

**XI CONGRESSO
INTERNACIONAL
DE CIÊNCIAS JURÍDICO —
— EMPRESARIAIS**

**A ECONOMIA DIGITAL,
O DIREITO E AS EMPRESAS**

10.DEZ.2021



ATAS

COORDENAÇÃO:

ANA LAMBELHO | JORGE BARROS MENDES

LUÍSA ANDIAS GONÇALVES | MARISA DINIS

**XI CONGRESSO INTERNACIONAL
DE CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS**

A ECONOMIA DIGITAL, O DIREITO E AS EMPRESAS

ATAS

COORDENAÇÃO

ANA LAMBELHO | JORGE BARROS MENDES

LUÍSA ANDIAS GONÇALVES | MARISA DINIS



Financiamento FCT
[Ref. UIDB/04112/2020]

FICHA TÉCNICA

Edição e Coordenação:

Ana Lambelho, IJP-Polo Leiria, ESTG, Politécnico de Leiria

Jorge Barros Mendes, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Politécnico de Leiria

Luísa Andias Gonçalves, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Politécnico de Leiria

Marisa Dinis, IJP-Polo Leiria, ESTG, Politécnico de Leiria

Comissão Científica do XI CICJE:

Ana Lambelho, IJP-Polo Leiria, ESTG, Politécnico de Leiria

Jorge Barros Mendes, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Politécnico de Leiria

Luísa Andias Gonçalves, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Politécnico de Leiria

Marisa Dinis, IJP-Polo Leiria, ESTG, Politécnico de Leiria

Fernando Carbajo Cáscon, Universidade de Salamanca

Vanessa Jimenez Serranía, Universidade de Salamanca

Fábio Veiga, Universidade Lusófona do Porto

Emma Rodríguez Rodríguez, Universidade de Vigo, Espanha

Noemí Serrano Argüello, Universidade de Valladolid, Espanha

Patrícia Borba Vilar, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Escola Superior de Tecnologia e Gestão

Politécnico de Leiria

www.cicje.ipleiria.pt

fevereiro de 2022

ISSN: 2183-5330

«Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto «UIDB/04112/2020».



Financiamento FCT
[Ref. UIDB/04112/2020]

NOTA DE PUBLICAÇÃO

O XI Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais (CICJE) decorreu *online*, no dia 10 de dezembro de 2022, subordinado ao tema “A Economia Digital, o Direito e as Empresas”.

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

Leiria, fevereiro de 2022

Os organizadores,

Ana Lambelho

Jorge Barros Mendes

Luísa Andias Gonçalves

Marisa Dinis

PROGRAMA

09h30 Sessão de Abertura

Carlos Capela, Diretor da Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Politécnico de Leiria

PAINEL I – DIGITALIZAÇÃO E RELAÇÕES LABORAIS

09h45 La desconexión digital en España. Regulación actual y desafíos futuros del derecho laboral

Francisco Trujillo Pons, Universidad de Valencia

10h05 Teletrabalho a partir de Portugal – questões fiscais, laborais e no âmbito da segurança social

Suzana Fernandes Da Costa; Conceição Soares; ESG/IPCA

10h25 Las plataformas digitales como mecanismo de huida de la aplicación de las notas de laboralidad. Dos ejemplos de la práctica en España y dos repuestas legales divergentes

Noemí Serrano Argüello, Universidad de Valladolid

10h45 Debate

11h00 Pausa

11h10 Controlo de desempenho, vigilância à distância e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do teletrabalhador

Mário Barata, IPP-IPLeiria, ESECS, Politécnico de Leiria

11h30 *Whistleblowing*: A Diretiva (EU) 2019/1937 e um novo equilíbrio entre o dever de lealdade e a liberdade de expressão no contexto jurídico-empresarial

António Moreira Gonçalves; Maria Regina Redinha; Faculdade de Direito da Universidade do Porto

11h50 *Kidfluencer*, influenciador ou influenciado? Algumas considerações jurídicas sobre os influenciadores digitais de menores

Rute Couto; Susana Ferreira dos Santos; Instituto Politécnico de Bragança

12h10 Debate

12h25 Pausa

PAINEL II – ECONOMIA DIGITAL, EMPRESAS E MERCADOS FINANCEIROS

14h00 Os desafios da regulação das fintech's em Espanha

Fábio Veiga, Universidade Lusófona do Porto

14h20 O Direito Societário e (alguns d)os desafios da digitalização

Filipe Bernardino; Marisa Dinis; ESTG-Politécnico de Leiria

14h40 *E-commerce* – o futuro do negócio empresarial

Lurdes Dias Alves, Universidade Autónoma de Lisboa

15h00 Debate

15h15 Pausa

15h25 Os sistemas de constituição em linha das sociedades em diferentes países da Europa

Alessio Bartolacelli; Attílio Della Pietra; Università di Macerata

15h45 A tributação na economia digital: desafios e críticas

Rui Miguel Zeferino Ferreira, ISVOUGA

16h05 Debate

16h20 Encerramento

ÍNDICE

PROGRAMA	5
PAINEL I – DIGITALIZAÇÃO E RELAÇÕES LABORAIS	
La desconexión digital en España. Regulación actual y desafíos futuros del derecho laboral.....	9
Teletrabalho a partir de Portugal – questões fiscais, laborais e no âmbito da segurança social.....	23
Controlo de desempenho, vigilância à distância e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do teletrabalhador.....	40
<i>Whistleblowing</i> : A Diretiva (UE) 2019/1937 e um novo equilíbrio entre o dever de lealdade e a liberdade de expressão no contexto jurídico-empresarial	53
PAINEL II – ECONOMIA DIGITAL, EMPRESAS E MERCADOS FINANCEIROS	
O conceito de empresa na sociedade digitalizada: referência às Fintech's.....	69
O Direito Societário e (alguns d') os desafios da Digitalização	77
Online constitution of companies	116

PAINEL I – DIGITALIZAÇÃO E RELAÇÕES LABORAIS

LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN ESPAÑA. REGULACIÓN ACTUAL Y DESAFÍOS FUTUROS DEL DERECHO LABORAL

Francisco Trujillo Pons*

1. NORMATIVA VIGENTE EN ESPAÑA

Los derechos laborales con tintes digitales están teniendo un impacto en la actualidad y lo van a seguir teniendo a corto, medio y largo plazo. El intenso progreso de la investigación científica, las invenciones y las tecnologías digitales o basadas en lo digital es tan significativo que desde el Gobierno español, se está planteando la elaboración de una Carta de Derechos Digitales (el plazo de consulta pública finalizó el 20 de enero de 2021) a fin de asegurar que el marco normativo garantiza la protección de los derechos individuales y colectivos de las personas. Muchos trabajadores dependen de la sociedad digital actual compuesta de entornos, dispositivos y servicios. El ordenamiento jurídico ha de modernizarse para garantizar y promocionar los derechos laborales desde la vertiente tecnológica, de la forma que indica el Código Civil en su artículo 3: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” - artículo 3 del Código Civil*.

En esta línea, en la Carta de Derechos Digitales¹ se refuerza en el documento elaborado por el Gobierno español *“España Digital 2025”* en el que una de las metas a alcanzar es el de garantizar los derechos de la ciudadanía en el nuevo entorno digital (meta 2025: una carta nacional sobre derechos digitales). En esta Carta se dedica en su apartado XVII los derechos reconocidos a todos los trabajadores y empleados públicos en el ámbito laboral entre ellos, la desconexión digital; la protección de su intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador, así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo y; la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización. Destacando a continuación que en todo caso se garantizarán condiciones de trabajo digno en los entornos digitales. La Carta apuesta por promover el acceso al teletrabajo cuando la naturaleza del puesto y las capacidades de la organización lo permitan. Y

* Universidad de Valencia, España.

¹ Se presentó el 14 de julio de 2021. La Carta presentada aborda 6 categorías de derechos, siendo una de ellas la correspondiente a derechos del entorno laboral y empresarial. Desde este prisma, en los entornos digitales y el teletrabajo las personas trabajadoras del sector público o privado tienen derecho con arreglo a la normativa vigente, a la desconexión digital, al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar. *Vid.* Gobierno de España, 2021.

cuando así sea, la prestación laboral se ha de desarrollar con pleno respeto a la dignidad del trabajador garantizando particularmente su derecho a la intimidad, la esfera privada del domicilio, los derechos de las personas que residen en él y el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar. De ahí la importancia de los convenios colectivos y protocolos de actuación y políticas de desconexión que determinen adecuadamente los instrumentos medidas y herramientas que garanticen y protejan estas esferas inherentes de la persona.

Los cambios en la jornada laboral provocados por el uso intensivo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) y su normalización han generado nuevas regulaciones, como ahora, el derecho a la desconexión digital, protege que la jornada de trabajo no se vea extendida mediante aplicaciones tecnológicas de mensajes o *e-mails*, impidiendo que un trabajador deba atender su teléfono móvil u ordenador en periodos de descanso. Producto del derecho se deriva un mandato de cumplimiento obligatorio para las empresas, logrando, de este modo la garantía de un tiempo de descanso oportuno y adecuado de los trabajadores. Así, el legislador español de forma expresa desarrolla en su normativa la desconexión digital de los trabajadores en el ámbito laboral. Antes de su aparición a finales de 2018 no existía ni normativa ni, evidentemente cuerpo de doctrina judicial como tal. Y ello porque, esta materia se ha venido dejando a la capacidad de autorregulación de las partes; bien a nivel de pactos individuales (contratos de trabajo) o, de forma preferente, a nivel colectivo por medio de convenios colectivos, acuerdos extraestatutarios o protocolos de actuación empresarial.

Así pues, España cuenta con un marco jurídico que protege el descanso del trabajador estableciendo a las empresas límites a la utilización de la tecnología a fin de que no contacten con sus empleados (a través de correos electrónicos, *WhatsApp*, etc.) fuera de su jornada de trabajo, durante vacaciones, reducciones de jornada o incapacidades. Un marco que se resume de forma sintetizada en la siguiente normativa:

1) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) como un derecho del trabajador conforme a sus artículos 88 (desconexión digital), 91 (negociación colectiva), disposición final decimotercera (art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores -ET- para trabajadores de empresas privadas) y disposición final decimocuarta (art. 14 j bis para trabajadores de empresas públicas);

2) Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD) en su artículo 18, se limita prácticamente a remitirse a lo ya establecido en el citado artículo 88 de la LOPDPGDD.

Junto al derecho a la desconexión digital, adopta una posición clave el riesgo

laboral a la fatiga informática derivada de la falta de ejercicio del derecho en el actual modelo de las relaciones laborales y más al consolidarse el teletrabajo como forma de prestación de servicios². En todo caso, bajo esta modalidad de trabajo ha de llevarse a cabo bajo el respeto a este riesgo psicosocial y físico que puede sufrir el trabajador ante un eventual uso excesivo de los dispositivos digitales.

A continuación, se aborda tanto la regulación del derecho a la desconexión tecnológica en el trabajo como su aplicabilidad dentro del actual marco de las relaciones laborales. Se hará un recorrido por la revisión de la doctrina iuslaboralista existente a este interés a nivel español. Todo ello, enfocado desde una vertiente eminentemente práctica para que las partes de la relación laboral conozcan modelos, políticas y usos de otras empresas en la aplicabilidad del derecho en el ámbito empresarial y de los posibles problemas y retos que se desprende del mismo. De tal forma que, el análisis normativo que se va a realizar pretende enfatizar la efectividad del derecho y las medidas a adoptar por la empresa. Así, por ejemplo, ha de partirse de la llamada que hacen la LOPDPGDD y la LTD a la negociación colectiva, así como, el débil tratamiento que hacen del derecho a la desconexión digital en el trabajo.

A este respecto, existe debate en la doctrina iuslaboralista española: unas voces³ —las más mayoritarias— destacan que, y está tratado como un simple reconocimiento, sin ninguna aportación material, delimitación u obligación expresa, por lo que el legislador español, configura un derecho, que, en la práctica, puede devenir ineficaz, heterogéneo y poco respetado. En contraposición, otras voces⁴ reconocen que la labor del legislador orgánico no ha sido del todo impecable, pero, aun así, la regulación cuenta con un margen interpretativo desde el que puede reivindicarse su efectividad para garantizar la tutela de los derechos laborales imbricados. Tomando como base de análisis la postura mayoritaria, en forma de anticipo, la normativa vigente del derecho no es del nivel de lo esperado dado que su contenido resulta residual dejando mucho espacio a la negociación colectiva entre empresas y trabajadores, o en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores la que establezca las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital (de no existir los trabajadores podrían elegir una comisión *ad hoc* en la forma del art. 41 ET). De modo que cada empresa amolde el derecho a las circunstancias propias de la actividad (si trabajan por objetivos, por ejemplo, el tiempo puede ser más o menos flexible, si se trabaja con diferentes horarios internacionales, la desconexión digital puede diferir según horas, etc.). Este acople, siempre, obviamente respetando los

² Vid. en profundidad Trujillo, F. y Toscani, D., 2020 (Cap. VI, apdo. 4), y Trujillo, F., 2021.

³ Vid. entre otras muchas: Torres, B., 2020 y Todolí, A., 2017.

⁴ Vid. Altés, J.A. y Yagüe, S., 2020.

mínimos fijados en la normativa: respeto del tiempo de descanso, así como de la intimidad personal y familiar.

Sea como fuere, es de destacar el análisis de la normativa vigente⁵ a fin de tanto los trabajadores, empresarios, sindicatos⁶ y demás organizaciones laborales, sean conscientes de su contenido y de sus implicaciones; máxime en la actual era digital en el que no es extraño recibir comunicaciones de jefes (en forma de mensajes instantáneos al móvil o de correos electrónicos indiscriminados). Los dispositivos digitales con los que cuenta el trabajador (*smartphones*, tabletas, ordenador, etc.) no han de ir en perjuicio del descanso de los trabajadores fuera de su horario efectivo de trabajo. Así, tienen el derecho a no responder llamadas telefónicas ni mensajes de sus jefes (correos electrónicos y sistemas de mensajería instantánea —*WhatsApp*, *Telegram*, etc.). Analizar pues, la normativa de aplicación supone entender qué actuaciones de la empresa deben cesar, las posibles sanciones por incumplimientos, el papel de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) en el control y la vigilancia del cumplimiento, así como el de la representación unitaria y sindical y, por último, el del trabajador que es el máximo interesado en no alargar su jornada porque, no desconectar incrementa las exigencias mentales y de estrés en el trabajo debido a la aceleración del tiempo o la aparición del ya señalado síndrome del trabajador quemado (*burnout*) o la adicción al trabajo (*workaholism*)⁷.

En este recorrido, tal y como se ha avanzado la normativa española reconoce el derecho a desconectar fuera de la jornada laboral, pero sin embargo, no determina nada respecto al deber de abstención por parte la empresa a contactar con el trabajador fuera de la misma, lo cual dificulta la efectividad de la norma. La única manera de garantizar la efectiva aplicación del derecho y la protección de los riesgos asociados a la fatiga informática, pasa por regular este derecho adecuadamente mediante los convenios colectivos y complementarlo a través de las políticas de desconexión digital.

Esta efectiva articulación del derecho a la desconexión digital se convierte en una garantía para todos los trabajadores con independencia del tipo de trabajo. Ahora bien, se debe enfatizar la articulación del mismo en aquellas prestaciones de servicios desempeñadas en exclusividad bajo el uso de dispositivos digitales en línea. Unos

⁵ Vid. González, M., 2019.

⁶ Sobre el papel que ha de adoptar el sindicato en el nuevo mercado laboral y en la intromisión de las TIC en las condiciones de trabajo, resulta de interés el siguiente estudio doctrinal: Vid. Rodríguez, M.L., 2018: *Sindicalismo y Negociación Colectiva 4.0*. Temas Laborales núm. 144/2018. Pp. 27-41, según el cual: “*El sindicalismo deberá encarar el futuro marcado por los avances tecnológicos y su aplicación al proceso productivo y por la aparición de las plataformas digitales. Para ello deberá empezar por nutrir la negociación colectiva con nuevos contenidos como el derecho a la desconexión digital o la protección de datos (...)*” y como continúa diciendo “*(...) En este contexto, la utilización de la tecnología por parte del sindicato para crear redes de trabajadores y formas de acción colectiva apoyadas y amplificadas por las redes sociales puede reconstruir espacios y vínculos de solidaridad que la propia tecnología ha contribuido a desdibujar*”.

⁷ Vid. Fernández, J.A., 2007.

trabajos que revelan unos riesgos psicosociales debidos a la permanente conexión de los trabajadores con sus empresas. Urgen, en este sentido, el establecimiento de mecanismos de control de la velocidad en el ritmo de trabajo forzado por los medios informáticos, los cuales, deben prestar atención a los riesgos señalados y “humanizarse”; pueden existir empresas que ofrezcan trucos de desconexión a sus empleados, pero a la vez, se les cargue de más trabajo y les exijan acabar tareas sin apenas margen.

He aquí donde el derecho de los trabajadores a su desconexión digital ocupa una posición nuclear en el marco de las relaciones laborales para evitar la fatiga informática y mejorar la calidad del descanso consagrado en la normativa laboral. En efecto, en un entorno laboral globalizado y con exceso de información el trabajador no ha de sufrir el esclavismo digital y la conexión total; ha de poder ejercitar sin temor alguno su derecho a desconectarse de la empresa cuando acabe su horario de trabajo pactado por contrato de trabajo.

Sea cual sea la modalidad o modelo de trabajo, las empresas privadas y públicas con independencia de su plantilla de trabajadores tienen que cumplir con la normativa; las primeras, con el ET, con la LOPDPGDD y con la LTD sea cual sea su número de trabajadores y; las segundas con el EBEP, el cual se limita a señalar como derecho individual del personal funcionario y del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas a su intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales [art. 14 j) bis)]. En consecuencia, cada Administración tiene la obligación de adoptar las medidas oportunas para garantizar el la aplicabilidad del derecho de todos los empleados públicos.

Las empresas privadas, para dar cumplimiento a sus obligaciones, han de regular el derecho a la desconexión digital de los trabajadores mediante convenios colectivos de empresa, como también, mediante acuerdos entre los representantes de los trabajadores y la empresa reflejados en políticas internas de actuación. De una u otra manera, aparte de cumplir con la normativa, se podría normativizar el uso adecuado de las tecnologías en el trabajo. Los representantes de los trabajadores legitimados para negociar convenios colectivos presionaran para que la política sea clara y garantista. La contraparte (la empresa) ha de observar esta cuestión no como una norma a cumplir sino como una mejora posible en su competitividad y beneficios (un trabajador descansado es más productivo); de ello dependerá la cultura que tenga si es conducente a estas actuaciones o si omiten el derecho y no garantizan el descanso de sus

trabajadores.

Sin embargo, dada la indeterminación del derecho regulado en la LOPDPGDD y de forma análoga para los teletrabajadores conforme a la LTD, surgen muchas dudas sobre la sustantividad del mismo. Es necesario un cuerpo de doctrina judicial que interprete un derecho laboral, en ocasiones, difícil de ejercitar. Sin olvidar el papel tan importante que ha de adoptar la regulación convencional: la gran mayoría de convenios colectivos, lejos de introducir verdaderas innovaciones sobre su ejercicio, suelen copiar literalmente articulados bien de la normativa e incluso, de otros convenios colectivos. Y otros, directamente no especifican el derecho.

En este sentido deficitario de la normativa española, la inclusión del artículo 20 bis en el ET, ha sido significativa pero, a todas luces, insuficiente. El ET se debe modernizar y actualizar a los retos digitales de la presente sociedad donde los dispositivos digitales están quitando un espacio sagrado (el descanso y la intimidad) del trabajador. En este sentido, el ET debe desarrollar de forma expresa el desarrollo para así aportar una definición jurídica del derecho a la “desconexión digital”, un marco sancionador claro, una batería de medidas garantistas para todas las empresas que sean siempre un listado no exhaustivo y que se desarrolle por acuerdos colectivos. Y no solo el ET debe dar respuesta a las nuevas tecnologías que han supuesto la irrupción de nuevos factores de riesgo de tipo psicosocial, sino también la LPRL a fin de que se gestione a nivel de empresa de forma eficaz estos riesgos derivados de la difuminación de los límites de la vida personal y laboral (sin obviar los riesgos por el aislamiento del teletrabajador). De esta forma, el legislador español incidiría en la necesidad de prever y anticiparse a la génesis de los riesgos psicosociales debidos a la conectividad permanente de los trabajadores. Y, por extensión, se impondría una obligación empresarial de respetar el tiempo de descanso de los trabajadores. Así, se deben acordar unas medidas negociadas entre empresa y trabajadores, como por ejemplo la reserva de un tiempo libre de TIC, describir las funciones y tareas relacionadas con los dispositivos digitales y telemáticos de cada puesto de trabajo para que sea más fácil gestionar la prevención de sus riesgos. La empresa ha de ser en este sentido activa conforme declara el artículo 15 de la LPRL, por lo que generar al trabajador la necesidad de que se gestione por sí mismo el tiempo de trabajo no es lo más recomendable dado que, como se ha tratado en el monográfico, ello puede acarrear que el trabajador se “autoexplote”. A consecuencia de ello, el tiempo libre que pueda tener no será saludable, generándole una presión laboral con la imposibilidad de desconectar digitalmente.

Por tanto, la importancia y necesidad de realizar una revisión profunda sobre una norma que regulase la disponibilidad del trabajador para la empresa fuera del horario laboral queda clara por dos motivos: en primer lugar, por la dimensión de

afectación de la norma y por otro lado por novedad de ésta. A fin de cuentas, lo importante en este asunto es encontrar la forma de separar el tiempo de vida y el tiempo de trabajo, hacerlo de una manera gradual o de una manera más disruptiva depende de las preferencias de cada uno, lo importante es que se realice y se logre esa separación. Sin duda en algunos casos, como en los de directivos, esa labor de separación va a ser mucho más complicada, llegando quizás al punto de que haya que regular cada rango de puestos dentro de una empresa. En cualquier caso, lo importante es comenzar con la regulación en algún punto y que cada empresa valore cómo puede hacerlo.

A pesar de que muchos autores defienden que, con la legislación actual, es decir, la CE, el ET y la LPRL se protege al trabajador de las consecuencias de la "no desconexión digital" muchos otros creen que no es suficiente. La mayoría de los que creen que la legislación actual no es suficiente se decantan por los convenios colectivos de empresa y a su vez apuntan que con el tiempo se podría incluir un artículo más extenso en el ET después de una reforma laboral o, directamente, una ley que visibilice y garantice de forma explícita la desconexión digital y los descansos de los trabajadores. Se podría obligar en esta propuesta de redacción a las empresas de cierto tamaño a negociar de buena fe políticas internas en este sentido, tal y como ocurre en el país galo. En cualquier caso, las empresas, desde el primer momento de la relación laboral deben, de antemano, asentar de forma clara y meridiana cualquier expectativa de disponibilidad de sus trabajadores fuera del horario laboral. Bien mediante una adenda al contrato de trabajo, al convenio colectivo o con reuniones conjuntas con la representación legal de los trabajadores y, si no existe, con la totalidad de la plantilla. En estas discusiones, la expectativa de mensajes y llamadas ha de quedar reflejada en un escrito de compromiso, por la cual, se determine lo que los empresarios pueden esperar de sus trabajadores y las correspondientes obligaciones de los trabajadores en sus capacidades de respuestas y desconexión de sus dispositivos digitales. Así, se asentarán los criterios y cada parte de la relación laboral será concedora de los límites de conexión y desconexión.

¿Se trata de un derecho solamente a la desconexión del trabajador, o también al unísono, se genera un derecho a la "re-conexión" digital por parte de la empresa hacia el trabajador en su horario laboral? si se genera un derecho de conexión en la jornada laboral absoluto, puede aparecer el analizado presentismo digital y los problemas que ello acarrea: exceso de horas en las que el trabajador estando en conexión no es productivo, atiende cuestiones personales y acaba fatigándose informáticamente. Existen estudios que patentizan una realidad en muchas empresas con líderes tradicionales en las que se respira una cultura del presentismo como algo positivo, al asimilar al trabajador más disponible con el profesional más valioso (sin tomar en cuenta

que el número de horas invertidas en el trabajo podría ser inversamente proporcional al nivel de productividad⁸).

¿Supone la obligación a la empresa de no enviar mensajes en tiempos de descanso? O bien, ¿supone un derecho del trabajador a obviar o no contestar mensajes o llamadas fuera de su jornada laboral? la voluntad del legislador más bien va en la segunda dirección dado que las empresas no tienen prohibido enviar mensajes o llamadas fuera de su tiempo de trabajo, como es el caso de la empresa *Altamira* donde se da total libertad a hacerlo. En cierto modo resulta razonable obligar a que las empresas cierren sus servidores fuera de su horario comercial, porque siempre van a tener necesidades de contactar y de llamar a trabajadores.

El legislador español no obliga (ni prohíbe como sucede en Portugal el envío de comunicaciones fuera del horario laboral), sino que promueve buenos hábitos, como por ejemplo, el envío de correos con sistemas diferidos o de retardo, programar reuniones virtuales en horarios que no quebranten la esfera de la intimidad de sus trabajadores, o bien enviar mensajes de correo electrónico añadiendo en un pie de página o firma automática en el sentido de que el mensaje no resulta urgente (de inmediata respuesta) y que puede ser respondido el primer día hábil.

El trabajador, con la normativa actual tiene protección y garantía para ejercer su derecho de desconectarse digitalmente tras su jornada laboral. Pero ello no debe obstar, tal y como se ha argumentado, que tenga la prohibición absoluta de hacerlo: será la voluntad y personalidad de cada uno quien, en base a los distintos niveles detallados, se acoja a uno u a otro. No son de extrañar los trabajadores que, en tiempos muertos de descanso, en colas de avión, en esperas en hospitales, etc. puedan avanzar y aligerar sus comunicaciones pendientes. Incluso en domingos donde no cuenta con la tensión propia de la semana laboral y no puede dar rienda suelta a su imaginación; en estos días el trabajador puede tener más lucidez y un pensamiento creativo por lo que puede mandar correos (a sí mismo, o programar el envío para otro día) para dar solución a problemas laborales que durante la semana por la acumulación de tareas nunca se podría imaginar.

He aquí donde la gestión del estrés de cada trabajador puede ir a un sentido u a otro, aunque como recomendación por la salud mental, la mejor opción es desatender el ordenador y el teléfono móvil desde el momento en que se inicia el descanso (no solo el diario, también el semanal, o el propio de vacaciones, festivos, permisos, excedencias o suspensiones del contrato por incapacidades temporales) hasta que finaliza. Sea como sea, es recomendable el descanso del trabajador por lo que conscientes de la

⁸ Vid. Salazar J., 2011.

aparición de la fatiga informática y del tecnoestrés, se desenganchen de sus dispositivos digitales. Y lo tiene sencillo para desaparecer de la empresa en estos periodos de ausencia retribuida, son muchas las herramientas que se disponen como se ha analizado (modo avión, modo no molestar, etc.). Ha de ser consciente de su derecho, la normativa le protege y no ha de sufrir represalia alguna ni discriminación porque el trabajador es libre de desconectar en sus tiempos de descanso para su necesario esparcimiento. De modo indubitado ayudan posturas como las de *Zurich*, prohibiendo, directamente, el envío de mensajes fuera del horario laboral. Aunque caben posturas más intermedias, porque siempre habrá trabajadores con cargos 24/7 que deben estar pendientes en todo momento por situaciones problemáticas (por ejemplo, informáticos) así como trabajadores que prestan servicios bajo objetivos y con flexibilidad horaria. En este sentido, si se le encomienda a un trabajador una fecha límite (*deadline*) de un proyecto importante para la viabilidad de la empresa o para su posicionamiento internacional y finaliza el último día de la semana o un día antes del periodo de vacaciones, ¿puede la empresa de forma legítima reclamarle al trabajador que se encuentra descansando la entrega del proyecto dada la urgencia? Evidentemente caben excepciones que han de ser detalladas de forma clara en las políticas internas, en los convenios colectivos y en las formaciones *ad hoc*. Luego, puede tomarse posturas intermedias como aboga la ITSS indicando que las empresas pueden realizar el envío de estos mensajes siempre que comuniquen a los trabajadores que no se les exige una respuesta inmediata (tanto en los propios mensajes como por medio de acuerdos de empresa o protocolos de desconexión implantados a nivel interno).

Sobre la base de cuanto se acaba de señalar, se puede afirmar que el derecho laboral se superpone a un derecho, en efecto, ya conquistado y asentado como es el de los descansos legales, porque siempre ha existido el derecho a no estar disponible fuera del tiempo de trabajo. Aunque ahora, debido a la conectividad constante del S. XXI el legislador ha incidido en esta cuestión y ha regulado sobre este respecto, quizás más como medidas de protección y prevención frente a la fatiga informática.

En suma, las empresas españolas (tanto privadas como públicas), como obligadas, han de adoptar medidas favorables y garantistas del derecho a la desconexión digital en sus planes de desconexión digital. Los trabajadores van a resultar beneficiados al descansar de trabajos que tras la pandemia mundial están siendo, para muchos, agotadores. Dado el escaso desarrollo normativo del derecho como aquí se ha tratado las empresas han de tener un compromiso firme del mismo y promover buenos hábitos, también los representantes legales de los trabajadores, los Gobiernos y la sociedad civil, en general, ha de unirse a este compromiso y conciencia del derecho. El debate en este sentido ese necesario y se deben promover cuantos hábitos saludables

sean posibles no solo en el ámbito laboral, también en el personal.

2. UN DERECHO UNIVERSAL PERO NO ABSOLUTO

Las herramientas tecnológicas que se utilizan en el ámbito laboral no han de ir en perjuicio de estos mínimos legales. En este sentido, desde diciembre de 2018 España cuenta con un derecho laboral de “nueva generación”: el derecho del trabajador a su desconexión digital toda vez ha finalizado su jornada laboral. De este modo, en base al respeto a su intimidad, conciliación personal y familiar y descanso, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el trabajador español no tiene la obligación de responder a llamadas, correos electrónicos corporativos, ni mensajes de texto fuera de su jornada laboral.

Pero como es habitual, caben excepciones, esto es “salvo pacto en contrario”; en consecuencia se trata de un derecho laboral configurado como dispositivo (el trabajador puede optar por no ejercerlo) y relativo o no absoluto. En efecto, caben excepciones, las cuales, pueden adoptar las siguientes formas:

1) un añadido bien en la redacción del convenio colectivo concreto que regula el derecho, bien en el protocolo interno de la empresa en el que, se establece la obligación de atender estas comunicaciones fuera del horario laboral siempre en atención a circunstancias excepcionales que justifican la no aplicabilidad de las medidas de desconexión, los supuestos de fuerza mayor o que puedan suponer un riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial (cuya urgencia requiera de la adopción de medidas especiales o respuestas inmediatas a través de dispositivos más invasivos que el correo electrónico, como pueden ser llamadas o *WhatsApp*); 2) o bien la forma de pacto individual en donde se ha pactado en su contrato o posteriormente al mismo esta excepción. En estos casos, el trabajador ha de encontrarse “disponible” y “localizable” y por tanto tiene la obligación de atender llamadas, *e-mails* o mensajes fuera de su horario laboral. Durante este tiempo de disponibilidad se requiere una prestación efectiva de servicios por lo que, evidentemente, el trabajador obtendrá una remuneración conforme al “plus de disponibilidad⁹” dado que, en efecto, este está considerado como de tiempo de trabajo efectivo¹⁰. Dicho de otra forma, si un trabajador

⁹ Acorde a este plus es de significar la STSJ Madrid 14 de septiembre 2018, rec. 225/2018) que siguiendo doctrina comunitaria determina que el tiempo de disponibilidad dedicado a una actividad relacionada con el trabajo “(...) su naturaleza es laboral, con independencia del lugar en que se preste, que puede ser fuera del centro de trabajo, no pudiendo los conceptos de tiempo de trabajo y descanso definidos por la Directiva 2003/88/CE, y anteriormente por su precedente la Directiva 93/104/CE, ser reinterpretados o modificados en su esencia por los diferentes Estados miembros perjudicando los intereses de los trabajadores, por mucho que la definición de aquellos termina haciendo una referencia a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

¹⁰ De conformidad a la STS 19 de marzo 2019 (rec. 30/2018), y bajo el paraguas de la Directiva 2003/88 (art. 2.1), este tiempo de trabajo efectivo se define como: “todo período durante el cual el trabajador

cobra un plus de disponibilidad está “renunciando” a parte de su tiempo libre y de descanso y, en consecuencia, se paraliza su derecho a la desconexión digital. Ejemplificando este extremo: 1) puede darse el caso de que el trabajador, con independencia de su turno, pacte con el empresario tener que estar conectado con el móvil de empresa (no el personal) de 7:30 h a 22:00 h de lunes a viernes y;

2) el establecimiento de un sistema de guardias de localización por el que se obliga al trabajador a la conexión durante su tiempo de descanso, permisos y vacaciones¹¹. En todo caso, estos trabajadores siempre deben tener garantizado el descanso, es decir, se les debe respetar sus vacaciones, los descansos diarios y semanales que se podrán ejercitar en otros plazos, según el pacto que firmen con sus empleadores.

3. PROPUESTAS DE MEJORA DEL DERECHO AL DESENGANCHE TECNOLÓGICO

En este sentido se podrían plantear, a modo de *lege ferenda* varias propuestas. Sería interesante modificar y modernizar el Estatuto de los Trabajadores e incluir un artículo que, al igual que sucede en la actualidad con los planes de igualdad (por medio del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. BOE 14 oct. 2020) donde las empresas de cincuenta o más trabajadores deben elaborar y aplicar un plan de igualdad (que ha de ser objeto de negociación), se podría obligar también a las empresas del mismo tamaño de plantilla a negociar planes de desconexión digital en el trabajo y que incluyan un contenido obligacional amplio y garantista; todo ello más o menos flexible, en función de su actividad, sus trabajadores y sus jornadas de trabajo. Igualmente, podría detallarse el ejercicio del derecho en el conjunto de las relaciones laborales especiales y su normativa de aplicación (¿qué hay de los empleados de hogar? ¿y de la alta dirección?). Del mismo modo, es recomendable incluirse el derecho en el contenido de la LPRL pues son dos cuestiones (la conciliación laboral y la prevención de riesgos laborales) que van irremediabilmente, unidas. Si bien con un artículo amplio y garantista, si bien, con una norma reglamentaria de desarrollo del contenido de la norma preventiva (por ejemplo, en forma de Real Decreto, como muchos que existen en desarrollo de la LPRL, protección frente agentes físicos, químicos, biológicos, lugares de trabajo, etc.). Así mismo, se puede encomendar al Instituto

permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

¹¹ STSJ Madrid, 628/2020, de 8 de julio.

Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo elaborar una Nota Técnica Preventiva (existen las NTP 730, 1122, 1123 y 1150 que, si bien, tratan de soslayo el derecho, no lo particularizan) dedicada en exclusividad a la desconexión digital en el trabajo que, pese a ser una posible guía de buenas prácticas y sus indicaciones no resulten obligatorias, podrían ser muy recomendable para que los empleadores y trabajadores conozcan el derecho y las medidas para que se pueda promover.

En primer lugar, se podría realizar un estudio sobre las condiciones de trabajo con una muestra amplia de trabajadores para comprobar el grado de desconexión digital que están realizando. Con estas encuestas se podría demostrar si, efectivamente, el uso constante de las TIC en el trabajo puede provocar dependencia. En esta muestra se podría incluir todo tipo de empresas desde pequeñas (1 a 10 trabajadores) hasta empresas multinacionales, desde cargos bajos hasta directivos y empresas de varios sectores. Se les preguntaría por factores como cuantos correos o llamadas profesionales fuera de su horario laboral reciben y cuánto tiempo dedican a trabajar desde casa. Se les podría hacer un cuestionario sobre el síndrome de *burnout*, ya no solo a nivel académico para saber a cuántas personas afecta sino a nivel preventivo para evitar que empeore su salud. Por último, se les podría preguntar si son conocedores de los derechos mencionados a lo largo del trabajo, como el derecho al descanso o a la privacidad, y como es lógico si conocen el derecho a la desconexión digital de los trabajadores y si creen que su regularización mejoraría sus condiciones laborales reales o sería de aplicación como los anteriores, que no se cumplen. Con un estudio así se tendría una perspectiva mucho más general de las condiciones de empleo relacionadas con el derecho a la desconexión del trabajo e incluso, llegado el momento, se podrían utilizar esos datos para hacer presión y que las empresas negocien convenios colectivos al respecto.

Con la pandemia mundial, muchos trabajadores han sufrido situaciones de intromisión laboral en sus hogares por parte de jefes, compañeros, clientes o proveedores; se han incrementado exponencialmente las llamadas telefónicas, los mensajes por móvil, los correos electrónicos y las videoconferencias. En estos contextos, la desconexión digital del trabajador al término de la jornada laboral resulta fundamental. Y no solo ello, también puede evitar conductas de ciberacoso, por lo que el acosador en tiempo de descanso del trabajador va a tener una cortapisa importante en su actitud maliciosa hacia el trabajador: en tiempos de descanso no podrá hacer servir medios como correos electrónicos, llamadas telefónicas, mensajes instantáneos para perseguir su fin hostigador. El trabajador, haciendo uso de su derecho podrá gestionar las condiciones en las que trabaja desde su hogar con un horario fijo; podrá controlar los posibles choques en forma de comunicaciones laborales que pueda sufrir

en la invasión a su vida familiar y privada.

El descanso no ha de ser solamente una desconexión mental del trabajo, para que sea efectivo y sanador del tecnoestrés e hiperconectividad digital, los trabajadores se han de recrear, esparcir y liberar; se han de alejar de actividades profesionales directas o indirectas. Siguiendo al filósofo coreano Byung-Chul Han en estos tiempos de pandemia, el tiempo laboral se ha totalizado convirtiéndose, en la actualidad, en el tiempo absoluto. La pandemia y la sociedad neoliberal que apremia, por encima de todo, el rendimiento, está provocando en la población trabajadora un cansancio hercúleo; los empleados se autoexplotan al creerse que se está realizando, empujados, también hay que decirlo, por el imperativo rendimiento empresarial y el miedo a ser represaliados o despedidos.

El estrés informático que padecen los trabajadores es extenuante y fatigoso, muchos trabajadores se sienten cansados de forma permanente como si fuese parte de su vida. Sin embargo, este tecnoestrés es totalmente reparable y sanable. El descanso actual no es del nivel necesario para evitarlo y/o reducirlo; las TIC son un impedimento a este descanso efectivo. La falta de desconexión está abocando a los trabajadores a que su tiempo vital coincida plenamente con su tiempo laboral. Ha de dividirse de forma clara el tiempo laboral del tiempo de descanso. El tiempo de ocio no ha de servir solo para descansar del excesivo y abrumador trabajo, como se decía, ha de servir para “recargar”, para que el trabajador pueda recrearse, esparcirse y alejarse de los objetivos externos propios del trabajo. Los empresarios, los cargos con mando, los altos directivos y los trabajadores que, sin excepción, están todos sujetos a esta fatiga y extenuación, deben liberar la vida de la presión del trabajo y de la necesidad de rendimiento.

4. BIBLIOGRAFÍA

Altés, J.A. y Yagüe, S. (2020): A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata. *Labos*, Vol. 1, No. 2, pp. 61-87 / doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5539> EISSN 2660—7360 — <http://www.uc3m.es/labos>.

Fernández, J.A (2007): NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora, op. cit., *Diritto della Sicurezza sul Lavorop*. 84 y 85.

Gobierno de España (2021): *Carta de Derechos Digitales* https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf [Consulta a 15 de julio de 2021].

González, M. (2019): El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance. *Revista de derecho social*, ISSN 1138—8692, N° 87, 2019, pp. 91—112.

Salazar, J. (2011): *Presentismo: Un problema que afecta la salud laboral. Análisis desde la psicología organizacional y del trabajo*. Recuperado de: <http://repositorio.ucp.edu.co/bitstream/10785/553/1/completo.pdf> [Consulta a 3 de febrero de 2022].

Trujillo Pons, F. (2021): *La desconexión digital en el ámbito laboral* (2ª edición). Tirant lo Blanch, Valencia.

Trujillo Pons, F. y Toscani Giménez, D. (2020): *La desconexión digital en el trabajo*. Aranzadi Thomson Reuters y Universidad de Valencia.

TELETRABALHO A PARTIR DE PORTUGAL – QUESTÕES FISCAIS, LABORAIS E NO ÂMBITO DA SEGURANÇA SOCIAL

*Teleworking from Portugal: some issues regarding taxation, labour law and
social security*

Suzana Fernandes da Costa*

Conceição Soares**

RESUMO:

O recurso ao teletrabalho conheceu um crescimento exponencial com a recente pandemia, facilitado pelo recurso a novas tecnologias. Portugal surge como um destino interessante para atrair teletrabalhadores, tendo em conta o clima, a segurança, a fiscalidade e outros indicadores de qualidade de vida.

Nesta comunicação propomo-nos analisar o enquadramento fiscal, laboral e em matéria de segurança social da prestação de teletrabalho a partir de Portugal e os riscos que podem resultar no recurso a esta forma de trabalho.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos dois anos, em virtude da pandemia provocada pela COVID-19, as relações laborais sofreram importantes mutações. Uma das mais expressivas foi, sem dúvida, a globalização do teletrabalho e do trabalho prestado à distância.

Portugal, pela sua situação privilegiada em termos de segurança, clima, custo de vida e qualificação da mão-de-obra, tem excelentes condições para potenciar a instalação dos chamados nómadas digitais e também para permitir que a atual força de trabalho possa encontrar oportunidades sem ter que deslocar a sua residência para o estrangeiro. Há ainda casos de trabalhadores que se encontravam emigrados e que aproveitaram a oportunidade criada pela pandemia para regressar ao nosso país.

* Advogada especialista em Direito Fiscal, docente convidada da ESG/IPCA e na UPT, doutora em Direito Financeiro e Tributário, pós-graduada em Fiscalidade Internacional, juiz-árbitro do CAAD, advogada especialista em Direito fiscal, sócia da Brochado Coelho Advogados SP RL, Professora Especialista em Direito Fiscal, formadora da Ordem dos Advogados e da Ordem dos Contabilistas Certificados, autora de diversas publicações jurídicas; scosta@ipca.pt.

** Advogada, docente convidada da ESG/IPCA, licenciada em direito pela Universidade do Minho, pós-graduada em Direito Judiciário, sócia da Brochado Coelho Advogados SP RL, formadora da Ordem dos Advogados e da Ordem dos Contabilistas Certificados, autora de diversas publicações jurídicas; cs@ipca.pt.

Neste contexto urge analisar alguns dos problemas jurídicos decorrentes do chamado teletrabalho internacional, que, segundo JUAN JESÚS MARTOS¹ se caracteriza como “aquele em que o trabalhador e a empresa residem ou se encontram estabelecidos em jurisdições fiscais diferentes”².

No presente artigo falaremos sobre algumas questões que se colocam ao teletrabalho internacional a partir de Portugal em matéria de direito fiscal, direito laboral e direito da Segurança Social.

2. O TELETRABALHO INTERNACIONAL – QUESTÕES FISCAIS

2.1. IRS

No imposto sobre o rendimento pessoal (IRS), há que atender primeiro à questão da residência. Em regra, o teletrabalhador vai ser considerado residente no país a partir do qual presta o seu trabalho desde que cumpra os respetivos requisitos da lei fiscal.

Para alguém ser considerado residente no nosso país é necessário que se verifique uma das condições previstas no art.º 16.º do CIRS, nomeadamente:

- a permanência por mais de 183 dias, seguidos ou interpolados, em território português;
- sendo inferiores os dias de permanência, ter à disposição uma habitação em condições que façam supor intenção atual de a manter e ocupar como residência habitual;
- ser tripulante de navio ou aeronave portuguesa
- ou desempenhar no estrangeiro funções ou comissões de carácter público, ao serviço do Estado Português.

Se o trabalhador passa mais de seis meses por ano a teletrabalhar a partir de Portugal, ou se volta no final do ano com acordo de teletrabalho e aqui tem uma habitação, vai ser considerado residente em Portugal (sendo certo que no segundo caso só terá residência parcial³, nos termos do n.º 4 do art.º 16.º do CIRS).

Também se poderá verificar uma situação de dupla residência, quando o trabalhador preenche o conceito de residência em mais do que um país. As convenções

¹ MARTOS, JUAN JESÚS, “Criterios de sujeción de las rentas del teletrabajo internacional: residencia fiscal y doble imposición internacional”, Revista iberoamericana de relaciones laborales, n.º11, 2001-2002 (Ejemplar dedicado a: La Gestión de los Recursos Humanos), pp. 169-188.

² Nossa tradução.

³ Para HELENA GOMES MAGNO, a residência parcial “representa uma nova forma de entender e delimitar a residência em termos temporais (...) permitindo excepcionar a aplicação a um mesmo sujeito passivo de um único estatuto de residência, aplicável a todo o período de tributação, dado que permite fracionar o período de tributação em dois períodos inferiores ao estado civil, fazendo corresponder um estatuto (de residente ou não residente) a cada fração de tempo do ano fiscal” (*A residência fiscal das pessoas singulares*, Vida Económica, 2019, p. 84).

de dupla tributação (CDT) entre Portugal e os países que conosco celebraram estes acordos internacionais contém um critério para determinar, nesses casos, qual o país que será considerado o Estado de residência⁴.

Na Convenção Modelo OCDE (CMOCDE) que serve de base à maioria dos nossos acordos de dupla tributação, o primeiro critério de desempate da assenta na existência de habitação⁵. Se o trabalhador tem casa própria num país e casa arrendada no outro, preenche o critério da habitação, em regra, nos dois países. Já se tiver feito cessar o contrato no estrangeiro antes de regressar, só será considerado residente em Portugal, ainda que pela lei interna do outro país possa ser considerado residente.

Mesmo que mantenha dois espaços de habitação, será considerado residente no país com o qual sejam mais estreitas as suas relações pessoais e económicas (centro de interesses vitais) – conceito que poderá estar preenchido no estado do teletrabalho. Se assim for, Portugal tributa-o como residente e – em regra – vai cobrar impostos pelo rendimento obtido no país onde se encontra e empresa à qual é prestado o teletrabalho⁶.

Segundo o art.º 15.º da convenção modelo OCDE (que serve de base a mais de 3000 acordos de dupla tributação):

“Com ressalva do disposto nos artigos 16.º, 18.º e 19.º, os salários, ordenados e remunerações similares obtidos de um emprego por um residente de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que o emprego seja exercido no outro Estado contratante. Se o emprego for aí exercido, as remunerações correspondentes podem ser tributadas nesse outro Estado”.

Temos assim, como regra, a tributação no estado da residência do rendimento mundial do trabalhador.

Para que a entidade empregadora não faça retenções na fonte do imposto equivalente ao IRS, o trabalhador deve solicitar no portal das finanças um certificado de residência para apresentar à entidade estrangeira.

Convém ter em conta, neste caso, que no final do ano o valor a pagar de imposto poderá parecer excessivo, porque não serão feitas retenções na fonte e, assim,

⁴ Ver por todos RUI MORAIS, *Sobre o IRS*, Almedina, 3ª edição, 2014, pp. 12-14. João Sérgio Ribeiro, por sua vez, lembra que o conceito de residência é fornecido pelo direito interno e o artigo da Convenção Modelo da OCDE “avança com critérios de desempate sem, no entanto, nunca pôr em causa a definição feita no direito interno (“O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, GLÓRIA TEIXEIRA (dir.) e ARY FERREIRA DA CUNHA (coord.), *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012, p. 96).

⁵ ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 2016, 2ª edição, pp. 291-294.

⁶ Segundo GLÓRIA TEIXEIRA “algumas convenções sobre dupla tributação por exemplo, a CDT Áustria/Portugal) acrescentam uma outra cláusula relativa ao problema da mudança de residência” – e dá como exemplo o art.º 4.º dessa convenção que contém uma regra que limita o poder tributário do Estado de origem ao período anterior à transferência da residência (*Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 3ª edição, 2015, p. 354).

o Estado português não receberá adiantamentos do imposto devido pelo trabalhador, cobrando tudo aquando da liquidação.

Alguns autores defendem uma alteração ao artigo 15.º da CMOCDE e aos seus comentários de forma a que se possa adequar ao teletrabalho internacional⁷.

De acordo com o princípio do primado do direito internacional convencional, o conteúdo das convenções de dupla tributação prevalece sobre o conceito do CIRS (Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares) – regra que o Supremo Tribunal Administrativo voltou a reforçar muito recentemente, no processo n.º 3/2020 de 2020-10-06⁸.

Não havendo CDT entre Portugal e o país da entidade patronal, aplicam-se as regras do CIRS, de crédito de imposto por dupla tributação internacional (art.º 81.º CIRS).

Regressando a Portugal e voltando a ser residente em Portugal, o teletrabalhador poderá, em alguns casos, aproveitar o regime fiscal do programa regressar (neste momento só para quem voltou em 2019 e 2020). Da mesma forma, se esteve ausente mais do que 5 anos ou se nunca foi residente em Portugal, o teletrabalhador residente em Portugal que desempenhe profissões de elevado valor acrescentado poderá beneficiar o regime do residente não habitual durante 10 anos (que prevê taxas de tributação de 20% para os rendimentos do trabalho dependente e independente nas profissões de elevado valor acrescentado⁹).

Há muitos casos de trabalhadores que emigraram e não chegaram a alterar a sua residência fiscal para o estrangeiro e que – ao regressar – se vêm privados do uso destes regimes especiais. A situação pode ter remédio desde que o trabalhador corrija retroativamente o cadastro fiscal, provando documentalmente que residiu efetivamente num outro país e entre que datas.

2.2. IRC

No Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, o teletrabalho a partir do exterior poderá colocar problemas à entidade patronal residente no estrangeiro se se entender que passa a haver estabelecimento estável aqui¹⁰.

⁷ MARTOS, JUAN JESÚS, “Criterios de sujeción...”, *op. cit.*, p. 187. Segundo este autor o art.º 15.º MCOCDE privilegia em excesso o Estado da residência do trabalhador.

⁸ Disponível em <<https://dre.pt>> acedido em 03/12/2020. Para o STA “o conceito de 'residência por dependência', acolhido no artigo 16, n.º 2, do CIRS, não pode sobrepor-se ao conceito convencional de residência constante do artigo 4.º da Convenção contra a Dupla Tributação celebrada entre Portugal e a Itália (aprovada para ratificação pela Lei n.º 10/82, de 1 de Junho), dada a supremacia do direito internacional sobre o direito interno ordinário consagrada nos artigos 8.º da CRP e 1.º, n.º 1, da LGT”.

⁹ Prevista na portaria 230/2019 de 23 de julho.

¹⁰ Para ROSADO PEREIRA “o conceito de estabelecimento estável é nuclear para o direito fiscal internacional. Ele releva tanto para efeitos de definição do regime de tributação das entidades não

Segundo o art.º 5.º da Convenção Modelo OCDE, haverá estabelecimento estável se existir uma instalação fixa através da qual a atividade de uma empresa é executada total ou parcialmente, podendo incluir nomeadamente um escritório, uma fábrica ou uma loja¹¹.

Segundo Rosado Pereira, este conceito assenta na existência de dois elementos: um elemento real ou objetivo (a referida instalação fixa) e um elemento pessoal ou subjetivo (pessoa que atua por conta da empresa não residente)¹². Por sua vez, José Carlos Abreu¹³ assinala que o EE é “um conceito instrumental, com finalidade exclusivamente fiscal, destinado a articular a atribuição do poder tributário entre o Estado de residência e o Estado da fonte, relativamente a rendimentos resultantes de determinadas atividades empresariais desenvolvidas por não residentes que disponham de uma significativa presença económica num outro Estado”.

Se o trabalhador exercer as funções em teletrabalho mas fora de casa – por ex.º num escritório cedido por uma outra empresa – poderemos estar a criar um risco de tributação para a entidade patronal estrangeira¹⁴.

Se se considerar que existe estabelecimento estável, a entidade patronal terá de pagar aqui imposto pelos rendimentos imputáveis ao estabelecimento estável.

Verifica-se assim que a prestação de teletrabalho a partir de Portugal não é fiscalmente neutra, e que convém acautelar a situação do trabalhador e da entidade não residente.

3. LEGISLAÇÃO LABORAL E TELETRABALHO INTERNACIONAL – LEI APLICÁVEL E ENQUADRAMENTO LEGAL NO CÓDIGO DO TRABALHO

No que respeita à lei aplicável à relação laboral, quando a entidade empregadora se localiza em Portugal e o trabalhador trabalha remotamente a partir do estrangeiro, o Código do Trabalho é omissivo. No entanto, a Convenção de Roma¹⁵ relativa à lei aplicável às obrigações contratuais, estabelece no seu artigo 3.º que o contrato se rege pela lei escolhida pelas partes e que essa escolha deve ser expressa

residentes pelos rendimentos empresariais obtidos, no contexto da legislação fiscal nacional, como para efeitos da repartição entre o Estado da fonte e o Estado da residência do poder de tributar” (PAULA ROSADO PEREIRA, “O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional”, EDUARDO PAZ FERREIRA, HELENO TAVEIRA TORRES, CLOTILDE CELORICO PALMA (organizadores), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Volume II, Almedina, 2013, p.571.

¹¹ Veja-se que muito recentemente, na Lei n.º 75-B/2020 de 31/12, que aprovou o Orçamento de Estado para 2021, foi alterado o artigo 5.º do CIRC, expandindo o conceito de estabelecimento estável.

¹² PAULA ROSADO PEREIRA, “O papel...”, *op. cit.*, p.572. Ver também LUIS MENEZES LEITÃO, “O conceito de estabelecimento estável na tributação do rendimento”, *15 Anos da Reforma fiscal de 1889/1989 – Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha*, AFP, IDEFF, Almedina, 2005, p.171 ss.

¹³ JOSÉ CARLOS ABREU, *Fiscalidade Internacional Abordagem Prática no âmbito dos Impostos sobre o Rendimento*, Almedina, 2020, p.70.

¹⁴ Como afirma LUÍS MENEZES LEITÃO (*op. cit.*, p.176) não é necessário sequer a existência de um direito real ou locativo sobre o espaço utilizado.

¹⁵ Cfr. <<https://eur-lex.europa.eu>> acedido em 03-12-2020.

ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa.

Por sua vez, o artigo 6.º, n.º 2 da Convenção de Roma, prevê que na falta de escolha pelas partes da lei aplicável, o contrato de trabalho é regulado:

a) Pela lei do país em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho, mesmo que tenha sido destacado temporariamente para outro país, ou

b) Se o trabalhador não prestar habitualmente o seu trabalho no mesmo país, pela lei do país em que esteja situado o estabelecimento que contratou o trabalhador, a não ser que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato de trabalho apresenta uma conexão mais estreita com um outro país, sendo em tal caso aplicável a lei desse outro país.

Há, no entanto, que ter em conta que a escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato de trabalho, não pode ter como consequência privar o trabalhador da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei que seria aplicável, na falta de escolha, por força do n.º 2 mesmo artigo e a que nos referimos atrás.¹⁶

Assim, temos uma de duas opções:

1) Ou as partes escolhem a lei aplicável ao contrato, devendo para o efeito, convencionar a sua opção mediante contrato de trabalho ou aditamento ao contrato de trabalho. Nestes casos, a lei aplicável será em regra a lei escolhida. No entanto, caso a lei escolhida não seja aquela que decorre das regras no n.º 2 do artigo 6.º da Convenção de Roma, o trabalhador não pode ficar privado da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei que seria aplicável na falta de escolha.

2) Ou as partes não escolhem a lei aplicável e nestes casos será aplicável a lei do país onde o trabalhador prestar habitualmente o seu trabalho, mesmo que tenha sido destacado temporariamente para outro país, ou se o trabalhador não prestar habitualmente o seu trabalho no mesmo país, pela lei do país em que esteja situado o estabelecimento que contratou o trabalhador, a não ser que resulte do conjunto das circunstâncias que o contrato de trabalho apresenta uma conexão mais estreita com um outro país, sendo em tal caso aplicável a lei desse outro país.

¹⁶ A propósito da escolha pelas partes da lei aplicável, ver Acórdão do STJ de 12.05.2016, Processo n.º 2998/14.2TTLSB.L1.S1, disponível em <www.dgsi.pt>. Neste caso, e apesar de as partes terem convencionado como aplicável ao contrato a lei espanhola, o Tribunal derrogou a convenção das partes, porque entendeu que tendo o trabalhador prestado a sua atividade maioritariamente em Portugal, as garantias que a lei laboral portuguesa confere ao nível do despedimento teriam sempre de ser aplicáveis.

Têm sido múltiplas as definições que foram surgindo na Doutrina do que é o teletrabalho.

Maria do Rosário Palma Ramalho¹⁷ considera que o teletrabalho corresponde a uma forma muito concreta de trabalho que emerge da conjugação do fator geográfico e do fator funcional, sendo que «o fator geográfico é a separação espacial entre o trabalhador e as suas instalações da empresa, uma vez que o teletrabalho é, por definição, um trabalho à distância; o fator funcional é o tipo de prestação laborativa desenvolvida, que passa pelo recurso intensivo a tecnologias de informação e de comunicação entre o teletrabalhador e o credor da sua prestação».

Já para a autora Glória Rebelo¹⁸ o teletrabalho constitui uma «nova forma de organizar o trabalho, cuja característica principal é a de estabelecer entre duas partes (uma entidade empregadora e um trabalhador) um conjunto de relações laborais à distância asseguradas por instrumentos informáticos e/ou instrumentos de telecomunicações».

A Comissão Europeia, por exemplo, entende que o teletrabalho é «um método de organização e/ou prestação de trabalho em que o trabalho prestado por uma pessoa singular no quadro de uma relação de trabalho, durante uma parte considerável do tempo de trabalho seja prestado à distância (relativamente às instalações do empregador ou ao local onde se espera o resultado do trabalho) através da utilização de tecnologia de informação e transmissão de dados, e em especial da Internet». ¹⁹

No que tange ao local do trabalho, o regime do teletrabalho pode ter lugar no domicílio do teletrabalhador (*electronic home-work*), em centros satélite (*satellite offices*), em centros comunitários (*telecottage*), numa modalidade móvel (*mobile work*) ou num regime transfronteiriço (*offshore*).²⁰

Há autores que defendem a coexistência de alguns elementos considerados configuradores e caracterizadores do teletrabalho – o elemento pessoal; o elemento espacial; o elemento qualitativo e o elemento quantitativo²¹.

O elemento pessoal exige que a atividade seja prestada por pessoa física singular, excluindo-se deste conceito pessoas coletivas. Relativamente ao elemento espacial, o teletrabalho caracteriza-se pelo facto de a atividade ser realizada em local

¹⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2010, p. 381.

¹⁸ GLÓRIA REBELO, *Teletrabalho e Privacidade, Contributos e Desafios para o Direito do Trabalho*, RH Editora, Lisboa, 2004, p. 3.

¹⁹ PEDRO ORTINS DE BETTENCOURT, “Os regimes do teletrabalho” in *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor António Motta Veiga*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 258.

²⁰ ANA SOFIA ZÊZERE DA CONCEIÇÃO GUERRA, *O Regime Especial do Teletrabalho- As Implicações nas Relações Laborais*, p.79.

²¹ ÁNGELA MARTIN POZUELO LÓPEZ, “Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del trabajo”, in *El Teletrabajo*, TOMÁS SALA FRANCO (dir.), VALENCIA, 2020, p. 18 ss.

fora das instalações da empresa beneficiária da atividade, sem que o empregador esteja fisicamente presente. E finalmente, quanto ao elemento qualitativo e quantitativo, dizer que o primeiro se refere aos instrumentos de trabalho utilizados, que deve ser realizado através de meios informáticos e de telecomunicações e o elemento quantitativo, relacionado com a habitualidade deste regime, sendo unanimemente aceite que não descaracteriza a prestação de trabalho neste regime, o facto de o trabalho não ser sempre prestado fora das instalações da empresa, á distância, portanto.

As regras atualmente aplicáveis ao teletrabalho pela lei nacional constam dos artigos 165.º a 171.º do Código do Trabalho²².

Cumpra, todavia, salientar, que à data da redação deste artigo, foi já promulgado pelo Sr. Presidente da República o Decreto da Assembleia da República que modifica o atual regime do teletrabalho, alterando o Código do Trabalho e a Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais.

De uma forma abreviada, e já contemplando o novo regime legal, que embora ainda não em vigor, se anuncia ser publicado em Diário da República muito brevemente, sublinhamos as principais características da prestação de trabalho subordinado em regime de teletrabalho:

1. A implementação do regime do teletrabalho depende quase sempre de acordo escrito;
2. O acordo deve regular o regime de permanência ou alternância dos períodos de trabalho remoto ou de trabalho presencial, bem como a periodicidade e o modo de concretização dos contactos presenciais;
3. Se a proposta de acordo teletrabalho for da iniciativa do empregador, a oposição do trabalhador não carece de fundamentação e a recusa do trabalhador não pode ser fundamento de despedimento ou de aplicação de qualquer sanção;
4. No caso de a atividade exercida ser compatível com o teletrabalho, a proposta de acordo feita pelo trabalhador para trabalhar em teletrabalho só pode ser recusada pelo empregador por escrito e devidamente fundamentada;
5. O local de trabalho previsto no acordo do teletrabalho pode ser alterado pelo trabalhador, mediante acordo escrito com o empregador;

²² Algumas das exigências do regime do teletrabalho no Código do Trabalho, inspiraram-se no *Framework Agreement on Telework*, celebrado em 16 de julho de 2002 entre parceiros sociais à escala europeia (*European Trade Union Confederation*, por um lado, e a *UNICE*, *UEAPME* e *CEEP*, por outro lado).

6. O empregador poderá definir por regulamento interno, as atividades e condições em que o regime de teletrabalho é por si aceite;

7. Duração do teletrabalho pode ser definida por tempo determinado ou com duração indeterminada. Sendo com duração determinada, o acordo não pode exceder 6 meses, renovando-se automaticamente por iguais e sucessivos períodos, se nenhuma das partes declarar à outra, até 15 dias antes do termo, a vontade de não o renovar. Já caso o acordo tenha duração indeterminada, qualquer das partes o pode fazer cessar, mediante comunicação escrita à outra parte, que produzirá efeitos no 60.º dia posterior;

8. Qualquer das partes pode denunciar o acordo (independentemente de ser com duração determinada ou indeterminada) durante os primeiros 30 dias da sua execução;

9. Empregador é responsável pela disponibilização ao trabalhador dos equipamentos e sistemas necessários à realização do trabalho, devendo o acordo especificar se são fornecidos diretamente ou adquiridos pelo trabalhador, com a concordância do empregador, acerca das suas características e preços;

10. O empregador deve fazer a compensação integral de todas as despesas adicionais que, comprovadamente, o trabalhador suporte, incluindo despesas de energia, internet e manutenção dos equipamentos e sistemas;

11. O trabalhador em teletrabalho tem direito a receber, no mínimo, o valor da retribuição equivalente à que auferiria se o trabalho fosse prestado em regime presencial.

12. As visitas ao local de trabalho (domicílio) do trabalhador devem ser comunicadas com aviso prévio de 24 horas e mediante concordância do trabalhador;

13. Com exceção dos trabalhadores de microempresas, os trabalhadores com filhos até 8 anos passam a ter direito de exercer a sua atividade em regime de teletrabalho desde que:

a) Nos casos em que ambos os progenitores reúnam condições para o exercício de teletrabalho, desde que este seja exercido por ambos em períodos sucessivos de igual duração num prazo de referência máxima de 12 meses;

b) Famílias monoparentais ou situações em que apenas um dos progenitores, comprovadamente, reúne condições para o exercício da atividade em regime de teletrabalho.

14. Os trabalhadores que detenham o estatuto de cuidador informal não principal, podem trabalhar em teletrabalho, pelo período máximo de 4 anos seguidos ou interpolados;

15. Obrigatoriedade de o trabalhador comparecer nas instalações da empresa ou nouro local designado pelo empregador para reuniões, ações de formação ou outras situações que exijam presença física, para as quais tenha sido convocado com, pelo menos, 24 horas de antecedência;

16. O empregador não pode contatar o trabalhador no período de descanso, com exceção da ocorrência de motivo de força maior; (consagração do «direito a desligar»)

17. O empregador deve diligenciar no sentido da redução do isolamento do trabalhador, promovendo, com a periodicidade estabelecida no acordo de teletrabalho, ou, em caso de omissão, com intervalos não superiores a dois meses, contactos presenciais dele com as chefias e demais trabalhadores;

18. Controlo da atividade pelo empregador deve respeitar os princípios da proporcionalidade e transparência, sendo vedado ao empregador impor a conexão permanente, durante a jornada de trabalho, por meio de som ou imagem.

Por outro lado, importa dizer que com as alterações ao regime do teletrabalho já promulgadas, o teletrabalho passa a integrar matéria que só pode ser afastada por Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho, que disponha em sentido mais favorável ao trabalhador – artigo 3.º, n.º 3, alínea k) do Código do Trabalho.

A excecionalidade dos tempos que vivemos e que «democratizou» esta modalidade de prestação de trabalho, convoca-nos, ainda para a análise de múltiplas questões, como por exemplo, o registo dos tempos de trabalho e controlo da atividade do trabalhador. Neste âmbito pode ter interesse analisar o entendimento da Comissão Nacional de Proteção de Dados, vertido no documento que intitulam de «Orientações sobre o controlo à distância em regime de teletrabalho»²³.

De igual modo, importa também termos presente que a prestação de trabalho em regime de teletrabalho, prestada no domicílio do trabalhador e, frequentemente, com recurso a meios e equipamentos de trabalho pertença do trabalhador, não afasta a qualificação do vínculo existente entre as partes enquanto contrato de trabalho²⁴.

²³

https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/Orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf, acedido em 03/12/2020.

²⁴ Acerca da interpretação da noção de contrato de trabalho, ver FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, “A

Na verdade, a emergência do recurso ao teletrabalho incita alguma discussão em torno de questões como a «*aparente ausência de controlo do empregado, para alguns o fim da subordinação e do próprio Direito do Trabalho*»²⁵. Ora, o facto de a relação laboral ser prestada em regime de teletrabalho, não determina que o teletrabalho não continue a ser classificado como um contrato de trabalho, podendo quanto muito, provocar uma adaptação à análise dos indícios de subordinação jurídica que se encontram previstos no artigo 12.º, n.º 1 do Código do Trabalho²⁶.

4. O REGIME DE SEGURANÇA SOCIAL DO TELETRABALHO A PARTIR DO ESTRANGEIRO

Relativamente ao regime da Segurança Social, releva para este efeito o Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004, na sua atual redação, conferida pelo Regulamento (CE) n.º 988/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009²⁷, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social no interior da União Europeia, bem como na Islândia, no Liechtenstein, na Noruega e na Suíça.

As atuais normas europeias de coordenação dos sistemas nacionais de segurança social que constam do referido Regulamento assentam sinteticamente em cinco pilares fundamentais²⁸.

O primeiro destes princípios assenta na ideia de que um determinado cidadão está, num dado período, abrangido tão só pela legislação de um Estado-Membro, daqui resultando a obrigação para este cidadão de cumprir as suas obrigações contributivas nesse mesmo e único Estado.

Por outro lado, e já no âmbito do que podemos apelidar de princípio da igualdade e não discriminação, encontramos a tradução da ideia de que qualquer cidadão beneficia dos mesmos direitos e obrigações atribuídos às pessoas nacionais do Estado-Membro em questão.

Com terceiro princípio a atender neste domínio, encontramos o facto de considerar, para efeitos de concessão ao cidadão de um determinado benefício ou

noção de contrato de trabalho no Código de 2009: evolução ou continuidade?," in *Revista Questões Laborais*, n.º 51, Almedina, pp. 113-122.

²⁵ NELSON MANNRICH, "Tendências atuais relativas ao âmbito pessoal do Direito do Trabalho em Portugal, Espanha e Brasil" in *Minerva, Revista de Estudos Laborais*, Ano VII, I da 2.ª série, n.º 1, Junho de 2008, p. 161.

²⁶ JAIR TEIXEIRA DOS SANTOS, – "Subordinação Jurídica e o Trabalho à Distância" in *Minerva, Revista de Estudos Laborais*, Ano V, n.º 9, 2006, p. 198.

²⁷ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/> acedido, acedido em 03/12/2020.

²⁸ SOARES, FREITAS ROSA, "A Segurança Social e os Desafios da Mobilidade Global», in *SEGURANÇA SOCIAL, Sistema, Proteção, Solidariedade e Sustentabilidade*, AAFDL EDITORA, 2020, pp. 677-678.

proteção social, todos os períodos que hajam sido registados noutro Estado-Membro – princípio da totalização dos períodos.

Por seu turno, e em matéria de coordenação dos sistemas nacionais de segurança social, devemos ainda atender ao denominado princípio da exportabilidade ou exportação de prestações da segurança social, que consiste no seguinte – sempre que um determinado cidadão tenha direito a receber um determinado benefício social financeiro a ser pago por um Estado-Membro, este seu direito não ficará prejudicado nem condicionado, pela eventualidade desse mesmo cidadão ser residente noutro Estado.

Por fim, o quinto princípio a termos em conta nesta matéria, prende-se com o princípio da igualdade de tratamento de prestações de rendimentos e de factos, consubstanciado na circunstância de se considerar que todos os efeitos jurídicos decorrentes de factos que hajam ocorrido num Estado-Membro, bem como rendimentos e/ou benefícios concedidos por um Estado, devem ser reconhecidos nos universo dos restantes Estados-Membros, nos mesmos moldes que seriam considerados, caso tivessem ocorrido, sido recebidos ou concedidos ao cidadão no seu próprio país.

A evolução das tecnologias de informação foi contribuindo ao longo dos tempos, para uma crescente opção pela prestação de trabalho em regime de teletrabalho, muitas vezes em países distintos daqueles onde se encontram localizadas as entidades beneficiárias da atividade laboral. Com efeito, e para alguns autores, as novas tecnologias de informação aproximam as populações e permitem a existência de um verdadeiro teletrabalho transnacional²⁹.

Feita esta primeira introdução, coloca-se um importante problema a resolver que é saber qual a lei aplicável. Se a lei do lugar onde foi celebrado o contrato de trabalho; se a lei do lugar da execução do contrato ou se a lei do Estado onde se encontra localizado o empregador, beneficiário da atividade³⁰.

O regime do teletrabalho transnacional tem levado alguns autores a alertarem para os perigos deste regime de prestação de atividade poder acarretar riscos sob o ponto de vista do dumping social³¹, envolvendo inobservância dos direitos dos trabalhadores, ausência de condições de saúde ou segurança e práticas salariais pouco dignas ou discriminatórias.

²⁹ SUÑÉ LLINÁS, “El Teletrabajo. Informatica y Derecho”, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, número 19-22, 1998, p.608.

³⁰ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, 22.ª edición, Madrid, 2001, p. 523, que defende que este tipo de contrato em regime de teletrabalho deve ser considerado contrato especial e não ter um tratamento idêntico ao conferido ao contrato de trabalho comum ou ordinário.

³¹ ÁNGELA MARTIN POZUELO LÓPEZ, “El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: El régimen particular del teletrabajo transnacional”, *El Teletrabajo*, op. cit., p.102 e ss.

Passaremos, pois, à análise das regras específicas aplicáveis aos cidadãos que trabalham habitualmente em dois ou mais Estados-Membros.

Nos termos do artigo 11.º, n.º 3, alínea a) do Regulamento que estabelece as regras gerais, prevê-se que a pessoa que exerça uma atividade por conta de outrem num Estado-Membro da União Europeia está sujeita à legislação desse Estado-Membro onde é exercida a respetiva atividade – *princípio lex loci laboris*.

Por seu turno, o artigo 12.º do Regulamento trata o regime especial aplicável às situações de destacamento, ou seja, os casos em que uma determinada pessoa exerce uma atividade por conta de outrem num Estado-Membro ao serviço de um empregador que normalmente exerce as suas atividades nesse Estado-Membro, e que seja destacada por esse empregador para realizar um trabalho por conta deste noutro Estado-Membro.

Os trabalhadores que se desloquem no interior da União Europeia devem estar sujeitos a uma única legislação em matéria de segurança social³². Com efeito, as pessoas a quem os regulamentos se aplicam apenas estão sujeitas à legislação de um Estado-Membro – princípio da unicidade da legislação aplicável.³³ O princípio regra que sofre, como veremos, exceções, é o de que o regime de segurança social aplicável aos cidadãos que, por razões laborais, se desloquem de um Estado-Membro para outro, há-de ser o que se encontra previsto na legislação do Estado-Membro do novo local de trabalho.

Todavia, e tendo em vista estimular a livre circulação de pessoas/trabalhadores e serviços e evitar consequências indesejadas na esfera quer dos trabalhadores, quer dos empregadores, estão previstas algumas exceções a este princípio.

Ora, é precisamente no caso dos trabalhadores destacados que encontramos a primeira exceção ao princípio referido, isto é, quando o empregador que, habitualmente, exerce a sua atividade num determinado Estado-Membro (Estado de destacamento), envia trabalhadores para outro Estado-Membro (Estado de emprego) por um período até ao limite de 24 meses.

Assim, e considerando a disposição comunitária contida no artigo 12.º do Regulamento, o cidadão que trabalhe por conta de outrem num determinado Estado-Membro, ao serviço de um empregador que normalmente exerça a sua atividade nesse Estado-Membro, e que seja enviada por esse empregador para realizar um trabalho por conta deste noutro Estado-Membro, continua sujeita à legislação do Estado de destacamento, desde que se verifiquem as seguintes condições:

³² Artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 883/2004.

³³ APELLES.B. CONCEIÇÃO, *Segurança Social*, Almedina, 2014, p.516.

- a) a duração previsível da prestação laboral não ultrapassar o limite temporal dos 24 meses e
- b) não ser o trabalhador em causa, enviado em substituição de outra pessoa destacada.

Salientamos que o empregador deve exercer normalmente as suas atividades no Estado de destacamento.

Embora não se trate de um elenco fechado, podemos apontar como critérios que podem ser utilizados para efeitos de aferir se um empregador exerce ou não normalmente as suas atividades no Estado do destacamento, os seguintes³⁴⁻³⁵:

- i) o lugar onde o empregador que procede ao destacamento tem a sua sede social e a sua administração;

- ii) o número de trabalhadores do setor administrativo do empregador que trabalham no Estado de destacamento e no Estado de emprego, sendo que a existência de pessoal unicamente do setor administrativo no Estado de destacamento, determina que as normas que disciplinam o regime do destacamento não se aplicam ao empregador em causa;

- iii) o local onde o trabalhador destacado é recrutado;

- iv) o local onde é celebrada a parte mais significativa dos contratos com os clientes;

- v) o número de contratos executados no Estado de destacamento e no Estado de emprego;

- vi) o volume de negócios realizado pelo empregador que destaca o trabalhador no Estado de destacamento e no Estado de emprego durante um período suficientemente significativo

- vii) o período temporal em que o empregador está estabelecido no Estado-Membro de destacamento.

Diferentemente do que se passa com o regime do destacamento, podemos ter situações em que os trabalhadores exercem a sua atividade em dois ou mais Estados-Membros, sem que se esteja sob a alçada do destacamento, mas antes sob a aplicação do regime previsto no artigo 13.º do Regulamento.

Nos termos da referida disposição comunitária, a pessoa que exerça normalmente uma atividade por conta de outrem em dois ou mais Estados-Membros da União Europeia está sujeita à legislação:

- a) Do Estado-Membro de residência, se exercer parte substancial da atividade nesse Estado-Membro;

³⁴ <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11366&langId=pt>, acedido em 03/12/2020.

³⁵ APELLES J.B, CONCEIÇÃO, *op. cit*, p.518.

Ou

b) Do Estado-Membro em que a empresa ou o empregador tem a sua sede domicílio, se não exercer uma parte substancial da sua atividade no Estado-Membro de residência.

Assim, diríamos que a regra a observar será a da aplicação da legislação da Segurança Social do Estado-Membro onde o trabalhador irá prestar trabalho (no caso o da sua residência, por se tratar de teletrabalho e o domicílio do trabalhador constituir o local de trabalho deste) e só será aplicável o regime português da Segurança Social caso uma parte substancial da atividade seja prestada em Portugal.

Nos casos de teletrabalho transnacional, o mais habitual, de facto, é que o trabalhador desempenhe as suas funções no local da sua residência, pelo que na maioria dos casos, a lei aplicável em matéria de Segurança Social será a do Estado-Membro da residência do trabalhador, por se considerar que é aí que realiza uma parte substancial da sua atividade³⁶.

Tem-se entendido que para se apurar se uma parte substancial da atividade de um trabalhador por conta de outrem é exercida num Estado-Membro, são considerados os seguintes critérios indicativos³⁷:

1. O tempo de trabalho; e/ou
2. A remuneração.

Se constatarmos que pelo menos 25% do tempo de trabalho da pessoa em causa tem lugar no Estado-Membro de residência e/ou que pelo menos 25% da remuneração dessa pessoa é obtida no Estado-Membro de residência, isso constitui um indicador de que parte substancial das atividades do trabalhador é exercida nesse Estado-Membro.

Como referimos, estes critérios não são únicos e podemos utilizar outros também úteis ou complementares aos indicados, para determinarmos se uma parte substancial da atividade de um trabalhador por conta de outrem é exercida num Estado-Membro. Assim, e por exemplo, podemos avaliar a situação previsível para os próximos 12 meses civis. Além disso, constitui também elemento indicador a realidade ocorrida no passado, portanto, e se não for possível prever como a situação será nos próximos 12 meses, será razoável analisar a situação verificada nos 12 meses anteriores e utilizar esse cenário para avaliar a parte substancial da atividade.

Nesta situação, temos de apurar se o trabalhador vai ou não desempenhar uma parte substancial da sua atividade no estrangeiro. Se for previsível que nos próximos 12

³⁶ ÁNGELA MARTIN POZUELO LÓPEZ, "El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: El régimen particular del teletrabajo transnacional", *El Teletrabajo, op. cit.*, p. 133.

³⁷ <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11366&langId=pt>, acedido em 03/12/2020

meses, o trabalhador trabalhará remotamente no estrangeiro, será de aplicar a legislação em vigor no Estado-Membro do país da residência. Se, por outro lado, for previsível que o trabalhador apenas esteja fora do país um curto espaço de tempo e regresse à prestação habitual do seu trabalho em Portugal, será de aplicar a lei portuguesa.

5. PROCEDIMENTOS A OBSERVAR NO CASO DE TELETRABALHO PRESTADO PARA O ESTRANGEIRO A PARTIR DE PORTUGAL

Sob o ponto de vista procedimental, e no que tange ao nosso ordenamento jurídico, nas situações em que um determinado trabalhador contratado num outro Estado-Membro e aí a exercer funções, venha residir para Portugal e trabalhar remotamente a partir do nosso país, deverá observar-se um conjunto de ações junto de diversas entidades, para que se possa concretizar regularmente o pretendido pelas partes.

Assim, e num primeiro passo, será necessário que a entidade empregadora, sediada num outro Estado, requeira a sua inscrição no Fichero Central de Pessoas Coletivas. Este procedimento pode ser tramitado totalmente via eletrónica.³⁸ Uma vez efetuado este registo, é atribuído à entidade um número de identificação de pessoa coletiva português.

Posteriormente, mostra-se necessário as partes celebrarem um aditamento escrito ao contrato de trabalho, do qual resulte de forma inequívoca, que a prestação de atividade do trabalhador passará a ter lugar via remota, a partir do nosso país.

Junto da Segurança Social, a entidade empregadora deverá requerer o registo do estabelecimento além sede, a fim de poder iniciar-se o cumprimento das obrigações declarativas e contributivas decorrentes do vínculo laboral, nomeadamente o envio das declarações de remunerações e o pagamento das respetivas contribuições e quotizações.

Este procedimento, que deve ser requerido e formalizado junto do Centro Distrital da Segurança Social da área da residência do trabalhador, carece do preenchimento e envio de dois formulários – RV1009³⁹ e RV 1011⁴⁰ – disponíveis no site da Segurança Social, acompanhados do comprovativo da inscrição da entidade empregadora no Fichero Central de Pessoas Coletivas, bem como do aditamento ao contrato de trabalho, que ateste a prestação de atividade em regime de teletrabalho a partir do nosso país.

³⁸ https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/rnpc/docs_mnpc/1faqs/49/

³⁹ https://www.seg-social.pt/documents/10152/21741/RV_1009_DGSS/2a3a1e22-e0da-421a-8b6d-93f9480a16f8

⁴⁰ https://www.seg-social.pt/documents/10152/21741/RV_1011_DGSS

Finalmente, salientamos que o Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004, na sua atual redação, conferida pelo Regulamento (CE) n.º 988/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009⁴¹, apenas abrange os países do Espaço Económico Europeu e a Suíça e aplica-se a todas as legislações relativas aos ramos da segurança social que digam respeito a prestações por doença; prestações por maternidade ou equiparadas; prestações por invalidez; prestações por velhice; prestações por sobrevivência; prestações por acidentes de trabalho e por doenças profissionais; prestações por desemprego; prestações familiares; prestações por pré-reforma e subsídios por morte.

No caso de se tratar de países fora do Espaço Económico Europeu e da Suíça, tem de ser feita uma análise casuística, pois é necessário verificar se Portugal celebrou com esses países alguma Convenção ou Acordo ao nível da coordenação e mobilidade internacional. Neste momento, Portugal tem Convenção ou Acordo com Andorra, Argentina, Austrália, Brasil, Cabo Verde, Canadá, Quebec, Chile, Estados Unidos da América, Marrocos, Moçambique, Moldova, Reino Unido (no que respeita às Ilhas de Jersey, Guernsey, Alderney, Herm, Jethou e de Man (Reino Unido), Tunísia, Ucrânia, Uruguai e Venezuela.

⁴¹ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/> acedido, acedido em 03/12/2020.

CONTROLO DE DESEMPENHO, VIGILÂNCIA À DISTÂNCIA E O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR DO TELETRABALHADOR

Mário Simões Barata*

RESUMO: O presente artigo visa analisar o poder de direção ou conformativo da prestação que é exercido pelo empregador em relação ao teletrabalhador subordinado. Este poder encontra-se consagrado no Artigo 97º do Código do Trabalho e abarca a capacidade para vigiar e controlar o desempenho profissional do trabalhador. A lei estabelece que a entidade patronal não pode recorrer aos meios de vigilância à distância para monitorizar o trabalhador. Tal princípio está vertido no Artigo 20º do Código de Trabalho. Porém, o legislador aligeirou esta proibição quando se trata de teletrabalho subordinado dado que não há outra via de controlar o desempenho laboral. O recurso aos meios de vigilância à distância por parte da entidade empregadora convoca várias questões ligadas à privacidade do teletrabalhador que vão desde o assédio à violação da sua intimidade quando a entidade patronal faz uso dos múltiplos programas informáticos existentes no mercado para controlar o desempenho profissional que recolhem todo o tipo de dados. Esta recolha de dados sensíveis viola o artigo 16º do Código do Trabalho e o Artigo 26º da Constituição da República Portuguesa que consagra um direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e de acordo com o regime dos direitos, liberdades e garantias estabelecido no Artigo 18º da lei fundamental aquela norma constitucional é diretamente aplicável e vincula as entidades públicas e privadas (leia-se as empresas).

PALAVRAS-CHAVE: Poder de direção; Controlo de desempenho; Meios de vigilância à distância, Teletrabalho, Privacidade.

1. INTRODUÇÃO

Um dos poderes do empregador prende-se com o poder de direção ou o poder conformativo da prestação. Este poder, que assenta na liberdade económica, encontra-se estabelecido no artigo 97º do Código do Trabalho (CT). No quadro do exercício do mesmo, é reconhecido à entidade empregadora a capacidade para vigiar e controlar o

* Doutor em Direito. Professor Adjunto do Politécnico de Leiria. Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense (IJP-IP Leiria). E-mail: mario.barata@ipleiria.pt

desempenho profissional do trabalhador. No entanto, a entidade patronal terá que observar determinados limites. Um desses limites impede a utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho. Tal limitação deriva do princípio geral de proibição da vigilância do trabalhador à distância, que está consagrado no nº 1 do Artigo 20º do CT.

Ciente deste enquadramento, o legislador aligeirou o princípio geral de proibição da vigilância do trabalhador à distância quando se trata de teletrabalho subordinado na parte final do nº 2 do Artigo 20º do CT. Este aligeiramento deveu-se à própria natureza da atividade, na medida em que não há outra forma de exercer o poder de controlo. Por outras palavras, o controlo terá de ser feito utilizando os mesmos meios que o trabalhador utiliza para prestar a sua atividade (i.e., através das tecnologias de informação e de comunicação). Contudo, a doutrina alerta para o risco conexo com eventuais comportamentos assediantes do trabalhador por via informática por parte da entidade empregadora. Para além daquela problemática, o recurso aos meios de vigilância à distância levanta outras questões ligadas à privacidade do trabalhador. Assim, a utilização de meios e programas conexos com o controlo do cumprimento das obrigações laborais em contexto de teletrabalho subordinado tem um limite, na medida em que não podem ser recolhidos dados que constituem uma invasão ilegítima e ilegal da esfera privada do trabalhador no domicílio.

Este artigo visa analisar a problemática conexas com a vigilância do trabalhador para efeitos de controlo de desempenho, as questões conexas com o recurso aos meios de vigilância à distância por parte da entidade patronal no quadro do teletrabalho subordinado e o impacto da sua utilização na privacidade do teletrabalhador, assim como propor algumas alterações à atual legislação laboral, de modo a mitigar os problemas suscitados pela natureza intrusiva destas novas ferramentas tecnológicas.

2. NOÇÃO¹

O legislador define o teletrabalho no Artigo 165º do CT como “a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação”. Esta noção comporta, de acordo com João Leal Amado, os dois elementos que caracterizam o teletrabalho: o elemento geográfico (i.e., o trabalho realizado a distância) e o elemento tecnológico (i.e., com recurso a tecnologias de informação e de comunicação).²

¹ O ponto nº 2 segue a nossa exposição em BARATA, Mário S. – “O Regime Jurídico do Teletrabalho em Portugal”, in *Revista Ibérica de Direito*, volume I, nº 1, 2020, pp. 58-65.

² AMADO, João C. L. - *Contrato de Trabalho*, p. 121.

Diferentemente, António Monteiro Fernandes sublinha ou dá destaque às características da subordinação e da distância quando analisa a noção de teletrabalho. Assim, ao contrário do contrato de trabalho comum onde o empregador e trabalhador partilham o mesmo espaço, i.e., a relação laboral é presencial, o teletrabalho subordinado “organiza-se de modo que o empregador ou a chefia tem, em cada momento (de um horário de trabalho), a possibilidade de transmitir instruções, acompanhar diretamente a sua execução e realizar eventuais ações corretivas, sem que se achem na presença um do outro”.³

Contudo, a noção oferecida pelo legislador é alvo de críticas na doutrina. Nesse sentido, Monteiro Fernandes considera que a expressão “tecnologias de informação e de comunicação” é débil e vaga. O autor sustenta que o significado do enunciado aponta para os domínios da informática e da eletrónica e afirma que estas “existem há muito, com distintas características e diferentes graus de sofisticação. A expressão não é, pois, inteiramente esclarecedora”.⁴

3. MODALIDADES

O teletrabalho apresenta, de acordo com Leal Amado, um “carácter multifacetado, assumindo diversas modalidades”.⁵ Nesse sentido, se atendermos ao critério geográfico, ou seja, o local onde o teletrabalho se desenvolve, estamos perante o chamado teletrabalho no domicílio e fora do mesmo. O primeiro representa a modalidade mais frequente de teletrabalho. No entanto, existe o chamado teletrabalho prestado num telecentro (i.e., uma estrutura partilhada por diversos trabalhadores sem relação entre si e ligados a diversas empresas) ou “telecottage” bem como em “instalações da empresa distantes da sede da sua atividade principal (escritório satélite)”.⁶ Para além destes, há o teletrabalho móvel ou nómada que é prestado através de instrumentos portáteis (por exemplo: *smartphones* e *tablets*) em qualquer lugar. Se considerarmos o critério comunicativo, ou seja, o tipo de ligação entre a entidade patronal e o trabalhador, a doutrina distingue entre o teletrabalho “on-line” e o teletrabalho “offline”. Todavia, aquele que interessa mais é, na opinião de Leal Amado, o teletrabalho “on-line” e em ambos os sentidos, dada a conexão permanente e a possibilidade de existir um diálogo entre o computador periférico do trabalhador e o computador central do empregador.⁷

³ FERNANDES, A. M. - *Direito do Trabalho*, p. 210.

⁴ Idem, p. 210.

⁵ AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 121.

⁶ LAMBELHO & GONÇALVES - *Direito do Trabalho: Da Teoria à Prática*, p. 138.

⁷ Ver, AMADO, *Contrato de Trabalho*, pp. 121 e 122.

4. PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

Um dos poderes da entidade patronal prende-se com o poder de direção ou o poder conformativo da prestação. Este poder encontra-se estabelecido no Artigo 97º do Código do Trabalho. Em concreto, o preceito dispõe “que compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado”.

A doutrina entende que o âmbito deste poder é variável. Nesse sentido, Monteiro Fernandes sustenta que o poder conformativo da prestação varia de acordo a situação de dependência técnica do trabalhador. Assim, é reconhecido ao empregador o poder de definir “os termos em que o trabalho é prestado” nas situações de dependência técnica. Diferentemente, nas situações de autonomia técnica o poder de direção é menos intenso e prende-se como a fixação do tempo e do local de trabalho.⁸ Para além desta questão, o autor entende que este poder abarca a organização do trabalho. Tal significa que este poder tem por objeto “a articulação racional da prestação de cada trabalhador com as dos restantes, nomeadamente através da fixação dos parâmetros temporais das várias prestações de trabalho”.⁹

Em sentido não muito diferente, Leal Amado define o poder de direção como uma “espécie de poder geral de comando, cabendo no âmbito do poder de direção a faculdade de determinar a concreta função a exercer pelo trabalhador, o poder de conformar a prestação laboral e ainda poderes de vigilância e de controlo sobre a atividade desenvolvida pelo trabalhador em sede de execução contratual”.¹⁰ Por outras palavras, o poder de direção ou o poder conformativa da prestação abrange, de acordo com aquele Professor de Coimbra, a capacidade para vigiar e controlar o desempenho profissional do trabalhador. No entanto, a entidade empregadora terá que observar a parte final do Artigo 97º do CT que alude aos “limites decorrentes do contrato e das normas que o regem”.

Por fim, Teresa Moreira defende a necessidade de controlo. Neste sentido, escreve que “a faculdade de vigilância e controlo é necessária para a organização laboral da empresa, representando um instrumento fundamental para a valoração das formas de execução do contrato de trabalho”.¹¹ De acordo com a autora a entidade patronal dispõe do poder de controlar e vigiar a execução da prestação de trabalho realizada pelo trabalhador e este tem o seu fundamento na liberdade de empresa reconhecida na Constituição bem como na própria noção de contrato de trabalho vertida

⁸ Ver o artigo 116º do Código do Trabalho.

⁹ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 360. Uma manifestação deste poder encontra-se na fixação dos horários de trabalho. Ver o Artigo 212º do Código do Trabalho.

¹⁰ AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 204.

¹¹ MOREIRA – *Direito do Trabalho na Era Digital*, p. 177.

no artigo 11º do CT. Consequentemente, a questão essencial não é “tanto em relação à sua existência, mas antes em relação aos seus limites”.¹²

5. VIGILÂNCIA DO TELETRABALHADOR

Um dos limites ao poder de direção ou o poder conformativo da prestação encontra-se no Artigo 20º do Código do Trabalho referente aos meios de vigilância à distância. Em concreto, a norma tem a seguinte redação:

Artigo 20º - Meios de vigilância a distância

1 – O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 - A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem.

3 – Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo.

4 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no nº 1 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no nº 3.

De acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho, o legislador estabeleceu uma proibição de vigilância do trabalhador à distância no nº 1 do Artigo 20º do CT com o intuito de monitorizar o desempenho do mesmo. Contudo, este princípio geral de proibição foi aligeirado no nº 2 do Artigo 20º do CT no caso do teletrabalho subordinado, dado que este controlo terá de ser feito utilizando os mesmos meios que o trabalhador utiliza para prestar a sua atividade (i.e., os meios informáticos). Dito de outro modo, no caso do teletrabalho o aligeiramento deveu-se à própria natureza da atividade, na medida em que “não há outra forma de exercer o poder de vigilância ou controlo”.¹³

Porém, a doutrina alerta para o risco conexo com possíveis comportamentos assediantes do trabalhador por via informática por parte da entidade patronal ou empregadora. Consequentemente, uma eventual revisão do regime jurídico relativamente ao teletrabalho subordinado deverá contemplar a questão da vigilância ou

¹² *Idem.*

¹³ RAMALHO, M. R. P. - *Contratos e Regimes Especiais*, p. 188.

do controlo do desempenho do trabalhador, de modo a salvaguardar a privacidade do mesmo e dissuadir fortemente qualquer prática de assédio.¹⁴

6. A PRIVACIDADE DO TELETRABALHADOR NO CÓDIGO DO TRABALHO

O Código do Trabalho disciplina o direito à privacidade na subsecção II (direitos de personalidade) da Secção II referente aos sujeitos do Capítulo I do Título II relativamente ao contrato de trabalho. Em concreto, o CT estabelece o seguinte:

Artigo 16º - Reserva da intimidade da vida privada

1. O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

2. O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionadas com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

Para além desta disposição de carácter geral, o legislador considerou as especificidades da questão aplicada ao teletrabalho subordinado, na medida em que o trabalhador, na maior parte dos casos desta modalidade de trabalho, desempenha funções em casa. Assim, o legislador entendeu introduzir algumas regras específicas no Código de Trabalho destinadas a disciplinar esta realidade, designadamente no artigo 170º que estabelece o seguinte:

Artigo 170º - Privacidade de trabalhador em regime de teletrabalho

1. O empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico.

2. Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho só deve ter por objecto o controlo da actividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efectuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou da pessoa por ele designada.

3. Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto neste artigo.

Desta forma, o empregador deverá respeitar a privacidade do teletrabalhador bem como os tempos de descanso e de repouso da família. Tal não significa que o empregador não pode visitar o teletrabalhador em casa. Contudo, as visitas, destinadas

¹⁴ Ver o Artigo 29º do Código do Trabalho.

ao controlo da atividade laboral e à verificação dos instrumentos de trabalho, só podem ser efetuadas entre as 9 e as 19 horas.

Apesar de o legislador ter balizado o período temporal relativamente às visitas da entidade patronal, a doutrina entende que o fez de uma forma deficiente. Neste quadro, Maria do Rosário Palma Ramalho defende que tais visitas só podem ocorrer em dia normal de trabalho e subscreve as observações de Teresa Coelho Moreira, que afirma que “a norma peca por defeito ao não limitar expressamente o horário das visitas em função do período de trabalho semanal, uma vez que não faz sentido que o empregador visite o teletrabalhador no seu domicílio durante o período de repouso semanal, ainda que entre as 9 e as 19 horas”.¹⁵ Assim, o legislador deverá, em nossa opinião, rever a redação dos nº 1 e 2 do atual Artigo 170º do CT, de modo a garantir a privacidade do teletrabalhador subordinado no sector privado (e público) com vista a proteger o mesmo de visitas indesejadas e inoportunas da entidade patronal fora do período normal de trabalho.

7. NOVAS AMEAÇAS AO DIREITO FUNDAMENTAL À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR DO TRABALHADOR

Porém, a problemática conexas com as visitas despropositadas da entidade empregadora ao domicílio do trabalhador não constitui a única questão que se coloca em matéria de privacidade. Na verdade, o poder de controlar a execução da prestação laboral, que assenta na liberdade económica da entidade patronal, levanta igualmente questões ligadas à privacidade do trabalhador quando o empregador recorre aos meios de vigilância a distância.

A propósito desta questão Teresa Coelho Moreira alude à multiplicidade de dispositivos eletrónicos que incluem “a videovigilância, que engloba agora todos os sensores num contexto da Internet das Coisas, a audiovigilância, a geolocalização, o controlo das comunicações eletrónicas, o controlo através das redes sociais, das mensagens instantâneas, dos dados biométricos, do reconhecimento facial, da crescente utilização da *Inteligência Artificial*, que permitem monitorizar, virtualmente, todos os aspetos da vida profissional, assim como a vida extraprofissional, e mesmo, por vezes, a vida íntima dos trabalhadores, muitas vezes através do cruzamento deste tipo de informação”.¹⁶ Assim, a utilização de meios e programas conexos com o controlo do cumprimento das obrigações laborais em contexto de teletrabalho subordinado tem um limite, na medida em que não podem ser recolhidos dados que constituem uma invasão ilegítima e ilegal da esfera privada do teletrabalhador e da sua família.

¹⁵ RAMALHO, *Contratos e Regimes Especiais*, p. 187, nota 209.

¹⁶ MOREIRA, T. C. - *Privacidade em tempos de pandemia?*, p. 76.

Perante o poder do empregador de vigiar a execução da prestação laboral do teletrabalhador subordinada, Teresa Moreira defende uma utilização restrita de programas que tem por objetivo o controlo dos trabalhadores.¹⁷ Nesse sentido, convoca a posição da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) que se encontra vertida na Orientação sobre o controlo à distância de trabalhadores. Assim, a CNPD defende a proibição da utilização de programas e de “softwares que, para além do rastreamento do tempo de trabalho e de inatividade, registam as páginas de Internet visitadas, a localização do terminal em tempo real, as utilizações dos dispositivos periféricos (ratos e teclados), fazem captura de imagem do ambiente de trabalho, observem e registam quando se inicia o acesso a uma aplicação, controlam o documento em que se está a trabalhar e registam o respetivo tempo gasto em cada tarefa (v.g., *TimeDoctor*, *Hubstaff*, *Timing*, *Manic Time*; *TimeCamp*, *Toggl*, *Harvest*)”.¹⁸

Teresa Moreira oferece ainda vários exemplos de programas que controlam a atividade dos trabalhadores e descreve pormenorizadamente o tipo de dados recolhidos pelos mesmos. Por exemplo, os arquivos e ficheiros log do servidor identificam o emissor e o recetor de cada mensagem, o assunto, os anexos, bem como a hora da comunicação, com o propósito de saber quais os números marcados, a natureza da chamada (i.e., pessoal ou profissional) e a duração da mesma. Um outro exemplo reside nos programas que detetam certas e determinadas palavras, de natureza obscena, nos e-mails enviados ou recebidos, de modo a aferir se existe umnexo com a atividade profissional. Um terceiro exemplo encontra-se nos programas que controlam os conteúdos do correio eletrónico e de todas as mensagens trocadas pelo trabalhador por outros meios de comunicação. De acordo com a referida autora estes programas “vão para além da procura de determinados palavras-chave, pretendendo analisar o conteúdo da mensagem, realizando uma verdadeira análise contextual, tentando encontrar o próprio sentido da mensagem”¹⁹ Por último, alude aos programas que ciclicamente fotografam aquilo que está a ser visualizado no computador do trabalhador. Os “screenshots” que são tirados “permitem ver as pessoas que estão por exemplo numa reunião com este trabalhador, o interior das casas dessas pessoas, assim como do próprio trabalhador e do seu agregado familiar, nomeadamente menores de idade”.²⁰

Acontece que a utilização dos programas que acabámos de descrever por parte da entidade patronal suscita questões de natureza jurídico-constitucional em linha com a seguinte constatação de Jorge Miranda e Rui Medeiros: “a relação laboral pode

¹⁷ *Idem*, p. 78.

¹⁸ Orientação de 17 de abril de 2020 e disponível em http://www.cnpd.pt/home/orientações/Orientações_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf.

¹⁹ MOREIRA, *Privacidade em tempos de pandemia?*, p. 79.

²⁰ *Idem*, p. 80.

também levantar questões relativas à intimidade da vida privada”.²¹ Tal utilização viola, em nossa opinião, a lei fundamental, dado que viola a privacidade do trabalhador que está protegida pelo nº 1 do Artigo 26º da Constituição da República Portuguesa (CRP) que estabelece o seguinte: “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”. A CRP de 1976 consagra um direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar nesse preceito.

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar implica, de acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira “o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar,” bem como “o direito que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”.²² Assim, qualquer tipo de controlo através do recurso a programas informáticos só respeitará a Constituição se não aceder e recolher informações sobre a vida privada e familiar do teletrabalhador e cumprir como “todos os requisitos do tratamento de dados pessoais, nomeadamente o princípio da finalidade, da proporcionalidade e da transparência, assim como o princípio da proteção de dados desde a conceção e por defeito, previsto no artigo 25º do Regulamento Geral de Proteção de Dados”.²³

No entanto, a doutrina constata que as vendas destes programas triplicaram desde o início da pandemia, número que exprime uma clara insensibilidade relativamente aos direitos dos teletrabalhadores e desrespeito relativamente às normas em vigor.²⁴ Ora, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do trabalhador é um direito, liberdade e garantia diretamente aplicável e vincula, por força do nº 1 do Artigo 18º da Constituição, as entidades públicas e privadas (leia-se as empresas/ entidade patronal). No mesmo sentido, Teresa Moreira afirma que “estes direitos, alvo do exercício do poder de controlo, afirmam-se plenamente vigentes e efetivos na relação laboral, estando o empregador vinculado o a seu respeito, pois estes têm eficácia direta nestas relações”.²⁵

Consequentemente, o legislador deverá, em nossa opinião, legislar no sentido de melhor proteger a privacidade do teletrabalhador subordinado, concretizando deste modo o nº 2 do Artigo 26º da Constituição que dispõe que “a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de

²¹ MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. – *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I: Introdução Geral, Preambulo, Artigos 1º a 79º*, p. 291.

²² CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. – *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1º a 107º*, p. 467.

²³ MOREIRA, *Privacidade em tempos de pandemia?*, p. 81.

²⁴ *Idem*, p. 80.

²⁵ MOREIRA, *Direito do Trabalho na Era Digital*. p. 187.

informações relativas às pessoas e famílias” assim como a função garantística do Direito do Trabalho, i.e., “de promover a específica realização, no domínio das relações laborais, de valores e interesses reconhecidos como fundamentais na ordem jurídica global”.²⁶

Nesse sentido, e para começar a resolver o problema conexo com estas novas ameaças o legislador deverá, em nossa opinião, alterar a qualificação da contraordenação prevista na parte final do nº 4 do Artigo 20º do CT de “leve” para “muito grave” quando a entidade patronal não cumpre com a sua obrigação de informar o trabalhador sobre a existência e a finalidade dos meios de vigilância concretamente utilizados para monitorizar ou controlar o desempenho profissional do mesmo previstos no nº 3 do preceito.

Para além desta alteração relativamente à qualificação da contraordenação, consideramos que este assunto merece reflexão nas instituições da União Europeia e do Estado português. Assim, as instituições e órgãos dotados de poderes legislativos deverão adotar atos normativos que proíbem a comercialização de programas informáticas que, a propósito de controlar o desempenho dos teletrabalhadores, recolhem todo o tipo de dados que pertencem à esfera privada do trabalhador e da sua família, ao arripio dos direitos consagrados nas constituições nacionais, da legislação europeia e nacional que regulam os dados pessoais²⁷ bem como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).²⁸

8. REVISÃO DO CÓDIGO DE TRABALHO/REGIME JURÍDICO DO TELETRABALHO SUBORDINADO

Apesar dos alertas oriundos da doutrina e das preocupações conexas com a privacidade do teletrabalhador constarem do *Livro Verde sobre o futuro do Trabalho 2021*²⁹, o legislador não alterou o CT. Na verdade, a proposta de lei que procede à alteração da legislação laboral no âmbito da agenda do trabalho digno não se refere ao artigo 16º do CT nem tão pouco aos artigos 20º e 170º do CT e esta “reforma” não verá a luz do dia dado que o Presidente da República dissolveu a Assembleia da República na sequência do “chumbo” da proposta de lei de Orçamento de Estado para o ano de 2022.³⁰ Porém, antes da dissolução, a assembleia representativa de todos os cidadãos

²⁶ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 360.

²⁷ Lei nº 58/ 2019.

²⁸ Ver o Artigo 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

²⁹ A propósito do trabalho à distância e o teletrabalho o Livro Verde sobre o Futuro de Trabalho propõe em sede de reflexão para as políticas públicas o seguinte: “Garantir a salvaguarda da privacidade dos trabalhadores e dos seus agregados familiares, em particular nos casos em que o teletrabalho é prestado no domicílio, reforçando-se legalmente o direito à privacidade perante a utilização de softwares potencialmente intrusivos”. Ver o *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*, p. 53.

³⁰ Ver o Boletim de Trabalho e Emprego, nº 33 de 29 de outubro de 2021.

portugueses acabou por aprovar a Lei nº 83/2021 que modifica o regime de teletrabalho, alterando o Código do Trabalho.³¹

A referida lei altera os artigos 165º a 171º do Código do Trabalho que regulam o teletrabalho subordinado. No quadro da “reforma” do teletrabalho operada pelo legislador urge destacar o artigo 170º relativamente à privacidade. A norma em questão tem a seguinte redação:

Artigo 170.º

(Privacidade)

1 - O empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador, o horário de trabalho e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico.

2 - Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho requer aviso prévio de 24 horas e concordância do trabalhador.

3 - A visita prevista no número anterior só deve ter por objeto o controlo da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho, e apenas pode ser efetuada na presença do trabalhador durante o horário de trabalho acordado nos termos da alínea d) do n.º 4 do artigo 166.º

4 - No acesso ao domicílio do trabalhador, as ações integradas pelo empregador devem ser adequadas e proporcionais aos objetivos e finalidade da visita.

5 - É vedada a captura e utilização de imagem, de som, de escrita, de histórico, ou o recurso a outros meios de controlo que possam afetar o direito à privacidade do trabalhador.

6 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.os 1, 2, 3 e 4.

7 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no n.º 5.

Assim, a partir do dia 01 de janeiro de 2022 as visitas da entidade patronal ao domicílio do teletrabalhador estarão submetidas a novas regras.³² As visitas dependerão do consentimento do teletrabalhador e terão de respeitar um aviso prévio de 24 horas. Para além destas condições, só podem ter como objeto o controlo da atividade laboral e os instrumentos do trabalho e terão de ser efetuadas durante o horário de trabalho, o que vai ao encontro das preocupações manifestadas pela doutrina. O legislador teve ainda o cuidado de proteger a esfera privada do teletrabalhador no quadro do exercício do poder de direção do empregador e a utilização de meios tecnológicos para controlar

³¹ *Diário da República*, I Série, nº 235, de 6 de dezembro.

³² Ver o Artigo 6º da Lei nº 83/2021.

o desempenho do mesmo, na medida em que a entidade empregadora não pode captar e utilizar imagem, som, escrita, histórico ou recorrer a outros meios de controlo que possam afetar o direito à privacidade do trabalhador. A violação das regras relativamente às visitas ao local de trabalho (i.e., o domicílio do teletrabalhador) constitui contra-ordenação grave e o não cumprimento das regras conexas com a utilização de meios de vigilância à distância constitui contra-ordenação muito grave. Por fim, importa referir que a Lei nº 83/2021 aditou o artigo 169º-B ao CT relativamente aos deveres especiais da entidade patronal. Nos termos da alínea a) do nº 1 do preceito cabe o empregador “informar o trabalhador, quando necessário, acerca das características e do modo de utilização de todos os dispositivos, programas e sistemas adotados para acompanhar à distância a sua atividade” e a violação deste dever especial constitui contra-ordenação grave.³³

9. CONCLUSÃO

Em suma, a análise do poder de direção ou conformativo da prestação do empregador que acabámos de apresentar revela que o Código do Trabalho – antes da entrada em vigor da Lei nº 83/2021 - protegia de uma forma deficiente a privacidade do trabalhador no contexto de teletrabalho. Dito de outro modo, as questões conexas com a privacidade de quem assume a qualidade de teletrabalhador subordinado não se circunscrevem às visitas indesejadas da entidade patronal nem às potenciais situações de assédio. Pelo contrário, a pandemia veio expor as inúmeras violações da esfera íntima dos teletrabalhadores e das suas famílias, dada a utilização de programas informáticas que visam controlar o desempenho profissional do trabalhador, mas que recolhem uma enorme quantidade de dados privados. Ciente desta nova realidade e com vista a disciplinar o trabalho na era digital, o legislador acabou por introduzir profundas modificações no regime jurídico do teletrabalho subordinado que visam concretizar o seu direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, João Leal – *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8014-7.

BARATA, Mário Simões – O regime do teletrabalho em Portugal. *Revista Ibérica de Direito*, 2020, volume I, nº 1, p. 58-65. ISSN 2184-7487.

³³ Ver o Artigo 6º, nº 4 da Lei nº 83/2021.

BOLETIM DO TRABALHO E EMPREGO, Separata BTE, nº 29 de 29 de outubro de 2021, Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, Gabinete de Estratégia e Planeamento.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

FERNANDES, António M. - *Direito do Trabalho, 18ª edição*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6999-9.

LAMBELHO, Ana; GONÇALVES, Luísa Andias – *Direito do Trabalho: Da Teoria à Prática*, 2ª edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2021. ISBN 978-989-565-037-8.

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I: Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, ISBN 972.32-1308-7.

MINISTERIO DO TRABALHO, SOLIDARIEDADE E SEGURANÇA SOCIAL – Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho, 2021.Documento para consulta pública. Disponível em [Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho](#)

MOREIRA, Teresa Coelho – *Direito do Trabalho na Era Digital*. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN 978-972-40-9775-6,

MOREIRA, Teresa Coelho – Privacidade em Tempos de Pandemia? In: RAMALHO, Maria do Rosário Palma & MOREIRA, Teresa Coelho (Coord.). *Covid-19 e Trabalho: O Dia Seguinte*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 65-88. ISBN 978-972-629-599-0.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho: Parte IV – Contratos e Regimes Especiais*. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8054-3.

REDINHA, Maria Regina - Teletrabalho 2020 ou o encanto de Janos. In: RAMALHO, Maria do Rosário Palma & MOREIRA, Teresa Coelho (Coord.). *Covid-19 e Trabalho: O Dia Seguinte*. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 39-48. ISBN 978-972-629-599-0.

**WHISTLEBLOWING: A DIRETIVA (UE) 2019/1937 E UM NOVO
EQUILÍBRIO ENTRE O DEVER DE LEALDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO
NO CONTEXTO JURÍDICO-EMPRESARIAL**

António Moreira Gonçalves*

Maria Regina Redinha**

RESUMO:

Ao longo dos últimos anos o fenómeno do *Whistleblowing* tornou-se impossível de ignorar pelos legisladores internacionais. Uma sucessão de denúncias com um cariz altamente mediático – como os casos de Edward Snowden ou Christopher Wylie (Cambridge Analytica) – levaram a expressão de origem anglo-saxónica a afirmar-se no léxico das sociedades ocidentais, com algumas lutas judiciais entre denunciante e organizações visadas a despertarem a atenção do público para a frequência, a intensidade e até a diversidade de retaliações a que os *whistleblowers* estão sujeitos, sobretudo em sede laboral. Vários ordenamentos internacionais, a começar pelos Estados Unidos da América, aprovaram ao longo das últimas décadas quadros legislativos especificamente orientados para a proteção de *whistleblowers* e para a regulamentação de denúncias. Esta tendência, que deu entrada na esfera da União Europeia (UE) há já vários anos, conduziu à aprovação pelos órgãos legislativos da Diretiva (UE) 2019/1937, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União. A norma estabelece novos padrões mínimos de proteção para os *whistleblowers*, com um novo sistema de regras a que informalmente se tem chamado também “*O Estatuto do Whistleblower*”.

No panorama jurídico-empresarial e laboral português, a transposição da Diretiva europeia poderá representar um marco verdadeiramente disruptivo, na medida em que, até ao momento, o legislador nacional foi praticamente omissivo em relação à proteção dos denunciante. O ordenamento português não figura qualquer sistema transversal de proteção para *whistleblowers*, sendo que o tema apenas é abordado num número reduzido de diplomas sectoriais – também eles fruto da iniciativa europeia. Até ao momento, os casos de *whistleblowing* em Portugal, ainda que raros, colocavam o desafio à jurisprudência de, sem legislação específica, encontrar o ponto de

* Estudante de mestrado em Direito - ciências jurídicas-civilísticas; FDUP - Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

** Doutora em Direito e docente da FDUP - Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

concordância prática entre a liberdade de expressão dos *whistleblowers* e os deveres de lealdade e sigilo perante a entidade empregadora. Uma questão que, mesmo que solúvel, apresentava um elevado grau de incerteza em relação ao seu resultado, inibindo a formação de qualquer denúncia.

A nova regulamentação originada pela Diretiva (UE) 2019/1937 vem assim estabilizar o conceito de *whistleblower* – que tanta tinta faz correr na imprensa nacional e internacional – e estabelecer um sistema de proteção, baseado sobretudo na sistematização dos canais de denúncia, na proteção da confidencialidade e numa presunção jurídica de proteção perante possíveis retaliações da entidade empregadora. No contexto das relações hierárquicas entre trabalhadores e entidades empregadoras a Diretiva obrigará à criação de canais internos de denúncia para uma vasta extensão do tecido empresarial português e vêm tornar mais claro o equilíbrio entre a liberdade de expressão dos trabalhadores e o dever de lealdade para com as próprias organizações, reconhecendo um direito à denúncia em sede laboral.

A força do sistema de proteção e a afirmação deste direito dependerá, contudo do empenho do legislador na transposição do diploma europeu. A Diretiva, que resulta de uma vasta discussão no seio dos órgãos co-legisladores da União Europeia, estabelece um conjunto de estatuições, que apesar de objetivas, oferecem também uma margem de discricionariedade e interpretação aos legisladores dos Estados-Membros, exigindo uma transposição ativa, sobretudo nos casos – como é o português – onde é expectável uma forte resistência sociocultural à aplicação das normas.

PALAVRAS-CHAVE: *Whistleblowing*; *Whistleblower*; Denunciante; Denúncia; Dever de Lealdade; Liberdade de Expressão

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ao longo das últimas décadas, palavras como “*whistleblowing*” e “*whistleblower*” tornaram-se frequentes, tanto no diálogo jurídico-empresarial, como também no plano da opinião pública e nos órgãos de comunicação social. Uma sucessão de casos altamente mediáticos – sobretudo na esfera norte-americana e europeia e atravessando vários domínios de atividade – transformou o fenómeno do *whistleblowing* num tema que se prolonga continuamente no tempo, criando discussões profundamente polarizadas: se por um lado os denunciadores são percecionados como heróis dos novos tempos, que sacrificam o interesse pessoal pelo bem comum; por outro são também vistos como traidores, que através de meios desleais colocam em causa o

bom-nome e o regular funcionamento das organizações que denunciam ¹.

O interesse mediático em torno do fenómeno tem sido acompanhado pela investigação em várias áreas do saber – desde as ciências empresariais às ciências jurídicas, passando pela sociologia ou psicologia – mas também por um crescente dinamismo legislativo. Impelidos pelo constante avolumar de casos, vários sistemas jurídicos têm procurado criar quadro normativos capazes de regulamentar os processos de denúncia e de oferecer um padrão mínimo de proteção para denunciantes, muitas vezes relegados a uma posição fragilizada e à mercê de práticas retaliativas por parte das organizações visadas.

A nível internacional, a aprovação em 2003 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é um marco simbólico que veio confirmar a necessidade de legislação especializada para a proteção de whistleblowers. “Os países-membros devem considerar incorporar no seu sistema jurídico medidas apropriadas de proteção para as pessoas que de boa fé e com motivos razoáveis denunciem às autoridades competentes quaisquer factos que possam ser considerados ofensas às estipulações desta convenção”², pode ler-se no documento aprovado pela Organização das Nações Unidas (ONU), que, mesmo sem se referir diretamente à expressão *whistleblowing*, veio acompanhar uma tendência já seguida por alguns países, que ao longo dos anos anteriores tinham já procedido à adoção de legislação individualizada ³.

Acompanhada por um crescente interesse do público em torno do tema, a proteção para *whistleblowers* tem-se afirmado juridicamente pela conjugação de dois fatores: por um lado a (1) a tutela daqueles que, por denunciarem práticas consideradas censuráveis pelo Direito, enfrentam prejuízos, não só na carreira e vida profissional, mas também na esfera pessoal e das relações sociais e familiares; por outro (2) o acrescido valor – muitas vezes de natureza insubstituível – do contributo dos denunciantes no combate à criminalidade, sobretudo tendo em conta a crescente organização e sofisticação do fenómeno criminal.

Como resume JÚLIO GOMES, “a tutela do denunciante pode obedecer a dois

¹ Esta visão dicotómica pode ser verificada numa das primeiras afirmações públicas dos órgãos de poder da União Europeia sobre o assunto. Ainda em setembro de 2009, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa publica um relatório intitulado “The Protection of whistleblowers”, onde afirma: “Whistleblowers are not ‘traitors’, but people with courage who prefer to take action against abuses they come across rather than taking the easy route and remaining silent”.

² No original: “Each State Party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention”. No ordenamento jurídico português, a Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 31/09; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, de 21 de setembro.

³ Vários ordenamentos internacionais tinham já integrado quadros normativos autónomos dedicados ao fenómeno do Whistleblowing: EUA (em 1989), Israel (1997), Reino Unido (1999), Nova Zelândia (2001) e e Japão (2003) de acordo com o relatório da OCDE - Committing to Effective Whistleblower Protection, 2016, pag. 5.

leitmotivo que ora convergem, ora conflituam: por um lado uma visão pragmática, que considera que a proteção da denúncia por insiders de uma organização, nomeadamente trabalhadores, é um meio eficaz de prevenção e de combate a certas formas de criminalidade (corrupção, criminalidade económica e fiscal, crimes contra o meio ambiente, só para mencionar alguns exemplos); por outro, uma visão ética que aproxima o whistleblowing da objeção de consciência e do direito de cada cidadão se comportar civicamente e de não colaborar com a prática de ilegalidades” (Gomes, 2014).

No espaço da União Europeia, a Diretiva (UE) 2019/1937 estabelece o primeiro quadro normativo, transversal a todos os Estados Membros (EM) e com carácter multissetorial, focado em proteger as pessoas que denunciam violações do direito da União. Para vários EM, como é o caso de Portugal, este será o primeiro diploma especificamente dedicado ao *whistleblowing*.

No entanto, para afirmação de um quadro normativo autónomo e eficaz, capaz de garantir uma crescente proteção dos denunciantes, revela-se necessário, inicialmente, definir o conceito de “*whistleblowing*”, distinguindo-o de figuras conexas – que na esfera da opinião pública muitas vezes se confundem – e seguidamente dar início a um longo processo de legitimação ético-jurídica, especialmente dificultado em ordenamentos, como é o caso de Portugal, onde se encontra enraizada uma grande resistência e desconfiança em torno da figura dos denunciantes.

2. DEFINIÇÃO DO CONCEITO – ELEMENTOS DISTINTIVOS DE UM FENÓMENO EMERGENTE

Apodado muitas vezes como um “tema da moda”⁴, o fenómeno do *Whistleblowing* tem suscitado desde a década de 80 uma série de investigações focadas na delimitação do conceito – que pela sua natural génese de dissidência se revela especialmente difícil de analisar e conceptualizar de forma precisa e definitiva.

A própria origem do termo “*whistleblowing*” não é totalmente clara, existindo autores que apontam para uma prática policial – perante uma ameaça ou um crime, o polícia soprava num apito para dar o alerta ⁵ – enquanto outros referem a figura de um vigilante escolar ou de um árbitro, que apita para assinalar um comportamento incorreto ou violento (Hoffman, 2011). Em termos legislativos, acredita-se que o fenómeno encontra raízes na própria independência norte-americana, com a primeira norma que

⁴ Nas palavras de DIOGO SILVA: “É certo que nos últimos anos este tema tem se tornado um tema da moda, muito por conta dos recentes escândalos de corrupção, tendo o tratamento da matéria (...) vindo a assumir um proponente destaque.” (SILVA, 2017)

⁵ Esta versão tem sido a mais seguida pelos órgãos europeus. Exemplo disso é o guia publicado pelo Conselho da Europa, intitulado “Protection of Whistleblowers: a Brief Guide For Implementing a National Framework” (Conselho da Europa, 2015).

se refere à proteção de denunciadores a datar de 1777, quando um conjunto de dez marinheiros apresentou uma petição ao Congresso, em que denunciavam maus-tratos aos prisioneiros, perpetrados pelo capitão da embarcação. Dois dos autores da petição acabariam presos pelo facto de terem denunciado um superior hierárquico, mas depois seriam ilibados por aquele que viria a ser o primeiro diploma de proteção para whistleblowers, que não tinha dúvidas em estabelecer a prisão como injusta: “foram presos por fazerem aquilo que acreditavam e continuam a acreditar ser o seu dever”, afirmava o diploma ⁶.

Ao longo dos anos, a expressão enraizada no vocabulário popular anglo-saxónico – que em português terá o seu equivalente mais próximo no adágio “pôr a boca no trombone” – foi ganhando uma nova dimensão, e na década de 80 do século XX já tinha para vários autores um conteúdo semelhante ao dos dias de hoje. Historicamente, a definição apresentada pela dupla de investigadores NEAR & MICELI é uma das mais recorrentemente citadas, estabelecendo as bases para o conceito contemporâneo de *whistleblowing*, já próximo da que é consagrada em muitos diplomas legislativos. Para esta dupla de autores norte-americanos, o fenómeno do *whistleblowing* consiste na “exposição por membros de uma organização (atuais ou passados) de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas, levadas a cabo sob o controlo hierárquico, a entidades que possam tomar uma ação sobre a situação” ⁷ (Near & Miceli, 1985).

Desta definição – sobre a qual se tem debruçado não só a literatura, mas também os órgãos legislativos dos vários ordenamentos internacionais que já legislaram sobre o fenómeno – destacam-se quatro elementos essenciais, que permitem autonomizar o *whistleblowing* de casos similares e oferecer as bases para um entendimento mais preciso dos seus contornos. São eles: (1) a denúncia, (2) o denunciante, (3) a organização denunciada e (4) o destinatário da denúncia ou canal de denúncia.

Em relação à denúncia (1) não há dúvidas de que se trata de uma ação humana, tradicionalmente individual, mas que pode envolver um grupo de pessoas. Para além de denunciante ou denunciadores, vários diplomas legais incluem já na sua previsão a expressão “facilitadores”, referindo-se ainda a sujeitos que mesmo não

⁶ A história em torno da aprovação desta lei é-nos contada por Stephen M. Kohn, advogado norte-americano que se tem especializado no tema e que já publicou várias obras sobre o assunto, nomeadamente o livro “The Whistleblower’s Handbook: A Step-by-step Guide to Doing What’s Right and Protecting Yourself” (KOHN, 2011). O caso dos primeiros whistleblowers norte-americanos pode ler-se no artigo “The Whistle-Blowers of 1777”, no New York Times: www.nytimes.com/2011/06/13/opinion/13kohn.html

O diploma pode ser consultado em: www.whistleblowers.org/wp-content/uploads/2018/08/continental-congress-journal-july-1778.pdf.

⁷ Na formulação original: “Disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral, or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to effect action”.

podendo ser considerados autores da denúncia, incentivam ou tornam possíveis as ações do denunciante – a Diretiva (UE) 2019/1937 é exemplo desse entendimento alargado ⁸.

Para autores como COURTEMANCHE e DE MARIA, uma denúncia para ser caracterizada como *whistleblowing* tem ainda de se basear numa ação voluntária, ou seja, *a contrario*, a divulgação de informação de forma fortuita, como fruto de um engano ou de um acaso, não deve ser considerada *whistleblowing*, mesmo que sirva o mais alto interesse público (Apud Jubb, 1999). Vários autores defendem ainda que para além de deliberada, a exposição da informação deve ser não-autorizada (ainda que de forma tácita) por parte dos superiores hierárquicos – indo ao encontro da ideia de “dissidência” (Courtemanche, 1988). Outro exemplo do mesmo pensamento pode ser encontrado em FARREL & PETERSON, que caracterizam o fenómeno do *whistleblowing* como “uma forma especial de dissidência na qual um membro ou ex-membro de uma organização revela ao exterior, ou fora dos canais normais de comunicação, uma má-prática, ilegalidade ou ameaça sobre o público”. (Petersen & Farrell, 1986)

A introdução da ideia de “dissidência” revela-se essencial para a definição do *whistleblowing*, porque distingue os casos em que existe um dever de denúncia, incluído nas funções profissionais atribuídas. Por exemplo, um auditor, que tem uma função fiscalizadora, ao identificar uma má-prática e ao incluí-la no seu relatório de auditoria, não está a realizar um ato de *whistleblowing*, porque está no estrito cumprimento da sua função (Ragués i Vallès, 2013). No entanto, isto não significa que alguém que pertença à organização, mesmo com poderes fiscalizadores, não se possa tornar também um *whistleblower* no exercício das suas funções, quando estas são claramente realizadas ao arrepio dos interesses da entidade empregadora e sofrem, inclusive, de oposição dos superiores hierárquicos ⁹.

Em termos de conteúdo, a literatura é unânime em incluir ilícitos criminais ou violações de cariz contraordenacional. Para além disso, vários autores incluem também “práticas imorais” (Near & Miceli, 1985). CHIASSON vai mais longe e estabelece a expressão “práticas questionáveis” (Chiasson, M., H.G. Johnson, 1995) e JUBB defende

⁸ O diploma, aprovado em outubro de 2019 – e com prazo de transposição até 17 de dezembro de 2021 – é o resultado de um processo legislativo longo, em que a questão dos “facilitadores” foi uma das mais debatidas. No caso português, onde a proteção para denunciante tem-se revelado fragmentária e focada apenas em determinados setores de atividade, a Diretiva criará o primeiro corpo normativo de proteção para *whistleblowers* com um carácter autónomo, organizado e incidência multisectorial.

⁹ Veja-se, por exemplo, o caso de Martin Woods, conhecido como o “Wachovia Whistleblower”, um polícia contratado em 2005 pelo banco Wachovia para fiscalizar transferências suspeitas de lavagem de dinheiro. Quando tentou investigar e congelar as primeiras operações suspeitas, viu-se repreendido e sucessivamente silenciado pelos superiores hierárquicos. Martin Woods acabaria por denunciar as atividades do banco às autoridades, revelando um conjunto de crimes financeiros, associados a cartéis de narcotraficantes no México e grupos militares no Médio Oriente. Entre os vários efeitos da denúncia, destaca-se uma multa de 160 milhões de dólares aplicada ao Wachovia Bank pelas autoridades no EUA.

a utilização do termo “não-trivial”, incluindo qualquer ilegalidade, violação dos costumes, prática imoral ou comportamento desviante com alguma relevância para o interesse público (Jubb, 1999). Os vários regimes legislativos internacionais vão ampliando ou restringindo esta esfera de atuação da proteção do *whistleblowing*, sendo que em todos, o núcleo duro da atuação é o combate a atos ilícitos (atuais, passados, ou ainda em processo de formação). No caso da Diretiva 2019/1937, esta é clara em definir o seu âmbito material, apresentando uma lista de domínios de atividade que procura tutelar¹⁰.

Sobre o *whistleblower* (2), é necessário que este tenha uma ligação profissional com a organização que é o alvo da denúncia. Este requisito é um pressuposto essencial, porque é o que autonomiza o fenómeno e justifica a necessidade de uma proteção com características específicas¹¹. É esta relação, entre trabalhador e entidade empregadora, que permite ao denunciante ter acesso privilegiado à informação que vem expor e será no contexto desta relação que aumentam os meios e a capacidade para represálias, por se constituir, na maioria dos casos, numa base de subordinação jurídica e/ou dependência económica.

No entanto, esta relação laboral não deve ser entendida num sentido estrito, mas alargar-se a todos os profissionais que integram a esfera de influência da organização. Se a formulação inicialmente proposta já referia “membros de uma organização – atuais ou passados” (Near & Miceli, 1985), autores mais recentes têm alargado o espectro de forma explícita a “todas as pessoas que tiveram ou têm acesso privilegiado a informação de uma organização” (Jubb, 1999). O universo de potenciais *whistleblowers* é assim composto não só pelos trabalhadores de uma organização *stricto sensu*, mas também por estagiários, voluntários, prestadores de serviços, fornecedores de produtos e membros não executivos dos órgãos de administração, entre outros. Mais recentemente, mesmo candidatos em processos de recrutamento – que nunca chegam efetivamente a integrar a organização – são considerados potenciais *whistleblowers*. A diretiva (UE) 2019/1937 é exemplo desse âmbito pessoal alargado¹².

O *whistleblower* caracteriza-se assim por ser um membro de uma organização (no presente, no passado ou apenas em processo de recrutamento), que dispõe de informação privilegiada. Apesar desta formulação parecer bastante vasta, permite-nos excluir duas categorias de potenciais denunciante. Em primeiro lugar, a noção de *whistleblower* prevê um acesso privilegiado à informação através de uma relação

¹⁰ No seu âmbito de aplicação material (art.º 2), a Diretiva demonstra que o fenómeno do *whistleblowing* não se restringe ao combate à criminalidade económica, alargando o seu escopo de atuação a áreas como a segurança alimentar ou a defesa do consumidor.

¹¹ Este requisito está claramente expresso na Diretiva (UE) 2019/1937, que estabelece no artigo 5º/7 o conceito de denunciante como “pessoa singular que comunique ou divulgue publicamente informações sobre violações, obtidas no âmbito das suas atividades profissionais”.

¹² Artigo 4.º

profissional, o que exclui os casos de furto de informação, quer pelos meios tradicionais como através do cibercrime¹³. Em segundo lugar, prevê alguém com acesso a informações, mas sem capacidade de direção sobre as práticas que vem denunciar. Seria paradoxal um diretor vir denunciar uma determinada ilicitude, que foi conduzida sob as suas ordens, beneficiando depois de um regime de proteção por tê-la denunciado. Em relação ao fenómeno do *whistleblowing*, estaremos sobretudo a referir-nos a quadros médios ou elementos na base da pirâmide hierárquica, o que acentua a relação de fragilidade perante atos de retaliação.

Em relação ao denunciante, verifica-se ainda uma vasta discussão sobre a relevância das motivações que o fazem concretizar a denúncia. A legitimidade do *whistleblower* beneficiar de proteção depende das motivações que desencadeiam a denúncia? Alguns autores restringem o conceito de *whistleblowing* a “ações baseadas em apropriadas motivações éticas” (Bowie & Duska, 1990), ou definem o *whistleblower* como “um cidadão preocupado predominantemente por noções de interesse público” (Jubb, 1999).

Quer a doutrina¹⁴ como a legislação internacional¹⁵ têm percorrido um caminho no sentido de considerar irrelevantes as motivações do denunciante. Até porque, na maioria dos casos concretos, será impossível escrutinar as motivações fundadoras da ação do denunciante, podendo coincidir os interesses mais egoístas com os mais altruístas. E uma denúncia, mesmo que baseada nos interesses mais particulares pode, em simultâneo, revelar-se valiosa para o interesse público, dependendo da informação exposta e das ações tornadas públicas.

Na nossa opinião, ao definir o critério da boa-fé como uma condicionante no acesso à proteção, a legislação corre o sério risco de se tornar contraproducente, centrando os processos em disputa num escrutínio pessoal ao denunciante, o que constitui logo à partida um grande desincentivo a qualquer denúncia, e o que permite à organização utilizar a própria lei como forma de fundamentar atos retaliatórios.

¹³ Esta questão tem sido largamente discutida em Portugal devido ao caso Rui Pinto, o português conhecido publicamente por ter divulgado informações sobre o mundo do futebol, através da célebre plataforma “Football Leaks”. Atualmente a enfrentar várias acusações pela prática de crime de acesso indevido, a defesa do português tem procurado lançar mão do “estatuto do *whistleblower*”, até ao momento sem sucesso. Sobre este caso, é elucidativo ler o artigo “Hacker, hacktivista ou *whistleblower*? O caso Rui Pinto”, publicado pelas criminólogas Vânia Sampaio e Sara Afonso em: www.comunidadeculturaearte.com/hacker-hacktivista-ou-whistleblower-o-caso-rui-pinto.

¹⁴ Entendimento que tem sido largamente promovido pela associação Transparency International: “A preocupação em relação à boa-fé é compreensível, mas estabelecê-la com critério pode ter o efeito negativo de mudar o centro do debate da informação fornecida para uma investigação pessoal ao *whistleblower*, expondo-o a ataques pessoais. Isto pode dissuadir fortemente os potenciais denunciante”, pode ler-se em “A Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation” (Transparency International, 2018).

¹⁵ Exemplos disso são as leis britânica e australiana, alteradas respetivamente em 2013 e 2019, eliminando o critério da boa-fé das motivações do denunciante. No espaço da União Europeia, os países que apresentam esse critério terão agora também que o eliminar, ao realizar a transposição da Diretiva (UE) 2019/1937.

No entanto, de forma a não proteger denúncias caluniosas ou desprovidas de qualquer significado, vários ordenamentos têm afirmado, em substituição, o critério dos motivos fundados – “*reasonable grounds*”. Exemplo disso é a Diretiva 2019/1937¹⁶, que é clara em excluir uma avaliação dos motivos da denúncia: ““Os motivos que levam os denunciadores a fazer a denúncia deverão ser irrelevantes para a decisão sobre se lhe deverá ser concedida proteção”, afirma a norma no Considerando 32.

Em relação à organização (3), esta é o alvo primário da denúncia – podendo depois verificarem-se alvos secundários, como os responsáveis por um determinado departamento ou aqueles que tomaram determinada decisão. Mas inicialmente, o *whistleblowing* surge no contexto de uma organização e visa denunciar uma prática levada a cabo no seu seio. Por organização podemos considerar todo e qualquer grupo – uma empresa, instituição, fundação, partido político, igreja, etc. – que seja percecionado pela sociedade como um centro estruturado e hierarquizado de decisão.

Por último, importa definir o destinatário ou canal da denúncia (4) para que esta seja tida como um ato de *whistleblowing*. No imaginário da opinião pública, o termo *whistleblowing* é associado sobretudo à exposição de uma determinada prática através de denúncias veiculadas pelos órgãos de comunicação social ou pela internet a um número potencialmente ilimitado de destinatários. Essa possibilidade não esgota, no entanto, o universo de possíveis canais de denúncias¹⁷.

A denúncia pode ser realizada junto de entidades competentes, como as autoridades policiais, os órgãos de poder jurisdicional, os reguladores de um determinado mercado ou as organizações não-governamentais, entre outros. Entre os vários autores, alguns consideram ainda possível a denúncia dentro da própria organização. “O *whistleblowing* interno consiste em informar membros relevantes da organização” (Chiasson, M., H.G. Johnson, 1995), numa posição inicialmente minoritária, que, no entanto, tem vindo a conquistar largo reflexo na legislação, tal como se verifica na Diretiva (UE) 2019/1937.

Interno ou externo, tipicamente o destinatário da denúncia conjuga duas características: não é o canal típico na hierarquia da organização e é visto como uma entidade capaz de tomar medidas para combater, colmatar ou terminar com a prática

¹⁶ Pode ler-se no artigo 6º/1 da Diretiva (UE) 2019/1937: “Os denunciadores beneficiam de protecção ao abrigo da presente Diretiva desde que (...) tenham tido motivos razoáveis para crer que as informações sobre violações comunicadas eram verdadeiras no momento em que foram transmitidas (...)”

¹⁷ Já em 1985, NEAR e MICELI em “Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing” (pag 3) afirmavam existir uma grande divisão na doutrina em relação ao facto de o *whistleblowing* apenas se referir a denúncias nos órgãos de comunicação social ou também através de outras vias. Os autores argumentam que o critério não deve ser colocado no potencial número de destinatários, mas sim se a denúncia é efetuada a alguém com capacidade de ação. Embora essa capacidade seja reconhecida à opinião pública e à pressão dos media, também poderá verificar-se através de outros meios, esvaziando o interesse da distinção entre exposições públicas e outro tipo de denúncias.

denunciada. Ou seja, o relato de qualquer tipo de ilicitude a amigos ou familiares, sem qualquer capacidade de intervenção ou influência sobre o assunto, não é relevante para o estudo em causa. Da mesma forma, o alerta dado à chefia imediata não consubstancia *whistleblowing*, mas apenas uma denúncia que fuja aos trâmites normais do organograma. De novo se evidencia o carácter de “dissidência” do fenómeno em causa.

3. O IMPACTO DA DIRETIVA NO ATUAL PANORAMA JURÍDICO PORTUGUÊS

No quadro jurídico nacional, a proteção para *whistleblowers* caracteriza-se como fragmentada e apenas circunscrita a determinadas áreas da atividade. “Há, a assinalar a existência de alguma legislação que é tributária do ‘pensamento’ do *whistleblowing*, que resulta sobretudo de inputs externos, em especial da União Europeia, e não parece ser levada particularmente a sério pelas autoridades públicas e pelas empresas” (Brandão, 2020).

Em termos legislativos, há a registar, em primeiro lugar, a Convenção n.º 158 da OIT – ratificada pelo Estado Português em 1994 – que afirma no artigo 5.º al. c), que não constitui um motivo válido de despedimento “a apresentação de uma queixa ou a participação em processos intentados contra um empregador devido a violações alegadas da legislação, ou o recurso às autoridades administrativas competentes”. No ordenamento interno, existem ainda várias normas que preveem alguma espécie de proteção para denúncias, surgidas sobretudo no âmbito do combate à criminalidade económica. Os exemplos mais ilustrativos deste pensamento são a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, relativa ao combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, e a Lei n.º 19/2008, de 21 de abril, relativa às medidas de combate à corrupção. Ambas preveem normas específicas de proteção para denunciante, proibindo práticas laborais discriminatórias e comportamentos retaliatórios sobre aqueles que denunciem ilicitudes nos respetivos domínios materiais.

No entanto, a transposição da Diretiva (UE) 2019/1937 para o sistema jurídico português representará a implementação do primeiro quadro normativo autónomo e de abrangência multisectorial focado. Serão vários os contributos da norma a implementar, destacando-se o primeiro sistema tipificado de canais de denúncia – canais internos, externos e de divulgação pública – mas também um conjunto de instrumentos jurídicos que prometem trazer um novo equilíbrio na relação entre denunciante e as organizações visadas. Aos potenciais *whistleblowers* é garantido um direito de denúncia, blindado por processos mais seguros de tratamento de informação, pela garantia de confidencialidade e pela presunção de que qualquer prejuízo sofrido no seguimento da denúncia se trata de uma retaliação por parte da organização até prova

em contrário.

No seu núcleo, a Diretiva vem concretizar, em relação ao fenómeno do *whistleblowing*, o princípio da proteção do trabalhador – um princípio basilar do Direito Laboral – e clarifica a primazia da liberdade de expressão no espaço da empresa, quando colocada em contraponto com o dever de lealdade e de sigilo. Para além disso, a proteção dos denunciante afirma-se como um instrumento adicional de transparência empresarial e combate à ilicitude, tendo em conta o valor acrescido que informações internas podem representar para a investigação de práticas consideradas censuráveis pelo sistema.

4. DESAFIOS PARA UM PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO ÉTICO-JURÍDICA

Pese embora a Diretiva (UE) 2019/1937 se proponha a estabelecer um novo *standard* de proteção transversal a toda a União Europeia, o contexto histórico-social representará em determinados Estados Membros – onde se inclui Portugal – um forte entrave à legitimação ético-jurídica dos processos de *whistleblowing*. A realidade é que o fenómeno, de origem norte-americana, ainda sofre de enorme desconfiança por parte de vários ordenamentos do continente europeu.

Em vários países, sobretudo no centro e no sul da Europa, verifica-se um maior preconceito e distanciamento em relação ao *whistleblowing*, o que obstaculiza a aprovação e a efetivação de legislação de proteção. Várias organizações internacionais, como é o caso do próprio Conselho da Europa ¹⁸, ou da Transparency International ¹⁹, têm afirmado que em países como Portugal, Espanha ou Itália, as experiências com regimes repressivos enraizaram nas populações uma resistência e desconfiança em relação à figura dos denunciante.

Assim, em países onde, ainda não há muito tempo, regimes ditatoriais ou de domínio estrangeiro usavam apertados meios de vigilância sobre as suas próprias populações – com o habitual recurso a uma rede de denunciante e agentes infiltrados – é compreensível que a proteção para whistleblowers levante memórias ensombradas

¹⁸ Esta é uma das primeiras conclusões do relatório "The protection of "whistle-blowers", publicado em 2009 pelo Comité de Assuntos Legais e Direitos Humanos do Conselho da Europa: "Passar a mensagem de que um acto de Whistleblowing é algo positivo para a sociedade exige um combate a uma mentalidade muito enraizada por um passado sociopolítico, em que ditaduras ou invasores externos beneficiavam de uma rede de informadores." Talvez por essa situação nunca se ter verificado nos EUA ou no Reino Unido é que se criou nestes países o ambiente propício à afirmação de quadros legislativos focados na proteção de whistleblowers.

¹⁹ No relatório "Uma alternativa ao silêncio: A protecção de denunciante em Portugal", publicado em 2013, pag. 11, a Transparency International conclui: "Devido às raízes históricas e culturais, em Portugal a denúncia continua a ser uma prática pouco comum no nosso país. Tal como acontece em muitos outros países que tiveram um passado marcado por períodos autoritários e redes de polícia secreta, também em Portugal as consequências do período do Estado Novo e do Pré-25 de abril criaram na sociedade uma perceção altamente negativa sobre a figura do 'bufo' ou do 'chibo'"

e vozes de protesto. Referindo-se ao caso francês, KATZ e LENGLET não têm dúvidas em afirmar a existência de uma desconfiança enraizada em relação ao tema, devido à utilização de denúncias anónimas durante o regime de Vichy (1940-1944): “é fácil de compreender que os processos de *whistleblowing*, mesmo que aplicados somente no âmbito empresarial, façam reavivar memórias terríveis ao ponto de se tornarem um tabu a nível nacional” (Katz & Lenglet, 2010). O que dizer do caso português, depois de uma ditadura que durou quase 50 anos?

Fator exemplificativo desse distanciamento é a inexistência de uma tradução direta dos termos “*whistleblower*” e “*whistleblowing*” para as restantes línguas europeias. As várias expressões locais que são normalmente utilizadas como substitutas têm frequentemente conotações negativas que não se verificam na original. PARISI, referindo-se ao caso italiano, apresenta-nos um exemplo paradigmático: “Existe a crença generalizada de que a denúncia de irregularidades não está enraizada na cultura italiana porque está ligada ao conceito histórico de ‘delazione’” (Parisi, 2020). A mesma dificuldade de tradução tem sido enfrentada um pouco por toda a Europa: em França tem sido utilizada a expressão “*lanceur d’alerte*”, que poderá traduzir-se por “lançador de alerta” e nos Países Baixos é utilizado o termo “*klokkenluider*”, que significa “aquele que toca o sino”. Na Alemanha, em Itália ou em Espanha, tal como em Portugal, é utilizada maioritariamente a expressão original em inglês.

No caso português, as palavras “denunciante”, “informador” ou “delator” são muitas vezes utilizadas como equivalentes, mas carregam uma conotação negativa que a versão original não possui. Para além disso, há todo um universo de expressões informais, como “chibo”, “bufo” ou “acusa-cristos”²⁰, que espelham a forte recusa que existe na sociedade portuguesa para aqueles que denunciam algo. Basta lembrar que “não sejas queixinhas” ou “ninguém gosta de queixinhas” são alguns dos primeiros conselhos que uma criança ouve quando se tenta integrar com os colegas da escola.

Desta feita, a Diretiva (UE) 2019/1937 tem o potencial de criar ondas de choque, quer no panorama normativo – pelo fator novidade – mas sobretudo no contexto sociocultural das empresas e das relações entre trabalhadores e entidades empregadoras: em primeiro lugar por tornar obrigatórias práticas e procedimentos que até ao momento são desconhecidos para uma vasta extensão do tecido empresarial português e, em segundo lugar, por se propor a operar uma verdadeira transformação cultural, ao incentivar a denúncia e o *whistleblowing* como práticas sãs e recomendáveis na esfera das relações de trabalho.

²⁰ Colocamos aqui esta expressão que, apesar de estar a cair em desuso, revela como a censura perante os denunciadores está de tal forma enraizada na comunidade, que se faz referência sub-reptícia ao episódio bíblico de Judas, o apóstolo que traiu Jesus Cristo, entregando-o às autoridades romanas

A Diretiva propõe-se, assim, a criar na Europa um clima de inclusão para a figura do *whistleblower*. No entanto, em vários países europeus, a prática da denúncia não é vista com a mesma aceitação ético-jurídica, mas sim com uma enorme desconfiança e resistência. Esta resistência sociocultural, bastante enraizada nas várias sociedades europeias, será o principal obstáculo a ser ultrapassado pela norma.

Para os potenciais whistleblowers, é previsível que a afirmação da nova norma seja apenas um dos primeiros passos – ainda que decisivo e verdadeiro ponto de viragem – num longo caminho de legitimação ético-jurídico do fenómeno do *whistleblowing*. Será expectável que a proteção dos trabalhadores-denunciantes continue a enfrentar uma forte resistência, não só nas relações laborais, mas na própria sociedade e, porventura, até em sede jurisprudencial. A norma compromete-se, assim, a enfrentar a difícil missão de criar um efeito pedagógico, capaz de romper com noções e preconceitos bastante enraizados na sociedade portuguesa.

A força da Diretiva está, assim, dependente do empenho das autoridades nacionais na sua transposição. Para se tornar eficaz, a norma exige que cada Estado-Membro não se limite a uma transposição direta do diploma europeu, mas demonstre capacidade de adaptação às necessidades específicas do contexto de cada ordenamento.

No caso de uma mera transposição por transcrição, desprovida da necessária comunicação no meio juslaboral e empresarial e omissa em contributos de cariz nacional – mais sensíveis à realidade e aos desafios portugueses –, a Diretiva correrá sempre o risco de se tornar um exemplo de *soft law*, incapaz de produzir um real impacto na sociedade. Tendo em conta os desafios socioculturais e o processo de legitimação ética que a presente Diretiva pressupõe, é-nos permitido afirmar que a completa eficácia da norma só será alcançável com o máximo empenho das autoridades nacionais e com a implementação de estratégias de implementação e reforço a longo-prazo.

BIBLIOGRAFIA

Bowie, N. E., & Duska, R. F. (1990). Business ethics. In Prentice Hall series in occupational ethics CN - HF5387 .B68 1990 (2nd ed). Prentice Hall.

Brandão, N. (2020). O whistleblowing no ordenamento jurídico português. Revista Do Ministério Público, 161, 99–113. <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/2034>

Chiasson, M., H.G. Johnson, J. R. B. (1995). “Blowing the Whistle: Accountants in Industry.” CPA Journal, New York State Society of Certified Public Accountants, February.

Courtemanche, G. (1988). The ethics of whistleblowing. Internal Auditor, 45,

36–41.

Gomes, J. (2014). Um direito de alerta cívico do trabalhador subordinado? (ou a proteção laboral do whistleblower). *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1–4, 127–160.

Hoffman, W. (2011). A Business Ethics Theory of Whistleblowing: Responding to the \$1 Trillion Question. *Praxiology: The Interantional Annual of Practical Philosophy and Methodology*, 18.

Jubb, P. B. (1999). Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation. *Journal of Business Ethics*, 21(1), 77–94. <https://doi.org/10.1023/A:1005922701763>

Katz, G., & Lenglet, M. (2010). Whistleblowing in French Corporations: Anatomy of a National Taboo. *Philosophy of Management*, 9, 103–122. <https://doi.org/10.5840/pom20109120>

Kohn, S. M. (2011). The Whistle-Blowers of 1777. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2011/06/13/opinion/13kohn.html>

Near, J., & Miceli, M. (1985). Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing. *Journal of Business Ethics*, 4. <https://doi.org/10.1007/BF00382668>

OCDE. (2016). *Committing to Effective Whistleblower Protection*. <https://www.oecd.org/corruption/Committing-to-Effective-Whistleblower-Protection-Highlights.pdf>

Parisi, N. (2020). *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*. *Rivista Nuova Di Diritto Del Lavoro*. <https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/diritto-comunitario-e-diritto-del-lavoro/517-la-funzione-del-whistleblowing-nel-diritto-internazionale-ed-europeo>

Petersen, J. C., & Farrell, D. (1986). Whistleblowing: ethical and legal issues in expressing dissent. Kendall/Hunt.

Protection of “whistle-blowers”, Doc. 12006 (14 September 2009), report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights – disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=12302>

Ragués i Vallès, R. (2013). Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho Penal. In *Derecho penal & criminología*. Marcial Pons.

SAMPAIO, Vânia; AFONSO, Sara, “Hacker, hacktivista ou whistleblower? O caso Rui Pinto” in *Comunidade Cultura e Arte*, 2020, disponível em <https://www.comunidadeculturaearte.com/hacker-hacktivista-ou-whistleblower-o-caso-rui-pinto/> (acedido em novembro de 2021)

Silva, D. M. D. (2017). *A Proteção do Whistleblower na relação Jurídico-Laboral* [Universidade de Lisboa]. <http://hdl.handle.net/10451/31884>

Transparency International. “A Best Practice Guide for Whistleblowing

Legislation”, 2018, disponível em: <https://www.transparency.org/en/publications/best-practice-guide-for-whistleblowing-legislation>

Transparency International. “Uma alternativa ao silêncio: A protecção de denunciante em Portugal”, Country Report, 2013

**PAINEL II – ECONOMIA DIGITAL,
EMPRESAS E MERCADOS
FINANCEIROS**

O CONCEITO DE EMPRESA NA SOCIEDADE DIGITALIZADA: REFERÊNCIA ÀS FINTECH'S*

Fábio da Silva Veiga**

RESUMO: O objetivo do trabalho é apresentar um conceito geral de empresa na sociedade digitalizada, demonstrando que a transcendência das empresas ao uso da tecnologia na oferta de bens e serviços é uma característica que assimila novos conceitos, mas do mesmo modo, está dependente de conceitos jurídicos clássicos na forma de regulação de empresas. Como exemplo desta transcendência no âmbito dos negócios, oferece-se uma introdução ao significado atual no mercado e na indústria financeira do termo «tecnologia financeira» (*FinTech*), sua origem e seu valor para mudar o sistema financeiro. Em continuidade, far-se-á a explanação dos fatores que impulsionam e os que travam o crescimento do fenómeno *FinTech*, comentando-se os estudos de alcance global mais recentes sobre a magnitude e significado dessa expansão, e seu impacto sobre os mercados financeiros e o comportamento dos consumidores das atividades bancárias tradicionais, realizando-se algumas considerações para o caso particular de Espanha, especialmente os possíveis modelos de [auto]regulação.

INTRODUÇÃO

A quarta revolução industrial nasce impulsionada pelo novo quadro tecnológico inserido nas relações sociais¹, e a partir disso, novos modelos de desenvolvimento e inovação impactam o âmbito empresarial².

* O presente documento serviu de base para a comunicação no XI Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais realizado no dia 10 de dezembro de 2021 na Escola de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria. As referências e conteúdos ainda estão em fase de produção, pelo que se salienta o caráter provisório de tal documento.

** Professor Auxiliar de Direito Comercial da Universidade Lusófona do Porto. Professor Adjunto Convidado da Escola de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria. Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo, Espanha, onde recebeu o Prémio Extraordinário de Tese de Doutoramento. Foi professor de Direito Empresarial da Universidad de Almería, Espanha (2020), Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (2019) e Universidad Europea de Madrid (2016 a 2018). Investigador com bolsa *DPE* da Fundação CAPES/Ministério da Educação do Brasil na Universidad de Alcalá, Madrid, Espanha. Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR -, Porto, Portugal. Contato: fabio.veiga@ulp.pt

¹ Veja o maior expoente da matéria, SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*, Levoir, 2018.

² Segundo a literatura que comenta a quarta revolução industrial, esta se apoia em sete pilares fundamentais: big data e análise de dados; computação em nuvem; ciber segurança; robótica, internet das coisas; simulação e prototipagem; realidade aumentada; integração de processos; e Cultura. Cfr. MUÑOZ SASTRE, Daniel; SEBASTIÁN MORILLAS, Ana & NÚÑEZ CANSADO, Marian. “La cultura corporativa: claves de la palanca para la verdadera transformación digital”, in *Revista Prisma Social*, n. 25, 2019, p. 439-463.

Alguns exemplos desta revolução tecnológica na esfera empresarial são demonstrados pelas denominadas *big techs*, como o *Facebook*, *Google*, *Amazon*, *Microsoft*, entre tantas outras empresas do setor. Portanto, não há dúvidas de que nos encontramos perante um novo paradigma empresarial de âmbito global, marcado, especialmente, pela tecnologia no ambiente de mercado.

A aceleração da digitalização explica as novas formas de fazer negócios e de constituir empresas, por este motivo, essa realidade perpassa o campo jurídico atingindo as instituições clássicas do Direito Comercial³, como a regulação e constituição de sociedades comerciais.

Pretende-se, portanto, ligar os conceitos de empresas que atuam no campo das tecnologias disruptivas às referências clássicas de sociedades no âmbito jurídico, cujo objetivo será o de analisar o alcance da transcendência ou da natureza disruptiva como novo paradigma jurídico-empresarial. Irrrompem este cenário as denominadas Fintech's – Financeiras tecnológicas – que se utilizam de plataformas digitais e do método da economia colaborativa para impulsionarem novas formas de negócios.

Uma das questões a se refletir ainda, é se este novo paradigma económico-empresarial poderá colocar em risco os direitos económicos de carácter social que contam com uma extensa proteção constitucional. As ferramentas digitais inseridas no mercado económico devem proporcionar mecanismos suficientes *de preservação da dignidade e da liberdade do ser humano num contexto de desenvolvimento sustentável como valor comum e universal*, pois estão em jogo aspetos essenciais da eficiência económica e a salvaguarda de direitos constitucionais tradicionais no meio digital.

1. CONCEITO DE EMPRESA

Antes de anotar-se o conceito de empresa, é importante conhecer o conceito de empresário, pois este é o agente transformador que atua no mercado económico e o qual utiliza-se da empresa (empreendimento, no sentido *lato* da palavra) para a sua livre atuação.

Empresário é a pessoa física ou jurídica que profissionalmente e em nome próprio exerce a atividade de organizar os meios precisos para a produção ou reprodução de bens e serviços para o mercado⁴.

De outro lado, o conceito de empresa está ligado ao empreendimento, a ação de empreender de maneira organizada, e na qual pode constituir-se de forma individual (pessoa física/pessoa singular) ou coletiva (em sociedade, pessoa jurídica). Por isso,

³ Uma das definições de Direito Comercial é aquela em que de forma simples e objetiva confere-o como “o Direito do mercado”.

⁴ Conceito clássico adotado por SÁNCHEZ CALERO, Fernando; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Principios de Derecho Mercantil*. Tomo I, 24ª edición, 2019, Cap. 2, n. 1.

diz-se que a empresa, isto é, a atividade organizada de determinado empreendimento, pode se organizar na forma de sociedade comercial, onde ficará vinculada às regras do direito societário, ou se organiza pelas diversas fórmulas jurídicas admitidas pela atividade económica. O Direito Comercial, substancialmente, regula várias formas de empresas, seja no formato individual (empresários individuais), bem como no formato coletivo (empresários sociais). Desse modo, na compreensão que admitimos, dir-se-á que o conceito de empresário está mais propenso às inovações do ambiente social e tecnológico do que o conceito de empresa, pois o empresário é o agente do mercado e a empresa o mecanismo de regulação⁵.

2. DIGITALIZAÇÃO DAS EMPRESAS

A crescente digitalização e globalização dos recursos tecnológicos é considerada como um dos cenários mais propensos para o avanço das economias no contexto mundial. Os investimentos em tecnologia teriam como efeito lógico, um aumento da capacidade económica dos países. É certo, no entanto, que parte da doutrina não acreditava há algum tempo que a tecnologia, naquele momento, estivesse num patamar avançado de digitalização a ponto de haver um mercado digital global⁶.

Se algo demonstra a recente história da *sociedade da informação* é que as mudanças são vertiginosas e que quem consegue introduzir uma tecnologia avançada no processo económico se beneficia da regra «*the winner takes all*» (o ganhador fica com tudo), ou ao menos com a melhor parte⁷. O exponencial aumento da digitalização

⁵ No presente estudo não há possibilidade de aprofundarmos o assunto. Sublinhamos, contudo, que o conceito de empresário é o substrato de compreensão do direito comercial espanhol.

⁶ Echebarria negava, ainda em 2015, que havia um mercado digital global: "Es cierto que las cifras de usuarios con acceso a la red son abrumadoras, que el uso del comercio electrónico crece exponencialmente y que ya se puede decir que en la UE hay más empresas con página web que sin ellas. ¿Ya está aquí la sociedad digital global? ¿Hay un mercado digital global? No, ni mucho menos. [...] estamos consiguiendo quizás, es mejorar la comunicación entre las estructuras y operadores económicos estatales, pero no necesariamente superar las barreras y actuar como operadores globales, o al menos, de dimensión comunitaria" Cfr. ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. "¿Es posible un mercado digital global? Sobre la iniciativa europea para un mercado único digital", in: *LA LEY mercantil*, nº 15, junio 2015.

⁷ No seguimento final do estudo de ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. "¿Es posible un mercado digital global? Sobre la iniciativa europea para un mercado único digital", ob. cit., cap. final. O autor ainda reflete a capacidade de evolução dos novos paradigmas empresariais em decorrência da tecnologia no espaço europeu ao dizer o seguinte: «A Europa, historicamente, tem demonstrado a sua capacidade de evolução social cujo impacto foi crucial na história global. Exemplo disso foi o abandono da mentalidade medieval após a crise demográfica e de valores provocada pela peste negra, assim como pelo aparecimento do produtor com independência do senhor feudal. A história regista que a Europa lançou o comércio intercontinental e a aparição de novos Estados, e mais tarde concebeu o racionalismo e a investigação que refletiram na industrialização, aproveitando-se da ciência e da tecnologia. Agora, talvez, estamos perante uma nova encruzilhada, na qual podemos ser novamente atores de nosso destino e transmitir os nossos valores e nosso modelo a uma *sociedade digital*, ou ser singelamente um grande mercado destinatário de serviços controlados por atores globais, em maior medida externos. Há em jogo algo mais do que uma grande fatia do mercado económico, coloca-se em questionamento o modelo produtivo, social e democrático que se pretende conservar, e qual modelo de valores de direitos humanos teremos com a digitalização de nossa vida social e económica».

das empresas é visto em vários setores da economia. Debruçar-nos-emos nas empresas *FinTech's*.

2.1. CONCEITO DE FINTECH

Na área das finanças ou do sistema financeiro, a transformação digital especifica-se no conceito conhecido como «*FinTech*», termo composto pelas palavras inglesas *Finance* e *Technology*. Portanto, *FinTech* significa *tecnologias aplicadas às finanças, produtos, serviços e mercados financeiros*.

As *FinTech's* facilitam aos consumidores (utilizadores financeiros) produtos, instrumentos, contratos e serviços, tradicionalmente oferecidos pelo setor bancário de forma analógica - ou inclusive digital, mas com automação limitada de processos – de modo completamente virtual, sem mediação humana, através de aplicações, plataformas ou sistemas digitalizados.

Este império das TIC's (Tecnologia da Informação e Comunicação) substitui a intervenção de intermediários pessoais tanto na relação das entidades com consumidores (B2C), como no caso de relações entre empresas (B2B); inclusive permitindo a criação de novas relações diretas entre consumidores (C2C) antes impensáveis sem mediação bancária. Por isso, pode se afirmar que, para além de empregar tecnologia nas finanças, a *FinTech* se caracteriza por um novo modo de relacionar na contratação de serviços financeiros, mais cooperativo, colaborativo, democrático, [des]intermediado (inclusive, «desbancarizado» em alguns casos) e promotor da inclusão social financeira.

Nesse sentido, indaga-se quais os tipos de serviços financeiros se aplicam às *FinTech's*. Portanto, desde os mais clássicos vinculados à movimentação de dinheiro, como a abertura de contas e depósitos – hoje factível via pagamentos digitais, ou a realização de todo o tipo de transações monetárias e o pagamento em estabelecimentos comerciais, que começa a se digitalizar–, até a prestação de outras modalidades dos serviços de financiamento ou crédito que são mais especializados ou de uso menos generalizado.

Podemos citar entre estes serviços a adoção de posições derivativas nos mercados financeiros, a busca de financiamento coletivo para as «*start-ups*» através de plataformas de empreendimento, o acesso a uma grande diversidade de investimentos ou fórmulas de financiamento de produtos digitais inovadores (por exemplo, de liquidez na corrente de fornecimento ou *supply chain finance*⁸), o

⁸ O *supply chain finance* (na tradução literal: financiamento da cadeia de fornecimento), basicamente, é um conjunto de processos comerciais e financeiros baseados em tecnologia que reduzem os custos e melhoram a eficiência das partes envolvidas numa transação.

assessoramento financeiro *on-line* automatizado através do uso de *big data*, e o investimento e retirada de investimento em mercados de *criptomoedas*.

O que caracteriza a noção atual de *FinTech* não se refere unicamente o fato de prestar estes serviços utilizando as novas tecnologias. Trata-se sobretudo do desenvolvimento de novos serviços financeiros digitais ou a implementação de novos procedimentos (por exemplo, contratos inteligentes, inteligência artificial, conectores digitais, sistemas algorítmicos de distribuição e canalização de dados, etc.) para prestar os serviços bancários, nos mercados de capitais ou no mercado de seguro tradicionais com vantagens qualitativas evidentes, que transformam a própria natureza do serviço em muitos casos, graças ao emprego destas tecnologias.

Os próprios serviços financeiros vão evoluindo vertiginosamente neste novo meio, o que tornar-se-ão obsoletos os conceitos associados às *FinTech's* em poucos anos.

Nas últimas estatísticas do mapa que reúne as principais *start-ups FinTech* de Espanha elaborada pela *Finnovating*⁹, contabilizava, em Espanha, no mês de maio de 2021, a quantia de 475 *FinTech*, enquanto em fevereiro 2017 havia 238 empresas, e em abril de 2016 o número era de 110. Tais factos demonstram um crescimento vertiginoso no número de empresas *FinTech* (pelo menos em Espanha) que oferecem um amplo leque de serviços financeiros de carácter disruptivos ou pelo menos como altamente inovadores nas relações entre o setor bancário e consumidores, assim como nas relações entre bancos e outros provedores de serviços digitalizados.

2.2. FINTECH'S COMO OPORTUNIDADES DE INCLUSÃO FINANCEIRA E SOCIAL

As *FinTech's* em uma fase mais avançada, representam uma expressiva oportunidade para a inclusão financeira como parte de uma inclusão mais ampla como é a inclusão social. Nesse sentido, as *FinTech's* podem contribuir para ampliar o acesso aos serviços financeiros de um público com baixo acesso a esses serviços, uma vez que o uso de *software* e aplicações em dispositivos móveis de baixo custo podem servir de alavanca ao apoio cultural, à integração social e ao desenvolvimento financeiro de grupos desfavorecidos em todos os continentes, especialmente na África e em regiões pobres da Ásia e da América Latina.

2.3. A REGULAÇÃO DAS FINTECH'S

⁹ A referência é de carácter informativo, elaborada por entidade privada gestora dos registos de informações oferecidas pelas próprias empresas *FinTechs* no sítio eletrónico da instituição. Disponível em: <https://www.finnovating.com/news/mapa-fintech-espana/> - acesso em fevereiro de 2022.

¹⁰ Em comparação com Portugal, a mesma agência localizava 37 empresas *Fintech* em Portugal, referente ao mês de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.finnovating.com/news/fintech-map-portugal/> - acesso em fevereiro de 2022.

Deve-se ter presente o papel dos reguladores no novo panorama competitivo entre bancos e *start-ups* de *FinTech*.

No modelo anglo-saxónico, as agências reguladoras do mercado financeiro (como a *Financial Conduct Authority* britânica) ou outras generalistas (como a *Australian Competition and Consumer Commission*) tentam reconduzir o negócio *FinTech* a *standards* de transparência equivalentes àqueles destinados à atividade bancária, em termos de justa concorrência e de níveis mais ou menos equitativos de desenvolvimento da concorrência dos respetivos setores, cumprindo de forma geral com as normas imperativas de direito.

Com o objetivo de melhorar a concorrência deste setor e com vistas a respeitar o quadro legal, associações privadas como a espanhola *Asociación de Fintech e Insurtech*¹¹(AEFI) tentam promover ações neste âmbito¹². No entanto, a resposta institucional específica dos *reguladores* em países de *civil law* é insuficiente no que se refere ao fenómeno *FinTech*. Entretanto, já é possível identificar nos *reguladores* de alguns países europeus (v.g. França, Alemanha e Espanha) comitês internos especializados, a exemplo dos gestores do *Portal Fintech de Innovación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores* (CMMV), órgão regulador do mercado de capitais espanhol¹³. Com efeito, não há uma cultura de colaboração entre as associações de *FinTech* e o regulador comparável à existente nas jurisdições dos países de cultura *common law*, onde nestas há uma ligação mais próxima, inclusive de consultas do regulador com o setor das *FinTech's* para elaborar normas especiais e a emissão de modelos ou guias de conformidade à Lei (*full compliance*) dos agentes *FinTech*. No *common law* há espaços e sistemas de criação de autorregulação¹⁴ setoriais não só na ausência de norma aplicável, senão a modo de orientação permanente de modelos de *compliance*¹⁵.

No ano de 2020, a Espanha deu passos importantíssimos na linha de atualização normativa dos mercados financeiros digitais, como a recente aprovação da

¹¹ A palavra “*Insurtech*” deriva das expressões anglo-saxónicas “*Insurance*”, que significa “seguro” adicionada ao termo “*Technology*”, que significa “tecnologia”. Basicamente, as *Insurtechs* são empresas altamente tecnológicas (habitualmente *start-ups*) que simplificam os processos burocráticos na contratação de seguros.

¹² A AEFI lançou o *libro blanco de la legislación*.

¹³ Com a intenção de promover as iniciativas no âmbito *FinTech* na Espanha, desde o ano de 2016 a CNMV criou um ponto de contato denominado *Portal FinTech*, o qual tem dois objetivos: ajudar os promotores *FinTech* e a gestores de entidades financeiras sobre os aspectos normativos do mercado de valores que pudessem afetar a seus projetos; e criar um espaço informal de comunicação com eles sobre suas iniciativas neste âmbito, para prevenir possíveis incumprimentos em matéria de autorização de atividades. Disponível em: <http://www.cnmv.es/portal/Fintech/Innovacion.aspx> (acesso em março de 2021).

¹⁴ O fenómeno da autorregulação supõe a observância de normas de conduta – princípios e padrões éticos cujo cumprimento foi previamente definido como objetivo a ser cumprido. Simultaneamente, constitui também a expressão do compromisso de responsabilidade social de um determinado setor do mercado.

¹⁵ A título de exemplo, ACCC (2016), *Platform Operators in the Sharing Economy. A guide for complying with the competition and consumer law in Austrália*.

Lei 7/2020, de 13 de novembro, para a transformação digital do sistema financeiro (também conhecida como *Ley Sandbox*). A denominada *Ley Sandbox* representa um importante avanço no marco regulatório da inovação financeira em Espanha. Os seus dispositivos legais têm a intenção de coordenar as necessidades de inovação e desenvolvimento do respetivo setor, com as atividades de supervisão e proteção do cliente, através da criação de um espaço de testes controlado. A referida lei, procura, portanto, facilitar o acesso ao financiamento como motor da economia, garantindo que a transformação digital não afete o nível de proteção dos consumidores de serviços financeiros, a estabilidade financeira e a integridade dos mercados, evitando a utilização do sistema de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

CONCLUSÕES

Primeira Conclusão

Os consumidores absorvem os serviços e produtos de *FinTech's* conforme vão confiando nas novas tecnologias, com relativa independência de quem lhes ofereça o serviço, sejam os bancos, entidades de pagamentos não bancária ou gestores *FinTech* alheios ao sistema financeiro. Para que todos concorram equitativamente, o legislador tem de fornecer um esquema orientador da conduta das *FinTech's* para o cumprimento das normas obrigatórias e para a produção de autorregulação compatíveis com o ordenamento jurídico.

Em Espanha, assim como na Europa continental, ainda falta muito caminho a percorrer para se estar à altura dos países anglo-saxónicos; a lacuna regulatória poderá travar o desenvolvimento de mercado das *FinTech's* e a confiança dos consumidores nestes serviços.

Segunda conclusão

As *FinTech's* representam uma expressiva oportunidade para a inclusão financeira como parte de uma inclusão mais ampla como é a inclusão social.

Nesse sentido, as *FinTech's* podem contribuir para ampliar o acesso aos serviços financeiros de um público com baixo acesso a esses serviços, uma vez que o uso de *software* e aplicações em dispositivos móveis de baixo custo podem servir de alavanca ao apoio cultural, à integração social e ao desenvolvimento financeiro a grupos desfavorecidos em todos os continentes.

Terceira conclusão

O direito comercial, cujo pilar fundamental se alicerça nas relações do mercado, deve se abrir à autorregulação das empresas tecnológicas, construindo, portanto, elementos jurídicos que possibilitem a dinamização da regulação de empresas como as

FinTech's, em especial, em ambientes de provas regulatórias. O debate em torno da regulação do direito no âmbito da tecnologia é latente em todas as áreas jurídicas.

BIBLIOGRAFIA

ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. “¿Es posible un mercado digital global? Sobre la iniciativa europea para un mercado único digital”, in: *LA LEY mercantil*, nº 15, junio 2015.

ARGELICH COMELLES, Cristina. “Construyendo un P2P accommodation 4.0 frente al COVID-19: Proptech, autorregulación y Tokenización”, in *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, nº31, 2020, p. 1-20.

MUÑOZ SASTRE, Daniel; SEBASTIÁN MORILLAS, Ana & NÚÑEZ CANSADO, Marian. “La cultura corporativa: claves de la palanca para la verdadera transformación digital”, in *Revista Prisma Social*, n. 25, abril 2019, p. 439-463.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Principios de Derecho Mercantil*. Tomo I, 24ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*, Levoir, 2018

O DIREITO SOCIETÁRIO E (ALGUNS D) OS DESAFIOS DA DIGITALIZAÇÃO

FILIPE D. BERNARDINO¹

MARISA DINIS²

RESUMO

As sociedades comerciais, integradas num mercado global, para além de estarem sujeitas à concorrência do próprio mercado, estão, igualmente, subjugadas às normas resultante das legislações dos vários Estados, que tendem a regular no sentido de incentivarem à criação de mais investimento baseado na constituição, na atração e no estabelecimento de novas empresas. Para o efeito, entre outras, têm vindo a ser adotadas medidas que visam simplificar os procedimentos de constituição, muito em particular, mediante o recurso às TIC. Paralelamente com a simplificação dos processos de constituição, a sociedade moderna, assente na forte utilização das TIC, tem assistido a uma expressa intenção de desformalizar processos e procedimentos com mira na eficiência e na celeridade das ações que lhes são inerentes.

A digitalização é, na verdade, visível em grande parte na vida económica, social, jurídica, desde o setor primário ao terciário, confundindo-se com a normalidade do dia-a-dia. As sociedades comerciais não ficaram, pois, alheias a esta realidade que ultrapassada as suas formas de constituição. Com efeito, as TIC representam, atualmente, um papel de elevada importância na organização e no funcionamento das sociedades. Permitem uma melhor concretização dos direitos dos sócios, nomeadamente dos de informação e dos de participação nas deliberações (de sócios), uma gestão célere e eficiente das reuniões dos órgãos coletivos (o de gestão e o deliberativo-interno) e podem contribuir para tomadas de decisão mais informadas e conscientes.

Porém, grandes utilidades tendem a implicar grandes responsabilidades e conflitos jurídicos. A digitalização das sociedades comerciais representa, pois, uma panóplia de vantagens e, como reverso da medalha, um conjunto de desafios jurídicos

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Forenses (Universidade de Coimbra - Faculdade de Direito). Advogado. Assistente Convidado da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria. Formador no Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Vogal da Delegação de Leiria da Ordem dos Advogados. E-mail: filipe.bernardino@ipleiria.pt.

² Doutora em Direito (Universidade de Salamanca – Faculdade de Direito), desde 2010. Mestre em Direito (Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito), desde 2007. Professora Coordenadora no Instituto Politécnico de Leiria, desde 2021. Subdiretora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico de Leiria, desde fevereiro de 2018. Membro integrado do Centro de Investigação Instituto Jurídico Portucalense – Polo de Leiria. E-mail: marisa.dinis@ipleiria.pt.

(entre outros de outras naturezas) que, não raras vezes, não têm resposta imediata sendo necessário desconstruir a problema e ponderar diferentes soluções.

Com o presente estudo pretende-se, além do mais, analisar a aplicação das TIC no contexto societário, atendendo, em particular, aos problemas jurídicos que acarreta e às inegáveis vantagens que envolve.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição de Sociedades, Assembleias Gerais, Deveres do Gestores, Responsabilidade, TIC, Digitalização.

ABSTRACT

Companies, integrated in a global market, in addition to being subject to the competition of the market itself, are also subject to the rules resulting from the laws of the various States, which tend to regulate in order to encourage the creation of more investment based on the incorporation, in attracting and establishing new companies. For this purpose, among others, measures have been adopted aimed at simplifying the incorporation procedures, in particular, through the use of ICT. In parallel with the simplification of the constitution processes, modern society, based on the strong use of ICT, has witnessed an express intention to deformalize processes and procedures with a view to the efficiency and celerity of the actions that are inherent to them.

Digitization is, in fact, visible to a large extent in economic, social and legal life, from the primary to the tertiary sector, mingling with the normality of everyday life. Companies were not, therefore, alien to this reality that surpassed their forms of constitution. Indeed, ICT currently play a highly important role in the organization and functioning of societies. They allow a better realization of the rights of the members, namely those of information and of participation in the deliberations (of the members), a fast and efficient management of the meetings of the collective bodies (the management and the deliberative-internal) and they can contribute to the taking of more informed and conscious decision.

However, great utilities tend to imply great responsibilities and legal conflicts. The digitization of companies represents, therefore, a range of advantages and, on the other side, a set of legal challenges (among others of other natures) that, not infrequently, do not have an immediate answer, being necessary to deconstruct the problem and consider different solutions.

The present study intends, moreover, to analyze the application of ICT in the societal context, taking into account, in particular, the legal problems it entails and the undeniable advantages it involves.

KEY-WORDS: Incorporation, General Meetings, Management's Duties, Liability, ICT

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Constituição online de Sociedades. III. Assinatura Eletrónica. IV. Moeda digital na constituição do capital social como entrada, nas prestações suplementares e nos suprimentos. V. As TIC no funcionamento da sociedade. 1. O uso das TIC na tomada de deliberações de sócios. 1.1. Deliberações tomadas em Assembleia Geral. 1.2. Deliberações tomadas em Assembleia Universal. 1.3. Outras especificidades das assembleias telemáticas. 2. Deliberações tomadas pelo órgão de administração e de representação. VI. Responsabilidade dos gestores no uso de ferramentas digitais. 1. Breves considerações. 2. O dever especial de cuidado na utilização de ferramentas digitais. 2.1. Dever de cuidado na segurança e prevenção do risco cibernético. 2.2. Dever de cuidado na escolha de ferramentas digitais nos processos produtivos.

I. INTRODUÇÃO

A digitalização surge como um processo de rentabilização de recursos e de celeridade ou eficiência com influência determinante nas condições do denominado *starting a business*³, consideradas essenciais para a competitividade. Com efeito, os Estados procuram aliviar, através de instrumentos digitais, o peso burocrático, otimizando recursos, eliminando obstáculos e custos aos empresários, sobretudo para uma maior captação de investimento nacional e estrangeiro.

As sociedades comerciais não ficaram imunes à revolução digital, conduzida pela confluência da evolução da tecnologia computacional ou informática e do desenvolvimento das redes de sistemas de comunicação. A Internet, com o seu acesso simples e generalizado aos cidadãos, assumiu um papel preponderante. A inovação tecnológica contribuiu para uma nova realidade desmaterializada, onde o *software* ou o computador com sistemas computação centralizada se interligam entre si, na maior rede de computadores do mundo que é a Internet, permitindo concretizar à distância, o que, outrora, era realizado presencialmente.

A revolução digital societária repercute-se, inevitavelmente, desde logo, nos próprios processos constitutivos societários que, no passado se prolongavam por semanas ou até meses, com várias deslocações a diversos serviços competentes e, presentemente, assistimos à sua conclusão em menos de vinte minutos⁴ num único serviço ou mesmo em casa.

³ Cfr. 2016 International Bank of Reconstruction and development / The World Bank Doing Business 2016 Measuring Regulatory Quality and Efficiency, in 13th. Washington DC, 2016, pág. 54 e ss.

⁴ Fastest Time To Register A Private Limited Company Via The Internet | World Record | Ravio Keskra (recordsetter.com), alcançado na Estónia com a conclusão do processo constitutivo de uma sociedade de responsabilidade limitada em 18:03.05 min/sec.

Afigura-se uma nova era pautada por constantes progressos e inúmeros desafios, cada vez mais céleres, eficientes, disponíveis e facilmente atingíveis a qualquer cidadão.

Também neste âmbito, a pandemia provocada pela COVID-19 veio impor à humanidade uma nova realidade e despertou a redescoberta dos meios informáticos e das ferramentas digitais, como derradeira forma de manutenção em funcionamento das atividades económicas, religiosas, culturais, educacionais e sociais por força da imposição do distanciamento e restrição de deslocações.

II. CONSTITUIÇÃO ONLINE DE SOCIEDADES

Em 2006, foi publicado o Decreto-Lei n.º 125/2006, de 29 de junho, através do qual o legislador nacional e fora do CSC, recorrendo à tecnologia de informação, vem instituir o regime especial de constituição *on-line* (ou via eletrónica) de sociedades comerciais e civis, sob a forma comercial, do tipo por quotas e anónimas, através de sítio da internet da competência do Registo Nacional de Pessoas Coletivas e das demais conservatórias do registo comercial que sejam determinadas por despacho do presidente do conselho diretivo do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P.⁵.

Sumariamente, o regime da “empresa *online*” é reservado às sociedades comerciais e civis sob forma comercial do tipo por quotas e anónima, com ou sem a simultânea aquisição, pelas sociedades, de marca registada, através de sítio na Internet, regulado por Portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça⁶. Por sua vez, este regime especial, não se aplica às sociedades cujo capital seja realizado com recurso a entradas em espécie em que, para a transmissão dos bens com que os sócios entram para a sociedade, seja exigida forma mais solene do que a forma escrita e às sociedades anónimas europeias⁷.

Tal como o seu nome indica, o regime especial é restrito ao momento de constituição pelo que a disciplina aplicável ao funcionamento ou organização das sociedades constituídas por esta via é o regime geral do CSC.

Também não se retira do regime especial quaisquer desvios ao regime geral quanto à matéria da legitimidade e capacidade dos requerentes singulares ou coletivos, objeto ou capital social.

A presença física dos requerentes é substituída pelo acesso a um sítio na Internet⁸, a partir de um dispositivo eletrónico de processamento de dados, atestando-se a identidade através de autenticação eletrónica com recurso a certificado digital

⁵ Cfr. Artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 125/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 109-D/2021, de 9 de dezembro.

⁶ Cfr. Artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 125/2006.

⁷ Cfr. Artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 125/2006.

⁸ Acessível em <https://eportugal.gov.pt>.

qualificado ou certificado digital que comprove a qualidade profissional do utilizador, no caso advogados, solicitadores e notários⁹.

A este respeito, o n.º 4, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 109-D/2021, de 9 de dezembro, ao artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 125/2006, vem admitir a utilização de meios de identificação eletrónica emitidos noutros Estados-Membros, desde que reconhecidos para efeitos de autenticação transfronteiriça, nos termos do artigo 6.º do Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, e da portaria a que se refere o n.º 1

O procedimento inicia-se com o pedido *online*, isto é, do preenchimento sucessivo e encadeado de campos, podendo os interessados na constituição da sociedade optar por firma constituída por expressão de fantasia previamente criada e reservada a favor do Estado, associada ou não à aquisição de uma marca previamente registada a favor do Estado, pela aprovação eletrónica e automática da firma nos termos do artigo 50.º-A do regime do RNPC ou pela verificação da admissibilidade e aprovação de firma, como também indicação de firma constante de certificado de admissibilidade de firma previamente obtido. Os interessados poderão igualmente optar por pacto ou ato constitutivo de modelo aprovado pelo presidente do conselho diretivo do IRN, I. P. ou por envio do pacto ou do ato constitutivo por eles elaborado¹⁰.

A vantagem na escolha de firma e do modelo pré-aprovado está precisamente na redução do prazo para constituição da sociedade, pois logo que o pedido se encontre eletronicamente submetido, após confirmação do pagamento pelos meios eletrónicos, o serviço competente, procede imediatamente ao tratamento de dados indicados e dos documentos entregues e conseqüente apreciação do pedido para posteriormente o conservador e os oficiais de registo procederem aos atos previstos nas alíneas dos n.ºs 3.º e 4.º do artigo 12.º, dos quais naturalmente se destaca o registo do pacto ou ato constitutivo da sociedade.

É evidente que a disponibilização de firmas ou modelos de estatutos irá reduzir o tempo e o custo¹¹ do procedimento, pois evita-se o controlo sucessivo das cláusulas estatutárias pelo serviço competente, sendo que nestas hipóteses, o processo é imediatamente tratado e nas restantes situações, o serviço competente procede a todas as diligências subsequentes previstas no artigo 12.º no prazo de cinco dias úteis a contar

⁹ Cfr. Artigo 5.º da Portaria 657-C/2006, de 29 de junho.

¹⁰ Cfr. Redação dada pelo Decreto-Lei n.º 109-D/2021.

¹¹ Cfr. Decreto Lei n.º 322-A/2001, de 14 de dezembro, artigo 27.º, verba 3.6, que fixa pela prática dos atos compreendidos no regime especial de constituição online de sociedades, com ou sem nomeação de órgãos sociais ou secretário da sociedade e com opção por pacto ou ato constitutivo de modelo aprovado, os emolumentos de 220,00€. Por outro lado, a verba 3.7 fixa pela prática dos atos compreendidos no regime especial de constituição online de sociedades, com ou sem nomeação de órgãos sociais ou secretário da sociedade e com opção por pacto ou ato constitutivo elaborado pelos interessados os emolumentos de 360,00€.

da confirmação do pagamento efetuado pelos interessados e desde que tenham sido entregues todos os documentos necessários.¹²

No entanto sempre se questionará se a diferença de custo e a redução do tempo pretendida através dos processos especiais de constituição online de sociedade, torna ainda assim atrativa a opção pelos interessados por um dos modelos disponibilizados, pois mesmo tendo os sócios, posteriormente, a possibilidade de alterar os estatutos, o custo daí resultante é maior. Claro que ainda assim é menor o risco de notificação para suprimento de insuficiências e os interessados não terão eventualmente de suportar honorários pelo aconselhamento jurídico na elaboração dos estatutos. Mas, no fundo, não acautelam eventuais questões que futuramente podem acarretar problemas entre sócios.

Um outro aspeto, de menor importância, mas conveniente de salientar, relaciona-se com as comunicações entre interessados e entre os diversos serviços competentes que, ao decorrer através da via eletrónica, constitui sem dúvida um mecanismo promotor da celeridade e de redução de custos.

Verifica-se desta forma, um sacrifício da liberdade ou autonomia contratual no processo de constituição online de uma sociedade comercial, compensado pela celeridade e redução de custos.

Assim, foi possível assistir a uma transformação nos processos constitutivos das sociedades comerciais que, passaram a poder realizar-se através da Internet e com segurança jurídica, reduzindo-se vários custos de contexto, para assim promover o empreendedorismo e o giro comercial, motores da competitividade, progresso e desenvolvimento social. Atualmente é possível constituir uma sociedade comercial no conforto do lar, a um custo mais reduzido relativamente às outras formas de constituição.

Tal como resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 125/2006, a criação de sociedades comerciais online, constitui um “ponto de ligação óbvio ao projeto do Cartão de Cidadão” e de cuja evolução, faz parte, inevitavelmente o RJDEAD, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto, que tem como objetivo definir em que condições os documentos eletrónicos e a assinatura eletrónica podem beneficiar do mesmo regime documental e probatório dos documentos em papel e das assinaturas autógrafas, dando-se, em Portugal, o primeiro passo no sentido da consagração legal das assinaturas eletrónicas.

¹² Na questão do prazo de conclusão do procedimento de constituição online da sociedade o legislador nacional, harmonizou o regime com a Diretiva (UE) 2019/115, passando de dois dias para cinco dias úteis. Cfr. artigo 13.º-G, n.º 7 da Diretiva (UE) 2019/1151 e artigo 11º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 125/2006, alterado pelo Decreto-Lei n.º 109-D/2021.

III. ASSINATURA ELETRÓNICA

O RJDEAD¹³ foi inspirado nos trabalhos preparatórios do legislador comunitário, mas como foi publicado anteriormente à publicação da Diretiva acabou por adotar um conceito diferente de assinatura e, por isso, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de abril, para efeitos de adequação à Diretiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrónicas.

Ora, o Decreto-Lei n.º 62/2003, além de admitir expressamente que pessoas coletivas possam ser titulares de um dispositivo de criação de assinatura, veio estabelecer três modalidades de assinaturas eletrónicas: a assinatura eletrónica, a assinatura eletrónica avançada e a assinatura eletrónica qualificada, que correspondem a diferentes graus de segurança e fiabilidade.

Define a alínea a) do artigo 2.º documento eletrónico como o documento elaborado mediante processamento eletrónico de dados. Repare-se que a lei não pretende dar a noção de documento pois ela já resulta do artigo 362.º do Código Civil, mas sim distinguir um tipo de documento que é produzido mediante um dispositivo eletrónico de processamento de dados, que pode ser um computador, telemóvel ou qualquer outro equipamento capaz de processar eletronicamente dados. Tais documentos, poderão assumir várias categorias consoante o modo de introdução na memória ou o modo como são produzidos pelo equipamento de processamento de dados¹⁴.

A alínea b) do artigo 2.º define assinatura eletrónica como resultado de um processamento eletrónico de dados suscetível de constituir objeto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento eletrónico.

Ainda no artigo 2.º, a alínea c) define assinatura eletrónica avançada como a assinatura eletrónica que preenche os seguintes requisitos: *i)* identifica de forma unívoca o titular como autor do documento; *ii)* a sua aposição ao documento depende apenas da vontade do titular; *iii)* é criada com meios que o titular pode manter sob seu controlo exclusivo; *iv)* a sua conexão com o documento permite detetar toda e qualquer alteração superveniente do conteúdo deste.

Finalmente, a alínea d) estipula que a assinatura digital é a modalidade de assinatura eletrónica avançada baseada em sistema criptográfico assimétrico composto de um algoritmo ou série de algoritmos, mediante o qual é gerado um par de chaves

¹³ Além da alteração pelo citado Decreto-Lei, a sua redação sofreu alterações pelo Decreto-Lei n.º 165/2004, de 7 de junho, Decreto-Lei n.º 116-A/2006, de 16 de junho e Decreto-Lei 88/2009, de 9 de abril.

¹⁴ Sobre as categorias dos documentos eletrónicos, CORREIA, Miguel Pupo, *Documentos eletrónicos e assinatura digital: as novas leis portuguesas*, Lusíada, Direito, II série, n.º 1 (janeiro – junho 2003), pág. 177.

assimétricas exclusivas e interdependentes, uma das quais privada e outra pública, e que permite ao titular usar a chave privada para declarar a autoria do documento eletrônico ao qual a assinatura é aposta e concordância com o seu conteúdo e ao destinatário usar a chave pública para verificar se a assinatura foi criada mediante o uso da correspondente chave privada e se o documento eletrônico foi alterado depois de aposta a assinatura.

Quanto à força probatória do documento eletrônico, estipula o artigo 3.º do RJDEAD que o documento eletrônico, quando o seu conteúdo seja suscetível de representação escrita, satisfaz o requisito legal de forma escrita e quando lhe é aposta assinatura eletrônica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada, o documento eletrônico com o conteúdo referido no número anterior tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376.º do Código Civil, isto é, é conferida ao documento eletrônico a força jurídica de um documento particular dotado de assinatura reconhecida por entidade com funções notariais, fazendo prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor.

Assim, a aposição de uma assinatura eletrônica qualificada a um documento eletrônico equivale, pois, à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel e cria a presunção de que: *i)* a pessoa que após a assinatura eletrônica qualificada é o titular desta ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa coletiva titular da assinatura eletrônica qualificada; *ii)* a assinatura eletrônica qualificada foi aposta com a intenção de assinar o documento eletrônico; *iii)* o documento eletrônico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura eletrônica qualificada¹⁵.

Um último aspeto a salientar quanto ao RJDEAD é a equiparação à carta registada da comunicação do documento eletrônico, assinado com assinatura eletrônica qualificada por meio de telecomunicações que assegure a efetiva receção e à carta registada com aviso de receção, se esta for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário com assinatura eletrônica qualificada e recebida pelo remetente¹⁶. Como iremos constatar, aquando da sua abordagem, o uso de meios eletrônicos nas comunicações entre a sociedade e os sócios ou vice-versa do CSC, em particular no que respeita ao ato da convocação dos sócios para participação na AG, não está totalmente harmonizado com este regime de equiparação à carta registada e à carta registada com aviso de receção. Atrevemo-nos a comentar que o legislador em 2006 quando introduziu alterações ao CSC não teve em atenção o RJDEAD atenta a incompreensível discrepância de regime.

¹⁵ Cfr. Artigo 7.º do RJDEAD.

¹⁶ Cfr. Artigo 6.º do RJDEAD.

IV. MOEDA DIGITAL NA CONSTITUIÇÃO DO CAPITAL SOCIAL COMO ENTRADA, NAS PRESTAÇÕES SUPLEMENTARES E NOS SUPRIMENTOS.

As potencialidades e o promitente desenvolvimento do mundo digital contribuíram para o aumento do uso da denominada criptomoeda¹⁷, onde conceitos e tecnologia de DLT (distributed ledger technology)¹⁸ e *Blockchain*¹⁹ surgem, cada vez mais, no nosso quotidiano

A criptomoeda²⁰ é uma moeda descentralizada que se pode definir, como refere ENGRÁCIA ANTUNES, como “um tipo de moeda emergente em suporte digital cuja emissão, titularidade e transmissão assenta numa tecnologia de registo criptográfico e descentralizada de dados digitais (“blockchain”), que é aceite no âmbito de uma comunidade virtual e que é suscetível de desempenhar as funções monetárias (meio de troca, unidade de conta, reserva de valor)”²¹.

Trata-se de uma moeda descentralizada o que significa que é independente, ou seja, não está sujeita a qualquer autoridade de controlo.

A desmaterialização da moeda, que se tem vindo a verificar desde meados do séc. XX, apresenta-se, no séc. XXI, num formato virtual desenvolvido através da utilização da referida tecnologia *blockchain*.

Entre várias questões que se têm colocado a propósito do uso desta moeda, cumpre questionar se a mesma pode constituir uma entrada no capital social de uma sociedade comercial e, em caso afirmativo, que tipo de entrada configurará, isto é, uma entrada em dinheiro ou uma entrada em espécie.

Ora, estatui o artigo 20.º, al. a), do CSC que constitui obrigação dos sócios entrar para a sociedade com bens suscetíveis de penhora, ou seja, terá de existir uma cotização patrimonial para a sociedade. Esta obrigação do sócio materializa-se em

¹⁷ Cfr. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937, COM/2020/593 final, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52020PC0593>, com último acesso a 23/10/2021.

¹⁸ DLT (**Distributed Ledger Technology**) é uma estrutura de dados que se distribui geograficamente por vários servidores que tratam simultaneamente da informação de base.

¹⁹ A tecnologia blockchain está assente no encadeando ou interligação de blocos de dados que contém informação sobre a operação a realizar.

²⁰ Para mais desenvolvimentos ALCARVA, Paulo, *Banca 4.0 Revolução Digital: Fintechs, Blockchain, Criptomoedas, Robo-advisers e Crowdfunding*, 2019, Actual, Grupo Almedina; MARTINS, Pedro, *Introdução à Blockchain, Bitcoin, Criptomoedas, Smart Contracts, Conceitos, Tecnologia, Implicações*, 2018, FCA.

²¹ ANTUNES, José Engrácia, *O impacto das criptomoedas no contexto do sistema financeiro e a sua regulamentação*, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 32/ Maio-Agosto 2021, pág. 32.

dinheiro, quando a contribuição é em dinheiro²², e em espécie²³ quando constituída por bens diferentes de dinheiro²⁴.

As entradas em dinheiro visam essencialmente assegurar que o montante do capital social entrou no património da sociedade e por isso devem ser concretizadas em moeda²⁵ com curso legal em Portugal, como se infere do artigo 14.º CSC²⁶. Daí que se distinguem das entradas em espécie, pois não carecem de qualquer avaliação por um perito independente²⁷. Estas, como exemplifica COUTINHO DE ABREU²⁸, podem consistir na transmissão da propriedade ou na constituição a favor da sociedade de direitos reais sobre imóveis, empresas, móveis corpóreos, patentes, marcas, créditos, participações, entre outros.

De acordo com o direito societário português, as criptomoedas, não podem constituir uma entrada em dinheiro pela simples razão de não serem uma moeda com curso legal em Portugal²⁹. Atualmente, apenas o Euro é moeda com curso legal em Portugal e, por isso, a única suscetível de constituir uma entrada em dinheiro, pelo que, como assinala TARSO DOMINGUES³⁰, a realização de moeda estrangeira deve ficar sujeita ao regime das entradas em espécie, o mesmo sucedendo com entrada em moeda sem curso legal³¹. E, como tal, tais moedas estrangeiras ou sem curso legal carecem de uma avaliação que lhes determinem a correspondência na moeda com curso legal³².

Aqui chegados, é certo que a entrada em criptomoedas não consubstancia uma entrada em dinheiro. Vejamos, agora, se pode ser considerada uma entrada em espécie.

Na verdade, as criptomoedas são um ativo, disponível, transmissível, “que podem ser trocadas, com proveito, por moeda real (sejam euros, dólares, ou outra

²² Cfr. Artigo 46.º da Diretiva (EU) 2017/1132, em que se refere que as entradas diferentes de dinheiro devem ser constituídas por elementos de ativo suscetíveis de avaliação económica.

²³Cfr. artigo 48.º, 49.º da Diretiva (EU) 2017/1132.

²⁴ Cfr. entre outros CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades ... ob. cit.*, pág. 305 ss; RAMOS, Maria Elisabete, *Direito Comercial...*, *ob. cit.*, pág. 253 e ss; TRIUNFANTE, Armando Manuel, *O Regime das Entradas na Constituição das Sociedades por Quotas e Anónimas*, Coimbra Editora, 2014, pág. 39 e ss.

²⁵ Como assinala COUTINHO DE ABREU, o sócio normalmente cumpre a obrigação de entrada em dinheiro mediante entrega de papel-moeda ou por meio de cheque, transferência bancária *in* ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Volume II, *ob cit*, pág. 259.

²⁶ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *O Financiamento Societário pelos Sócios (e o seu reverso)*, Almedina, 2021, pág. 119 e ss..

²⁷ Cfr. Artigo 28.º, n.ºs 2 e 5 do CSC.

²⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Volume II, *ob cit*, pág. 259.

²⁹ Pelo menos enquanto não assumirem o papel de *Govcoins*, que são criptomoedas emitidas e controladas pelos bancos centrais. Na China o Yuan digital, é um programa piloto, assente na tecnologia blockchain. Na UE existe ambição em criar o Euro Digital até 2025. Para mais desenvolvimentos sobre *Govcoins*, das vantagens e perigos, Cfr. artigo na edição de 8 de maio de 2021 do jornal *The Economist* disponível <https://www.economist.com/leaders/2021/05/08/the-digital-currencies-that-matter>, com último acesso a 23/10/2021.

³⁰ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, reimpressão, 2020, pág. 202.

³¹ TRIUNFANTE, Armando Manuel, *O Regime das Entradas...*, *ob cit*, pág. 45.

³² Ainda TRIUNFANTE, Armando Manuel, *O Regime das Entradas...*, *ob. cit.*, pág. 45.

moeda), junto de empresas especializadas para o efeito, sendo o valor, face à moeda real, o determinado pela procura online das Cripto-moedas³³ e encontram-se revestidas de legalidade³⁴ não sendo, por isso, proibidas³⁵.

A dúvida que poderia emergir seria relativamente à transmissibilidade ou penhorabilidade³⁶ deste ativo virtual. Parece-nos que, apesar da falta de regulamentação específica e das sérias dificuldades inerentes à natureza deste ativo, comumente relacionadas com o seu suporte de processamento de dados, localização da respetiva carteira virtual, utilização de softwares, proteção biométrica, passwords, códigos padrão, falta de colaboração do titular e naturalmente a sua volatilidade, será possível aplicar o regime da penhora de coisas não sujeitas a registo³⁷ e, nesse aspeto, afigura-se possível a sua apreensão, transmissibilidade e conversão em valor, por exemplo, em dinheiro no âmbito de uma venda judicial.

Apesar da reflexão sumária no âmbito do presente trabalho, existem fortes argumentos para concluirmos pela admissibilidade legal de a criptomoeda constituir uma entrada em espécie. Como tal, concordado os sócios na sua integração no capital social, a mesma está sujeita à avaliação por um ROC³⁸ sem interesses na sociedade, devendo ser indicados os critérios utilizados para a avaliação como dispõe o artigo 28.º do CSC. Ora, as dificuldades inerentes à natureza desta entrada podem constituir um obstáculo na elaboração do relatório do ROC e, por esse motivo inviabilizar, na prática, a entrada de uma determinada quantidade de criptomoedas como participação dos sócios apesar de, reiterar-se, não existirem impedimentos legais que obstem à sua admissibilidade.

No entanto no que respeita a prestações suplementares, atendendo que têm sempre dinheiro por objeto³⁹, parece-nos que não poderão ser exigidas aos sócios mediante criptomoedas, sendo que uma cláusula desta natureza no pacto social estaria

³³ Cfr. Informação vinculativa da Autoridade Tributária, sobre o processo 5717/2015, Despacho de 27-12-2016 da Subdiretora Geral do IR e também a informação vinculativa da Autoridade Tributária sobre o processo nº 14763, por despacho de 2019-01-28, da Diretora de Serviços do IVA.

³⁴ Cfr Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, Lei do Branqueamento de Capitais e Financiamento de Terrorismo

³⁵ **CARTA CIRCULAR DO BANCO DE PORTUGAL N.º 011/2015/DPG; INFORMAÇÃO BANCO DE PORTUGAL DISPONÍVEL EM [HTTPS://WWW.BPORTUGAL.PT/PAGE/MOEDAS-VIRTUAIS](https://www.bportugal.pt/page/moedas-virtuais), COM ÚLTIMO ACESSO A 23/10/2021.**

³⁶ Como assinala COUTINHO DE ABREU, o artigo 20.º, al. a), fala em bens suscetíveis de penhora. No entanto esta norma deveria ser interpretada em harmonia com o direito comunitário, nomeadamente com o artigo 46º da Diretiva (UE) 2017/1132, no sentido de também serem permitidas as entradas com bens que apesar de serem impenhoráveis, são suscetíveis de avaliação económica, contribuindo para o exercício da atividade social e aproveitando, assim, também aos credores sociais. *in* ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Volume II, *ob. cit.*, 6ª Edição, pág. 261 e 262.

³⁷ Cfr. Artigo 764.º CPC.

³⁸ O Organismo Profissional dos Auditores do Canadá emitiu um documento sobre considerações a ter na auditoria de saldos e transações de Criptomoedas, disponível em <https://www.cpacanada.ca/en/business-and-accounting-resources/audit-and-assurance/canadian-auditing-standards-cas/publications/cryptocurrency-audit-considerations> com última consulta a 23/10/2021.

³⁹ Cfr. Artigo 210.º, n.º 2 do CSC.

ferida de nulidade por força dos artigos 41.º ou 42.º, n.º 1, al. b) do CSC, consoante a invalidade seja determinada antes ou após o registo do contrato de sociedade.

Ao invés, atenta a natureza do contrato de suprimento, parece-nos a criptomoeda deverá ser entendida como coisa fungível, admitindo-se que seja emprestada a sociedade com carácter de permanência. Imagine-se a hipótese de a sociedade necessitar de adquirir um bem, cujo pagamento deva ser concretizado em criptomoeda, o que não é de afastar celebração de um contrato de suprimento entre o sócio e a sociedade, com vista à prossecução do seu fim. Neste aspeto, a nossa posição é perfeitamente conciliável com o mecanismo de aumento de capital por conversão de suprimentos previsto no n.º 4 e 5 do artigo 87.º e n.º 4 do artigo 89.º do CSC, exigindo-se nestes casos a declaração de contabilista certificado ou do ROC sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida.

V. AS TIC NO FUNCIONAMENTO DA SOCIEDADE

Na sequência do anteriormente referido, é com naturalidade que percebemos que os órgãos societários não ficaram indiferentes à proliferação da tecnologia digital e dos meios telemáticos, que passaram a ser um instrumento de simplificação, em termos de tempo, de espaço e de custos. Com efeito, as TIC passaram a ser utilizadas com maior regularidade no funcionamento dos órgãos societários e, nesse sentido, está regulado o seu uso, neste caso em particular no CSC, desde 2006.

Porém, a constante evolução das TIC terá de ser acompanhada por ferramentas que garantam certeza e segurança jurídicas e que salvaguardem a privacidade e os dados pessoais dos sócios, dos membros do órgão de administração e representação, dos membros do órgão de fiscalização ou de qualquer outra parte interessada, que se relacione com a pessoa jurídica que é a sociedade comercial.

A legislação que, nesta matéria das sociedades comerciais, foi aprovada, em especial em 2006, não foi, a nosso ver, a mais adequada tendo, por isso, acarretado dúvidas na sua aplicabilidade. Ora, em sede de sociedades comerciais, como nos demais campos do direito, a contaminação da confiança no procedimento conduz a uma escassa aplicação do mesmo. Foi, com efeito, o que se verificou com a aplicação das TIC ao funcionamento das sociedades, já que não se verificou, em 2006 e nos anos seguintes, uma efetiva aplicação destes meios no âmbito dos órgãos sociais, em particular na tomada de deliberações de sócios.

O mundo viria a mudar em 2020, com o fenómeno pandémico, provocado pelo coronavírus SARS-COV2 e pela doença COVID-19, que, além de outras medidas excepcionais, obrigou ao confinamento de pessoas originando consequências óbvias no funcionamento dos seus órgãos societários.

Assim, com o objetivo de minimizar o impacto da situação epidemiológica, o legislador nacional, através da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, determinou, no seu artigo 5.º, n.º 1, como medida excecional, a possibilidade d"[a] participação por meios telemáticos, designadamente vídeo ou teleconferência de membros de órgãos colegiais de entidades públicas ou privadas nas respetivas reuniões, não obsta ao regular funcionamento do órgão, designadamente no que respeita a quórum e a deliberações, devendo, contudo, ficar registado na respetiva ata a forma de participação”.

Uma primeira leitura da norma leva, erradamente, a crer que a mesma tem um carácter inovador e distinto do apresentado no quadro legal que versa(va) sobre esta matéria. No entanto, assim não é. De facto, como referimos, o recurso aos meios telemáticos para funcionamento dos órgãos societários já se encontra consagrado no ordenamento jurídico português, desde 2006⁴⁰, pese embora, como afirmamos, com pouca utilização na *praxis* societária que, pensamos, se deve, a uma regulamentação pouco clara e, ainda, ao parco conhecimento técnico, à falta de formação dos membros dos próprios órgãos, à própria natureza que caracteriza a maioria do nosso tecido empresarial, ainda muito tradicional, pessoal ou de fraca aposta no uso de TIC.

Verifica-se, pois, que, neste momento, temos dois regimes concorrentes nesta matéria. Há que referir, porém, que o regime traçado em contexto pandémico tem como principal (único) objetivo permitir a continuidade da atividade societária através de formas diferentes das tradicionalmente utilizadas porque estas estão vedadas. Por sua vez, com objetivos claramente distintos dos referidos, o regime desenhado em 2006, com pontuais alterações, pretendia que a utilização das TIC, no âmbito do funcionamento dos órgãos sociais, complementasse e, sempre que possível, substituísse as formas tradicionais de agir, nomeadamente, quanto à tomada de deliberações dos órgãos coletivos (órgão deliberativo-interno, órgão de administração e representação e outros designados), dentro e fora das reuniões, e quanto à facilidade do exercício dos direitos dos sócios.

De facto, a conjuntura que incentivou à aprovação de normas legais nesta matéria espelhava a necessidade de maior envolvimento dos sócios da vida societária para promover uma gestão mais eficiente, mais transparente e assente em regras de bom governo corporativo. Estava, assim, o legislador luso na mesma linha de pensamento de grande parte das alterações legislativas, a que se tem assistido noutros ordenamentos jurídicos, que “são impulsionadas pelos mercados de capitais por força da internacionalização a que se tem assistido nas praças bolsistas e da pressão exercida pelos investidores internacionais, no sentido de se melhorar a eficiência e

⁴⁰ Através da aprovação do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

transparência do mercado de capitais”⁴¹. Afirmava-se que estas eficiência e transparência dependem, como se antevia no Relatório *Winter*, de uma maior participação dos sócios, quer no órgão deliberativo-interno, quer na sua relação com os demais órgãos sociais. É, precisamente, no exercício dos direitos sociais dos sócios que as ferramentas digitais podem ser instrumento de especial relevo na maior eficiência de governação societária. Foi, assim, com o objetivo de promover a participação dos sócios na vida societária que o legislador introduziu, em 2006, no CSC normas específicas para a utilização das TIC. Como se compreende, o alvo principal eram as (grandes) sociedades anónimas onde os acionistas assumem uma postura de investidor em detrimento da veste de sócio. Não logrou grande sucesso pelos motivos que já apontamos. É, pois, urgente rever as normas que admitem a utilização das TIC no funcionamento dos órgãos sociais e adaptá-las ao atual estado da técnica e principalmente às reais necessidades que se fazem sentir. Aliás, pese embora o regime tenha sido dirigido às grandes sociedades, a verdade é que é nas pequenas sociedades que a sua utilidade diária ganha maior relevo e que a respetiva implementação acarreta menos dificuldades e dúvidas. As normas transitórias criadas em contexto pandémico não servem, naturalmente, os intentos referidos.

Vejamos, mais concretamente, o regime.

É inegável que o legislador nacional, quanto ao uso das TIC no direito societário, foi bastante ousado tendo legislado no sentido de o admitir, de forma generalizada, no âmbito das sociedades anónimas, desde 2006. No entanto, a garra legislativa esmoreceu e, por um lado, a regulamentação que se impunha não surgiu e, por outro, o legislador não acompanhou a enorme evolução que, neste particular, se fez sentir. De facto, as normas que estatuem sobre o uso dos meios eletrónicos mantiveram-se praticamente inalteradas. Esta inércia legislativa, de regulamentação e de atualização, condenou ao fracasso um regime inovador e promissor.

A utilização das TIC é essencial para promover, por exemplo, uma colegialidade digital, na totalidade ou parcialmente, isto é, ora complementando reuniões fisicamente presenciais ou substituindo, na totalidade, a presença física pela presença telemática, transformando-se numa ferramenta essencial para uma maior participação na vida da sociedade. Para ser assim, tona-se imperativo criar redes de Internet acessíveis e incrementar a literacia digital⁴², já que, apesar de a tendência a médio prazo ser a da vulgarização do uso das TIC, pode acontecer ainda que

⁴¹ Cfr. TARSO DOMINGUES, *A Covid-19 e (Re)descoberta do Regime Relativo Ao Uso de Meios Telemáticos no Funcionamento dos Órgãos Sociais*, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 80, Jan/Jun. 2020, pág. 278 e ss.

⁴² Como referido na Agenda Digital de 2010 da Comissão Europeia.

determinados sócios que não tenham, ou tenham um acesso limitado, à Internet e que, por isso, fiquem impedidos de exercer na totalidade os seus direitos. A utilização das TIC tem de potenciar os direitos sociais dos sócios não os podendo, de forma alguma, coartar.

1. O USO DAS TIC NA TOMADA DE DELIBERAÇÕES DE SÓCIOS

1.1. DELIBERAÇÕES TOMADAS EM ASSEMBLEIA GERAL

A tomada de deliberações em sede de assembleia geral (ou universal) de sócios é, sem dúvida, a mais frequente e aquela que mais questões jurídicas coloca à utilização das TIC.

As assembleias gerais implicam a realização de uma reunião que normalmente envolve a presença física de sócios (e/ou de seus representantes), no mesmo espaço e no mesmo contexto de tempo.

O aparecimento das TIC veio propiciar novas formas de funcionamento da assembleia geral que, fazendo uso de meios telemáticos, poderá decorrer sem a presença física de alguns ou mesmo de todos os seus participantes⁴³. Já anteriormente referimos, o legislador nacional consagrou, no CSC, a possibilidade de as sociedades comerciais fazerem uso da TIC no seu âmbito de funcionamento.

Em particular, refere a alínea b) do n.º 6 do artigo 377.º do CSC, em alternativa à realização das assembleias gerais na sede da sociedade ou noutra local dentro do território nacional, que as assembleias gerais são efetuadas “salvo disposição em contrário no contrato de sociedade, através de meios telemáticos, devendo a sociedade assegurar a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações, procedendo ao registo do seu conteúdo e dos respectivos intervenientes. a utilização das TIC”.

A realização de assembleias telemáticas ou virtuais permite, pois, que os participantes não se encontrem fisicamente juntos, lado a lado, num determinado espaço físico, estabelecendo-se o contacto entre eles, em tempo real, por meios de comunicação eletrónicos.

⁴³ Para mais desenvolvimentos DINIS, Marisa, *Da admissibilidade da aplicação do sistema de sistema de videoconferência às assembleias gerais das sociedades*, RCEJ, N.º 8, 2006, pág. 177-219; DINIS, Marisa, *La aplicación de las tecnologías de la información en la creación y funcionamiento de sociedades mercantiles*, Salamanca, 2010, disponível em <https://gredos.usal.es/handle/10366/83219>; DOMINGUES, Paulo Tarso, *Os meios telemáticos ... ob. cit.*, Pág 89 e ss. e ainda TARSO DOMINGUES, *A Covid-19 e (Re)descoberta ... ob. cit.*, pág. 278 e ss.; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Voto por correspondência e realização telemática de reuniões de órgãos sociais*, CadMVM (edição on-line), n.º 24, Nov. 2006 (pág. 156-260).

São apontadas várias modalidades⁴⁴ ou modelos de assembleias virtuais: i) assembleia paralela, que ocorre quando uma sociedade coloca numa sala contígua meios audiovisuais que permitem aos acionistas acompanhar em tempo real o decurso da assembleia⁴⁵, quando possa ser transmitida por satélite para locais remotos; ii) assembleia na Internet, ciber-assembleia ou assembleia virtual em sentido estrito, em que se prescinde da reunião presencial, não existindo um espaço físico e todos os sócios recebem simultaneamente o mesmo sinal, participam, através da Internet, por via telemática, na assembleia (discutindo, formulando questões, obtendo informações e votando) convocada precisamente para ter lugar no *sítio* virtual indicado no aviso convocatório; iii) assembleias *online*⁴⁶ ou assembleias mistas, na quais existe uma combinação entre a presença física e a presença telemática, i.e., realiza-se a tradicional reunião presencial, complementada com presenças telemáticas, em que alguns sócios estão noutros locais e participam na assembleia com recurso às TIC⁴⁷.

Todavia, como fizemos antever, ao contrário do que se poderia imaginar, atento o uso generalizado das TIC nas atividades económicas, académicas, sociais, e o enorme potencial do seu uso nas assembleias gerais societárias a sua aplicação prática não é tão frequente⁴⁸, com exceção da forçada utilização em 2020, em virtude das medidas excecionais de combate à pandemia Covid SARS-2, que não permitiam reuniões presenciais. Avançamos, já, como potenciais causa para o escasso uso da TIC nestes domínios, as incertezas decorrentes da falta de regulamentação⁴⁹ e a iliteracia digital e falta de meios tecnológicos adequados. Para além destas causas, o uso das TIC é visto, por alguns, com desconfiança acrescida, pois pode não favorecer o confronto entre sócios e a administração e prejudicar o debate perdendo-se inclusivamente informação. Neste sentido, refere MENEZES CORDEIRO que deve ser ponderada “a efetiva capacidade mobilizadora da telemática e os ganhos para a sociedade que eles representam, pois o ambiente de assembleia, com as suas muitas subtilidades e com os modos analógicos de comunicação, não é virtualmente

⁴⁴ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades II, Das Sociedades em Especial*, 3ª reimpressão da 2ª edição de 2017, Almedina, 2017, pág.752; DOMINGUES, Paulo Tarso, *Os meios telemáticos... ob. cit.* pág. 180.

⁴⁵ KARL SCHMIDT apelida esta forma de reunir de assembleia satélite.

⁴⁶ Também há quem considere como variante deste modo de assembleia a designada tele-assembleia, em que a reunião é transmitida por video-conferência para outros locais, cidades, para que os sócios possam assistir sem terem de se deslocar ao local onde ela está a ser realizada. No fundo é o que KARL SCHMIDT, chama de assembleia satélite.

⁴⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a distinção entre assembleia *online* e assembleia virtual, TURELLI, Silvia, *Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie*, in *Riv. soc.*, 2004, pág. 127 e ss..

⁴⁸ KRANS, Anatoli van der, *The Virtual Shareholders Meeting: How to make it work*, in *Journal of International Commercial Law and Technology*, 2007, 2, pág. 32 e ss..

⁴⁹ “O Código pouco regula e quase nada esclarece quanto ao respetivo regime, o que obriga a esforço por parte do intérprete para a sua descoberta”, citando TARSO DOMINGUES, in, *A Covid-19... ob. cit.* pág. 282.

reconstituível”⁵⁰. Mas esta argumentação não consubstancia, a nosso ver, a razão certa para justificar o parco uso das TIC nas assembleias gerais. Aliás, desconfiar das potencialidade do uso das TIC para efeitos de comunicação é por em crise a respetiva admissibilidade noutros meandros, como sucede, por exemplo, na fase de absoluta importância de realização da prova testemunhal, no âmbito judicial.

Certo é que as assembleias virtuais envolvem menos custos, temporais e monetários, tanto para a sociedade como para os sócios e podem lograr a presença de mais sócios. Da experiência resulta que as reuniões telemáticas tendem a durar menos tempo o que não significa que haja uma perda no conteúdo da informação podendo, na realidade, ser até mais eficaz⁵¹. Ora, o facto de os participantes na assembleia virtual não se encontrarem cara a cara poderá ter a virtualidade de a informação prestada ser mais direta, completa e elucidativa, envolvendo, por parte dos sócios, maior atenção por se encontrarem em meio “familiar”, pelo que também as suas intervenções serão reduzidas ao estritamente necessário.

São, pois, à luz do nosso regime jurídico, legalmente admissíveis, parcialmente ou totalmente, as assembleias gerais virtuais, nas sociedades anónimas e, por ocasião do disposto no n.º 1 do artigo 248.º do CSC, às assembleias gerais das sociedades por quotas, já que a estas é de aplicar o disposto sobre as assembleias gerais daquelas, em tudo quanto esteja especificamente regulado, como é o caso.

A validade das deliberações tomadas em assembleia geral depende, além do mais, da verificação de todos os requisitos procedimentais regulamentemente estipulados, em particular, os inerentes à respetiva convocatória.

As TIC podem assumir uma relevante mais-valia para a desmaterialização do convite dirigido aos sócios para comparecerem na reunião da assembleia geral.

A convocatória das assembleias gerais apresenta alguns aspetos distintos consoante se trate da assembleia de uma sociedade anónima ou de uma sociedade por quotas. Assim, nos termos do artigo 377.º, n.º 2, do CSC, a convocatória das assembleias das sociedades anónimas deve ser publicada⁵², deixando, por força do n.º 3, à autonomia contratual que a publicação possa ser substituída por carta registada ou, em relação aos acionistas que comuniquem previamente o seu consentimento, por correio eletrónico com recibo de leitura⁵³.

⁵⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades II,...*, ob. cit., pág.752 e 753.

⁵¹ É o que concluem os autores FRANCOID BROCHET, ROMAN CHYCHULA, FABRIZIO FERRI, perante os dados recolhidos de sociedades nos USA, in *Virtual Shareholder Meetings*, pág.34.

⁵² As publicações nos termos do artigo 167.º CSC devem ser feitas em sítio da Internet de acesso público disponível em <https://publicacoes.mj.pt>.

⁵³ DOMINGUES, Paulo Tarso, *Os meios telemáticos ob. cit.*, pág. 99.

Outrora esta norma visava especificamente as sociedades em que todas as ações eram nominativas. Atualmente, perante a proibição das ações ao portador⁵⁴, por estipulação contratual, em qualquer sociedade anónima poderá ser afastada a comunicação tradicional, i.e., a publicação, por uma comunicação individual, simplificando-se o procedimento da convocatória, que poderá ser ainda mais célere e mais barato no caso de a mensagem seguir por correio eletrónico com recibo de leitura. Contudo, a construção da norma não parece muito feliz nem parece estar em harmonia com o RJDEAD. De facto, por um lado, a comunicação do aviso convocatório por mensagem de correio eletrónico simples com recibo de leitura suscita, desde logo, alguma incerteza que poderá constituir um obstáculo no uso do correio eletrónico. Parece, como refere TARSO DOMINGUES⁵⁵, que a regularidade da convocatória está dependente da emissão do recibo de leitura pelo sócio destinatário e anuente da receção da mesma por correio eletrónico. Neste caso, esta forma de comunicação será arriscada, incerta e pouco atrativa.

Com efeito, não fará muito sentido que a regularidade da convocatória possa ficar dependente da vontade do destinatário sobretudo considerando que o mesmo prestou consentimento para ser convocado dessa forma tendo, para tanto, indicado um endereço eletrónico à sociedade. Uma interpretação literal da norma, permite afirmar que sem o envio do recibo de leitura, por parte do sócio, a convocatória não se encontra devida e legalmente perfeita. Ora, desta forma, poderia, em última análise, o acionista não remeter propositadamente o recibo de leitura e, desse modo, inquinar todo o processo. Sempre se dirá que hipótese, quando imputável ao acionista, é suscetível de configurar uma situação de abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium*. Compreende-se esta opção do legislador justificada por motivos de tutela dos sócios, mas na verdade é pouco eficaz e não se compatibiliza com a unidade do sistema jurídico, como se comprova pela estatuição do artigo 6.º, n.º 1, do RJDEAD. Ora, se existiu consentimento, implicitamente existe acordo e, como tal, o documento eletrónico comunicado por um meio de telecomunicações considera-se enviado e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço eletrónico definido por acordo das partes e neste for recebido. Acresce que, noutras situações, o legislador não exige recibo de leitura, como ocorre no âmbito do direito à informação em sede de fusões, conforme disposto no n.º 3 do artigo 101.º, do CSC. A este respeito, a solução prevista no artigo

⁵⁴ A Lei n.º 15/2017, de 3 de maio, proibiu a emissão de ações ao portador a partir de 4 de maio de 2017 e impôs a conversão das ações ao portador existentes em ações nominativas. Decreto-Lei n.º 123/2017, de 25 de setembro, estabelece o regime de conversão dos valores mobiliários ao portador em valores mobiliários nominativos.

⁵⁵Cfr. DOMINGUES, Paulo Tarso, *A Covid-19... ob. cit.*, pág. 287.

2366, parágrafo terceiro, do Código Civil Italiano⁵⁶ torna-se mais clara e aberta, pois a derrogação à publicação da convocatória faz-se quando prevista por cláusula estatutária, por meios de comunicação que garantam o comprovativo da receção do aviso convocatório com oito dias de antecedência da realização da assembleia. Assim, esta solução não afeta a validade da deliberação na medida em que a regularidade do envio da convocatória não está dependente da emissão de um recibo de leitura mas, em todo o caso, compete à sociedade demonstrar que a comunicação foi recebida por uma questão de tutela dos sócios. A emissão e receção do aviso de leitura poderão confirmar a cognoscibilidade do sócio da convocatória mas torna o seu processo incerto, sobretudo nas grandes sociedades onde se verifica um maior número de sócios com posições societárias insuficientes para determinar a vontade societária e é maior o desinteresse pela vida da sociedade.

Ainda a propósito da solução italiana, o sócio terá de indicar o seu endereço de correio eletrónico, o qual é registado pela sociedade no livro de registos de acionistas, sendo que, atualmente, esta hipótese já ocorre no nosso ordenamento jurídico. De facto, nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, que aprova o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, as sociedades são obrigadas a manter o registo atualizado dos elementos de identificação dos sócios que estão obrigados a informar, além do mais, entre os quais está o endereço eletrónico de contacto⁵⁷. No entanto, atentas as finalidades deste regime, não poderão esses contactos de e-mail ser utilizados sem consentimento do sócio para efeitos de comunicação da convocatória, pois a lei exige essa formalidade que, na sua falta, poderá viciar o processo de convocação da assembleia e determinar *in fine* a invalidade da deliberação.

O consentimento prestado terá de entender-se como pessoal e por tempo indeterminado⁵⁸, podendo ser revogado a todo o tempo, não sendo transmitido por força de transmissão das participações sociais.

Seguidamente, um outro aspeto que não podemos ignorar é que o contrato pode exigir, como forma de comunicação do aviso convocatório, a expedição de carta registada. De notar que esta também poderá ser substituída por meio de telecomunicações que assegurem a efetiva receção uma vez que, nos termos do n.º 3 do artigo 6.º do RJDEAD, estes são equiparados à carta registada e neste caso não é necessário qualquer emissão de recibo de leitura. No entanto, como refere TARSO

⁵⁶ Cfr. TURELLI, Silvia, *Assemblea...*, *ob. cit.*, pág. 142.

⁵⁷ Cfr. artigo 9.º, al. viii) do Regime do Beneficiário Efetivo e artigo 5.º, n.º 1 da Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto.

⁵⁸ DOMINGUES, Paulo Tarso, *A Covid-19...* *ob. cit.* pág. 287.

DOMINGUES⁵⁹ para que esta solução seja possível é preciso que o sócio faculte à sociedade o seu endereço eletrónico, concordando que o mesmo possa ser facultado para as notificações por parte da sociedade⁶⁰, nomeadamente, para o envio da convocatória para as assembleias gerais⁶¹.

Para evitar dúvidas quanto à data e à hora da criação, da expedição ou da receção da convocatória ou mensagem terá de conter uma validação cronológica⁶² emitida por uma entidade certificadora⁶³. Atualmente, já são disponibilizados serviços de certificação cronológica e de entrega⁶⁴ que, outrora, eram reservados apenas a advogados e a solicitadores⁶⁵.

Finalmente, é de realçar o aspeto positivo da convocatória assentar num formato de divulgação eletrónica, em vez de em suporte em papel pois, desta forma, amplia-se a sua acessibilidade, sobretudo entre os sócios, e em particular entre os titulares de participações mais reduzidas ou até estrangeiros. Na verdade, os sócios minoritários não teriam o hábito de consultar com assiduidade o Diário da República⁶⁶ e, por isso, a publicação em sítio de Internet⁶⁷ assume-se como um meio eficaz de divulgação e de cognoscibilidade da convocação, podendo caracterizar-se, em última análise, como um fator de proteção das minorias.

Por sua vez, como já referimos, nas sociedades por quotas são de aplicar as regras específicas plasmadas do disposto no n.º 3 do artigo 248.º do CSC. Assim, a convocatória para a assembleia geral deve ser feita por meio de carta registada, expedida com antecedência mínima de 15 dias, a não ser que a lei ou o contrato de sociedade exijam outras formalidades ou estabeleçam prazo mais longo. O n.º 3 do artigo 248.º não tem sido entendido como aceitando a substituição da carta registada, mas sim como permitindo que, à carta registada, sejam aditadas outras formalidades. Ou seja, existindo cláusula estatutária e consentimento é perfeitamente admissível que a convocatória se realize por outros meios de telecomunicação, entre os quais, o uso de correio eletrónico, em aditamento ao envio da carta registada. Porém, de atentarmos no disposto no artigo 6.º do RJDEAD temos de concluir que é legalmente admissível substituir a carta registada por envio de correio eletrónicos, desde que aditada

⁵⁹ DOMINGUES, Paulo Tarso, *A Covid-19... ob. cit.* pág. 288.

⁶⁰ Veja-se o disposto no artigo 101º, n.º 3 CSC, a propósito da fusão.

⁶¹ Cfr. art 6, n.º 1 do RJDEAD.

⁶² Por exemplo selos temporais.

⁶³ Cfr art 6, n.º 2 do RJDEAD.

⁶⁴ VIACCTT, caixa de correio digital.

⁶⁵ Era o que sucedida com o serviço MDDE, marca do dia eletrónica, dos CTT que atualmente está descontinuado.

⁶⁶ Que importava custos de assinatura até à sua disponibilização gratuita *online* estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 116-C/2006 de 16 de Junho, no sítio <https://dre.pt/>.

⁶⁷ Sobre a evolução da modalidade legal da convocatória em Itália, SANDEI, Claudia, *Organizzazione Societaria e Informação Technology, Semplificazione procedimentale e certeza dei rapporti giuridici*, Cleup, 2010, pág 118 e ss..

assinatura eletrônica qualificada. Não concordamos, pois, com COUTINHO DE ABREU, quando refere que “o estatuto social pode substituir, em relação aos sócios que comuniquem previamente o seu consentimento, as cartas registadas por mensagens de correio eletrónico – ainda que sem assinatura qualificada – com recibo de leitura”⁶⁸. De facto, esta modalidade está reservada às convocatórias das assembleias gerais das sociedades anónimas e não se aplicará às assembleias gerais das sociedades por quotas que têm regime próprio no n.º 3 do artigo 248.º do CSC não podendo, por isso, ir beber ao regime das sociedades anónimas, considerando o disposto no n.º 1 do artigo 248.º do CSC. Certo é que o predito n.º 3 do artigo 248.º do CSC também não admite a substituição das cartas registadas por correio eletrónico com assinatura eletrônica qualificada, mas neste caso fazemos uso da equiparação legal que decorre do artigo 6.º do RJDEAD.

Finalmente, ainda relativamente à convocatória remetida por correio eletrónico há que, em nosso juízo, garantir que a mesma é assinada por quem tem competência para o efeito, já que assegurar a legitimidade de convocar é fulcral para evitar deliberações nulas, por força do artigo 56.º, n.º 1 e n.º 2, do CSC. Neste sentido, será uma mais-valia e uma segurança acrescida que a assinatura qualificada do presidente da mesa da assembleia geral e a do gerente contenham atributos profissionais associados⁶⁹.

Por fim, de referir que a convocação para a assembleia virtual não apresenta especiais especificidades relativamente à das assembleias presenciais, sendo, no entanto, necessário especificar devidamente os meios e os termos em que decorrerá a reunião e as formas de intervenção e de votação na assembleia.

1.2 DELIBERAÇÕES TOMADAS EM ASSEMBLEIA UNIVERSAL

Para além das deliberações tomadas em assembleia geral, é admissível a tomada de deliberações em assembleias não convocadas, desde que nela estejam presentes todos os sócios e que, de forma unânime, consintam na realização da reunião e na discussão dos assuntos em causa. São as chamadas assembleias universais, previstas no artigo 54.º do CSC. Também quanto a estas não é de afastar a hipótese decorrem com o recurso a meios telemáticos, nomeadamente, assumido a forma virtual,

⁶⁸ ABREU, J.M. Coutinho, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume IV (artigos 246.º a 270.º-G.º), Almedina, 2ª Edição, 2017, pág. 33.

⁶⁹ Portaria n.º 305/2020, primeira alteração à Portaria n.º 73/2018, *define os termos e as condições de utilização do Sistema de Certificação de Atributos Profissionais (SCAP), para a certificação de atributos profissionais, empresariais e públicos através do Cartão de Cidadão e Chave Móvel Digital. Apesar de eventuais dúvidas suscitadas em relação ao artigo 8.º por não estar mencionado o ato do envio de correspondência, parece-nos não há qualquer obstáculo legal à assinatura qualificada com atributos profissionais nas convocatórias, pois no nosso entender a enumeração é meramente exemplificativa.*

desde que todos os sócios estejam presentes *online* e todos manifestem a vontade que a assembleia se constitua e delibere sobre determinado assunto⁷⁰.

Mais, em nosso entendimento, a existência de uma cláusula estatutária a proibir a realização de uma assembleia geral telemática, não impede que os sócios reúnam validamente na forma de uma assembleia universal virtual atenta a unanimidade necessária no momento da constituição da reunião. Terá de prevalecer, neste caso, o interesse da sociedade pois, há decisões que não são compatíveis com os prazos legais da convocatória.

Seja como for, o certo é que seria útil que o legislador minorasse as dúvidas que ainda subsistem. Até lá, importa referir que o presidente da assembleia assume um papel preponderante, mais exigente e seguramente de maior responsabilidade, na condução das assembleias virtuais, na medida em que será confrontado com problemas e dúvidas relacionadas com a utilização e admissibilidade dos diferentes instrumentos telemáticos de que dispõe a sociedade e cada um dos sócios e intervenientes⁷¹, competindo-lhe manter o regular funcionamento da assembleia num ambiente tecnológico cheio de vicissitudes.

1.3 OUTRAS ESPECIFICIDADES DAS ASSEMBLEIAS TELEMÁTICAS

A escolha pela realização de uma assembleia (geral ou universal) através de meios telemáticos deve assegurar a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações, procedendo-se ao registo do seu conteúdo e dos seus intervenientes, como estatui o artigo 377.º, n.º 6, al. b), do CSC. No entanto, esta forma de deliberar, com recurso aos meios telemáticos, não pode estar proibida pelo contrato de sociedade. Apesar da previsão legal, poucas são as normas do CSC que regulam especialmente ou detalhadamente as assembleias realizadas através de meios telemáticos pelo que, como supramencionado, o presidente da assembleia assume um papel preponderante na organização, na condução e na regularidade da deliberação.

Atualmente são disponibilizadas gratuitamente aplicações informáticas⁷² onde é possível concretizar uma assembleia virtual, com recurso a imagem, som e conexão recíproca, sem especiais problemas técnicos pois, na verdade, também o serviço de Internet fornecido pelos prestadores de serviços têm, cada vez mais, melhor qualidade.

As assembleias gerais (e universais) das sociedades distinguem-se pelo seu carácter privado, salvo quando é permitida a presença de estranhos⁷³, uma vez que o

⁷⁰ Prevista no artigo 54.º CSC.

⁷¹ DOMINGUES, Paulo Tarso, *A Covid-19... ob. cit.* pág. 285.

⁷² A título de exemplo ZOOM, Microsoft Teams, Skype, Cisco Webex, Google Meet, entre outras. Note-se que algumas destas aplicações têm funcionalidades limitadas (v.g., limite temporal).

⁷³ Cfr. artigo 379.º, n.º 6, 248.º, n.º 1 CSC.

direito de participação nas deliberações⁷⁴ é atribuído exclusivamente aos sócios. E mesmo quando seja autorizada a presença de pessoa estranha à sociedade podem os sócios, i.e., a assembleia, revogar essa autorização. Por outro lado, participar na assembleia implica a formulação de questões, debate das propostas que constam na ordem de trabalhos e votação. É neste cenário que se enquadram determinados aspetos legais que deverão ser igualmente observados nas assembleias virtuais e que poderão fazer dos meios telemáticos um meio de combate ao absentismo, um promotor ao aumento da participação dos sócios da vida societária e da concretização de uma governação mais eficiente.

Relativamente ao caráter privado das assembleias, em princípio, poderá ser assegurado mediante o fornecimento de um código ou de um *link* de acesso à reunião por forma a que ela não seja acedida irregularmente por estranhos. No entanto, constata-se que, nem sempre o uso de meios telemáticos pode garantir que estranhos à sociedade não assistam à reunião. Numa hipótese em que o sócio tenha ao seu lado um terceiro temos sérias dúvidas que se possa solicitar o afastamento desse estranho, pois os planos em que ambos se encontram são totalmente distintos. Na verdade, só o sócio ou o seu representante tem legitimidade para aceder ao plano telemático, onde podem exercer os direitos inerentes à sua participação na assembleia, como o de intervir, o de formular questões e o de votar. Assim, somos da opinião que a natureza privada da reunião não ficará afetada por uma assistência ocasional de um terceiro que acompanhe o sócio. A verdade é que esta assistência consubstancia um risco inerente aos próprios meios não presenciais e o legislador ao admitir as assembleias telemáticas está a aceitar esse risco. No entanto, a perturbação da assembleia pela presença desse estranho, seja a que título for, incluindo-se aqui a própria identidade do terceiro⁷⁵, pode legitimar a intervenção do presidente da assembleia no sentido advertir o sócio, retirando as funcionalidades do microfone ou, em última instância, o acesso à reunião.

As assembleias telemáticas devem possibilitar o exercício pleno do direito de participar nas deliberações sociais, pois o sócio não é um mero espetador na decisão dos assuntos relevantes da vida da sociedade. Assim, as TIC devem permitir ao sócio a solicitação de informações, a discussão e a votação em tempo real e em termos iguais aos que teria se a reunião fosse presencial. Por outro lado, deve assegurar a igualdade entre os sócios que possam estar presentes fisicamente e aqueles que se encontram telematicamente. Por este motivo, a opção pela realização de uma assembleia por meios telemáticos deve ter em consideração se os sócios têm as ferramentas apropriadas à participação plena. No nosso entendimento, não é admissível a realização

⁷⁴ Cfr. artigo 21.º, n.º 1, al. b).

⁷⁵ Imagine-se que o terceiro é um conhecido concorrente da sociedade.

de uma assembleia com recurso às TIC quando se tem conhecimento que os sócios não têm os recursos para participar e a sociedade não os faculta. O uso dos meios telemáticos tem em vista a maior participação e não evitar o escrutínio pelos sócios. Por isso, terá de se equacionar se uma deliberação tomada nos termos descritos, i.e., com a participação deficiente (ou com a não participação) destes sócios que não têm ao seu dispor as TIC adequadas, não será anulável por força do artigo 58.º, n.º 2 al. b). De facto, nesta situação, o gerente ou o presidente da mesa opta pela realização da assembleia por meios telemáticos precisamente por saber que algum ou alguns sócios não podem aceder à tecnologia e, portanto, não podem participar na assembleia, sem que a sociedade nada faça para colmatar o problema. O certo é que aquela deliberação poderá ser apropriada 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 de outros sócios, ou simplesmente prejudicar aquela ou estes. Deste modo, a validade da deliberação só será afetada quando é usada propositadamente pelo convocante (em particular pelo órgão de administração ou a seu mando) para se impedir o escrutínio dos sócios ou adquirir vantagens especiais para determinadas pessoas em prejuízo da sociedade ou sócios.

Todavia, a decisão da realização da assembleia por meios telemáticos compete sempre à sociedade, pois é a ela que compete averiguar e decidir sobre a viabilidade e conveniência da realização da assembleia por esta via⁷⁶, pois é à sociedade que compete assegurar a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações, procedendo ao registo do seu conteúdo e dos respetivos intervenientes.

A autenticidade das declarações e a segurança das comunicações que deve ser assegurada pela sociedade mas não deve assumir a forma de um encargo adicional para o sócio, ou seja, os meios telemáticos usados deverão ser disponibilizados gratuitamente pela sociedade aos sócios.

O registo dos intervenientes é essencial para controlar a legitimidade dos que estão conectados. Este controlo poderá ser concretizado com recurso a códigos, *links* de acesso, autenticação através de chave móvel digital, cartão de cidadão, ou exibição do documento de identificação pelos meios audiovisuais do dispositivo de transmissão de dados. Atualmente, a autenticação através da chave móvel digital ou cartão de cidadão permite garantir a identidade do participante na assembleia. No entanto, muitas das plataformas disponíveis gratuitamente não permitem a autenticação através destes meios podendo a identificação dos sócios realizar-se por outros meios que assegurem

⁷⁶ Neste sentido DOMINGUES, Paulo Tarso, *A Covid-19... ob. cit.* pág. 296.

a autenticidade das declarações. Este registo dos intervenientes terá de ser finalizado com a lista de presenças.

A segurança das comunicações também deve ser assegurada pela sociedade na realização das assembleias telemáticas, impedindo a ingerência de terceiros estranhos ou *hackers*, como refere SILVIA TURELLI⁷⁷, que possam prejudicar os trabalhos da assembleia e a validade da deliberação. Esta ingerência, como supra se aludiu a propósito da natureza privada da assembleia, terá de ser ativa, i.e. pela perturbação dos trabalhos com intervenção ou votação ilegítima. Por outro lado, a segurança das comunicações implica inevitavelmente que assembleia telemática decorra sem quaisquer problemas técnicos de transmissão ou outras dificuldades que afetem a qualidade das conexões recíprocas com repercussões graves na imagem ou som e que prejudique o direito de participação na deliberação dos sócios. Não sendo garantida a segurança das comunicações pela sociedade, a validade da deliberação tomada na assembleia poderá ser impugnada por algum dos sócios.

Em todo o caso, não estando garantida a segurança das comunicações, no início ou durante a assembleia, parece-nos que cabe ao presidente da mesa determinar a suspensão da sessão, ou a própria assembleia deliberar a suspensão dos seus trabalhos, conforme disposto no artigo 387.º, n.º 1, do CSC.

Por fim, estatui a alínea b) do n.º 6 do artigo 377.º do CSC que a sociedade deve proceder ao registo do conteúdo da assembleia realizada através de meios telemáticos. TARSO DOMINGUES considera este o aspeto mais problemático da lei, dado o carácter privado das reuniões e a necessidade de acautelar a tutela dos direitos de personalidade e a sua compatibilização com as normas vertidas no Regulamento Geral da Proteção de Dados (RGPD)⁷⁸. Na verdade, à primeira vista, poderão suscitar-se algumas dúvidas interpretativas. Por um lado, poderá entender-se que proceder ao registo será proceder à gravação analógica ou digital da assembleia através de equipamentos eletrónicos ou mecânicos. Se assim fosse, tal registo carecia de consentimento do sócio nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD, ou então, admitia-se que tal registo era lícito por necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito, nos termos da alínea c) do citado preceito. Não nos parece que seja esta a solução pretendida pelo legislador, pois caso o sócio não prestasse o seu consentimento para a gravação, também não poderia ser impedido de participar na assembleia sob pena de violação do artigo 21.º, n.º 1, al. c), do CSC. E, na verdade, não vislumbramos a importância da gravação de som e imagem, quando esta não se impõe nas assembleias presenciais. Acresce ainda que

⁷⁷ TURELLI, Silvia, *Assemblea...*, ob. cit. pág. 154.

⁷⁸ DOMINGUES, Paulo Tarso, *A Covid-19...* ob. cit. pág. 300.

pouca utilidade revestia a gravação na medida em que, nos termos do artigo 63.º do CSC, as deliberações dos sócios só podem ser provadas pelas atas das assembleias e servem para instruir o registo comercial⁷⁹. Assim, proceder ao registo do conteúdo da assembleia não equivale a proceder à sua gravação analógica ou digital.

Para se entender o sentido da norma, há que ter em consideração que “registo” significa, na língua portuguesa, “ato ou efeito de registar”, ato ou efeito de “tomar nota de”⁸⁰. Ora, naturalmente, por força da unidade do sistema jurídico, o que se pretende é que apesar de a assembleia se realizar com recurso a novas tecnologias, deverá a sociedade lavrar a respetiva ata, pois só esta poderá servir de prova do conteúdo da deliberação e utilizada para efeitos de registo ou impugnação judicial.

Questão diferente é a de o presidente da assembleia no início da assembleia informar os sócios que vai proceder à sua gravação ou a do surgimento de um aviso no ecrã do sócio a informar o início da gravação. Caso algum dos sócios não queira nem autorize que se realize essa captura de som e/ou imagem deve a sociedade encontrar soluções para que a participação do sócio não seja limitada sem violar a sua vontade quanto ao registo de voz e/ou imagem. A solução mais simples seria a de admitir que o registo a que alude o artigo 377.º, n.º 6, alínea b) consiste na gravação de áudio e som e deste modo, por imperativo legal o tratamento de dados seria lícito, devendo apenas o presidente da mesa informar no início da assembleia que vai proceder à gravação. No entanto e considerando ainda as assembleias gerais abrangidas pelas medidas excecionais de combate à pandemia por Covid-19, em que não era admissível a reunião presencial, parece-nos que, não se poderá efetuar a gravação de som e/ou imagem pois, não existe fundamento legal, devendo sempre ser uma das tarefas do encarregado de proteção de dados da sociedade obter uma declaração de consentimento dos sócios para ser concretizada a gravação de som e/ou imagem. A admissibilidade de uma assembleia por meios telemáticos não justificará certamente uma derrogação das normas e do direito fundamental da proteção dos dados pessoais, até porque as assembleias telemáticas são na verdade uma opção alternativa relativamente às assembleias gerias presenciais.

Finalmente, a propósito da ata, poucas diferenças ressaltam relativamente às lavradas em assembleias presenciais, competindo a sua redação ao sócio que assumiu as funções de presidente da assembleia ou ao secretário da assembleia. Contudo, deverá ser mencionada a modalidade da assembleia, com indicação do endereço eletrónico ou sítio na internet, correspondendo ao lugar da reunião.

⁷⁹ Cfr. artigo 42.º Código do Registo Comercial.

⁸⁰ Dicionário da Língua Portuguesa, 7ª Edição, 1997, Porto Editora.

Assinala-se que nada obsta a que a ata seja substituída por suporte digital e as assinaturas, que devam nela constar, substituídas por assinaturas eletrónicas, desde que assegurem níveis, pelo menos, equivalentes de inteligibilidade e durabilidade, nos termos do artigo 4º-A, do CSC⁸¹ e que seja guardada, em arquivo digital apropriado, pelo período mínimo de 10 anos⁸².

2. DELIBERAÇÕES TOMADAS PELO ÓRGÃO DE ADMINISTRAÇÃO E DE REPRESENTAÇÃO

As reuniões do órgão de administração e de representação podem realizar-se através de meios telemáticos, se o seu uso não for proibido por cláusula estatutária e se a sociedade assegurar a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações, procedendo-se ao seu registo e dos respetivos intervenientes⁸³. Apesar de a norma estar prevista especificamente para as sociedades anónimas, deve considerar-se a admissibilidade das reuniões telemáticas para os outros tipos societários por aplicação analógica do regime do artigo 410.º, n.º 8, do CSC.

No que respeita ao funcionamento das reuniões telemáticas do órgão de administração e representação, não assume grande diferença relativamente às reuniões das assembleias de sócios.

Na verdade, o uso de meios telemáticos deve permitir as conexões recíprocas de som e (ou) imagem dos membros do órgão de administração e representação, a fim de serem debatidas e votadas as matérias referentes aos poderes de gestão, sem a necessidades de estarem simultaneamente presentes num determinado espaço físico. Trata-se do fenómeno que SILVIA TURELLI classifica de “esvaziamento”⁸⁴ para dar lugar a um encontro num determinado endereço ou aplicação eletrónica a partir de vários endereços de protocolo de internet (IP).

Note-se que estas reuniões devem ser convocadas por escrito com antecedência adequada, pelo que será admissível a sua convocação através de correio eletrónico nos termos do artigo 4.º-A do CSC e do artigo 6.º, n.º 1, do RJDEAD.

As reuniões telemáticas dos órgãos de administração têm a vantagem de reduzir deslocações, incutir maior celeridade na tomada de decisões, reduzir custos e potenciar a otimização e rentabilidade das funções dos respetivos membros.

⁸¹ Sobre ata e a respetiva assinatura, DOMINGUES, Paulo Tarso, *A Covid-19... ob. cit.* pág. 303..

⁸² Cfr. artigo 40.º Cód. Com.

⁸³ Cfr. artigo 410.º, n.º 8 CSC.

⁸⁴ TURELLI, Silvia, *Assemblea...*, ob. cit. pág. 156.

VI. RESPONSABILIDADE DOS GESTORES NO USO DE FERRAMENTAS DIGITAIS

1. BREVES CONSIDERAÇÕES

A era digital tem potenciado novas oportunidades em várias áreas. Nas sociedades comerciais, os gestores com a preocupação de tornar a sociedade mais eficiente, rentável e até sustentável, apostam no uso de tecnologias digitais, em particular de sistemas de inteligência artificial, para tomarem decisões que normalmente careciam de demorados estudos e complexas análises e um maior apoio de recursos humanos. Com efeito, sabemos que, atualmente, são utilizados algoritmos⁸⁵ em análises, das mais complexas às mais singelas, com o intuito de se adotar decisões objetivas, certas e eficientes. O uso de equipamentos eletrónicos potenciou a sua utilização, como instrumento de auxílio na atividade empresarial, alcançando-se resultados mais rápidos, precisos e acertados e até substituindo o ser humano na concretização de determinadas tarefas. Estes procedimentos, muitas vezes automatizados, estabelecidos através de software informático, também têm as suas vicissitudes e falibilidades.

Nesta era digital, o mundo dos negócios é gerador de uma avultada quantidade e diversidade de dados que, cada vez mais, têm elevado valor económico, sendo por isso apetecíveis. Os denominados *big data* importam, para os empresários, desafios legais e riscos específicos relacionados com os dados e assume naturalmente relevância na ponderação dos deveres gerais de cuidado dos administradores.

É também neste enquadramento da digitalização, utilização de ferramentas digitais ou risco cibernético que as questões de responsabilidade civil dos membros do órgão de administração e representação podem surgir.

A segurança cibernética indubitavelmente tem de ser tratada, cada vez mais, como um problema de gestão e não só como um assunto do departamento informático da sociedade. Ao invés do que se possa imaginar, as pequenas empresas, face ao seu reduzido investimento na segurança das suas redes, são as mais vulneráveis aos ataques cibernéticos, que podem causar avultados prejuízos. Imagine-se uma sociedade que se vê impossibilitada de aceder ao seu programa de faturação em consequência de um ataque à sua infraestrutura informática por *hackers*. Não será apenas uma questão de acesso ao *software*, mas também a perda de dados ou a paralisação temporária da empresa que poderá acarretar perdas à sociedade.

Os ordenamentos jurídicos considerando o impacto das violações de segurança cibernética nas pessoas e empresas, têm vindo a implementar medidas de

⁸⁵ Algoritmo consiste no conjunto de regras finitas, bem definidas, efetivas e que têm como finalidade solucionar problemas.

prevenção, sobretudo em matéria de proteção de dados⁸⁶, estabelecendo multas para as sociedades que não adotem políticas de segurança suficientes e responsabilizando os administradores por essas violações.

2. O DEVER ESPECIAL DE CUIDADO NA UTILIZAÇÃO DE FERRAMENTAS DIGITAIS

O artigo 64.º, n.º 1, do CSC consagra, além de um dever de lealdade, um dever de cuidado, introduzido com a reforma de 2006, operada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março. Estatui a alínea a) da referida norma que os gerentes ou administradores da sociedade devem observar “deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados à suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

Como ressalta MENEZES CORDEIRO⁸⁷, trata-se de uma norma de conduta que implica trazer à colação os requisitos inerentes à culpa, à ilicitude, à existência de danos e de nexo de causalidade para apurar uma eventual responsabilidade civil. Essas regras constam no artigo 72.º, n.º 1, onde se lê que os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por ato ou omissões praticados, com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa. No fundo, a norma assenta numa culpa presumida, ilidível por inversão do ónus da prova, por parte dos membros do órgão de administração e de representação que têm de demonstrar que, na sua conduta, empregaram a diligência de um gestor criterioso e ordenado. O preceito assume, assim, uma função preventiva, no sentido de que está prevista uma responsabilização da conduta dos gerentes ou administradores na circunstância de violação de deveres legais ou contratuais e reparadora porque os obriga a indemnizar pelos danos que a sociedade sofra por essa violação com culpa.

Assim, a responsabilidade dos gestores pode resultar de atos ou omissões acompanhada de uma rejeição dos deveres legais ou contratuais e que seja causal dos danos sofridos pela sociedade. A obrigação de indemnizar, que recai sobre os gestores, segue os termos do regime geral do Código Civil que, ao abrigo do artigo 562.º, impõe a reconstituição da situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação. Necessário se torna igualmente a verificação da existência de um nexo de causalidade entre o comportamento e o dano, como se retira do artigo 563.º do Código Civil.

⁸⁶ Na UE o RGPD, Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁸⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, Jornadas me Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Almedina, 2007, pág. 57.

Ora, voltando ao artigo 64.^o, n.^o 1, al. a), do CSC constatamos que o legislador recorre ao plural para identificar o dever de cuidado, ou numa acessão algo-saxónica o *duty of care*. Como assinala SOVERAL MARTINS⁸⁸, o uso do plural deve-se às várias concretizações do dever de cuidado, constantes na norma e que englobam o dever de disponibilidade, o dever de competência técnica, o dever de conhecimento da atividade e o dever de diligência. Mas acrescenta o autor que os deveres de cuidado não se esgotam nos que estão indicados na mencionada alínea. Por sua vez, MENEZES CORDEIRO⁸⁹ refere que os três elementos, disponibilidade, competência técnica e conhecimento da sociedade, que se reportam ao dever de cuidado constituem outros tantos deveres que explicitam, em moldes não taxativos, o teor do tal “cuidado”. Também não nos parece que o legislador societário tenha pretendido delimitar o âmbito do dever de cuidado às concretizações indicadas na norma e muito menos dar uma noção do dever de cuidado, até porque não o faz ao longo do código sobre outras matérias. O uso do verbo “revelar”, na nossa opinião, indica que o legislador pretendeu exemplificar as circunstâncias mais elementares, objetivas e exigíveis no cumprimento do mandato de administração de bens alheios por alguém que deve ser seguro e cuidadoso nas suas decisões, isto é, nas palavras de RAÚL VENTURA⁹⁰, um gestor dotado de certas qualidades.

Feita uma ligeiríssima abordagem ao dever legal de cuidado vejamos a sua concretização no uso de ferramentas digitais, nomeadamente em duas vertentes: i) dever de cuidado na segurança e prevenção do risco cibernético da infraestrutura informática; ii) dever de cuidado na escolha de ferramentas digitais nos processos produtivos.

2.1 DEVER DE CUIDADO NA SEGURANÇA E PREVENÇÃO DO RISCO CIBERNÉTICO

A desmaterialização de livros de escrituração mercantil e, em geral, a aposta na digitalização tem vindo a facilitar a conservação dos dados das empresas em dispositivos de armazenamento por meio magnético, ótico, memória *flash*, eletrónico e recentemente na *nuvem*. A violação desses arquivos digitais, por terceiros, poderá acarretar consequências imprevisíveis, em função da natureza dos dados que aí se encontrem licitamente ou ilicitamente guardados.

⁸⁸ MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, Almedina, 2020, pág. 222.

⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Os deveres fundamentais...*, ob. cit., pág. 57.

⁹⁰ VENTURA, Raúl, *Comentário ao Código das Sociedades por Quotas, Sociedades por quotas*, vol. III – Artigos 252.^o a 264.^o, Livraria Almedina, Coimbra 1991, *Comentário ao Código das Sociedades por Quotas*, pág. 149.

Nesta sede, cumpre relembrar que o RGPD visa garantir a segurança jurídica e a transparência aos operadores económicos, incluindo as micro, as pequenas e as médias empresas e assegurar às pessoas singulares o mesmo nível de direitos suscetíveis de proteção judicial e impondo obrigações e responsabilidades iguais aos responsáveis pelo tratamento e aos seus subcontratantes, que assegure um controlo coerente do tratamento dos dados pessoais.

São vários os deveres que resultam do mencionado regulamento, impostos ao responsável pelo tratamento de dados, dos quais podemos destacar, entre outros, a avaliação de impacto do risco na proteção de dados, a adoção de medidas técnicas e organizativas adequadas e oportunas de prevenção à violação de dados pessoais, de comunicação à autoridade de controlo, de informação e tratamento transparente perante o titular dos dados. Por seu turno, o artigo 82.º do RGPD determina a obrigação de reparar do responsável pelo tratamento de dados materiais ou imateriais os danos sofridos em consequência da violação do regulamento.

Ora, deveres a que o responsável pelo tratamento de dados está adstrito aquando do seu tratamento parecem constituir, na verdade, recorrendo a uma expressão de MENEZES CORDEIRO, a uma explicitação do cuidado a que estão obrigados os gerentes ou administradores. Assim, insere-se no dever de cuidado o cumprimento das normas do RGPD, sob pena de os membros do órgão de administração e representação responderem pelos danos materiais e imateriais que a sociedade, responsável pelo tratamento, foi obrigada a reparar ao lesado, em virtude de uma violação do regulamento.

Na hipótese de o tratamento de dados se encontrar sob responsabilidade de um subcontratante, deverá o gerente ou administrador proceder com o cuidado na escolha dessa pessoa singular ou coletiva e, durante a vigência da relação contratual, deve manter um especial dever de vigilância.

Saliente-se que, o dever de cuidado na segurança e prevenção do risco cibernético encontra-se em grande parte regulamentado no RGPD quando possam estar em causa dados pessoais de acordo com a definição do n.º 1 do seu artigo 4.º.

Porém, em muitas ocasiões, poderão não estar em causa dados de pessoas singulares, mas dados de pessoas coletivas, projetos de produtos em desenvolvimento, segredos de negócio, trabalho intelectual que merecem proteção e relativamente aos quais os gerentes ou administradores devem garantir a sua segurança, sob pena de descuidarem no bom prosseguimento da própria atividade social.

2.2 DEVER DE CUIDADO NA ESCOLHA DE FERRAMENTAS DIGITAIS NOS PROCESSOS PRODUTIVOS

A indústria 4.0 agrega tecnologias e métodos disruptivos, como *Big Data*, *Advanced Analytics*, *Cloud Computing*, *Internet das Coisas* (Internet of Things IoT), e apresenta como fundamento a interligação das máquinas, e dos sistemas de produção e equipamentos, com o desiderato de as empresas terem uma maior capacidade de criar redes inteligentes ao longo de toda a cadeia de valor, e assim, controlar e comandar os processos de produção de forma independente, no fundo visa uma transformação metodológica e tecnológica do modelo de produção⁹¹.

Perante esta transformação digital, a função de gerente e de administrador assume novos desafios e obstáculos que se repercutem nas decisões de gestão e na sua liderança. O acolhimento da inovação digital implica conhecimento adequado e permanente, tanto da tecnologia, como na sua capacidade produtiva ou analítica, mas também exige o recrutamento de recursos humanos capazes de a dominar.

A opção por uma indústria 4.0 pode representar um sucesso ou uma catástrofe, também em função do respeito dos deveres de cuidado a que está obrigado, e por isso entendemos que o dever de cuidado na escolha de ferramentas digitais nos processos produtivos é mais uma das manifestações do dever de cuidado previsto no artigo 64.º, n.º 1 do CSC.

A responsabilidade dos gerentes ou administradores pelos danos resultantes na escolha de ferramentas digitais não tem grandes especificidades de regime, aplicando-se as normas gerais, a saber, o artigo 64.º, em particular, no que respeita ao dever de cuidado e as normas inerentes à responsabilidade dos gestores⁹².

Sendo certo que podemos aventar outras soluções, cremos que, no imediato, a responsabilidade pelos danos provocados pela utilização de sistemas de inteligência artificial nas decisões dos gestores tem enquadramento legal no n.º 1 do artigo 72.º do CSC.

Desta forma, cabe ao gestor um especial dever de diligência que se revela, num primeiro momento, na escolha do sistema de inteligência artificial a eleger. Esta escolha deve recair sobre sistemas que garantam mais transparência e apresentem processos de funcionamento e de alimentação de dados conhecidos para que permitam

⁹¹ Informação disponível em https://www.compete2020.gov.pt/destaques/detalhe/Industria_4ponto0, com último acesso a 23/10/2021.

⁹² Para mais desenvolvimentos vd. DINIS, MARISA, «Da responsabilidade dos gestores na tomada de decisão baseadas em sistemas de inteligência artificial», in *Estudos de Direito e Desenvolvimento Tecnológico*, Vol. I, Porto/Curitiba: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Positivo, 2021, páginas 614-625.

um maior conhecimento, *ab initio*, do sistema a utilizar. A incúria neste âmbito pode conduzir à culpa do gestor na sua veste de “culpa in eligendo”.

As mencionadas características são igualmente essenciais no futuro, já que permitem uma monitorização mais eficiente. De facto, para além da boa escolha do sistema a utilizar, cabe igualmente ao gestor acompanhar regularmente (vigiar) o funcionamento do sistema, sob pena de, não o fazendo e daí advindo danos para a sociedade, ser responsável por não ter agido atempada e devidamente. Estamos, agora, no âmbito da denominada “culpa in vigilando”.

Cumpre, ainda, salientar que a decisão final é sempre do gestor e a responsabilidade das suas consequências apenas sobre ele podem recair. As opções geradas pelos sistemas de inteligência artificial carecem, sempre, do crivo da subjetividade do gestor, sob pena de serem tomadas sem terem em consideração valores essenciais que obrigatoriamente devem nortear a conduta dos gestores. De facto, a atuação dos gestores encontra-se sob a égide de vários princípios basilares, tanto de natureza legal, como de natureza social, que nem sempre são devidamente compreendidos pelos sistemas de inteligência artificial.

Por fim, referir que, pese embora o supramencionado, o porto de abrigo dos membros da administração encontra-se, também nesta matéria, vertido nos dizeres do n.º 2 do artigo 72.º do CSC, que, através da denominada *Business Judgment Rule*⁹³, podem excluir a sua responsabilidade se demonstrarem que atuaram em termos informados, livres de quaisquer interesses pessoais e segundo critérios de racionalidade empresarial.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial, Das Sociedades*, Almedina, 2019, Volume II, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019.

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume I (art.s 1.º a 84.º), Almedina, 2ª Edição, 2017.

ABREU, J. M. COUTINHO, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume IV (art.s 246.º a 270.º-G.º), Almedina, 2ª Edição, 2017.

ABREU, JORGE M. COUTINHO *et al.*, *Guia de Boas Práticas nas PME-sociedades por quotas*, DRS, Ano 12, Vol. 24, Almedina, Outubro 2020.

⁹³ Cfr. entre outros, FRADA, Manuel A. Carneiro, *A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos Administradores*, Jornadas me Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Almedina, 2007, pág. 60 a 102; LOURENÇO, Nuno Calaim, *Os deveres de administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, 2011; ALMEIDA, António Pereira de, *A business judgement rule*, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

ABREU, JORGE M. COUTINHO *et al.*, *O futuro do direito europeu das sociedades*, DRS, Ano 4, Vol. 8, Almedina, Outubro 2012.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE (coord.), *Estudos de Direito das Sociedades*, Almedina, 2020.

ABREU, J. M. COUTINHO, *Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social*, Reformas do Código das Sociedades, IDET, Colóquios, N.º 3, Almedina, 2007.

ALCARVA, PAULO, *Banca 4.0 Revolução Digital: Fintechs, Blockchain, Criptomoedas, Robo-advisers e Crowdfunding*, Actual, Grupo Almedina, 2019.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *O impacto das criptomoedas no contexto do sistema financeiro e a sua regulamentação*, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 32/ Maio-Agosto 2021.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *As criptomoedas*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 81, Lisboa, 2021.

ANTUNES, JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA, *O European Model Company Act*, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, *A business judgement rule*, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, *Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, 2ª Edição (Aumentada e Actualizada), 1999

ASENSIO, PEDRO ALBERTO DE MIGUEL, *Regulación de la Firma Electrónica: Balance Y Perspectivas*, Direito da Sociedade da Informação, Volume V, Coimbra Editora, 2004

BARREIROS, FILIPE, *Responsabilidade Civil dos Administradores, Os Deveres Gerais e a Corporate Governance*, Coimbra Editora, 2010.

BARTOLACELLI, ALESSIO, «O controlo da identidade do sócio fundador nas mais recentes propostas da Comissão Europeia», in *V Congresso, Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2018.

BARTOLACELLI, ALESSIO, *À procura da simplificação. Notas comparativas entre as recentes alterações da disciplina das SQ portuguesas e SRL italianas*, DRS, Ano 6, Vol. 12, Almedina, Outubro 2014.

BARTOLACELLI, ALESSIO, *A New (?) framework (?) on digitalization in European (?) Company (?) Law*, InterEULawEast: Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations, vol. 5, n.º 2, 2018.

BARTOLACELLI, ALESSIO, *O Controlo de identidade do sócio fundador nas mais recentes propostas da Comissão Europeia*, V Congresso DSR, Almedina, 2018.

BARTOLACELLI, ALESSIO, *Postal de um País (não) distante: um Guia português para as sociedades italianas e europeias também? Notas (em particular) sobre a constituição de sociedades privadas, à luz da Diretiva (UE) 2019/1151*, DRS, Ano 13, Vol. 25, Almedina, Março 2021.

BROCHET, FRANCOIS *et al.*, *Virtual Shareholder Meetings*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3743064.

COELHO, HÉLDER, *Agenda Digital Europeia*, Direito da Sociedade da Informação e Direito de Autor, Vol. X, Coimbra Editora, 2012.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito das Sociedades I, Parte Geral*, 4ª edição (ampliada e atualizada), Almedina, 2020.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito das Sociedades II, Das Sociedades em Especial*, 3ª reimpressão da 2ª edição de 2017, Almedina, 2017.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, Jornadas me Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Almedina, 2007.

CORREIA, ANTÓNIO DE ARRUDA FERRER, *Lições de Direito Internacional Privado*, I, (Reimp. 2002), Coimbra, Almedina, 2000.

CORREIA, LUÍS BRITO, *Direito Comercial*, Vol. III. Deliberações dos Sócios, A AAFDL, 1989.

CORREIA, MIGUEL PUPO, *Documentos eletrónicos e assinatura digital: as novas leis portuguesas*, Lusíada, Direito, II série, n.º 1 (janeiro – junho 2003).

CORREIA, MIGUEL PUPO, *Assinatura Eletrónica e Certificação Digital*, Direito da Sociedade da Informação, Volume VI, Coimbra Editora, 2006.

CORREIA, MIGUEL PUPO, *Assinatura Eletrónica e Certificação Digital – Novas Tendências*, Direito da Sociedade da Informação, Volume VIII, Coimbra Editora, 2009.

CORREIA, MIGUEL J. A. PUPO, *Direito Comercial, Direito da Empresa*, 14.ª Edição, revista e actualizada, Lisboa, Ediforum, 2018.

COSTA, RICARDO, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

COSTA, RICARDO, *Responsabilidade dos Administradores e Business Judgement Rule*, Reformas do Código das Sociedades, IDET, Colóquios, N.º 3, Almedina, 2007.

CRUZ, RUI VIEIRA, *Ecos de um futuro passado: pós-memórias da nanotecnologia no cinema e videojogos*, Configurações, Revista de sociologia, vol. 19, 2017.

CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7ª Edição, Almedina, 2019.

DEAKIN, SIMON, *Is regulatory competition the future for European integration?*, Swedish Economic Policy Review, 13, 2006.

DIAS, RUI PEREIRA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume I (art.s 1.º a 84.º), 2ª Edição, Almedina, 2017.

DINIS, MARISA, «Da responsabilidade dos gestores na tomada de decisão baseadas em sistemas de inteligência artificial», in *Estudos de Direito e Desenvolvimento Tecnológico*, Vol. I, Porto/Curitiba: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Positivo, 2021, páginas 614-625.

DINIS, MARISA *et al.*, *Noções de Direito das Sociedades Comerciais*, Rei dos Livros, 2019.

DINIS, MARISA DA CONCEIÇÃO, *Da admissibilidade da aplicação do sistema de sistema de videoconferência às assembleias gerais das sociedades*, RCEJ, N.º 8, 2006.

DINIS, Marisa, *La aplicación de las tecnologías de la información en la creación y funcionamiento de sociedades mercantiles*, Salamanca, 2010.

DOMINGUES, PAULO TARSO, *Os meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais*, Reformas do Código das Sociedades, IDET, Colóquios, N.º 3, Almedina, 2007.

DOMINGUES, PAULO TARSO, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume VI (art.s 373.º a 480.º), 2ª Edição, Almedina, 2019.

DOMINGUES, PAULO TARSO, *A Covid-19 e (Re)descoberta do Regime Relativo Ao Uso de Meios Telemáticos no Funcionamento dos Órgãos Sociais*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 80, Jan/Jun. 2020.

DOMINGUES, PAULO TARSO, *O Financiamento Societário pelos Sócios (e o seu reverso)*, Almedina, 2021.

DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Variações sobre o Capital Social*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2020.

DOMINGUES, PAULO TARSO, *Do capital social, Noção, Princípios e funções*, STVDIA IVRIDICA 33, Coimbra Editora, 1998.

DUARTE, RUI PINTO, *A Societas Privata Europaea: Uma Evolução Viável*, DRS, Ano 1, Vol. 1, Almedina, Outubro 2009.

FAZENDEIRO, ANA, *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*, 2ª Edição, Reimpressão, Almedina, 2018.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO, *A Business Judgement Rule no quadro dos deveres gerais dos Administradores*, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Almedina, 2007.

FRAZÃO, ANA, *Responsabilidade Civil de Administradores de Sociedades Empresárias por Decisões Tomadas com Base em Sistemas de Inteligência Artificial*

Inteligência Artificial e Direito, Ética, Regulação e Responsabilidade, São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

HABRAT, DOROTA, *Legal challenges of digitalization and automation in context of Industry 4.0*, ScienceDirect, Elsevier, 2020.

KRANS, ANATOLI VAN DER, *The Virtual Shareholders Meeting: How to make it work*, in Journal of International Commercial Law and Technology, 2007.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Voto por correspondência e realização telemática de reuniões de órgãos sociais*, CadMVM (edição on-line), n.º 24, Nov. 2006.

LOURENÇO, NUNO CALAIM, *Os deveres de administração e a Business Judgement Rule*, Almedina, 2011.

MAGALHÃES, FILIPA MATIAS, *Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Manual Prático, 2ª Edição Revista e ampliada, Vida Económica, 2018.

MAGALHÃES, PAULO JORGE, *Governo Societário e a Sustentabilidade da Empresa, Stakeholders Model Vs Shareholders Model*, Almedina, 2019.

MANITA, RIADH *et al.*, *The digital transformation of external audit and its impacts on corporate governance*, Technological Forecasting & Social Change, An International Journal, Elsevier, 2019.

MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume I (art.s 1.º a 84.º), 2ª Edição, Almedina, 2017.

MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, Almedina, 2020.

MARTINS, PEDRO, *Introdução à Blockchain, Bitcoin, Criptomoedas, Smart Contracts, Conceitos, Tecnologia, Implicações*, 2018, FCA

MONTEIRO, JORGE SINDE, *Assinatura Eletrónica e Certificação*, Direito da Sociedade da Informação, Volume III, Coimbra Editora, 2002.

PATRÃO, AFONSO, *Assinaturas Electrónicas, Documentos Electrónicos e Garantias Reais, Reflexões sobre a Viabilidade de Constituição de Garantias Imobiliárias por Meios Electrónicos à Luz da Lei Portuguesa*, RevCedoua, 81, 2012.

PEREZ, CHARLES *et al.*, *Digital social capital and performance of initial coin offerings*, Technological Forecasting & Social, An International Journal, Elsevier, 2020.

PORTALE, GIUSEPPE B., *Sociedade de responsabilidade limitada sem capital social e empresário em nome individual com “capita destinado” (Capital social quo vadis?)*, DSR, Ano 3, Vol. 6, Outubro 2011.

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *O Direito aplicável às sociedades, Contributo para o Direito Privado das Sociedades*, ROA, 1998.

RAMOS, MARIA ELISABETE, MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, *Breve nota sobre a Diretiva (UE) 2019/1151 de 20 de junho de 2019*, in *DSR*, Ano 11, Vol. 22, Almedina, Outubro 2019.

RAMOS, MARIA ELISABETE, *A simplificação dos processos de constituição de sociedades: o que mudou nos últimos 30 anos?* in *DSR*, Ano 8, Vol. 16, Almedina, 2016.

RAMOS, MARIA ELISABETE, *Direito Comercial e das Sociedades entre as empresas e o mercado*, Almedina, 2018.

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A responsabilidade dos administradores à crise da empresa societária e os interesses dos credores sociais*, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

RICI, FEDERICA *et al.*, *Value relevance of digitalization, The moderating role of corporate sustainability. An empirical study of Italian listed companies*, Journal of Cleaner Production, Elsevier, 2020.

RUSSO, FÁBIO CASTRO, *Due diligence e responsabilidade*, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

SALDANHA, NUNO, *Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, O que é? A quem se Aplica, Como implementar?*, FCA, 2018.

SANDEI, CLAUDIA, *Organizzazione Societaria e Information Technology, Semplificazione procedimentale e certezza dei rapporti giuridici*, Cleup, 2010.

SANTOS, GONÇALO CASTILHO DOS, *O Voto por Correspondência nas Sociedades Abertas*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Vol. 7, N.º 1, 2000.

SCHMIDT, KARL, *La reforma alemana: las KonTraG y TransPuG de 1998 y 2002, y el Código Cromme*, *Rds*, n.º 22, 2004.

SENA, INÊS, *A Tributação da Moeda Virtual em Portugal, Conceito, Natureza e Enquadramento Fiscal das Criptomoedas no Panorama Português*, Almedina, 2021.

SERRA, CATARINA, *Societas Unius Personae (SUP) – Um Golem na União Europeia*, *DRS*, Ano 6, Vol. 12, Almedina, Outubro 2014.

SESTINO, ANDREA *et al.*, *Internet of Things and Big data as enablers for business*, Technovation, Elsevier, 2020.

SIFFERT, RINO *et al.*, *Payment of Capital Contribution of a Company Limited by Shares in a Cryptocurrency*, *Zagreb Law Review* 8, n.º 2, 2019.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *O Valor Probatório dos Documentos Electrónicos*, Direito da Sociedade da Informação, Volume II, Coimbra Editora, 2001.

TURELLI, SILVIA, *Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie*, in *Riv. soc.*, 2004.

TRIUNFANTE, ARMANDO MANUEL, *O Regime das Entradas na Constituição das Sociedades por Quotas e Anónimas*, Coimbra Editora, 2014.

TRIUNFANTE, ARMANDO MANUEL, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra Editora, 2007.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Business Judgement Rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, DRS, Ano 1, Vol. 2, Almedina, Outubro 2009.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais*, DRS, Outubro 2009, Ano 1, Vol. 1, Almedina.

VENTURA, RAÚL, *Comentário ao Código das Sociedades por Quotas, Sociedades por quotas, vol. I – Art.s 197.º a 239.º*, Livraria Almedina, Coimbra 1987.

VENTURA, RAÚL, *Comentário ao Código das Sociedades por Quotas, Sociedades por quotas, vol. III – Art.s 252.º a 264.º*, Livraria Almedina, Coimbra 1991.

ONLINE CONSTITUTION OF COMPANIES*

Alessio Bartolacelli**

Attilio Della Pietra***

SECTION 1: THE DIRECTIVE (EU) 2019/1151 AND SOME NATIONAL EXPERIENCE

1. PREAMBLE

On July 11th, 2019, after a rather quick discussion between the European organs, Directive (EU) 2019/1151,¹ which amends Directive (EU) 2017/1132² regarding the online establishment of companies throughout the entire Union, was finally published in the EU Official Journal. Due to its content dealing with online procedures, the Directive is frequently known as the “Digitalization Directive”, despite encompassing very limited references to digital issues, apart from the technical framework for the functioning of the process of online filing.³

The theoretical framework for the intervention of the Union in the area of a supposed digitalisation of companies, and with specific reference to SMEs,⁴ has its roots at the beginning of the 2000's, and was already alluded to in the European Charter for Small Enterprises issued in the European Council held in Santa Maria da Feira on June 19 and 20, 2000, and in the Winter Report (2002).⁵ However, the key proposal on the digital constitution of companies was the *Societas Unius Personae* Directive draft proposal, dating back to 2014, and eventually withdrawn in 2018. This antedates the one included in the so-called company law package that was eventually approved with

* Section 1 is by Alessio Bartolacelli; Section 2 is by Attilio Della Pietra.

** PhD, Jean Monnet Chair Business Law in the European Union and Sustainable Economy in the University of Macerata.

*** PhD student in the Doctoral course “Law and Innovation” at the Department of Law of the University of Macerata.

¹ Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of 20th June 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law.

² Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14th June 2017 relating to certain aspects of company law.

³ Which is questionable whether it is to be included in the field of Business Law rather than in Administrative Law. On this point, see extensively A. Bartolacelli, *A New (?) Framework (?) on Digitalisation in European (?) Company (?) Law?*, in *INTEREU LAW EAST*, 5(2), 2018, 1 ss.

⁴ Cf. Recitals 8 and 18 to the Preamble of the Directive 2019/1151.

⁵ A general reconstruction is available in A. Bartolacelli, *O controlo de identidade do sócio fundador nas mais recentes propostas da Comissão Europeia*, in *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2018, 110 ss.

directive 2019/1151.⁶ The *Societas Unius Personae* proposal included the possibility of introducing into each Member State the establishment of online single member companies all over Europe. The Proposal was widely seen as a sort of Trojan horse⁷ since it stated that the possibility to establish companies online was to be given at least to single member companies. However, it is reasonable to surmise that Member States would have expanded this later to all company forms, to take full advantage of the investments they had to make to allow the online establishment of SMCs. This expansion is precisely what was later achieved by means of Directive (EU) 2019/1151.

I am here giving a brief description of the key issue contained in this directive. I eventually consider a few national practices which the European lawmaker took into account when drafting the Directive, and finally, in section 2, Mr Attilio Della Pietra describes the key features of the Italian implementation known so far.

2. THE DIRECTIVE (EU) 2019/1151 AND THE ONLINE CONSTITUTION OF COMPANIES

The basic idea of the Directive is that it is in the interest of the development of a single internal market to allow citizens from all over Europe to establish a new company wherever they wish, even in a different Member State. From this point of view, each form of company present in any Member State is to be seen as a product; likewise, company founders are like consumers. Just as consumers in a supermarket are free to choose among many types of cookies, not all of them coming from their own country, company founders, when deciding the form their would-be company is going to take, can opt freely for any of the legal forms allowed by each Member State, irrespective of their nationality. If this is perhaps already possible since the ECJ *Centros* Decision of 1999, and even more so after the *Polbud* Decision in 2016, the Directive serves to make it easier to use this right, establishing also the technical requirements for doing so.

There were a few key issues to deal with, not addressed by the ECJ decisions, and which are present in the Directive. The first one, of paramount importance, is the identification of the founding members. In order to achieve a good level of certainty, the EU lawmaker took advantage of the eIDAS Regulation framework, i.e. the Regulation

⁶ That also included the provisions now present in Directive (EU) 2019/2121, which equally amends the Directive (EU) 2017/1132, on cross border mergers, divisions and conversions.

⁷ Many contributions are available on the topic: see for instance C. Serra, *Societas Unius Personae (SUP) – Um Golem na União Europeia?*, in *DSR*, 2014, 127 ss.; J. Lau Hansen, *The SUP Proposal: Registration and Capital (Articles 13–17)*, in *European Company and Financial Law Review*, 2015, 178 ss.; J. Schmidt, *Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?*, in *GmbH-Rundschau*, 2014, 9, 130; G. Esteban Velasco, *La Propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015*, in *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, 131 ss.; A. Bartolacelli, *O controllo*, cit., 129.

establishing the harmonisation of the systems of identification of European citizens.⁸ eIDAS compliant means of identification are not the only ones usable for the purposes of Directive 2019/1151, but the Regulation sets them as a reference point for the development of affordable and reliable identification of European citizens.

The electronic means of identification compliant with the eIDAS Regulation, whose reliability is therefore recognised by each Member State, may be used by the founding members of a new company to provide certainty regarding their identity to the Member State where the new company is to be established. The same provision applies to a company's directors, also with reference to their disqualification.⁹ This allows citizens of each Member State to apply for the filing of the new company wherever they wish in the Union with no need to appear in person before any authority of the Member State where the new company is to be established,¹⁰ unless, on a case-by-case basis, there are reasons to suspect identity falsification,¹¹ or there is the suspicion that the applicants do not have either the necessary legal capacity or the authority to represent the company.¹²

A second relevant issue is the possibility for the involvement of notaries in the process of a company's constitution. As we are about to see, many Member States currently include their presence in the establishment of companies; in these countries, the possibility of the online constitution of companies might be seen by notaries as rather dangerous for their role in the process. For this reason, the Directive explicitly allows the maintenance of the role of notaries where the Member States so decide.¹³ In any case, the role of the notary in the process has to be digitalised to some degree: the notarial intervention shall be guaranteed within the online process, by means of specific IT instruments developed by the notaries, on a country-by-country basis, throughout the entire European Union.¹⁴

When it comes to the company forms whose establishment is made possible online, this depends on the Member States. The Directive only affirms that the Member States must allow the online constitution at least for the company forms listed in Annex

⁸ Cf. I. Wuisman, *The Societas Unius Personae (SUP)*, in *European Company Law*, 2015, 40 ss.; A. Bartolacelli, *O controllo*, cit., 107.

⁹ See Art. 13i, Directive 2017/1151.

¹⁰ Art. 13g, Directive 2017/1151.

¹¹ Art. 13b, 4th para, Directive 2017/1151.

¹² Art. 13g, 8th para, Directive 2017/1151. Another case where Member States are free to decide not to allow online constitution is if members are willing to make in-kind contributions in the company: Art. 13g, 4th para (d).

¹³ See Art. 13c, 1st para, Directive 2017/1151.

¹⁴ See, for Germany, J. Schmidt, *DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht*, in *ZIP*, 3/2021, 112 ss.

IIA, i.e. usually private companies.¹⁵ Actually, the rules are in principle applicable to any company form, but Member States are left free to opt out in order to reduce the scope of application of the online constitution process just to private companies.¹⁶

In principle, each Member State shall make available concise information on domestic company law, to be provided reasonably in the English language,¹⁷ on registration portals and websites. Such information shall refer to the rules on online formation of companies, registration of branches, and basic applicable rules on corporate governance. A key element to outline is the specific information to be provided regarding the templates or other formation documents: each Member State shall compile specific templates to be used in the process of formation.¹⁸

The use of templates for the formation of companies is actually rather common in many national practices. It aims at a considerable reduction of the costs linked with the establishment of companies, and of the time needed for the formation. In any case, the use of templates ensures, in the wording of the Directive, the persistence of the due form of law required by the codified directive for the valid formation of a company.¹⁹

According to the Directive,²⁰ the template is to be made available in English;²¹ Member States are not explicitly required to make the template available in the domestic language as well, even if it seems more than likely that they do. On the other hand, the provision under Art. 13h, 3rd para. suggests that a version in the national language is also to be made available, as the versions in a different language are to be intended for information purposes only, if this is not otherwise decided by the Member State.

When a template is used, and the members are natural persons, the completion of the formation process must occur in a shorter time. In this case, the online formation shall be completed within five working days, while in the remaining cases the deadline for the filing is ten working days either from the completion of the formalities required for

¹⁵ In this case, we must point out that the list included in Annex IIA does not always specify company types, properly speaking. For remarks see A. Bartolacelli, *Postal de um País (não) distante*, in *DSR*, 2021, 127, fn. 53 and 132, fn. 67.

¹⁶ Art. 13g, 1st para., Directive 2017/1151.

¹⁷ The official wording used in Art. 13f, Directive 2017/1151, is “in a language broadly understood by the largest possible number of cross-border users”.

¹⁸ In a very appreciable way, the provision differs from that present in the *SUP* Proposal, where there was the hypothesis of a single common template to be provided at a central level and valid Europe-wide. Due to the differences in the legal requirements for such a document in each Member State, this solution evidently was not held as viable. For remarks on this, see C. Malberti, *The relationship between the Societas Unius Personae proposal and the acquis: Creeping Toward an Abrogation of EU Company Law?*, in *ECFR*, 2015, 258 s.

¹⁹ However, it is up to each Member State to ensure that the national requirements to be fulfilled in order to have a due form of law are actually met when a template is used. This is the only reading compatible with the provision laid down in Art. 10, Directive 2017/1132.

²⁰ Art. 13h, Directive 2019/1151.

²¹ Literally: “in an official Union language broadly understood by the largest possible number of cross-border users”. See above fn. 19 for a comparison: in that case, the language was not necessarily to be chosen among the official ones.

online constitution, or the last payment (fees or capital) linked to the process of registration. This rule seems to require Member States to prepare the templates only when natural persons are involved in the formation of a new company, and not when legal persons or other entities are among the founders.

As is rather clear, Member States have been left free to decide the level of commitment in the online formation of companies: they can expand or restrict the scope of application of the rules (just private companies, or public companies as well); they can decide whether to make templates available for companies having as founders either natural persons only, or also legal persons; they can establish shorter deadlines for the filing; they can allow the establishment of companies by means of templates not drawn up in their official language and so on.

3. A FEW NATIONAL PRACTICES

Directive (EU) 2019/1151 is the fallout of the practices used in many European countries. For many years, in different Member States the online constitution of companies was allowed, sometimes in a more developed framework of the simplification of the start-up phase.

The possibility of filing a company online referred to above is rather common in the Baltic and northern States. Estonia is well-known for being a pioneer in this field, and Danish and Finnish company laws also include this opportunity. In addition, it has been permissible under UK company law to file a company online for quite some time. In the last few years, many other Member States have also opted for introducing the online formation of companies, for instance France, Spain and Portugal.

Estonia is one of the most meaningful cases: its level of digitalisation is extremely high, also with reference to the online formation of companies. As of 2016, 99.9% of new Estonian companies have been established online.²² This statistic is even more impressive if we consider that back in 2012 the percentage was already of 98.3%. The entire system is directly available to the citizens, who can nevertheless apply for the help of a notary and are enabled in the formation of private companies, which are filed in the Trade Register within one working day, provided that the applicant uses the template that has been made available through the Trade Register's website. The identification is made through the national e-identity, which is already compliant with the eIDAS Regulation.

Finland has a pretty similar system, even if there is limited information offered

²² Data and statistics provided in this paragraph have been disclosed during a conference held in Würzburg, Germany, on March 16 and 17, 2018. A summary of the conference is available in R. Knaier, *Incorporation of Companies in the Digital Age – Erkenntnisse einer Würzburger Tagung*, in NZG, 2018, 576.

in the English language. The online formation of companies is possible only provided that the applicants opt for the use of the official template. In this case, the Trade Register completes the assessment of the information provided within three working days, and the company comes officially into existence as of its registration. In any case, a company's directors are already entitled to operate on behalf of the company once the online forms have been filled in, even if the liability for such operations is transferred to the company only after the formal registration.

In Denmark, online formation of companies is reserved to Danish citizens, through their e-identity; the system is already eIDAS compliant. Unlike the Estonian and Finnish experiences, in Denmark the use of pre-approved templates is not a condition for accessing the online registration (as it is in Finland) or the filing in a shorter term (as it is in Estonia): founding members are free to draw up the articles of association, with no need for notarial intervention. The use of templates is usually motivated by the necessity to shorten the time required for the filing since they are pre-approved and reduce the information to be checked, however in the Danish case this is not necessary, and the filing of a new company is almost immediate.

In France, online formation of companies is possible, when the intervention of a notary is not required,²³ through a system developed by the *Guichet unique de creation d'entreprise*. This system can be used for the formation of any business form available under French law, and the online system also allows the payment of the fees.

In Spain, the system is more complex due to the necessary intervention of notaries in a company's formation. In addition, the Spanish system is not properly online, even if it is interesting precisely because it is developed to have a single-stop procedure that can be easily turned into an online process, when the implementation of the Directive (EU) 2019/1151 takes place. Since 2013, it has been possible to apply for the formation of a new company by submitting all the required documents to the so-called *Puntos de Atención al Emprendedor*, where all the formalities needed for establishing a new company can be fulfilled. In this general system, the notary is not necessarily present when the founding members go to the *Punto de Atención*, but it is a specific task of this public office to book a meeting of the founding members with a notary within the next 12 working hours. The notary will then draw up the deed of incorporation and the articles, and submit them to the Trade Register, that must file them in the next six working hours. The Trade Register then sends the documents back to the relevant *Punto de Atención*, where the founding members can obtain their copies. This system guarantees the quickest possible registration but requires founding members to use the pre-approved

²³ i.e. when there are no in-kind contributions of goods whose transfer is subject to a notarial deed.

templates made available at the *Puntos de Atención*. In the case where the founding members prefer not to use the templates, the above-mentioned system still works, but the registration within six hours is simply temporary, and must be confirmed in the next fifteen days, to allow a more thorough check of the provisions included in the documents.

Finally, in Portugal the system of the *Empresa online* is available, through which the founding members can apply online for the filing of the company, with no need to use preapproved templates, and so enjoy full freedom in drawing up the deed of incorporation and the articles. Rather curiously, even if the process of constitution is carried out online, no specific provision is laid down regarding the maximum deadline for the filing. Whereas a provision on that topic is present in the specific regime of the so-called *Empresa na hora*, that guarantees the registration of a new company in 24 hours from the moment of the submission of documents to the Trade Register; in this case, however, preapproved templates are to be provided.²⁴

4. A KEY ACTOR: THE PREAPPROVED TEMPLATES

As should be evident, in many of the national practises mentioned, we find preapproved templates, to be used for the formation of the company. And the provisions laid down in the Directive (EU) 2019/1151 also include the need for each Member State to prepare a preapproved template.²⁵

The templates usually make it possible to shorten the time required for the registration, as they already provide for a somewhat certified structure of the company, so only a few profiles – of the utmost importance, but actually not very numerous – need to be assessed: usually they are the identity and capacity of the founding members and of the appointed directors, and the full legality of the social object clause.²⁶

Naturally, the use of templates for the establishment of new companies has pros and cons. Although they allow a reduction in the time required for filing a company, the use of preapproved forms dramatically restrains the autonomy of the founding members. Naturally this very much depends on how the templates are actually drawn up, whether they allow choices between more options, or not, and to what degree they are

²⁴ On the *Empresa na hora*, see A. Soveral Martins, *Empresas na Hora*, in *Temas Societários*, Almedina, 2006, p. 81 ss.

²⁵ We must note that the use of templates is frequent, in the formation of companies, also in some Member States where the online formation of new companies did not exist before the implementation of Directive (EU) 2019/1151, such as in France for companies with a single member who is also appointed as sole director, in Germany for the *Musterprotokoll* for private companies with up to three members, and in Italy for the simplified s.r.l.

²⁶ In this sense, there are comparative experiences in which even the social object is to be picked from a preapproved list. This is the case of the *Sociedad Limitada Nueva Empresa* in Spain; see J.A. Viera Gonzalez, *Anotaciones a los estatutos orientativos de la sociedad limitada nueva empresa y posibilidades de configuraciones diversas*, in *Revista de derecho de sociedades*, 2003, 207 ss.

changeable by the founding members.²⁷ We must also highlight that, even in the case where the template is rather strict *per se*, the founding members usually have the possibility to amend it later. In this way, they immediately enjoy the advantage of having a company formed very quickly, thanks to the use of the templates, and eventually a more complete development of their autonomy, changing the articles in those parts of the template they do not feel completely appropriate for their company. Naturally, this involves two different operations, instead of just one (the establishment of the company with freely drawn-up articles): the trade-off is based on how valuable time saving is - guaranteed by the use of the templates - for the founding members, when compared with the additional cost of the eventual amendment of the articles.

Besides the advantages in the speed of the registration process, usually the templates also allow the founding members to save money, in two different ways. On the one hand, the templates already provide for some structural solutions that otherwise the founding members might not be able to develop themselves, and therefore would have needed the help of an external consultant. On the other hand, the fact that the solutions included in the templates are preapproved should make company members reasonably confident regarding the full legality of the clauses. Viewed from this perspective, this means that the company would save money by avoiding possible lawsuits and trials based on the ambiguity of some of the clauses.

SECTION 2: THE TRANSPOSITION OF DIRECTIVE (EU) 2019/1151 INTO THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

1. THE DIRECTIVE TRANSPOSITION AND THE REINFORCEMENT OF THE NOTARY ROLE

On 22nd April 2021, the “Legge di delegazione europea 2019-2020²⁸” was approved to transpose the Digitisation Directive into Italian law. Article 29 obliges the Government to comply not only with a set of general principles and guidelines²⁹, but also with specific guidelines: first, the scope of the Directive is restricted to limited companies

²⁷ These features are to be intended as elements to consider also with a view to regulatory competition in this field.

²⁸ Legge 22 aprile 2021, n. 53, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020.

²⁹ Cf. Article 32 of Legge 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea. In addition to the general guiding principles and criteria mentioned above, the second paragraph of Article 29 of the “Legge di delegazione europea” lays down the financial invariance clause, which states that from the transposition of the Directive “there must be no new or increased burden on public finances”.

only - also in their simplified form³⁰ - with their registered office in the national territory; it should be noted that the share capital may be paid up exclusively by contributions in cash³¹; the instrument of constitution must be drawn up in the form of a public deed and must be made by means of a platform that ensures the possibility of videoconferencing and the use of the recognized electronic signature for the subscription of the act; finally, the possibility of using standardized models of instruments of constitution (templates)³² is envisaged.

The formulation of this provision is evidently affected by the decision of the Council of State³³ which, accepting the appeal of the National Council of Notaries against the judgment issued by the T.A.R. Lazio³⁴, had sanctioned the illegitimacy of the Ministerial Decree of 17th February 2016³⁵ for violation of Italian law and for contrast with EU law, preventing the possibility of forming S.r.l. innovative start-ups with IT methods and without the intervention of a notary³⁶.

The subject of the parliamentary debate was essentially a political rather than a legal issue: the role of the notary. In the Italian legal system, the notary is the entity responsible for carrying out the legality check (i.e., to verify the conditions for the formation of a company and the validity of the instruments of constitution), and to deposit - as a result of this substantial control - the instrument of constitution in the Register of Companies.

Notaries are in charge of verifying the personal identity of the applicants³⁷, investigating the will of the parties and "under their own direction and responsibility they

³⁰ It should be noted that the S.r.l.s. - without prejudice to the contrary orientation of a minority part of the doctrine - do not constitute an additional and autonomous type of company, but a subtype of limited liability company. The Italian legislator has complied with the provisions of Recital No. 15 and the first paragraph of 13g for which "Member States may decide not to provide for on-line formation procedures for types of companies other than those listed in Annex IIA". In this regard, however, we must take note of the position proposed in the Senate Hearing by the Director General of the Assonime, Stefano Micossi. According to Mr. Micossi "it does not seem appropriate to limit the scope of the regulation only to S.r.l. and S.r.l.s. because, even if the online formation of public companies may present greater technical complexity, there are no reasons linked to the specific type of company which, in itself, are contrary to the online formation of all companies with share capital. In addition, the exercise of an opt-out for the more complex joint stock companies (S.p.a. and S.a.p.a.) would not appear to be in line with the aim of the directive, which is to enable European citizens to promote the possibility of starting economic activities in corporate form in all Member States of the European Union through digital means".

³¹ Cf. Arts 13e and 13g, 6th para, Directive 2019/1151. The telematic formation procedure will therefore be excluded in the case of contributions in kind.

³² Cf. Article 13h, Directive 2019/1151.

³³ Decision of 4th March 2021, No. 2643 of the Council of State.

³⁴ Decision of 2nd October 2017, No. 10004 of T.A.R. Lazio.

³⁵ Decreto Ministeriale 17 Febbraio 2016, Modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata start-up innovative.

³⁶ This reaffirmed, on the basis of both primary national and European legislation, the essential nature of the legality check and, consequently, the absolute centrality of the public deed and notary in the procedure for the formation of companies.

³⁷ Art. 49 of the Notarial Law prescribes that "the notary must be certain of the personal identity of the parties and can reach such certainty, even at the moment of the attestation, by evaluating all the elements suitable to form his conviction".

take care of the full completion of the act"³⁸. They ensure, therefore, the "necessary presence of the State (...) in a legal moment as delicate as that of the formation of companies (...) "³⁹". They also carry out an advisory function, with the aim of providing the citizen with a clear legal framework for the applicable company and tax rules⁴⁰. The notary helps the parties, by indicating the statutory clauses that are best suited to the needs of the case in question and drafts an instrument of constitution which is genuinely in their interests.

This function must certainly be considered particularly useful even if the parties wish to use templates, where there is the possibility of choosing among different clauses. This, as can be easily deduced, contributes to judicial deflation: the activity of the notary as a filter, in fact, makes it possible to avoid or, at least, to limit the occurrence of litigation.

The unavoidability of a notarial check, then, assumes a fundamental role in the prevention of fraud, which the digital phenomenon and, more specifically, the remote constitution of companies, inevitably amplify enormously. Indeed, by virtue of their dual role as legal professionals and third-party impartial public officials, the notaries curb not only the spread of organized crime⁴¹ by contributing to the fight against money laundering and to the prevention of terrorism, but also safeguard the certainty of the legal transactions and ensure the contractual position of the parties, especially of the weak contractors, by consequently stimulating the market and by increasing the attractiveness of the Country both for Italian and foreign investors.

The view expressed above, moreover, is confirmed by the data of the 2019 Annual Report of the Financial Information Unit for Italy (UIF) of the Bank of Italy⁴²: reports of suspicious transactions carried out by the notary have increased in comparison

³⁸Cf. Art. 47.2 Law No. 89 of 16th February 1913.

³⁹ Audizione del Consiglio Nazionale del Notariato presso la 14[°] Commissione Affari Europei del Senato della Repubblica, 8 giugno 2020, 3. Available at: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/144/101/Consiglio_Nazionale_del_Notariato.pdf>.

⁴⁰ This function is an obstacle to the European legislator's superficiality for which Member States should provide a set of "concise and user-friendly information" and "at least in a language broadly understood by the largest possible number of cross-border users" (Art. 13f, Directive 2019/1151). The European legislator thought he could make applicants aware of company matters in this way. To be honest, this forecast seems to indicate a simplistic and superficial approach to corporate matters, and it is very unlikely that a foreign applicant can operate in a fully conscious way only on the basis of this small legal *vademecum*. In these terms the intervention of a highly qualified legal professional - the notary - could represent a safe haven within which applicants (especially foreigners) can shelter.

⁴¹ The notaries, in the performance of the functions assigned to them by law, are not limited to a merely formal check on the conformity of the instrument of constitution to the provisions in force. They necessarily also make a psychological analysis of the applicants, aimed at understanding their wishes, and, consequently, aimed at ascertaining both the correspondence of the content of the instrument of constitution to their real (and sometimes not declared) needs, and the sense and meaning of the same. In this way the notary can observe, for example, their gestures, the way they speak and detect any suspicious and potentially illegal operations.

⁴² Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, Rapporto Annuale 2019 n.12, Roma, maggio 2020, 13-14. Available at: <<https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2020/Rapporto-UIF-anno-2019.pdf>>.

to 2018 (+ 6,6 %), accounting for 4,4 % of the total number of alerts and the 91,25 % (4,630) of the total number of alerts sent by professional categories (5,074), for a value of 1,765.9 million euro⁴³, an amount of money which, to be honest, makes the forecast of expenditure savings proposed by the European legislator in the proposal for a directive⁴⁴ totally marginal. This refutes the arguments of those who consider - as will be discussed later - the notary as an unnecessary bureaucratic cost.

There is a correspondence between the absolute centrality of the notarial function and the assumption of responsibility in the event of non-compliance or filing of a request for registration in the Register of Companies of an instrument of constitution, in respect of which the conditions required by law have been disregarded⁴⁵.

Another milestone in the process of the transposition of the Digitisation Directive was reached on 5th August 2021, when the Council of Ministers, in implementation of Article 29 of Law No. 53 of 2021, approved⁴⁶ the draft legislative decree by transposing the Digitisation Directive⁴⁷ through which, in accordance with the guidelines of the Council of State, it provided: a) that the instrument of constitution of S.r.l. and S.r.l.s. may be received by the notary, by IT public deed; b) the use of "an online platform prepared and managed by the National Council of Notaries" in the online procedure of constitution⁴⁸, "with the participation in videoconference of the applicants or some of them"; c) that the contributions are "executed by bank transfer on the dedicated current account referred to in Article 1, paragraph 63, of Law of 27th December 2013, No. 147". It has therefore been confirmed that there is no possibility of using the electronic constitution procedure in the event of contributions in kind; d) the possibility of using

⁴³ Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, Quaderni dell'antiriciclaggio dell'Unità di informazione Finanziaria. Dati statistici. Il semestre, 2019, 19. Available at: https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni/2019/quaderno-2-2019/Quaderno_II_2019.pdf.

⁴⁴ The European legislator, in fact, believed in the proposal for a directive COM (2018) 239 final that "savings from the introduction of online registration for new companies registered in the EU are estimated to be between €42-84 million" per year.

⁴⁵ Cf. Arts 28.1 No. 1, 138 and 138 bis. 2 of the Law of 16th February 1913, No. 89.

⁴⁶ The Council of Ministers has previously approved twelve legislative decrees implementing European provisions. Cf. Press Release of the Council of Ministers No. 32 of 5th August 2021. Available at: <https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-32/17592>.

⁴⁷ Schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2019/1151 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 recante modifica della direttiva (UE) 2017/1132 per quanto concerne l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario (Atto n. 290).

⁴⁸ The telematic platform in question has already been developed and is usable. It shall be functional to ascertain the identity of the applicants, through the means of electronic identification with a significant or high level of security within the meaning of Article 8,2 lett. b) and c) of Reg. (EU) 910/2014. It makes it possible to verify the affixing of the digital signature (d.lgs. n. 82/2005) and of any other type of qualified electronic signature according to the eIDAS Regulation and it allows the verification and the attestation of the validity of the used certificates of signature. It also ensures the visualization of the act to be subscribed, the tracing of each activity, the possibility for applicants to intervene, the affixing of the electronic subscription by all signatories, the release of an electronic signature to parties still lacking it, the receipt and transmission of instruments of incorporation, the preservation of the instrument of constitution. It allows the notary to unilaterally correct the material errors of the computer act. In addition, by means of continuous videoconferencing, the notary can ascertain the behaviour of the parties at the time when they express their will and can also verify the capacity to act of the subject, thereby exceeding the limits inherent in the use of electronic identification means.

templates, adopted by decree of the Minister of Economic Development⁴⁹; e) a clear reduction of the notary's fee in the case of the use of templates: it is expected, in fact, that "the fee for the notarial activity is determined to an extent not higher than that provided for in Table C)-Notaries of the Decree of the Minister of Justice of 20th July 2012, No. 140, reduced to half"; f) that the notary competent⁵⁰ to deal with the on-line procedure is identified on the basis of the location where at least one of the applicants is resident or has a registered office. Whereas, if the applicants have their residence outside the national territory, the public electronic deed can be received by any notary; g) the notary's right to interrupt the on-line procedure and to request the physical presence of applicants when he has doubts about their identity or finds "non-compliance with the rules concerning the capacity to act and the authority of applicants to represent a company" (Article 2); h) that documents and data concerning companies, stored in digitised form in the Commercial Register, are exchanged through the system of interconnection of business registers (BRIS) referred to in Article 22 of the Directive (EU) 2017/1132, in accordance with the detailed rules defined by Decree of the Minister of Economic Development and in accordance with the provisions of Regulation (EU) 2021/1042 and Article 2508a of the Civil Code (Article 3); i) an amendment of Article 2475 of the Civil Code - for which the directors of S.r.l. will be subject to the same causes of ineligibility and forfeiture provided for the directors of S.p.a. - and Article 2383⁵¹; j) the introduction of the new Article 2508-bis⁵²; k) that, at the request of the authorities of another Member State, the Register of Companies must provide without delay, through the BRIS, the information relating to the existence of any cause of ineligibility of directors of companies with registered offices in the territory of the State pursuant to Art. 2382 c.c. (Article 7)⁵³; l) the possibility of consulting a series of documents, data and information free of charge

⁴⁹ These templates, in accordance with Article 13h,3 of the Digitisation Directive, "are also drawn up in English and are published on the institutional website of each Chamber of Commerce, Industry, Handicraft and Agriculture".

⁵⁰ Cf. Art. 26 Law No. 89 of 16th February 1913.

⁵¹ For a greater expositive clarity, the full text of the articles is reported as it appears in the new decree in question, highlighting the added periods in *italic font*.

First and second paragraphs of Article 2475 ("Administration of the company")

1. L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479. *Si applica l'articolo 2382.*
2. All'atto di nomina degli amministratori si applicano il *primo*, quarto e quinto comma dell'articolo 2383.

First paragraph Article 2383 ("Appointment and dismissal of directors")

1. La nomina degli amministratori spetta all'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori, che sono nominati nell'atto costitutivo, e salvo il disposto degli articoli 2351, 2449 e 2450. *La nomina è in ogni caso preceduta dalla presentazione, da parte dell'interessato, di una dichiarazione circa l'inesistenza, a suo carico, delle cause di ineleggibilità previste dall'articolo 2382 del codice civile e di cause di ineleggibilità sussistenti secondo la legge di uno Stato membro dell'Unione europea.*

⁵² Entitled "Electronic registration and deletion of the secondary seat of a company governed by the law of a Member State of the European Union".

⁵³ Pursuant to Article 12, the provisions of Article 7 shall take effect from 1st August 2023.

through the BRIS (Articles 8 and 10); m) that copies and extracts of documents and information held by the offices of the Register of Companies are issued - in the manner determined by decree of the Minister for Economic Development - in electronic form and are authenticated by the registrar, who certifies that they come from the same register and that they comply with the documents and information stored therein (Article 9); n) the free exchange of information between business registers, also through the BRIS; o) a clause of financial invariance, for which "the implementation of this decree must not result in new or greater burdens on public finances" (Article 11).

2. THE OPPOSITION OF THE STAKEHOLDERS AND THE PARLIAMENTARY DEBATE

Therefore, issues related to the transposition of the Digitisation Directive - and, more specifically, the question regarding the notary's role - seemed to have been definitively resolved in a victory for the notary and in a defeat for those who believed they could outline a new, more agile and less expensive electronic procedure for the constitution of companies: the notary has retained the role as guarantor of legality and high safety standards also in the innovative context of the transition to digitisation.

The representatives of the business world and start-ups⁵⁴, however, have not hesitated in voicing their criticism, considering that both the decision of the Council of State and the approach taken by the national legislator with regard to the transposition of the Directive could lead to lobbying.

This criticism was based on the consideration that Article 2 of the draft legislative decree established a legal monopoly of notaries in the online constitution of companies. More specifically, they criticized the desire to use exclusively the telematic platform developed and managed by the National Council of Notaries.

Therefore, it would be an anachronistic step backwards in the age of digitalisation, a non-competitive cost to the companies, at a time when, as a result of the pandemic crisis, they would have to be supported for economic recovery by eliminating

⁵⁴ Moreover, the strongly critical position taken by Angelo Coletta, President of Innovup, according to whom the exclusive entrustment of the formation procedure to notaries and their telematic platform, would not only risk discouraging investments in Italy, but would also be in open conflict with European antitrust law and would present critical profiles with regard to data management, privacy legislation and the GDPR. The formation of a company, according to Coletta, would not even need - given its intrinsic simplicity - the professional support and skills of the notary and the directive, recalling the public deed for the formation of companies, would not refer to a notarial deed. For this reason, it would be desirable to develop alternative channels for online company establishment, possibly in competition with each other, in order to maximise the quality of service and to reduce costs and, where this is not possible, the creation of the platform should be entrusted to a *super partes* public body. For further information on the subject, please refer to: <https://www.innovup.net/news/>; <https://www.wired.it/economia/start-up/2021/09/25/startup-enea-tech-draghi/>; <https://www.giornaledellepmi.it/startup-due-cattive-notizie-dallecosistema-via-libera-al-monopolio-della-piattaforma-dei-notai-per-la-costituzione-online-e-stop-ai-400-milioni-di-e-di-fondi-enea-tech/>; <https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/startup-e-notai-affondo-del-senato-monopolio-di-fatto-il-governo-cambi-il-decreto/>.

unnecessary intermediaries. This widespread malaise was at least partly taken up in the discussion at the Committees of the Chamber and the Senate, called to express opinions on the draft legislative decree of 5th August. Thus, within the joint Commissions II (Justice) and X (Productive Activities), the deputy Carabetta (M5S), rapporteur for the X Commission, highlighted that the attribution by law to the Italian notary of the role of custodians of the on-line procedures and the provision that only the platform prepared by the notary will be usable are problematic issues⁵⁵.

Furthermore, on the basis of the requests made by the stakeholders (Assintel, Assosoftware, Unioncamere Veneto and Assoprofessionisti), Carabetta, presuming that the Directive does not expressly refer to the intervention of the notary for the completion of on-line procedure, put forward a series of criticalities: 1) the direct reliance, "without procedures open to public scrutiny and exclusively, of the implementation and management of the telematic platform (...) on the National Council of Notaries, through Notartel Spa", would be contrary to European antitrust law; 2) the draft legislative decree would not be "sufficiently clear in attributing to the notary the responsibilities in the fields of supervision and anti-money laundering"; 3) the principle of territoriality would constitute a restriction on freedom of competition, especially in telematic procedures; 4) the potential contrast of the provisions of the draft legislative decree with the general principles referred to in Article 32 of Law No. 234 of 2012, "which provides that acts transposing European Union directives may not provide for the introduction or maintenance of sanctions, procedures or operational mechanisms which are more burdensome or complex than those strictly necessary for the implementation of directives"; 5) the fact that the Directive does not refer expressly to the notarial deed but to the public deed and the consideration that "the public officials of the Chambers of Commerce have already carried out similar practices with regard to innovative start-ups (from 2016 to 2021), without affecting the fight against money laundering and without having other problems⁵⁶".

To this "progressive" position were opposed the more "traditionalist" stances of Cassinelli (FI) and Varchi (FDI), who considered that, since it was a simple digital conversion of what was already happening in the presence of the notary, this would not

⁵⁵ Camera dei Deputati, Commissioni riunite II e X, Discussione in sede consultiva per pareri al Governo (15/09/2021), 16-17. Available at: <https://www.camera.it/leg18/824?tipo=C&anno=2021&mese=09&giorno=15&view=&commissione=0210&pagina=data.20210915.com0210.bollettino.sede00010.tit00020#data.20210915.com0210.bollettino.sede00010.tit00020>.

⁵⁶ Camera dei Deputati, Commissioni riunite II e X, Discussione in sede consultiva per pareri al Governo (22/09/2021), 13-17. Available at: <https://www.camera.it/leg18/824?tipo=C&anno=2021&mese=09&giorno=22&view=&commissione=0210&pagina=data.20210922.com0210.bollettino.sede00010.tit00020#data.20210922.com0210.bollettino.sede00010.tit00020>.

represent a "technological monopoly" or a violation of EU competition rules. Similarly, Franco Vazio (PD) took note of the intrinsic complexity of the acts of corporate incorporation and, in order to ensure the need of a high degree of certainty in economic and legal traffic, he reiterated the centrality of the notary deed as an appropriate instrument, and he rejected the idea of allowing a generalised liberalisation of telematic platforms.

During the work of the 14th Standing Committee of the Senate (Policies of the European Union) in Session No. 260 of 23rd September 2021⁵⁷, Tommaso Nannicini (PD) recalled the agenda G/2169/6/14 (of 22/06/2021) and stressed the need to restore "the dualistic system", which allowed founders of S.r.l innovative start-ups to choose between the classic notarial instrument of constitution and the "telematic method of constitution through an IT platform and digital signature with the support of the Chamber or in complete autonomy".

Therefore the Commission made favourable observations, but specified some conditions: 1) that the procedure for the electronic constitution of S.r.l. and S.r.l.s. may be carried out with the intervention of the notary, by means of a notarial deed (possibly IT or telematic, formed through an on-line platform) or, after electronic identification of applicants, without a notary, using telematic procedures and templates, validated by the Ministry of Economic Development and the Ministry of Justice, to be signed with digital signature or other type of qualified electronic signature; 2) the appropriateness of allocating " a specific power of administrative control to the person in charge of the Trade Register " and thus ensure compliance with Article 10 of Directive (EU) 2017/1132.

On 6th October 2021, the Joint Committees II (Justice) and X (Productive Activities, Trade and Tourism) of the Chamber of Deputies expressed a favourable opinion, but made two observations with regard to the draft legislative decree⁵⁸: "a) in Article 2, paragraph 1, it is considered appropriate to specify that the telematic platform is prepared and managed by the National Council of Notaries in accordance with the provisions of the Public Procurement Code"; "b) in the second paragraph of Article 6, consideration should be given to deleting the reference to cases of disqualification under the law of a Member State of the European Union by including, at the same time, the possibility for the statutes to provide that no administrator may be appointed if he is

⁵⁷ Senato della Repubblica, 14^a Commissione permanente (Politiche dell'Unione Europea), Resoconto sommario n. 260 (23/09/2021). Available at: https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=18&id=1312924&part=doc_dc.

⁵⁸ Camera dei Deputati, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari Commissioni riunite (II e X), Allegato (6/10/2021), 25-26. Available at: <https://www.camera.it/leg18/824?tipo=A&anno=2021&mese=10&giorno=06&view=&commissione=0210#data.20211006.com0210.allegati.all00010>.

disqualified from being an administrator in another Member State of the European Union".

On the same date the XIV Commission (Policies of the European Union), noting that the draft legislative decree conflicts with Article 3 of the TEU and violates the proportionality criterion, also expressed a favourable opinion with conditions and observations. Then this Commission proposed to the Government a change aimed at introducing a "double track" for the online constitution of companies, which could be established: a) by "notarial public deed, including the IT deed within the meaning of Article 47-bis of the notarial law (...), as well as an electronic deed, done through the use of a platform that allows videoconferencing and remote subscription of the act with digital signature (...) or other qualified electronic signature"; b) through "telematic procedures which, after electronic identification of the applicant through one of the instruments referred to in Article 64, paragraph 2-quater, of Legislative Decree No. 82 of 7th March 2005, or other means of electronic identification referred to in Article 6 of Regulation (EU) No. 910/2014, allow the use of templates, predefined and validated by the Ministry of Economic Development and the Ministry of Justice, in accordance with Articles 13-octies and 13-nonies of Directive (EU) 2019/1151, to be signed with digital signature pursuant to Legislative Decree 7th March 2005, No. 82, or other type of qualified electronic signature⁵⁹".

Commission XIV also invited the Government to consider whether it would be appropriate to confer a specific power of administrative control on the person in charge of the Trade Register. Finally, on 13th October 2021 the 2nd Committee (Justice) in the Senate examined the draft legislative decree and expressed a final favourable opinion⁶⁰.

3. CONCLUSIONS

In conclusion, in my opinion, the debate that has arisen over the transposition of the Digitisation Directive in Italy goes beyond its actual scope, rather than taking on the features of a real *casus belli*, it has become a pretext for undermining or consolidating the role of the notary in our legal system.

There is a typically ideological and political clash that is substantiated in the contrast between analogue past and digital future: on the one hand, notaries, guarantors

⁵⁹ Camera dei Deputati, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari, Politiche dell'Unione Europea XIV, Allegato (6/10/2021), 261-262. Available at: <https://www.camera.it/leg18/824?tipo=A&anno=2021&mese=10&giorno=06&view=&commissione=14#dat a.20211006.com14.allegati.all00060>>.

⁶⁰ Senato della Repubblica, 2^a Commissione permanente, Resoconto sommario n. 257 (13/10/2021). Available at: https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=18&id=1314974&part=doc_dc>.

of the legality check, and on the other, representatives of the business world, advocates of the liberalisation and de-bureaucratisation of company law.

However, two fundamental aspects cannot be ignored: a) according to the wording of the directive, there is no revolutionary or subversive intention towards the existing legal systems. The Directive does not compromise national legislation and nor does it in any way affect the legal systems of the Member States and their legal traditions (Art. 13c)⁶¹. Furthermore, in order to combat fraud and ensure that the identity and legal capacity of applicants are checked and their documents and information reliable, it provides for the possibility of a legality check by the notary⁶². In addition, in Article 13b, it provides - albeit "case-by-case" - the possibility for the notaries to interrupt the telematic procedure and to require the physical presence of the applicant, where this is "justified by reason of the public interest in preventing identity misuse or alteration⁶³"; b) the Digitisation Directive has a limited commercial law content *per se*⁶⁴ and - despite the title and enthusiastic programmatic expectations - only marginally deals with the digital phenomenon⁶⁵. It deals with it, in fact, only with regard to the constitutive moment and in any case introduces an alternative way of constitution, which does not imply the abolition of the traditional and in presence procedures.

Therefore, over and above the process of transposition of the Digitisation Directive – or more correctly, of the way in which the question of the role of the notary will be resolved, it seems likely that the Italian legislator will soon have to deal with more far-reaching and much more significant issues from the point of view of company law. Therefore the main merit of the Digitisation Directive appears to have been - and will be - to bring to the attention of law scholars and legislators a number of new issues and challenges that will have to be addressed in the short term, namely the possibility of effectively regulating the application of digital tools throughout the life cycle of companies; the compatibility of strong artificial intelligence systems with traditional company law schemes and principles as well as the role that the jurist will have to assume with regard to the digital phenomenon, which, by its very nature, does not, in principle, need the interpretative and regulatory work of jurists.

⁶¹ Cf. also Recitals 19 and 20 and Recital 9 of the original proposal for a directive (COM (2018) 239 final).

⁶² Cf. Recital 20, Article 13g, 3rd para, lett. c) and Article 28a, 3rd para, lett. d).

⁶³ Cf. also Recital 8.

⁶⁴A. Bartolacelli, *A New (?) Framework (?)*, cit., 11.

⁶⁵Part of the doctrine rightly believes that the approach of the directive to the issue of digitization is limited and anachronistic. Cf. F. Möslein, *Back to the Digital Future? On the EU Company Law Package's Approach to Digitalization*, in *European Company Law Journal* 16, No.1 (2019), 1-5, 4.

LITERATURE

Audizione del Consiglio Nazionale del Notariato presso la 14° Commissione Affari Europei del Senato della Repubblica, 8 giugno 2020. Available at:

<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/144/101/Consiglio_Nazionale_del_Notariato.pdf>.

Audizione del Direttore Generale dell'Assonime sul Disegno di Legge di delegazione europea 2019 (Atto Senato n. 1721), Roma, 26 maggio 2020. Available at:

<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/133/401/Assonime.pdf>.

A. Bartolacelli, *A New (?) Framework (?) on Digitalisation in European (?) Company (?) Law?*, in *INTEREU LAW EAST*, 5(2), 2018, 1 - 68.

A. Bartolacelli, *O controlo de identidade do sócio fundador nas mais recentes propostas da Comissão Europeia*, in *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2018, 110 ss.

A. Bartolacelli, *Postal de um País (não) distante*, in *DSR*, 2021, 127, fn. 53 and 132, fn. 67

Camera dei Deputati, Bollettino delle giunte e delle commissioni parlamentari. Commissioni riunite II e X (6/10/2021). Available at:

<<http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/html/2021/10/06/0210/allegato.htm#data.20211006.com0210.allegati.all00010>>.

Camera dei Deputati, Commissioni riunite II e X, Discussione in sede consultiva per pareri al Governo (15/09/2021). Available at:

<<https://www.camera.it/leg18/824?tipo=C&anno=2021&mese=09&giorno=15&view=&commissione=0210&pagina=data.20210915.com0210.bollettino.sede00010.tit00020#data.20210915.com0210.bollettino.sede00010.tit00020>>.

Camera dei Deputati, Commissioni riunite II e X, Discussione in sede consultiva per pareri al Governo (22/09/2021). Available at:

<<https://www.camera.it/leg18/824?tipo=C&anno=2021&mese=09&giorno=22&view=&commissione=0210&pagina=data.20210922.com0210.bollettino.sede00010.tit00020#data.20210922.com0210.bollettino.sede00010.tit00020>>.

Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01).

Commission implementing regulation (EU) 2021/1042 of 18th June 2021 laying down rules for the application of Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council as regards technical specifications and procedures for the system of interconnection of registers and repealing Commission Implementing Regulation (EU) 2020/2244.

Commission Recommendation 2003/361/EC, concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises.

Consiglio dei Ministri, Comunicato stampa n. 32 del 5 Agosto 2021. Available at:

<https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-32/17592>.

Consiglio di Stato, sentenza 4 marzo 2021, n. 2643.

Decreto del Ministero della Giustizia 20 luglio 2012, n. 140 (in Gazz. Uff., 22 agosto 2012, n. 195). Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia, ai sensi dell'articolo 9 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale.

Decreto ministeriale 17 Febbraio 2016, Modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata start-up innovative.

Decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3, Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti. Decreto legge convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2015, n. 33.

Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14th June 2017 relating to certain aspects of company law.

Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of 20th June 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law.

G. Esteban Velasco, *La Propuesta de Directiva sobre la "Societas Unius Personae" (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015*, in *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, 131 ss.;

European Council, Santa Maria da Feira (19th and 20th June 2020), Conclusions of the Presidency, Annex III - *European Charter for small enterprises*.

R. Knaier, *Incorporation of Companies in the Digital Age – Erkenntnisse einer Würzburger Tagung*, in *NZG*, 2018, 576

J. Lau Hansen, *The SUP Proposal: Registration and Capital (Articles 13–17)*, in *European Company and Financial Law Review*, 2015, 178 ss.;

Legge 16 febbraio 1913, n. 89, Ordinamento del notariato e degli archivi notarili.

Legge 22 aprile 2021, n. 53, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020.

Legge 24 dicembre 2012, n. 234, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

Legge 27 dicembre 2013, n. 147, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014).

C. Malberti, *The relationship between the Societas Unius Personae proposal and the acquis: Creeping Toward an Abrogation of EU Company Law?*, in *ECFR*, 2015, 258 s.

F. Möslin, *Back to the Digital Future? On the EU Company Law Package's Approach to Digitalization*, in *European Company Law Journal* 16, No.1, 2019, 1-5.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law, 25th April 2018, COM(2018) 239 final.

Regulation (EU) no 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23rd July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC.

Schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2019/1151 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 recante modifica della direttiva (UE) 2017/1132 per quanto concerne l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario.

J. Schmidt, *Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?*, in *GmbH-Rundschau*, 2014, 9, 130

J. Schmidt, *DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht*, in *ZIP*, 3/2021, 112 ss

Senato della Repubblica, 14^a Commissione permanente (Politiche dell'Unione Europea), Resoconto sommario n. 260 (23/09/2021). Available at:

https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=18&id=1312924&part=doc_dc.

Senato della Repubblica, 2^a Commissione permanente, Resoconto sommario n. 257 (13/10/2021). Available at:

https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=18&id=1314974&part=doc_dc.

C. Serra, *Societas Unius Personae (SUP) – Um Golem na União Europeia?*, in *DSR*, 2014, 127 ss.

A. Soveral Martins, *Empresas na Hora*, in *Temas Societários*, Almedina, 2006, p. 81 ss.

T.A.R. Lazio, sentenza del 2 ottobre 2017, n. 10004.

Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, Quaderni dell'antiriciclaggio dell'Unità di informazione Finanziaria. Dati statistici. Il semestre, 2019. Available at:

[https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni/2019/quaderno-2-2019/Quaderno II 2019.pdf](https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni/2019/quaderno-2-2019/Quaderno%20II%202019.pdf).

Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, Rapporto Annuale 2019 n.12, Roma, maggio 2020. Available at:

<https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-annuale/2020/Rapporto-UIF-anno-2019.pdf>.

J.A. Viera Gonzalez, *Anotaciones a los estatutos orientativos de la sociedad limitada nueva empresa y posibilidades de configuraciones diversas*, in *Revista de derecho de sociedades*, 2003, 207 ss.

I. Wuisman, *The Societas Unius Personae (SUP)*, in *European Company Law*, 2015, 40 ss.