en la calificación de la contingencia de parte de los empleadores, autoridades administrativas y judiciales de los accidentes acaecidos .

Pareciera fácil y sencillo establecer el origen laboral de un accidente, no obstante, devienen numerosos supuestos, a través de los que, sin un correcto manejo de las bases doctrinales y legislativas de lo que se debe entender por accidente de trabajo, podría resultar una tarea compleja por los múltiples factores que suelen rodear los accidentes .

1.1 Concepto de accidente de trabajo

La labor de calificación de la naturaleza de las contingencias ocurridas en el centro de trabajo empieza con la identificación de elementos comunes a los que las regulaciones hacen referencia : tipo de lesión, causa violenta, repentina e imprevista, y la relación entre la causa del accidente y el trabajo realizado .

Otro elemento a considerar en la calificación es la presunción favorable a la calificación del accidente como de trabajo cuando se produce en el centro de trabajo y dentro de la jornada de trabajo normal o extraordinaria, presunción establecida en los ordenamientos jurídicos cuando la experiencia del legislador permite dotar de seguridad jurídica a determinadas situaciones de difícil prueba.

Existe concordancia en la doctrina (Asquerino Lamparero, Fernández Marcos, Gorelli Hernández et al., Kahale Carrillo, Sánchez Pérez, Suárez Fernández, etc.) en que toda definición de accidente de trabajo, se debe constatar los siguientes elementos característicos en su ocurrencia : en primer lugar un elemento objetivo, esto es la producción de una lesión corporal que se traduce en el daño en la salud del accidentado;

el elemento subjetivo corresponde a la condición del trabajador por cuenta ajena de quien sufre la lesión; por último tenemos el elemento causal que es la existencia del nexo entre el trabajo prestado y la lesión padecida.

1.2 La interpretación extensiva del accidente de trabajo

Los tres elementos básicos que componen el concepto de accidente de trabajo: la lesión corporal, el trabajo a cuenta ajena y la relación de causalidad entre trabajo realizado y accidente acaecido, poseen la elasticidad suficiente que les permite la apertura de la consideración como accidentes de trabajo a nuevos supuestos, es así que tanto la seguridad social, como el ordenamiento jurídico laboral amplían su campo material a nuevos supuestos que aparentemente rompen el requisito por excelencia de todo accidente laboral, la relación directa de causa a efecto entre trabajo y lesión.

Esta desvinculación con el nexo exigido por excelencia, se encuentra justificada en la decisión acertada del legislador de apostar por una definición amplia o relajada de accidente de trabajo al incluir el término “en ocasión”, generando la posibilidad de considerar como accidente de trabajo aquellos sucesos que si bien no son consecuencia directa del trabajo realizado, tienen alguna conexión con él, otorgando así una protección a una serie de supuestos que acontecen producto del desarrollo normal y habitual de la actividad laboral.

A partir de esta concepción en la que se produce una ampliación de los nexos causales, se pueden llegar a considerar como accidentes de trabajo: los accidentes in itinere; los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que —aun siendo distintas por las que fue contratado— ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empleador o que espontáneamente haya realizado en interés del buen funcionamiento de la empresa; los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo; las enfermedades no profesionales que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo como causa exclusiva la ejecución del mismo; las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente; las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el

nuevo medio en el que se haya situado el paciente para su curación; y los que sufre el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejercitan funciones propias de dichos cargos.

1.3 La delimitación negativa del accidente de trabajo

Es admitido tanto por la doctrina, como por las normas internacionales y las legislaciones internas, algunos hechos que impiden la consideración de algunos supuestos como accidentes de trabajo: los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por esta la que sea de tal naturaleza que no guarde ninguna relación con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se deberá considerar como fuerza mayor extraña al trabajo la insolación y otros fenómenos análogos de la naturaleza; los que sean debidos a dolo o imprudencia del trabajador accidentado. El dolo se refiere a la voluntariedad del trabajador en provocarse a sí mismo la lesión, por lo que, en dependencia de la legislación de cada país, situaciones como el suicidio no se considera accidente de trabajo. En tanto la imprudencia puede ser de dos clases: profesional, que no impide la calificación del accidente como de trabajo entendiéndose por tal el descuido de un trabajador derivado de la confianza que tiene en su trabajo y temeraria, que implica la asunción de un riesgo de manera consciente cuyo resultado no es considerado accidente de trabajo; y los sucedidos con concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, siempre que no guarde relación alguna con el trabajo.

2. El trabajo a distancia

Se suelen asociar sin distinción términos como: trabajo flexible, trabajo remoto, oficinas virtuales, trabajo a distancia, trabajo desde casa, entorno de trabajo virtual, trabajo a domicilio, teletrabajo, etc. Diferencia que contrario a lo que a continuación se leerá, la OIT estima (2020a, pp. 6-7) son menores: “Sin embargo, existen ligeras diferencias entre estos términos. Por ejemplo, algunos pueden aludir a una medida previsional mientras que otros pueden implicar una modalidad a largo plazo. Se considera que el trabajo desde casa es una modalidad de teletrabajo en el hogar, con la diferencia de que el teletrabajo puede desempeñarse en diversos lugares alejados del lugar de trabajo principal o de los locales del empleador (como el trabajo itinerante). El trabajo a distancia se refiere a la sustitución de los desplazamientos por las telecomunicaciones. Existen algunas

diferencias entre los términos «teletrabajo» y «trabajo a distancia», principalmente que el teletrabajo es más amplio y pueda que no sustituya los desplazamientos, pero estas son relativamente menores.”

2.1 Concepto de trabajo a distancia

El trabajo en cuanto a la vigilancia del empleador y su lugar de ejecución puede ser apreciado desde dos perspectivas, por un lado, empleador y trabajador convergen en un lugar determinado para realizar las actividades y vigilar de manera directa e inmediata su realización y por otro, una actividad de vigilancia más relajada y donde la labor se realiza en un lugar distinto al cotidiano.

Estamos ante una forma de realización de la actividad laboral, distinta al tipo contractual genérico, caracterizada por su flexibilidad respecto al lugar de trabajo y tiempo de trabajo en general y jornada de trabajo en particular. (Quintanilla Navarro, 2021, p. 165).

Consiste en una forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral que se realiza en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta , durante toda su jornada o parte de ella, con carácter preponderante y como forma alternativa al trabajo presencial desarrollado en el lugar de trabajo de la empresa o donde el empleador indique que deba realizar sus servicios.

A partir de la definición ofrecida constatamos las siguientes características: 1) la actividad se realiza de manera regular, excluyendo que la actividad se realice de manera ocasional; 2) el lugar de la realización de la actividad puede ser el domicilio del trabajador o el lugar que él voluntariamente elija ; y 3) que se puede alternar entre trabajo presencial y trabajo a distancia.

La OIT (2020, p. 3) refiere que tanto el trabajo a distancia como el teletrabajo son figuras, con pocas diferencias, pues son modalidades de trabajo en la que los trabajadores desempeñan sus actividades desde una ubicación alterna a su elección, debiéndose entender por alterna la ubicación distinta a la que se espera se realice la labor; siendo habitual que esta ubicación alterna sea el domicilio del trabajador, pero también podría tratarse de distintos tipos de ubicaciones, como un espacio de cotrabajo, una cafetería o una biblioteca.

2.2 Modalidades de trabajo a distancia

Son muchas las modalidades del trabajo a distancia, cada autor ostenta una calificación diferente, no obstante, haciendo un esfuerzo por la unificación, podemos señalar como modalidades comúnmente aceptadas del trabajo a distancia: el trabajo a domicilio, el teletrabajo y el trabajo remoto.

El trabajo a domicilio, es una especie del género —que es el trabajo a distancia—, caracterizado porque la actividad desempeñada por el trabajador se cumple precisamente en su domicilio particular o en los locales que este escoja, diferentes al centro de trabajo establecido por la empresa y sin vigilancia de su empleador o sus empleadores.

Los ordenamientos jurídicos y la doctrina en un principio, lo caracterizaban como un trabajo manual; aquel en el que predominaba más el esfuerzo físico sobre el intelectual. En la actualidad, las empresas han diversificado sus sistemas productivos, llevando a que el trabajador que realice funciones de carácter intelectual, las haga en su domicilio, disminuyendo costos y mejorando su competencia.

El término trabajo a domicilio, suele ser utilizado como sinónimo de teletrabajo, no obstante, tal y como indica la OIT (2016, p. 3) no deben considerarse términos, mucho menos modalidades de trabajo equivalente, pues el teletrabajo conlleva una realización regular de la prestación fuera del establecimiento del empleador, no obstante, esta regularidad no impide que realice actividades presenciales.

El teletrabajo se define como una de las especies del trabajo a distancia en el que se utilizan herramientas tecnológicas de la información y comunicación (en adelante TIC's) durante su ejecución, organización y control del trabajo.

Para constatar su configuración, la doctrina exige la concurrencia de tres elementos: 1) elemento técnico: uso de tecnologías de información y comunicación; 2) elemento locativo: fuera de los locales de la empresa; y 3) elemento temporal: habitualidad en la prestación de servicios.

Con la definición, se entiende que el lugar de realización de la actividad es indiferente para esta modalidad de ejecución de trabajo, encontrándonos incluso con el teletrabajo internacional, definido como la forma de organización o realización del trabajo en el que se emplean TIC's en el marco de un contrato o relación laboral ejecutada en un país distinto a aquel donde se encuentra establecida la empresa que contrata al trabajador.

Esta especie indudablemente fue la que ganó mayor relevancia a raíz de la pandemia causada por la COVID-19, como consecuencia de medidas de confinamiento, prevención de contagios y con el objetivo de evitar cancelación de los contratos de trabajo.

En cuanto al trabajo remoto, se identifica como aquel que permite trabajar fuera del lugar de trabajo tradicional de la empresa, ejecutando sus proyectos y superando sus objetivos en el lugar que quiera a través de medios o equipos informáticos de telecomunicación y análogos o cualquiera que le permita realizar sus labores.

Consideramos, que más que una modalidad del trabajo a distancia, cuando se refiere a trabajo remoto, no es más que la manera en el que el interlocutor se refiere a todo aquel trabajo realizado en un lugar distinto al centro de trabajo donde el empleador realiza sus funciones.

A partir de lo expuesto, proponemos distinguir entre las modalidades de trabajo a distancia de la siguiente manera:

Trabajo a distancia	Trabajo a domicilio	Teletrabajo	Trabajo remoto
<p>Forma de organización atípica derivada de la deslocalización. Se desarrolla en un lugar remoto, distinto al centro de trabajo, normalmente elegido por el trabajador. No se exige una distancia mínima, ni máxima entre el lugar de trabajo elegido por el trabajador y la empresa. No está exento de control por parte del empleador.</p>	<p>Requiere exclusivamente la entrega de la tarea encomendada y la revisión de calidad. Puede realizar la actividad en su propia vivienda o en el local elegido por él. Con tenue vigilancia y control de su actividad por el empleador. Puede trabajar para uno o varios empleadores. Organiza su trabajo bajo su propio criterio. Asume los riesgos y casi siempre trabaja con instrumentos y máquinas propias y en su propio local.</p>	<p>El trabajador realiza el trabajo fuera de la empresa, normalmente en su domicilio particular. La elección del lugar donde se ejecutará el teletrabajo puede resultar bien del acuerdo entre las partes o es elegido en algunos casos por la empresa u en otros por el trabajador. Implica modificación en la estructura organizativa tanto en aspectos físicos como materiales. Implica utilización de nuevos elementos tecnológicos. Es necesario el uso de una red de telecomunicación</p>	<p>El trabajador realiza sus funciones en el lugar que quiera. La ejecución de sus actividades las realiza a través de medios o equipos informáticos.</p>

		que permita el contacto entre la sede de la empresa y el domicilio del trabajador. Conlleva una vigilancia empresarial de las operaciones realizadas por el trabajador: registrar el número de operaciones realizadas, el tiempo invertido en ellas, interrupciones realizadas, etc.	
Fuente: elaboración propia.			

3. El accidente de trabajo en el trabajo a distancia

Los empleadores tienen la obligación de garantizar condiciones de seguridad y salud de los trabajadores a distancia en los mismos términos y condiciones que lo hace para los trabajadores presenciales, evitando así que el trabajo realizado bajo esta modalidad caiga en situaciones de precariedad laboral.

Esta garantía deberá de incluir de acuerdo a Escobar Ledea (2022, p. 2): mantenimiento y reparaciones de los medios de trabajo, compensar los gastos en los que pueda incurrir el trabajador en el desempeño de sus actividades, capacitar a los trabajadores con la información y formación necesaria para reducir los riesgos que el trabajo a distancia trae aparejados, garantizar la desconexión digital, la prevención al ciberacoso laboral y establecer sistemas de control y supervisión que verifiquen la correcta aplicación de las disposiciones en materia de seguridad y salud sin comprometer el derecho a la privacidad.

La capacitación y formación profesional de los trabajadores a distancia, no debe limitarse a la preparación para el empleo de las herramientas tecnológicas, sino el derecho a ser informado de los riesgos que entraña la modalidad de trabajo a distancia, las medidas de prevención y los medios de trabajo correctos de cada caso en particular para minimizar los riesgos a la salud y la seguridad.

3.1 La determinación de laboralidad de los accidentes ocurridos en el trabajo a distancia

La ejecución de las actividades laborales a través de la modalidad de trabajo a distancia, no incide en los elementos a tomar en cuenta en la calificación del accidente acontecido, como lo refiere Sierra (2015, p. 226): “es el mismo con el que cuenta cualquier otra actividad laboral ordinaria desempeñada a través de instrumentos informáticos y de comunicación”, no obstante, no podemos ocultar que su determinación, conlleva una gran dificultad, pues al estar el trabajador en un lugar distinto a las instalaciones de la empresa, este tiene libertad de movilización, viéndose expuestos a riesgos que no son inherentes a su actividad laboral.

La gran mayoría de legislaciones al definir accidente de trabajo, incorporan entre sus elementos configuradores: 1) lesión corporal y 2) nexo causal. Cuando en las normas se establece que el accidente ocurre a consecuencia (nexo directo) y en ocasión (nexo indirecto) al trabajo realizado, debe entenderse que la prestación del trabajo es una de las causas de la lesión sufrida más no la única ; en todo caso, siempre deberá exigirse en la calificación la existencia del nexo de causalidad, ya sea directo o indirecto, no siendo posible la ausencia total del nexo.

Una de las dificultades señaladas al calificar la naturaleza del accidente ocurrido en el trabajo a distancia, es que en dependencia de las legislaciones a las que se circunscriba la relación de trabajo, el acaecimiento de un accidente que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo no goza de presunción *iuris tantum* , por lo que, se deberá realizar un examen de calificación de la contingencia a través del tipo de lesión y del nexo causal directo o indirecto, teniendo el trabajador el deber de probar la relación de causalidad en los casos que las autoridades encargadas de la calificación de la contingencia, descarten la laboralidad del accidente.

En cuanto a la calificación de la lesión corporal, se identificará del accidente ocurrido el perjuicio corporal de la persona trabajadora; tomando en cuenta en todo momento que la lesión puede ser inmediata o posterior, por lo que, el hecho de que el accidente no haya ocasionado en el trabajador una incapacidad temporal al trabajo de manera inmediata, no quiera decir que no lo haga en un futuro. Lo que si no puede dejar de ser requeridos en la calificación es que la lesión sea provocada por un suceso eventual o una acción involuntaria de un agente externo.

Lo que implica más problemas es establecer el nexo directo o indirecto de causalidad entre accidente y trabajo, como ya advertimos, la elasticidad de la causalidad indirecta deberá de incidir en una mayor flexibilidad en la determinación de las contingencias por las autoridades competentes.

Ahora bien, en cuanto a la identificación del lugar de trabajo, habrá que atenerse a la modalidad de trabajo a distancia elegido, por ello, la importancia de conocer las características de cada una de estas modalidades, para el caso del trabajo a distancia, la elección del lugar de trabajo reside en la voluntad del trabajador, por ello las autoridades al momento de calificar la contingencia, deberán de entrar a valorar cada relación de trabajo en particular.

Entre los criterios para determinar el origen laboral del accidente ocurrido, es identificar si la lesión se dio en el tiempo de trabajo y el lugar señalado para ejecutar la relación laboral . La cuestión en principio es sencilla si identificamos que convergen estas dos situaciones, tiempo y lugar de trabajo, siendo el elegido el domicilio y teniendo para realizar la prestación un lugar de previo señalado; la cuestión se torna complicada, cuando el trabajo a distancia es itinerante, es decir cuando se identifique que tiene distintos puestos de trabajo. En este supuesto, entrará en juego el nexo indirecto, es decir, constatar que el accidente ocurre estando en ocasión al trabajo, entendiéndose en ocasión como la situación que se da por el hecho del trabajador estar haciendo actividades que no ser por su actividad subordinada no estaría haciendo.

Ahora ¿qué pasaría en el supuesto de acontecer un accidente en tiempo y lugar de trabajo, pero la persona trabajadora se encuentra en un lugar distinto al de previo acordado? acá habrá que hacer nuevamente uso del nexo indirecto, pues si bien la persona no se encontraba en el puesto de trabajo indicado, si se encontraba en el lugar y en el tiempo de trabajo, por lo que, si bien la persona no se encontraba en su puesto de trabajo, se encontraba en su lugar de trabajo en ocasión a su relación laboral, de lo contrario, no estaría en ese espacio.

En la calificación del accidente de trabajo a distancia, la lesión a la vez debe de producirse en el tiempo de trabajo; variable sencilla de calificar a priori en aquellos supuestos donde se está ante un horario fijo, pues el tiempo de trabajo se encuentra objetivamente delimitado; así que, si partimos del nexo indirecto de causalidad, aquellas contingencias

que acontezcan en el lugar de trabajo y en el tiempo de trabajo, en principio no habría problemas en calificar su laboralidad.

Una de las características del trabajo a distancia previamente acá discutidas reside en su flexibilidad y en la autoorganización por el trabajador, adquiriendo relevancia para el caso que nos ocupa el derecho a un horario flexible; en este sentido, creemos que será el trabajador quien deberá acreditar ante las instancias competentes que se encontraba en tiempo de trabajo al momento de sufrir la lesión.

3.2 La tendencia jurisprudencial en la calificación

Advierte Olías (2023) de la tendencia con la que los trabajadores demandan protección ante los tribunales, solicitando que los accidentes que ocurren durante el teletrabajo sean considerados como laborales al encontrarse con la negativa de su calificación de parte de las autoridades administrativas o entidades privadas.

Accidentes ocurridos mientras se va al baño, se dirige o tomar agua o se sufre un infarto dentro de la jornada de trabajo, comúnmente son considerados como laborales; no obstante, quienes sufrieron la contingencia, les fue negada dicha naturaleza por el lugar donde les ocurrió, sus domicilios.

En los casos en los que ocurre una caída del lugar de trabajo al baño, se sufre una lesión al dirigirse a tomar agua o café o se sufre un infarto en la jornada de trabajo, los jueces y magistrados han determinado que no existe ruptura del nexo causal entre la lesión sufrida y el horario en el que se ejecuta el trabajo; lo que se encuentra secundado por la presunción de laboralidad de los accidentes ocurridos en el centro y horario de trabajo, en aquellas legislaciones que la ostentan.

Los órganos judiciales, a su vez en sus resoluciones, hacen uso del nexo indirecto de la conceptualización de accidente de trabajo en su labor calificadora. Los pronunciamientos judiciales encargados de dirimir la laboralidad de los accidentes ocurridos en el trabajo a distancia, han hecho uso de la interpretación amplia “con ocasión”, protegiendo las contingencias acaecidas en el teletrabajo, siempre que sucedan con ocasión al trabajo encomendando.

4. A modo de reflexión final

Resulta claro el interés de parte de los trabajadores de obtener una calificación favorable de las contingencias ocurrida como laboral, pues el ordenamiento jurídico ubica en una posición privilegiada a los accidentes laborales al no exigir requisitos de cotización previa para el acceso a las prestaciones otorgadas por el seguro social; no exigen períodos de carencia, por lo que la protección comienza desde el día de ocurrencia de la contingencia; es compatible la percepción de la prestación económica derivada de la contingencia profesional con la obtención de una remuneración; el ordenamiento jurídico laboral y de seguridad social exige al empleador, el reintegro a las laborales del trabajador en las mismas condiciones previa a la contingencia, o en condiciones nuevas que se adoptan a su capacidad al trabajo en los casos de incapacidad parcial.

El trabajo a distancia, trabajo remoto, trabajo a domicilio, teletrabajo, home office o home working son diversas modalidades de ejecución del trabajo —la que, tal y como la conocíamos desde la época industrial, parece que comienza a extinguirse, dando pautas a nuevas formas de trabajo— que, si bien no son tan novedosas, recientemente han tomado mayor notoriedad por el desarrollo tecnológico y su utilización durante períodos de aislamientos o como método para encontrar una mejor conciliación entre la vida laboral y familiar.

Las autoridades administrativas y judiciales, en el cumplimiento de la función calificadora de los accidentes ocurridos bajo la modalidad del trabajo a distancia, deben partir de la casuística que exigen los riesgos de trabajo, evitando caer en generalidades para y analizando el cumplimiento de los requisitos de lesión corporal y nexo causal, utilizando la causalidad indirecta cuando la complejidad del caso lo amerite, procurando en todo momento resguardar los derechos laborales de los trabajadores.

Lista de referencias

ASQUERINO LAMPARERO, María José (2021). La protección del trabajador a través de la presunción legal de accidente de trabajo. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 6 (2), 179-202. DOI: <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.09>

BENAVIDES, Fernando G. y SILVA-PEÑAHERRERA, Michael (2022). Datos y evidencias del teletrabajo, antes y durante la pandemia por COVID-19. Archivos de

Prevención de Riesgos Laborales, 25(2), 133-146. DOI:
<https://doi.org/10.12961/apr1.2022.25.02.06>

DÁVALOS, José (2009). Derecho individual del trabajo. 18ª ed. México: Editorial Porrúa.

ESCOBAR LEDEA, Yenifer Rafaela (2022). Teletrabajo decente: el derecho a la seguridad y la salud como pilar fundamental. Una mirada en América Latina. Cielo Laboral, (5).

FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario (2013). Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

GARCÍA MURCIA, Joaquín (2020). El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo. En ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. Tomo I. (pp. 39-61). Murcia: Ediciones Laborum.

GARCÍA PIÑERO, Nuria P. (2021). La normativa internacional y europea sobre el trabajo a distancia: los convenios y recomendaciones de la OIT. El acuerdo marco sobre teletrabajo. En Iciar ALZAGA RUIZ, Carmen SÁNCHEZ TRIGUEROS y Francisco Javier HIERRO HIERRO,, El trabajo a distancia: una perspectiva global. (pp. 83-114). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

GINÈS I FABRELLAS, Anna (coord.) (2021). Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, VÍLCHEZ PORRAS, Maximiliano, ÁLVAREZ ALCOLEA, Manuel, DE VAL TENA, Ángel Luis, GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel (2013). Lecciones de seguridad social. 3ª ed. Madrid: Tecnos.

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony (2007). Algunas consideraciones sobre el accidente de trabajo "in itinere". Revista universitaria de ciencias del trabajo, (8), 143-157.

LACAVEX BERUMEN, María Aurora de la Concepción (2009). ¿Es el teletrabajo, trabajo a domicilio? Una revisión hispanoamericana. Revista Latinoamericana de Derecho Social, (9), 89-118.

OLÍAS, Laura (2023). Los accidentes laborales durante el teletrabajo se abren paso en los tribunales. *elDiario.es* Recuperado de https://www.eldiario.es/economia/accidentes-laborales-durante-teletrabajo-abren-paso-tribunales_1_9896447.html

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros. Ginebra: Autor.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020). Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio. Ginebra: Autor.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020a). Guía para empleadores sobre el trabajo desde casa en respuesta al brote de la COVID-29. Ginebra: Autor.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2021). OIT: Al menos 23 millones de personas han transitado por el teletrabajo en América Latina y el Caribe. Recuperado de https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_811302/lang-es/index.htm

PASTOR MARTÍNEZ, Alberto (2021). La normativa internacional como instrumento de articulación de las políticas legislativas nacionales en materia de representación de los trabajadores en el contexto del trabajo a distancia y del teletrabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 9(1), 474-498.

POQUET CATALÀ, Raquel (2017). Accidente de trabajo in itinere en el teletrabajo: su difícil conjunción. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 5 (4), 40-57.

QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (2021). Concepto y modalidades del trabajo a distancia: trabajo a distancia. Trabajo presencial. Teletrabajo. En Iciar ALZAGA RUIZ, Carmen SÁNCHEZ TRIGUEROS y Francisco Javier HIERRO HIERRO, *El trabajo a distancia: una perspectiva global*. (pp. 161-190). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

RODRÍGUEZ, Álvaro San Martín (2020). Los principales retos del accidente de teletrabajo. En ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria. Tomo II. (pp. 327-334). Murcia: Ediciones Laborum.

SÁNCHEZ PÉREZ, José (2011). La configuración jurídica del accidente de trabajo. Murcia: Ediciones Laborum.

SELMA PENALVA, Alejandra (2016). El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, (134), 129-166.

SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena (2015). La retribución, suspensión y extinción en el teletrabajo. En Lourdes MELLA MÉNDEZ (ed.). Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado. (209-242). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

SIERRA BENITEZ, Esperanza Macarena (2019). El trabajo a distancia y el teletrabajo. Fiscal & Laboral, 44-51.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, Alejandro (1996). Concepto de accidente de trabajo. La relación de causalidad y sus problemas. En Alejandro SÚAREZ FERNÁNDEZ, Derecho del Trabajo. Conflictos colectivos. Seguridad Social. Derecho Procesal del Trabajo. 3ª ed. (pp. 89-118). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, SECCIÓN Nº 1 DE LO SOCIAL (2022). Sentencia No. 980. [M.P. JOSÉ LUIS ASENJO PINILLA].

O Direito à desconexão dos trabalhadores: algumas questões (ainda) sem resposta

Iva Faria

Universidade do Minho
id9893@alunos.uminho.pt

RESUMO

O mundo da tecnologia invadiu o espaço laboral ao longo das últimas décadas, o que, associado à hiperconetividade inter-relacional entre empregadores e trabalhadores, levou ao aparecimento de novas formas de prestação de trabalho, mais flexíveis e com cada vez menos necessidade de contacto entre os atores da cena laboral. Se, por um lado, se foi prescindindo da cultura presencialista no espaço físico do trabalho, por outro, a necessidade de controlo do empregador e a exigência de aumento de produtividade provocaram um intenso desgaste nos trabalhadores pondo-se em causa o seu bem-estar emocional, pessoal e familiar, invadindo-se o seu espaço privado levando ao surgimento de fenómenos como a escravidão digital e novas doenças laborais. A Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, introduziu, no ordenamento jurídico português, significativas alterações na legislação laboral com especial destaque para a inserção, na Secção II do Código do Trabalho, do artigo 199.º-A - dever de abstenção de contacto. Na senda das preocupações europeias e internacionais, que propugnam pela salvaguarda da saúde e segurança dos trabalhadores, ficou evidente que o direito ao descanso terá de ser um pilar e um ponto de partida para a determinação e organização dos tempos de trabalho. Na verdade, a criação deste novo dever do empregador pretende, acima de tudo, imputar-lhe o ónus de assegurar o cumprimento do direito de cada trabalhador ao descanso já que, o legislador português, em afastamento de outros ordenamentos jurídicos, não instituiu um direito aos trabalhadores, mas antes um dever do empregador se abster de estabelecer contactos que possam perturbar esse direito. No entanto, volvido um ano após a entrada em vigor da nova Lei, muitas questões se encontram ainda sem resposta. Desde logo, a de saber quem é que está, de facto, sujeito ao dever de abstenção de contacto já que, tal como a norma se encontra redigida, apenas se refere à figura do empregador (ou, eventualmente, do superior hierárquico do trabalhador) deixando de fora da previsão, a abstenção de contacto por parte dos colegas de trabalho. Assim, e partindo da letra da lei, o ónus de

não contactar o trabalhador deixa de se aplicar, à partida, aos contactos entre colegas de trabalho, por não cumprirem o conceito de empregador. No entanto, ao nível da União Europeia, a proposta de Diretiva relativa ao direito de desligar, propõe o alargamento deste dever aos contactos entre colegas. Uma outra questão que parece ter ficado em aberto é a de o que se entende por *contacto* já que tal não se encontra definido na Lei e terá de ser casuisticamente analisado uma vez que podemos estar perante várias tipologias de contactos moldadas por diferentes circunstâncias (veja-se, a título de exemplo, a questão de uma empresa que trabalha com mercados em distintos fusos horários). A delimitação deste conceito mostra-se de especial importância e parece-nos que carece de ser operacionalizado considerando que deixa a dúvida no ar sobre se o contacto poderá ser concretizado no período de descanso do trabalhador mesmo que não se aguarde uma resposta daquele durante esse mesmo período. O novo regime legal consagra, não obstante, uma ressalva ao dever de abstenção de contacto no período de descanso dos trabalhadores, podendo tal contacto ser realizado em situações de *força maior* e, também este conceito, levanta várias dúvidas na sua interpretação, nomeadamente, perceber-se se é subsumível a situações que encontram o seu paralelismo no trabalho suplementar, ou seja, situações em que seja indispensável o contacto para prevenir ou reparar risco grave para a empresa ou a sua viabilidade, para além das situações típicas mormente associadas a fenómenos incontroláveis e não previsíveis pela vontade do agente. Mas, como tratar as situações em que um trabalhador legitimamente recusa um contacto do empregador, por se encontrar em período de descanso, em situações em que este possa vir a comprovar a necessidade do contacto (por exemplo, por força maior)? Por último, a *ratio* do novo normativo baseia-se em proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal por forma a evitar fenómenos como o *blurring* ou como a síndrome de esgotamento profissional, ou *burnout*¹. A nova Lei deixou aos empregadores a tarefa de adotar mecanismos internos para concretização do direito de desligar sendo, a nosso ver, imperativo assegurar a participação efetiva dos parceiros sociais, bem como promover e reforçar o diálogo social. Pensamos, pois, que a negociação coletiva pode ser uma via para resolver algumas questões e para a criação de mecanismos precisos e suficientes para assegurar um nível

¹ *Burnout* ou síndrome de esgotamento profissional é um tipo específico de *stress* ocupacional que se caracteriza, sobretudo, pela exaustão emocional e pela diminuição do envolvimento pessoal no trabalho e que, desde 1 de janeiro de 2022, foi incorporada à lista das doenças ocupacionais reconhecidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

mínimo de proteção em conformidade com a legislação da União e garantir a aplicação do direito a desligar.

O Direito à desconexão dos trabalhadores: algumas questões (ainda) sem resposta

A limitação dos tempos de trabalho tem sido uma preocupação constante no âmbito do Direito Laboral, tradicionalmente motivada pela redução das jornadas intermináveis de trabalho e, mais hodiernamente, por forma a garantir o direito ao descanso dos trabalhadores e a sua estabilidade física e mental.

A revolução tecnológica associada à globalização, o uso massivo da *internet* e a hiperconetividade colocaram na mesa das reflexões urgentes o tema do direito a desligar dos trabalhadores.

Os tempos modernos estão marcados por trabalhadores que exercem as suas atividades muito para além dos seus horários de trabalho, apresentando rápidos resultados (que lhes são exigidos ou são espontaneamente apresentados), acabando por desenvolver um pânico de dispensabilidade numa manifestação clara de «FOMO - *fear of missig out*, que é uma forma de ansiedade social que origina que os trabalhadores desenvolvam quase uma relação obsessiva com as comunicações profissionais, até porque têm um grande receio que poderia denominar-se de *FOFB – fear of being fired*»². Esta realidade surge, muitas vezes, associada ao denominado pânico do esquecimento e, quer a jurisprudência³, quer a doutrina, falam já de um novo tipo de escravatura⁴.

«"Flexibilidade" é o *slogan* do dia, e quando aplicado ao mercado de trabalho augura um fim do 'emprego como o conhecemos', anunciando em seu lugar o advento do trabalho por contratos de curto prazo, ou sem contratos, posições sem cobertura previdenciária, mas com cláusulas "até nova ordem". A vida de trabalho está saturada de incertezas»⁵.

² MOREIRA (2021), p. 115.

³ Atente-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de janeiro de 2019. que refere que «a atividade do trabalhador não preenchia os requisitos para a figura de isenção de horário de trabalho que não foi criada para permitir nem permite o regime de escravidão de disponibilidade e controle permanente 24 horas por dia seis dias por semana que a entidade patronal pratica (...)» e continua «pode-se dizer que se passou da "escravatura da senzala" dos séculos XVI a IX", para "a escravatura eletrónica" do século XXI». Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f61b25673a10f428025837e0039cd13?OpenDocument>. [Consultado em 12/02/2023].

⁴ MOREIRA (2018), p. 107: «escravatura de última geração, ou escravatura do *homo connectus*».

⁵ BAUMAN (2001), p. 155.

A situação pandémica vivenciada nos últimos anos introduziu profundas alterações no modo como todos os agentes laborais encaram o mundo do trabalho e os confinamentos a que todos fomos sujeitos obrigaram a reinventar e adaptar todo o sistema de trabalho.

Os trabalhadores que conseguiram trabalhar a partir de casa (entre eles, os nómadas digitais, que realizam a sua prestação de trabalho de forma remota sem local fixo para trabalhar e que, tendo um bom acesso à *internet*, conseguem trabalhar de qualquer parte do mundo), adaptando-se ou dando continuidade ao trabalho a distância, asseguraram o seu rendimento e posto de trabalho e os empregadores foram obrigados a prescindir de algo que tanto prezavam: a cultura do presencialismo, que lhes permitia um controle direto e imediato dos trabalhadores.

No contexto dos dias de hoje e das novas relações laborais, as *soft skills* passam a ter um peso preponderante, não bastando aos trabalhadores ter uma boa capacidade técnica na execução de tarefas, mas sendo-lhes inclusivamente exigidas novas competências comportamentais e de relações interpessoais, devendo ser criativos, adaptáveis às circunstâncias, pensar criticamente e aprender de forma rápida e proactiva, além do que devem ter influência social para lidar com clientes e fornecedores e inteligência emocional para gerir os seus sentimentos e de outras pessoas.

O reverso da medalha do teletrabalho e da sua implementação obrigatória ou recomendada pelo Governo ou decidida pelo empregador merece ser analisado com grande cuidado já que, sob pretexto de confinamentos gerais obrigatórios que obrigaram a esmagadora maioria dos trabalhadores a ficar em casa, multiplicaram-se exponencialmente as horas passadas em frente a computadores, a consultar *e-mails*, em reuniões *on-line* e, rapidamente, se banalizou a expressão “estás em casa, não estás a fazer nada, por isso aproveita para ir adiantando serviço” fazendo crescer a, já grande, pressão sobre os trabalhadores.

A Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, entrou em vigor em 1 de janeiro de 2022 e veio introduzir, em Portugal, alterações significativas nas relações laborais e a principal inovação prendeu-se com o aditamento do artigo 199.º-A - dever de abstenção de contacto - na Secção II do Código do Trabalho. *In verbis*:

«Artigo 199.º-A

Dever de abstenção de contacto

1 - O empregador tem o dever de se abster de contactar o trabalhador no período de descanso, ressalvadas as situações de força maior.

2 - Constitui ação discriminatória, para os efeitos do artigo 25.º, qualquer tratamento menos favorável dado a trabalhador, designadamente em matéria de condições de trabalho e de progressão na carreira, pelo facto de exercer o direito ao período de descanso, nos termos do número anterior.

3 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n.º 1.»

O direito ao descanso surge, pois, como um direito absolutamente fundamental dos trabalhadores pelo que a determinação e organização dos tempos de trabalho surge como uma questão fulcral de análise já que «a determinação do tempo de trabalho limita a subordinação do trabalhador perante o empregador e assegura a sua liberdade pessoal, que constitui um pressuposto axiológico fundamental do vínculo laboral»⁶.

A criação deste novo dever do empregador, em deliberado afastamento das soluções jurídicas adotadas em outros países europeus, pretendeu imputar ao empregador o ónus de assegurar o cumprimento do direito do trabalhador ao descanso, abstendo-se de estabelecer contactos que possam perturbar esse direito e reforçando a ideia de que não é apenas um direito do trabalhador de não ser perturbado durante o seu período de descanso, mas também, e sobretudo, um dever do empregador em abster-se de tais atos⁷.

Neste sentido, haverá que entender a diferença entre o dever de abstenção de contacto por parte do empregador e o direito de desligamento do trabalhador já que o legislador optou por não fazer referência ao direito de desligar, referindo-se antes ao seu direito a um período de descanso e a tal facto não serão alheias as preocupações europeias.

A este respeito, veja-se, por exemplo, a Resolução do Parlamento Europeu, de 21 de janeiro de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre o direito a desligar⁸ para

⁶ RAMALHO (2016), p. 362.

⁷ Neste sentido, (AMADO, 2021): «por seu turno, (...), a inovadora norma introduzida no CT, o art. 199.º-A (complementado, em sede de teletrabalho, pelo art. 169.º-B, n.º 1, al. b)), adota também a perspetiva correta, não se limitando a enunciar um truísmo, isto é, a reconhecer ou conferir um “direito à desconexão” ao trabalhador, mas corrigindo a mira, vale dizer, afirmando, de forma expressa, o dever patronal de se abster de contactar o trabalhador, no período de descanso deste».

⁸ Resolução do Parlamento Europeu, de 21 de janeiro de 2021 que contém recomendações à Comissão sobre o direito a desligar (2019/2181(INL)). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_PT.pdf. [Consultado em 13/02/2023].

garantir um melhor equilíbrio entre vida profissional e pessoal, nomeadamente, o ponto 10 que recomenda que seja permitido aos trabalhadores «desligar os instrumentos relacionados com o trabalho e não responder aos pedidos dos empregadores fora do tempo de trabalho, sem risco de consequências adversas, como o despedimento ou outras medidas de retaliação. Em contrapartida, os empregadores não deverão exigir que os trabalhadores trabalhem fora do tempo de trabalho. Os empregadores não deverão promover uma cultura de trabalho “sempre ligado” em que os trabalhadores que renunciem ao seu direito a desligar sejam claramente favorecidos em relação aos que não o fazem. Os trabalhadores que denunciam situações de incumprimento do direito à desconexão no local de trabalho não deverão ser penalizados».

Na verdade, não existe atualmente um quadro jurídico europeu que defina e regule diretamente o direito de desligar ainda que a Diretiva 2003/88/CE, de 4 de novembro, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho⁹ refira, com grande particularidade, os períodos mínimos de descanso diário e semanal que são necessários para salvaguardar a saúde e a segurança dos trabalhadores.

No entanto, volvido um ano após a entrada em vigor da nova Lei, muitas questões se encontram ainda sem resposta.

A primeira questão prende-se com o sujeito do dever de abstenção de contacto já que a norma refere expressamente a figura do empregador (ou, eventualmente, do superior hierárquico do trabalhador) deixando de fora da previsão a questão da abstenção de contacto por parte dos colegas de trabalho.

Assim, e partindo do elemento literal, o ónus de não contactar o trabalhador deixa de se aplicar, à partida, aos contactos entre colegas de trabalho, por não cumprirem o conceito de empregador. No entanto, a nível da União Europeia, a Resolução do Parlamento Europeu *retro* enunciada, que contém recomendações à Comissão sobre o direito a desligar refere expressamente, no seu Ponto 20, “que os colegas devem abster-se de contactar os seus colegas fora do horário de trabalho acordado para fins profissionais” pelo que propõe o alargamento deste dever aos contactos entre colegas.

⁹ Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0088>. [Consultado em 13/02/2023].

Uma outra questão que se levanta é a de o que entendemos por *contacto* uma vez que tal não se encontra definido na lei e terá de ser casuisticamente analisado já que podemos estar perante vários tipos de contactos, uns mais assertivos que outros, e a acrescer, podemos ter várias tipologias de contactos moldadas por diferentes circunstâncias.

A delimitação do conceito de *contacto* releva-se especialmente premente no que toca a organizações com trabalhadores de proveniências geográficas diferentes e com clientes em distintos fusos horários.

Assim, os contactos com trabalhadores na atualidade podem ser concretizados de variadíssimas formas como chamadas telefónicas, *e-mails*, videoconferências, mensagens escritas, de tipo *chat*, *whatsapp*, etc. Na verdade, atenta a constante conectividade, os contactos tendem a ter graus diferentes de necessidade de resposta. Senão vejamos: quando fazemos uma chamada telefónica ou enviamos uma mensagem escrita ou de tipo *chat* pretendemos uma resposta imediata (ou quase imediata), sendo que, ao invés, a um *e-mail* enviado esperamos uma resposta um pouco mais demorada na ótica do “se for urgente, deves ligar”.

Assim, e considerando os diferentes graus de exigência de resposta, entendemos que todos os contactos que exigirem uma resposta imediata ou num brevíssimo espaço de tempo durante o período de descanso do trabalhador, estão legalmente vedados ao empregador¹⁰; e, todos aqueles que não o exigirem, não estarão a violar o direito ao descanso dos trabalhadores¹¹.

O novo regime legal consagra, não obstante, uma ressalva ao dever de abstenção de contacto no período de descanso dos trabalhadores, podendo tal contacto ser realizado em situações de *força maior*. Este conceito levanta várias dúvidas nomeadamente, no seio da jurisprudência que tende a utilizar o conceito de *força maior* no contexto do trabalho suplementar, ou seja, numa perspetiva de inevitabilidade e excecionalidade, mormente associada a fenómenos naturais que, por serem incontroláveis e não previsíveis pela vontade do agente, não são responsáveis por suas consequências.

¹⁰ Excetuados os casos de força maior.

¹¹ Veja-se, no entanto, a posição da Direção-Geral da Administração e do Emprego Público (DGAEP) que vai mais longe e esclarece que “salvo em casos de força maior, o empregador deve abster-se de contactar o trabalhador durante os períodos de descanso daquele, inclusive através do envio de mensagens de correio eletrónico”, in <https://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=b8a129f3-8eb7-4b56-932f-f084b9abab44&ID=74000000&p=1815#a1815>.

No entanto, entendemos que se trata, *in casu* de uma ótica demasiado restritiva no âmbito da lógica empresarial na qual podem, eventualmente, surgir outras situações de força maior ou emergência que derrogam o direito do trabalhador. E, nas palavras de João Leal Amado, trata-se de um «clássico conceito indeterminado que, a nosso ver, deve ser aqui interpretado com alguma maleabilidade, de forma a abranger, porventura, situações do tipo das previstas pelo CT, no n.º 2 do artigo 227.º, em matéria de trabalho suplementar – não apenas situações tradicionais de força maior ou de caso fortuito (incêndio, terramoto, inundação, etc.), mas todas aquelas, inadiáveis, em que o contacto imediato se mostre “indispensável para prevenir ou reparar risco grave para a empresa ou a sua viabilidade”»¹².

Por outro lado, emerge a questão das consequências que recaem sobre o trabalhador que venha a recusar um contacto do empregador durante o seu período de descanso. Esta questão revela-se particularmente sensível já que o normativo legal garante proteção ao trabalhador contra qualquer tratamento menos favorável que lhe seja dado, nomeadamente no que respeita às condições de trabalho e progressão na carreira, pelo facto de exercer o seu direito a um período de descanso.

Nesse sentido, sempre que um trabalhador se recusar a aceitar um contacto, fora do horário de trabalho, tal recusa será legítima e, conseqüentemente, não poderá ser sancionada. No entanto, fica por esclarecer como tratar as situações em que um trabalhador recusa um contacto do empregador em situações em que este possa vir a comprovar a necessidade de contacto (por exemplo, força maior) tornando esta exceção complicada e de elevado cariz subjetivo.

Pensamos que seria mais eficaz, para empregadores e para trabalhadores que, à semelhança do regime do trabalho suplementar, estivessem concretizadas na norma, nem que a título exemplificativo fosse, algumas situações que constituem exceções ao dever de abstenção de contacto do empregador.

A relação entre o direito à desconexão dos trabalhadores e o aumento de doenças de foro psicológico, agravadas pela rotina do teletrabalho, é outro assunto que nos preocupa.

A invasão do trabalho no seio reservado e familiar, transformando o espaço físico da casa num local de trabalho, aliada à dificuldade de desconexão muito para além do horário de

¹² (AMADO, 2021), *op cit.*

trabalho, são alguns dos fatores causadores de exaustão, *stress* e ansiedade que, a curto prazo, se podem traduzir em quebras de produtividade e fazem emergir vários riscos psicossociais sobre a saúde dos trabalhadores que podem deteriorar a dinâmica laboral.

Na verdade, a preocupação com a saúde e bem-estar mental dos trabalhadores deve ser uma constante no ambiente laboral e para a qual, o descanso contribui largamente. Trata-se de uma obrigação das entidades empregadoras que decorre dos seus deveres em matéria de Segurança e Saúde no trabalho, a qual não deve ser descurada, mas antes reforçada, e que terá de passar a ter de refletir, de forma mais vinculada, no quadro legislativo português - não bastando que o direito de desligar se circunscreva aos direitos a férias e ao descanso dos trabalhadores ¹³.

Em jeito de conclusão, dir-se-á que o dever de abstenção de contacto por parte do empregador foi concebido para abranger a realidade do trabalhador com horário de trabalho fixo, com horários de trabalho e períodos de descanso bem definidos, e não para as realidades de horário de trabalho flexível, como a isenção de horário de trabalho onde o período de descanso é mais difícil de definir e, portanto, um eventual contacto por parte do empregador também apresenta menos riscos.

No entanto, «o tempo de desconexão profissional surge, pois, como uma versão virtual do período de descanso, típica do mundo digital em que vivemos, como o direito à vida privada do século XXI. O desafio da conexão permanente é novo, não se colocava anos atrás. Justifica-se, por isso, que o Direito do Trabalho tente responder a esse desafio, tente enquadrar e regular o fenómeno. (...) Neste sentido, (...) é mais de um “dever de não conexão patronal” do que de um “direito à desconexão do trabalhador” que, *in casu*, se trata» ¹⁴.

Além do que, o legislador não definiu o conceito de contacto para efeitos do cumprimento deste dever, cabendo ao empregador adotar mecanismos internos para salvaguardar a ausência de conceito legal, nomeadamente através de políticas internas.

¹³ Neste sentido, AMADO (2022): «O trabalhador tem como que “duas vidas”, a vida no trabalho e a vida fora do trabalho, vale dizer, uma vida profissional em que se encontra numa situação de heterodisponibilidade e uma vida extraprofissional em que recupera a sua autodisponibilidade. E por isso mesmo, aliás, para muitas pessoas, a “verdadeira vida”, aquela que merece ser vivida, só começa quando a jornada de trabalho acaba e quando, finalmente, elas recuperam a sua liberdade».

¹⁴ AMADO (2022), *op cit.*

Na verdade, existem já várias empresas de soluções de recursos humanos que apresentam aos seus clientes medidas preventivas com o objetivo de aumentar a produtividade e reduzir o *stress* associado ao excesso de conexão dos trabalhadores ¹⁵.

Aliás, considerando o teor da Resolução do Parlamento Europeu retro identificada, as modalidades práticas do exercício do direito a desligar pelo trabalhador e a aplicação desse direito pelo empregador deverão poder ser objeto de acordo pelos parceiros sociais por via de convenção coletiva ou ao nível da entidade patronal (por meio de regulamento interno, por exemplo).

Na verdade, dever-se-á, no futuro e a nosso ver, assegurar a participação efetiva dos parceiros sociais, bem como promover e reforçar o diálogo social, estabelecendo-se condições de trabalho que permitam aos trabalhadores exercerem o seu direito a desligar. Veja-se, a título de exemplo, o Acordo de empresa entre a SATA Internacional - Azores Airlines, SA e o Sindicato Nacional do Pessoal de Voo da Aviação Civil - SNPVAC ¹⁶ em que se estabelece, na cláusula 22^a do Regulamento de utilização e prestação de trabalho que «a Azores Airlines não pode contactar um tripulante durante o seu período de repouso, nem entre as 24h00 e as 6h00» ou o Acordo em Empresa entre o Banco BIC Português, SA e a Federação dos Sindicatos Independentes da Banca – FSIB ¹⁷ que estabelece, como garantia do trabalhador [cláusula 20^a, alínea f)] que é proibido ao banco exigir que o trabalhador se mantenha conectado durante os seus períodos de descanso.

Pensamos que a negociação coletiva pode, de facto, ser uma via para resolver algumas questões e clarificar alguns aspetos do artigo 199.º-A do Código do Trabalho por forma a estabelecerem-se mecanismos precisos e suficientes para assegurar um nível mínimo de

¹⁵ Veja-se, a título de exemplo, algumas das soluções propostas por uma empresa de recursos humanos: «Muitos problemas podem ser evitados se não houver expectativa de resposta imediata. Pode começar por colocar, por exemplo, no fundo de qualquer comunicação empresarial (e-mail ou mensagem instantânea, por exemplo, através da aplicação WhatsApp) qualquer uma das seguintes mensagens: “Escrevi esta mensagem de acordo com a minha agenda e os meus critérios de gestão de tempo. Se o receber durante o seu período de descanso, confirmo que não espero que me responda agora, mas sim quando puder, dentro do seu horário de trabalho”; “O meu horário de trabalho pode não ser o vosso horário de trabalho. Por favor, não se sinta obrigado a responder a este e-mail fora do seu horário normal de trabalho”; “Lembre-se de que qualquer e-mail que possa receber fora do seu horário de trabalho não requer uma resposta imediata”», in <https://www.adecco.pt/todas-as-noticias/evite-o-overload-digital-no-trabalho/>. [Consultado em 14/02/2023].

¹⁶ O Acordo de Empresa encontra-se publicado no Boletim do Trabalho e do Emprego n.º 6/2020, de 15 de fevereiro e encontra-se disponível em: http://bte.gep.msess.gov.pt/completos/2020/bte6_2020.pdf. [Consultado em 11/02/2023].

¹⁷ O Acordo de Empresa encontra-se publicado no Boletim do Trabalho e do Emprego n.º 12/2020, de 29 de março e encontra-se disponível em: http://bte.gep.msess.gov.pt/completos/2020/bte12_2020.pdf. [Consultado em 11/02/2023].

proteção em conformidade com a legislação da União e garantir a aplicação do direito a desligar relativamente a todos os trabalhadores.

Bibliografia

AMADO, João Leal (2021). *Teletrabalho: no «novo normal» dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei*. Observatório Almedina. Coimbra: Almedina.

AMADO, João Leal (2022). *A desconexão profissional e a DGAEP: tomemos a sério o dever de abstenção de contacto*. Observatório Almedina. Coimbra: Almedina.

BAUMAN, Zygmunt (2001). *Modernidade Líquida*. Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda. Disponível em: <https://farofafilosofica.files.wordpress.com/2016/10/modernidade-liquida-zygmunt-bauman.pdf>.

MOREIRA, Teresa Coelho (2018). *O direito à desconexão dos trabalhadores*. Revista Questões Laborais, n.º 49.

MOREIRA, Teresa Coelho (2021). *Direito do Trabalho na Era Digital*. 1ª Edição. Coimbra: Almedina.

RAMALHO, Maria Do Rosário Palma (2016). *Tratado do Direito do Trabalho - parte II - situações jurídicas laborais individuais*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina.