

■ Coleção Caderno Especial ■

# COLÓQUIOS

DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
COMÉRCIO SOCIEDADES  
E INSOLVÊNCIAS

abril 2020

**Diretor do CEJ**

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

**Diretores Adjuntos**

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

**Coordenador do Departamento da Formação**

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

**Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais**

Helena Leitão, Procuradora da República

A 6.<sup>a</sup> Secção do Supremo Tribunal de Justiça é uma secção semi especializada à qual cabem julgar, para além de todos os feitos genéricos, os atinentes ao comércio sociedades e insolvências, que nos termos do artigo 128.º da LOSJ, competem aos juízos de comércio.

Em 2013, quando a secção iniciou a sua função como secção especializada, o grosso dos recursos incidiam sobre matéria insolvencial, porém, hoje em dia, cada vez mais somos surpreendidos com questões de direito comercial e societário de grande importância, os quais convocam, além do mais, a análise do regime das sociedades coligadas, maxime em sede de responsabilidade por perdas e dívidas das filiais, passando pelos vários problemas suscitados com a destituição dos administradores, nomeadamente em tema de apuramento da justa causa, ou falta dela, bem como das consequências ao nível da respectiva compensação material e moral; levantam-se ainda grandes problemas na análise do regime do aval, sendo mister acentuar a sua diferenciação do regime da fiança o que nem sempre é consensual, os problemas decorrentes do pacto de aval e o cumprimento do dever de informação e a responsabilização dos obrigados no caso de incumprimento desses deveres.

Por outro lado, em sede insolvencial, a 6.<sup>a</sup> secção cada vez mais tem sido chamada a responder a novos apelos, quer por via da aplicação de normas de direito privado internacional, que advêm da transposição da directiva concernente às insolvências transfronteiriças, quer para clarificar questões postas com algumas das disposições do CIRE, as quais pela sua pouca clareza, pela sua prolixidade, ou mesmo pela ausência de previsão normativa, suscitam perplexidades no judiciário, vg ao nível do incumprimento dos contratos em curso por banda do ai, nomeadamente do contrato promessa, e consequências daí advenientes.

Os contributos que nos trouxeram os ex<sup>ts</sup> prelectores quanto a estas temáticas, é de uma importância relevantíssima para a actividade das instâncias e do supremo tribunal de justiça enquanto órgão de topo, sendo pois de desejar que este encontro, que foi o primeiro, possa ser repetido, tendo em atenção a relevância, o interesse e o alto nível das exposições que nos foram trazidas.

Sendo muito salutar o intercâmbio entre a academia e a judicatura, o debate que se proporciona é sempre enriquecedor, abrindo novas pistas e soluções para estas matérias cada vez mais urgentes.

O nosso muito obrigada a todos quantos participaram.

Ana Paula Boularot<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Juíza Conselheira, Presidente da 6.<sup>a</sup> Secção do Supremo Tribunal de Justiça.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Ficha Técnica

**Nome:**

Comércio, sociedades e insolvências – Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça

**Coleção:**

Caderno Especial

**Programa:**

[Consulte em formato PDF\\*](#)

**Organização:**

Ana Paula Boularot – Juíza Conselheira, Presidente da 6.ª secção do Supremo Tribunal de Justiça

**Produção executiva:**

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

**Intervenientes:**

António Joaquim Piçarra – Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

João da Silva Miguel – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Diretor do Centro de Estudos Judiciários.

José Engrácia Antunes – Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola do Porto)

Jorge Coutinho de Abreu – Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Pedro Pais de Vasconcelos – Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

D. Ignacio Sancho Gargallo – Magistrado do Tribunal Supremo de Espanha

Fonseca Ramos – Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça

Ana Paula Boularot

**Revisão final:**

Edgar Taborda Lopes

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

---

\* Para aceder ao ficheiro deverá descarregar primeiro o e-book.

## **Notas:**

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

## **Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):**

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.  
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

### **Exemplo:**

**Direito Bancário** [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito\\_Bancario.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf).

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –22/04/2020	

COLÓQUIOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

# COMÉRCIO, SOCIEDADES E INSOLVÊNCIAS

## Índice

<b>Abertura</b>	9
<b>António Joaquim Piçarra</b>	11
<b>João da Silva Miguel</b>	15
<b>Painel 1. Comércio e sociedades comerciais</b>	17
<b>Os grupos por domínio total – balanço e perspetivas do seu regime</b>	19
<b>José Engrácia Antunes</b>	
<b>I. Introdução</b>	19
<b>II. O âmbito de aplicação</b>	20
<b>1. Âmbito Pessoal</b>	20
<b>2. Âmbito Espacial</b>	21
<b>3. Âmbito Material</b>	23
<b>III. A formação dos grupos</b>	24
<b>IV. A direção e o funcionamento do grupo</b>	25
<b>1. Poder de Direção: A Divisão de Competências ao Nível da Cúpula Grupal</b>	26
<b>2. Responsabilidade Por Dívidas</b>	28
<b>3. Responsabilidade por Perdas</b>	30
<b>V. Extinção do grupo</b>	30
Bibliografia	32
Jurisprudência	37
<b>Destituição de administradores – controvérsias jurisprudenciais</b>	41
<b>Jorge Coutinho de Abreu</b>	
<b>1. Justa causa de destituição análoga à justa causa de despedimento?</b>	41
<b>2. Ónus da prova quanto à justa causa</b>	42
<b>3. Atas e justa causa</b>	42
<b>4. Deliberações de destituição abusivas-anuláveis?</b>	44
<b>5. Fixação do valor da indemnização por destituição sem justa causa</b>	45
<b>6. Compensação de danos não patrimoniais derivados da destituição sem justa causa?</b>	46
<b>Aval, informação, responsabilidade</b>	49
<b>Pedro Pais de Vasconcelos</b>	
<b>I. Introdução</b>	49
<b>II. Aval e fiança: transtipicidade e sentido</b>	50
<b>III. Posição cambiária, posição subjacente e pacto de aval</b>	52
<b>IV. Partes no pacto de aval</b>	54
<b>V. Dever de informação e direito a ser informado (na relação subjacente)</b>	55
<b>a. O direito ou dever de informação na relação cambiária e na relação subjacente</b>	56
<b>b. Natureza do dever de informação e do direito a ser informado</b>	57
<b>i. Informação como ato de cortesia</b>	58
<b>ii. Informação como ónus</b>	59

iii. Informação como dever extracambiário	65
iv. O papel da boa fé	68
VI. Informação sobre eventos de crédito	70
VII. Responsabilidade civil por falta de informação	72
<b>Painel 2. Insolvência e acções conexas</b>	75
<b>Cuestiones de insolvencia transfronteriza</b>	77
<i>D. Ignacio Sancho Gargallo</i>	
<b>Incidências do incumprimento do contrato promessa de compra e venda por insolvência do devedor</b>	79
<i>Fonseca Ramos</i>	
<b>Conclusões</b>	101
<i>Ana Paula Boularot</i>	103



# ABERTURA

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

**ABERTURA**António Joaquim Piçarra<sup>1</sup>

Exmo. Senhor Diretor do Centro de Estudos Judiciários  
Ilustres Oradores  
Excelências  
Minhas Senhoras e meus Senhores

É uma enorme satisfação estar hoje aqui na abertura do 1.º Colóquio do Supremo Tribunal de Justiça sobre a matéria de comércio, sociedades e insolvências.

Cumprimento-me, antes de mais, começar por agradecer ao Centro de Estudos Judiciários, na pessoa do seu Diretor, o Exmo. Juiz Conselheiro João Miguel, a gentil cedência deste magnífico espaço, assim como toda a colaboração prestada, para a concretização deste Colóquio.

O Supremo Tribunal de Justiça e o Centro de Estudos Judiciários são instituições com excelentes relações institucionais e pessoais.

Procuram, agora, aproximar-se também nas suas atividades correntes e realizações, campo em que, certamente, muito há ainda a fazer.

O Centro de Estudos Judiciários é uma grande instituição de formação jurídica e judiciária e tem um papel único e insubstituível.

Por seu turno, o Supremo Tribunal de Justiça, enquanto órgão judiciário de cúpula, além da sua atividade jurisdicional, sempre foi, e pretende ser cada vez mais, um espaço de estudo, discussão e desenvolvimento do direito e da justiça.

Na confluência das atribuições das nossas duas instituições haverá certamente espaço para mais pontos de interceção do que tem havido.

É isso que esta realização, de algum modo, atesta e que me apraz registar e sublinhar.

O facto de o Supremo Tribunal de Justiça estar temporariamente deslocado para a área do Castelo e ser, por estes dias, um vizinho em sentido próprio do Centro de Estudos Judiciários terá facilitado esta aproximação.

Espero e desejo que esta relação seja para manter e que esta boa vizinhança nos aproxime cada vez mais.

Dirijo também uma especial palavra de agradecimento à 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, na pessoa da sua Presidente, a Sr.ª Conselheira Ana Paula Boularot.

O Colóquio é uma organização desta Secção que muito se empenhou na sua realização.

<sup>1</sup> Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.

Creio que a generalidade dos presentes saberá, e aqueles que o não sabem ficam a saber, que existe já especialização nas Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, estando atribuída à 6.ª Secção a competência especializada de apreciar os recursos em matéria de comércio e insolvências.

Esta organização é, assim, uma iniciativa de quem, no tribunal supremo, tem a sua atividade habitual dirigida à apreciação destas matérias.

O especial conhecimento e a particular sensibilidade para estas temáticas permitiram que esta iniciativa tomasse, pois, forma nessa Secção.

Isto valorizará certamente a qualidade desta iniciativa e, nesse sentido, também valoriza o Supremo Tribunal de Justiça e os seus colóquios.

Dito isto, feitas estas justas menções prévias, farei uma passagem muito breve pelos temas em discussão neste Colóquio.

Não vos tomarei muito tempo pois que, obviamente, a palavra deve ser dada rapidamente aos oradores, moderadores e participantes.

Focando-nos sobre os temas a debater, podemos dizer que teremos uma abordagem muito ampla de matérias comerciais.

O Painel da manhã tratará de questões relativas à orgânica das sociedades comerciais, com incidência em dois temas muito específicos.

Primeiro, as questões das relações entre sociedade e de domínio, numa abordagem geral desta matéria pela voz credenciada do Professor Engrácia Antunes.

De seguida, será tratada a matéria da destituição de administradores numa perspetiva jurisprudencial, esperando que a visão crítica do Professor Jorge Coutinho de Abreu nos traga uma nova luz sobre as controvérsias existentes, neste campo.

Ainda no período da manhã, o Professor Pedro Pais de Vasconcelos debruçar-se-á sobre a temática dos títulos de crédito, atualizando também a discussão e a sua perspetiva sobre o aval.

No período da tarde, o enfoque recairá sobre a área da insolvência e questões conexas.

Primeiro, discutindo problemas transfronteiriços, com a presença, que muito nos agrada, do Sr. Magistrado do Tribunal Supremo de Espanha, Don Ignacio Gargallo, que fez o favor de se deslocar a Lisboa para partilhar connosco as suas reflexões sobre esta matéria.

Precedendo o anúncio das conclusões do Colóquio, a cargo da Senhora Conselheira Ana Paula Boularot, o Senhor Conselheiro António Fonseca Ramos presentear-nos-á com as suas reflexões a propósito do incumprimento do contrato-promessa de compra e venda por insolvência do devedor.

A pontuar estas interessantes e variadas intervenções, teremos a moderação dos Senhores Conselheiros Pinto de Almeida, José Raíno e Ricardo Costa da parte da manhã e dos Senhores Conselheiros Olinda Garcia e Henrique Araújo, à tarde.

Eis-nos, pois, perante um quadro capaz de atrair a atenção de todos quantos se dignaram assistir a este Colóquio ao longo de todo o dia.

Depois, esperamos ter debates vivos para, no fim, se poder dizer que o Colóquio valeu a pena e a todos enriqueceu.

Espero que assim seja e desejo-vos uma boa e profícua jornada!

Disse.

António Joaquim Piçarra

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2mgm38lmwn/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## ABERTURA

João da Silva Miguel<sup>2</sup>

O *e-book* que agora se apresenta é o desfecho do Colóquio promovido pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), pela sua jurisdição civil, sob o tema *Comércio, Sociedades e Insolvências*, e que o CEJ acolheu no seu Auditório Álvaro Laborinho Lúcio.

Foi um privilégio e uma honra para o CEJ poder receber, em jornada de um dia, esta iniciativa científica, em substituição do seu espaço natural, o Salão Nobre do Supremo Tribunal de Justiça, encerrado nos próximos tempos para receber obras de beneficiação e restauro.

Ao anfitrião do Colóquio pedia-se que guardasse as regras da cortesia e não dissesse nem mais nem menos do que as palavras talhadas, próprias e adequadas ao evento e ao momento.

Seguindo as melhores práticas foram ditas breves e singelas palavras, que, resumidamente, se recuperam.

Uma palavra de felicitações ao Supremo Tribunal de Justiça, na pessoa do Senhor Conselheiro Presidente, que representa e simboliza todos os Juízes Conselheiros, pelo dinamismo do nosso mais Alto Tribunal em trazer para o debate e oferecer à comunidade jurídica uma reflexão sólida e acreditada sobre questões atuais e relevantes do direito comercial, muitas vezes arredado do espaço que lhe deve ser reconhecido no mundo jurídico. Também por isso, o respeito em que deve ser tido todo o empenho da Senhora Conselheira Presidente da 6.ª secção, *alma mater* do projeto e sua “CEO” entusiasta.

Uma outra palavra para sublinhar o significado do Colóquio como espaço de diálogo entre a Academia e o Supremo Tribunal de Justiça, pelo enriquecimento recíproco que a reflexão conjunta oferece, a que acresce a circunstância de respeitar a uma área a que o CEJ tem devotado especial atenção, comprovada pelos diversos seminários de Direito Comercial, organizados em parceria com a Revista de Direito Comercial.

E no caso do Colóquio, o enriquecimento é intensificado pela dimensão internacional que recebe pela presença de magistrado do Tribunal Supremo do país vizinho e a possibilidade de reflexão sobre questões de dimensão transfronteiriça, que a todos nos interpelam, potenciadas pelo mercado aberto e sem fronteiras, mas com ordenamentos jurídicos distintos, em que vivemos.

Os temas em discussão, pela sua atualidade e interesse, quer em matéria de direito das sociedades, quer em matéria de insolvência, nas dimensões em que são analisados, o olhar ou os olhares que sobre eles nos chegam da Academia e do Supremo Tribunal, pela voz dos mais prestigiados representantes, e sob a moderação superior dos ilustres Conselheiros, são garantia segura da elevada qualidade do resultado, ansiado por todos quantos participam nos trabalhos, quer os que se encontram nesta sala quer os que esse país fora, através da transmissão difundida e que saúdo, acompanham as sessões.

<sup>2</sup> Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Diretor do Centro de Estudos Judiciários.

E o resultado dos trabalhos, de qualidade ímpar, como se antevia, é agora disponibilizado a toda a comunidade jurídica através desta compilação em *e-book*, na certeza de que constituirá um instrumento de análise e consulta obrigatória por toda a comunidade jurídica para reforçar o estudo do direito comercial e melhorar a qualidade da justiça neste domínio da sua aplicação.



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2mgm38ln3r/streaming.html?locale=pt>



## PAINEL 1.

# Comércio e sociedades comerciais

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## PAINEL 1

### COMÉRCIO E SOCIEDADES COMERCIAIS

#### OS GRUPOS POR DOMÍNIO TOTAL – BALANÇO E PERSPETIVAS DO SEU REGIME

José Engrácia Antunes<sup>1</sup>

- I. Introdução
- II. O âmbito de aplicação
  - 1. Âmbito Pessoal
  - 2. Âmbito Espacial
  - 3. Âmbito Material
- III. A formação dos grupos
- IV. A direção e o funcionamento do grupo
  - 1. Poder de Direção: A Divisão de Competências ao Nível da Cúpula Grupal
  - 2. Responsabilidade Por Dívidas
  - 3. Responsabilidade por Perdas
- V. Extinção do grupo
- Bibliografia
- Jurisprudência
- Vídeo

## I. INTRODUÇÃO

I. O Código das Sociedades Comerciais (CSC) de 1986 ocupou-se no seu Capítulo VI do fenómeno das “Sociedades Coligadas” (artigos 481.º a 508.º-E), tendo-se com isso tornado no terceiro legislador em todo o mundo a prever uma disciplina legal em matéria de grupos de sociedades.\*

II. No âmbito dessa disciplina, destacam-se indubitavelmente os *grupos por domínio total* (artigos 488.º a 491.º). Dado que os grupos por contrato de subordinação (artigo 493.º) e por contrato de grupo paritário (artigo 492.º) são desconhecidos da prática societária nacional (para algumas parcas referências na jurisprudência nacional, de índole puramente classificatória, vide os Acórdãos do STJ de 3-II-2005 [OLIVEIRA BARROS], de 31-V-2011 [SALAZAR CASANOVA], e de 9-V-2019 [I. SACARRÃO MARTINS]), pode afirmar-se que os grupos por domínio total são a única modalidade legal de grupo relevante em Portugal. Não surpreende assim a atenção prevalecte, ou mesmo quase exclusiva, que a doutrina e a jurisprudência portuguesas lhe têm dedicado – consubstanciada em mais de uma centena de estudos doutrinários e de acórdãos existentes sobre a matéria (cf. lista bibliográfica e jurisprudencial final).

III. Volvidos mais de 30 anos sobre a sua aprovação, é porventura oportuno fazer um *balanço* crítico dessa disciplina legal, tomando por base a experiência acumulada da sua aplicação prática e o referido amplo caudal de doutrina e de jurisprudência entretanto sedimentado, bem assim como apontar caminhos para uma eventual *reforma* futura. Serão objeto de análise, sucessivamente, os principais pontos críticos desse regime legal, incluindo os aspetos

<sup>1</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola do Porto).

\* Os preceitos legais citados no texto sem indicação de fonte serão relativos ao CSC.

relativos ao seu *âmbito de aplicação* (pessoal, espacial, material), à *formação* do grupo (com destaque para o papel dos sócios), à *direção* (com destaque para os poderes de representação) e *funcionamento* do grupo (“maxime”, responsabilidade por perdas e dívidas das filiais), e à *extinção* do grupo. Dada a sua especificidade, deixaremos de fora a figura da aquisição tendente ao domínio total.

## II. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO

I. O primeiro plano a merecer a atenção diz respeito ao âmbito de aplicação da própria disciplina legal dos grupos dominiais. Como é consabido, a aplicação desta disciplina está subordinada à verificação cumulativa e obrigatória de três tipos de requisitos:

- Um relativo à *forma* dos sujeitos da relação de coligação (artigos 481.º/1 e 488.º/1: âmbito pessoal);
- Outro relativo ao *estatuto pessoal* dos mesmos sujeitos (artigo 481.º/2: âmbito espacial);
- E, finalmente, um último relativo à específica *natureza da relação* entre ambos (artigo 482.º: âmbito material).

II. O fundamento teórico e a aplicação prática de todos estes requisitos têm suscitado problemas de ordem vária – a que agora me referirei.

### 1. Âmbito Pessoal

I. O primeiro requisito de aplicação diz respeito à *forma jurídica* das sociedades intervenientes num grupo por domínio total inicial: nos termos conjugados dos artigos 481.º /1 e 488.º /1, existirá uma relação de grupo por domínio total inicial quando uma sociedade anónima, por quotas ou em comandita por ações constituir uma *sociedade anónima* de cuja totalidade do capital é a única titular.

II. Ora, a introdução da figura da *sociedade por quotas unipessoal*, realizada pelo legislador português em 1996 (Decreto-Lei n.º 257/96, de 31 de dezembro), veio levantar a dúvida de saber se as sociedades por quotas poderão também ser sujeitos passivos deste tipo de relações.

A maioria dos autores inclina-se a responder afirmativamente a tal questão, estribando esse entendimento na “ratio” subjacente ao regime legal (proteção das sociedades-filhas e seus credores), bem assim como na unidade, coerência e eficácia da sua aplicação (ABREU [2012], 228-229; ANTUNES [2002a], 850-851; ASCENSÃO [2000], 581; COELHO [2003], 41-43; CUNHA [2019], 1137; GOMES [2012], 382; MESQUITA [2003], 240; OLIVEIRA [2016], 49; SANTOS [2009], 74-75).

Um outro setor de autores, inversamente, considera que o legislador de 1996 pretendeu unicamente ocupar-se da figura da sociedade unipessoal em cumprimento dos imperativos de transposição da 12.<sup>a</sup> Diretiva comunitária na matéria, desinteressando-se do seu relevo como sociedade totalmente dominada de grupos societários (CASTRO [2017], 32-37; COSTA [2014], 113-119; DIAS [2014a], 35).

Trata-se de um dissenso indesejável e, em todo o caso perfeitamente evitável, impondo-se que o legislador faça aquilo que já deveria ter feito aquando da sua intervenção originária de 1996: cuidar de coordenar as disposições dos artigos 270.<sup>o</sup>-A e seguintes e dos artigos 488.<sup>o</sup> e seguintes, esclarecendo se e em que circunstâncias poderão existir grupos por domínio total cujas sociedades totalmente dominadas revestem a forma de sociedades por quotas.

III. Relativamente ao sujeito ativo das relações de grupo por domínio total (inicial ou superveniente), merece destaque a frequência com que a sociedade totalmente dominante reveste a forma de uma *sociedade gestora de participações sociais* ou SGPS (cf., por exemplo, Acórdãos do STJ de 4-IV-2017 [FONSECA RAMOS] e de 11-V-2017 [A. PAULA BOULAROT]; Acórdãos da Relação de Lisboa de 4-X-2011 [MANUEL MARQUES], de 10-III-2015 [M. CONCEIÇÃO SAAVEDRA], de 15-III-2018 [M. JOSÉ MOURO] e de 6-IX-2018 [O. CARMO ALVES], da Relação de Coimbra de 12-X-2010 [CARLOS GIL] e de 15-I-2013 [LUÍS CRAVO], e da Relação de Guimarães de 16-IV-2015 [M. LUÍSA RAMOS]) (sobre as relações entre as SGPS e os grupos, vide ANTUNES [2009], 97-99). Discutida é, ainda, a aplicação do regime às empresas públicas (ANTUNES [2002a], 297-302; Acórdão da Relação de Lisboa de 26-IV-1990 [CARDONA FERREIRA]).

## 2. Âmbito Espacial

I. Um segundo requisito diz respeito ao *estatuto pessoal* das sociedades agrupadas: nos termos do artigo 481.<sup>o</sup>/2, o regime legal é apenas aplicável às relações de coligação entre sociedades (aí incluídas, pois, as relações de grupo por domínio total) “*que tenham a sua sede em Portugal*”. Tal significa que, nos estritos termos da letra da lei, a sociedade com sede no estrangeiro que subscreva ou adquira a totalidade do capital de uma sociedade anónima, por quotas ou comanditária por ações portuguesa não será havida como formando um grupo por domínio total com esta, nem, por conseguinte, estará sujeito ao regime dos artigos 488.<sup>o</sup> e seguintes.

II. Este requisito – que veio assim alterar a solução resultante da regra de conflitos geral do artigo 3.<sup>o</sup> – tem sido muito justamente criticado pela doutrina e até pela própria jurisprudência. Entre outros aspetos, saliente-se que semelhante autolimitação espacial:

– é contrária à própria “*ratio legis*” geral dos artigos 488.<sup>o</sup> e seguintes (proteção das filiais e seus credores), para a qual deve ser considerada indiferente a nacionalidade da sociedade-mãe ou vértice grupal;

- introduz uma discriminação entre grupos nacionais e estrangeiros de compatibilidade duvidosa, quer com os princípios constitucionais da igualdade de tratamento e da livre

concorrência, quer com os princípios comunitários da não discriminação em razão da nacionalidade e da liberdade de estabelecimento;

favorece a fuga de investimento nacional e incentiva a deslocalização da sede das sociedades portuguesas para o estrangeiro, como forma de contornar ou iludir a aplicação do regime legal;

e consagra uma solução oposta àquela que foi prevista, quer em ordenamentos jurídicos congéneres para questão idêntica (é o caso, por exemplo, do direito alemão), quer no próprio ordenamento jurídico português para questão paralela (é o caso, por exemplo, do artigo 21.º/4 do CVM ou do artigo 2.º-A, jj) do RGIC, que expressamente referem que poderá existir uma relação de grupo entre sociedades “independentemente de as respetivas sedes se situarem em Portugal ou no estrangeiro”) (para uma análise crítica desenvolvida, vide ANTUNES [2002a], 307-313; ANTUNES [2002b], 95-116; ANTUNES [2008], 11-12; ANTUNES [2020]; ANDRADE [2009], 122-123; ASCENSÃO [2000], 576-577; CORDEIRO [2005], 785; OLIVEIRA [2016], 60-62; LOUREIRO/EREIO [2011], 51-52).

Existem mesmo autores e tribunais que sustentam uma interpretação restritiva do artigo 481.º/2, no sentido de que a exigência da localização da sede em Portugal apenas seria aplicável à sociedade-filha ou totalmente dominada, pelo que o regime legal será também aplicável aos grupos cuja sociedade-mãe, titular da participação totalitária, estivesse sediada num qualquer outro país: nesse sentido se pronunciou recentemente Acórdão da Relação de Lisboa de 11-V-2017 [M. MELO ALBUQUERQUE], segundo o qual “entende-se assim impor-se a interpretação correctiva do n.º 2 do artigo 481.º, de modo a que se conclua que não é necessário que a sociedade que visa estabelecer uma relação de domínio total tenha a sua sede em Portugal” (numa direção semelhante, vide FERNANDES/LABAREDA [2010], 42-46; MORAIS ANTUNES [2007], 216-217).

Finalmente, aumentando a entropia do sistema português vigente, eis que surge ainda na equação o entendimento do TJUE em sede da liberdade de estabelecimento (artigo 49.º e 54.º do TFUE) (cf. designadamente os acórdãos “Daily Mail”, “Centros”, “Uberseering”, “Inspire Art”, “Sevic”, “Cartesio”, “Vale”, “Polbud”) – cuja sinuosa história não o qualifica seguramente como um dos mais felizes trechos da jurisprudência comunitária –, o qual, segundo alguns, fundamentaria a inaplicabilidade do requisito espacial do artigo 481.º/2 às relações de grupo intracomunitárias (neste sentido, com “nuances” diversas, ABREU [2012], 227; DIAS [2007], 285-291; DIAS [2014], 36-37; PICHEL [2014], 251-258).

III. Sucede ainda que o legislador português viria introduzir um *desvio* a esta regra por ocasião da revisão do CSC de 2006 (Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março), ao adicionar uma nova alínea ao elenco legal das exceções consagrado no citado artigo 481.º/2: nos termos da nova alínea d) deste preceito, aquela regra não se aplica ao caso de “constituição de uma sociedade anónima, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 488.º, por sociedade cuja sede não se situe em Portugal”.

É extremamente debatido na doutrina o sentido a associar a este desvio – podendo até dizer-se que a sua introdução veio aumentar, no lugar de reduzir, a complexidade do quadro legal vigente.

Um setor de autores sustenta que tal disposição veio simplesmente autorizar a constituição de sociedades anónimas unipessoais portuguesas por sociedades estrangeiras: a intenção do legislador terá sido unicamente a de colocar um termo às dúvidas suscitadas na prática notarial e registal sobre a licitude dessa constituição, bem como obviar ao expediente frequente da criação de sociedades unipessoais fictícias, não tendo pretendido afastar o requisito geral do proémio do artigo 481.º/2 (ABREU [2012], 227; CUNHA [2019], 1132-1133; DIAS [2008], 86-93; DIAS [2014a], 33-36; MONTEIRO/MAIA [2011], 221; LOUREIRO/EREIO [2011], 53; PICHEL [2014], 250).

Inversamente, um outro setor de autores sustenta que a consagração da licitude dessa constituição torna inevitável o nascimento de uma relação de grupo por domínio total entre sociedades estrangeira e portuguesa, enquanto tal subordinada ao regime dos artigos 488.º e seguintes (FERNANDES/LABAREDA [2010], 42-46; GOMES [2012], 382; OLIVEIRA [2011], 1212-1213; OLIVEIRA [2016], 60-62; TRIUNFANTE [2007], 520-521).

Encontramo-nos de novo diante um aspeto carecido de intervenção clarificadora do legislador, a bem da certeza e segurança jurídica: sob pena de uma ostensiva incoerência lógica e sistemática do regime, afigura-se que a admissibilidade de participações totalitárias internacionais deverá implicar do mesmo passo a existência de relações de grupo por domínio total internacionais, com a conseqüente sujeição ao respetivo regime legal.

### 3. Âmbito Material

I. A aplicabilidade do regime legal dos grupos por domínio total está ainda dependente de um derradeiro requisito relativo à *natureza* ou *tipo* da própria relação de coligação intersocietária: é consabido que, nos termos gerais dos artigos 482.º/1, 488.º/1 e 489.º/1, a existência de uma relação de grupo por domínio total exige a titularidade de uma *participação totalitária ou de 100% de capital*, a nível originário ou superveniente.

II. A singeleza deste pressuposto legal esconde, porém, um conjunto apreciável de problemas que não foram advertidos ou resolvidos pelo legislador.

III. O mais relevante desses problemas, em meu entender, consiste em saber se um tal requisito, além de necessário, será também *suficiente* para o nascimento ou constituição de uma relação de grupo por domínio total – problema esse que, contendendo com outro dos tópicos desta exposição, tratarei autonomamente já em seguida (Cap. III, sobre a formação dos grupos).

IV. Mas existem ainda outros problemas importantes relativos ao âmbito de aplicação material da lei.

A título de ilustração, mencione-se as interrogações suscitadas pelas chamadas *participações totalitárias indiretas*. Designadamente, atenta a omissão de qualquer remissão expressa do artigo 488.º para a figura da titularidade indireta prevista no artigo 483.º/2, será ou não admissível o domínio total inicial indireto?

A doutrina tem patenteados entendimentos muito dissonantes a este respeito, que vão desde aqueles que admitem a sua existência (OLIVEIRA [2016], 51), até àqueles veem nele apenas domínio total superveniente (ABREU [2014a], 128; ANTUNES [2002a], 855-856; TRIGO [1991], 75), que relativizam a sua qualificação como domínio inicial ou superveniente (FERNANDES/LABAREDA [2010], 20-21; aparentemente também, STOKES/RAMOS (2019), 25-26) ou ainda que negam em absoluto a sua admissibilidade (COSTA [2014], 119-120).

Porventura mais importante: atenta a remissão expressa do artigo 489.º para o citado artigo 483.º, estão igualmente cobertas as participações totalitárias indiretas que são detidas pela sociedade totalmente dominante na sociedade totalmente dominada através de sociedades intermédias ou interpostas com as quais se encontra numa mera relação de domínio ou que são detidas por conta da primeira? Trata-se de uma questão decisiva para a delimitação do perímetro dos grupos verticais por domínio total e, conseqüentemente, para a determinação do alcance da aplicação do regime legal, que tem igualmente tido respostas dissonantes e até opostas na doutrina, ora num sentido positivo (ABREU [2014a], 128-129; ANTUNES [2002a], 860-861), ora negativo (COELHO [1991], 336; CASTRO [2017], 54; OLIVEIRA [2016], 52; STOKES/RAMOS [2019], 26-36).

### III. A FORMAÇÃO DOS GRUPOS

I. Um outro plano fundamental que tem suscitado dúvidas na “praxis” dos grupos societários diz respeito, nada mais nada menos, ao *nascimento* ou à *formação* do próprio grupo. Com efeito, a existência de uma relação de grupo por domínio total superveniente não se basta com a aquisição de uma participação totalitária ou de 100% do capital de outra (artigo 489.º/1), sendo ainda necessário, nos termos da lei, que os sócios da sociedade totalmente dominante hajam aprovado por maioria qualificada *uma deliberação social* sobre a matéria em Assembleia Geral especialmente convocada e reunida para o efeito (artigos 489.º/1, “in fine”, 489.º/2/c e 489.º/3).

II. Ora, se ninguém discute a exigência da participação dos sócios da sociedade-mãe na formação dos grupos societários por domínio total, já é controverso o valor jurídico a associar à referida deliberação social.

Para uns, semelhante deliberação social tem uma natureza meramente *ratificativa* ou *extintiva* de um grupo já constituído – de tal modo que a relação de grupo se considera automaticamente nascida logo no momento da aquisição da participação totalitária, pelo que tal deliberação limitar-se-ia a ratificar (artigos 489.º/2/c e 489.º/3 do CSC) ou a extinguir



(artigos 489.º/1, “in fine”, 489.º/2/a e 489.º/2/b) essa relação já preexistente (ALMEIDA [2013], 649; ASCENSÃO [2000], 586; SILVA [1986], 519; TRIGO [1991], 74).

Para outros, a deliberação social possui uma natureza *constitutiva* da relação de grupo – o que significa que esta relação apenas nascerá se tal deliberação social tiver sido aprovada pela Assembleia Geral da sociedade totalmente dominante (ABREU [2014a], 130; ANTUNES [1994], 61-68; ANTUNES [2002a], 868; CASTRO [2017], 48; FRANÇA [1991], 137; OLIVEIRA [2016], 90; VASCONCELOS [2012], 39; cf. ainda o Acórdão da Relação de Lisboa de 14-II-2013 [M. MELO ALBUQUERQUE]).

III. Além disso, saliente-se que, mesmo entre os autores que sustentam a natureza constitutiva da deliberação de grupo, não existe consenso quanto ao regime ou efeitos desta última, em particular quanto ao *momento do início de vigência da relação de grupo*. Para uns, os grupos por domínio total consideram-se constituídos na *data da tomada da deliberação social de grupo* ou, na falta desta deliberação, no prazo de seis meses a contar da data de aquisição da participação totalitária: estribando-se no artigo 489.º/2, tal entendimento sustenta que a omissão deliberativa constitui uma omissão concludente no sentido de os sócios serem favoráveis à manutenção do domínio total, valendo tal omissão como uma espécie de deliberação “tácita” de aprovação da constituição do grupo (ABREU [2014a], 131; OLIVEIRA [2016], 94; VASCONCELOS [2012], 45). Para outros, apenas existirão grupos por domínio total, sujeitos enquanto tal ao regime legal, na data do registo comercial e publicação obrigatória da deliberação social de grupo (artigo 489.º/6 do CSC, artigos 3.º/1/u, 15.º/1 e 70.º/1 do CRC), sendo irrelevante, para estes efeitos, se tal deliberação sobreveio ou não durante esse período semestral: tal entendimento estriba-se agora em argumentos de unidade, coerência e até certeza jurídica do sistema legal de legitimação da constituição de grupos (ANTUNES [1994], 61-68, em especial 67; num sentido convergente, embora com fundamentação diversa, CASTRO [2017], 48-53).

IV. Tratando-se a constituição do grupo de um aspeto estratégico da sua regulação, que contende com os interesses de todos os atores envolvidos – a começar pelo interesse dos próprios grupos empresariais, mas também dos administradores, sócios e credores das sociedades agrupadas –, razões elementares de segurança e certeza jurídica impõem que o legislador intervenha nesta matéria, dissipando de vez as dúvidas que o regime atual tem levantado.

#### IV. A DIREÇÃO E O FUNCIONAMENTO DO GRUPO

I. Um penúltimo plano a merecer a nossa atenção diz respeito ao plano da *direção e do funcionamento do grupo*. Com efeito, o legislador não previu um regime legal próprio nesta matéria para os grupos dominiais, tendo-se limitado a prever uma norma geral de *remissão* para o regime previsto para os grupos contratuais (artigo 491.º). Ora, como é aliás característico deste tipo de expediente técnico-legislativo, o sentido e alcance dessa remissão tem originado não poucas hesitações e dúvidas, que a nossa jurisprudência – é mister frisá-lo – tem vindo a

aplinar e até a resolver (para algumas referências jurisprudenciais, vide os Acórdãos do STJ de 29-XI-2005 [REIS FIGUEIRA], de 31-V-2011 [SALAZAR CASANOVA], de 27-IV-2014 [FERNANDO BENTO], e da Relação de Lisboa de 10-III-2015 [MANUEL MARQUES]).

A título de ilustração, selecionei alguns pontos duvidosos desse regime legal remissivo que, pela sua importância, julgo merecer aqui especial destaque: o poder de direção da cúpula grupal, a responsabilidade por perdas e a responsabilidade por dívidas.

### 1. Poder de Direção: A Divisão de Competências ao Nível da Cúpula Grupal

I. É consabido que nos grupos dominiais, ao contrário dos grupos contratuais, a sociedade-mãe (totalmente dominante) é titular de um poder jurídico de governo virtualmente ilimitado e absoluto sobre todas as áreas da vida e da atividade das respetivas sociedades-filhas (totalmente dominadas): tornou-se assim frequente sublinhar “a omnipresença da sociedade totalmente dominante na estrutura orgânica da sociedade totalmente dominada” (ANTUNES [2002a], 891), “a omnipresença do órgão gestor do grupo” (FRANÇA [1991], 104) ou a existência de um “controlo societário integral” (OLIVEIRA [2012], 1262).

II. Ora, questão que nos sai imediatamente a caminho é a de saber *qual o órgão da sociedade-mãe (anónima) totalmente dominante a quem compete a titularidade e o exercício desse poder de controlo absoluto* relativamente ao governo e à vida das sociedades-filhas totalmente dominadas: a sua Assembleia Geral ou o seu Conselho de Administração?

Em nosso entender, há que distinguir aqui entre uma *competência-regra* do Conselho de Administração e uma *competência residual* da Assembleia Geral de Acionistas.

III. No âmbito dos grupos dominiais, o Conselho de Administração da sociedade-mãe é, por regra, o órgão competente para protagonizar a titularidade e exercício de um tal poder de controlo.

Por um lado, com a instituição de uma relação de grupo por domínio total, a sociedade totalmente dominante passa a ser titular de um poder legal de direção sobre a gestão social da sociedade totalmente dominada, poder este que se traduz essencialmente num direito de os órgãos de administração da primeira emitirem instruções vinculantes e até prejudiciais aos órgãos congéneres da última (artigos 503.º e 504.º): neste sentido, pode afirmar-se que o Conselho de Administração da sociedade-mãe passa a funcionar como o órgão de administração para o grupo inteiro, pois a ele cabe, em derradeira instância, *a decisão sobre todas as matérias da competência dos órgãos de administração das sociedades-filhas*.

Por outro lado, não se pode perder de vista que a sociedade totalmente dominante, agora na sua qualidade de sócia única da sociedade totalmente dominada, é ainda titular de um poder exclusivo ou solitário de decisão sobre todas as matérias compreendidas no âmbito de atribuições da assembleia geral desta última (artigos 373.º e 386.º/2): dado que o exercício dos direitos sociais inerentes às participações totalitárias de capital detidas pela sociedade-mãe nas suas filiais compete aos respetivos órgãos de administração e representação social

(artigos 405.º, 406.º e 408.º), pode dizer-se que é também ao Conselho de Administração daquela sociedade que caberá a decisão sobre *todas as matérias da competência dos órgãos deliberativos das sociedades-filhas*, na qualidade de representante legal ou orgânico da sócia única destas últimas (naturalmente, estamos aqui a considerar o caso de a sociedade-mãe revestir a natureza de uma sociedade anónima, organizada segundo o modelo tradicional (artigo 278.º/1), sendo já a situação algo diferente no caso de a sociedade-mãe revestir a natureza de *sociedade por quotas*, onde a aquisição e alienação de participações sociais é, em princípio e salvo disposição estatutária em sentido contrário, uma matéria da competência da Assembleia Geral (artigo 246.º/2/d) e onde a gestão das participações sociais, sendo matéria da competência da Gerência, se encontra sujeita às deliberações dos sócios (artigo 259.º): sobre esta diversidade entre os grupos de sociedades anónimas e por quotas, cf. ANTUNES [2002a], 635-636, 720, 850-852).

IV. Este protagonismo do Conselho de Administração, todavia, *não é absoluto*, sob pena de tal poder conduzir a um esvaziamento do papel da Assembleia Geral da cúpula grupal e a uma degradação do estatuto jurídico dos respetivos acionistas: é que se, no quadro de uma estrutura empresarial unissocietária (sociedade individual), os acionistas podiam exercer o conjunto dos seus direitos patrimoniais e organizativos relativamente a toda a empresa, no contexto da estrutura plurissocietária eles acabam por perder o exercício de tais direitos em favor dos administradores relativamente aos setores da empresa global agora destacados nas sociedades-filhas. Por essa razão, deverá ser reconhecida à Assembleia Geral dos acionistas da sociedade-mãe *uma competência residual (artigo 373.º/2, “in fine”) relativamente à tomada de decisão sobre determinadas matérias fundamentais relativas à vida das sociedades-filhas* que possuam um impacto significativo sobre a estrutura patrimonial ou organizativa da empresa global do grupo e que possam assim afetar gravemente, por via indireta, o núcleo da posição de socialidade (“Mitgliedschaft”, “membership”, “socialité”) dos próprios acionistas da sociedade-mãe. Saber que matérias fundamentais são essas é questão, todavia, que apenas *caso a caso* poderá ser apurada em definitivo: entre tais matérias, avultam, designadamente, a aprovação de deliberações relativas à distribuição de dividendos das sociedades-filhas, a realização de aumentos do seu capital social (especialmente subscritos por terceiros estranhos ao grupo), a alienação de parte substancial do património social (especialmente quando este represente uma parte substancial do património do próprio grupo) ou a constituição de sociedades-netas (ANTUNES [1994], 103-145; ANTUNES [2002a], 145-150; OLIVEIRA [2016], 148-154).

V. A existência desta competência residual dos sócios das cúpulas grupais foi também já reconhecida pela jurisprudência superior portuguesa: assim sucedeu no Acórdão do STJ de 11-V-2017 [A. PAULA BOULAROT], embora conferindo-lhe aí, em nosso entender, uma amplitude excessiva que a estende ainda a matérias deliberativas não fundamentais, “in casu”, a remuneração dos administradores (ANTUNES [2017], 21-79) (cf. ainda Acórdão da Relação de Lisboa de 14-II-2013 [M. MELO ALBUQUERQUE]).

## 2. Responsabilidade Por Dívidas

I. Uma das normas legais expressamente abrangidas pela remissão feita pelo artigo 491.º respeita ao artigo 501.º, relativo à “*responsabilidade para com os credores da sociedade subordinada*”. Tal significa que, também nos grupos dominiais, a sociedade-mãe (totalmente dominante) tem uma responsabilidade pelas dívidas das sociedades-filhas (totalmente dominadas), em contrapartida do poder de direção que detém sobre a gestão e condução dos negócios sociais destas últimas – trata-se, tomando emprestada a feliz expressão de Ulrich IMMENGA, que titula um dos seus ensaios sobre a matéria, do “preço do grupo” (*Der Preis der Konzernierung*, in: “Festschrift für Franz Böhm”, 253-267, Mohr, Tübingen, 1975).

II. Sendo numerosas as questões que a aplicação deste preceito aos grupos por domínio total vem suscitando, referirei aqui duas que, pela sua relevância, se me afigura merecerem destaque autónomo: a *natureza* da responsabilidade da sociedade-mãe e a *cessação* dessa responsabilidade.

III. No que respeita à questão da *natureza* da responsabilidade prevista no artigo 501.º, em boa hora dela se ocupou a nossa jurisprudência superior. Refiro-me ao Acórdão do STJ de 31-V-2005 [FERNANDES MAGALHÃES], que associou à responsabilidade da sociedade-mãe ou totalmente dominante um conjunto de características fundamentais a saber:

– trata-se uma responsabilidade de natureza *excecional* (que exclui, em princípio, a sua aplicação analógica: cf. também ANDRADE [2009], 110; CORDEIRO [2011], 112; OLIVEIRA [2016], 272; divergentemente GUINÉ [2006], 295-325);

– uma responsabilidade de natureza *legal*, decorrente de norma legal imperativa (assim repudiando o entendimento doutrinal dominante que vê no preceito um caso de desconsideração da personalidade jurídica: v.g., ASCENSÃO [2000], 613; CORDEIRO [1988], 296; CORDEIRO [2000], 81-82; CORREIA [1988], 395; DUARTE [2007], 20; FIGUEIRA [1990], 51; MESQUITA [2003], 244; OLIVEIRA [2011d], 1295; PLÁCIDO [2013], 26; o que não significa que tal instituto não possa ser ocasionalmente convocado de forma complementar de modo a garantir a eficácia do comando legal ou da proteção dos credores sociais: cf. Acórdãos da Relação de Lisboa de 4-X-2011 [MANUEL MARQUES] e de 23-X-2018 [M. CECÍLIA AGANTE]);

– uma responsabilidade *objetiva*, assente num sistema de imputação automática do risco da exploração empresarial (como tal não dependente de ilicitude ou culpa da sociedade-mãe: cf. já FIGUEIRA [1990], 51; igualmente para a responsabilidade por perdas do artigo 502.º, cf. Acórdão de 31-V-2011 [SALAZAR CASANOVA]);

– uma responsabilidade *direta e ilimitada*, que permite aos credores das sociedades-filhas agredir diretamente o património da sociedade-mãe por todas as obrigações daquelas, independentemente da respetiva natureza, fonte, ou montante concretos (contestando a natureza direta da responsabilidade, ANDRADE [2009], 81-84; sustentando cobrir apenas dívidas pecuniárias, CORDEIRO [2011], 101-102; sobre as dívidas fiscais, GUINÉ [2009], 937-965; sobre as dívidas insolvenciais, Acórdão da Relação de Guimarães de 16-IV-2015 [M. LUÍSA RAMOS]);

– e uma responsabilidade *solidária*, por cujo cumprimento integral respondem ambas as sociedades, mãe e filha, com a particularidade de se haver previsto uma condição ou termo especial relativamente ao momento da sua exigibilidade a um dos codevedores (convergentemente, p. ex., Acórdãos da Relação de Lisboa de 6-IX-2018 [O. CARMO ALVES], de 10-III-2015 [MANUEL MARQUES] e de 16-IX-2008 [MANUELA GOMES], da Relação de Coimbra de 15-I-2013 [LUÍS CRAVO], e da Relação de Guimarães de 11-VII-2017 [M. FÁTIMA ANDRADE]) (e não uma responsabilidade acessória ou até subsidiária, como sustentado por uma parte da doutrina: cf. ABREU [2014a], 270; CORDEIRO [2011], 103-106; GOMES [2011], 209-214; OLIVEIRA [2012], 883-884; OLIVEIRA [2016], 209-211; PLÁCIDO [2013], 22-26).

Em todo o caso, trata-se de uma responsabilidade de natureza ascendente, *e não descendente*: o preceito prevê apenas a responsabilidade da sociedade-mãe pelas dívidas da sociedade-filha, e já não o seu inverso (cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 15-III-2018 [M. JOSÉ MOURÓ] e de 12-X-2010 [CARLOS GIL]). Retenha-se finalmente que, ao lado deste regime geral, o legislador previu mecanismos especiais que conferem uma proteção mais ampla a determinadas classes de credores, “maxime”, credores laborais, cuja proteção não esta confinada às relações grupais (artigo 334.º do Código do Trabalho) (cf. ANTUNES [2012], 61-63; RAMALHO [2008], 621-654; Acórdãos do STJ de 9-XI-2011 [SAMPAIO GOMES] e de 6-II-2019 [FERREIRA PINTO]; Acórdãos da Relação de Lisboa de 26-IV-2018 [ALBERTINA PEREIRA] e de 22-I-2019 [HIGINA CASTELO], da Relação de Coimbra de 20-IV-2016 [JORGE ARCANJO], da Relação do Porto de 25-VI-2012 [A. JOSÉ RAMOS] e de 29-II-2016 [DOMINGOS MORAIS], e da Relação de Évora de 23-V-2013 [SILVA RATO], de 28-I-2016 [JOÃO NUNES] e de 12-X-2017 [M. PEREIRA DA SILVA]).

**IV.** Outra questão que tem suscitado entendimentos doutrinários diferentes diz respeito à *extensão temporal* da responsabilidade da sociedade-mãe: segundo alguma doutrina, essa responsabilidade cessa ou extingue-se com a cessação ou extinção da própria relação de grupo (ANDRADE [2009], 120; CORDEIRO [2011], 109-110; mitigado, PLÁCIDO [2013], 56-59).

Na linha daquela que constitui a opinião maioritária entre os autores, o mesmo Acórdão do STJ de 31-V-2005 [FERNANDES MAGALHÃES] veio determinar que “a sociedade totalmente dominante responde pelas obrigações da sociedade dependente constituídas até à cessação da relação de domínio total, mesmo que o seu cumprimento lhe seja exigido (judicial ou extrajudicialmente) após a cessação dessa relação”.

Tal significa dizer que, mesmo após a cessação da relação de grupo, a sociedade-mãe continua a ser responsável pelas dívidas das sociedades-filhas ou totalmente dominadas que hajam sido constituídas antes ou durante a vigência da relação de grupo (nos termos do artigo 501.º/1 e 501.º/2), sendo assim aos credores lícito exigir àquela a satisfação dos respetivos créditos (em sentido convergente, ABREU [2014a], 267; ANTUNES [2002a], 804; ASCENSÃO [2000], 591; CASTRO [2017], 69; FERNANDES/LABAREDA [2010], 23; GARIN/FERREIRA [2012], 114-116; OLIVEIRA [2011d], 1295; OLIVEIRA [2012], 885-886; OLIVEIRA [2016], 212-214).

### 3. Responsabilidade por Perdas

I. Outra das normas legais convocadas pela norma remissiva pelo artigo 491.º respeita ao artigo 502.º, relativo à “*responsabilidade por perdas da sociedade subordinada*”. Tal significa que, no termo da relação de grupo, a sociedade-mãe tem o dever de cobrir todas as perdas contabilísticas anuais registadas durante os exercícios sociais contemporâneos à vigência daquela relação e que não hajam sido compensadas por reservas constituídas durante esse período.

II. A aplicação deste preceito tem originado entendimentos desencontrados. Se uns, considerando que tal norma visa exclusivamente a proteção dos sócios minoritários nos grupos contratuais, propugnam uma interpretação restritiva do artigo 491.º no sentido de excluir o artigo 502.º do bloco das normas remetidas (CASTRO [2017], 70-75), outros, ao invés, sustentando que tal norma almeja igualmente a proteção das próprias sociedades-filhas e dos seus credores, defendem a plena aplicação do referido preceito também no contexto dos grupos dominiais (ABREU [2014], 272-273; CORREIA [1988], 395-396; OLIVEIRA [2012], 886-892; OLIVEIRA [2016], 237-240; TRIGO [1991], 93).

III. Ora, também aqui a nossa jurisprudência superior teve ocasião de tomar posição, tendo-se pronunciado no sentido da *plena aplicação do artigo 502.º aos grupos dominiais*. Como se refere no Acórdão do STJ de 31-5-2011 [SALAZAR CASANOVA], “quando o artigo 502.º, n.º 1, do CSC prescreve que a sociedade subordinada (ou a sociedade dominada, se estivermos numa relação de grupo por domínio total que findou) «tem o direito de exigir que a sociedade directora compense as perdas anuais que, por qualquer razão, se verificarem durante a vigência do contrato de subordinação», estão aqui a tutelar-se interesses da sociedade que irá prosseguir a sua actividade, mas também interesses dos credores por uma via acrescida à que promana do artigo 501.º do CSC. Por isso, face a tais propósitos da lei, considerem-se ou não excessivamente garantísticos de «jure condendo», não se justifica uma interpretação restritiva que apenas reconheça esse direito aos sócios livres que, no caso de sociedades com domínio total, seriam os detentores de 10% ou menos do capital da sociedade dominada (artigo 489.º, n.º 4, al. c), do CSC”.

### V. EXTINÇÃO DO GRUPO

I. A terminar, uma brevíssima palavra sobre a *extinção* dos grupos dominiais, apenas para assinalar que, também neste derradeiro plano do regime legal, subsistem aspetos controvertidos e omissos que importa não perder de vista.

II. Desde logo, existem leituras divergentes a respeito do *elenco legal dos eventos extintivos*, previsto no artigo 489.º/4. Um deles diz respeito à *transferência da sede* de qualquer uma das sociedades (totalmente dominante e/ou dominada) para fora de Portugal (artigo 489.º 4/a)): ora, a introdução da alínea d) do artigo 481.º/2, para quem considere que a mesma veio subordinar ao regime legal português os grupos dominiais com cúpula estrangeira (cf. *supra* II-2), veio do mesmo passo originar uma derrogação tácita parcial do referido evento extintivo, que deixa de ser aplicável às sociedades totalmente dominantes (OLIVEIRA [2011], 1213; OLIVEIRA [2012], 62). Outro diz respeito à *alienação de frações de capital superiores a 10% da*

*sociedade totalmente dominada* (artigo 489.º/4/c): apesar de haver quem sustente uma interpretação corretiva ou mesmo ab-rogatória da norma, no sentido de que o grupo dominial terminará qualquer que seja o montante do capital alienado (CASTRO [2017], 76-79), é mister sublinhar que a maioria da doutrina e da jurisprudência portuguesas continua a retirar da norma o que ela realmente diz – ou seja, que a titularidade de uma participação totalitária de capital, sendo embora um pressuposto necessário da constituição do grupo dominial, não o é da sua manutenção, o qual subsistirá se e enquanto a participação detida pela sociedade-mãe não se tornar igual ou inferior a 90% do capital da filial (ABREU [2014b], 134; ANTUNES [2002a], 904-908; FIGUEIRA [1990], 57; OLIVEIRA [2011d], 1249-1250; TRIGO [1991], 77-78) (para outros eventos extintivos, vide o Acórdão do STJ de 29-XI-2005 [REIS FIGUEIRA]).

III. Mas há também aspetos omissos no regime legal da extinção grupal – falamos da *não exigência legal expressa de uma deliberação social de extinção do grupo*. Por razões de coerência e unidade do sistema de participação dos sócios nas operações reorganização da superestrutura jurídica da sua empresa – relembre-se a exigência de uma deliberação social para a formação e a extinção do grupos contratuais (desenvolvidamente ANTUNES [2002a], 659-683, 703-705), bem assim como para a formação dos próprios grupos dominiais (cf. *supra* III) –, justificar-se-ia que o legislador, no âmbito de uma eventual reforma do regime geral, viesse a prever expressamente a necessidade de uma deliberação prévia do colégio dos sócios da sociedade totalmente dominante na matéria, consagrando no plano da lei positiva aquele que é já o entendimento propugnado por um setor da doutrina nacional (ANTUNES [2002a], 908; OLIVEIRA [2011c], 1259).

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Coutinho, *Responsabilidade Civil nas Sociedades em Relação de Domínio*. In: LXI “Scientia Iuridica” (2012), 223-246.

ABREU, Jorge Coutinho, *Artigo 489.º (Domínio Total Superveniente)*. In: “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”, vol. VII, 125-135, Almedina, Coimbra, 2014.

ABREU, Jorge Coutinho, *Artigo 501.º (Responsabilidade para com os Credores da Sociedade Subordinada)*. In: “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”, vol. VII, 264-270, Almedina, Coimbra, 2014.

ABREU, Jorge Coutinho, *Artigo 502.º (Responsabilidade por Perdas da Sociedade Subordinada)*. In: “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”, vol. VII, 271-278, Almedina, Coimbra, 2014.

ABREU, Jorge Coutinho/ MARTINS, Alexandre Soveral, *Grupos de Sociedades. Aquisições Tendentes ao Domínio Total*. Almedina, Coimbra, 2003.

ALMEIDA, A. Pereira, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercado*. Volume I (“Sociedades Comerciais”), 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

ALMEIDA, Margarida Azevedo, *O Problema da Responsabilidade do Sócio Único perante os Credores da Sociedade Quotas Unipessoal*. In: 3 “Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas” (2005), 61-98.

ANDRADE, Ana Gomes, *A Responsabilidade da Sociedades Totalmente Dominante*. Almedina, Coimbra, 2007.

ANTUNES, Ana F. Morais, *O Instituto da Aquisição Tendente ao Domínio Total (Artigo 490.º do CSC): Um Exemplo de uma “Expropriação legal” dos Direitos dos Minoritários?*. In: “Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais”, vol. II, 203-253, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

ANTUNES, José Engrácia, *A Aquisição Tendente ao Domínio Total – Da Sua Constitucionalidade*. Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

ANTUNES, José Engrácia, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*. Almedina, Coimbra, 2002.

ANTUNES, José Engrácia, *O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas*. In: “Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço”, volume II, 95-116, Almedina, Coimbra, 2002.



ANTUNES, José Engrácia, *Os Poderes nos Grupos de Sociedades – O Papel dos Accionistas e dos Administradores na Formação e na Direcção da Empresa de Grupo*. In: AA.VV., “Problemas do Direito das Sociedades”, 153-165, Almedina, Coimbra, 2002.

ANTUNES, José Engrácia, *The Law of Corporate Groups in Portugal*. Institute for Law and Finance, University of Frankfurt, Working Paper Series nº 84, 2008.

ANTUNES, José Engrácia, *As Sociedades Gestoras de Participações Sociais*. In: I “Direito das Sociedades em Revista” (2009), volume 1, 67-103.

ANTUNES, José Engrácia, *Os Grupos de Sociedades no Direito do Trabalho*. In: XIX “Questões Laborais” (2012), 49-78.

ANTUNES, José Engrácia, *The Management and Supervision of Corporate Groups*. In: “Festschrift für Theodor Baums zum siebzigsten Geburtstag”, Band I, 77-107, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

ANTUNES, José Engrácia, *Das Deliberações do Conselho de Administração de uma SGPS no Contexto de Relações de Grupo por Domínio Total - Anotação ao Acórdão do STJ de 11 de maio de 2017*. In: 20 “Direito das Sociedades em Revista” (2018), 21-79.

ANTUNES, José Engrácia, *The Law of Groups of Companies in Portugal*. In: Manóvil, Rafael (dir.), “Groups of Companies – A Comparative Law Overview”, Springer Verlag, Berlin, 2020.

CASTRO, Carlos Osório, *A Relação de Domínio Total: Diagnóstico e Remédios*. In: 18 “Direito das Sociedades em Revista” (2017), 26-79.

COELHO, Francisco Pereira, *Os Grupos de Sociedades – Anotação Preliminar aos Artigos 488.º a 508.º*. In: LXIV “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra” (1988), 297-353.

COELHO, M. Ângela, *A Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual: O EIRL e a SQU em Confronto*. In: “Os Quinze Anos de Vigência do Código das Sociedades Comerciais”, 29-43, Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2003.

CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*. Almedina, Coimbra, 2000.

CORDEIRO, António Menezes, *Direito Europeu das Sociedades*. Almedina, Coimbra, 2005.

CORDEIRO, António Menezes, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (Artigo 501.º/1 do CSC) e seu Âmbito*. In: 1 “Direito das Sociedades em Revista” (2011), 83-115.

CORDEIRO, Pedro, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*. In: “Novas Perspectivas do Direito Comercial”, 289-311, Almedina, Coimbra, 1988.

CORREIA, Luís Brito, *Grupos de Sociedades*. In: “Novas Perspectivas do Direito Comercial”, 379-3999, Almedina, Coimbra, 1988.

COSTA, Ricardo, *As Sociedades Unipessoais*. In: AA.VV., “Problemas do Direito das Sociedades”, 25-63, Almedina, Coimbra, 2002.

COSTA, Ricardo, *Artigo 488.º (Domínio Total Inicial)*. In: “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”, vol. VII, 110-124, Almedina, Coimbra, 2014.

DIAS, Rui Pereira, *As Sociedades no Comércio Internacional*. In: IDET, “Miscelâneas nº 5”, 41-108, Almedina Coimbra, 2008.

DIAS, Rui Pereira, *Artigo 481.º (Âmbito de Aplicação)*. In: “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”, vol. VII, 15-42, Almedina, Coimbra, 2014.

DIAS, Rui Pereira, *A Responsabilidade das Sociedades-Mãe Estrangeiras no Regime dos Grupos: Os Cinzentos do Acórdão Impacto Azul*. In: “III Congresso Direito das Sociedades em Revista” (2014), 411-424.

DUARTE, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio*. Almedina, Coimbra, 2007.

FERNANDES, L. Carvalho/ LABAREDA, João, *A Situação dos Acionistas perante Dívidas da Sociedade Anónima no Direito Português*. In: 4 “Direito das Sociedades em Revista” (2010), 11-74.

FIGUEIRA, Eliseu, *Disciplina Jurídica dos Grupos de Sociedades – Breves Notas Sobre o Papel e a Função dos Grupos de Empresas e sua Disciplina Jurídica*. In: XV “Colectânea de Jurisprudência” (1990), nº 4, 37-59.

FRANÇA, Maria Augusta, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*. AAFDL, Lisboa, 1990.

GARIN, Duarte/ FERREIRA, Francisco Cunha, *O Âmbito de Aplicação Temporal do Artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais: Cessação da Responsabilidade com a Extinção*. In: 33 “Actualidad Jurídica Uría Menéndez” (2012), 112-116.

GOMES, Fátima, *Considerações Introdutórias à Problemática Jurídica dos Grupos de Sociedades*. In: “Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Sendin”, 356-392, UC Editora, Lisboa, 2012.

GOMES, M. Januário Costa, *A Sociedade com Domínio Total como Garante: Breves Notas*. In: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor C. Ferreira de Almeida”, vol. IV, 197-216, Almedina, Coimbra, 2011.

GUINÉ, Orlando Vogler, *A Responsabilização Solidária nas Relações de Domínio Qualificado*. In: 66 “Revista da Ordem dos Advogados” (2006), 295-325.

GUINÉ, Orlando Vogler, *A Responsabilidade da Sociedade Directora por Dívidas Fiscais da Sociedade Dirigidas – Algumas Notas para a sua (In)Compreensão*. In: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita”, vol. I, 937-965, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

LOUREIRO, Catarina Tavares/ EREIO, Joana Torres, *A Relação de Domínio ou de Grupo como Pressuposto de Facto para a Aplicação das Normas do Código das Sociedades Comerciais – O Âmbito Espacial em Particular*. In: 30 “Actualidad Jurídica Uría Menéndez” (2011), 46-61.

MELO, Pedro Gouveia, *Discriminação Inversa? O Acórdão Impacto Azul e a Exclusão da Responsabilidade Solidária das Sociedades-Mãe de Outros Estados Membros pelas Dívidas das suas Filiais Nacionais*. In: “Anuario de Direito Internacional” (2013), 333-349.

MESQUITA, Manuel Henrique, *Os Grupos de Sociedades*. In: “Os Quinze Anos de Vigência do Código das Sociedades Comerciais”, 233-247, Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2003.

MONTEIRO, António Pinto/ MAIA, Pedro, *Sociedades Anónimas Unipessoais e a Reforma de 2006*. In: 139 “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (2010), 138-155.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo, *Artigo 481.º (Âmbito de Aplicação)*. In: “Código das Sociedades Comerciais Anotado”, 1209-1213, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo, *Artigo 488.º (Domínio Total Inicial)*. In: “Código das Sociedades Comerciais Anotado”, 1238-1244, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo, *Artigo 489.º (Domínio Total Superveniente)*. In: “Código das Sociedades Comerciais Anotado”, 1245-1250, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo, *Artigo 501.º (Responsabilidade Para com os Credores da Sociedade Subordinada)*. In: “Código das Sociedades Comerciais Anotado”, 1293-1297, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo, *Questões Avulsas em Torno dos Artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais*. In: IV “Revista de Direito das Sociedades” (2012), 871-898.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo, *Manual de Grupos de Sociedades*. Almedina, Coimbra, 2016.

PICHEL, Paulo, *O Âmbito Espacial do Regime de Coligação Societária à Luz do Direito da União Europeia*. In: 11 “Direito das Sociedades em Revista” (2014), 225-259.

PLÁCIDO, Tiago Mendes, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*. In: “Estudos do Instituto do Conhecimento AB”, nº 5, 451-544, Almedina, Coimbra, 2016.

RAMALHO, M. Rosário Palma, *Grupos Empresariais e Societários – Incidências Laborais*, Almedina, Coimbra, 2008.

SANTOS, Filipe Cassiano, *A Sociedades Unipessoal por Quotas*. Coimbra Editora, Coimbra, 2009.  
SANTOS, Pedro Barrambana, *O Direito à Informação nas Sociedades em Relação de Domínio Total – A Posição dos Sócios da Sociedade-Mãe*. In: VI “Revista de Direito das Sociedades” (2014), 151-212.

SILVA, Fernando Castro, *Das Relações Inter-Societárias*. In: 4 “Revista de Notariado” (1986), 489-538.

STOKES, Miguel/ RAMOS, Gabriel Freire, *Pressupostos do Domínio Total Indireto: Algumas Reflexões*. In: 51 “Actualidad Jurídica Uría Menéndez” (2019), 19-36.

TRIGO, Maria Graça, *Grupos de Sociedades*. In: 123 “O Direito” (1991), 41-114.

TRIUNFANTE, Armando, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

VASCONCELOS, Pedro Pais, *Constituição de Grupo por Domínio Total Superveniente*. In: 8 “Direito das Sociedades em Revista” (2012), 35-49.

VENTURA, Raúl, *Grupos de Sociedades – Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE*. In: 41 “Revista da Ordem dos Advogados” (1981), 23-81, 305-362.

## JURISPRUDÊNCIA

### Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 10-IV-2003 (MOITINHO DE ALMEIDA) (aquisição tendente ao domínio total, constitucionalidade, compatibilidade com o direito à iniciativa privada, o direito de propriedade e o princípio da igualdade de tratamento)

Acórdão de 3-II-2005 (OLIVEIRA BARROS) (aquisição tendente ao domínio total, consignação em depósito)

Acórdão de 31-V-2005 (FERNANDES MAGALHÃES) (grupos por domínio total, responsabilidade perante os credores da sociedade totalmente dominada)

Acórdão de 29-XI-2005 (REIS FIGUEIRA) (reforma dos administradores, grupo por domínio total, extinção da sociedade totalmente dominante, caducidade das instruções vinculantes, abuso de direito)

Acórdão de 31-V-2011 (SALAZAR CASANOVA) (grupos por domínio total, responsabilidade por perdas)

Acórdão de 9-XI-2011 (SAMPAIO GOMES) (responsabilidade solidária por créditos laborais, ónus da prova da coligação societária)

Acórdão de 27-IV-2014 (FERNANDO BENTO) (grupos por domínio total, remuneração dos administradores, âmbito do direito de instruções vinculantes)

Acórdão de 4-IV-2017 (FONSECA RAMOS) (grupos por domínio total, SGPS como sociedade totalmente dominante, processo especial de revitalização, prestação de garantias, assunção de dívida)

Acórdão de 11-V-2017 (A. PAULA BOULAROT) (grupos por domínio total, SGPS como sociedade totalmente dominante, direito de dar instruções vinculantes, validade das deliberações do Conselho de Administração)

Acórdão de 6-II-2019 (FERREIRA PINTO) (responsabilidade solidária por créditos laborais, ónus da prova da coligação societária)

Acórdão de 9-V-2019 (I. SACARRÃO MARTINS) (coligação de sociedades, uniões pessoais de administrações, desconsideração da personalidade jurídica)

## Tribunais da Relação

Acórdão da Relação de Lisboa de 26-IV-1990 (CARDONA FERREIRA) (âmbito de aplicação pessoal do regime das sociedades coligadas, empresas públicas, incidente de intervenção principal)

Acórdão da Relação de Lisboa de 6-VI-2002 (SOUSA MAGALHÃES) (aquisição tendente ao domínio total, constitucionalidade, consignação em depósito)

Acórdão da Relação de Lisboa de 29-X-2002 (A. ABRANTES GERALDES) (aquisição tendente ao domínio total, constitucionalidade, valor da contrapartida)

Acórdão da Relação de Lisboa de 16-IX-2008 (MANUELA GOMES) (grupos de sociedades, responsabilidade por dívidas)

Acórdão da Relação de Lisboa de 12-XI-2009 (A. SILVA GERALDES) (aquisição tendente ao domínio total, valor da contrapartida, processo especial de liquidação de participações)

Acórdão da Relação de Coimbra de 12-X-2010 (CARLOS GIL) (grupos por domínio total, SGPS como sociedade totalmente dominante, insolvência, apensação de processos, impugnação de deliberações da assembleia de credores)

Acórdão da Relação do Porto de 29-IX-2011 (LEONEL SERÓDIO) (grupos e coligações, autonomia jurídica das sociedades, legitimidade processual)

Acórdão da Relação de Lisboa de 4-X-2011 (MANUEL MARQUES) (grupo por domínio total, SGPS como sociedade totalmente dominante, arresto, impugnação pauliana, desconsideração da personalidade jurídica)

Acórdão da Relação do Porto de 25-VI-2012 (A. JOSÉ RAMOS) (responsabilidade solidária por créditos laborais, desconsideração da personalidade jurídica)

Acórdão da Relação de Coimbra de 15-I-2013 (LUÍS CRAVO) (grupo de sociedades, SGPS como sociedade totalmente dominante, prestação de serviços, responsabilidade por dívidas)

Acórdão da Relação de Lisboa de 14-II-2013 (M. MELO ALBUQUERQUE) (constituição de grupo por domínio total inicial, deliberação, suspensão de deliberação)

Acórdão da Relação de Évora de 23-V-2013 (SILVA RATO) (responsabilidade solidária por créditos laborais, ónus da prova da coligação societária)

Acórdão da Relação de Lisboa de 10-III-2015 (MANUEL MARQUES) (grupos por domínio total, SGPS como sociedade totalmente dominante, responsabilidade perante os credores da totalmente dominada, intermediação financeira)

Acórdão da Relação de Lisboa de 10-III-2015 (M. CONCEIÇÃO SAAVEDRA) (grupos por domínio total, SGPS como sociedade totalmente dominante, responsabilidade perante os credores da totalmente dominada, papel comercial, deveres de informação)

Acórdão da Relação de Guimarães de 16-IV-2015 (M. LUÍSA RAMOS) (grupos por domínio total, SGPS como sociedade totalmente dominante, insolvência, legitimidade processual passiva)

Acórdão da Relação de Évora de 28-I-2016 (JOÃO NUNES) (responsabilidade solidária por créditos laborais, insolvência do empregador, contraordenações laborais)

Acórdão da Relação do Porto de 29-II-2016 (DOMINGOS MORAIS) (responsabilidade solidária por créditos laborais, litigância de má-fé)

Acórdão da Relação de Coimbra de 20-IV-2016 (JORGE ARCANJO) (responsabilidade solidária por créditos laborais, insolvência dos devedores insolventes)

Acórdão da Relação de Lisboa de 11-V-2017 (M. MELO ALBUQUERQUE) (aquisição tendente ao domínio total, âmbito de aplicação espacial das normas sobre sociedades coligadas, não discriminação em razão da nacionalidade)

Acórdão da Relação de Guimarães de 11-VII-2017 (M. FÁTIMA ANDRADE) (seguro de crédito, desconsideração da personalidade jurídica, domínio total, responsabilidade por dívidas)

Acórdão da Relação de Évora de 12-X-2017 (M. PEREIRA DA SILVA) (domínio total, responsabilidade solidária por créditos laborais)

Acórdão da Relação de Lisboa de 15-III-2018 (M. JOSÉ MOURO) (grupos por domínio total, SGPS como sociedade totalmente dominante, responsabilidade contratual)

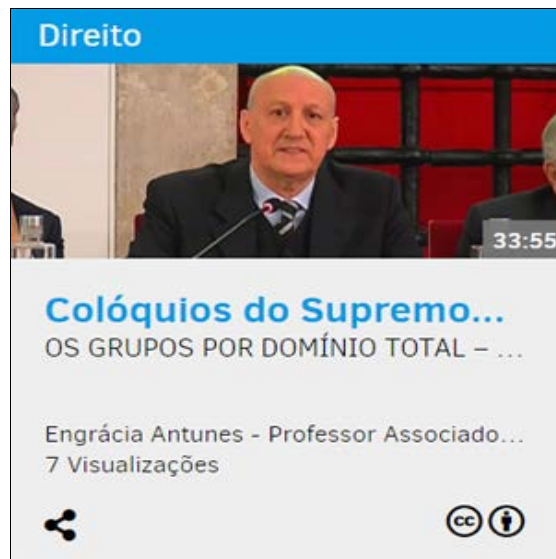
Acórdão da Relação de Lisboa de 26-IV-2018 (ALBERTINA PEREIRA) (responsabilidade solidária por créditos laborais, ónus da prova da coligação societária)

Acórdão da Relação de Lisboa de 6-IX-2018 (O. CARMO ALVES) (sociedade gestora de participações sociais, responsabilidade por dívidas, desconsideração da personalidade jurídica)

Acórdão da Relação de Lisboa de 23-X-2018 (M. CECÍLIA AGANTE) (responsabilidade dos administradores, proteção dos credores sociais, desconsideração da personalidade jurídica)

Acórdão da Relação de Lisboa de 22-I-2019 (HIGINA CASTELO) (responsabilidade solidária por créditos laborais, domínio quase total, interrupção da prescrição)

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2mgm38ln7m/streaming.html?locale=pt>



## PAINEL 1

### COMÉRCIO E SOCIEDADES COMERCIAIS

#### DESTITUIÇÃO DE ADMINISTRADORES – CONTROVÉRSIAS JURISPRUDENCIAIS

Jorge Coutinho de Abreu <sup>1</sup>

1. Justa causa de destituição análoga à justa causa de despedimento?
  2. Ónus da prova quanto à justa causa
  3. Atas e justa causa
  4. Deliberações de destituição abusivas-anuláveis?
  5. Fixação do valor da indemnização por destituição sem justa causa
  6. Compensação de danos não patrimoniais derivados da destituição sem justa causa?
- Vídeo

Vou dizer neste escrito o que disse em 22 de janeiro de 2020 no Colóquio do STJ “Comércio, Sociedades e Insolvências”. E vou dizê-lo simples, direta e sinteticamente (em modo “coloquial”) como então disse. Dialogando com a jurisprudência dos tribunais superiores acerca de posições (nela) controvertidas (o subtítulo da comunicação é, exatamente, “controvérsias jurisprudenciais”); melhor, intrometendo-me nos diálogos que podem ser construídos a partir de orientações (divergentes) firmadas em acórdãos diversos.<sup>2</sup>

#### 1. Justa causa de destituição análoga à justa causa de despedimento?

Alguma jurisprudência, talvez dominante, considera a justa causa de destituição equivalente ou análoga à justa causa (subjéctiva) de despedimento (laboral) – o comportamento dos administradores (em sentido amplo, abarcando também os gerentes) há de ser ilícito e culposo.<sup>3</sup> Afinidade existe, é verdade, quando em causa está a destituição fundada na “violação grave dos deveres” (legais específicos, legais gerais de cuidado ou de lealdade, ou estatutários) dos administradores – CSC, artigos 257.º, 6, 403.º, 4. Pese embora a relação de administração não seja laboral, nem os deveres dos administradores sejam idênticos aos dos trabalhadores.

Contudo, não há analogia quando a justa de destituição se funda em situações que em nada se consubstanciam na violação (culposa) de deveres funcionais dos administradores. Para não ir, aqui, além do exemplificado nos preceitos há pouco citados (“incapacidade – ou “inaptidão” – para o exercício normal das respetivas funções”), há justa causa para destituir o administrador que haja revelado falta de conhecimentos ou de capacidade cognitiva, emocional ou de interação necessários para uma administração ordenada, ou que sofra diminuição física

<sup>1</sup> Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>2</sup> Desenvolvimentos e referências bibliográficas podem ser encontrados em outros escritos meus, designadamente no *Curso de direito comercial*, vol. II – *Das sociedades*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 585-608, e no *Código das Sociedades Comerciais em Comentários* (coord. de Coutinho de Abreu), Almedina, Coimbra, vol. IV, 2ª ed., 2017 (comentário ao artigo 257.º) e vol. VI, 2ª ed., 2019 (comentário ao artigo 403.º).

<sup>3</sup> Cfr. exemplos no *Curso...*, p. 594, nt. 1635.

decorrente, por exemplo, de doença prolongada (incurável, ou curável em tempo excedendo o período por que foi designado) impeditiva do exercício normal das funções de administração.

## 2. Ónus da prova quanto à justa causa

Se um administrador destituído (por deliberação dos sócios) pede judicialmente uma indemnização, é ele que tem de provar a inexistência de justa causa, ou é sobre a sociedade que contesta o pedido que impende o ónus da prova da justa causa?

Tendo em vista o artigo 342.º do CCiv. (“1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. / 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.”), duas respostas são cogitáveis:<sup>4</sup>

(a) O (ex-)administrador invoca o direito a ser indemnizado por ter sido destituído sem justa causa; o facto constitutivo desse direito é a inexistência de justa causa na destituição; portanto, cabe ao destituído provar esta situação negativa.

(b) A sociedade tem o direito de destituir sem obrigação de indemnizar quando haja justa causa; a ela compete provar esta situação positiva, ou como facto constitutivo daquele direito, ou como facto impeditivo do direito do destituído à indemnização.

Parece mais razoável a segunda solução. É muito mais fácil provar a existência do que a inexistência de factos ou situações que se traduzam em justa causa de destituição.<sup>5</sup>

## 3. Atas e justa causa

Para o tribunal dar como provada a justa causa de uma destituição é necessário que os respetivos fundamentos constem da ata da assembleia em que foi adotada a deliberação de destituição?

Ou é possível que ela seja reconhecida com base não só nos factos trazidos ao processo e nele comprovados?

É um problema que tem dividido manifestamente a jurisprudência.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> E ambas as respostas têm sido dadas nos tribunais – v. exemplos no *Curso...*, p. 599, nt. 1654. Embora pareça ser dominante e estar praticamente consolidada a resposta indicada em segundo lugar no texto.

<sup>5</sup> E seria ainda mais difícil ao destituído provar a inexistência de justa causa quando da ata da assembleia geral de destituição não constem quaisquer factos relativos à causa (v., a propósito, *infra*, n.º 3).

<sup>6</sup> V. exemplos no *Curso...*, p. 599-600, nt. 1655, e no meu artigo “Diálogos com a jurisprudência III – Destituição de administradores”, *DSR* (Direito das Sociedades em Revista) 5 (2011), p. 17, s.

Estou com a jurisprudência que responde negativamente à primeira interrogação e afirmativamente à segunda.

A ata é meio de prova das deliberações dos sócios (e meio de prova substituível, ao invés do que transparece no n.º 1 do artigo 63.º do CSC).

Prova, sublinhe-se, das deliberações (decisões juridicamente imputáveis à sociedade).

A lei não diz que a ata é meio de prova dos motivos ou fundamentos das deliberações, ou que nela tais motivos devem ser registados.

Uma ata que certifique uma deliberação de destituição pode conter os fundamentos de justa causa respetivos (sendo muitas vezes conveniente que os contenha). Mas não tem de os mencionar, e há por vezes razões ponderosas para a não menção (p. ex., para evitar danos reputacionais à sociedade ou ao próprio destituído).

A ata não é nenhuma “nota de culpa” a que o (ex-)administrador deva responder em tribunal.<sup>7</sup>

Recordemos: para a generalidade das sociedades, o conteúdo mínimo da ata é determinado pelas oito alíneas do n.º 2 do artigo 63.º do CSC; a respeito das deliberações, a al. f) prescreve que a ata contenha o “teor das deliberações tomadas”. Ora, o teor de uma deliberação de destituição consiste exatamente nos termos da proposta de destituição que obteve a maioria dos votos necessária.

Uma proposta pode mencionar (sob forma ou não de “considerandos”), mas pode também não mencionar os fundamentos, motivos ou razões da mesma.

Aprovada uma proposta de destituição de que não constam os fundamentos, o registo da deliberação respetiva em ata não os conterà também.

Dir-se-á: apesar de a proposta não mencionar os fundamentos, a discussão sobre a mesma (antes da votação) revelá-los-á, devendo depois a ata registá-los. Mas:

(a) é possível não haver discussão da proposta;

(b) ainda que haja discussão, os motivos expostos não têm de aparecer na ata.

Por qualquer razão, os fundamentos da justa causa não estão na ata; mas eles são comprovados no processo judicial; o tribunal declara: o administrador foi realmente destituído com justa causa, mas sentencio que não foi, porquanto a realidade não retratada em ata é irreal juridicamente. Seria isto razoável?

<sup>7</sup> Sem prejuízo, porém, do direito de contraditar o propósito de destituição que aos administradores deveria ser atribuído – mas isto é assunto outro...

#### 4. Deliberações de destituição abusivas-anuláveis?

O artigo 58.º, 1, b), do CSC consagra a anulabilidade das deliberações abusivas:

- as apropriadas para satisfazer o propósito de um ou mais sócios conseguirem vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou dos outros sócios;
- e as apropriadas para satisfazer o propósito de um ou mais sócios tão só prejudicarem a sociedade ou sócios minoritários (emulativas).

São inúmeras as deliberações de destituição sem justa causa que patenteiam características típicas das deliberações abusivas. Especialmente das deliberações emulativas, e mais em particular das que visam somente prejudicar o administrador destituído (na sequência, por exemplo, de conflitos pessoais ou familiares). Podem ser anuladas, possibilitando-se, pois, a reocupação do cargo?

Há alguns acórdãos admitindo em geral a anulabilidade, mas sem que a tenham aplicado nos casos sob juízo. Deixei de conta, no entanto, de uma decisão do STJ que a aplicou e de duas de tribunais de Relação que a não aceitaram (também como princípio, parece)<sup>8</sup>.

Tenho sustentado que as deliberações de destituição caracterizadas pelas notas caracterizadoras das hipóteses previstas na al. b) do n.º 1 do artigo 58.º não são anuláveis (chame-se-lhes ou não deliberações abusivas). De contrário, subverter-se-ia em grande medida o sistema da livre destituição – a todo o tempo e independentemente de justa causa (e o abuso é uma não justa causa).<sup>9</sup>

Repare-se: temos de um lado a proibição legal geral de prejudicar a sociedade ou sócios minoritários (artigo 58.º, 1, b)) e do outro lado permissões legais específicas de destituição sem justa causa (artigos 257.º, 1, 403.º, 1). Prevalece a proibição geral ou a permissão específica?

Por outro lado, se o (propositadamente) prejudicado for em primeira linha o administrador destituído, ele teria de ser sócio para que a deliberação pudesse dizer-se abusiva-anulável nos termos do artigo 58.º, 1, b) (que se refere somente ao prejuízo da sociedade e/ou de sócios). Teríamos, assim, para circunstâncias idênticas, deliberações abusivas-anuláveis se o destituído fosse sócio e deliberações abusivas-não anuláveis se o destituído não fosse sócio.

Estas deliberações de destituição serão, portanto, válidas. E os destituídos (sem justa causa) têm direito a ser indemnizados pela sociedade. Contudo – e isto, estranhamente, não tem aparecido nos processos judiciais –, se a sociedade pagar a indemnização, terá sempre o

<sup>8</sup> Respetivamente, Ac. do STJ de 9/10/2013 (proc. 03B1816) e Acs. da RP de 17/6/97, *CJ*, 1997, t. II, p. 224, e da RE de 17/1/2013 (proc. 2387/08.8TBFAR).

<sup>9</sup> Seria, aliás, uma boa subversão (sou crítico da regra da livre destituição) – se o sistema a comportasse...

direito de exigir dos sócios que votaram abusivamente a importância paga: assim decorre do n.º 3 do artigo 58.º.

## 5. Fixação do valor da indemnização por destituição sem justa causa

O administrador destituído sem justa causa tem direito de indemnização. Fixada por contrato entre a sociedade e o administrador (antes da destituição) ou ex-administrador (depois), ou “nos termos gerais de direito”; em qualquer caso, a indemnização não poderá exceder o montante das remunerações que o destituído presumivelmente receberia até ao final do período para que havia sido designado (ou durante quatro anos, se o destituído era gerente designado por tempo indeterminado) – artigos 403.º, 5, e 257.º, 7, do CSC.

Em quase todos os casos levados a tribunal tem estado em causa a fixação da indemnização “nos termos gerais de direito” (cfr. os artigos 562.º e seguintes do CCiv.).

O dano ressarcível considerado nos citados preceitos do CSC é essencialmente o lucro cessante: as remunerações que o destituído deixou de receber por causa da destituição.

O destituído era, no momento da destituição, sujeito em uma relação jurídica (de administração) que, não fora o facto (embora lícito) da destituição, se manteria e lhe proporcionaria um ganho, as remunerações que presumivelmente receberia até ao termo referido na lei.

É o montante deste lucro cessante que em primeiro lugar deve ser calculado para se fixar a indemnização.

Lucro cessante que é, total ou parcialmente, dano futuro quando a indemnização é fixada antes daquele termo, e dano presente se a fixação for feita depois.

Compete evidentemente ao destituído provar o dano-lucro cessante. Todavia, ao invés do que tem dito alguma jurisprudência<sup>10</sup>, para tal ele não tem de provar a sua situação patrimonial real atual (na data da propositura da ação ou do encerramento da discussão em 1ª instância), nem tem de provar que não passou entretanto a exercer outra atividade remunerada, em consequência da destituição, ou que não teve oportunidade de a exercer.

Na verdade, seja qual for a situação patrimonial atual do destituído, o dano ocorreu: deixaram de entrar no seu património valores que, mantendo-se a relação de administração, provavelmente nele entrariam. Depois, tendo em vista o n.º 2 do artigo 342.º do CCiv., é à sociedade que cabe provar que o destituído passou a exercer, ou teve boa oportunidade de exercer, outra atividade remunerada – factos modificativos ou extintivos do direito à

<sup>10</sup> V. exemplos em “Diálogos (...)”, p. 13-14. Mas também quanto a este ponto há (melhor) jurisprudência adversa – v. exemplos no *Curso...*, p. 597, nt. 1648.

indenização –, a fim de poder beneficiar da “compensação de vantagens” (*compensatio lucri cum damno*).<sup>11</sup>

## 6. Compensação de danos não patrimoniais derivados da destituição sem justa causa?<sup>12</sup>

Acontece às vezes a destituição sem justa causa, e sem que na deliberação respetiva se invoque qualquer justa causa. Na falta de acordo quanto ao montante da indemnização, o destituído vai a tribunal e confessa-se muito triste e revoltado, vexado na sua dignidade pessoal e profissional, com perturbações do sono, etc., etc.; e pede indemnização também por danos não patrimoniais.

Acontece também que os tribunais são pródigos na associação da destituição a danos não patrimoniais, e às vezes atribuem indemnizações por isso.<sup>13</sup>

Penso que não são compensáveis os danos não patrimoniais causados pelo simples facto lícito-destituição sem justa causa. Mesmo que se admita a compensação de danos não patrimoniais no domínio da responsabilidade por factos lícitos e a inevitabilidade de algum desgosto causado pela destituição, tais danos não têm a gravidade suficiente para merecerem a tutela do direito (cfr. o artigo 496.º, 1, do CCiv.): um administrador sabe (ou deve saber) que, por mais competente e diligente que seja, está sujeito a ser destituído sem justa causa, tendo portanto de estar preparado para a consumação deste risco (e a hipersensibilidade não deve ser protegida como atributo dos administradores...).

Coisa diferente é a sociedade poder ter de compensar danos não patrimoniais relevantes sofridos pelo destituído. Não simplesmente, repita-se, por haver destituído sem justa causa, mas pelo modo como o fez: por exemplo, alegou infundadamente violação grave de deveres ou a inaptidão do administrador. Agora, a par do facto lícito-destituição, há um (outro) comportamento ilícito e culposo da sociedade causador de danos. Há, pois, fundamento autónomo de responsabilidade (v. designadamente os artigos 483.º e 484.º do CCiv.). A compensação destes danos não patrimoniais (bem como a indemnização de eventuais danos patrimoniais indiretos, derivados do ataque à reputação do administrador) não está sujeita aos limites indicados nos artigos 257.º, 7, e 403.º, 5, do CSC.

<sup>11</sup> Confortando esta argumentação, v. o artigo 26.º, 3 e 4, do Estatuto do Gestor Público (DL 71/2007, de 27 de março, com alterações).

<sup>12</sup> Embora este n.º 6 constasse do sumário original, não tive oportunidade de falar sobre ele no Colóquio.

<sup>13</sup> Para um exemplo, v. “Diálogos (...)”, p. 11.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/2mgm38lngp/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



**PAINEL 1****COMÉRCIO E SOCIEDADES COMERCIAIS****AVAL, INFORMAÇÃO, RESPONSABILIDADE**Pedro Pais de Vasconcelos<sup>1</sup>

- I. Introdução
  - II. Aval e fiança: transtipicidade e sentido
  - III. Posição cambiária, posição subjacente e pacto de aval
  - IV. Partes no pacto de aval
  - V. Dever de informação e direito a ser informado (na relação subjacente)
    - a. O direito ou dever de informação na relação cambiária e na relação subjacente
    - b. Natureza do dever de informação e do direito a ser informado
      - i. Informação como ato de cortesia
      - ii. Informação como ónus
      - iii. Informação como dever extracambiário
      - iv. O papel da boa fé
  - VI. Informação sobre eventos de crédito
  - VII. Responsabilidade civil por falta de informação
- Vídeos

**I. Introdução**

A posição jurídica típica do avalista de uma letra ou livrança é simples. Mas é simplesmente complexa, e complexa na sua simplicidade. Assim sucede porque se pode manifestar em dois universos, o cambiário, que é abstrato, e o extracambiário, que é causal. E pode manifestar-se em apenas um dos universos ou em ambos, sendo que cada um dos universos tem o seu próprio grau de complexidade.

A posição jurídica do avalista é simples, desde que não seja confundida com a posição subjacente, e que não se force a aplicação da posição subjacente ao aval. É, pois, necessário abordar o problema do avalista com um cuidado especial.

A posição jurídica cambiária do avalista tem o seu conteúdo jurídico tipificado, na totalidade, na Lei Uniforme sobre as Letras e Livranças (LULL).

A posição jurídica extracambiária (subjacente) do avalista contém-se e decorre do que por ele tiver sido estipulado a propósito do seu aval e corresponde à respetiva relação subjacente. Envolve o pacto de aval, que contém tudo o que o avalista estipulou a propósito da prestação do seu aval.<sup>2</sup>

A LULL não rege as relações subjacentes – e bem – e em matéria cambiária só contém aquilo que contém. No que falta, não é lícito aplicar, sem mais, o Código Civil, principalmente, o regime civil da fiança.

<sup>1</sup> Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>2</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Aval em Branco*, Revista de Direito Comercial, 2018, págs. 373 a 422 [www.revistadedireitocomercial.com/aval-em-branco].

A LULL é direito objetivamente comercial cujo articulado foi retirado do Código Comercial (artigos 278.º a 343.º) para dar lugar ao regime introduzido pela Convenção de Genebra estabelecendo uma lei uniforme em matéria de letras e livranças<sup>3</sup>, pelo que se considera como fazendo parte dele. Assim, o artigo 3.º do Código Comercial só permite procurar no Direito Civil soluções para «questões sobre direito e obrigações comerciais que não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela prevenidos».

A aplicação do Direito Civil só é lícita após esgotadas as soluções decorrentes:

(primeiro) da letra da lei comercial,

(segundo) do espírito do Direito Comercial,

(terceiro) da analogia a preceitos da lei comercial e só depois de esgotados todos estes recursos, é lícito recorrer ao Direito Civil e, dentro dele, ao regime civil da fiança para resolver questões duvidosas ou para preencher lacunas do regime jurídico cambiário do aval.

O recurso ao Direito Civil, em matéria cambiária, só pode ser feito por analogia e nunca por aplicação direta.

## II. Aval e fiança: transtipicidade e sentido

O aval e a fiança são diferentes, e sempre o foram.<sup>4</sup>

São dois tipos jurídicos diversos que se relacionam horizontalmente, no mesmo plano, sem que um deles seja um subtipo do outro e sem que um deles corresponda a um conceito geral do qual o outro constitua uma espécie e que se relacionem em termos de género e espécie.<sup>5</sup>

Por isto, mesmo depois de esgotadas as soluções referidas no artigo 3.º do Código Comercial, não é lícito aplicar a um dos tipos (aval) parcelas de regime que são típicas do outro (fiança), sem passar pelo filtro da analogia, isto é, sem proceder à comparação, distinção de semelhanças e diferenças de sentido, e da modificação por adaptação ao caso.<sup>6</sup>

O critério da comparação e da adaptação é o sentido.

O sentido jurídico do aval é de garantia em circulação.

<sup>3</sup> Assinada em 7 de junho de 1930, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 23.721, de 29 de março de 1934.

<sup>4</sup> Por todos, JOSÉ DA SILVA LISBOA, *Princípios de Direito Mercantil*, Tomo IV, Lisboa, Impressão Régia, 1811, págs. 38 e 39.

<sup>5</sup> Sobre os planos e séries de tipos, e o modo como se relacionam e concretizam por analogia, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.º ed., Almedina, Coimbra, 2009, págs. 61-72.

<sup>6</sup> Sobre o modo de operação da analogia partindo da comparação, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., págs. 98 e seguintes.

É de garantia naquilo em que reforça o suporte patrimonial da garantia geral do credor e do seu crédito, acrescentado ao património pessoal do devedor.

Até aqui, é semelhante ao sentido da fiança. Mas importa ainda discernir a diferença.

Desde logo e ainda na função de garantia, o aval e a fiança divergem naquilo em que a responsabilidade do avalista não se limita a garantir o pagamento pelo avalizado e cobre ainda as dívidas dos demais obrigados na letra ou livrança.<sup>7</sup>

O sentido do aval difere, pois, do da fiança em dois vetores: na diferente posição em relação ao devedor e na circulabilidade.

A posição do avalista é diferente da posição do fiador.

O fiador está tipicamente por detrás do devedor, enquanto o avalista está ao lado dele.

Esta diferença é revelada pelo poder do credor de acionar diretamente o avalista no caso do não pagamento pelo devedor principal do título, seja o aceitante, o sacador ou o subscritor, mesmo que não seja o seu avalizado, enquanto o fiador só pode ser acionado em caso de não pagamento pelo seu afiançado.

No regime geral da fiança civil, o pagamento só é exigível ao fiador, em princípio, após a excussão do património do afiançado. Se assim for especialmente estipulado, o pagamento pode ser exigido ao fiador independentemente do esgotamento do património do afiançado (sem benefício de excussão), mas só após o incumprimento, e o fiador pode discutir perante o credor se houve, ou não, incumprimento.

Surgiu no mercado, mais recentemente, uma modalidade de garantia, sem benefício de excussão e de discussão, a chamada garantia à primeira solicitação ou garantia autónoma, que se aproxima mais do aval naquilo em que não permite que seja chamada à discussão a relação jurídica entre o afiançado e o beneficiário do aval; o garante à primeira solicitação tem de pagar e não discutir. Se o pagamento da garantia à primeira solicitação tiver sido indevidamente exigido, o garante tem de pagar e pode acionar aquele com quem negociou a prestação da garantia, mas não pode discutir com o beneficiário nem atrasar o seu pagamento.

Diversamente, no regime do aval, o avalista, por exemplo, do sacador da letra pode ser acionado caso ela não seja paga pelo aceitante ou por um qualquer endossante, e caso a livrança não seja paga pelo subscritor ou por outro obrigado cambiário, o portador que cobra pode acionar o avalista mesmo que este tenha dado o seu aval por outro interveniente na cadeia cambiária que não aquele que não pagou.

O sentido do aval está muito mais ligado à circulabilidade da letra ou livrança.

<sup>7</sup> CAROLINA CUNHA, *Letras e Livranças*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 108.

O título é tipicamente destinado a circular.<sup>8</sup>

Não é forçoso que circule em todos os casos, mas tem de poder circular. Do facto de haver casos em que não circula não pode concluir-se que tenha perdido essa função e tenha passado a existir um novo título de crédito, a letra ou livrança “não circulante”.

A circulação só é possível com segurança. O que é característico do regime de circulação da letra ou livrança é que, ao contrário da circulação civil (cessão), quanto mais a letra ou livrança circula por endosso, mais forte é a cobrabilidade do título porque cada um dos endossantes fica obrigado ao seu pagamento. A circulação exige a cobrabilidade.

A função da livrança, principalmente no caso da letra ou livrança em branco e do aval em branco não é apenas a segurança, ao modo da fiança, mas a cobrabilidade.

O que o credor visa, quando exige a letra ou livrança em branco, como aval em branco, não é uma maior garantia do pagamento, ou não é apenas isso, mas é sobretudo uma maior facilidade de cobrança do seu crédito.

A subscrição dum letra ou livrança em branco, avalizada também em branco, faculta – isso sim e principalmente – uma maior facilidade de cobrança.~

A cobrabilidade é necessária para o crédito e o Direito Comercial não prescinde dela. Daí decorre o princípio do *favor creditoris*, que é característico do Direito Comercial e que se contrapõe ao *favor debitoris*, que é característico do Direito Civil.

A diferença de sentido entre a fiança civil e o aval cambiário está na diferença entre o *favor debitoris*, que rege em Direito Civil e que protege e posição o devedor, e o *favor creditoris*, que rege em Direito Comercial e que protege a posição do credor.<sup>9</sup>

Não podem, pois, na concretização transtípica analógica, ser adotadas soluções concretas que enfraqueçam a posição do credor, que dificultem a cobrabilidade do crédito ou reforcem a posição do devedor.

### III. Posição cambiária, posição subjacente e pacto de aval

Em relação ao aval, como em relação aos demais atos cambiários, é doutrina comum a separação entre relação cambiária e relação subjacente, entre a posição jurídica cambiária do avalista e a sua posição jurídica extracambiária subjacente. A primeira é abstrata e a segunda é causal.

<sup>8</sup> A circulabilidade, ou destinação à circulação, é uma das características fundamentais das letras e livranças, cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial – Títulos de Crédito*, AAFDL, Lisboa, 1988/89, págs. 19-20 e *Direito Comercial*, I, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 301-302.

<sup>9</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, I, cit., págs. 22-23.

A posição jurídica cambiária do avalista decorre diretamente da LULL, principalmente dos seus artigos 30.º a 32.º.

O aval garante o pagamento da letra e não propriamente o seu pagamento pelo avalizado (artigo 30.º I),<sup>10</sup> no todo ou em parte (artigo 30.º II). É prestado por um terceiro ou mesmo por um signatário da letra, ou da livrança (artigos 30.º III e 77.º III), é escrito na própria letra ou numa folha anexa (artigo 31.º I), exprime-se pelas palavras «bom para aval» ou por qualquer fórmula equivalente e é assinado pelo dador do aval (artigo 31.º II), considera-se como resultado da simples assinatura do dador de aval aposta na face anterior da letra, salvo se se tratar das assinaturas do sacado ou do sacador (artigo 31.º III), e deve indicar a pessoa por quem se dá, na falta de indicação é pelo sacado ou pelo subscritor (artigos 31.º IV e 77.º III).

O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele *afiançada* (artigo 32.º I).

A sua obrigação mantém-se mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu seja nula por qualquer razão que não seja o vício de forma (artigo 32.º II).

Se o dador de aval paga a letra, fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra ou da livrança contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados para com esta em virtude do título (artigo 32.º III).

A posição cambiária do avalista é duma simplicidade e singeleza como dificilmente se encontra fora do direito cambiário: o avalista tem de pagar, sem discutir. Só pode recusar-se no caso de a sua assinatura ser falsa ou de vício de forma (artigo 32.º II LULL), ou em caso de prescrição (artigo 70.º LULL).

Ainda no domínio cambiário, no caso de aval em branco, o artigo 10.º LULL permite-lhe opor-se quando demonstre que a letra ou livrança foi preenchida «contrariamente aos acordos realizados» e que o portador que exige o pagamento a adquiriu de má-fé ou cometendo «falta grave», por exemplo, tendo-a furtado ou tendo-a adquirido por endosso mancomunado com o portador com quem foi celebrado o pacto de preenchimento com o fim de evitar a oponibilidade da exceção de preenchimento abusivo nos termos do artigo 17.º LULL.

O pacto de aval contém o que tiver sido convencionado pelo avalista por ocasião da prestação do aval, como seu fundamento e a seu propósito. Ninguém no seu pleno juízo avaliza uma letra por razão nenhuma. A motivação (*quia*) e o fim (*ut*) da prestação do aval, o seu valor, a sua duração, o modo de desvinculação e a contrapartida, se convencionados, preenchem o conteúdo do pacto de aval, acrescido de outras matérias que o avalista tenha eventualmente pactuado.

<sup>10</sup> CAROLINA CUNHA, *Letras e Livranças*, ob. cit, pág. 108.

O pacto de aval existe sempre, salvo o caso de falta de consciência da declaração, de declaração não séria ou de coação física, mas para ser relevante tem de ser alegado e provado. Pode suceder que não seja provado, o que depende das vicissitudes do processo, caso em que é irrelevante, mas nem por isso prejudica a validade e eficácia cambiárias do aval. Também pode suceder que nada tenha sido estipulado no pacto de aval que, será, então, um pacto vazio, mas não deixa por isso de haver, entre avalista e quem lhe pediu o aval, um entendimento comum em nada se estipular.

#### IV. Partes no pacto de aval

O pacto de aval tem pelo menos duas partes, mas pode ter mais.

O avalista é uma das partes do pacto de aval. A outra é, na maior parte dos casos, o avalizado, mas podem também, conjuntamente, ser o avalizado e o credor da obrigação subjacente, ou apenas o credor da obrigação subjacente, ou mesmo um estranho. Além do avalista, podem intervir como partes alguns dos titulares das posições jurídicas mencionadas, ou mesmo todos.

A outra parte no pacto de aval é quase sempre a pessoa que lhe pediu a prestação do aval. Na maior parte dos casos, é o avalizado que procura a pessoa do avalista e que combina com ela o que houver a acordar.

Sucede, também correntemente, que entre as partes do contrato que constitui a relação subjacente (por exemplo, financiamento bancário, empreitada, fornecimento ou prestação de serviços) é expressamente convencionada a emissão de uma livrança,<sup>11</sup> por vezes em branco, subscrita pelo devedor na relação subjacente e avalizada por um dos intervenientes na mesma relação subjacente. Na prática bancária consolidou-se um uso de celebrar, por exemplo, com uma sociedade por quotas um contrato de financiamento, por exemplo, por abertura de crédito renovável, de cujo articulado contratual consta que, para garantir o cumprimento daquele contrato, a sociedade devedora subscreve uma livrança com a data de vencimento e o valor em branco, avalizada pelos respetivos sócios gerentes (e pelo seus cônjuges, se forem casados), ficando desde logo o banco financiador autorizado a preencher e executar o título em caso de incumprimento por parte da sociedade mutuária. Neste caso, que de tão frequente corresponde já a um tipo social, as pessoas dos avalistas participam no próprio contrato de financiamento que constitui a relação subjacente à subscrição da livrança e dos respetivos avals e estão no que se chama as “relações imediatas” com o banco portador-credor-exequente. Não é invulgar que o avalista seja um outro banco.

O pacto de aval pode, pois, ser simples, entre o avalista e o avalizado, ou complexo, entre o avalista e outros intervenientes ou não intervenientes no título.

<sup>11</sup> Nos dias de hoje constitui prática geral a emissão de uma livrança em branco, avalizada pelos sócios, mas não tem necessariamente de ser assim.

## V. Dever de informação e direito a ser informado (na relação subjacente)

Na Doutrina e na Jurisprudência têm sido abordadas matérias que tocam aspetos muito relevantes do regime jurídico do aval. Um deles tem a ver com o dever ou direito de ou à informação.

Trata-se, mais concretamente, de saber se o portador de uma letra ou livrança em branco, ao proceder ao seu preenchimento para cobrança sobre o avalista, tem de lhe comunicar que o vai ou está a fazer.

É dos usos da praça que o portador credor da letra ou livrança em branco, antes de a preencher e executar, avise o seu subscritor e lhe dê um prazo, normalmente curto, para proceder ao seu pagamento.

Pagamento do quê? Não da dívida cambiária propriamente dita, mas da dívida subjacente. Seja ela emergente de um financiamento bancário, ou de um contrato de fornecimento, ou de empreitada, seja do que for, o preenchimento e execução da livrança são feitos quando a dívida subjacente não é paga e o credor já não tolera mais mora.

Segundo os usos da praça, a livrança em branco desempenha normalmente uma função de recurso de segunda linha para a cobrança do crédito. É isso o que é quase sempre convencionado na convenção executiva, entre o subscritor e o beneficiário, entre o devedor e o credor.

A convenção executiva faz parte da relação subjacente e tem natureza de pacto obrigacional entre as partes, não oponível a terceiros nem por eles invocável. Poderia ter sido nela convencionada uma função de meio primário de pagamento, em que o credor se obriga a cobrar primeiro o título e, só em caso de este não ser pago, acionar o devedor com base na relação subjacente.<sup>12</sup> Nada o impede, mas não é assim que sucede normalmente. De acordo com os usos da praça, usualmente, a sua função é secundária, quer dizer, a livrança só é preenchida e cobrada quando o devedor não cumpre a responsabilidade subjacente.

A sua função principal não é, pois de garantia, mas de execução, de cobrança. Na verdade, a cobrança, com a livrança, não é melhor garantida, é mais fácil, entra logo em execução, dispensando a ação de condenação e, em princípio, não permite exceções. O credor-portador pode também obter os fundos correspondentes ao seu crédito, na sua totalidade ou quase totalidade, através do endosso do título. Pode endossá-lo para pagamento, total ou parcial, duma quantia que deva ao endossatário e pode também descontá-lo.

A posição jurídica do avalista em branco é – na prática – de sujeição. Está sujeito a que, a qualquer tempo, o portador credor da letra ou livrança lhe preencha o valor e a data, e envie para tribunal em ação executiva. Ele não sabe antecipadamente quando nem com que valor. É uma situação de forte dependência.

<sup>12</sup> Esta função primária de pagamento com o título de crédito costuma ser convencionada, quase sempre tacitamente, em pagamentos por cheque, mas não nos casos de letras e livranças.

De acordo com os usos, a posição do avalista em branco, diferencia-se em duas modalidades. Ele pode ser, ou não, parte na relação subjacente com o portador/credor. Há casos em que o avalista em branco é um puro terceiro que tem contacto jurídico apenas com o avalizado e há casos em que tem contacto jurídico com o avalizado e também com o beneficiário do aval, o primeiro portador credor do título.

Atenta ainda a dualidade da relação cambiária e da relação subjacente, a questão tem de ser analisada de um modo plúrimo.

#### **a. O direito ou dever de informação na relação cambiária e na relação subjacente**

Na relação cambiária, não há direito nem dever de informação do ato de preenchimento da letra ou livrança em branco. Esse direito de ser informado e esse dever de informar, a existirem, inserem-se na relação subjacente.

Na LULL nada consta sobre deveres do portador ou direitos do avalista nesta matéria. Não há, pois, nem direitos nem deveres de informação com natureza cambiária. O único regime cambiário de informação refere-se ao protesto (artigos 45.º e 54.º LULL) e nada tem a ver com a questão que aqui nos ocupa.

Mas pode havê-los de natureza extracambiária.

No campo extracambiário, regem as regras gerais dos pactos, no que tange ao pacto de preenchimento e ao pacto de aval, e regem os negócios subjacentes. Mas independentemente da enorme diversidade que podem assumir as convenções subjacentes, importa desde logo distinguir dois tipos de situações: aquelas em que o avalista é um verdadeiro terceiro face à relação subjacente e ao ato cambiário relacionado com o aval, e os casos em que o avalista participa nessa relação subjacente. Ambas as situações são frequentes, mas importa distinguir.

Há casos em que o avalista é mesmo terceiro, em que não participou no contrato ou na relação de negócio que é subjacente ao ato cambiário do avalizado. O avalizado não tem de ser necessariamente o sacador ou o aceitante da letra nem o subscritor da livrança. É mais frequente que assim seja, mas pode ser outro interveniente na cadeia cambiária, por exemplo, um qualquer dos endossantes.

Há casos em que o avalista é um puro terceiro, tanto formalmente como substancialmente. Nestes casos, não existe, entre o avalista e o portador que cobra o título, qualquer relação subjacente; o avalista e o exequente do aval estão no que, imprópria, mas tradicionalmente, se designa por “relações mediatas”.

Noutros casos, muito frequentes, o avalista participou no contrato, na relação jurídica ou mesmo no negócio que constituem a relação subjacente ao ato cambiário do avalizado. Nesses casos, existe uma relação tripartida, trilateral ou triangular que envolve o portador que cobra o título, o avalizado (subscritor, ou sacador, ou aceitante, ou endossante) que deve o título e o



avalista. Nestes casos, o avalista encontra-se naquilo que tradicionalmente se designa por “relações imediatas” e pode deduzir, contra o portador exequente, exceções emergentes da relação subjacente em que é parte conjuntamente com ele.

#### **b. Natureza do dever de informação e do direito a ser informado**

É útil debruçarmo-nos sobre a natureza jurídica do ato de informar o preenchimento do título em branco.

No mercado e na praça constata-se uma prática, de parte dos Bancos (principalmente de Bancos, mas não necessariamente só de Bancos), de informar o cliente de que vão proceder ao preenchimento e execução do título caso a dívida subjacente não seja paga num prazo geralmente curto. Assim sucede quando já há incumprimento da dívida emergente da relação subjacente e cessa a tolerância da mora. Esta comunicação, geralmente por carta registada com aviso de receção tem, no mercado, como conteúdo, uma última interpelação do devedor, no âmbito material da relação jurídica creditícia subjacente, para que pague, sob a cominação do preenchimento e execução da letra ou livrança em branco. A comunicação é feita tipicamente ao devedor da dívida subjacente, o avalizado, e nem sempre é feita também ao seu avalista.

Esta comunicação, além de conter a interpelação contém também um aviso de que o título vai ser preenchido e executado imediatamente ou muito brevemente. O aviso envolve também uma pressão sobre o devedor em relação ao avalista. Com ele o credor coloca o devedor principal perante o facto de a execução ser movida também contra o avalista. Esta é uma pressão que muitas vezes é eficiente. É socialmente típico, no mercado, que o avalizado tenha garantido ao avalista, quando o persuadiu a avalizar, que tal aval não virá a ser exigido porque ele, avalizado, pagará a dívida ou negociará ou seu pagamento de modo a que o avalista não venha, nunca, a ser incomodado, que nunca lhe venha a ser exigido o pagamento. Na maior parte dos casos, a informação pelo credor ao avalizado, de que o título está prestes a ser preenchido e executado, funciona como pressão suficiente para que ele proceda ao pagamento. Normalmente, o devedor avalizado só deixa que o título vá para execução quando não consegue mesmo pagá-lo antes, quando está insolvente ou insuperavelmente privado de liquidez e incapaz de o pagar. A informação de que o título vai ser preenchido e executado tem um fortíssimo efeito de pressão para o pagamento.

Pode problematizar-se se este aviso corresponde ao cumprimento de um dever de informação?<sup>13</sup>

Tem sido sustentado tratar-se de um dever de cortesia, de um dever de boa fé e de um ónus.

<sup>13</sup> A desnecessidade de protesto v. STJ 30-09-2003 (Moreira Alves) proc. 03A2113 e STJ 10-09-2009 (Lopes do Rego) proc. 380/09.2YFLSB

### i. Informação como ato de cortesia

A qualificação como dever de cortesia encontra-se, por exemplo, num Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa<sup>14</sup> segundo o qual «são meras atuações de mera informação e cortesia, de relacionamento institucional entre banco e cliente e não correspondem a uma qualquer exigência da legislação cambiária». Esta decisão corresponde à realidade, embora não a toda a realidade.

A informação não é exigida nem sequer aludida na LULL e não tem natureza cambiária. Pode existir e pode e ocorrer no âmbito da relação subjacente. No caso do acórdão, entre o Banco credor e o devedor estava estipulado que, em caso de incumprimento da obrigação subjacente, o Banco poderia preencher e cobrar o título. Neste âmbito extracartular, o Banco, antes de preencher e executar, informou o seu cliente, devedor na relação subjacente. Este comportamento nada tem de cambiário.

Contudo, este comportamento informativo pode – conforme os casos – ser considerado como algo mais do que uma simples ou mera cortesia. No próprio Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa supracitado, as informações prestadas pelo Banco são qualificadas como «atuações de mera informação e cortesia, de relacionamento institucional entre banco e cliente e não correspondem a qualquer exigência da legislação cambiária».

Embora o acórdão em questão não se tenha debruçado sobre essa matéria, a referência, ao «relacionamento institucional entre banco e cliente» convoca a relação de clientela entre o banco e cliente, relação esta que tem natureza jurídica contratual. É uma relação de grande relevância no Direito Comercial em geral e no Direito Bancário em especial, onde se insere, *inter alia*, o dever de conhecer o cliente (*know your client*). Apesar de, no caso do acórdão, ser um mero ato de cortesia, poderia – e pode (conforme os casos) - não se tratar apenas de um mero dever de mero trato social sem relevância jurídica.

Fora do âmbito do caso que foi decidido no acórdão, poderia, no âmbito da relação subjacente, do pacto de preenchimento que faz parte do seu conteúdo e de uma relação de clientela, estar incluído tal dever de informação. Mas, e isto é muito importante, esse dever pode não existir, assim como pode não existir a relação de clientela se o subscritor avalizado e informado não for cliente do Banco que informou, e pode também não haver relação subjacente.

O dever de informação não existe na relação cambiária, que só contém o que conste da LULL. Na relação subjacente, pode existir ou não, mas a sua existência, o seu facto constitutivo e o seu conteúdo concreto, para relevarem, têm de ser alegados e provados pela parte a quem aproveitam e que os invoca.

Não pode surgir como um *Deus ex machina* para solucionar uma injustiça que possa resultar ou parecer resultar do regime cambiário.

<sup>14</sup> TRLisboa 12-02-2009 (Rui Moura) proc. 9001/2008-1.

## ii. Informação como ónus

Surgiu recentemente uma linha de decisão segundo a qual a prestação de informação não é objeto de um dever, mas antes de um ónus. Esta orientação decorre duma construção segundo a qual, sem ser propriamente obrigatória, a informação é necessária para que o credor não perca os juros de mora posteriores ao vencimento. Em três acórdãos de Tribunais da Relação,<sup>15</sup> a prestação, pelo portador exequente ao devedor avalista, da informação tempestiva sobre o preenchimento e decisão de executar a livrança corresponde a um ónus do exequente. Este ónus, nessa linha de pensamento, tem fundamento em que, se tivesse sido tempestivamente informado do preenchimento do título, o avalista teria tido a oportunidade de pagar imediatamente, evitando ter de pagar os juros de mora contados desde a data do vencimento preenchida no título e a data do efetivo pagamento. Tendo o aval sido executado sem que o portador exequente tenha previamente informado o avalista do preenchimento do título, este só vem a ter conhecimento do valor e data da sua responsabilidade quando citado na execução para pagar o valor que no título tiver sido preenchido, acrescido de juros de mora contados desde a data que no título foi preenchida com data do vencimento.

Por facilidade de expressão, designamos esta construção como “teoria do ónus de informar”. Segundo a teoria do ónus de informar, é injusto que o avalista venha a ter de suportar juros de mora contados desde uma data anterior à da citação. O avalista ficou assim privado da possibilidade de ter pago, na data aposta na livrança como de vencimento, o valor nela preenchido como de dívida. Esta injustiça deveria então ser corrigida reduzindo os juros de mora aos que se vencerem apenas da data da citação, perdendo o exequente os juros de mora vencidos entre a data do vencimento do título e a data da citação do avalista.

Em termos técnico-jurídicos, este regime é qualificado como um ónus de informação pelo portador ao avalista do preenchimento da livrança, cujo desrespeito tem como consequência a perda dos juros que se venceriam desde a data do vencimento aposta na livrança e até à data da citação do avalista na execução da mesma.

Não acompanhamos esta orientação, que não deve ser seguida.

Resulta de uma concretização transtípica incorreta e padece de diversos vícios de concretização jurídica:

- Porque não é necessária, podendo a informação em questão ser prestada ao avalista pelo avalizado ou por aquele com quem está ligado pelo pacto de aval;

<sup>15</sup> TRPorto 16-06-2016 (Pedro Martins), proc. 1187/06.4TNAVNG-A, TRLisboa 14-09-2017 (Pedro Martins), proc. 818/150T8AGH-A-2 e TRLisboa 28-06-2019 (Pedro Martins), proc. 74/14.7TCLRS.L1-2. Estes arestos foram precedidos de outros que, embora com diferenças, iam já na mesma direção: TRLisboa 20-01-2011, proc. 1847/08.5TBRR-A.L1-6, TRLisboa 08-11-2012, proc. 5930/10.9TCLRS-A.L1-6 e TRPorto 03-04-2014, proc. 1033-/10.4TBLSD-A.P2.

- Porque no processo analógico da concretização transtípica, inverte o sentido contrariando o princípio do *favor creditoris*, próprio do Direito Comercial;
- Porque não existe no regime jurídico do aval uma lacuna que exija o recurso ao regime jurídico da fiança para dar solução à questão, dado que o regime do aval contém norma e critério de decisão para a mesma;
- Porque não distingue e mistura, mesmo, a relação cambiária com a relação subjacente, desconsiderando o pacto de aval;
- E porque desiguala os valores das responsabilidades do devedor do título e do avalista, com violação direta e insanável do artigo 32.º, I, da LULL;
- Porque viola o regime dos juros que decorre da própria LULL.

Esta teoria parte de uma concretização transtípica do regime do artigo 634.º do Código Civil, interpretado como consagrando um dever de o credor informar o fiador do vencimento da dívida objeto da fiança quando esta obrigação seja pura ou tenha data de vencimento indeterminado, de tal modo que o fiador não possa saber do vencimento e tenha a oportunidade de cumprir tempestivamente, evitando assim o agravamento da dívida com juros de mora.<sup>16</sup> Esta orientação que, mesmo em Direito Civil, é contrariada pela autoridade de Antunes Varela,<sup>17</sup> não colhe. Do facto de se entender que o fiador deve conhecer a data do vencimento da obrigação afiançada, não se pode concluir, sem mais, que o credor deva ter o dever de interpelar o fiador nem que tenha o dever de o informar.

É compreensível o interesse do fiador em ter conhecimento tempestivo do vencimento da dívida afiançada, para que a possa pagar de imediato, evitando o seu agravamento com juros de mora. Mas daí não decorre que o credor tenha um dever acessório de boa fé, nem um ónus, de o interpelar ou de o informar. Tal informação pode melhor ser feita pelo devedor que tem normalmente uma maior proximidade com o fiador e que com ele está juridicamente relacionado pelo contrato de fiança. Para que possa usar dos meios de defesa que o artigo 637.º do Código Civil lhe confere, o fiador necessita de ter conhecimento do vencimento da dívida afiançada, seja do vencimento, por interpelação da dívida a prazo incerto ou mesmo sem prazo, seja por vencimento antecipado. Tal conhecimento, pode obtê-lo do credor ou do devedor, qualquer deles o satisfaz, mas nada na lei exonera o devedor nessa matéria ou constitui o credor no dever exclusivo de o fazer. A lei nada diz sobre a questão mas, atendendo ao poder que a lei confere ao fiador de usar contra o credor os meios de defesa que assistem o devedor (artigos 637.º a 642.º do Código Civil), parece ser mais adequado e mais razoável que seja o devedor a informar o fiador, tanto do vencimento da obrigação afiançada, como de todos os incidentes de crédito que a possam afetar e, principalmente, agravar (como adiante

<sup>16</sup> JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, págs. 941-952.

<sup>17</sup> ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pág. 621 (em anotação ao artigo 634.º): «3. Em consequência ainda do disposto neste artigo, para que a obrigação se tenha por não cumprida e se vençam juros moratórios contra o fiador, não é necessária a interpelação deste; basta que tenha sido interpelado o devedor, nos termos do artigo 805.º».

fica demonstrado). É, pois, de concluir que a informação do fiador sobre o vencimento da dívida afiançada, a dever ser-lhe prestada, mais razoavelmente o será pelo devedor do que pelo credor.

Sem desenvolver mais esta questão, que o Código Civil suscita no regime do tipo legal da fiança civil, no tema que aqui nos ocupa importa salientar que esta problemática é, toda ela, supérflua em tema de aval. Simplesmente não é necessária, e a sua convocação vem importar do Direito Civil para o Direito Comercial cambiário uma dificuldade que ele não tem e que ele próprio, de acordo com o seu sistema e função, lhe cabe evitar.

A concretização transtípica analógica só se funda e justifica na necessidade, isto é, na falta, no regime do tipo, de uma regra ou de um critério de decisão que seja necessário para a concretização num caso concreto.

Quando tal regra ou critério de decisão já exista (ou, noutra metodologia, quando não seja justificada uma lacuna) não é lícito aplicar uma parcela de regime de outro tipo que não o que está em questão, principalmente quando se tratar dum tipo legal fechado, como é o do aval.

É, pois, ilícita a convocação da problemática do dever ou do ónus de informar ou de interpelar o fiador, para o regime jurídico do aval, no âmbito do qual tal matéria é totalmente impertinente.

Ainda que, no caso, se verificasse uma falta de regras ou de critério de decisão e que fosse necessária a concretização transtípica analógica (noutra metodologia: se verificasse uma lacuna que fosse necessário preencher por analogia) nesta matéria, o processo padeceria de uma incorreção consistente no desrespeito pelo sentido da regulação onde a lacuna se verifica. O processo analógico não corresponde à aplicação de uma parcela de regime a um caso omissa dela carecido, sem qualquer modificação ou adaptação. Tal corresponderia a uma aplicação direta dessa parcela de regime a um facto ou complexo de factos não correspondentes à respetiva previsão, o que seria ilegal. Se os factos correspondessem à previsão da parcela de regime, então tratar-se-ia de aplicação direta não analógica. Aplicar uma parcela de regime a um complexo fáctico diferente da sua previsão sem modificação ou adaptação seria uma ilegalidade, se estivéssemos no âmbito da aplicação da lei ou a um caso contrário ao contrato.

A concretização (noutra metodologia: aplicação) analógica não dispensa alguma modificação ou adaptação. O processo analógico parte da comparação entre o caso e o tipo (entre a lacuna e a parcela de regime a aplicar) e do discernimento das semelhanças e diferenças entre um e outra, e conclui-se pela adaptação ou modificação da parcela de regime a analogar. O critério da comparação, do discernimento das semelhanças e diferenças e da adaptação ou modificação é o sentido.

O direito cambiário, como se disse já supra, é direito objetivamente comercial, pelo que o seu sentido está preenchido *inter alia* pelo princípio jurídico do *favor creditoris*, segundo o qual deve proteger o credor em detrimento do devedor, e que se relaciona em contradição com o

princípio do *favor debitoris*, que é um princípio do Direito Civil segundo o qual, ao contrário do anterior, se protege o devedor em detrimento do credor.

A orientação ora em crítica inverteu o sentido e concretizou a questão de acordo com o *favor debitoris* em vez de o fazer – como devia – de acordo com o *favor creditoris*, isto é, favoreceu o devedor em detrimento do credor em vez de favorecer o credor em detrimento do devedor. Ao fazê-lo, contrariou o artigo 3.º do Código Comercial que impõe que «se as questões sobre direitos e obrigações comerciais não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela prevenidos, serão decididas pelo direito civil». Este artigo contém direito imperativo e a sua violação é ilícita, ilegal.

Além de contrariar o sentido que deve reger a analogia, esta concretização padece ainda de mais uma incorreção por ter sido feita desnecessariamente. A concretização transtípica analógica (noutra metodologia: a aplicação analógica) duma parcela do regime do tipo da fiança a um caso de aval só seria admissível e lícita quando no regime do aval faltasse uma parcela que devesse existir. Não é suficiente que se entenda que não existe uma parcela de regime no que respeita ao aval, é necessário ainda que essa não existência corresponda a uma falta, que falte, que esteja em falta; que devesse haver essa parcela de regime, quer dizer, que fosse necessário recorrer ao regime da fiança para poder resolver e decidir o caso em questão. Mas não é.

Não é necessário convocar e aplicar analogicamente uma parcela do regime da fiança para resolver esta questão com justiça, eficiência e adequação. O regime jurídico do aval da letra ou livrança contém uma solução para a questão dentro do âmbito do seu regime jurídico próprio. A solução facultada pelo regime do aval para a questão da informação do avalista sobre o preenchimento da letra ou livrança pelo portador está na dualização da relação cambiária e da relação subjacente, mais concretamente do pacto de aval em branco. Se a LULL não confere ao avalista o direito a ser informado do preenchimento do título, o pacto de aval celebrado, expressa ou tacitamente, pelo avalista contém, ou não, alguma estipulação sobre a matéria; e esse pacto de aval e essa estipulação provam-se ou não, no caso.<sup>18</sup>

Existindo uma solução, uma norma e um critério no regime jurídico das letras e livranças, não há justificação nem fundamento para concretizações transtípicas analógicas, isto é, na metodologia tradicional, não há lacuna, pelo que não há fundamento para procurar soluções no regime jurídico da fiança. Por mais esta razão é incorreta a construção segundo a qual o portador tem o ónus de informar o avalista do preenchimento da letra ou livrança.

Mas há mais.

A referida construção é ainda incorreta porque não distingue e mistura, mesmo, a relação cambiária com a relação subjacente, desconsiderando o pacto de aval.

<sup>18</sup> Sobre esta matéria mais desenvolvidamente supra.

Como já ficou bem explicitado supra e está muito bem explicado pelo Supremo Tribunal de Justiça,<sup>19</sup> o aval é um ato abstrato que se distingue bem da respetiva relação subjacente. Esta é a doutrina clássica aceite em geral de divergências relevantes. A construção que onera o portador que preenche a livrança (ou letra) com um ónus de informar o avalista, sob a cominação de perder o valor dos juros de mora vencidos entre a data de vencimento aposta no título e a data da citação do avalista, – a teoria do ónus de informação – mistura a relação cambiária com a relação subjacente.

Mas esta teoria reduz o valor do crédito cambiário por influência da relação subjacente. Uma influência como esta só é admissível quando a LULL o permite, e os únicos casos em que o permite são os do artigo 10.º, quando aplicável, e o artigo 17.º, além do artigo 30.º II. Porém, estes preceitos não admitem o que a teoria do ónus de informação do avalista postula. A informação, seja um ónus, seja um dever, seja ainda uma cortesia, não emerge da posição cambiária do portador ou do avalista, porque a LULL não o prevê e as posições e relações cambiárias esgotam-se rigorosamente na LULL. É matéria extracambiária que só pode emergir da relação subjacente.

O valor da responsabilidade do avalista, diferentemente, é matéria exclusivamente cambiária. A teoria do ónus de informação do avalista reduz o valor da dívida cambiária por força da relação subjacente e fora do âmbito de aplicação dos artigos 10.º, 17.º e 30.º II da LULL.

Os artigos 10.º e 17.º funcionam num modo bem característico consistente na oposição de duas pretensões cruzadas, uma cambiária a uma subjacente, que se compensam parcial ou totalmente.

O artigo 30.º II funciona pela limitação cambiária no próprio título, com literalidade. Os regimes dos artigos 10.º e 17.º da LULL são as únicas limitações ao regime de abstração das letras e livranças constante da LULL.<sup>20</sup>

A teoria do ónus de informação do avalista pelo portador que preenche a letra ou livrança em branco é, por mais esta razão, incorreta, por permitir opor à pretensão cambiária de valor do aval uma pretensão extracambiária fora dos casos permitidos pela LULL e com a sua violação.

Além desta violação da LULL, a construção do ónus de informação desconsidera o pacto de aval. Um ónus ou um dever de informação do avalista pelo portador que preenche a letra ou livrança em branco só pode encontrar fundamento no pacto de aval. Neste pacto, o avalista, ao apor o aval no título, pode pactuar com o portador que preenche o título que este o deva informar de tal preenchimento, ou que, se não o fizer, o avalista só deva ter de suportar juros de mora contados desde a data da sua citação, mas não aqueles que se venceram desde a data

<sup>19</sup> STJ 10-05-2011 (Gabriel Catarino) proc. n.º 5903/09.34TVLSB.L1.S1 disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>20</sup> Sobre a abstração, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9 ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 322 a 326, A abstração é um regime legal que pode ser mais ou menos intensa ou ampla, conforme o que constar da lei. Só raramente é total. No direito cambiário o único caso de abstração total é o das notas de banco que, por isso, são consideradas moeda. Têm origem em notas promissórias (livranças) do Banco Central. Constitui vestígio dessa origem a assinatura do presidente do Banco Central que ainda se mantém, por tradição, nas notas de banco.

de vencimento preenchida no título até à data da citação. Se tal tiver sido pactuado, poderá ser oposto ao portador com quem tiver sido pactuado, nos termos do artigo 17.º da LULL. Mas a construção do ónus de informação do preenchimento dispensa o pacto de aval, que desconsidera, dispensa a relação subjacente, que também desconsidera, e extrai ónus de uma pura consideração de justiça do caso concreto. Assim, e transcrevendo do acórdão TRPorto 16-06-2016 (Pedro Martins) proc. 1187/06.4TBVNG-A, «Para que a possa pagar no momento do vencimento, sem incorrer no agravamento da dívida, tem que saber a data em que ela se vence. Pelo que se justifica que se ponha a cargo do credor o ónus de se lhe dar conhecimento dessa data».<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Transcreve-se em seguida, a parte da fundamentação do aresto (TRPorto 16-06-2016, proc 1187/06.4TBVNG-A) no que se refere ao ónus de informação do devedor, pelo credor, de ter preenchido a livrança, que nos parece o mais fiel e elucidativo:

*Se a obrigação do subscritor da livrança em branco é uma obrigação que não é de termo certo (como parece ser o caso dos autos, porque se trata de uma obrigação de prazo renovável por igual período de tempo dependendo a não renovação de denúncia do tomador ou do subscritor), aquele que avaliza a livrança não pode saber em que data é que ele se vencerá porque está dependente de um acontecimento a que é estranho. Para que a possa pagar no momento do vencimento, sem incorrer no agravamento da dívida, tem que saber a data em que ela se vence. Pelo que se justifica que se ponha a cargo do credor o ónus de se lhe dar conhecimento dessa data. Note-se que não se trata de exigir a interpelação do pré-avalista, mas sim de lhe dar conhecimento do vencimento da livrança que já ocorreu e operou os seus efeitos na esfera do subscritor, abrindo caminho para o seu reflexo, por relação (a determinação dita per relationem), no âmbito da obrigação daquele que, com o preenchimento da letra, passa então a ser avalista (parafraseou-se, adaptando, a lição do Professor Januário Gomes, Assunção fidejussória de dívida, Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador, Almedina, 2000, n.ºs. 139 e 140, págs. 941 a 951, e conclusões 235 a 237).*

*Trata-se, assim, de exigir ao credor que dê conhecimento ao pré-avalista do vencimento da obrigação do subscritor, sob pena de este ser ineficaz quanto ao avalista e de por isso não lhe poder exigir a cobertura da garantia para todo o crédito.*

*Continuando a parafrasear Januário Gomes, diga-se que ao assinar o aval na livrança em branco quanto ao vencimento, o pré-avalista aceita, ex-ante, poder ter de cumprir, na data do vencimento, a prestação que, então, for devida e, a partir, daí, as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor (art. 32/I da LULL). A assunção do risco tem esse limite. Assim sendo, se não for informado pelo credor do vencimento da obrigação, isto é, se não for colocado em condições de poder cumprir nos mesmos termos em que o pode fazer o subscritor, daí não poderá resultar um aumento do risco do pré-avalista. Ou seja: o pré-avalista, quando for, mais tarde, intimado para cumprir, não estará vinculado a mais do que aquilo que estaria se fosse esse o momento do vencimento da obrigação.*

*É este o regime que Januário Gomes explica para a fiança, apesar de, por força do artigo 634.º do CC, também aí se poder dizer que o credor não tem de dar conhecimento ao fiador do vencimento da obrigação para que o fiador responda também pela mora. Daí que Antunes Varela e Pires de Lima digam que não é necessário a interpelação do fiador. Só que, como lembra Januário Gomes isso só pode ser assim em relação às obrigações de termo certo, não em relação às outras.*

*Ora, o regime deve ser o mesmo para o pré-aval de uma obrigação que não tem termo certo conhecido, pois que a obrigação do pré-avalista é também uma obrigação que se vai medir pela do outro obrigado. Nesta parte não há diferenças entre o pré-avalista e o fiador de uma fiança de uma obrigação sem termo certo.*

*A consequência da não observância desse ónus, pelo credor, é a de ele não poder fazer responder o avalista pelo agravamento da dívida a partir do vencimento dela. É como se o vencimento da obrigação só tivesse ocorrido, do ponto de vista do avalista, a partir da citação para a execução, se esse tiver sido o primeiro momento em que teve conhecimento do vencimento da obrigação do subscritor.*

*Em suma: o tomador da livrança em branco não tem o dever de informar o pré-avalista de que vai preencher a letra mas, se quiser que o avalista cubra o crédito total representado pela livrança preenchida, tem o ónus de lhe comunicar o preenchimento da livrança com o consequente vencimento da obrigação e daí que também não se possa falar de uma actuação de cortesia.*



Perguntamos, então, porque é que «se justifica»?

O Acórdão não convoca a relação subjacente para fundar uma contra pretensão que pudesse ser oposta ao credor nos moldes do artigo 17.º da LULL, não convoca também um dever de informação fundado na boa-fé, que aliás refuta expressamente. Nas palavras do Acórdão, «o tomador da livrança em branco não tem o dever de informar o pré-avalista de que vai preencher a letra mas, se quiser que o avalista cubra o crédito total representado pela livrança preenchida, tem o ónus de lhe comunicar o preenchimento da livrança com o consequente vencimento da obrigação e daí que também não se possa falar de uma atuação de cortesia». Recusa, ainda, o recurso à relação subjacente, a um acordo expresso: «Note-se que tudo isto seria diferente se alguma coisa a este respeito tivesse sido expressamente acordada, ao abrigo da liberdade contratual (art. 405 do CC) entre as partes do pacto de preenchimento (o que é o caso dos pré-avalistas que a ele aderiram)».

Esta teoria fundou-se em considerações puramente conceptuais e racionais, independentemente de se ter provado que o devedor tinha tido a possibilidade e a vontade de pagar na data de vencimento preenchida na livrança. Tal fundamentação, como consta do Acórdão, tem origem na obra de Januário Gomes sobre a fiança,<sup>22</sup> que foi transposta tal e qual para o aval, como se do mesmo se tratasse.

Finalmente, a última incorreção da teoria do ónus de informação do preenchimento da livrança pelo credor ao devedor, consiste na direta contrariedade à lei. O artigo 32.º I da LULL impõe que o valor da responsabilidade do avalista seja o mesmo da responsabilidade do devedor, salvo o caso em que o avalista tenha limitado, no próprio título e nos termos do artigo 30.º II da mesma lei. De acordo com a construção em crítica, a responsabilidade, o valor devido pelo devedor da letra ou livrança, e o valor devido pelo avalista são diferentes, mantendo ambas as responsabilidades a natureza cambiária emergente do mesmo título e da LULL. Esta ilegalidade é indesmentível e insanável.

Mais se poderia dizer, mas concluímos aqui a refutação da teoria que impõe ao portador da letra ou livrança em branco que informe o avalista da mesma do facto de a ir preencher ou de a ter preenchido com a data de vencimento para a cobrar, como um ónus, com a cominação de, não o fazendo, perder os juros de mora vencidos entre a data de vencimento preenchida e a data da citação na ação de cobrança.

### iii. Informação como dever extracambiário

O dever de informação ao avalista pode ser ainda qualificado como um dever extracambiário emergente da relação subjacente.

<sup>22</sup> JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 578 e seguintes, 941 e seguintes.

Pode ter sido estipulado entre o avalista e o subscritor da livrança (ou outro sujeito cambiário), no pacto de preenchimento, que o primeiro portador, com quem o pacto foi celebrado, informe do preenchimento o subscritor e o avalista. Pode também ter sido estipulado pelo avalista, no pacto de aval, que o preenchimento da livrança avalizada em branco lhe deva ser informado.

Nestes casos, o primeiro portador que preenche o título está obrigado a informar que o preencheu e como o preencheu.

A natureza deste dever é pactícia (contratual) e extracambiária.

Estas estipulações não têm de ser escritas, embora isso seja muito conveniente, para evitar controvérsia e insegurança quanto à sua celebração e conteúdo.

O conteúdo das estipulações pode variar muito no caso concreto. Pode ser estipulado que a informação seja prévia e com quanta antecedência; ou que seja contemporânea; ou que seja subsequente e dentro de um prazo. Pode estipular-se que a execução judicial da letra ou livrança não seja feita antes do decurso de um certo prazo ou que do requerimento inicial seja enviada cópia.

Pode ainda estipular-se que a informação seja prestada, não apenas do preenchimento do título, mas do seu endosso, ou também do seu endosso, o que pode ser de muito interesse para o subscritor (ou para o sacador ou aceitante da letra) e o avalista. Pode mesmo ser estipulado que o título não seja endossado em branco, devendo ser antes preenchido. Pode ser estipulado que o primeiro portador, se ou quando endossar o título, deva informar o endossatário da existência e conteúdo do pacto de preenchimento e que fique responsável perante o subscritor (ou o sacador ou aceitante da letra) e perante o avalista pelo eventual preenchimento incorreto ou abusivo por um portador subsequente.

Podem ser estipuladas cláusulas penais.

Importa ainda apreciar as posições jurídicas do portador, do subscritor (ou pelo sacador ou aceitante da letra) e do avalista.

Do lado passivo, cabe, desde logo, questionar sobre qual dos portadores está obrigado a informar. Recordando que a letra ou livrança é um título à ordem, tipicamente circulante, cujo regime jurídico está funcionalmente construído para permitir essa circulação, é incorreto pensar o direito cambiário contando apenas com o primeiro portador.

A posição jurídica do primeiro portador, em matéria de dever de informar o preenchimento, depende de tal dever ter sido estipulado no pacto de preenchimento. Se o tiver sido, depende ainda do conteúdo da estipulação.

O primeiro portador pode ter-se obrigado pacticiamente a informar apenas o subscritor (sacador ou aceitante) ou também o avalista, ou apenas o avalista. Este pacto pode ainda ser

apenas bilateral, entre o primeiro portador e o subscritor (sacador ou aceitante), ou plurilateral envolvendo também o avalista. Pode ainda no pacto ter sido estipulada muita coisa relativamente à informação, se prévia, se posterior, se acompanhada de outras prestações, etc.

A posição jurídica dos portadores endossatários subsequentes depende de terem recebido o título já preenchido ou ainda em branco. Se o tiverem recebido já preenchido, a questão do preenchimento não se coloca em relação a eles, salvo se o tiverem recebido de má fé ou, adquirindo-o tenham cometido falta grave (artigo 10.º II LULL). Se o tiverem recebido em branco, podem reendossá-lo em branco ou podem preenchê-lo. Subsequentemente ao seu preenchimento podem endossá-lo ou cobrá-lo. No seu preenchimento, só estão vinculados pelo que eventualmente tiverem pactuado com o seu endossante, se algo tiverem pactuado, mas não estão vinculados a um pacto de preenchimento que não tenha sido com eles celebrado.

A posição jurídica do avalista distingue-se em duas componentes: a posição cambiária e a posição extracambiária.

A posição cambiária do avalista está toda limitada à LULL e ao título avalizado, dentro do regime da literalidade. A sua posição extracambiária decorre do que tiver sido convencionado no pacto de aval. Pode limitar o valor da sua responsabilidade no aval, porque a LULL, no artigo 30.º II, permite o aval parcial, através da menção escrita do seu valor máximo, no texto do aval. Se o pacto de aval tiver sido celebrado entre o avalista e o avalizado – numa configuração simples que se limite a subscritor, primeiro portador e avalista – ele poderá exigir o cumprimento do pacto de aval, mas apenas a quem com ele o tenha celebrado. Se o pacto de aval tiver sido celebrado com o avalizado e ainda com o primeiro portador, como por vezes sucede, o avalista poderá exigir de ambos o respeito pelo que tiver sido convencionado. Mas não pode opor, nem exigir o cumprimento de quaisquer pretensões extracambiárias perante alguém com quem nada tenha estipulado.

Pode suceder também que este dever de informação tenha sido estipulado apenas no pacto de aval, mas não no pacto de preenchimento. Neste caso, a contraparte obrigada perante o avalista é apenas aquele com quem tiver assim estipulado, na maior parte dos casos, o subscritor. Nesta configuração, o portador tem o poder (não o dever) de informar apenas o subscritor e este, por sua vez, tem o dever de informar o avalista.

Se o dever de informar tiver sido estipulado apenas entre o subscritor e o portador, o avalista, que não estiver ligado por uma estipulação como esta, nem ao subscritor nem ao portador, não poderá exigir de qualquer deles aquela informação, nem poderá opor a qualquer deles a sua falta.

O direito à informação sobre o preenchimento do aval pode não existir, se nada for estipulado nesse sentido, ou se nada tiver sido provado.

#### iv. O papel da boa fé

Não nos parece sustentável a concretização de um dever de informar o avalista do preenchimento da livrança (ou da letra) com fundamento na boa fé, como por vezes se faz, com invocação do artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil. A boa fé não pode ser invocada para fundar tudo o que quer que seja no direito dos negócios jurídicos privados. A literalidade no direito cambiário não permite surpresas e impede que a um portador seja posto perante questões, oposições ou exceções com que não possa contar, por constarem do próprio título (literalidade), ou por terem sido por ele próprio estipuladas extracambiariamente com a pessoa a quem, no caso concreto, esteja a exigir o seu pagamento.

Não existe no direito cambiário um direito à informação sobre o preenchimento do título emergente de um dever de boa fé.

A boa fé pode modelar o modo de prestar a informação, clara, completa e tempestiva, quando esse direito-dever exista com outra fonte, mas não pode fundar, não pode constituir a fonte daquele direito e daquele dever.<sup>23</sup> O regime jurídico cambiário, pela sua própria natureza, tem de ser literal, completo, global, integral e internacionalmente uniforme. Não se compadece com particularismos, salvo os expressamente previstos na Convenção de Genebra de 1930 e no texto da Lei Uniforme, nem com decisões-surpresa contrárias à letra da lei.

O avalista, quando toma a decisão de apor o seu aval numa letra ou livrança, deve pensar nas responsabilidades que está a assumir.

Pode limitar cambiariamente o valor do aval (artigo 30.º II LULL), mas nada mais pode estipular cambiariamente.

Extracambiariamente, pode pactuar sobre muitas matérias, incluindo sobre o preenchimento do título, quando seja avalizado em branco, e também pode nada estipular. Ao contrário dos atos cambiários que são unilaterais, a estipulação extracambiária é bilateral ou plurilateral e só ganha validade e eficácia jurídica com o consenso da contraparte. Na falta desse consenso, não pode ser invocada a boa-fé para suprir o desacordo ou a falta do acordo da contraparte.

Antes de tomar a decisão de avalizar, o avalista pensa no risco que vai assumir. No valor, que pode limitar cambiariamente, se não quiser pôr em risco o seu património em mais do que certo valor. No mais, só pode estipular extracambiariamente, no pacto de aval.

Em ambos os casos, necessita do assentimento de outrem.

Para limitar o valor do aval cambiariamente basta-lhe escrever no título que dá o seu aval até certo valor. Todavia, o beneficiário do aval não é obrigado a aceitar esta limitação. A benefício da clareza, podemos exemplificar com o caso simples em que um Banco aprova uma operação de financiamento em conta corrente caucionada com uma livrança em branco subscrita pela

<sup>23</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 395 e seguintes.

sociedade mutuária e avalizada pelo seu sócio gerente. É um caso banal. O avalista pode limitar o valor do seu aval, nos termos do artigo 30.º II da LULL, mas o Banco pode recusar o financiamento em tal caso. O ato cambiário é unilateral, mas a relação subjacente é bilateral e a discordância do Banco não afeta a validade do aval limitado no valor, mas pode impedir o financiamento. O Banco não é obrigado a aceitar aquela caução como boa.

O mesmo acaba por suceder, em parte, com as estipulações extracambiárias introduzidas pelo avalista no pacto de aval. O avalista pode estipular extracambiariamente no pacto de aval tudo o que for acordado com a outra parte, mas só o pode impor à outra parte. Não pode impor a outrem. O que for estipulado no pacto de aval só é oponível ao portador ou aos portadores com quem tiver sido celebrado. A informação sobre o preenchimento da livrança só pode, pois, ser exigida do portador que se tiver, ele próprio, obrigado no pacto de aval.

Se o avalista em branco quiser ser informado do preenchimento do título terá, pois, de assim o estipular no pacto de aval e só o pode exigir de quem for parte nesse mesmo pacto. Se o pacto tiver sido celebrado com o subscritor avalizado, caso mais frequente, o avalista só pode exigir informação e obtê-la desse mesmo subscritor; se tiver sido celebrado também como o primeiro portador, como também sucede embora menos frequentemente, a informação poderá ser exigida de ambos e deverá ser prestada por ambos.

Se a obrigação de informação tiver sido acordada, em separado,

- No pacto de preenchimento celebrado apenas entre o subscritor e o primeiro portador,
- E no pacto de aval celebrado entre o avalista e o subscritor, o portador deve informar o subscritor e este deve informar o avalista, não havendo obrigação nem pretensão direta entre o avalista e o portador que preenche o título.

Se nada estiver estipulado com o portador que preenche o título, ou porque tal não ocorreu aos intervenientes, ou porque não chegaram a acordo sobre tal estipulação, não pode ser a boa fé a fundar esse dever ou mesmo um ónus.

É mesmo contrário à boa fé – é má fé – que o avalista não suscite, em fase pré-contratual ao pacto de aval, a questão de uma sua pretensão a ser informado do preenchimento do título ou, pior ainda, que nada tenha sido estipulado nessa matéria por discordância do portador, e venha, depois, o avalista pretender obter aquele efeito por via da boa fé, na fase da execução. Num caso como este, muito dificilmente tal não constituirá mesmo litigância de má fé.

A boa fé não constitui, pois, fonte de um direito do avalista à informação sobre o preenchimento do título em branco, quando este nada tenha estipulado nessa matéria no pacto de aval.

## VI. Informação sobre eventos de crédito

A informação mais relevante para o avalista não é tanto a que tem como objeto o preenchimento do título em branco, mas antes a que incide sobre eventos de crédito.

Para o avalista e para o próprio subscritor, naquilo em que são extracambiariamente garantes do cumprimento duma responsabilidade emergente da relação subjacente, é de crucial importância saber o que se passa com a relação subjacente, como vai sendo executada e cumprida, quais as suas vicissitudes. Se a relação subjacente for, por exemplo, uma grande empreitada, com execução prolongada no tempo e intervenção de subempreiteiros sectoriais e fornecedores específicos, sujeita a problemas de execução como intempéries e conflitos laborais, a responsabilidade do subscritor e do avalista envolve os riscos que são inerentes à execução da própria empreitada. O mesmo sucede com outra relação subjacente com execução complexa e prolongada.

Em casos como estes, que são correntes, é do maior interesse para subscritor e avalista, e outros intervenientes cambiários a quem possa vir a ser exigido o pagamento de quantias importantes, saber como vai sendo executado o contrato ou o que se vai passando com a relação jurídica que constituem a relação subjacente. Não se trata já, agora, da informação a prestar sobre um facto, mas sobre a evolução permanente da relação jurídica subjacente à relação cambiária.

Estes casos são frequentes. Envolvem responsabilidades muito avultadas emergentes de relações subjacentes complexas e duradouras. Os subscritores e avalistas das letras ou livranças de garantia não são já, tipicamente, a pessoa do sócio ou do gerente, e o seu cônjuge, não são já, como sucede muito no crédito para habitação, o mutuário e os seus pais, mas antes são empresas com dimensão importante e até Bancos. O âmbito pessoal em que estas relações se desenvolvem é tipicamente mais empresarial e profissional.

Justificar-se-á, neste tema, a concretização de deveres de informação emergentes da boa fé?

A boa fé não é fonte de direitos ou de deveres autónomos, mas antes critério do modo de os exercer e de os cumprir. O princípio da boa fé tem um sentido moral profundo e pode exprimir-se pelo mandamento de que “cada um fique vinculado em fé da palavra dada, que a confiança que constitui a base imprescindível de todas as relações humanas não deve ser frustrada nem abusada e que cada um se deve comportar como é de esperar de uma pessoa honrada”, de uma pessoa de bem.<sup>24</sup> A boa fé não é fonte de direitos ou de deveres autónomos, mas antes critério do modo de os exercer e de os cumprir. A boa fé não pode ser instrumento para a quebra da palavra dada nem para a frustração da confiança depositada.

No caso da letra ou livrança sacada, aceite ou subscrita em caução do cumprimento duma qualquer relação subjacente e avalizada, ou não, completamente ou incompletamente preenchida, o interesse do sacador, aceitante, subscritor ou avalista em ser informado sobre o modo como vai correndo a execução ou o cumprimento da relação subjacente pode ser regulado extracambiariamente e só pode sê-lo extracambiariamente. O regime cambiário, contido exclusivamente na LULL, não comporta nem permite a sua regulação.

<sup>24</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 21, e KARL LARENZ, *Schuldrecht*, I, 14 Aufl., Beck, München, 1987, pág. 125.

A sua regulação extracambiária é do interesse dos garantistas: sacador e aceitante da letra, subscritor da livrança e avalista de ambas. É eles que interessa ter a informação. A outra parte, está já diretamente informada porque é parte no contrato ou na relação contratual ou de negócio que constitui a relação subjacente e, por isso, não necessita que o informem, ela detém a informação.

Sendo o sacador e aceitante da letra, subscritor da livrança e avalista de ambas quem tem o interesse, cabe-lhe a eles a iniciativa da regulação extracambiária. Mas este interesse não constitui um dever e podem prescindir de o fazer. São livres de o fazer ou não. Podem prescindir.

No caso de algo ter sido estipulado quanto à prestação de informação sobre o cumprimento e andamento da relação subjacente, essa estipulação deve ser cumprida. Em caso de nada ter sido estipulado, este comportamento omissivo tem um sentido e relevância jurídica que pode ser de duas ordens. Pode significar que não houve acordo acerca de um dever de informação, que houve dissenso, que houve entre eles um desacordo que não conseguiram ultrapassar. Pode também significar que nenhuma das partes se interessou pelo assunto, que nenhuma delas entendeu que a informação era tema relevante, que nenhuma delas teve a vontade de obter a informação.

Não tendo havido acordo entre as partes, não pode ser a boa fé, nem a tutela da confiança, a fundarem a imposição sobre o portador de um dever de informação perante o aceitante ou sacador na letra, o subscritor na livrança, ou o avalista em ambas que não aceitou assumir extracambiariamente.<sup>25</sup> A boa fé e a tutela da confiança não são fonte de direitos ou de deveres de prestação. A sua eficácia está em modelar o modo do exercício do direito e do cumprimento do dever. Admitir deveres de agir ou de omitir conforme as expectativas de terceiros, independentemente da fonte legal ou contratual corresponderia a uma inadmissível limitação e mesmo perda da liberdade privada de atuação, incompatível com a própria cidadania, liberdade e autonomia privada (artigo 61.º da Constituição da República). Cada um ficaria adstrito a comportamentos antecipadamente desconhecidos emergentes de um dever de satisfazer ou de não prejudicar interesses de pessoas terceiras, sem saber antecipadamente quem, o quê, nem como. Estaria em estado de servidão.

Para além da informação sobre o andamento e execução da relação subjacente, importa finalmente aludir à informação sobre outros eventos de crédito. São outros acontecimentos relativos às pessoas envolvidas na relação cambiária e que possam vir a agravar a responsabilidade do subscritor ou do avalista da livrança em garantia ou do aceitante, sacador ou avalista da letra em garantia. Trata-se, por exemplo, de incumprimentos, temporários ou definitivos, cumprimentos defeituosos e outras perturbações do cumprimento de obrigações, que possam desencadear o vencimento antecipado (através, por exemplo, de cláusulas de *cross default*) ou revelar estados de fragilidade patrimonial com relevância quase falimentar ou mesmo falimentar. Esta informação é útil e existem no mercado modos de a obter, através de empresas privadas de prestação de informações comerciais, da Central de

<sup>25</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., pág. 398.

Responsabilidade de Crédito do Banco de Portugal e até da publicidade das contas dos comerciantes. Tal como deixámos já claro, se não for estipulado e apenas entre quem o estipular, não há um dever de informar emergente da boa fé.

O Supremo Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar nesta matéria pelo Acórdão de 25 de maio de 2017 em que decidiu que «a lei cambiária não impõe ao portador do título que antes de acionar o avalista do subscritor lhe dê informação acerca da situação de incumprimento que legitima o preenchimento do título que o próprio autorizou».<sup>26</sup>

## VII. Responsabilidade civil por falta de informação

O dever de informação, quando existe, tem natureza contratual – pactícia – e a sua violação dá lugar a responsabilidade obrigacional, com presunção de culpa, mas sem presunção de causalidade ou de dano, nos termos gerais de Direito.

O avalista, se tiver sofrido dano por causa da perda de oportunidade de cumprir em tempo, deve pedir a indemnização do seu prejuízo contra quem o deveria ter informado, mas com fundamento na relação subjacente. De qualquer modo, sempre teria de alegar e provar, não só a relação subjacente, mas ainda que teria pago logo no momento do vencimento. Note-se que só pode compensar com a dívida a pagar ao exequente se tiver com ele a relação subjacente da qual conste o dever de informar; se não, terá de pagar o aval e pedir indemnização contra o avalizado que não o informou devidamente.

O avalista – enquanto tal – não tem necessidade de o fazer porque, tendo pago nessa qualidade, o artigo 49.º da LULL confere-lhe a faculdade de cobrar sobre o seu avalizado tudo

---

<sup>26</sup> STJ 25-05-2017 (Fonseca Ramos), proc. 9197/13.9YLSB-A.L1.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), com o sumário seguinte:

I - O pacto de preenchimento é um contrato firmado entre os sujeitos da relação cambiária e extracartular que define em que termos deve ocorrer a completude do título cambiário, no que respeita aos elementos que habilitam a formar um título executivo, ou que estabelece em que termos se torna exigível a obrigação cambiária.

II - O regular preenchimento, em obediência ao pacto, é o *quid* que confere força executiva ao título, mormente, quanto aos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade.

III - O aval é o ato pelo qual uma pessoa estranha ao título cambiário, ou mesmo um signatário (art. 30.º da LULL), garante por algum dos co-obrigados no título, o pagamento da obrigação pecuniária que este incorpora. O aval é uma garantia dada pelo avalista à obrigação cambiária e não à relação extracartular.

IV - Intervindo no pacto de preenchimento e estando o título no domínio das relações imediatas, o executado/embarante/avalista pode opor ao exequente/embargado a violação desse pacto de preenchimento.

V - No caso, o avalista pode opor ao credor exequente as exceções no que concerne ao preenchimento abusivo da livrança, mas, antes de o portador do título o completar, não é condição de exequibilidade do mesmo, que o credor/exequente informe e discuta com o avalista o incumprimento da relação extracartular, de que o primeiro não foi parte.

VI - A lei cambiária não impõe ao portador do título que antes de acionar o avalista do subscritor lhe dê informação acerca da situação de incumprimento que legitima o preenchimento do título que o próprio autorizou.

VII - A certeza, a liquidez e a exigibilidade da dívida incorporada no título cambiário, em relação ao qual foi acertado *pacto de preenchimento*, nos termos do artigo 10.º da LULL, alcança-se após o preenchimento e completude do título que, assim, se mostra revestido de força executiva.



o que tiver gasto com esse pagamento, o que lhe permitirá recuperar integralmente a sua despesa. Poderá, todavia, continuar a sofrer danos de outra ordem, por exemplo reputacionais ou de perda de oportunidades de negócios, ou outros, cuja indemnização terá de exigir em separado, com fundamento em causa diferente do aval.

O crédito cartular do avalista que pagou sobre os então responsáveis cambiários (entre os quais, muito provavelmente o avalizado) poderá vir a ser prejudicado por uma eventual insolvência destes, mas esse é um risco sistémico de mercado que afeta todos os créditos cambiários. Naturalmente, quanto mais forem os responsáveis cambiários, menor o risco insolvência. Também a pretensão de indemnização por violação do dever extracambiário de informação que tenha fonte no pacto de aval sofre este risco, mas sem os benefícios típicos da dispersão de risco que decorre da circulação cambiária.

A pretensão de responsabilidade civil por violação do pacto de aval tem, portanto, mera natureza obrigacional, sem desvios do regime comum, e não tem natureza cambiária nem extra obrigacional ou aquiliana.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/e69p75zpm/streaming.html?locale=pt>

### Vídeo do debate



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/e69p75zx5/streaming.html?locale=pt>

## PAINEL 2.

# Insolvência e acções conexas

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

**PAINEL 2**  
**INSOLVÊNCIA E ACÇÕES CONEXAS**  
**CUESTIONES DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**

D. Ignacio Sancho Gargallo<sup>1</sup>

Vídeo

**Vídeo da apresentação**



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/2mgm38lpc9/streaming.html?locale=pt>

<sup>1</sup> Magistrado do Tribunal Supremo de Espanha.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## PAINEL 2

## INSOLVÊNCIA E ACÇÕES CONEXAS

INCIDÊNCIAS DO INCUMPRIMENTO DO CONTRATO PROMESSA DE COMPRA E VENDA POR  
INSOLVÊNCIA DO DEVEDORFonseca Ramos<sup>1</sup>

## Vídeos

1. O tema, muito vasto, não se compadece com o escasso tempo de que disponho, o que será “atenuante” que, benevolmente, espero me seja concedida.
2. Se há discussão que não parece abrandar é justamente a da posição jurídica do promitente-comprador tradicional no contrato-promessa de compra e venda de bem imóvel, de carácter obrigacional, no caso de insolvência do promitente-vendedor, não estando totalmente cumprido ao tempo da declaração de insolvência.
3. A unidade e coerência do ordenamento jurídico e a harmonia que nele deve existir, implicam que se faça referência a vários tipos contratuais, regulados no Código Civil, como sejam o contrato-promessa, a compra e venda, a garantia real direito de retenção, o regime especial do contrato-promessa de compra e venda de bens imóveis (de que tratamos), seja com eficácia real, seja com eficácia meramente obrigacional, e o incumprimento contratual, na perspectiva civilística e insolvencial.
4. **O incumprimento do contrato-promessa de compra e venda de bem imóvel, com eficácia meramente obrigacional, e com *traditio*, por insolvência do promitente-vendedor, estando o contrato em curso de execução.**  
**A recusa de cumprimento do contrato pelo administrador da insolvência.**
5. No domínio da insolvência, de particular relevo o regime especial, definido como regra, no artigo 102.º, n.º 1, do CIRE – *princípio geral quanto a negócios ainda não cumpridos* – e, na especificidade do tema, a promessa de contrato – artigo 106.º.
6. Esta norma, sem nunca o dizer, aplica-se ao contrato-promessa de compra e venda de bem imóvel, em *curso de execução*, havendo incumprimento do promitente-vendedor caído em insolvência.
7. Ainda aqui, no domínio insolvencial e no CIRE, importa ter presente a figura do administrador da insolvência, o principal órgão da insolvência (artigo 52.º) dispendo de latíssimos poderes, cujo estatuto consta da Lei n.º 22/2013, de 26 de Fevereiro (alterada pela Lei n.º 17/2017, de 16 de Maio e pelo Decreto-Lei n.º 52/2019, de 17 de Abril), podendo ser designado por administrador judicial provisório, administrador da insolvência, ou fiduciário, dependendo das funções que exerce no processo.

<sup>1</sup> Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça.

8. São ainda órgãos da insolvência a comissão de credores – artigos 66.º e seguintes – e a assembleia de credores – artigos 72.º e seguintes – que é presidida pelo juiz – artigo 74.º.

9. Próprios do regime legal da insolvência, são as diversas categorias de créditos da insolvência e classes de créditos – artigo 47.º.

10. Os créditos sobre a insolvência – n.º 3 daquele preceito - podem ser “garantidos” (artigo 174.º), “privilegiados” (artigo 175.º), “subordinados” (artigos 48.º e 117.º) e “comuns” (artigo 176.º).

**11. Princípio de crucial importância no direito falimentar é o princípio da igualdade - *par conditio creditorum* – artigo 194.º do CIRE – que apenas consagra uma “igualdade mitigada”.**

12. Veremos a perspectiva da jurisprudência e da doutrina, adiantando que são raras as controvérsias jurídicas onde existe um quase completo antagonismo entre as posições dos doutrinadores e a jurisprudência sobretudo, do Supremo Tribunal de Justiça que, na vigência do CIRE, e até hoje cerca de 16 anos volvidos, proferiu três Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência (AUJ) o n.º 4/2014 – Távora Victor – o n.º 8/2016, de 23.2.2016 – Pinto de Almeida – e, mais recentemente, o n.º 4/2019 – Maria Olinda Garcia.

13. A minha experiência como Juiz, que integrou desde a especialização, em matéria de comércio, a 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, à qual são distribuídos (nos termos do disposto no artigo 42.º, n.º 2, da Lei n.º 52/2008, de 28.08 da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ)), todos os processos mencionados no respectivo artigo 121.º, mostrou que, grande parte dos arestos produzidos, muitos deles publicados no site oficial ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), se relacionam com a questão do incumprimento do contrato-promessa de compra e venda de bem imóvel, com *traditio* e entrega de sinal, por insolvência do promitente-vendedor.

14. Importa dizer que o contrato-promessa, definido no artigo 410.º, n.º 1, do Código Civil, é um contrato completo em si, mas preliminar em relação ao contrato prometido (o definitivo): é um tipo contratual com larga difusão na prática negocial, tendo sofrido, na década de 80, duas muito importantes alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 236/80, de 18.7, rectificado pelo DR n.º 116/86 de 12.8.1986, e, pelo Decreto-lei n.º 379/86, 11.11, que logo geraram polémica e que, desde aí, são fonte de incessante querela.

15. Referimo-nos ao direito de retenção e ao funcionamento do sinal como sanção para o incumprimento – artigos 755.º, n.º 1, f) e 442.º, n.º 2, do Código Civil. O estatuído no artigo 410.º, ou com ele relacionado, foi objecto de oito assentos do Supremo Tribunal de Justiça, entre 1985 e 1995.

**16. Breve referência ao regime do contrato-promessa de compra e venda de bem imóvel, na articulação com o direito de retenção, seja no contexto civilístico, seja no contexto da insolvência.**



17. Portugal talvez seja dos países da comum cultura jurídica<sup>2</sup>, onde o contrato-promessa, sobretudo, de compra e venda de bens imóveis, tenha uma tão grande aplicação, claramente fomentada pelos Bancos, enquanto concedentes de crédito para aquisição, sobretudo, de habitação própria, vendedores e promotores imobiliários.

18. Pese embora ser antecâmara do contrato prometido, um *contrato preliminar*, pode investir pela via da *traditio*, o promitente-comprador na posse ou detenção do bem, dando, desde logo, a ilusão fácil de titularidade do direito de propriedade ao promitente-vendedor. O “ter”, claramente em risco virtual de colisão, com o “ser”.

19. Nas recentes comemorações do cinquentenário do Código Civil, poucos foram os que não teceram elogios ao Código Civil de 1966, obra magnífica para o tempo, e na actualidade, sendo benevolentes, ou quase inexistentes, as chamadas de atenção para a necessidade de o modernizar, actualizar, em aspectos específicos, como sejam a reforma do instituto da responsabilidade civil<sup>3</sup>, a protecção do consumidor, dada a multidisciplinaridade deste ramo do direito, sabendo-se da controvérsia sobre se a matéria deve ou não ser integrada no direito civil geral.<sup>4</sup>

20. Portugal tem uma lei de protecção do consumidor, Lei n.º 24/96, de 31.7, com escassos vinte cinco artigos, que é claramente uma *lei de mínimos*, desfasada da dinâmica actual e das novas formas de contratação que reclamam uma consistente e eficaz protecção.

21. Daí que nos tenham prendido a atenção as considerações da autoria do Professor Menezes Cordeiro, no Estudo “Ciência do Direito e Reformas Civis” – publicado na “Revista de Direito Civil” – Ano IV (2019), Número 2, págs. 253 a 275.

22. O eminente Professor, depois de aludir ao âmbito das reformas possíveis, a introduzir no Código Civil e prefigurar opções reformistas que qualificou em três graus: *fraca*, *média* e *forte*, e de não mostrar simpatia pela opção *fraca*, a que foi a adoptada no Código Civil italiano, por contraposição à opção *média*, adoptada pelo Código Civil alemão (2001/2002), e à opção *forte*, acolhida no Código Civil brasileiro, escreve:

*“O recurso a correcções pontuais do Código Civil seria, no fundo, dar continuidade ao que vem sendo feito.*

<sup>2</sup> “O contrato-promessa entrou nos hábitos jurídicos e sociais da nossa Terra, parecendo uma figura natural. Todavia, ela não é óbvia: se as partes estão de acordo quanto a uma certa composição dos seus interesses, e querem fixá-la, definitivamente, por contrato, porque não o fazem? Obrigarem-se a obrigarem-se futuramente quando, desde o início, congelam os termos definitivos do quadro final parece ser uma complicação inútil. De resto, ao longo da História, não faltaram nem doutrina que o afirmasse, nem leis que o determinassem. Foi necessária uma elaboração muito abstracta do Direito, para se atingir a ideia de contrato-promessa.” – Menezes Cordeiro, in “Tratado de Direito Civil Português”, II, Direito das Obrigações, Tomo II, 2010, págs. 281 e 282.

<sup>3</sup> Vide “A Responsabilidade Civil Extracontratual nos 50 anos de vigência do Código Civil: Um olhar à luz do direito contemporâneo” – José Carlos Brandão Proença – na Revista de Direito da Responsabilidade – Ano I - 2019 - acessível *on line*.

<sup>4</sup> Sobre a controvérsia, “Manual de Direito do Consumo”, 6.ª edição, 2019 – de Jorge Morais de Carvalho, págs. 43 a 46.

*Todos os anos, os ficheiros somam alterações ao Código Civil, motivadas seja por questões de fundo, seja por contingências. De todo o modo, alguns pontos poderiam ser encarados:*

- *A reforma das “incapacidades” dos maiores, hoje concluída através do instituto do acompanhamento;*
- *A reforma das fundações, objecto de leis confusas;*
- *A correcção do contrato-promessa;*
- *A recuperação do arrendamento urbano.”*

**23.** Sobre o contrato-promessa, escreveu: *“O contrato-promessa sofreu, em 1980 e 1986, correcções apressadas, que visaram enfrentar o tema do deslizar do valor da moeda. Há que repor a justiça e o equilíbrio, agora que desapareceram as causas que motivaram tais reformas.”*

**24.** Ao longo de dezenas de anos, a Doutrina e a Jurisprudência, em muitos casos com um antagonismo que, a meu ver, se explica, também, pela grande complexidade dos regimes jurídicos vigentes, devotaram um denodado esforço conceptual e interpretativo de cujo resultado não resultou, nem a estabilidade, nem a consistência que a segurança do comércio jurídico e dos cidadãos esperam.

**25.** Sem dúvida que a tarefa dos Tribunais é aplicar a lei e interpretá-la, dizendo o Direito, e, mais que tudo, fazendo Justiça. Para isso dispõem, desde logo, dos critérios hermenêuticos enunciados no artigo 9.º do Código Civil.

E se certo é que mesmo as leis claras carecem de interpretação, não menos certo é que leis escorregadas, reflectindo a realidade social e o seu progresso, facilitam a tarefa do aplicador do Direito.

*“Sejam as leis claras, uniformes e precisas, porque interpretá-las, quase sempre, é o mesmo que corrompê-las” – cito Voltaire.*

**26. Tendo presente o tema, algumas breves considerações.**

**27.** Os casos que, com mais frequência são objecto de litígio, prendem-se com as consequências do incumprimento do contrato-promessa de compra e venda de bem imóvel, tendo sido prestado sinal pelo promitente-comprador, que beneficia da *traditio* e, estando o contrato em curso de execução (artigo 102.º, n.º 1, do CIRE), é judicialmente declarada a insolvência do promitente-vendedor.

**28.** Privado o devedor da direcção dos seus negócios, ante a declaração judicial de insolvência, o seu património, à data da declaração de tal declaração, é integrado na massa insolvente, nos termos do artigo 46.º, n.º 1, do CIRE.

Desde aí, cabem ao administrador da insolvência (A.I.), figura criada no CIRE, no contexto da *desjudicialização* do processo de insolvência, latíssimos poderes, como decorre do artigo 81.º, avultando, os “*poderes de administração e disposição*” dos bens integrantes da massa insolvente.

**29.** O artigo 102.º do CIRE – sob a epígrafe “*Efeitos sobre os negócios em curso*” – estabelece um *princípio geral* quanto a negócios ainda não totalmente cumpridos, estatuidando no n.º 1:

*Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento.*

**30.** O artigo 106.º regendo sobre a *promessa de contrato*, estabelece no seu n.º 1:

*No caso de insolvência do promitente-vendedor, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento de contrato-promessa com eficácia real, se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador.*

E o n.º 2 – *À recusa de cumprimento de contrato-promessa de compra e venda pelo administrador da insolvência é aplicável o disposto no n.º 5 do artigo 104.º, com as necessárias adaptações, quer a insolvência respeite ao promitente-comprador quer ao promitente-vendedor.*”

**31.** Tendo o contrato eficácia real e tendo havido *traditio* a favor do promitente-comprador, o A.I. não pode recusar o cumprimento do contrato por força do n.º 1 do artigo 106.º.

Na verdade, decorre para o promitente-comprador, por via da eficácia real – artigo 413.º do Código Civil –, um direito real de aquisição<sup>5</sup>.

**32.** No que respeita ao contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional e com tradição da coisa, o n.º 2 do artigo 106.º do CIRE *consente* ao A.I., a opção de executar o contrato, ou recusar o cumprimento. Essa recusa, obviamente, que não é imotivada, nem discricionária, porque o A.I., no uso desse poder-dever potestativo, não age como representante do insolvente, tendo como primordial objectivo assegurar o interesse dos credores.

**33.** O regime consagrado para os *negócios em curso*, inovador e claramente distinto da legislação precedente, parece ser uma *bandeira* como resulta do ponto 35 do preâmbulo do

<sup>5</sup> “A oponibilidade *erga omnes* da promessa com eficácia real determina a invalidade ou ineficácia dos actos jurídicos realizados em sua violação. Surge um direito real de aquisição, que prevalece sobre todos os direitos pessoais ou reais referentes à coisa desde que não se encontrem registados antes do registo do contrato-promessa. Portanto, a alienação ou oneração do imóvel não impede a execução específica” – Almeida Costa, RLJ, 60, nota 65.

DL n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE):

*“O capítulo dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios jurídicos em curso é um daqueles em que a presente reforma mais se distancia do regime homólogo do CPEREF. Ele é objecto de uma extensa remodelação, tanto no plano da forma como no da substância, que resulta de uma mais atenta ponderação dos interesses em causa e da consideração, quanto a aspectos pontuais, da experiência de legislações estrangeiras.*

*Poucas são as soluções que se mantiveram inalteradas neste domínio. De realçar é desde logo a introdução de um “princípio geral” quanto aos contratos bilaterais, que logo aponta para a noção de “negócios em curso” no âmbito do processo de insolvência: deverá tratar-se de contrato em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento tanto pelo insolvente como pela outra parte.*

*O essencial do regime geral disposto para tais negócios é o de que o respectivo, cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento.*

*Vários outros tipos contratuais são objecto de tratamento específico, surgindo diversas e relevantes inovações nos domínios da compra e venda, locação, mandato, entre outros [...]”*

#### **34. Breve relance sobre a legislação falimentar anterior ao CIRE: o regime legal no que respeita ao contrato-promessa.**

No Código de Processo Civil de 1961, o artigo 1197.º estabelecia que a declaração de falência não importava, *ipso facto*, a rescisão dos contratos bilaterais celebrados pelo falido. Eles seriam ou não cumpridos consoante o seu cumprimento fosse mais conveniente para a massa.

No domínio do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF)<sup>6</sup> – DL n.º 132/93, de 27 de abril – seus artigos 161.º a 174.º, diploma cuja filosofia era, em primeira linha, a recuperação da empresa insolvente, ao invés do que sucede com o

<sup>6</sup> O Código de 1993, não excluindo a liquidação da empresa como meio de salvaguarda dos interesses dos credores, tinha os *olhos postos* na recuperação das empresas economicamente viáveis.

“ [...] Mas trata-se ainda, por outro lado, de rever a antiquada legislação das falências, quase inteiramente desligada da sorte do devedor falido, à luz decantadora de uma época especialmente empenhada em garantir a sobrevivência dos empreendimentos rentáveis e em que é outra a dinâmica negocial exigida dos agentes económicos...e afirmando o novo diploma, por óbvias razões, **o primado da recuperação sobre a falência da empresa**, não faria realmente nenhum sentido que a concordata e o acordo de credores, mantidos como meios de saneamento da devedora com determinado espírito, fossem simultaneamente consagrados com a mesma designação nominal, mas com um espírito inteiramente distinto, como meios preventivos da pura liquidação da empresa.”

Na economia do CPEREF, a medida de recuperação especialmente apta a atingir este objectivo era a *gestão controlada*, pensada para assegurar o êxito das verdadeiras intervenções cirúrgicas de que muitas empresas viáveis careciam.

CIRE<sup>7</sup>, pelo menos até à alteração de 2012 (Lei n.º 16/2012, de 20 de abril), não existia um princípio geral, optando o legislador por uma regulamentação casuística.

Na revisão introduzida pelo DL n.º 315/98, de 20 de outubro, foi aditado um regime particular para os contratos-promessa: o artigo 164.º-A:

*“1. O contrato-promessa sem eficácia real que se encontre por cumprir à data da declaração de falência extingue-se com esta, **com** perda do sinal entregue ou restituição em dobro do sinal recebido, como dívida da massa falida, consoante os casos; ressalva-se a possibilidade de o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores, optar pela conclusão do contrato prometido, ou requerer a execução específica da promessa, se o contrato o permitir.*

*2. Tratando-se de promessa com eficácia real, o promitente-adquirente poderá exigir à massa falida a celebração do contrato prometido ou recorrer à execução específica que lhe seja facultada; sendo o falido promitente-adquirente, ao liquidatário judicial cabe decidir sobre a conveniência da execução do contrato, satisfazendo a contraprestação convencionada.”*

**35.** É patente que o legislador não excluiu a aplicação do regime do artigo 442.º do Código Civil, no caso de extinção do contrato-promessa sem eficácia real, estando ele por cumprir (na linguagem do CIRE “*negócio em curso*”), definindo a consequência *indemnizatória*: restituição do sinal em dobro (devido ao promitente-comprador), valor que era dívida da massa falida.

**36.** No regime-regra, afirmado na 1.ª parte do citado normativo do CPREF, a extinção do contrato era automática se o contrato se encontrasse por cumprir.

**37.** Mesmo que se considere que esta norma equivale ao artigo 106.º, n.º 2, do CIRE (não há, no revogado diploma, uma definição para contrato em curso de execução), a menção à perda do sinal ou à “*restituição em dobro do sinal recebido, como dívida da massa falida*”, implícita, claramente, que, se o falido fosse o promitente-vendedor, operava o mecanismo do sinal – artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil – pois que a restituição, em dobro, do sinal recebido é a sanção prevista para aquele que o recebeu.

<sup>7</sup> Com o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa (CIRE), [...] o fim de recuperação é subalternizado e a garantia patrimonial dos credores elevada a finalidade única, que orienta todo o regime. As palavras do preâmbulo são elucidativas: o objectivo do novo regime é a “*satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores*”; “é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação da garantia comum dos seus créditos”; “é sempre das estimativas dos credores que deve depender, em última análise, a decisão de recuperar a empresa”, “é sempre a vontade dos credores que comanda todo o processo”.

Esta visão não constitui mero retrocesso às concepções ao CPREF: levando mais longe a confiança nos mecanismos reguladores do mercado, limita drasticamente os poderes do juiz, conferindo a soberania aos credores. É, neste ponto, paradigmático o estatuto do administrador da insolvência: de livre escolha da assembleia de credores, esta pode substituir o que o juiz tiver designado (artigos 52.º CIRE, 53.º CIRE e 56.º-2 CIRE); tal como a comissão de credores (artigo 70.º CIRE), o administrador é responsável perante os credores, e também perante o devedor (artigo 59.º CIRE); dos seus actos, tal como dos da comissão de credores, não cabe recurso para o juiz, que só tem o poder de destituição por justa causa (artigo 56.º-1 CIRE).” – Revista Themis, da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial, 2005 – Estudo do Professor Lebre de Freitas – “*Pressupostos Objectivos e Subjectivos da Insolvência*” – págs. 12 e 13.

38. Tudo sem embargo de o liquidatário ter a palavra decisiva, ouvida a comissão de credores, podendo optar pela manutenção do contrato.

39. Carvalho Fernandes e João Labareda, em anotação ao preceito, in *“Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado”* (CPEREF), pág. 429, entendiam que *“o correspondente crédito do promitente adquirente deve ser satisfeito à custa da massa falida. Embora o Código não o diga expressamente, atenta a sua natureza e o regime nele estatuído para lugares paralelos, o tratamento aplicável ao seu pagamento é o dos créditos comuns.”*

40. Enquanto o CPEREF implicitava o funcionamento do mecanismo do sinal para sancionar o incumprimento, em função da qualidade do falido e nenhuma alusão havia à tradição da coisa, no CIRE, no artigo 106.º, n.º 1, apenas há referência ao contrato-promessa com eficácia real com tradição da coisa a favor promitente-comprador. O legislador, no que respeita ao contrato-promessa, colocou aí o seu zelo.

41. No n.º 2 serão incluídos os casos mais frequentes: contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, que o legislador não regulou com clareza, optando por uma formulação complexa que vai *de remissão em remissão* para outros preceitos: para o n.º 5 do artigo 104.º e deste para o n.º 3 do artigo 102.º, que convoca o n.º 2 do artigo 91.º.

42. Ou seja, no caso em que a formulação da lei – artigo 413.º, n.º 1, do Código Civil – confere mais protecção ao promitente-comprador (a eficácia real promessa que a torna oponível *erga omnes*), o legislador não *consentiu* dúvidas de interpretação, nem deixou *margem de manobra* (leia-se opção) ao A.I.: ele não pode recusar o cumprimento do contrato-promessa.

Bem maior rigor se exigia, quanto ao contrato mais frequente e socialmente típico: o contrato-promessa obrigacional com *traditio* e sinal passado.

43. Como resulta da anterior transcrição do preâmbulo do CIRE, o legislador quis romper com o modelo precedente, mas a solução adoptada, a nosso ver, foi infeliz.

44. No CPEREF, o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores, podia optar pela conclusão do contrato prometido, ou requerer a execução específica da promessa, se o contrato o permitisse.

45. Naquele Código, em caso de não opção pela conclusão do contrato, colhia-se, de modo claro, que vigorava o mecanismo do sinal previsto no artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil. O legislador do CIRE, abandonou esse regime, estabelecendo no n.º 2 do artigo 106.º um complexo regime de indemnização no caso de recusa do cumprimento do contrato-promessa, estabelecendo:

*“À recusa de cumprimento de contrato-promessa de compra e venda pelo administrador da insolvência é aplicável o disposto no n.º 5 do artigo 104.º, com as necessárias adaptações, quer a insolvência respeite ao promitente-comprador quer ao promitente-vendedor.”*

#### 46. A magna questão: o AUJ 4/2014.

Saber se, no processo de insolvência, em caso de *traditio* do imóvel para o promitente-comprador que sinalizou a promessa, ocorrendo insolvência do promitente-vendedor, é ou não aplicável o regime civilístico do incumprimento do contrato-promessa *por causa imputável ao promitente-vendedor*, com a inerente aplicação do artigo 442.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil, foi objecto do AUJ n.º 4/2014, de 20.3.2014, in DR, 1.ª Série, N.º 95, de 19.05.2014, que fixou o entendimento seguinte:

*“No âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com traditio, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755.º, n.º 1, f) do Código Civil”.*

47. No AUJ, entre outros argumentos, considerou-se que, não havendo previsão legal para os casos de tradição da coisa e sendo o contrato dotado de eficácia meramente obrigacional, com *traditio*, já que o artigo 106.º nenhuma referência faz a esta situação, fez-se remissão para o artigo 104.º (que regula o contrato de compra e venda com reserva de propriedade), *“fazendo apelo ao lugar paralelo, resultante da conjugação dos artigos 106.º, n.º 2, e 104.º, n.º 1, do CIRE (respeitante este ao contrato de compra e venda com reserva de propriedade, tendo havido entrega da coisa e sendo insolvente o vendedor), considerando que, as razões determinantes do que ali vem exposto, são idênticas às que estavam em causa no Acórdão.*

Muito criticado foi o Acórdão sendo uma das críticas menos aprazíveis a que o Tribunal se substituiu ao poder legislativo.

48. Quanto àquele argumento foi apontada uma crítica e indicada uma solução no Estudo de Margarida Costa Andrade e Afonso Patrão - *“A Posição Jurídica do Beneficiário de Promessa de Alienação no Caso de Insolvência do Promitente vendedor. Comentário ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014”*, publicado na Revista *Julgar On line*, Setembro de 2016, pág. 14.

*“[...] Quanto a este outro problema, por nossa parte, julgamos que a lei tem uma solução positivada: em todos os casos em que o administrador pode decidir não cumprir o contrato-promessa (a regra geral do artigo 102.º CIRE), a indemnização do promissário é regulada em norma especial (n.º 2 do artigo 106.º CIRE) que, por força do princípio *lex specialis derogat legi generali* e da norma interpretativa do artigo 119.º CIRE, afasta a indemnização do promitente-comprador regulado no Código Civil.*

*Isto é, o n.º 2 do artigo 106.º CIRE substitui, em todos os contratos-promessa sujeitos ao princípio geral do artigo 102.º CIRE, o regime do Código Civil de indemnização do beneficiário da promessa.*

*Com efeito, se assim não fosse, a norma falimentar do n.º 2 do artigo 106.º não teria razão de ser, porquanto sempre seria aplicável a lei civil à tutela do promissário; nesse caso, o legislador puramente estabeleceria o direito de o administrador de insolvência não cumprir o contrato-promessa, sem se preocupar com regular, em lei especial, uma solução indemnizatória própria (o regime dos artigos 102.º e 104.º/5 CIRE).*

*É certo que a remissão “com as necessárias adaptações” para o cálculo indemnizatório regulado no n.º 5 do artigo 104.º CIRE (por sua vez, remetendo para a regra ressarcitória do n.º 3 do artigo 102.º CIRE) não contempla especificamente a devolução do sinal, mas apenas a diferença entre as prestações das partes.*

*Todavia, a restituição do sinal é a solução a que se chega quer por via do regime geral de incumprimento do contrato-promessa por causa não imputável às partes; quer pelo princípio de que a resolução do contrato importa a restituição de tudo quanto haja sido recebido; quer por via do enriquecimento sem causa.[...].”*

*[cfr. CATARINA SERRA, O Regime..., p. 105; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, Manual de Direito..., p. 187; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, Um Curso..., p. 162; NUNO PINTO OLIVEIRA, “Com mais irreflexão...”, p. 4 (que reconhece a obscuridade do texto positivado); NUNO PINTO OLIVEIRA E CATARINA SERRA, “Insolvência e Contrato-Promessa...”, p. 424]. Nota de rodapé 14.*

Em suma: considera-se que há lugar à restituição do sinal, seja considerando que não existe incumprimento imputável às partes, seja pela via da resolução, seja pela via do enriquecimento sem causa.

**49.** Na interpretação muito discutida, no caso em que o A.I. opta pela recusa do cumprimento do contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional e *traditio*, cabe ao promitente-comprador, *in bonis*, “...direito de indemnização...por força da remissão do n.º 2 do artigo 106.º do CIRE para o n.º 5 do artigo 104.º do mesmo Código, o qual remete, por seu turno, para o n.º 3 do artigo 102.º, mas com adaptações: o promitente-comprador tem direito a uma indemnização que fica consideravelmente aquém da que resultaria da aplicação do artigo 442.º do Código Civil, redução da indemnização que parece corresponder à ideia de que não há aqui um verdadeiro incumprimento pelo devedor, mas antes o exercício de um direito de recusa do cumprimento.” – Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 21.6.2016 – Proc. 3415/14.3TCLRS-C.L1.S1 – [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Menezes Leitão, in “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, 5.ª edição, sustenta que o artigo 106.º, n.º 1, do CIRE é omissivo, no que concerne ao contrato-promessa sem eficácia real em que houve *traditio* e que conferindo a *traditio* um direito de retenção a favor do promitente-comprador *in bonis*, se aplica, não o artigo 102.º, n.º 1, do CIRE mas, analogicamente, o artigo 106.º, n.º 1, (o mesmo regime que a lei prevê para os contratos com eficácia real e *traditio*).

Nesta perspectiva o A.I. não poderia recusar o cumprimento, existindo direito de retenção – artigo 755.º, n.º 1, f), do Código Civil - a favor do promitente-comprador para garantir o seu



crédito, podendo este consistir na diferença entre o valor da coisa ao tempo do não cumprimento e o preço acordado (artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil).

Entende, pois, aplicável o regime civilístico do sinal e o direito de retenção uma vez que a coisa prometida vender está em poder do promitente-comprador. Uma das poucas vozes a defender uma solução manifestamente protectora do promitente-comprador.

Em sentido contrário, *inter alia*, Nuno Manuel Pinto Oliveira e Catarina Serra, “*Insolvência e Contrato-promessa*”, na Revista da Ordem dos Advogados, Ano 70, Lisboa, Jan/Dez. 2010, p. 404.

É patente a díspar interpretação que os doutrinadores votam ao regime jurídico consagrado no CIRE, sendo, por isso, e na intransigente crítica que fazem ao AUJ, que o legislador intervenha, tornando claro um regime jurídico que dissipe as dúvidas. A legislação pregressa não suscitou problemas interpretativos de grande monta e consagrava um regime que não descurava a aplicação do regime civilístico. Afinal, a unidade e harmonia do sistema jurídico.

**50.** No citado AUJ 4/2014, considerou-se que a opção do A.I., em recusar cumprir o contrato (não obstante, a opção que o artigo 102.º, n.º 1, do CIRE lhe confere, de executar ou recusar o cumprimento), exprime culpa do promitente-vendedor que se deixou cair na insolvência, considerando que se está perante um caso de *imputabilidade reflexa* e, assim, aplicável o mecanismo do sinal: no fundo, existiria incumprimento do promitente-vendedor e, por isso, funcionaria o regime civilístico do sinal.

Tendo votado o AUJ/2014 discordo deste argumento, afirmando:

*“Não acompanho o trecho da fundamentação quando se afirma que, em relação ao promitente vendedor declarado insolvente, “se verifica uma imputabilidade reflexa” causal da insolvência, considerando o comportamento (ilícito) do promitente vendedor na origem reflexa do processo falimentar, porque, desde logo, a insolvência pode ter sido fortuita — artigos 185.º e 189.º, n.º 1, do CIRE.*

*Ligar o incumprimento do contrato-promessa à opção (lícita) do administrador da insolvência em cumprir ou não cumprir o contrato em curso, contraria a opção potestativa daquele — artigo 102.º, n.º 1 do CIRE — ope legis, desligada da actuação do insolvente, não sendo tal opção compaginável com o disposto nos artigos 798.º e 799.º do Código Civil.*

*A recusa do administrador da insolvência em executar o contrato promessa de compra e venda em curso de execução, em que era promitente-vendedor o ora insolvente, não exprime incumprimento de tal contrato mas “reconfiguração da relação”, tendo em vista a especificidade do processo insolvencial, não sendo aqui aplicável o normativo do artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil — “incumprimento imputável a uma das partes” — que pressupõe um juízo de censura em que se traduz o conceito de culpa, neste caso ficionando que a parte que incumpre seria o administrador da insolvência na veste do promitente ora insolvente.”*

51. Já antes do AUJ n.º 4/2014, no Acórdão de 14.6.2011 – Proc.6132/08 – in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), tínhamos afirmado:

“A recusa do administrador da insolvência em executar um contrato promessa de compra e venda em curso, em que era promitente-vendedor o ora insolvente, não exprime incumprimento de tal contrato mas *“reconfiguração da relação”*, tendo em vista a especificidade do processo insolvencial, não sendo aplicável o conceito do artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil – *“incumprimento imputável a uma das partes”* – que pressupõe um juízo de censura em que se traduz o conceito de culpa – (neste caso ficcionando que a parte que incumpre seria o administrador da insolvência na veste do promitente ora insolvente, ou em representação dele), pelo que não tem o promitente-comprador direito ao dobro do sinal, até por força do regime imperativo do artigo 119.º do CIRE e, por isso, também não goza do direito de retenção, nos termos do artigo 755.º, n.º 1, f) do Código Civil. Em caso de recusa pelo administrador da insolvência em cumprir o contrato-promessa de compra e venda, só no caso do promitente-comprador tradicional ser um consumidor é que goza do direito de retenção e tem direito a receber o dobro do sinal prestado; não sendo consumidor não lhe assiste tal direito, sendo um credor comum da insolvência.”

Na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, não foi acolhido, inicialmente, este argumento.

Gravato de Moraes, no Estudo *“Promessa Obrigacional de Compra e Venda com Tradição da Coisa e Insolvência do Promitente Vendedor”*, “Cadernos de Direito Privado”, 29, e seguintes considera, na hipótese, a admissibilidade do direito de retenção que beneficia o promitente-comprador tradicional.

52. O AUJ n.º 4/2014 procedeu a uma interpretação restritiva do direito do artigo 755.º, n.º 1, f), do Código Civil que estatui gozar do direito de retenção:

*“O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º.”*

O AUJ, operando com o conceito de *“consumidor”*, que atribuiu ao promitente-comprador, considerado parte contratualmente mais fraca, foi severamente criticado, sendo *acusado* de exigir, despropositadamente, tal condição para fazer operar o direito de retenção – artigo 755.º, n.º 1, f), do Código Civil.

Crítica favorável ao AUJ, 4/2014, foi feita pelo Professor Calvão da Silva, in *“Sinal e Contrato-Promessa”*, 2017, 14.ª edição, revista e aumentada”, na pág. 164, onde, depois de o transcrever, escreveu:

*“Segue-se daqui a concessão do direito de retenção apenas ao promitente-comprador considerado consumidor – posição muito contestada nos múltiplos votos de vencido de Srs. Conselheiros.”*

*Para quem, como eu, neste mesmo livro (III- Contrato-promessa. Análise para reformulação do Decreto-lei n.º 236/80, §2, n.º 25), por um lado, critica “a grande generosidade com que o legislador atribui o direito de retenção ao promitente-comprador, pelo menos nos termos gerais e sem qualquer exceção”, e, por outro lado, fundamenta em argumentos de ordem pública de protecção ou ordem pública social a rejeição da tese da nulidade (por vício de forma do artigo 410.º, n.º 3) invocável por terceiros e de conhecimento oficioso (cfr. supra, n.ºs 26 a 30), não pode deixar de se rever no aresto aprovado, mas sempre com o devido respeito pelos Srs. Conselheiros que votaram vencido.*

*Remeto expressamente para o que escrevo acima nos n.ºs 27, 28 e 29 de que destaco aqui apenas as seguintes passagens: “No fundo, portanto, uma intervenção em nome da protecção do consumidor, do adquirente não profissional de edifícios ou prédios urbanos perante promitentes alienantes profissionais, atento o interesse social em jogo” (n.º 27);*

*“Trata-se antes de formalismo informativo, constitutivo da dita ordem pública de protecção ou ordem pública social – (...) através do intervencionismo legislativo destinado a proteger os mais variados consumidores, sinónimo de “contratantes não profissionais”, que habitualmente não concluem um contrato como o que concretamente celebram com um profissional que dia a dia firma contratos destas espécies -, cujo fim é tutelar a parte considerada contratualmente mais débil julgada leiga e profana no sector” (n.º 28, 1.ª parte);*

*“Isto significa, noutra formulação, que o legislador, em face dos abusos contratuais, das imoralidades e das injustiças de que eram vítimas na conjuntura económica (...) os promitentes-compradores de edifícios, veio em auxílio e defesa desta categoria de contratantes particularmente vulnerável, instituindo um controlo notarial – controlo exigente, a requerer reconhecimento presencial (...) das assinaturas e certificação no documento, que titula o contrato, da existência de licença de construção ou utilização do edifício -, por julgar os promitentes-adquirentes impreparados e (mais ou menos) incapazes de sozinhos defenderem satisfatória e convenientemente os seus interesses” (n.º 28, 2.ª parte).*

*“Intervenção esta, a de 1986, em que o legislador não só não julgou oportuno retirar este direito real de garantia ou pelo menos a sua prevalência sobre hipoteca anteriormente registada, como até alargou a sua órbita de aplicação, expressamente em nome da defesa do consumidor no n.º 4 do Preâmbulo do Decreto-lei n.º 379/86, de 11 de Novembro” (n.º 29)”.*

A eloquência dos argumentos responde às aceradas críticas daqueles que consideram que a razão das alterações da década de 80 ao regime do contrato-promessa, sobretudo, com a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador não teve em vista a protecção da sua condição de *consumidor* pessoa singular.

**53. Devem existir, no direito insolvencial, em geral, normas de protecção do consumidor?**

**No caso em apreço, poderia, em sede interpretativa, o Tribunal proceder à interpretação que adoptou?**

Uns dirão que não, atento o princípio da “*par conditio creditorum*” – artigo 194.º do CIRE – que, postulando igualdade de sacrifícios, comunhão de perdas, não deverá deixar nenhum credor incólume.

O promitente-comprador, seja ou não consumidor, verá o seu crédito calculado nos termos insolvenciais atrás referidos, bem menos favorável que aquele que teria se fosse aplicado o Código Civil – artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil.

**54.** Creio ser inquestionável que a posição do promitente-comprador, pessoa singular, *consumidor*, no contrato-promessa de compra e venda, dada a sua vulnerabilidade, por ser o contraente mais débil, merece protecção, sobretudo, no contexto insolvencial.

O promitente que adquire casa com recurso ao crédito para fins habitacionais, justifica maior protecção, mesmo fora do quadro de execução singular ou concursal do promitente-vendedor inadimplente; por isso, goza do direito de retenção em caso de *traditio*. Não deixa de ser incongruente que, no caso em que a garantia cumpriria a sua função, o credor seu titular fica dela despojado.

**55. As reformas da década de 80: O conceito de *consumidor***

As reformas da década de 80 foram, a meu ver, no sentido de proteger o promitente-comprador *consumidor*, mas revelaram-se insuficientes.

Miguel Pestana de Vasconcelos (“*Direito de Retenção, Contrato-promessa e Insolvência*”, in “*Cadernos de Direito Privado*”, n.º 33, Janeiro/Março 2011, págs. 3 e seguintes), considera o artigo 755º, n.º 1, f), do Código Civil “*uma norma de tutela do consumidor*”.

No Estudo de José Carlos Brandão Proença, “*Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional)*” — publicado nos “*Cadernos de Direito Privado*”, n.º 22 Abril/Junho 2008—, a propósito de um projecto de lei sobre o regime jurídico do exercício da actividade de promoção imobiliária, escreveu, pág. 21:

“[...] Na execução concursal, para lá do administrador da insolvência dever respeitar uma declaração de resolução ou a sentença de uma acção de execução específica intentada e registada antes da sentença declarativa da insolvência do promitente-vendedor, pensamos que o crédito indemnizatório sobre a massa insolvente devia ser sempre considerado “*crédito garantido*” (o que só parece certo se o incumprimento anteceder a declaração de insolvência) e que a solução prevista no n.º 1 do artigo 106.º do Código da Insolvência devia aplicar-se igualmente às promessas com eficácia real (mas sem tradição) (o anterior artigo 164.º-A, n.º 2, do Código (DL n.º 132/93, de 23/4) não exigia a tradição como requisito da exigência à massa falida da celebração do contrato prometido ou da execução específica.) e às promessas

*obrigacionais (do tipo das descritas no artigo 410.º, n.º 3, do Código Civil) com cláusula de tradição.*

*Não sendo, em futuras alterações legislativas, sufragadas estas teses, nitidamente tuteladoras do interesse de cumprimento, deveria, pelo menos, e nesses casos, ser possibilitada a aquisição do direito através do exercício de um direito de preferência na alienação do bem ou, como possível melhor solução, adaptar-se o disposto no artigo 164.º do Código da Insolvência, permitindo (pelo menos aos beneficiários de uma tradição clausulada em promessa obrigacional) a aquisição do bem por um preço razoável e sem prejuízo essencial dos interesses dos outros credores, quer se defendesse ou não o surgimento do direito de retenção na fase posterior à declaração de insolvência.”*

**56.** No Acórdão de 14.6.2011, que relatámos antes do AUJ 4/2014, seguimos o entendimento de Miguel Pestana de Vasconcelos, no seu Estudo (antes referido), publicado nos “Cadernos de Direito Privado”, n.º 33 – Janeiro/Março de 2011 – “*Direito de Retenção, contrato-promessa e insolvência*”.

Se o promitente-comprador é um consumidor e o objecto da promessa é uma habitação, nesse caso, mesmo declarada a insolvência do promitente vendedor, o promitente-comprador *in bonis* (não insolvente) tem direito de retenção.

Assim escreveu o Ilustre Professor – pág. 20:

*“ [...] O direito de retenção só tutela o promitente-adquirente quando este for um consumidor (...). O artigo 755.º, n.º 1, alínea f), é uma norma material de protecção do consumidor e deve ser interpretada restritivamente para o beneficiar somente a ele. Quando a contraparte do promitente-vendedor não o seja, a ratio da protecção excepcional que a lei concede ao promitente-comprador não se verifica”.*

E mais adiante – págs. 25/26:

*“É, pois, a teleologia da lei, centrada na tutela do consumidor (e das próprias valorações constitucionais, uma vez que a tutela do consumidor tem aí guardada, artigo 60.º, n.º 1, da CRP (...) que nos permite detectar a existência da lacuna e conduz, em seguida, ao seu preenchimento com a atribuição dessa garantia ao promitente-adquirente, nos termos do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) (sinal e tradição), face à recusa de cumprimento pelo administrador.*

*Recorremos aqui a uma extensão, por maioria de razão, da opção valorativa claramente expressa na lei: permite detectar e preencher, de seguida, a lacuna.*

*Por outras palavras: a ratio da lei é a tutela, na promessa sinalizada com tradição da coisa, da posição do promitente-adquirente (na nossa perspectiva, só quando ele seja um consumidor), ou seja, do seu crédito à restituição do sinal em dobro ou (verificados os seus pressupostos) à*

*indenização pelo aumento do valor da coisa, através de uma garantia, pelas razões apontadas, particularmente robusta.*

*Essa carência de protecção, essa necessidade da tutela do promitente-adquirente/consumidor que a norma visa conceder, não existe só no caso de incumprimento imputável ao promitente-alienante, mas verifica-se igualmente, ou melhor, verifica-se principalmente, na insolvência, face ao caso de recusa (lícita) de cumprimento pelo administrador (a quem a lei atribui o poder de decidir o destino do contrato).*

*Dessa forma, podemos afirmar que aí procedem, por maioria de razão, “as razões justificativas de regulamentação do caso previsto na lei” (artigo 10.º, n.º 2), conclusão que é amparada também pela análise do regime insolvencial, acima realizada, de insolvência do promitente-adquirente”.*

**57.** Como vimos, antes e depois do AUJ n.º 4/2014, autorizadas vozes defendiam a necessidade de melhor tutela da posição do promitente-comprador de imóvel para habitação, quer no Código Civil, quer em sede insolvencial.

O direito de retenção teve a sua introdução no artigo 755º, n.º 1, do Código Civil, com o aditamento da al. f), na reforma de 1986, numa lógica de protecção do consumidor, *promitente-comprador adquirente de imóvel visando habitação própria.*

**58.** Importa não esquecer o cânone interpretativo do artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil – “A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

Hoje, por hoje, o Supremo Tribunal de Justiça, nos seus arestos uniformizadores, no contexto do direito insolvencial, tem claramente dirimido questões de grande sensibilidade sócio-económica, sendo alvo de críticas, que, sendo legítimas, nem sempre enfocam os *problemas* na perspectiva que cumpre aos Tribunais “*suum cuique tribuere*”.

**59.** No recente Estudo publicado na obra “*V Congresso do Direito da Insolvência*” (coordenação de Catarina Serra, tendo por tema “*Insolvência e Tutela do Consumidor*” – págs. 199 a 227, da autoria de Ana Taveira da Fonseca), conclui-se que, no CIRE, nenhuma norma existe de onde decorra que se considera a figura do *consumidor* ou, sequer, que se opere com o conceito, excepto no artigo 16.º, n.º 1, nem mesmo quando se trata da insolvência de pessoas singulares, sendo o regime do artigo 235.º e seguintes, do Código de aplicação indistinta.

Nesse Estudo abordou-se a questão do “*Reconhecimento de um direito de retenção ao consumidor em caso de recusa de cumprimento do contrato-promessa por parte do caso de recusa de cumprimento do contrato-promessa por parte do administrador da insolvência*” – (págs. 222 a 227), tendo sido analisado o AUJ n.º 4/2014, com particular incidência na aí adoptada restrição da atribuição do direito de retenção ao beneficiário da promessa que fosse consumidor, consideração que mereceu discordância.

Concluindo-se – pág. 227: “[...] *Conforme assinalámos, o nosso direito insolvencial não discrimina positivamente o credor da insolvência pelo facto de este constituir um consumidor. Não deve, pois, o intérprete-aplicador fazê-lo por meio de uma interpretação correctiva de disposições previstas para o incumprimento do contrato-promessa em geral*”.

**60.** Não descuramos, que, nas relações jurídico-contratuais que consistem em *relações de consumo*, deve o contratante, que detém essa qualidade, ser protegido pela sua *vulnerabilidade e ausência de informação*.

**61.** Querela interminável é saber se o legislador, com as alterações introduzidas aos artigos 442.º e 755.º do Código Civil, sobretudo, ao alterar a redacção do artigo 755.º, n.º 1, acrescentando a al. f) – pelo DL n.º 379/86, de 11.11 – visou a protecção do *consumidor* ao atribuir o direito de retenção ao, “*Beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º.*”

**62.** As alterações foram muito criticadas pelo Professor Antunes Varela, in “*Emendas ao Regime do Contrato-Promessa*”, na RLJ, ano 119.º, págs. 226 e seguintes, e nas anotações àqueles artigos no “*Código Civil Anotado*”, Vol. I.

**63.** As leis são sempre fruto das circunstâncias históricas que têm que ver com dinâmicas sociais e económicas.

Um dos critérios da hermenêutica jurídica – artigo 9.º do Código Civil – impõe ao intérprete a ponderação das “*circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*”.

Diríamos: uma ponderação em dois momentos que podem ser temporalmente bem demarcados:

- a) Atender ao tempo às circunstâncias (mais ou menos remotas) em que a lei foi elaborada;
- b) Atender às *condições específicas* do tempo em que a lei é aplicada.

**64.** Na década de 80, assistiu-se a grande incremento da construção civil, sobretudo, para habitação própria, sendo o *mercado de compradores* constituído, em grande parte, por emigrantes que canalizavam as suas poupanças para o investimento em imóveis para habitação (a garantia do regresso...o previdente acautelar do futuro, em tempos de inflação elevada), que ficavam desprotegidos ante a especulação e a actuação pouco escrupulosa de vendedores que, *acenando* com facilidades, sobretudo, usando como instrumento a celebração de contratos-promessa (muitas das vezes com total desprotecção formal), explorando a iliteracia dos compradores e a sua vulnerabilidade negocial, captando, desde logo, a entrega de quantias a título de sinal (que muitas vezes era exigido, de forma quase

usurária que fosse repetidamente reforçado), se viam desprotegidos face à não celebração dos contratos prometidos, perdendo, como agora se diz, as *poupanças de uma vida*.

Com a crise que assolou o país, entre 2008 e 2014, as insolvências, sobretudo, das empresas de construção civil, a dificuldade de obtenção de crédito bancário, o desemprego e o ambiente de austeridade económica, fizeram retornar o problema, agora com outras cambiantes, com repercussão no incumprimento de contratos-promessa com a agravante de, na vigência do CIRE, o regime legal em caso de incumprimento do promitente-comprador, conferir ao crédito da parte contratualmente mais fraca muito escassa *protecção*.

**65.** E qual o tempo de agora – o da aplicação da controversa lei?

De tão evidente bastará referir as insolvências em série, durante a crise económico-financeira, a derrocada de um dos pilares da economia – a construção civil – a decadência do sector imobiliário, o incumprimento contratual, a falta de concessão de crédito, etc.

**66.** Sobre o sortilégio que se viveu, sobretudo, a partir de 2008, muito pertinente a leitura da recente publicação da Fundação Francisco Manuel dos Santos – “*Os Tribunais e a crise económica e financeira. Uma análise do discurso judicial*” – onde se retrata, eloquentemente, o papel dos Tribunais Superiores<sup>8</sup> que, em sede interpretativa, a “*jurisprudência da crise*”, o “*direito da crise*”, *minorou*, medidas legislativas com graves repercussões sociais, mormente, no domínio insolvencial e do arrendamento habitacional.

**67.** Discorde-se ou não das alterações legislativas de então, mantidas até hoje, (apesar de intensa contestação dos sectores que com ela se sentiram lesados – mormente a Banca), elas conferiram acentuada protecção a esses promitentes-compradores, mormente, em caso de *traditio*, com a robustecida expectativa, *socialmente adequada*, do cumprimento do contrato prometido.

---

<sup>8</sup> “A Lei 16/2012, de 20.04, que alterou o Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, foi a mais litigada na nossa jurisprudência, com um número de decisões que se situa no intervalo de 130-135” – pág.128. Mais adiante, analisando a decisão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no Processo 217/11.2TBBGC-R.P1.S1, em autos de insolvência e relativamente a créditos da Segurança Social, em que foi decidido manter a orientação jurisprudencial da ineficácia e inoponibilidade do plano face ao credor que não consentiu na redução ou modificação dos seus créditos, não obstante a alteração introduzida pela Lei 55-A/2010...o Tribunal não ignorou a alteração legislativa e o seu sentido...No entanto, e ao contrário do que sucedeu na decisão que vimos antes, o Tribunal desenvolve toda a sua argumentação interpretativa no sentido de ultrapassar a vinculação que resultaria de uma leitura meramente literal dos preceitos *sub judice*, pois considera que essa não pode subsistir em face da desarmonização normativa operada pelas alterações legislativas. – páginas 158 e 159. Ainda na apreciação dessa decisão – “[...] A justificação fulcral da interpretação adoptada pelo Tribunal reside, de modo medianamente explícito, numa argumentação consequencialista: por um lado, avaliando as consequências jurídicas da aplicação da interpretação literal alternativa que, na perspectiva do Tribunal, redundaria na inviabilização do regime do plano de insolvência e de revitalização, frustrando, assim, os seus fins (argumento teleológico); e por outro lado, avaliando as consequências extrajurídicas da adopção daquela versão interpretativa, de acordo com a qual a repartição dos encargos com a recuperação das empresas sempre cairia só e apenas nos credores privados, opção esta que o Tribunal abertamente critica e considera contrária não só face ao princípio da igualdade como face os compromissos assumidos no Memorando” – página 160.



**68.** Como se sabe, no concurso insolvencial, assim como na execução singular, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca – artigo 759.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil – preceito que não viola a Lei Fundamental.

**69.** O AUJ n.º 4/2014, entendendo o artigo 755.º, n.º 1, f), do Código Civil, como *norma de protecção do consumidor* interpretou-o, restritivamente, excluindo dessa garantia real o promitente-comprador fiel que não pudesse ser considerado consumidor. Permaneceu a discordância.

**70.** Agora o *pomo da discórdia* consistiu em saber se, não tendo o AUJ 4/2014 uniformizado o conceito de consumidor, que conceito adoptou: o conceito restrito ou o conceito amplo. O Supremo Tribunal de Justiça, proferiu o AUJ 4/2019, de 12.2.2019 – Proc. 2384/08 – publicado no Diário da República, 1.ª Série, de 25.7.2019 – que uniformizou o conceito de consumidor, acolhendo a matriz do artigo 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor:

*Na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o promitente-comprador que destina o imóvel, objecto de traditio, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afecta a uma actividade profissional ou lucrativa.*

**71.** Foi adoptado o conceito *restrito* de consumidor, na senda da jurisprudência maioritária do Supremo Tribunal de Justiça, constante dos Acórdãos (ali citados) de 18.09.2018, no Proc. n.º 1210/11.0TYVNG-D.P1.S1 (relator José Rainho); - Acórdão de 13.07.2017, no Proc. n.º 258/13.5TBPTL-C.G1.S1 (relator Pinto de Almeida); - Acórdão de 11.05.2017, no Proc. n.º 1308/10.2T2AVR-R.P1.S1 (relatora Ana Paula Boularot); - Acórdão de 17.11.2015, no Proc. n.º 21/10.5TBSPS-C.C1.S1 (relator Fonseca Ramos).

Entre as decisões que sustentam uma interpretação ampla do conceito de consumidor (para além do acórdão recorrido) identificam-se: o Acórdão de 03.10.2017, no Proc. n.º 212/11.1T2AVR-B.P1.S1 (relator Júlio Gomes); - Acórdão de 29.05.2014, no Proc. n.º 1092/10.0TBLS-D.G.P1.S1 (relator João Bernardo).

**72.** Pese embora as críticas de parte da doutrina aos AUJ 4/2014 e 4/2019, o facto é que o Supremo Tribunal de Justiça vem, de forma reiterada, afirmando que o promitente-comprador *consumidor* goza do direito de retenção em caso de recusa do AI em celebrar o contrato prometido de compra e venda.

Nesse sentido, quer antes quer depois do AUJ 4/2019, se pronunciaram os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de:

- 17.12.2019 - Proc. 1997/10 - (Raimundo Queirós); 29.10.2019, Proc. 3975/16 (Pinto de Almeida); 27.10.2019 - Proc. 5111/12 - (Ana Paula Boularot); 1.10.2019 – Proc. 1204/14 - (José Rainho); 4/2019 – [AUJ/2019] - Proc. 2384/08 – (Maria Olinda Garcia); de 30.4.2019 - Proc. 2164/11 - (José Rainho); de 2.4.2019 - Proc. 882/14 – (Graça Amaral); de 11.9.2018 - Proc.

2526/11 - (Graça Amaral); de 3.7.2018 - Proc. 2717/16 - (José Rainho); de 17.4.2018 – Proc. 1136/13 (Ana Paula Boularot); de 17.4.2018 - Proc. 4247/11 - (Henrique Araújo); de 9.1.2018 - Proc. 212/14 - (Pinto de Almeida); de 31.10.2017 – Proc. 353/14 - (Henrique Araújo); de 3.10.2017 – Proc. 212/14 - (Júlio Gomes); de 13.7.2014 – Proc. 1594/14 - (Pinto de Almeida); de 14.2.2017 – Proc. 427/12 – (João Camilo); de 5.7.2016 - Proc. 1129/11 – (Ana Paula Boularot); de 21.6.2016 – Proc. 3415/14 – (Júlio Gomes); de 24.5.2016 – Proc. 3374/07 – (Nuno Cameira); de 25.11.2014 – Proc. 7617/16 – (Fernandes do Vale); de 16.2.2016 – Proc. 135/12 (Maria Clara Sottomayor); de 24.11.2015 – Proc. 7368/10 – (Pinto de Almeida); de 9.7.2015 – Proc. 1999/05 (Fonseca Ramos); de 13.11.2014 – Proc. 1980/11 - (Fernandes do Vale); de 20.3.2014 - Proc. 92/05 – **AUJ 4/2014** – Távora Vítor; de 9.7.2014 – (Proc. 1206/11 (Nuno Cameira) e de 14.6.2011 - Proc. 6132/08 - (Fonseca Ramos).

### 73. Reflexão final:

A Directiva (UE) n.º 2019/2013, do Parlamento e do Conselho, de 20.6.2019, deve ser transposta para o direito interno até 17 de Julho de 2021, data em que começará a aplicar-se.

**74.** Define, além do mais, novas regras sobre a *reestruturação* e insolvência, o que importará, a meu ver, profundas alterações no paradigma do regime insolvencial português, visando a prevenção da insolvência, a recuperação das empresas e empresários, preconizando regimes de *reestruturação preventiva*; perdão de dívidas (que, em certos casos pode consistir num perdão total), inibições, e medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação e de insolvência, sendo que o perdão de dívidas pode abarcar empresas e empresários.

A *reestruturação preventiva*, deve ser adoptada caso exista uma probabilidade séria de insolvência, é destinada a evitá-la e a garantir a viabilidade do devedor.

Define medidas de *alerta precoce* para detectar circunstâncias possíveis de originar probabilidade de insolvência, do passo em que introduz serviços de aconselhamento prestados por organizações públicas ou privadas.

**75.** Avisado seria que a intervenção que terá de ser feita na lei insolvencial constitua oportunidade para a alterar, sobretudo, no que respeita aos aspectos em que o CIRE se revelou muito aquém das necessidades das empresas, dos trabalhadores, dos credores, em aspectos muito particulares da nossa economia e tecido social.

As inconsequentes alterações introduzidas, *forçadamente*, pela crise, com a alteração legislativa de 2012, na sequência do *Memorandum de Entendimento*, por imposição da *Troika*, e a sua ultrapassagem, abrindo caminho para um diferente tratamento do direito insolvencial, devem ser reponderadas, com adopção de instrumentos legais de protecção dos agentes económicos, com eficiente tutela de todos os afectados pela insolvência, em termos de distribuição dos sacrifícios, com um quadro normativo que consagre, substancialmente, o princípio da *par conditio creditorum*.

**76.** A revisão dos latíssimos poderes do A.I. que, em muitos casos, exceda a mera *desjudicialização*, com normas que excluem a soberania do Julgador, ao ponto de este nem sequer *poder* avaliar procedimentos do A.I., sequer fiscalizados pelo Ministério Público, não se compagina com o direito fundamental do acesso ao direito e aos Tribunais – artigo 20.º da CRP.

**77.** Sirva de clamoroso exemplo o estatuído nos artigos 163.º e 164.º do CIRE, questão versada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4.4.2017 – Proc. N.º 1182/14.0T2AVR-H.P1 – in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) - estando em causa saber se a violação dos artigos 161.º e 162.º e 164.º do CIRE – era sindicável pelo Tribunal.

**78.** As Instâncias, interpretando o artigo 163.º do CIRE, conjugadamente com outros preceitos nele implicados, sustentavam, com muito sólido apoio na doutrina, que a decisão do A.I., no contexto daqueles normativos, não era passível de apreciação pelo Tribunal porque os actos por ele praticados, *mesmo sendo ilegais eram eficazes, excepto se as obrigações por ele assumidas excederem manifestamente as da contraparte*. Restaria aos prejudicados pelos actos ilegais do A.I., demandá-lo em acção de responsabilidade civil extracontratual e/ou pedir a sua destituição do cargo, substituindo a ilegalidade.

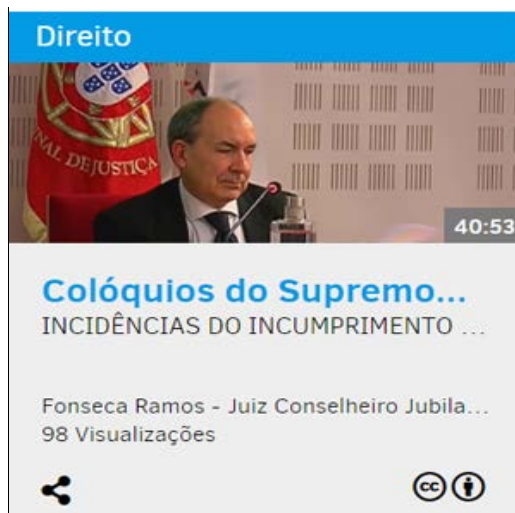
Considerou-se que tal entendimento violava a Constituição da República: *“A interpretação que o Acórdão recorrido acolhe, no que respeita ao artigo 163.º do CIRE, sentenciando que um credor hipotecário, alegadamente prejudicado pela actuação do administrador da insolvência, no contexto de venda por negociação particular de dois imóveis, não pode suscitar tal questão perante o Juiz do processo, e que a decisão judicial proferida na 1ª Instância, que decretou a pedida nulidade daquela venda, é ilegal por o acto ser eficaz, restando ao lesado intentar acção de responsabilidade civil contra o administrador da insolvência, e/ou pedir a sua destituição com justa causa, como únicas sanções para os actos ilegais praticados; viola o artigo 20º, n.ºs 1 e 5, da Constituição da República por não assegurar, imediatamente no processo, tutela efectiva para o direito infringido, desconsiderando a possibilidade de pronta intervenção do julgador.”*

O Tribunal Constitucional, por Acórdão de 21.11.2018 – Acórdão n.º 616/2018 – no Processo n.º 251/18 – apreciando os fundamentos daquela decisão, ainda que não em recurso dela, considerou ser inconstitucional a interpretação que vinha sendo acolhida pelas Instâncias, sentenciando:

*“Julga inconstitucional a norma contida nos artigos 163.º e 164.º, n.ºs 2 e 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na interpretação segundo a qual o credor com garantia real sobre o bem a alienar não tem a faculdade de arguir, perante o juiz do processo, a nulidade da alienação efetuada pelo administrador com violação dos deveres de informação do valor base fixado ou do preço da alienação projectada a entidade determinada.”*

Os Tribunais serão sempre uma garantia para os Cidadãos.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2mgm38lp2/streaming.html?locale=pt>

### Vídeo do debate



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/14abza192n/streaming.html?locale=pt>

# CONCLUSÕES

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

**CONCLUSÕES**Ana Paula Boularot<sup>1</sup>

| Vídeo

**Vídeo da apresentação**

<https://educast.fcn.pt/vod/clips/2mgm38lq11/streaming.html?locale=pt>

<sup>1</sup> Juíza Conselheira, Presidente da 6.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



Título:

**Comércio, Sociedades e Insolvências**

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-9018-09-9

Série: Caderno especial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mj.pt](mailto:cej@mail.cej.mj.pt)