



Textos de Direito Comercial

Seguros | Sociedades Comerciais | Insolvência |
Contratos Comerciais | Swaps | Banca

Compilação de artigos publicados na
Revista JULGAR Online (julgar.pt) entre
fevereiro de 2014 e junho de 2017

Novembro | 2017

ÍNDICE

Nota introdutória	3
O seguro de crédito à luz do Regime Jurídico do Contrato de Seguro	
Sérgio Coimbra Henriques fevereiro de 2014	5
Reconfiguração do consensualismo contratual: as ações tituladas nominativas e os limites à transmissão	
Maria João Mimoso e Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues julho de 2014	35
Pode uma pessoa singular que não seja empresário ou comerciante submeter-se a processo especial de revitalização?	
Fernando Tainhas dezembro de 2015	81
Negócios dos Administradores com a Sociedade	
Anabela Marques, Patrícia Alves fevereiro de 2016	97
Pluralidade de seguros: Conceito, extensão e valência	
João Paulo Vasconcelos Raposo abril de 2016	129
A jurisprudência portuguesa dos tribunais superiores sobre exoneração do passivo restante	
Ana Filipa Conceição junho de 2016	207

A legitimidade do sócio gerente no exercício do direito à informação (e do inquérito judicial) nas sociedades por quotas

Diogo Lemos e Cunha | julho de 2016 225

A cessação da franquia e os bens em *stock*

Bruno Palhão | setembro de 2016 241

O contrato de *swap* de taxa de juro (cinco anos na jurisprudência portuguesa)

Hígina Orvalho Castelo | outubro de 2016 261

Regime europeu de recuperação e resolução de instituições financeiras: Resposta efetiva ou *wishful thinking*? (A solução do BES como *case study*)

João Paulo Vasconcelos Raposo | outubro de 2016 357

Direitos dos credores “não reclamantes” no âmbito do Processo Especial de Revitalização

Ana Rita Ribeiro, Magda Fernandes | junho de 2017 457

Nota introdutória

A Revista JULGAR *Online* é uma revista jurídica (julgar.pt). Trata-se de um projeto paralelo à Revista JULGAR em papel, sendo diferentes os artigos de cada uma destas publicações. Procurou-se dar resposta à necessidade de divulgar artigos jurídicos de forma gratuita, com acesso livre e global.

O primeiro artigo da Revista JULGAR *Online* foi publicado em fevereiro de 2009. Outros se seguiram (quase duas centenas) em cadência regular.

Quando houve oportunidade e o interesse de certo tema o justificou, foram organizadas conferências, por regra, associadas a uma edição da Revista JULGAR em papel, desenvolvendo as matérias ali tratadas. Assim aconteceu com a conferência da Revista JULGAR sobre o direito da insolvência, realizada no dia 24 de novembro de 2017, na Casa do Juiz, que nasceu do n.º 31.

Por ocasião deste encontro, pareceu oportuno reunir num só suporte os textos publicados na Revista JULGAR *Online* sobre direito comercial, assim fazendo uma ponte entre a publicação em papel (que deu mote à conferência) e a publicação digital (completando-a com artigos próprios).

O que aqui se apresenta dá corpo a essa ideia, reunindo-se textos publicados entre fevereiro de 2014 e junho de 2017. Todos eles continuam disponíveis em julgar.pt e a data original da publicação – elemento essencial para a compreensão de um texto jurídico – consta dos respetivos rodapés. O objetivo foi o mesmo de sempre: discutir o direito e disponibilizar elementos de estudo e de trabalho para os juízes e outros profissionais do foro.

Desejo-vos boas (críticas e vivas) leituras.

Nuno de Lemos Jorge

(Diretor da Revista JULGAR)

O seguro de crédito à luz do regime jurídico do contrato de seguro

Sérgio Coimbra Henriques

Sumário:

- 1. Introdução;
- 2. Contrato de Seguro; 2.1. Contrato de Seguro de Danos; 2.2. Seguros Financeiros; 2.3. Seguro de Crédito; 2.3.1. Seguro de Crédito em especial; 2.3.2. Seguro de Crédito, a sub-rogação; 2.4. Seguro de Investimento – O caso português;
- 3. Princípios fundamentais do contrato de seguro de crédito; 3.1. Princípio do descoberto obrigatório; 3.2. Dos deveres de informação das partes contratantes; 3.2.1. “Princípio” da Colaboração; 3.2.2. Deveres de informação pré-contratuais; 3.2.3. Deveres de informação na vigência contratual; 3.2.4. Análise de cláusulas tipo;
- 4. Figuras afins; 4.1. Garantia bancária autónoma; 4.2. O crédito documentário; 4.3. O contrato de *factoring*;
- 5. Conclusão - A problemática latente

Resumo: Apesar de o Seguro de Crédito poder desempenhar uma função essencial nas relações comerciais, enquanto elemento de dispersão de risco e de potenciação da actividade comercial daqueles que o contratam, a doutrina sempre dedicou escassa atenção a esse tipo de seguro. No presente estudo, são exploradas as consequências da aplicação da Lei Contratual do Seguro face a prática seguradora de seguro de crédito. Conclui com uma análise de matriz sediada na análise económica do direito, em que aborda um fenómeno, consequência do recurso a este instrumento, que se verifica com cada vez maior frequência.

1. Introdução

O seguro de crédito – na sua acepção clássica – permite ao credor, mediante o pagamento de um prémio a uma seguradora, cobrir-se contra o não-pagamento dos créditos devidos por pessoas previamente identificadas e em situação de incumprimento¹.

A sua ubiquidade resulta de forma muito clara, pois a generalidades dos intervenientes no comércio jurídico detém, quase de forma constante, a condição de credor (e também a de devedor). Estão, em contínuo, em posição de verem os seus créditos incumpridos.

Não obstante, este tipo de seguro é normalmente associado à exportação. Ao reduzir os custos de informação associados à entrada em mercados estrangeiros e também a insegurança e risco dessas operações, o seguro de crédito permite aos

¹ BASTIN, JEAN (Trad. MARIA DA CONCEIÇÃO DUARTE), *O seguro de crédito – A protecção contra o incumprimento (La Défaillance de Paiement et sa Protection, l'Assurance Crédit)*, COSEC S.A., 1994, p. 87

segurados a exportação experimental, em prol do estabelecimento de relações comerciais estáveis², promovendo o aumento das exportações.

Não será, portanto, inesperado que as evidências científicas indiquem que uma taxa de exportações seguradas mais alta aparente ser sinónimo de uma também mais elevada taxa de comércio internacional³.

O seguro de crédito pode constituir como que um crivo na prática comercial do segurado, confirmatório das opções de gestão tomadas. Um crivo que, reflexamente, actua também de uma forma preventiva, fruto da extensa actividade de investigação e análise económica que as seguradoras de crédito mantêm, em contínuo, sobre os factores económicos de relevo.

Mas a sua importância, nos termos já explanados, exige a noção de que o seguro de crédito não substitui, de forma alguma, práticas de gestão adequadas à situação concreta. Apenas permite fazer face, até certo ponto, à insegurança de que estas estão, usualmente, rodeadas.

O presente estudo procura enquadrar este tipo de seguro nos cânones legais do ordenamento jurídico português, mormente face ao regime jurídico do contrato de seguro⁴ e da legislação especial aplicável. Verifica-se, no panorama jurídico, uma quase ausência de tratamento deste tema face à nova legislação.

É sobre esse enquadramento, com o intuito de explicitar o regime jurídico do seguro de crédito, à luz dos princípios que o regem (enquanto seguro de danos e seguro financeiro) e da sua função, que se escreve. Procede-se também a algumas

² Sendo até de considerar, após a estabilização dessa relação comercial, a cessação do recurso a este tipo de seguro, como sugere KOEN VAN DER VEER “O seguro permite ao segurado ou pessoa segura apreender a sustentabilidade das relações comerciais em causa, construindo a sua reputação até que se entenda não ser necessário o recurso ao seguro de crédito” em *The Private Credit Insurance Effect on Trade*, DNB Working Paper n.º 264, De Nederlands Bank, Outubro 2010, disponível em “<http://www.dnb.nl/en/publications/dnb-publications/dnb-working-papers-series/dnb-working-papers/working-papers-2010/dnb240769.jsp>” (última consulta em 10-03-2013), p. 5, 14 e 20.

³ Neste sentido, VEER (nota 2), p. 10.

⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril com as declarações de rectificação n.º 32-A/2008, de 13 de Junho, e n.º 39/2008, de 23 de Julho.

considerações sobre o instituto em si, suas características próprias e possíveis consequências do mesmo.

2. Contrato de Seguro

O regime jurídico do contrato de seguro hoje vigente (de ora em diante referido como LCS⁵) encontra-se dividido em três partes: “Parte geral”, “Seguro de danos” e “Seguro de pessoas”.

Em matéria de sistematização, importa realçar que, de acordo com a referida organização, o regime contém regras gerais a aplicar, de forma comum, a todos os contratos de seguro, ainda que estes estejam também regulados em legislação especial.

Surgem também regras comuns a todos os seguros de danos, regras comuns a todos os seguros de pessoas e, finalmente, regras específicas de subtipos de seguros. Sob a vigência desta lei de cariz abrangente, pretende-se aplicar as regras gerais aos contratos de seguro regidos por regimes especiais constantes de outros diplomas, desde que não se verifiquem incompatibilidades entre eles.

De um modo geral, e apesar da definição de regras gerais e específicas, reafirma-se a autonomia privada, enquanto princípio director do contrato, articulado com limites de ordem pública e de normas de aplicação imediata.

2.1. Contrato do Seguro de Danos

Da óptica do direito contratual dos seguros, seguro é “o contrato pelo qual uma parte, mediante retribuição, suporta um risco económico da outra parte ou de terceiro, obrigando-se a dotar a contraparte ou o terceiro dos meios adequados à supressão ou atenuação das consequências negativas reais ou potenciais da verificação de um determinado facto”⁶.

⁵ De Lei do Contrato de Seguro, nome usualmente dado ao Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril.

⁶ REGO, MARGARIDA LIMA, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2010, p. 66.

O facto, evento cuja verificação dá azo ao pagamento da prestação convencionada, deve estar previsto no contrato – com efeito, fora do contrato um evento é apenas um evento. O sinistro – quando acontecer – será um facto jurídico, um “evento” a que se associa determinados efeitos⁷.

O objecto dos seguros de danos é definido no artigo 123.º da LCS como coisas, bens materiais, créditos e quaisquer outros direitos patrimoniais.

Da LCS, resulta que, por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem (nesse caso, o beneficiário), obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga-se a pagar o prémio correspondente (cfr. art. 1.º da LCS).

Não se fala, no preceito, em “indenização”, referindo-se antes a “prestação convencionada”. Na verdade, nem todos os seguros se encontram subordinados ao princípio indemnizatório, assim se justificando esta terminologia.

Não obstante, a LCS dedica o seu título II ao seguro de danos e ao seu regime especial. Em sede de regras gerais de seguro de danos, além da delimitação do objecto (coisas, bens imateriais, créditos e outros direitos patrimoniais), dá-se particular ênfase ao princípio indemnizatório.

Nos seguros de danos vigora esse princípio, conforme resulta directamente do art. 128.º da LCS. Ou seja, a prestação devida pelo segurador está limitada ao dano decorrente do sinistro até ao montante do capital seguro.

Compreende este princípio – na acepção consagrada no regime vigente – uma lógica de ordenação social: pois previne o enriquecimento excessivo do segurado com o sinistro. Está-se afinal a precaver a ocorrência de sinistros e a fraude com eles relacionada⁸.

⁷ REGO, MARGARIDA LIMA, *Temas de Direitos dos Seguros*, “O contrato e apólice de seguro”, Coimbra, Almedina, 2012, p. 21.

⁸ Cfr. OLIVEIRA, ARNALDO COSTA, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, 2011, p. 439 e 440.

No entanto, importa esclarecer que, mesmo nos seguros subordinados ao princípio indemnizatório, estamos em presença de uma obrigação de prestar, e não de uma obrigação de indemnizar (não se aplicando o regime do art. 562.º do Código Civil)⁹.

Voltando ao regime comum, essencial a todo o contrato de seguro é a verificação de interesse e risco.

Quanto ao interesse, MENEZES CORDEIRO destriça dois núcleos significativos; por um lado, o interesse geral, correspondente à determinação do segurado, enquanto pivô que justifica a existência do seguro, por outro o interesse específico, relacionado com o valor do capital seguro¹⁰.

No seguro de crédito, a identidade do segurado residirá, na maior parte das vezes, em pessoas jurídicas inseridas no giro comercial, detentoras dos créditos a segurar e os quais resultam abrangidos pelo valor do capital seguro.

A necessidade de verificação de risco, decorrente desde logo do art. 1.º da LCS, traduz-se na nulidade do contrato cuja cobertura incida sobre risco que o segurador e o segurado (que pode, ou não, ser o tomador¹¹) tenham conhecimento que já cessou, conforme dispõe o art. 44.º da LCS.

O risco é, aliás, um elemento essencial do contrato, cuja base tem de ser transmitida ao segurador pelo segurado atendendo às directrizes por aquele definidas.

É também exigido que o contrato assegure um interesse digno de protecção legal relativamente ao risco coberto. Concretamente, no seguro de danos, o interesse respeita à conservação ou à integridade da coisa, direito ou património seguros (cfr. art. 43.º n. 1 e 2 da LCS).

⁹ Cfr. REGO, (nota 7), p. 21.

¹⁰ Cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito dos Seguros*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 513.

¹¹ Veja-se os artigos 47.º e 48.º da LCS. Em prol da inteligibilidade da exposição, ao longo deste estudo, assume-se a identidade entre tomador do seguro e segurado. Embora tal possa não ser o caso.

2.2. Seguros Financeiros

De entre os subtipos de seguros de danos tipificados na LCS, encontram-se os seguros financeiros¹². De referir que estes eram já alvo de legislação especial, o Decreto-Lei n.º 183/88, de 24 de Maio¹³, a qual é plenamente aplicável, conforme resulta do art. 2.º e do art.166.º da LCS.

Assim, a inclusão dos seguros financeiros na LCS tem como essencial efeito estender ao seguro financeiro o novo regime jurídico do contrato de seguro¹⁴, em tudo o que as suas normas não sejam contraditórias com os regimes especiais destes seguros.

Esta designação, de seguro financeiro, abrange tanto o seguro de crédito como o seguro-caução. O seguro-caução não será objecto deste estudo, que se centra unicamente na análise do seguro de crédito.

2.3. Seguro de Crédito

2.3.1. Seguro de Crédito em especial

O contrato de seguro de crédito destina-se a proteger o segurado do não cumprimento por parte de um seu devedor. Assim, e a título de exemplo, o seguro de crédito pode ser utilizado na seguinte situação de comércio internacional. Um determinado agente económico, pretendendo cobrir o risco inerente a certas relações comerciais – como, por exemplo, a exportação de mercadorias para clientes de um outro país – segura diversos contratos, pagando um prémio para que a seguradora lhe pague caso este não consiga receber algum dos seus créditos.

Outro exemplo será o de uma fábrica cuja produção é destinada para um rol definido de clientes, sendo o pagamento dos bens fabricados feito aquando da sua entrega. Contratando-se um seguro de crédito, a seguradora determina um prémio a

¹² Secção V do Capítulo II da LCS (artigo 161.º e seguintes).

¹³ Com a redacção introduzida pelos Decreto-Lei n.º 127/91, de 22 de Março, Decreto-Lei n.º 214/99, de 15 de Junho, e Decreto-Lei n.º 31/2007, de 14 de Fevereiro.

¹⁴ Neste sentido, TORRES, LEONOR CUNHA, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, 2011, p. 512.

pagar, normalmente calculado tendo por base o volume de negócios anual do segurado e o risco de crédito dos seus clientes, segurando esses créditos até uma certa percentagem previamente acordada. Face à verificação dos riscos compreendidos pelo seguro, por exemplo, a insolvência de um dos clientes da fábrica para o qual haviam já sido fabricados bens que agora esperavam pagamento, a seguradora pagará os créditos devidos ao segurado, ficando sub-rogada a este, na medida desse pagamento.

O seguro de crédito garante ao segurado a indemnização das perdas sofridas pelo incumprimento ou insolvência dos seus devedores, de acordo com os limites do capital seguro – corolário do princípio indemnizatório¹⁵ – previamente acordados entre as partes. A cobertura abrange, dessa forma, o risco da perda do crédito.

No sentido que é empregue pela LCS, o termo “cobertura” é usado como “cobertura-garantia”: o estado de vinculação do segurador, durante o período do seguro, conducente à constituição de uma obrigação de prestar em caso de ocorrência de um desses factos que integra a cobertura-objecto (o sinistro)¹⁶.

Essa perda do crédito pode ser efectiva (como no caso da insolvência), ou meramente presumida, como sucede quando o atraso se prolonga ou quando se verificam eventos extraordinários tais como as guerras ou catástrofes¹⁷. Na prática dos seguros de crédito é habitual considerar incumprimento um atraso prolongado no pagamento. É usualmente definido um prazo – contratualmente denominado prazo de carência¹⁸ – após o qual esse atraso releva enquanto sinistro.

¹⁵ Assim se assegurando que o segurado está “motivado” para gerir as suas relações comerciais e os seus clientes de uma forma prudente, pois tomam parte dos prejuízos sofridos, como refere JONES, PETER M., *Trade Credit Insurance*, Primer Series on Insurance n.º 15, The World Bank, Fevereiro 2010, disponível em http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/Primer15_TradeCreditInsurance_Final.pdf (última consulta em 10-03-2013), p.8

¹⁶ REGO, MARGARIDA LIMA, *Temas de Direitos dos Seguros – “O Prémio”*, Almedina, 2012, p. 201.

¹⁷ LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES, *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 174.

¹⁸ BASTIN (nota 1), p. 96.

Citam-se riscos que, por determinação legal, podem ser segurados pelo recurso ao seguro de crédito; falta ou atraso no pagamento dos montantes devidos ao credor (conforme art. 161.º n. 1 al. a) da LCS e art. 3.º al. c) do Decreto-Lei 183/88), riscos políticos, naturais ou contratuais, que obstem ao cumprimento de tais obrigações (conforme art. 161.º n. 1 al. b) da LCS), não amortização das despesas suportadas com operações de prospecção de mercados, participação em feiras no estrangeiro e constituição de existências em países estrangeiros (conforme art. 161.º n. 1 al. c) da LCS e art. 3.º al. a) do Decreto-Lei 183/88), variações cambiais relativamente a contratos cujo pagamento seja estipulado em moeda estrangeira (conforme art. 161.º n. 1 al. d) da LCS e art. 3.º al. d) do Decreto-Lei 183/88), elevações anormais e imprevisíveis dos custos de produção resultante da alteração das condições económicas que afectem o fabrico dos bens, a execução dos trabalhos ou a prestação de serviços (conforme art. 161.º n. 1 al. e) da LCS e art. 3.º al. e) do Decreto-Lei 183/88), suspensão ou revogação da encomenda ou resolução arbitrária do contrato pelo devedor na fase anterior à constituição do crédito (conforme art. 161.º n. 1 al. f) da LCS e art. 3.º al. b) do Decreto-Lei 183/88).

Embora com esta enumeração se esgote o elenco de riscos seguráveis englobados pelo Decreto-Lei 183/88 e LCS, é da maior importância referir que o art. 161.º da LCS especifica que não estamos face a uma lista fechada, admitindo, com a inclusão, no seu primeiro número, do termo “nomeadamente”, a celebração de contratos de seguro de crédito cuja cobertura se estenda a outros riscos. Desta forma, a LCS veio - além de tornar as disposições comuns e as disposições do título adstrito aos seguros de danos aplicáveis aos contratos de seguro de crédito - efectivamente alargar o âmbito deste tipo de seguro.

Diversos são, assim, os factos passíveis de causar a verificação do sinistro. Nos termos do art. 4.º do DL nº 183/88, além do risco de mora do devedor, estão também previstos - designadamente se ocorrerem antes da mora - outros riscos, especialmente, a insolvência do devedor, judicial ou não, a ocorrência de guerras,

perturbação da ordem pública ou eventos catastróficos como terremotos ou ciclones, concordata ou moratória, insuficiência de meios do devedor comprovada judicialmente ou simplesmente reconhecida pela seguradora (casos, por exemplo, da cessação de actividade ou de inexistência de património do devedor) e, ainda, a recusa arbitrária do devedor em aceitar os bens ou serviços encomendados. E também, claro, o incumprimento ou mora que prevaleça pelo prazo constitutivo de sinistro indicado na apólice.

Incorrendo o devedor do segurado em mora por determinado período – ou, na gíria seguradora, decorrido o prazo de carência, que deve resultar directamente das condições contratuais – e feita a prova do não pagamento, considera-se verificado o risco coberto pelo seguro de crédito.

Essa falta de pagamento – ocorrência equivalente à descrição configurativa que conste do contrato¹⁹ - constitui o “sinistro”²⁰, cuja verificação importa a obrigação da seguradora de indemnizar o segurado dentro dos limites²¹ que decorrem da cobertura.

Nunca poderá o seguro de crédito ter como objectivo proteger os devedores relapsos, pois tal permitiria que estes não paguem quando estão em condições de o fazer, sob pena de os segurados nunca terem necessidade de cobrar os créditos, bastando-lhes receber a indemnização do seguro e facilitando a vida aos devedores que não se dispõem a pagar²².

Seria de entender que, “o seguro de crédito permite, como qualquer seguro, uma adequada distribuição dos riscos, na medida em que, de acordo com a lei dos grandes números, os prémios de seguro cobrem a percentagem que normalmente se

¹⁹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito dos Seguros*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 697.

²⁰ “A verificação, total ou parcial, do evento que desencadeia o accionamento da cobertura de risco prevista no contrato (art. 99.º LCS).

²¹ Limites definidos por decorrência da necessidade de se verificar o “descoberto obrigatório”, aludido *infra*.

²² Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 2481/06.0TBACB.C1, de 25-05-2010, disponível em www.dgsi.pt.

verifica de sinistros correspondendo ao incumprimento de créditos objecto de seguro”²³. No entanto, a prática seguradora das últimas décadas já demonstrou que esse não é o caso²⁴.

Em sede da adequada execução de um contrato de seguro de crédito, revela-se imperativo a constante análise, pelo segurador, das condições de mercado e da condição económica e comercial dos diferentes clientes do segurado, obrigando a uma reavaliação constante (ainda que com repercussões apenas anuais²⁵), de forma a assegurar a cobrança de prémios adequados, que permitam, na globalidade dos contratos celebrados pelos seguradores, a cobertura dos sinistros que se venham a verificar.

Assim, as seguradoras devem adoptar as providências que se mostrem pertinentes²⁶ no sentido de evitar que os riscos assumidos ponham em causa a sua subsistência, a qual depende da obtenção de receitas que permitam cobrir as despesas inerentes à actividade e proporcionar a sua margem de lucro.

A contratação obrigatória de seguros apenas existe em segmentos limitados, onde o seguro supõe uma certa socialização dos riscos, como ocorre com o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel (no qual, comprovada a recusa de pelo menos três seguradoras quanto à celebração de um contrato de seguro, o

²³ Vd. LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES, *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 174.

²⁴ Assim o afirma JEAN BASTIN, “Há quem pense que a própria base do seguro clássico, a lei dos grandes números, também se podia aplicar ao seguro de crédito. O sistema seria simples: bastaria uma boa repartição dos riscos e daí resultaria uma taxa de sinistralidade constante; e, sem outro trabalho de selecção senão o de examinar os trabalhos estatísticos em certo número de sectores, poderiam estabelecer-se as taxas de prémio. Porém, a técnica da lei dos grandes números, provocou tantos estragos nos resultados das companhias, em matéria de seguro de crédito, atingindo as companhias que não tinham dispensado suficiente atenção à análise, que o método parece definitivamente condenado.” cfr. BASTIN (nota 1), p. 109.

²⁵ Em geral, os contratos de seguro de crédito são celebrados com a duração de um ano, sendo renovados (e o prémio recalculado) no final desse período. Essa é, aliás, a regra supletiva, por aplicação do art. 40.º da LCS.

²⁶ O segurador deverá encetar uma complexa operação de análise, que englobe o contexto económico, legal e, até, geográfico. Essa análise implica a consideração dos diversos sectores em que o segurado esteja envolvido e ainda, até certo ponto, dos clientes do segurado cujas transacções serão alvo desse seguro. Também neste sentido, BASTIN (nota 1), p. 107.

Instituto de Seguros de Portugal, analisando a situação, indica ao interessado a seguradora que obrigatoriamente deve aceitar o seguro, definindo as condições do contrato, designadamente no que se refere ao prémio que constituirá a contrapartida para o risco assumido).

Tal não sucede na área do seguro de créditos. Vigora, com os limites abordados no presente estudo, a liberdade contratual. Esta não pode ser limitada com a imposição às seguradoras de determinados comportamentos. Ainda que aqueles interessados em celebrar este tipo de seguros saiam, por essa recusa, prejudicados no exercício da sua actividade quando pretendam contratar com terceiros.

2.3.2 Seguro de Crédito – A sub-rogação

A verificação de um sinistro obriga, no contrato de seguro de crédito, ao pagamento do crédito em causa pelo segurador ao segurado (respeitando o referido limite de indemnização). Não existindo, na lei especial aplicável a este seguro, qualquer menção à sub-rogação, devemos recorrer à LCS. Nos seus termos, o segurador fica, por aplicação do art. 165.º n. 1, sub-rogado na medida do montante pago, nos termos previstos no art. 136.º.

Havendo sub-rogação parcial, o segurador e o segurado concorrem no exercício dos respectivos direitos, na proporção que a cada um for devida (cfr. art. 165.º n. 2 e, também, dos n. 1 e 2 do art. 593.º do Código Civil).

2.4. Seguro de Investimento – Caso português

Estando em causa factos geradores do sinistro de natureza política, monetária ou catastrófica pode ser concedida pelo Estado Português uma garantia prévia à COSEC – Companhia de Seguro de Créditos, E.P., que é a entidade especializada nesta área seguradora (conforme art. 15.º e seguintes do Decreto-Lei 183/88).

Tratam-se de seguros, com garantia do Estado, de riscos de investimento português no estrangeiro contra factos geradores de sinistro de natureza política.

Procura-se, através da atribuição dessa garantia Estatal, dinamizar a actividade económica e as exportações portuguesas para países da OCDE, minimizando os efeitos da crise financeira e económica internacional, através do apoio aos mecanismos de seguro de créditos, em particular à actividade exportadora. Essa função dinamizadora foi já demonstrada, no plano teórico, por HIDEKI FUNATSU²⁷, que afirma que um governo, ao oferecer, às entidades exportadoras do seu estado, uma garantia pública contra incumprimentos de importadores, sob a forma de um seguro, pode promover em muito as exportações, especialmente se optar por determinar o pagamento de prémios favoráveis aos segurados.

Por conseguinte, ao recorrer a essa garantia pública, o segurado – agente exportador – pode reduzir em muito a sua incerteza de vir a lucrar nos mercados estrangeiros, assim aumentando o seu nível de desempenho óptimo. Essa redução de risco comercial possibilita a exportação para mercados que, de outra forma, não seriam considerados pelo segurado²⁸.

O seguro dos riscos de investimento directo português no estrangeiro, com garantia do Estado, é objecto, desde 1986²⁹, de uma regulamentação específica³⁰, justificada pela natureza das operações que constituem o objecto do seguro e pela especificidade da cobertura dos riscos a elas inerentes.

No foro comunitário cada estado-membro tem o seu próprio sistema de seguro de crédito público. De forma a minimizar a distorção da concorrência entre eles, o

²⁷ Vd. FUNATSU, HIDEKI, *The Journal of Risk and Insurance* Vol. 53 n. 4, “Export Credit Insurance”, American Risk and Insurance Association, Dezembro 1986.

²⁸ Nesse sentido, KOEN VAN DER VEER, *The Private Credit Insurance Effect on Trade*, DNB Working Paper n.º 264, De Nederlands Bank, Outubro 2010, disponível em “<http://www.dnb.nl/en/publications/dnb-publications/dnb-working-papers-series/dnb-working-papers/working-papers-2010/dnb240769.jsp>” (última consulta em 10-03-2013), p. 5.

²⁹ Decreto-Lei n.º 273/86, de 4 de Setembro, hoje revogado.

³⁰ Além do Decreto-Lei 183/88, é também aplicável o Decreto-Lei n.º 295/2001, de 21 de Novembro e o Decreto-Lei 51/2006, de 14 de Março.

direito da União Europeia procura harmonizar as regras a respeitar pelos estados no que diz respeito ao seguro de crédito à exportação.

É de citar a Directiva 98/29/CE³¹ do Conselho, cujas disposições são aplicáveis à cobertura³² das operações de crédito do fornecedor com compradores importadores públicos ou privados e à cobertura das operações de crédito com mutuários públicos ou privados. Os estados-membros devem assegurar que qualquer entidade que, directa ou indirectamente, providencie uma cobertura relacionada com a exportação, dirigida a países exteriores à União Europeia e que se enquadre com as disposições contidas no anexo dessa mesma Directiva, deve respeitar as regras impostas por essa Directiva.

O referido anexo define os princípios base do seguro de crédito à exportação que os seguradores devem respeitar, abrangendo a cobertura, o prémio e a política de cobertura por país. Devem também observar procedimentos de notificação dotados de considerável transparência. Podem ser admitidas excepções a estas regras, concretizadas na alteração da cobertura oferecida, desde que essas alterações sejam, por um lado, notificadas aos outros seguradores de crédito e à Comissão Europeia e, por outro, estejam posteriormente reflectidas no prémio a pagar.

Em Portugal, esta garantia do Estado pode ser atribuída (reunidos os necessários pressupostos, de acordo com o art. 2.º do Decreto-Lei 295/2001) a investimentos efectuados por pessoa colectiva sediada em Portugal, constituída e funcionando de acordo com a lei portuguesa e por pessoa singular de nacionalidade portuguesa a ela associada que tenha como objectivo a constituição de empresa, a aquisição total ou parcial de empresa já constituída, a modernização, a expansão e ou a reconversão da actividade da empresa ou a abertura de sucursal, agência, escritório de representação ou estabelecimento. São também seguráveis através da figura do

³¹ Sendo também de referir, em especial, a Decisão do Conselho de 13 de Novembro de 2006, relativa aos procedimentos de consulta e de informação nos domínios do seguro de crédito das garantias e dos créditos financeiros e o Regulamento (UE) n.º 1233/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Novembro de 2011, relativa a directrizes aplicáveis a créditos à exportação que beneficiem de apoio oficial.

³² Na terminologia da própria directiva.

seguro de investimento (mais uma vez, reunidos os necessários pressupostos) o empréstimo concedido por instituição de crédito com sede em Portugal (conforme art. 3.º do Decreto-Lei 295/2001).

Será de entender estarmos perante uma modalidade do seguro de crédito³³. Modalidade que desempenha um importante papel enquanto incentivo político e económico de apoio à internacionalização da economia portuguesa.

3. Princípios fundamentais do contrato de seguro de crédito

3.1. Princípio do descoberto obrigatório

Comum a estes seguros é a prática de a seguradora proceder à análise de todos os clientes do eventual segurado e para cada um deles atribuir um limite de crédito garantido. Esta limitação não se prende com a liberdade do segurado na sua relação com os seus clientes (os devedores), relaciona-se apenas com a relação do segurador com o segurado.

Nos incumprimentos será tido em conta esse limite, condicionando-se a ele a indemnização por parte da seguradora. Verifica-se, dessa forma, o “descoberto obrigatório”, inerente, aliás, à partilha de risco entre segurador e segurado nestes contratos. Esta limitação da cobertura a uma percentagem do crédito seguro ocorre em virtude de disposição legal, consagrada no art. 5.º do Decreto-Lei 183/88 (cumpre também referir o art. 128.º da LCS).

3.2. Dos deveres de informação das partes contratantes

3.2.1. Princípio da Colaboração

Nenhuma seguradora, entidade estranha às relações entre o segurado e os seus clientes, aceita a cobertura do risco deste sem tomar certas medidas para se assegurar

³³ Seguro de crédito à exportação, na terminologia da Directiva 98/29/CE.

que não ficará depois numa situação desfavorável. De forma a assegurar que detém toda a informação necessária e actualizada sobre o segurado e sobre os clientes deste, o segurador adstringe o segurado a deveres de informação constantes, verificados quer na fase pré-contratual, quer na fase contratual.

Chama-se a isto, na gíria seguradora, de princípio da colaboração. O segurador entende carecer da compreensão integral da operação segurada por seguro de crédito³⁴. Materializando esse princípio através de inúmeras regras contratuais, vincula o segurado a apertados deveres de informação.

O segurador articula estas informações com outras que detenha. Para efeitos de desenvolvimento da sua actividade seguradora - e de definição da cobertura - prevê a lei (art. 21º do DL nº 183/88) a possibilidade de as seguradoras de “seguros financeiros”, do ramo “Caução” e “Crédito”, obterem de quaisquer serviços públicos informações e elementos necessários à celebração dos contratos e à gestão dos riscos e sinistros dos mesmos decorrentes, sem exclusão do acesso ao Serviço de Centralização dos Riscos de Crédito do Banco de Portugal (ao qual, por seu lado, fornecerá informações que sejam solicitadas) ou que obtenha através da troca de informações com instituições de crédito.

Inerentes a este princípio da colaboração estão os deveres de informação e de colaboração por parte do segurado. Por força destes deveres de informação, é habitual resultar do clausulado contratual que o segurado deve informar o segurador das relações comerciais que estabelece e submeter informação e documentação sobre as mesmas ao segurador, que deve informar de quaisquer montantes recebidos dos devedores e também de outras informações relevantes.

Por exemplo, em caso de “ameaça de sinistro”³⁵, o segurado pode estar obrigado a participar essa ameaça acompanhada dos documentos que titulam o

³⁴ SANTOS, MARGARIDA SILVA, *Seguro de Crédito*, Prime Books, 2004, p. 124.

³⁵ A ameaça de sinistro, instituto de base contratual típico do seguro de crédito, verifica-se sempre que um crédito se mantenha em dívida na data do seu vencimento, inicial ou prorrogado, e o segurado não obtenha o seu pagamento em prazo determinado na apólice.

crédito, obrigando-se a suspender as suas relações comerciais com o devedor em causa se a seguradora assim o determinar.

A lógica destes deveres reside na protecção de ambas as partes. Em geral, os deveres surgem como forma de proteger a parte mais fraca. Na verdade, no direito dos seguros, o segurado é mais fraco em termos técnicos, enquanto o segurador é mais fraco em termos de conhecimento do risco seguro (pois apenas o segurado - e mesmo esse, nem sempre - tem o domínio do facto).

3.2.2. Deveres de informação pré-contratuais

O referido princípio da colaboração, e os deveres de informação a ele conexos, aplicam-se, necessariamente, desde o primeiro momento da relação entre segurado e segurador. É de entender, que, em regra, a relação geral de seguro surge com os contactos pré-contratuais³⁶. Deve, por essa razão, na fase pré-contratual, o segurado informar a seguradora de uma série de factores gerais. No essencial, de todos os factos que possam relevar na análise do risco do seguro.

O segurado, portanto, compromete-se expressamente a disponibilizar à seguradora toda a informação sobre a globalidade das suas operações. Esta declaração inicial de risco resultaria sempre da aplicação do art. 24.º da LCS (e, paralelamente, da boa-fé *in contrahendo*, cfr. art. 227.º n. 1 do Código Civil), no entanto, o segurador, aceitando o contrato, não poderá opor ao segurado omissões ou respostas imprecisas que este tenha dado.

Temos, por aplicação desta norma, um sistema “misto”. O segurado deve, espontaneamente, fornecer todas as circunstâncias que conheça e que razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador, ainda que a sua menção não seja mencionada em questionário do segurador (conforme art. 24.º n. 2).

³⁶ Neste sentido, entre outros, CORDEIRO (nota 19), p.538.

Deve comunicar as circunstâncias conhecidas do segurado e já não as cognoscíveis, isto é, aquelas que ele poderia ou, mesmo, deveria conhecer³⁷. Ou seja, trata-se de uma obrigação genérica de informação, definida pelo escopo, que corresponde, como já se disse, às circunstâncias que o tomador conheça e que razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador³⁸.

A lei determina, claramente, que o dever ou ónus está a cargo do segurado, independentemente de haver questionário, considerando – com o “eventualmente” – a hipótese de este último nem sequer existir³⁹.

Por outro lado, cabe à seguradora verificar se o questionário está completo e adequado às suas necessidades, antes de esta aceitar o seguro. O regime legal vigente adopta um sistema cuja ideia central é a não-essencialidade dos factos não inquiridos para o segurador, por ter aceite o risco com tais contornos ou circunstâncias. No fundo, o n.º 3 do art. 24.º da LCS elenca deveres disciplinadores do segurador que eram já decorrentes da interpretação de princípios gerais (da boa fé ou da proibição do *venire contra factum proprio*, por ex.). Imanente a este número está um propósito de incremento da protecção dos segurados⁴⁰, visível tomando como referência o anterior regime⁴¹.

³⁷ Cfr. GOMES, JÚLIO, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida – Volume II* - “O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual, à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril”, Almedina, Coimbra, 2011, p. 405.

³⁸ Cfr. CORDEIRO (nota 19), p. 577.

³⁹ Cfr. TELLES, JOANA GALVÃO, *Temas de Direito dos Seguros* - “Deveres de informação das partes”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 260.

⁴⁰ Vd. OLIVEIRA (nota 8), p. 133-137.

⁴¹ Veja-se o artigo do Código Comercial, hoje revogado; “Art.º 429.º - Nulidade do seguro por inexactidões ou omissões “Toda a declaração inexacta, assim como toda a reticência de factos ou circunstâncias conhecidas pelo segurado ou por quem fez o seguro, e que teriam podido influir sobre a existência ou condições do contrato tomam o seguro nulo.

§ único. Se da parte de quem fez as declarações tiver havido má fé o segurador terá direito ao prémio.” Preceito que veio a ser alvo de cuidadosa interpretação pela jurisprudência, “*todavia não é qualquer declaração inexacta ou reticente que poderá influir sobre a existência ou condições do contrato; torna-se ainda necessário apurar se no caso concreto, a verificarem-se a seguradora não aceitaria contratar, ou o faria apenas com agravamento do prémio aplicável*” (cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 1552/05, de 18/10/2005, disponível em www.dgsi.pt), apenas assim se evitando uma completa desprotecção do segurado nestas situações.

Outra vertente de deveres pré-contratuais atribuídos ao segurador resulta do art. 22.º da LCS. Esse artigo dispõe que o segurador deve, na fase pré-contratual, esclarecer (aconselhar⁴²) o tomador acerca de quais as modalidades de seguro, de entre as que efectivamente dispõe - pois não seria de esperar que a seguradora indicasse a um potencial cliente a contratação de seguros com outras entidades apesar de estas se revelarem mais vantajosas - e das consequências para as diversas vicissitudes por ele compreendidas (designadamente exclusões, períodos de carência, regime de cessação por vontade do segurador, etc.). Trata-se de um dever de conteúdo variável, consoante a complexidade da cobertura, o montante do prémio e o capital seguro (cfr. art. 22.º n. 1 da LCS).

No entanto, cumpre referir que todos estes deveres perdem a sua imperatividade relativa (que apenas admite a contratação de um regime mais favorável ao tomador do seguro), caso estejamos perante um seguro de “grandes riscos” (por aplicação do art. 13.º da LCS).

O Regime de Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora⁴³, procura restringir - no número 14 do art. 123.º - o ramo de Crédito aos riscos de “insolvência geral, declarada ou presumida, crédito à exportação, vendas a prestações, crédito hipotecário, crédito agrícola” (alíneas a) a e)), atribuindo-lhes, por efeito da al. b) n. 3 do art. 2, a qualificação de grandes riscos.

Não obstante, caso estejamos perante os restantes riscos que podem ser alvo de seguro de crédito - já referidos em 2.3.1. - para que estejamos perante “grandes riscos”, será necessário que se preencham dois dos três pressupostos das alíneas a), b) e c) do número 4 do art. 2.º (por aplicação da al. c) do número 3 do mesmo artigo).

Assim, os riscos segurados só são considerados grandes riscos desde que, relativamente ao tomador do seguro, sejam excedidos os valores definidos para três

⁴² Assim o entende CORDEIRO (nota 19), p. 570.

⁴³ Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, republicado pelo Decreto-Lei n.º 251/1003, de 14 de Outubro, alterado pelos Decretos-Lei n.º 251/1003, de 14 de Outubro, n.º 76-A/2006, de 29 de Março, n.º 145/2006, de 31 de Julho, n.º 291/2007, de 21 de Agosto, n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro, e pelas Leis n.º 28/2009, de 19 de Julho e n.º 46/2011, de 24 de Junho.

critérios, em pelo menos dois desses critérios. A saber, o total do balanço (mais de 6,2 milhões de euros), o montante líquido do volume de negócios (mais de 12,8 milhões de euros) e o número médio de empregados durante o último exercício (mais 250 de trabalhadores).

3.2.3. Deveres de informação na vigência contratual

Em prol da análise dos deveres de informação das partes contratuais durante a vigência do contrato de seguro, merece explicitação a sua organização, no que diz respeito às especificidades do seu clausulado.

De entre as cláusulas que compõem o contrato de seguro, é usual distinguir as condições gerais, especiais e particulares.

De acordo com LIMA REGO⁴⁴, as condições gerais correspondem ao conjunto de cláusulas assim designadas que o segurador elabora sem prévia negociação individual, e que se destinam a integrar os diversos contratos de seguro de um determinado ramo ou modalidade que o segurador venha a celebrar.

Enquanto base para a negociação (quando tal aconteça) e celebração do contrato de seguro⁴⁵, para elas são previstos deveres de comunicação e de informação, por via de aplicação do art. 5.º e 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais⁴⁶, aos quais acrescem os deveres especiais que resultam da própria LCS⁴⁷.

As condições especiais são também cláusulas contratuais gerais, uma vez que o tomador do seguro também não influi na sua redacção. A sua especialidade advém da circunstância de, por uma razão ou por outra, não virem necessariamente a integrar em bloco todos os contratos de uma determinada modalidade.

⁴⁴ REGO (nota 7), p. 29.

⁴⁵ Assim o afirma, CORDEIRO (nota 19), p.553.

⁴⁶ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, rectificado, pela Rectificação n.º 114-B/95, de 31 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei 220/95, de 31 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

⁴⁷ Refira-se as menções exigidas, de forma expressa, pelo art. 18.º da LCS.

Na medida, em que, apesar de obedecerem a uma redacção do segurador, a inclusão das condições especiais no contrato resultar de uma escolha do tomador, em caso de conflito estas deverão prevalecer sobre as condições gerais, por aplicação do disposto no art. 7.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais⁴⁸.

As condições particulares são disposições contratuais próprias do concreto contrato em causa. Incluem elementos identificativos dos contratantes e do objecto do contrato e também os valores em causa, designadamente o montante do prémio ou os capitais seguros. No entanto, muitas vezes essas cláusulas também não são objecto de negociação individual, elemento que deve ser tido em conta para a aplicação da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

Face à negociação destas (ou adesão a) cláusulas, e com o decurso do prazo de trinta dias, dá-se a consolidação do contrato (conforme art. 35.º da LCS). Após esse prazo, o tomador do seguro apenas poderá invocar “divergências que resultem do documento escrito ou de outro suporte duradouro”.

No entanto, na interpretação do contrato, em primeiro lugar terá de ser aplicado o regime da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e só num segundo momento o da LCS. Ou seja, na análise do conteúdo de um contrato de seguro de crédito primeiro analisa-se que cláusulas “sobrevivem” à aplicação da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e só essas farão parte do contrato “consolidado”.

3.2.4. Análise de cláusulas-tipo

Da análise de algumas cláusulas-tipo, vertidas nas Condições Gerais de contratos de seguro oferecidos por seguradoras deste ramo, resulta um entendimento consonante com o exposto *supra*.

Cite-se, “dentro do prazo estabelecido nas Condições Particulares, o Segurado deverá comunicar à Companhia o montante do seu volume de negócios correspondente às operações realizadas ao longo do mês anterior”; “o Segurado

⁴⁸ Vd. REGO (nota 7), p. 29.

deverá comunicar a quantia total das operações não passíveis de serem seguradas realizadas no mesmo mês, agrupadas segundo o motivo de exclusão”, “o Segurado enviará à Companhia no termo de cada exercício económico as suas Contas Anuais, auditadas se for o caso, bem como proporcionar a todo o momento qualquer outra informação complementar que lhe possa ser por esta solicitada”.

Reflexo de abertura total de informação exigida ao segurado.

É a consagração do dever legal do segurado, quer de informar o segurador da generalidade das circunstâncias passíveis de alteração do risco, quer de comunicar ao segurador todas as circunstâncias que agravem (ou sejam passíveis de agravar) o risco, nomeadamente, prorrogações de vencimento de obrigações ou procedimentos cautelares que interponha, conforme resulta dos arts. 91.º e 93.º da LCS.

Esta informação permite uma melhor definição dos limites de cobertura do montante segurado, a qual surge como vantajosa para ambas as partes, facilitando a tarefa da Seguradora, mas também fazendo com que o prémio a pagar pelo segurado reflecta efectivamente a situação de facto e com que os limites de cobertura sejam os adequados.

O conceito de “prémio”, sob a égide da LCS, inclui tudo o que seja contratualmente devido pelo tomador do seguro. O prémio é a contrapartida da cobertura ou suportaçãõ do risco pelo segurador (conforme art. 51.º LCS), pois o pagamento do prémio, na generalidade dos contratos de seguro, é condição necessária da cobertura (conforme art. 59.º LCS)⁴⁹.

Dado o interesse seguro, não surge como inesperado que o segurado fique obrigado a comunicar, nos termos das condições particulares que venham a ser contratadas, qualquer falta de pagamento (ou seja, qualquer incumprimento, ainda que não definitivo) à seguradora numa questão de dias.

⁴⁹ Aliás, a expressão prémio está etimologicamente ligada ao pagamento preliminar. Vd. CORDEIRO (nota 19), p.518.

É depois com base nas comunicações fruto destes deveres de informação que a seguradora se arroga da capacidade de definir actuações do próprio segurado que carecem da sua autorização.

Por exemplo, é comum que a seguradora proceda ao estabelecimento de critérios que, quando verificados, implicam que qualquer prorrogação a ser concedida pelo segurado aos seus clientes carecerá da autorização da seguradora.

Compete-nos agora introduzir e desenvolver a figura do “aviso de ameaça de sinistro”. Este consiste na comunicação mediante a qual o segurado transfere para a seguradora toda a documentação original acreditativa de um crédito não pago e a indicação da percentagem do valor coberta pelo seguro^{5º}. Para essa comunicação, goza o segurado do prazo que resulte das condições particulares do contrato de seguro de crédito em causa.

Verificada esse “aviso de ameaça de sinistro”, a seguradora assume a direcção das acções de recuperação do crédito do segurado contra o devedor que não cumpriu, incluindo, ou não, a parte do crédito não coberta pelo seguro (possibilidade prevista pelo art. 163.º da LCS).

O reembolso desses montantes é objecto do art. 165.º da LCS, ficando o segurador sub-rogado na medida do montante pago, nos direitos do segurado contra o terceiro responsável pelo sinistro. O segurado responde, face ao segurador, por acto ou omissão que prejudique esse direito do segurador.

Por outras palavras, e do ponto de vista prático, pode retirar-se da esfera do segurado a capacidade decisória sobre os créditos em causa. Existe, para o segurado, o benefício acrescido de gozar da actuação da seguradora em seu favor. Mas também o risco de intromissão grave na normal gestão da sua actividade.

^{5º} Percentagem calculada por referência ao limite de cobertura (de acordo com o descoberto obrigatório, referido *supra*).

4. Figuras afins

De seguida, pretende-se explicitar os traços essenciais de três figuras que desempenham, de diferentes maneiras, funções de pagamento, garantia e de financiamento das entidades que as contratam. Esta análise de figuras afins justifica-se pela similitude de funções verificada entre as três figuras descritas e o seguro de crédito, objecto do presente estudo.

4.1. A garantia bancária autónoma

O contrato de garantia autónoma é celebrado entre um banco (garante) e um seu cliente (devedor e mandante). O banco obriga-se por ordem do segundo a pagar determinada soma pecuniária a um terceiro (credor, garantido ou beneficiário), sem que a este possam ser opostas excepções fundadas nas suas relações negociais com o mandante. A função da garantia autónoma não é, tanto, a de assegurar o cumprimento dum determinado contrato. Ela visa, antes, assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da própria garantia, uma determinada quantia em dinheiro⁵¹.

A garantia é autónoma com respeito à dívida que garante, ou seja, o garante não pode invocar em sua defesa quaisquer meios relacionados com a obrigação garantida⁵².

Tem a sua fonte no princípio da autonomia privada, e rege-se de acordo com o princípio da liberdade contratual (art.º 405.º CC). É um contrato causal, consistindo a sua causa em garantir realização de uma prestação pecuniária a favor do garantido (o terceiro).

Pela sua natureza fundada na autonomia privada, verificam-se habitualmente vários tipos de garantia, com diversas características, das quais se citam apenas duas;

⁵¹ Vd. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 764.

⁵² A acessoriedade, porém, não tem um conteúdo uniforme, podendo assumir diferentes graus o carácter acessório de uma garantia. (Vd. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – Volume II*, “Garantias Bancárias”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 269).

na garantia à primeira solicitação (*on first demand*), o banco fica obrigado a prestar a garantia, independentemente de ter havido incumprimento, logo que seja interpelado pelo beneficiário para tal. A garantia de pagamento visa assegurar ao credor o pagamento de prestação pecuniária, na eventualidade do devedor do contrato base da garantia não cumprir a prestação ou não o fazer pontualmente.

4.2. O crédito documentário

O funcionamento do crédito documentário tem por base um negócio principal a que se associa um outro negócio acessório que visa garantir o adequado cumprimento daquele. No negócio principal intervêm, como partes, o comprador (tomador do crédito) e o vendedor (beneficiário); no negócio acessório intervêm como partes e em relação de complementaridade, o comprador e o vendedor, por um lado e os respectivos bancos, por outro, cabendo a estes um papel de intermediação entre os intervenientes no negócio principal⁵³.

A natureza do crédito documentário tem dado azo a inúmeras teorias e a sua determinação levantado dificuldades⁵⁴, podendo, no entanto, ser simplificada e funcionalmente descrito como a situação jurídica pela qual um banqueiro se compromete, perante um seu cliente, a pagar uma certa quantia a um terceiro mediante a entrega, por este, de determinados documentos⁵⁵.

Este crédito documentário é regido por contrato concluído entre o cliente do banco (ordenante) e o próprio banco. Contrato normalmente designado por contrato de emissão de crédito documentário. Desse contrato de emissão resultará a carta de crédito: um documento do qual constam os direitos do beneficiário e todos os demais condicionalismos que rodeiam o crédito documentário em jogo. Essa carta é, assim, um contrato (e não um negócio unilateral)⁵⁶.

⁵³ Cfr. ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *Direito Bancário*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 774.

⁵⁴ Vd. CORDEIRO (nota 51), p. 669.

⁵⁵ CORDEIRO (nota 51), p. 653.

⁵⁶ Vd. CORDEIRO (nota 51), p. 668.

De referir também a “*standby letter of credit*”, através da qual o garante, emitente da carta, se compromete perante o beneficiário a reembolsar o que for prestado ou antecipado ao ordenante, a cumprir qualquer obrigação assumida por este e a efectuar o pagamento na execução de qualquer obrigação assumida pelo ordenante, em caso de incumprimento deste⁵⁷.

4.3. O contrato de *factoring*

O contrato de *factoring* (ou cessão financeira), objecto do regime legal vertido no Decreto-Lei n.º 171/95, de 18 de Julho, é o contrato pelo qual uma entidade (aderente) cede a outra (o cessionário financeiro ou factor) os seus créditos sobre um terceiro – o devedor – mediante uma remuneração⁵⁸. Através do *factoring*, o aderente pode obter um conjunto diverso, mas articulado, de serviços, permitindo-lhe que se concentre no aspecto central da sua actividade⁵⁹, nomeadamente, funções de consultadoria, garantia, financiamento e de gestão e cobrança do crédito. O *factoring* permite satisfazer em primeira linha duas importantes necessidades na contratação entre sujeitos de dois Estados que não se conhecem ou que se conhecem mal, como as de garantir ao vendedor ou prestador de serviços o cumprimento (ou a solvência) da outra parte, ao passo que financia a própria concessão de crédito, traduzida numa dilação para o pagamento do preço⁶⁰.

4.4. Figuras afins - Conclusão

Comparativamente, o contrato de seguro de crédito, garante ao segurado a indemnização das perdas sofridas pela insolvência ou incumprimento dos seus devedores, de acordo com a percentagem de garantia acordada entre as partes. A seguradora oferece a cobertura do risco do crédito, não efectuando serviços conexos,

⁵⁷ ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA (nota 53), p. 787.

⁵⁸ CORDEIRO (nota 51), p. 701.

⁵⁹ VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA DE, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, “O contrato de cessão financeira ou *factoring* no comércio internacional”, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 444.

⁶⁰ VASCONCELOS (nota 59), p. 404.

como o financiamento, a gestão de créditos ou qualquer serviço administrativo, podendo, por essa razão, também ser distinguido de outros contratos, como o *factoring*. O seguro de créditos permite, como qualquer seguro, uma adequada distribuição de riscos, na medida em que, os prémios de seguro cobrem a percentagem que normalmente se verifica de sinistros correspondendo a incumprimentos de créditos objecto de seguro.⁶¹

Atendendo à natureza dos riscos cobertos, e à referência à garantia bancária autónoma, crédito documentário e contrato de *factoring* enquanto serviços financeiros com objectivos similares, podemos afirmar que o seguro de crédito (e, em geral, os seguros financeiros) concorre no mercado com outros produtos financeiros.

Reflexo da relevância da indústria seguradora na manutenção da estabilidade financeira sistémica, que se apresenta como corolário lógico da sedimentação dos relacionamentos de alternância e complementaridade entre as actividades bancária e seguradora⁶².

5. Conclusão — A problemática latente

O seguro de crédito, conforme analisado ao longo do presente texto, representa uma solução que permite a cobertura, até determinado ponto, de certos riscos inerentes a qualquer actividade comercial. Dessa forma, permite um aumento do volume de negócios do segurado, nomeadamente permitindo transacções que, de outra forma, seriam demasiado arriscadas. Potencia a estabilidade económica pela partilha dos prejuízos que gera entre segurado e seguradora, pois estas estão, em geral, melhor preparadas para absorvê-las⁶³. Seria de pressupor que, na situação

⁶¹ Em teoria, o prémio cobrado pela seguradora irá reflectir a “segurança comercial” de todos os clientes do segurado cobertos pelo seguro em causa. Vd. JONES, PETER M., *Trade Credit Insurance*, Primer Series on Insurance n.º 15, The World Bank, Fevereiro 2010, p. 8.

⁶² Cfr. FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO A., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de*

Almeida – Volume I – “O reenquadramento do exercício da actividade seguradora no início do século XXI

Antecedentes próximos e perspectivas de evolução”, Almedina, Coimbra, 2011, p. 305.

⁶³ JONES (nota 61), p. 2.

económica verificada nos últimos anos, em que o incumprimento contratual é - pelas mais diversas razões - comum e a insolvência um instituto cada vez mais presente⁶⁴, este contrato de seguro fosse uma solução adequada e de recurso quase obrigatório para os agentes económicos.

No entanto, por tudo o exposto acima, levanta-se um muito pertinente problema. A maioria das relações comerciais, especificamente aquelas de duração mais longa, fundam-se - até certo ponto - na confiança entre os seus intervenientes.

Ao retirar ao agente económico, verificadas determinadas condições, o poder decisório sobre a sua conduta negocial, pode surgir um problema de dissonância entre os objectivos de curto prazo da seguradora e os objectivos de médio e longo prazo do segurado⁶⁵.

Face ao dever de informação do segurado à seguradora de todas as circunstâncias que cheguem ao seu conhecimento e que possam significar um agravamento do risco garantido, gera-se uma necessidade de correspondência diária entre o tomador e a seguradora com a indicação de todos os atrasos (inúmeros e quotidianos para um agente económico com alguma dimensão) dos respectivos clientes.

Verificada a “ameaça de sinistro”, a seguradora assume a direcção das acções destinadas à recuperação do crédito em representação do segurado (mesmo que uma parte do crédito possa não estar coberta pelo seguro). Ao tomar controlo, por assim dizer, a seguradora irá envidar todos os esforços para que o crédito seja cobrado de uma forma tão imediata quanto possível.

Como já dito, o problema reside na dissonância do interesse de curto prazo da seguradora - que apenas quer cobrar o crédito e tomar todas as medidas conducentes

⁶⁴ Refira-se que o número de insolvências decretadas no 2.º trimestre de 2012 é mais de três vezes superior ao verificado em igual período no ano de 2009, Vd. *Destaque Estatístico Trimestral*, Outubro de 2012, Direcção-Geral da Política de Justiça.

⁶⁵ Aqui ecoando as considerações de MARGARIDA LIMA REGO no colóquio "A Crise e o Direito", realizado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa em 22 de Maio de 2012.

a que este seja pago – e os objectivos de médio e longo prazo do segurado que quer também cobrar o crédito mas, antes disso, não pretende levar os seus clientes a uma situação de insolvência (que poderá resultar na insolvência, a médio prazo, do próprio segurado, pela perda do(s) seu(s) cliente(s)).

Assim, quando o segurador toma conhecimento de factos que constituem na sua esfera um dever de informar a seguradora (e, posteriormente, o dever de entregar o controlo da situação à seguradora), de uma forma geral, os agentes económicos não querem cumprir esse dever. Repousam na sua própria aferição da situação, sabendo que, face à situação económica, a ocasional mora no cumprimento pode ser crucial para que uma empresa continue em actividade.

Entregue a situação à seguradora, esta cobra o crédito, sem contemplações, não tendo razões para ponderar as consequências dessa actuação. Ora, se o cliente do segurado entra em insolvência no dia seguinte, esse evento não tem, para a seguradora, qualquer impacto. Já para o segurado, é óbvio (e potencialmente considerável) o impacto dessa situação. Interessa-lhe assegurar a boa saúde da sua relação comercial com os seus clientes, assegurando, até certo ponto, a viabilidade económica destes. Como já dito, a insolvência dos seus clientes pode repercutir-se na insolvência do próprio segurado.

Sabendo isto, e chegada a altura de informar a seguradora de situações relevantes, o segurado apercebe-se que não é do seu melhor interesse cumprir os seus deveres de informação perante a seguradora. Ao menos, durante uma fase inicial em que a manutenção da relação comercial, apesar do incumprimento de prazos ou situação similar, não apresenta problemas de maior para o segurado. Esta violação dos seus deveres contratuais impede-o de, numa fase posterior, confrontado com o incumprimento definitivo do seu cliente, recorrer ao seguro. Na ausência do cumprimento desses deveres, o segurado, ainda que não seja essa a sua intenção, renuncia à cobertura, precludindo a possibilidade de beneficiar do seguro.

O seguro de crédito, seja para a exportação, mercado interno ou ambos, deve ser contratado pelas razões certas e nunca negligenciado pelas razões erradas. Deve ser uma opção que se adequa à prática comercial do segurado e gerido de uma forma que permita evitar disputas indesejadas em decisões relacionadas com os créditos seguros. A empresa deve sentir que essa cobertura lhes permite, como afirmam BURT e EDWARDS, contratar mais e melhor. Providenciando uma necessária estabilidade financeira pelo potencial de contenção da possível exposição a riscos que se poderão revelar atentatórios dos lucros (ou até reservas) do segurado⁶⁶.

Na situação referida, caso o segurado, agente económico, tenha contratado este seguro como meio de gestão do risco de insolvência ou incumprimento dos seus clientes, em detrimento de outros (como, por exemplo, os meios referidos na nota comparativa), verificará, tarde de mais, que o risco em causa não está coberto.

O seguro de investimento é outra das faces deste problema, pois a sua função de apoio à exportação (com a intervenção de fundos estatais), ganha contornos perniciosos devido ao incumprimento do segurado. Apenas as seguradoras, que vão recebendo os prémios sem terem de pagar as indemnizações em casos de sinistro, acabam por beneficiar dessa intervenção estatal.

De tudo o que foi dito se conclui a importância da correcta ponderação das várias vantagens e desvantagens deste tipo de seguros face a um futuro incerto.

Nomeadamente, que o seguro de crédito não será o meio mais eficaz de gerir o risco de incumprimento contratual com clientes de média ou longa duração. Já o mesmo não poderá ser dito do recurso a esse seguro para relações comerciais com clientes que não tenham forma de oferecer as necessárias garantias para cobrir o risco desses negócios, designadamente, mas não só, agentes exportadores.

(Lisboa, 2013)

⁶⁶ Cfr. BRIGGS, DICK E EDWARDS, BURT, *Credit Insurance – How to reduce the risks of Trade Credit*, Woodhead-Faulkner Limited, Cambridge (Inglaterra), 1988, p. 186.

Reconfiguração do consensualismo contratual

(As ações tituladas nominativas e os limites à transmissão) ⁽¹⁾

Maria João Mimoso

(Doutora em Direito. Professora associada
Docente do Departamento de Direito UPT)

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

(Mestre em Direito. Investigador
Membro do Instituto Jurídico Portucalense.)

Resumo

Partimos da evolução histórica do consensualismo contratual salientando os principais caracteres que, nos diversos momentos históricos, se foram evidenciando. Numa segunda etapa exploramos os fundamentos dogmáticos do modelo de transmissão contratual assumido pelo legislador e a sua viabilidade no sistema jurídico global, em particular, no direito dos valores mobiliários. Constatamos a crescente necessidade na prática mercantil e inevitabilidade no sistema jurídico global da admissibilidade da existência de contratos de compra e venda de natureza meramente obrigacional. Num terceiro momento desenvolvemos os principais aspetos do regime jurídico aplicável às ações tituladas nominativas fora do mercado regulado, em particular, os principais limites à transmissão, enquanto instrumentos/barreiras ao consensualismo contratual.

¹ A legislação a que se faz alusão no presente estudo é a vigente no ordenamento jurídico português.

Palavras-chave: Autonomia privada; consensualismo contratual; modelo de transmissão contratual; regras e princípios; contrato de compra e venda meramente obrigacional.

Abstract

We start from the historical evolution of contractual consensualism emphasizing the main aspects that, in different historical moments, were showing up. In a second stage we explore the dogmatic foundations of the transmission model contractual assumed by the legislator and its viability in the global legal system, in particular, in securities law. We note the growing need in commercial practice and inevitability in the global legal system the admissibility of the existence of contracts of sale purely obligatory. In the third stage we develop the main aspects of the legal regime applicable to nominative titled actions outside the regulated market, in particular, the main limits to the transmission, as instruments / barriers to contractual consensualism.

Keywords: *Private autonomy; contractual consensualism; transmission model contractual; rules and principles; contract of sale purely obligatory*

Sumário

1.- Introdução; 2.- Consensualismo contratual; 3.- Reconfiguração do modelo de transmissão; 4.- Compra e venda com eficácia meramente obrigacional; 5.- Objeto da transmissão: Das ações; 6.- Limites legais e convencionais à transmissão das ações; 6.1.- Limites legais; 6.2.- Limites Convencionais; 7.- Da destruição ou extravio de títulos nominativos versus transmissão: A recuperação dos títulos nominativos: a reconstituição, a conversão e a reforma judicial.

1.- Introdução

Pretende-se neste trabalho salientar a importância do **contrato** que subjaz à transmissão de direitos reais, *ex máxima*, sobre valores mobiliários. A compreensão dos seus efeitos implica uma incursão histórica sobre o consensualismo contratual, cujo regime se encontra tipificado no Código Civil Português.

Por outro lado, os particularismos emergentes do regime relativo ao modo de transmissão de valores mobiliários impõem uma reconfiguração do consensualismo acolhido pelo legislador no art. 408.º n.º 1 do Código Civil.

O modo de transmissão de valores mobiliários pressupõe, hipoteticamente, um contrato ou, *quicá*, em algumas situações, um negócio jurídico unilateral, com efeitos meramente obrigacionais, verificando-se a eficácia translativa, apenas e só, através da integração com um ato posterior complementar.

De facto, o contrato, fruto do ideário voluntarista, enquanto mecanismo agilizador da transmissão de direitos reais exhibe, no contexto dos valores mobiliários, fragilidades, só ultrapassáveis por via da concretização dos pressupostos e requisitos tipificados pelo legislador no Código dos Valores Mobiliários, inquestionavelmente, em prol da tutela da segurança jurídica.

Em sede de Valores Mobiliários daremos um especial enfoque sobre as ações, em particular as tituladas nominativas de sociedades anónimas, atento à sua transmissibilidade *funcional ou operativa*, os seus principais aspetos: natureza, modelo de transmissão, limites legais e convencionais e, por fim, a recuperação dos títulos extraviados ou destruídos, enquanto limites ao consensualismo contratual.

Entendemos que a estas temáticas, não obstante, terem já sido equacionadas, merecem, porque dissonantes, algumas reflexões no contexto do nosso ordenamento jurídico.

É nosso ensejo dar solução à transmissibilidade das ações tituladas nominativas de sociedades anónimas fora do mercado regulamentado, procurando traçar os contornos da reconfiguração do modelo acolhido pelo nosso Código Civil face à necessidade da sua readaptação a outros instrumentos legais, mais evoluídos.

2.- Consensualismo contratual

O regime da transmissão de direitos reais não operou, sempre, segundo os mesmos contornos. No entanto, e não obstante as diversas construções dogmáticas, todas as opções legislativas apontam, estruturalmente, num sentido: **a proteção da segurança jurídica das partes e de terceiros no tráfico jurídico.**

Na Antiguidade² a “transmissão” (da propriedade) concretizava-se através da prática de atos translativos típicos: *a mancipatio*, *a in iuri cessio* e *a traditio*.³ O contrato produzia, *per se*, somente efeitos obrigacionais, constituía obrigações, mas não desencadeava a transmissão da propriedade.⁴

² Reportamo-nos ao direito romano clássico.

³ “ (...) (A) transferência da propriedade não dependia da celebração do contrato de compra e venda – *emptio et venditio*, considerado como *titulus acquirendi* – uma vez que este tinha efeitos meramente obrigacionais, mas antes da celebração de um segundo negócio posterior – o *modus acquirendi* – como a *mancipatio*, a *in iuri cessio*, mas principalmente a *traditio*. Este era um negócio que implicava um acto real ou material, correspondente à entrega física do bem pelo *tradens*. **No entanto, posteriormente admitiu-se que em lugar de ser real ou material, a *traditio* pudesse ser apenas simbólica (como a entrega das chaves – *traditio clavium* – ou a entrega dos documentos ou do título da propriedade – *traditio instrumentorum*) ou mesmo *ficta* (como nos casos da *traditio brevi manu* e do *constituto possessório*” in LEITÃO, Menezes, *Direito Das Obrigações - Vol. III – Contratos Em Especial*, 7.^a Edição, Coimbra: Almedina, 2010, pág. 23 (Negrito nosso)**

⁴ VIEIRA, José Alberto C., *Direitos Reais* Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 231. Já “no período pré-justiniano, com o declínio da *mancipatio* e da *in iure cessio*, acompanhado pelo desaparecimento da distinção das coisas em *mancipi* e *nec mancipi*, a compra e venda e a doação tornaram-se simultaneamente reais e obrigacionais, transmitindo igualmente a propriedade. Com Justiniano, porém, ocorreu um regresso à solução do período clássico e a *traditio* foi requerida novamente para a transmissão do direito real.” *Ibidem*, pág. 232

Com soluções muito próximas das acolhidas pelo direito romano clássico, encontramos, designadamente, as ordens jurídicas espanhola e austríaca, consagrando ambas um sistema de título e modo. O negócio jurídico, em si mesmo, não transmite o direito real, sendo necessário um segundo negócio, este real. Todavia, e diferentemente do que ocorre no sistema de modo, a validade e eficácia do segundo negócio jurídico (negócio real) depende, necessariamente, da validade do primeiro.^{5 6}

O Direito português, até às Ordenações Filipinas, acolhera a solução jurídica do Direito Romano. Estipulava-se a propósito da venda, que se “o senhor de alguma coisa a vende duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entregar dela será dela feito verdadeiro senhor, se dela pagou o preço por que lhe foi vendida.”⁷

O primeiro Código Civil português seguiu, por influência da escola jusracionalista (*Grotius, Puffendorf*), a corrente favorável ao consenso translativo. Com efeito, o art. 715º do Código de Seabra consubstanciava que “nas alienações de cousas certas e determinadas, a transferência da propriedade opera-se entre os contraentes por mero efeito do contrato, sem dependência de tradição ou de posse, quer material, quer simbólica, salvo havendo acordo das partes em contrário”. Demonstra, no entanto, Pedro de Albuquerque “ (...) que ainda nos anos 30 do séc. XX, as escrituras notariais faziam referência expressa à

⁵ *Ibidem*, pág. 234

⁶ “No sistema do *título e modo*, vigente na Áustria (§425 ABGB) e na Espanha (art. 609 C. C. esp.) para que o efeito real se produza, é necessária a presença simultânea de um *titulus et modus acquirendi*, ou seja, não basta que exista uma justa causa ou fundamento jurídico de aquisição (como o contrato de compra e venda), sendo ainda necessária a realização de um segundo acto de transmissão (como a *traditio* ou o registo). Trata-se de um sistema de transmissão causal dos direitos reais, dado que embora o negócio causal e a transmissão sejam dois negócios distintos, a validade da transmissão depende do negócio causal. Assim, o título só por si é insuficiente para produzir o efeito real exigindo necessariamente um modo. Mas também o modo de aquisição só por si é insuficiente, pressupondo igualmente um título. Por isso, a realização da *traditio* só permite transmitir o direito real se tiver sido precedida de um negócio jurídico que fundamente essa transmissão (como o contrato de compra e venda). Se houver só título (como na hipótese de apenas a compra e venda ter sido celebrada), o negócio terá valor meramente obrigacional, sem produzir efeitos reais.” in *Direito Das Obrigações - Vol. III - Contratos Em Especial*, 2010, pág. 24 -25

⁷ VIEIRA, José Alberto C. *ob. cit.*, 2008, pág. 234

*prática da dessaisine – saisine pelo vendedor, que assim efetuará a tradição no próprio contrato. Porém, e na esteira de Cunha Gonçalves, a doutrina aceitava, “pacificamente a eficácia real do contrato, (...)”.*⁸

Certo é que o art. 1578.º do mesmo código preceituava: “*se a mesma coisa for vendida pelo mesmo vendedor a diversas pessoas observar-se-á o seguinte: se a coisa vendida for mobiliária prevalecerá a venda mais antiga em data; se não for possível verificar a prioridade de data prevalecerá a venda feita ao que se achar de posse da coisa*”.⁹ Observando-se uma certa reminiscência romanística a favor da *traditio*: **a entrega da coisa funcionava a favor do comprador caso a data da venda não se provasse.**¹⁰

O consensualismo apresentava-se mitigado relativamente à transmissão de imóveis. Assim, e nos termos do art. 1580.º do Código de Seabra, “*se a coisa vendida for imobiliária, prevalecerá a venda primeiramente registada, e se nenhuma se achar registada o que fica disposto no artigo 1578.º*”. Notável a influência dominante de raiz francesa.

Relativamente às coisas imóveis o consensualismo operava somente *inter partes*; no que respeita à oponibilidade a terceiros do direito do comprador, “*tudo dependeria de o terceiro beneficiário de uma segunda venda ter ou não registo. O comprador que não registasse não teria qualquer direito contra o comprador da segunda venda, caso este houvesse registado a sua aquisição, o que parece configurar à partida um sistema em que o registo funciona como condição de oponibilidade do direito real contra terceiros, solução que levou alguns autores italianos a falarem numa propriedade relativa no âmbito da ordem jurídica italiana, que previa um regime semelhante*”.¹¹

⁸ Vide nota 29. LEITÃO, Meneses, *ob. cit.*, 2010, p. 24.

⁹ O atual Código Civil Português apresenta regras semelhantes, tais como: art. 407.º, no âmbito dos direitos pessoais de gozo; art. 697.º, sobre a hipoteca.

¹⁰ Neste sentido Vide VIEIRA, José Alberto C. *ob. cit.*, 2008, p. 235.

¹¹ *Ibidem*, pp. 235-236.

O princípio da consensualidade ou do consensualismo¹² ou “princípio” da eficácia real imediata¹³ veio a ser consagrado, sem sofismas, no art. 408.º n.º1, do Código Civil de 66. Embora em sede de contratos, e não no Livro III, dedicado aos Direitos Reais, ainda que com remissão para os momentos da aquisição. Cf. Art. 1317.º a) Código Civil.

O suposto princípio surge, também, a propósito da compra e venda, artigos 874.º e 879.º, alínea a)¹⁴, e da doação, art.954.º, alínea a), todos do Código Civil. Estes, os dois paradigmas de contrato real *quoad effectum*.¹⁵

Na esteira daquele, o direito real constitui-se ou transfere-se, *solo consensu*,¹⁶ no momento da celebração do contrato causal. Essa transmissão operaria, instantânea e automaticamente, sem necessidade de entrega da coisa ou do registo, quanto a imóveis, e independentemente do cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, ex: na compra e venda, o pagamento do preço.^{17 18 19}

¹² In LEITÃO, Menezes, 2010, pp. 25 -26.

¹³ DUARTE, Rui Pinto *Curso de Direitos Reais* 2.ª Edição, revista e aumentada, Principia Editora, 2007, p. 41

¹⁴ “ I Resulta do tipo legal da compra e venda configurado nos artigos 874º e 879º do Código Civil que a propriedade da coisa vendida se transmite para o adquirente pelo contrato, constituindo a transmissão do domínio um dos efeitos essenciais do negócio jurídico, ao lado das obrigações de entrega da coisa e de pagamento do preço respectivo; II “Trata-se, pois, de um contrato consensual (...), em que o aperfeiçoamento do vínculo se atinge mediante o acordo de vontades (...); III “Flui igualmente da tipicidade legal da compra e venda a sua natureza de contrato real *quoad effectum*, na medida em que determina a produção imediata do efeito real de transmissão do direito de propriedade [cfr., aliás, os artigos 1317º, alínea a), e 408º, n.º 1, do mesmo Código] e, ainda, de contrato obrigacional, segundo o mesmo critério, na perspectiva dos efeitos obrigacionais da entrega da coisa e do pagamento do preço que dele derivam”. Acórdão STJ de 18-09-2003 (Lucas Coelho), in <<http://www.dgsi.pt>> (15.04.2013).

¹⁵ VIEIRA, José Alberto C. *ob. cit.*, 2008, p. 236

¹⁶ *Consensus parit proprietatem* - PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 1987, p. 375; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9.ª Edição, Coimbra, 1996, 310 ss; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª Edição, Coimbra, 2001, o. 258 ss.

¹⁷ VIEIRA, José Alberto C. *ob. cit.*, 2008, p. 236.

¹⁸ LEITÃO, Menezes, *ob cit.*, pág. 26.

¹⁹ V “O contrato aperfeiçoa-se em todo o caso, independentemente da produção dos efeitos aludidos, mercê do mútuo consenso dos contraentes, de modo que a obrigação de pagar o preço, nomeadamente, em nada influi na sua perfeição, e tão-pouco condiciona a eficácia translativa na falta de semelhantes estipulações”. Acórdão STJ de 18-09-2003 (Lucas Coelho), in <<http://www.dgsi.pt>> (15.04.2013).

Deste modo, a constituição ou transferência dos direitos reais depende apenas da existência de um título de aquisição - *titulus acquirendi*.^{20 21} Facto que revela vantagem em virtude da sua simplicidade.²²

Em suma, e à primeira vista, o art. 408.º n.º 1, consagra, em pleno, o sistema de título.²³

Não obstante o que ora se anuncia e a boa intenção do legislador, antecipamos que este sistema apresenta algumas particularidades, que atenuam, profundamente, os propósitos da transmissão *solo consensu*. Aliás, no seguimento do padrão encontrado no devir histórico e, também, marcado pelas sucessivas transformações financeiras, económicas e sociais que implicaram a criação de outros mecanismos legislativos e uma necessária adaptação dos instrumentos negociais à realidade hodierna.

3.- Reconfiguração do modelo de transmissão

Impõe-se, preliminarmente, nesta sede, empreender, em termos concetuais, uma correção terminológica, que nos parece essencial para a temática que cuidamos. Trata-se de saber se o artigo 408º, n.º 1 quando refere “*as exceções previstas na lei*” reporta-se, efetivamente, a verdadeiras exceções a um princípio ou se consubstancia um verdadeiro regime contraposto a uma regra.

²⁰ *Ibidem*, pp. 25-26.

²¹ É necessária uma justa causa de aquisição para o direito real se constituir ou transmitir validamente (princípio da causalidade que vigora no sistema de título [e no título modo]). No sistema de modo, regula-se pelo princípio da abstração, facto que impede os vícios do negócio causal afetarem a transferência da propriedade. *In Ibidem*, pág. 26.

²² *In ibidem*, pp. 26.

²³ Assim, entre nós, veio a consagrar-se a caracterização do contrato de compra e venda no âmbito da *venda real*. Neste sistema, o adquirente após a celebração do contrato adquire imediatamente a propriedade da coisa vendida que pode, imediatamente, opor *erga omnes*, nos casos de bens não sujeitos a registo, ficando, no caso de bens sujeitos a registo, a oponibilidade a terceiros dependente do cumprimento do ónus registal. A transmissão da propriedade aparece, assim, ligada à celebração do contrato, da qual depende como efeito automático. *In Ibidem*, p. 26-27.

Distinguir, no âmbito de um conceito norma, **regras de princípios** constitui uma tarefa especialmente complexa e delicada. Os critérios sugeridos por Gomes Canotilho – embora em sede de Direito Constitucional – que integramos na dogmática do Direito Cível através da analogia doutrinária, são os seguintes²⁴:

“Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;

Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;

Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito);

«Proximidade» da ideia de direito: os princípios são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na «ideia de direito» (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.”

Partindo dos caracteres assinalados, e contextualizando-os no âmbito do direito civil, diremos que o consensualismo, por decorrência e concretização do princípio da autonomia da vontade, consubstancia uma verdadeira regra pragmática, aquilo a que chamaremos **regime regra**. Consequentemente, este

²⁴ In CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1160-1161 (reimpressão 2012). Negrito nosso.

cederá perante dispositivos legais, que por força daquele princípio, ou de um outro estruturante do sistema jurídico, disponham em sentido inverso.²⁵

O consensualismo, não sendo um verdadeiro princípio estruturante do sistema, não apresentando o grau de abstração e natureza normogenética, essenciais aos princípios estruturantes, **assume-se como disciplina regra em sede contratual.**

Constitui, desta feita, uma regra – base e não uma verdadeira inevitabilidade dentro do sistema jurídico nacional.²⁶

Concretizando:

Somente os princípios pelas características fundamentais que apresentam, porque constituem uma *inevitabilidade* no sistema, poderão ser *excecionados*, tendo como fundamento valores ou outros princípios essenciais de carácter mais geral.

Por outro lado, os regimes contrapostos às regras gerais apresentam-se, tal como aquelas, com um propósito fundamental, o de conferir pragmaticidade ao direito. A sua aplicação tem por base, a maior parte das vezes, princípios fundamentais do sistema onde se inserem.

Densificamos, de seguida, o substrato essencial da anunciada regra, dentro do seu microssistema, conformando veementemente o entendimento acolhido.

Podemos, desde logo, identificar alguns desvios à regra da consensualidade no art. 408.º nº 2, no que tange ao momento da aquisição do

²⁵ Vide, Baptista Machado quando trata a questão de saber se o conteúdo dos artigos 17.º e 18.º do C. Civil são exceções ou desvios ao princípio ou regra constante do artigo 16.º. In MACHADO, J. B., *Lições de Direito Internacional Privado*. 3.ª edição (reimpressão), Coimbra, (1985) 2002, p. 193. Segundo este autor, tratar-se de uma regra geral que cede aos desvios sempre que princípios estruturantes de direito internacional privado reclamam aplicação.

²⁶ In DUARTE, Rui Pinto, *ob. cit.*, 2007, p. 58.

direito real.²⁷ O contrato deixa, assim, de ser o único título de aquisição da propriedade [do direito real]. O momento da aquisição não é o da conclusão do contrato, diferindo-se, nas hipóteses contempladas no preceito, para momento posterior.²⁸

Na esteira de Menezes Leitão²⁹, seguindo uma visão geral e linear do regime jurídico aplicável à compra e venda, “(o) fenómeno translativo é transferido para momento posterior, mas não fica dependente do cumprimento de uma obrigação de transferir (*dare*), em sentido técnico.³⁰ Ainda que possam surgir obrigações associadas a essa transmissão, não são elas que produzem o efeito translativo, mas antes este vem a ocorrer automaticamente em consequência da verificação de um facto posterior. Esse facto, aliás, vem concretizar em definitivo uma atribuição patrimonial, que já tinha sido, pelo menos, provisoriamente estabelecida com a celebração do contrato³¹ entre o alienante e o adquirente.”^{32 33} A nosso ver, o tema carece de uma análise, crítica, sistemática e global do sistema jurídico e da evolução económica e social.

²⁷ Reforçando firmamos acolher a regra da consensualidade (por decorrência do princípio da autonomia da vontade) que cede aos desvios sempre que outros princípios jurídicos reclamem aplicação.

²⁸ Segundo o autor Raúl Ventura a transmissão do direito real constituiria um “efeito produzido pelo contrato mas não só por ele, isto é, não (...) efeito mero do contrato, mas (...) efeito do contrato, acompanhado por algum outro ato ou facto”. RAÚL VENTURA, «Contrato de compra e venda no Código Civil. Efeitos essenciais: transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa», Revista da Ordem dos Advogados, 1983, III, pp. 587 ss (p. 593). “A transmissão da propriedade opera-se sempre por efeito do contrato, mas nem sempre no momento do contrato”. *In ibidem*, p. 618. Entendimento que não acolhemos, conforme poderemos desenvolver mais adiante no presente estudo.

²⁹ Que, aliás, conserva o cerne do entendimento da doutrina maioritária que reconduz ao contrato a eficácia translativa da coisa ou do direito. Neste sentido. Cfr. EIRÓ, Vera, «A transmissão de valores mobiliários – as ações em especial», Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI.º, n.º 11, 2005, Coimbra: Almedina, p.158.

³⁰ Ver mais adiante a propósito do contrato de compra e venda com eficácia meramente obrigacional.

³¹ Aspeto que não afasta a natureza causal do facto ou ato complementar.

³² *In* LEITÃO, Menezes, *ob. cit.*, p. 29

³³ Do mesmo autor: “mesmo nas hipóteses em que a venda possui uma eficácia translativa não imediata ou dependente da eventual verificação de certos [atos] ou factos, a verdade é que o contrato integra sempre um esquema negocial translativo, situação distinta da venda obrigatória presente no Direito Romano e no atual Direito alemão. Parece, por isso, que se pode afirmar a

Segundo o mesmo autor, a regra da consensualidade “*tem o mesmo significado tanto para as coisas móveis como para as imóveis. Mesmo no tocante a estas últimas, o direito real deve considerar-se constituído ou transmitido por força do contrato e com a conclusão deste. A este respeito, art.408.º, n.º1, e os art.879.º, alínea a), e 954.º, alínea a), todos do CC, não permitem fundamentar qualquer distinção*”.³⁴

inexistência, no Direito Português da figura da venda obrigatória”. *Ibidem*, p. 27 – 29. Ver mais adiante o contrato de compra e venda com efeitos meramente obrigacionais.

³⁴ Mas, segundo o entendimento de Antunes Varela “*a aquisição do direito real sobre imóveis apenas estaria concluída com o registo da aquisição, invocando para o efeito o art.5.º, n.º1, do Código do Registo Predial (efeito declarativo). O adquirente do direito real apenas o poderia opor a terceiro caso houvesse registado a sua aquisição (efeito declarativo do registo predial). O contrato teria assim eficácia entre as partes, mas não relativamente a terceiros, que só o registo predial atribuiria, uma tese de proveniência original francesa, embora exportada depois igualmente para Itália no domínio do Codice Civile de 1865, por força da influência da doutrina francesa do Code Civil*”. In *ibidem*. Em sentido contrário, “*o princípio da consensualidade (art.408.º, n.º1) desencadeia a aquisição do direito real sobre o imóvel com a conclusão do contrato (venda, doação, etc.), não tendo a omissão da inscrição registal do facto aquisitivo qualquer interferência na eficácia real do contrato. O contrato determina por si só a constituição ou transmissão do direito real, mesmo relativamente a coisas imóveis. O proprietário, o usufrutuário, o superficiário, o titular de uma servidão predial não estão, por conseguinte, inibidos de reivindicar a coisa de terceiro ou, em geral, de defender o seu direito contra terceiros só porque não registaram a sua aquisição*.” “*Na verdade, o art. 5.º, n.º1, do CRP nada tem a ver com o princípio da consensualidade, mas com um dos efeitos substantivos da publicidade registal: a aquisição tabular ou efeito atributivo do registo predial. Debajo da verificação cumulativa de determinados requisitos, um terceiro de boa-fé que haja adquirido o seu “direito” do pseudo titular inscrito, que alienara previamente o direito a quem não fez o registo da sua aquisição, pode ficar protegido contra o verdadeiro titular na ordem substantiva, contando que registre antes dele o seu contrato. Essa proteção consiste na atribuição do direito a que se refere o contrato registado, não obstante a nulidade do mesmo por falta de legitimidade do disponente [em sentido diferente, Menezes Leitão defende “a validade da venda com falta de legitimidade do vendedor” (nota 814)] e tem o seu fundamento na fé pública registal*.” “*O titular do direito, cujo facto aquisitivo não foi registado, pode ver o seu direito extinguir-se ou ficar onerado como contrapartida da aquisição tabular do terceiro. Seja como for, esta matéria, que se liga diretamente ao princípio da publicidade em Direitos Reais, não tem qualquer relação com o princípio da consensualidade, nem constitui qualquer restrição a ele*”. In *ibidem* pp. 237-238 e respetivas referências. Ainda que incidindo sobre domínios distintos, a ordem substantiva e a ordem registal, entrelaçam-se, cominando-se, restringindo-se, limitando-se, em cumprimento de princípios jurídicos de grandeza superior que apelam um severo condicionalismo à validade e à eficácia jurídica. Na temática em questão, e seguindo a terminologia, ora, adotada, somos da opinião de que o condicionalismo operado tem incidência sobre a eficácia, e não sobre a validade do negócio. A entendermos como um problema de validade dever-se-á distinguir eficácia invalidante absoluta de eficácia invalidante relativa, cindindo-se dos casos estritos de invalidade que implicam a destruição de todos os efeitos típicos do ato ou negócio jurídico, de todos os outros cujos interesses jurídicos em jogo apelam a que se preservem alguns dos efeitos típicos até à declaração de invalidade ou convalidação pela conformação registal. Resulta do nosso entendimento que o registo (por si) – seja de bens imóveis ou móveis sujeitos a registo (Neste

Não acolhemos a presente construção doutrinária do normativo. Entendemos, antes, que devem ser feitas sérias ressalvas, mormente, quando se trate de imóveis ou móveis sujeitos a registo.³⁵

Ponto de situação:

Esclareça-se que, entre nós, a configuração do atual modelo de eficácia decorre do regime jurídico da compra e venda, do seu carácter imperativo.

Em princípio, estar-nos-ia vedada a possibilidade de celebrar contratos de compra e venda de natureza, apenas, obrigacional.^{36 37}

Esta perspetiva, no entanto, inviabiliza a unidade e a coerência do sistema, pois não toma em consideração todo o direito aplicável, *ex máxima*, a legislação extravagante e seus respetivos particularismos.

Aliás, atente-se o seguinte:

sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, Vol. I, ob. cit.* pp. 315-316) - é um elemento que consolida a posição do adquirente, complementando, por razões de eficácia - *ex máxima* em relação a terceiros -, a sua aquisição (efeito consolidativo ou confirmativo). Finalmente, reforçando, lembramos, a título excecional, o registo constitutivo ou registo com eficácia constitutiva - que interfere com a eficácia *inter partes* dos factos jurídicos a registar. Como exemplo de registo com eficácia constitutiva expressa damos a hipoteca, cfr. art. 687.º do CC. Não obstante tratar-se de um contrato acessório, garantia de uma obrigação. São exemplos de registo com eficácia constitutiva quase expressa, os que passamos a expor: transmissão de direitos reais sobre frações autónomas em regime de propriedade horizontal - o instrumento negocial não “pode ser lavrado sem que se exhiba documento comprovativo da inscrição do [respetivo] título constitutivo no registo predial”, cfr. n.º 1 do art. 62.º do Código do Notariado; operações de loteamento urbano - a obrigatoriedade do licenciamento das respetivas operações e comprovação da autonomização da descrição predial do lote. Por sua vez, a autonomização e respetiva descrição decorrem da inscrição registal da autorização de loteamento, cfr. (n.º 3 do art.º 80º do Código do Registo Predial). Não será de admitir a usucapião neste caso, pois constituiria uma flagrante violação de normas administrativas sobre o loteamento urbano. Neste sentido, GUERREIRO, J., A., G., M., *A posse o registo e os seus efeitos*, IRN, BRN, 11/2003, pp. 7-8.

³⁵ Ver nota anterior.

³⁶ “(U)m contrato que torne translativo da propriedade um ato dispositivo do vendedor não pode ser qualificado como compra e venda, porque (...) falta o efeito essencial da compra e venda”. RAÚL VENTURA, «Contrato de compra e venda no Código Civil», *ob. cit.*, p. 595. (Entre outros)

³⁷ Veja-se da sua inevitabilidade, mais adiante.

A lei fornece-nos a regra da transmissão da propriedade *por mero efeito do contrato*. **Todavia, o legislador apresenta-nos um conjunto exponencial de desvios**, denominando-os de “exceções”.

A respeito do momento translativo enunciamos os seguintes blocos de exemplos:^{38 39}

- 1- na venda de coisa futura⁴⁰ (a produzir)** - com o termo do ato de produção ou com a aceitação (da entrega) [este último entendimento, por aplicação analógica do disposto no art. 1212.º do CC]; **na venda de coisa alheia** - com a aquisição da propriedade pelo vendedor; **na venda de coisa genérica** - com a concentração ou especificação; **na venda de coisa indeterminada** - com a determinação; **na venda com prestação alternativa** - com a escolha⁴¹; **na venda de parte integrante** - com a separação; **na venda de frutos naturais ainda não colhidos** - com a colheita; **na empreitada com materiais a fornecer pelo empreiteiro** - com a aceitação da coisa móvel entregue ou à medida que os materiais são incorporados no solo.
- 2- contratos celebrados com reserva de domínio/ propriedade para o vendedor:** compra e venda a prestações com a propriedade condicionada pela concretização da última prestação pelo comprador; compra e venda com transmissão a

³⁸ No mesmo sentido (pontos 1, 2 e 3). Vide FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, «Transmissão contratual da propriedade - entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes», Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI.º, n.º 11, 2005, Coimbra: Almedina, pp. 7-9.

³⁹ Ver a propósito, nosso entendimento a respeito da eficácia consolidativa e constitutiva do registo na nota de rodapé número 34.

⁴⁰ Entenda-se coisa futura como aquela inexistente à data da celebração do contrato.

⁴¹ A respeito Vide CARVALHO, Jorge Morais «Transmissão da propriedade e transferência do risco na compra e venda de coisas genéricas», Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI.º, n.º 11, 2005.

termo inicial; compra e venda com transmissão dependente da ocorrência de qualquer evento (ex. a entrega da coisa vendida ou mesmo o registo da propriedade sobre essa mesma coisa).

3- a cessão de créditos⁴² – eficácia translativa (externa) do crédito depende da notificação ao devedor ⁴³ ⁴⁴ (por integração analógica do disposto no art.º 584.^º⁴⁵ do CC para suprir a lacuna do presente regime).⁴⁶

4- nas relações privadas absolutamente internacionais – no âmbito da escolha de lei - com a abertura a um sistema que não o do título, por aplicação do art. 46.º do CC, em articulação com o regime jurídico aplicável à forma e perfeição da declaração negocial [art.s 35.º e 36.º do CC] e substância dos negócios jurídicos (eficácia obrigacional) [Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)].⁴⁷

⁴² Cfr. “Art. 577.º (Admissibilidade da cessão). 1. O credor pode ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor, contanto que a cessão não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor. 2- A convenção pela qual se proíba ou restrinja a possibilidade da cessão não é oponível ao cessionário, salvo se este a conhecia no momento da cessão.”

⁴³ Neste sentido. Vide COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 9ª Edição, Coimbra, 2001, pp. 760 e ss.

⁴⁴ Contra este entendimento. Vide CRISTAS, Assunção, *Transmissão contratual do direito de crédito. Do carácter real do direito de crédito*, Coimbra, 2005.

⁴⁵ Cfr. “Art. 584.º (Cessão a várias pessoas). Se o mesmo crédito for cedido a várias pessoas, prevalece a cessão que primeiro for notificada ao devedor ou que este tiver sido aceita.”

⁴⁶ Vide art. 789.º do Código de Seabra, que dispõe no seguinte sentido: “Pelo que respeita ao cedente, o direito cedido passa ao cessionário pelo facto do contracto; mas em relação ao devedor ou a terceiro, a cessão só pode produzir o seu efeito, desde que foi notificada ao devedor, ou por outro modo levado ao seu conhecimento, com tanto que o fosse por forma *authentica*.” Regime que garante os interesses em jogo nos negócios jurídicos celebrados, nomeadamente, o princípio da confiança, pela imposição de transparência. Entendemos, ser de acolher, na ausência, constatada, de normativo a mesma configuração dogmática, afastando, por efeito, a aplicação do disposto no n.º 1 do art. 408.º do CC.

⁴⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o sistema jurídico conflitual. FERNANDES, Carlos *Da Natureza e Função das Normas de Conflitos de Leis*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. MACHADO, J. B. *Lições de Direito Internacional Privado*, ob. cit. LIMA PINHEIRO, Luís de

- 5- **o caso particular dos contratos monolocalizados** [n.º 3.º do art.º 3.º de Roma I] – quando o regime jurídico de natureza obrigacional, conflituosa, com o de natureza real, cominando com nulidade ou inexistência jurídica determinado negocio jurídico pela exigência da incorporação de algum elemento ou pela ocorrência de algum evento que não se verificou, e em sede de resolução de conflitos de normas se optar pelo cumprimento daquelas exigências normativas.
- 6- **Outras regras sobre transmissão negocial da propriedade, entre outros efeitos jurídicos, tais como, a transferência do risco - setores do direito comercial transnacional (usos, costumes e modelos regulativos) - a *lex eletrónica, informática* ou *numérica*; no setor dos derivados do petróleo, gás e carvão, a *lex petrólia*, também, no setor bancário, a *lex argentarium*, no que tange aos assuntos relacionados com o mar, a *lex marítima*.** ⁴⁸

Creemos que a evolução da realidade⁴⁹ provoca, desta feita, uma reconfiguração dos contornos da regra. Invertendo-se a relação existente entre esta e aquela exceção.

Direito internacional privado, Vol I, Introdução e direito de conflitos, Parte Geral, Coimbra: Almedina, 2009; *Direito internacional privado, Vol II, Direito de conflitos, Parte Especial*, Coimbra: Almedina, 2013. MIMOSO, Maria João; SOUSA, Sandra C. *Nótulas de Direito Internacional Privado*, Quid juris, 2009.

⁴⁸ Sobre as fontes da Nova Lex Mercatória vide RODRIGUES, Ricardo Alexandre C., *A regulação apositiva da Contratação Internacional – The New Law Merchant*, Tese de mestrado, Repositório da Universidade Lusíada do Porto, 2012, pp. 73 -90 e respetivas referências. Sobre a autonomia nocional de direito comercial internacional vide LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Comercial Internacional. Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Almedina, 2005; *Direito comercial internacional. O direito privado da globalização económica : relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do direito comercial internacional*. Coimbra : Coimbra Editora, 2006.

⁴⁹ **Relembre-se, também, a tendência histórica, in concreto, as raízes fundamentantes.**

Entendemos, assim, que a regra contida no artigo 408.º do Código Civil possui caráter residual, porque circunscrita “aos casos, agora os menos frequentes, em que nenhuma outra regra” tem aplicação.⁵⁰ Neste sentido, não constitui, na realidade jurídico ontológica, um comando jurídico *regra*. **Antes, e cada vez mais um verdadeiro desvio excecional.**

As regras vertidas nos artigos 408.º e 409.º, ambos do Código Civil, assim como outras relativas à transmissão negocial da propriedade ou algum dos seus efeitos, *ex maxime*, a transferência do risco, têm natureza supletiva.⁵¹

Não se vislumbra qualquer interesse geral digno em contrário, resultando tal entendimento, diretamente e por inferência, da própria lei (ex: a reserva de propriedade pode ser acordada com referência a qualquer tipo de evento).⁵²

Não podemos olvidar que a atual prática jurídica portuguesa limita a reserva de propriedade “à função de garantia do vendedor”. No entanto, esse facto não obstaculiza “a amplitude da norma permissiva, que não exclui outros eventos determinantes da transmissão da propriedade, como o decurso do tempo, a entrega da coisa vendida ou o registo da propriedade sobre essa coisa.”^{53 54}

Urge relembrar, que a suposta regra da consensualidade decorre de uma das densificações do princípio da autonomia da vontade, tal como o princípio da liberdade de estipulação, *in concreto*, a liberdade de auto limitar os efeitos jurídico-legais, do princípio *solo consensu obligat* (escola jusracionalista e ideologia individualista).⁵⁵

⁵⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, «Transmissão contratual da propriedade – entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes», Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI.º, n.º 11, 2005, Coimbra: Almedina, p. 9.

⁵¹ Neste sentido. Vide ASCENÇÃO, Oliveira, *Direito Civil: Reais*, Coimbra, 1993, p. 312; DUARTE, Rui Pinto, *ob. cit.*, 2007, p. 55 e ss.

⁵² No mesmo sentido. FERREIRA DE ALMEIDA, *In ibidem*. pp. 9-10.

⁵³ *In ibidem*, pp.9-10

⁵⁴ Os dois últimos casos correspondem a atos posteriores, devidos pelo vendedor, a um contrato de compra e venda, conferindo-lhe eficácia real.

⁵⁵ Sobre o princípio vide FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil -Vol. I – Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica*, 5ª Ed., Universidade Católica, 2009, pág. 94.

Na verdade, o Código Civil no que respeita a matérias como a transmissão da propriedade foi edificado segundo premissas do ideário voluntarista.

Todavia, o Código Civil não regula integralmente a transmissão negocial da propriedade, outros diplomas existem com outros modelos de transmissão que se impuseram porque mais práticos, mais adequados às exigências do *modus operandi* do sistema económico e financeiro que, enquanto realidade dinâmica, consubstancia forças motrizes irresistíveis para o próprio direito civil.

Estamos convictos que aquilo a que o legislador chama de princípio da consensualidade ou *consensualismo*, no ordenamento jurídico português, não passa de uma **regra lógica, supletiva, e residual**.⁵⁶

Entendemos frutuoso o reforço da obrigatoriedade do ato complementar ao contrato, enquanto ato necessário para a transmissão da propriedade (ato verdadeiramente causal ou real).⁵⁷

4.- Compra e venda com eficácia meramente obrigacional⁵⁸

O direito português demonstra que, para além de uma necessidade, o contrato de compra e venda obrigacional, é uma inevitabilidade em termos de regime jurídico. Basta, atentarmos na transmissão de títulos de crédito em suporte papel - letras e livranças, ações, obrigações, conhecimentos de carga (...). Nestes casos, o efeito translativo do direito real depende de um ato posterior integrado (autónomo⁵⁹ ou não autónomo) que o vendedor (transmitente) se obriga a realizar (obrigação complementar): seja, a entrega do

⁵⁶ No mesmo sentido, o acolhido pelo Autor Ferreira de Almeida na obra citada (Transmissão contratual da propriedade – entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes”, Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI.º, n.º 11, 2005, Coimbra: Almedina)

⁵⁷ *In ibidem*, p. 16 -17.

⁵⁸ *In ibidem* p. 12, 13, 14 e 15. E respetivas referências.

⁵⁹ **O ato é a causa única da atribuição patrimonial. Verifica-se na transmissão de direitos incorporados em títulos de crédito e em valores mobiliários.**

título ao comprador (transmissário ou depositário), se for o caso nos títulos ao portador e, adicionalmente, o endosso, nos títulos à ordem, ou a declaração de transmissão, nos títulos nominativos.⁶⁰ Outros exemplos, designadamente, o registo constitutivo dos valores mobiliários escriturais⁶¹ e equiparados, na ausência de documento bastante,⁶² ainda que com algumas reservas, a venda de coisa alheia; os atos *convalidantes* do negócio (que promovam a legitimidade)⁶³, na venda com reserva de propriedade o efeito translativo opera, apenas, perante um ato do transmitente (entrega da coisa ou registo da propriedade a favor do transmissário).

Na ausência da integração daqueles atos no contrato translativo, a transmissão não opera. O mesmo se passando se o contrato ou o ato complementar forem, um ou outro, inválidos ou ineficazes. Todavia, sempre que haja um ato autónomo, a invalidade ou ineficácia não “*perturba diretamente a produção da eficácia transmissiva, decorrente apenas da validade e eficácia da tradição, da declaração de transmissão ou do registo.*” Aproximando-nos, assim, do sistema germânico da separação. “*A principal diferença de regime em relação aos modelos concorrentes incide sobre a mais forte proteção dos direitos de terceiros legitimados por aquisições sucessivas.*”

De facto, a doutrina portuguesa maioritária conserva o entendimento de que por força do art. 874.º, articulado com o art. 408.º, todos do CC, o contrato de compra e venda tem natureza real. A transmissão da coisa ou do direito têm como causa (“própria e única”) o contrato.⁶⁴

⁶⁰ Vide, art. 11.º da Lei uniforme sobre letras e livranças; art. 5.º, 14.º e ss da Lei uniforme sobre cheques; finalmente o n.º 1 do art. 101, e n.º 1 do art. 102 do Código dos Valores mobiliários (de ora em diante CVM).

⁶¹ As ações escriturais transmitem-se através do registo na conta do adquirente nos termos do n.º 1 do art. 80.º do CVM. O mesmo regime é aplicável às ações tituladas integradas em sistema centralizado, conforme o art. 105.º do mesmo código.

⁶² Vide, art. 67.º do CVM.

⁶³ Vide, n.º 2 do art. 467.º do C. Comercial e o art. 897.º do CC.

⁶⁴ EIRÓ, Vera, «A transmissão de valores mobiliários – as ações em especial», Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI.º, n.º 11, 2005, Coimbra: Almedina, p.158.

Este entendimento, conforme podemos constatar, não se compadece com a natureza supletiva e residual do preceituado no art. 408.º do CC que, ao que se sabe, não tem carácter injuntivo. Na verdade, as partes dentro do espaço de liberdade permitida podem atribuir ao contrato de compra e venda eficácia meramente obrigacional.

Por outro lado, o Código Civil não se encontra juridicamente “configurado” para novas realidades, *ex maxime*, a transmissão de valores mobiliários, ainda que possamos considera-las coisas móveis corpóreas. O próprio Código remete para outras disposições que consubstanciam desvios à regra da consensualidade, cf. art. 408 do Código Civil.

Em especial, e ainda no âmbito da aplicação do Código Comercial, o endosso exigido para a transmissão das ações tituladas nominativas, art. 483.º.⁶⁵

Com o Código do Mercado dos Valores Mobiliários⁶⁶, onde no seu art. 89.º dispunha que a transmissão de títulos fungíveis depositados se dava através do lançamento a débito na conta do transmitente e a crédito na conta do transmissário.⁶⁷ Entendemos que, somente, a concretização formal da operação nas contas consolida a posição jurídica do adquirente, independentemente do contrato subjacente.

Finalmente, o regime jurídico do Código dos Valores Mobiliários, em especial, os arts. 80.º e 101.º que determinam o regime aplicável à transmissão das ações,

⁶⁵ Em sentido contrário, VAZ SERRA entendia que este ato autónomo consubstanciava uma declaração de transmissão, e que esta resultava do contrato celebrado. Vide VAZ SERRA, Adriano, « Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1972», in Revista de Legislação e Jurisprudência, 3503 e 3504, Lisboa, pp. 215 ss.

⁶⁶ Decreto-Lei n.º 142-A/91 de 10 de Abril.

⁶⁷ Segundo Paula Costa e Silva esta disposição refere-se, apenas, “às operações materiais que deverão ter lugar na sequência da celebração de um negócio translativo. Donde resulta que a transmissão dos valores não tem em conta os lançamentos previstos no art. 89/1, mas um negócio jurídico adequado à transmissão da titularidade dos valores”. COSTA E SILVA, Paula, «A transmissão de valores mobiliários fora do mercado secundário», in AA VV Direito dos Valores Mobiliários Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 240. No mesmo sentido, a mesma autora, agora a propósito das ações escriturais, nos termos do art. 65.º do mesmo diploma, entende que “ a causa da transmissão é o negócio subjacente e prévio aos lançamentos (...). Os efeitos substantivos da transmissão produzem-se por mero efeito do negócio”. In *ibidem*, p. 249

que mais adiante será desenvolvido, o qual, institucionaliza, por forma mais acentuada um sistema de transmissão avesso ao consensualismo contratual.

O Código dos Valores Mobiliários (de ora em diante designado pela sigla CVM) concretiza uma adaptação em sede de valores mobiliários. Enfatiza, exaustivamente, uma dogmática especial em contraposição com as regras e princípios gerais do Código Civil, pelo que, merecerá prioritária aplicação.

Nesta esteira, consolidamos o entendimento de que, o contrato, em sede de transmissão de valores mobiliários, não tem natureza causal eficiente⁶⁸,

⁶⁸ Como desvio a esta regra apresentamos, no entanto, a venda de valores mobiliários escriturais em mercado regulamentado. Que, de acordo com o preceituado no n.º 2 do art. 80.º do CVM, “*confere ao comprador, independentemente do registo e a partir da realização da operação, legitimidade para a sua venda nesse mercado*” (fundamental à eficácia translativa). (Sublinhado nosso) Nesta situação e no caso de negociação em sistema de negociação multilateral, os direitos patrimoniais correspondentes pertencem ao transmissário desde a data da respetiva operação, cfr. art. 210.º do CVM. No entanto, entendemos ainda assim estar perante um desvio ao consensualismo. De facto, e no limite, temos sempre associado à transmissão um verdadeiro sistema de controlo (próprio dos valores mobiliários) que desempenha uma função preventiva ainda mais forte e complexa que o suporte *cartular*, dirigindo-se, juridicamente, ao estado, quantidade, qualidade e regularidade dos valores, agora, desmaterializados. Constituindo, assim, os limites normativos a sua circulação, estabelecendo os níveis de circulação. Este sistema veio substituir a necessária intervenção *cartular* nas operações, constituindo um método que cumpre muito mais funções que as desempenhadas por aquele suporte documental (*ex máxima* a garantia de qualidade e segurança através da autenticidade *cartular* e das normas de segurança na construção documental e a adequação ao conteúdo pela ideia de literalidade). Sobre os sistemas de controlo Vide VEIGA, Alexandre Brandão da, Sistemas de “Controlo de Valores no Novo Código dos Valores Mobiliários”, in *Cadernos do Mercado de valores Mobiliários*, n.º7, abril, 2000. Atente-se, mais uma vez, para o facto de a instantaneidade nas operações envolver mais riscos, implicando, necessariamente, maior segurança jurídica. Finalmente ressaltamos o seguinte caso anómalo, a aquisição a *non domino*. Nos termos do disposto no art. 58.º do CVM, estando nós perante um valor mobiliários, titulado ou escritural, geneticamente perfeito, adquirido segundo as regras de transmissão aplicadas, a ilegitimidade substancial do alienante não poderá ser oponível ao adquirente de boa fé. O comando jurídico opera se estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a realização de uma operação translativa; o transmitente não ter legitimidade substancial para alienar; o transmitente ter um registo a seu favor (com base no qual operou a transmissão); o adquirente estar de boa fé (tendo em linha de conta os estritos deveres de confidencialidade a que está adstrito o registo de valores mobiliários (art. 304.º, n.º 1 e art. 86.º) (Vide COSTA E SILVA, Paula *Efeitos do Registo e Valores Mobiliários. A protecção conferida ao terceiro adquirente*, in ROA, ano 58, II, julho, 1998, p. 464.) e o *modus operandi* do funcionamento do mercado, muito ágil e em constante mutação, não poderíamos exigir uma boa fé segundo critérios éticos estritos (que implicam deveres de cuidado e indagação segundo uma perspectiva paternalista vide CORDEIRO, Menezes, Da Boa Fé no Direito Civil, Coimbra: Almedina, 1984, pp. 407-660 e *in passim*) mas uma boa fé psicológica, permitindo a tutela sempre que o adquirente desconheça da ilegitimidade, ainda que não mova esforços no sentido de a confirmar [mesmo no caso de transmissão através de intermediário financeiro]). Neste sentido vide CÂMARA, Paulo, *Manual*

correspondendo, somente, a uma causa final. Esta construção assemelha-se ao sistema de título e modo em vigor no ordenamento jurídico espanhol.

Da integração da compra e venda obrigacional com o ato causal complementar resulta a transmissão *in pleno* do valor mobiliário. Atente-se para o facto de a transmissão do mesmo pressupor a transmissão da posição jurídica causal inerente.

5.- Objeto da transmissão: Das ações ⁶⁹

Entendemos, por bem, adotar, no panorama nocional, uma postura *jus* valorativa de título e de valor transacionável, que, certamente, permitirá uma visão mais clara dos respetivos instrumentos e, conseqüentemente, do regime jurídico aplicável.

Acolhendo uma noção ampla de título de crédito ou de título de valor como suporte, forma (materializável), ou expressão (inicial e final), necessário(a) à constituição, exercício e transmissão do direito literal e autónomo nele incorporado⁷⁰, diremos que o *título de valor* inclui múltiplas realidades com formas, expressões e valias distintas. Inclusive, modos distintos de incorporação do direito a que o respetivo título atribuiu forma externa. ⁷¹

de Direito dos Valores Mobiliários, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 330-333. Resulta do exposto uma clara evidência de uma tutela do registo, tendo como desiderato fundamental a tutela do mercado, e não a tutela da aparência. Sobre esta temática *vide* o conteúdo explicativo. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Valores Mobiliários Escriturais*. Um novo modo de representação e circulação de direitos, Coimbra: Almedina, 1997, pp. 119-201, 322. GUILLERMO CABALLERO GERMAIN, *La adquisición a non domino de valores anotados en cuenta*, Madrid, 2010, pp. 135-223 e *in passim*. O reforço de tutela demarca os contornos de principio do direito dos valores mobiliários, confirmando, consolidando, a nosso ver, o nosso entendimento no que tange ao suposto desvio.

⁷⁰ "(O) documento necessário à constituição, exercício e transmissão do direito literal e autónomo nele incorporado. ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *Os títulos de crédito – uma introdução* Coimbra: Coimbra editora, 2009, pp. 7-25. E respetivas referências.

⁷¹ "A ideia de incorporação surgiu precisamente para exprimir a conexão apontada entre o documento e o direito." *In Ibidem*, pp. 14 e ss.

Decorre do conteúdo da noção que “ (o) título desempenha uma função de legitimação do possuidor”.⁷² Consequentemente, a inseparabilidade do direito relativamente ao respetivo título⁷³, não obstante a titularidade do mesmo, enquanto corolário fundamental do princípio da incorporação ou imanência, que traduz a intrínseca ligação entre o direito e a respetiva *cartula*, ou melhor, a sua correspondente expressão física, enquanto instrumento de legitimação, mais evidenciado nos títulos que têm correspondência com o próprio valor que lhes dá conteúdo jurídico. Ex: letras, livranças, cheques, *títulos valor*. Caso sejam ao portador, atente-se ao amplo grau de circulabilidade.⁷⁴

O caráter, intrinsecamente, jurígeno do título original inviabiliza a transmissão sempre que este, porque fora extraviado ou destruído ou porque não se encontra na disponibilidade do transmitente, não consubstancie o objeto da relação jurídica translativa ou o ato ou atos que de facto e de direito cominam com a transmissão.

Incidindo o nosso estudo sobre bens jurídicos próprios e complexos, os valores mobiliários, e correspondentes posições jurídicas, urge definir valor negociável ou transacionável. Assume esta qualidade se conferente de posição (ões) jurídica (s) simples ou creditícia (s) e complexa (s), quando constituído por representações, escriturais ou em títulos (consoante se assuma esta dicotomia, ou somente títulos de forma a abranger as duas realidades), suscetíveis de avaliação e conversão pecuniárias.

O CVM enuncia uma lista de valores mobiliários conferentes de posições jurídicas complexas, que possuem uma autonomia dogmática, um regime jurídico próprio. Assim, e nos termos do art. 1.º, o legislador apresenta-nos: a) as ações; b) as obrigações; c) os títulos de participação; d) as unidades de

⁷² CORREIA, Ferrer, *Lições de Direito Comercial, Vol III, Letra de Cambio*, Universidade de Coimbra, 1975 (edição policopiada), pp. 4 e ss. Atente-se para o facto de, para além do instrumento de legitimação, ser necessário, salvo nos títulos de valor ao portador, a comprovação da posição jurídica.

⁷³ O direito adere ao título.

⁷⁴ Vide. *In ibidem*

participação em instituições de investimento coletivo; e) os *warrants* autónomos; f) os direitos destacados dos valores mobiliários referidos nas alíneas a) a d),⁷⁵ desde que o destaque abranja toda a emissão ou série ou esteja previsto no ato de emissão; g) outros documentos representativos de situações jurídicas homogéneas, desde que sejam suscetíveis de transmissão em mercado.”

76

Decorre do exposto, que o legislador procurou elencar - socorrendo-se de uma cláusula aberta - os valores mobiliários típicos, admitindo, a par destes, outros valores mobiliários, resultantes da autonomia privada, falamos os inominados (tipos mistos)⁷⁷ e dos atípicos⁷⁸.⁷⁹

⁷⁵ A par dos certificados (regulamento CMVM n.º 7/2002, de 24 de Maio), os valores mobiliários convertíveis (regulamento CMVM n.º 15/2002, de 21 de Novembro) e os valores mobiliários condicionados por eventos de crédito (regulamento CMVM n.º 16/2002, de 21 de Novembro). Constituem o leque de valores mobiliários típicos, porque expressamente previsto na lei, nos termos do art. 1.º, n.º 2 do CC. Lembre-se, porém, que se trata de um leque de conteúdo aberto.

⁷⁶ Partindo da noção que se infere do CVM. “(V) alores negociáveis, titulados ou escriturais, emitidos por entidades públicas ou privadas em conjuntos homogéneos que conferem aos seus titulares direitos idênticos e suscetíveis de negociação em mercado organizado, por um preço que pode ser diferente do seu valor nominal.” PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz, *Títulos de Crédito - Letra; Livrança; Cheque*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 12. Em termos comparativos, vide definição da lei francesa de 23 de dezembro de 1998: *consideram-se valores mobiliários, para os efeitos da presente lei, os títulos emitidos por pessoas coletivas públicas ou privadas, transmissíveis por inscrição em conta ou por tradição, que conferem direitos idênticos por categoria e dão acesso, direta ou indiretamente, a uma participação no capital da pessoa coletiva emissora ou a um direito de crédito geral sobre o seu património*. No mesmo sentido de Pinto Furtado, Vide ENGRÁCIA ANTUNES, José A., «Os valores mobiliários: conceito, espécies e regime jurídico» Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, vol. 5, 2008, Coimbra: Coimbra Editora, 87-142, pp. 87 - 91. “*Instrumentos financeiros representados num título ou registo em conta, que consubstanciam posições jurídicas homogéneas e fungíveis e são negociáveis em mercado organizado*.” E respetivas referências. Apresentando como elementos fundamentais: *representabilidade, homogeneidade e fungibilidade, e negociabilidade*.

⁷⁷ Resultantes da combinação de valores mobiliários típicos.

⁷⁸ Valores mobiliários totalmente novos. Tais como: certificados de participação; títulos de fruição.

⁷⁹ Sobre a temática. Vide VASCONCELOS, P. P., «O Problema da Tipicidade dos Valores Mobiliários», in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, vol. III, 61-72, Coimbra: Coimbra Editora, 2001; BAPTISTA, D. F., «O Princípio da tipicidade e os Valores Mobiliários» 87-121, in: AAVV, “Jornadas sobre Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira”, Coimbra: Almedina, 2006. Sob a égide do princípio geral de liberdade de criação, marcado, cada vez mais, pela diversificação dos valores mobiliários. Vide. BONNEAU, Thierry, «La Diversification des Valeurs Mobilières – Ses Implications en Droit Commercial», in : A. 41, (4) «Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique », Paris, Octobre-Décembre 1988, pp. 535-607.

Cingindo-nos à temática das ações:

A transmissibilidade das ações têm sido acolhida, claramente, como fundamento essencial da sua existência (traduz, intrinsecamente, uma função social⁽⁸⁰⁾⁸¹, no entanto, como iremos constatar, não se revela como obrigatório, visto existirem condicionalismos / imposições legislativas ou comandos jurídicos de autonomia negocial.

*As ações são valores mobiliários, emitidos por sociedades anónimas, representativos da participação social ou “socialidade” do acionista.*⁸² E nascem para a realidade jurídico económica e financeira por emissão e subscrição.⁸³

A emissão corresponde ao ato decisório, através do qual uma sociedade cria os respetivos valores mobiliários. Podendo, também, promover a sua constituição através do respetivo registo, quando as ações não forem tituladas, conforme o disposto no art. 61.º e ss. do CVM.

A subscrição é promovida pelo acionista quando este concretiza juridicamente a vontade de aquisição originária da titularidade de uma ou mais ações.

A ação, enquanto participação social, corporiza uma situação jurídica complexa, define a amplitude de um *status jurídico*, constituído por posições ativas de natureza patrimonial ou corporativa, e posições passivas, o grau de participação social numa empresa, habilitando o seu titular para o exercício dos direitos sociais inerentes.⁸⁴

⁸⁰ Sobre a ação como título de investimento. Vide LABAREDA, João, *Das ações das sociedades anónimas*, AAFDL, Lisboa, 1988, pp. 228 e ss.

⁸¹ Podemos falar, numa transmissibilidade *funcional ou operativa*, ideia intrinsecamente relacionada com o principal motivo que moveu a aquisição, o lucro. Trata-se assim de um investimento para um certo desiderato lucrativo.

⁸² Vide. MARTINS, A. S., *Valores Mobiliários (Acções)*, Coimbra: Almedina: 2003; ASCENÇÃO, J. O, «As acções», in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, Vol. II, pp. 57-90, Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Vide, também, LABAREDA, J., *Das Acções das Sociedades Anónimas*, AAFDL, Lisboa, 1988.

⁸³ Podendo ser, até à sua extinção, objeto de titularidade, transmissão, oneração ou execução.

⁸⁴ Não partilhamos do entendimento de que se trata de uma mera posição contratual. Aliás, salvo numa visão amplíssima do conceito, apresenta um âmbito nocional limitado e estático,

O *corpus mechanicum* da ação possibilita “a transmissão desse acervo de direitos com a entrega do seu suporte material e sem os requisitos da cessão de créditos”.^{85 86}

Enquanto valor mobiliário: “integra-se em conjuntos homogêneos que conferem aos seus titulares direitos idênticos, como referia no art. 3.º-1, al. a), do revogado CMVM”; acrescentava que era “(...) suscetível de negociação num mercado organizado e de uma cotação ou preço, que podem ser diferentes do seu valor nominal”; podia ser titulada (ao portador ou nominativa) ou “simplesmente escritural”⁸⁷, era indivisível ou infracionável (cf. n.º4 do art. 276.º do CSC)⁸⁸; finalmente, agrupável, *ex máximo*, para o exercício de direitos sociais, (cf. n.º 5 do art. 379.º do CSC).

As ações tituladas nominativas, enquanto título (**suporte documental clássico ou tradicional**), são endereçadas pelo emitente a uma pessoa determinada e apresentam um regime de circulação particularmente complexo, “exigindo a intervenção do emitente do título e do seu titular.” Em jeito de comparação, os títulos à ordem (títulos valor) que diferem daqueles quanto ao *modus* de circulação. Circulam mediante declaração assinada pelo titular (endosso) – exs: letra (n.º1 do art. 11.º, da LULL⁸⁹; livrança (n.º 2 do art. 77.º da LULL); conhecimentos de depósito (art.º 411.º do C. Com). Finalmente, os títulos ao portador (títulos valor), diferem dos restantes, pelo facto de não identificarem um titular. A posse define, flagrantemente, a titularidade, estando, por efeito disso, a circulação dependente da *traditio* – será o caso das

não acompanhando o dinamismo - jurídico e económico - institucional essencial à otimização do funcionamento da estrutura jurídica empresarial.

⁸⁵ PINTO FURTADO, J. H. (...) *ob. cit.* pp. 9-12. E respetivas referências.

⁸⁶ Como fundamento à transmissão podemos vislumbrar diversos tipos contratuais, com naturezas diversas (onerosos ou gratuitos), em circunstâncias várias (transmissões *inter vivos* ou *mortis causa*; definitivas e temporárias), com graus de complexidade maiores ou menores, envolvendo múltiplos aspetos que nesta sede não poderíamos explorar convenientemente.

⁸⁷ *In ibidem*. E respetivas referências.

⁸⁸ Não podemos confundir: com os títulos constituídos por mais de uma ação (cf. al. b), do n.º 1 do art.97.º do CVM) desdobráveis em títulos com um menor número de ações; com a impossibilidade de uma ação ter mais do que um titular (cf. Art. 303.º do CSC) [...]

⁸⁹ Lei uniforme sobre as letras e as livranças.

ações (ao portador) não depositadas (1.ª parte do n.º 1 do art. 101 do CVM)⁹⁰ e das notas de banco.⁹¹

Aplica-se à transmissão das ações – tituladas: nominativas ou ao portador – quando integradas em sistema centralizado, o disposto para as ações escriturais *integradas em sistema centralizado* (arts. 99.º, 105.º do CVM). Nestes casos, as ações circulam – como os escriturais -dentro do sistema através das transferências (art. 71.º do CVM), as vicissitudes dos valores (art. 68.º n.º do CVM) ocorrem através do sistema e a legitimação decorre do próprio sistema (art. 74.º e 78.º do CVM)

Aspeto que merece, sem dúvida, a nossa especial atenção, pois, ao que parece, promana do CVM um princípio de relativa irrelevância da forma de representação, isto é, independentemente da natureza jurídica do valor mobiliário e correspondente forma de representação o que releva para efeitos de regime aplicável é se os respetivos valores estão ou não integrados em sistema centralizado.⁹²

Para ações fora do sistema centralizado aplicam-se os seguintes normativos:

Nos termos do n.º 1 do art. 102 do CVM, a transmissão das ações (tituladas) nominativas de uma sociedade anónima, carece, necessariamente, de declaração expressa a favor do adquirente (endosso), exarada por escrito no título e registada junto da sociedade emitente ou de intermediário financeiro que a represente. A transmissão opera os seus efeitos típicos a partir da data da

⁹⁰ Se depositados em intermediário financeiro (não integrados em sistema centralizado) transmitem-se pela entrega do título ao depositário ou por movimentação de registo, se o depositário também for depositário do alienante, cf. fim da 2.ª parte do n.º 1 e o n.º 2 art. 101.º do CVM.

⁹¹ ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *ob. cit.*, p. 29.

⁹² Neste sentido VIDAL, Isabel «Da (ir)relevância da forma de representação para efeitos da transmissão de valores mobiliários», *Cadernos MVM* n.º 15 (2002), 287-316. Sobre o sistema centralizado *Vide* VEIGA, Alexandre Brandão da, «O incumprimento do dever de partidas dobradas nos sistemas de controlo dos valores mobiliários», *Cadernos MVM* 15 (2002), 167-172.

apresentação do requerimento de registo – que é gratuito cf. n.º 6 do art. 102.º CVM - à sociedade emitente (n.º 5 do art. 102 do CVM).⁹³

O art. 102.º do CVM, nos seus n.ºs 2 e 3, densifica por quem deverá ser realizada a declaração de transmissão. Respetivamente, e *intervivos* – a) **pelo depositário, nos valores mobiliários em depósito não centralizado, que lavra igualmente o respectivo registo na conta do transmissário; b) pelo funcionário judicial competente, quando a transmissão dos valores mobiliários resulte de sentença ou de venda judicial; c) pelo transmitente, em qualquer outra situação** – e *mortis causa* – a) **havendo partilha judicial, nos termos da alínea b) do número anterior; b) nos restantes casos, pelo cabeça-de-casal ou pelo notário que lavrou a escritura de partilha.** No n.º 4 do mesmo artigo o legislador confere às entidades referidas nos n.ºs 2 e 3 legitimidade para requerer o correspondente registo junto da entidade emitente.⁹⁴

Conforme o disposto no n.º 1 do art. 101 do CVM, as ações (tituladas) ao portador transmitem-se *por entrega do título ao adquirente ou ao depositário por ele indicado.*

Todavia, *se os títulos já se encontrarem depositados no depositário indicado pelo adquirente, a transmissão efetua-se por registo na conta deste, dando-se como produzidos os efeitos jurídicos típicos na data do requerimento do registo (n.º 2 do art. 101.º do CVM).*

À luz do n.º 1 do art. 80 do CVM, as ações escriturais (qualquer modalidade) transmitem-se pelo registo na conta do adquirente, **constituindo este o suporte (materializável) de legitimação.** Por sua vez, a inscrição nas contas do registo é concretizada, tendo por base ordem escrita *ou em documento bastante para a prova do facto a registar* do alienante. Assim, a transmissão está dependente de um ato subsequente ao negócio, **o documento subscrito pelo**

⁹³ Nos termos do n.º 7 do art. 102 “(o) emitente não pode, para qualquer efeito, opor ao interessado a falta de realização de um registo que devesse ter efectuado nos termos dos números anteriores.”

⁹⁴ Sublinhados e negritos nossos.

transmitente, ressaltando a simplicidade e anonimato, essenciais, à sua natureza.

Razões de certeza e de segurança jurídicas levaram o legislador - principalmente para a transmissão de ações fora do mercado regulamentado - a exigir, para além de formas específicas e especiais⁹⁵, atos complementares (também designados por formalidades essenciais ou com natureza constitutiva⁹⁶) causais, constitutivos, de uma nova posição jurídica que teve origem no negócio jurídico subjacente à transmissão. ⁹⁷

A conclusão de um contrato, típico ou atípico, com a realização dos respetivos atos complementares translativos da titularidade do direito sobre uma ação, opera uma modificação subjetiva na relação jurídica relativa ao documento representativo e, em simultâneo, nos direitos ou posições jurídicas inerentes.

Este entendimento consolida a ideia da aderência do direito ao respetivo suporte de legitimação.⁹⁸ Alias, “(n)ão há um direito ou uma posição jurídica que tenha surgido com a ação e que seja ulterior à posição jurídica causal”.⁹⁹

6.- Limites legais e convencionais à transmissão das ações^{100 101}

Nota introdutória

⁹⁵ Ofertas públicas de transmissão de ações, nas operações em massa; oferta pública de aquisição de ações (OPA) - na qual uma entidade, seja ela singular ou coletiva, se propõe adquirir dos acionistas - ou aos titulares de uma certa e determinada categoria de ações - as suas ações, com a faculdade de condicionar a oferta à aceitação por titulares de um conjunto mínimo de ações ou restringi-la a um número máximo de ações; Ofertas públicas de venda [dentro das ofertas de distribuição] (OPV) - na qual um determinado acionista coloca à venda, no mercado (secundário), uma participação societária substancial. Vide OLAVO CUNHA, Paulo *Direito das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2007, pp.403-404

⁹⁶ A nosso ver incorretamente, ainda que *ad substância*, atente-se à natureza intencionalmente causal dos mesmos.

⁹⁷ As ações (tituladas) ao portador transmitem-se por entrega do título ao adquirente ou ao depositário por ele indicado (n.º 1 do art. 101.º do CVM); as ações escriturais transmitem-se pelo registo na conta do adquirente (n.º 1 do art. 80.º do CVM).

⁹⁸ Situação mais flagrante, pelo menos em termos figurativos, nas ações tituladas ao portador.

⁹⁹ VERA EIRÓ, *ob. cit.*, p. 163. E as referências do autor. Entendimento diferente carece de qualquer sentido prático. *In ibidem* p. 163-165. E as referências do autor.

¹⁰⁰ Vide OLAVO CUNHA, Paulo, *ob cit.*, p. 405

¹⁰¹ Sobre os efeitos jurídicos das limitações à transmissão ver VEIGA Alexandre Brandão da, *Transmissão de Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 177 ss.

Conforme, pudemos constatar, diversos podem ser os motivos que podem levar o legislador, por um lado, a restringir o campo de liberdade funcional dos operadores negociais, através da criação de comandos jurídicos autónomos, por outro lado, a permitir, em termos particulares, aos mesmos operadores delimitar os efeitos jurídicos das respetivas operações.

Tendo como fundamento valores e princípios estruturais, tais como, o princípio da segurança jurídica dos operadores no tráfico jurídico, o princípio da estabilidade das relações jurídicas. Como razões de ordem prática, tendo por base o princípio da adequação, dirigidas a uma ideia de equidade formal e justiça material.

6.1- Limites legais

O legislador, por razões de política legislativa, procurando a idoneidade do potencial transmissário, pode restringir a transmissibilidade das ações, veja-se, a título exemplificativo, as aquisições de participações *qualificadas* em instituições de crédito (ou sociedades financeiras), quando sujeitas à oposição do Banco de Portugal, ou, atentando à natureza *intuitu personae* de algumas ações, limitações que advêm, necessariamente, da identidade do adquirente. É o caso das ações próprias, art. 316.º, n.º 1¹⁰² e 317.º do CSC.^{103 104}

¹⁰² Cfr. “Art.º 316.º (Subscrição. Intervenção de terceiros) 1 - Uma sociedade não pode subscrever ações próprias, e, por outra causa, só pode adquirir e deter ações próprias nos casos e nas condições previstos na lei. 2 - Uma sociedade não pode encarregar outrem de, em nome deste mas por conta da sociedade, subscrever ou adquirir ações dela própria. 3 - As ações subscritas ou adquiridas com violação do disposto no número anterior pertencem para todos os efeitos, incluindo a obrigação de as liberar, à pessoa que as subscreveu ou adquiriu. 4 - A sociedade não pode renunciar ao reembolso das importâncias que tenha adiantado a alguém para o fim mencionado no n.º 2 nem deixar de proceder com toda a diligência para que tal reembolso se efective. 5 - Sem prejuízo da sua responsabilidade, nos termos gerais, os administradores intervenientes nas operações proibidas pelo n.º 2 são pessoal e solidariamente responsáveis pela liberação das ações. 6 - São nulos os actos pelos quais uma sociedade adquira ações referidas no n.º 2 às pessoas ali mencionadas, excepto em execução de crédito e se o devedor não tiver outros bens suficientes. 7 - Consideram-se suspensos os direitos inerentes às ações subscritas por terceiro por conta da sociedade em violação deste preceito, enquanto não forem por ele cumpridas as obrigações de reembolso da sociedade e de restituição das quantias pagas pelos administradores para a sua liberação.”

6.2.- Limites convencionais

As limitações podem apresentar uma de duas naturezas quanto à sua eficácia: real ou meramente obrigacional. As primeiras resultam diretamente do contrato de sociedade. Saliente-se que, apenas, as ações nominativas podem ser objeto dessas restrições, e nestes termos, de acordo com o regime jurídico vertido no art. 328.º n.º 2¹⁰⁵ do CSC e ss.; as segundas, resultam de acordos particulares celebrados entre acionistas (acordos *parassociais*). A título de exemplo: os pactos de preferência convencional extra estatutário a favor de terceiro ou de algum dos sócios; a convenção através da qual é atribuída a um

¹⁰³ Cfr. “Art. 317.º (Casos de aquisição lícita de ações próprias) 1 - O contrato de sociedade pode proibir totalmente a aquisição de ações próprias ou reduzir os casos em que ela é permitida por esta lei. 2 - Salvo o disposto no número seguinte e noutros preceitos legais, uma sociedade não pode adquirir e deter ações próprias representativas de mais de 10% do seu capital. 3 - Uma sociedade pode adquirir ações próprias que ultrapassem o montante estabelecido no número anterior quando: a) A aquisição resulte do cumprimento pela sociedade de disposições da lei; b) A aquisição vise executar uma deliberação de redução de capital; c) Seja adquirido um património, a título universal; d) A aquisição seja feita a título gratuito; e) A aquisição seja feita em processo executivo para cobrança de dívidas de terceiros ou por transacção em acção declarativa proposta para o mesmo fim; f) A aquisição decorra de processo estabelecido na lei ou no contrato de sociedade para a falta de liberação de ações pelos seus subscritores. 4 - Como contrapartida da aquisição de ações próprias, uma sociedade só pode entregar bens que, nos termos dos artigos 32.º e 33.º, possam ser distribuídos aos sócios, devendo o valor dos bens distribuíveis ser, pelo menos, igual ao dobro do valor a pagar por elas.”

¹⁰⁴ A oneração de participações sociais constitui um obstáculo à respetiva transmissão (cf. art. 23 do CSC).

¹⁰⁵ Cfr. “Art. 328.º (Limitações à transmissão de ações)

1 - O contrato de sociedade não pode excluir a transmissibilidade das ações nem limitá-la além do que a lei permitir. 2 - O contrato de sociedade pode: a) Subordinar a transmissão das ações nominativas ao consentimento da sociedade; b) Estabelecer um direito de preferência dos outros accionistas e as condições do respectivo exercício, no caso de alienação de ações nominativas; c) Subordinar a transmissão de ações nominativas e a constituição de penhor ou usufruto sobre elas à existência de determinados requisitos, subjectivos ou objectivos, que estejam de acordo com o interesse social. 3 - As limitações previstas no número anterior só podem ser introduzidas por alteração do contrato de sociedade com o consentimento de todos os accionistas cujas ações sejam por elas afectadas, mas podem ser atenuadas ou extintas mediante alteração do contrato, nos termos gerais; as limitações podem respeitar apenas a ações correspondentes a certo aumento de capital, contanto que sejam deliberadas simultaneamente com este. 4 - As cláusulas previstas neste artigo devem ser transcritas nos títulos ou nas contas de registo das ações, sob pena de serem inoponíveis a adquirentes de boa fé. 5 - As cláusulas previstas nas alíneas a) e c) do n.º 2 não podem ser invocadas em processo executivo ou de liquidação de patrimónios.”

sócio a faculdade de acompanhar uma hipotética venda de participações sociais, estendendo-se àquela todo o processo desta aquisição.¹⁰⁶

7.- Da destruição ou extravio de títulos nominativos versus transmissão: *A recuperação dos títulos nominativos: a reconstituição, a conversão e a reforma judicial*

Decorre do anteriormente exposto, que os títulos corporizam determinadas posições jurídicas de índole económica e/ou financeira, simples ou complexas. Consubstanciando, o suporte/instrumento à constituição, exercício e respetiva transmissão. O título medeia a relação social com o direito que de si promana ou, simplesmente, reflete.

Sempre que, em virtude de destruição (parcial ou total), o título deixe de reunir as qualidades essenciais à sua função, ou no caso de efetiva perda do título, o suporte/instrumento, ou em termos figurativos, o canal conducente à mediação esvai-se. Por efeito, dá-se por, obstaculizada, em absoluto, a realização de quaisquer atos dos acima mencionados.

A destruição ou extravio do título não afeta, em princípio, o direito subjacente ¹⁰⁷. O direito permanece intacto¹⁰⁸, todavia, esvaziado das suas fundamentais faculdades, ou seja, o direito não se extingue, no entanto, não pode ser exercido., o que, em termos práticos, redundará na impossibilidade do seu exercício.

¹⁰⁶ Para mais desenvolvimentos sobre os limites convencionais. TOMÉ, Maria João Carreiro Vaz, “Algumas notas sobre as restrições contratuais à livre transmissão de ações”, in *Direito e Justiça*, 4 – 5 de 1990/1991, Lisboa.

¹⁰⁷ Situação diferente e a título de exemplo: os *títulos valor* [ex: cheques, letras de favor] quando não possa ser feita prova da relação jurídica causal.

¹⁰⁸ “ O direito (subjacente) não se esgota com a representação. Por isso sobrevive à própria destruição do papel”. ASCENÇÃO, Oliveira, *Valor Mobiliário e Título de Crédito*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, III, Dezembro 1996, p. 36.

Parafraseando FERRER CORREIA “o que não pode é tornar-se efetivo sem outra carta, em que de novo se incorpore; sem outra carta que seja como que um prolongamento ou **uma segunda via da primeira, um seu duplicado.**”¹⁰⁹

Outra solução, permitiria a livre circulação de títulos originais, com títulos, denominados de segundas vias, sobre os mesmos valores e respetivos direitos. Frustrando, assim, a confiança e segurança jurídicas no tráfico jurídico dos valores negociáveis, principalmente, aqueles que revelam um amplo grau de circulação.

O princípio da legitimação, em caso de perda ou destruição do título, determinará sempre a necessidade de identificar o legítimo possuidor do título antes da ocorrência. Não esqueçamos que o direito inscrito no título fica suspenso.

Porém, admite-se, a reconstituição (um novo mecanismo) ¹¹⁰, a conversão e a reforma de títulos nominativos e à ordem, mas não daqueles outros ao portador.

Admite-se a razoabilidade do regime anunciado em virtude das legítimas expectativas de terceiros de boa-fé, possuidores do título. Ferrer Correia acrescenta mesmo “(...) um sacrifício injustificável do subscritor, que seria obrigado a pagar duas vezes”.¹¹¹

Nos termos do art. 51.º do CVM, os “valores mobiliários titulados ou escriturais depositados, podem, em caso de destruição ou perda, ser reconstituídos a partir dos documentos e registos de segurança disponíveis.”

De acordo com o normativo, a reconstituição extrajudicial opera quer para valores mobiliários titulados, quer para escriturais, visto ter aplicação, respetivamente, em caso de destruição física dos documentos em suporte papel

¹⁰⁹ CORREIA, Ferrer, *ob. cit.* p.15. (Negrito nosso)

¹¹⁰ Vide VIDAL, Isabel «Da (ir)relevância da forma de representação para efeitos da transmissão de valores mobiliários», *ob. cit.*, p. 294.

¹¹¹ CORREIA, Ferrer, *ob. cit.* p.16.

ou quando se verifica uma perda ou dano do registo informático onde consta representado o respetivo valor.¹¹²

No caso dos valores mobiliários titulados o normativo circunscreve esta possibilidade aos que se encontram depositados, já, no que tange aos escriturais, esta possibilidade liga-se, intrinsecamente, “à necessidade de os intermediários financeiros que procedem ao registo de valores terem cópias de segurança dos registos informáticos para que, havendo falha informática que leve à destruição de dados, a reconstituição do registo de titularidade seja feita com base nessas cópias de segurança.”¹¹³

Assim, e circunscrevendo o âmbito abstrato do normativo, o legislador opera, no fundo, uma cisão preliminar dos valores mobiliários, a considerar: os não depositados em intermediário financeiro (seja fora de intermediário financeiro ou guardados por este com contrato de aluguer de cofre) e os restantes valores mobiliários integrados em sistema. Aqueles obedecerão ao regime jurídico da reforma judicial de títulos e todos estes ao preceituado no art. 51.º, do CVM.

A figura do Intermediário Financeiro assume, nos dias de hoje, uma importância fulcral na otimização do funcionamento do mercado.

Perante “a crescente sofisticação dos mercados e instrumentos financeiros, os intermediários financeiros apresentam-se como elementos coadjuvantes decisivos na tomada de decisões esclarecidas de investimento: avultam, a este propósito, os deveres de informação ao cliente e o dever de adequação dos intermediários.”¹¹⁴ Por outro lado, “o acesso aos mercados e

¹¹² Segundo Paolo Spada esta última situação configura uma nula probabilidade de verificação. *La circolazione della “ricchezza assente” alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in Banca Borsa, 1999, 4, p. 417.

¹¹³ CÂMARA, Paulo, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, *ob. cit.* p. 181.

¹¹⁴ Sobre os deveres do intermediário financeiro Vide SANTOS, Gonçalo Castilho dos, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, Coimbra, 2008, pp. 71-187. TEIXEIRA, Filipe Canabarro, *Os Deveres de informação dos intermediários financeiros em relação aos seus clientes e sua responsabilidade civil*, Cad. MVM, n.º 31, 2008, pp. 50-87. Sobre a natureza empresarial dos contratos de intermediação financeira Vide ENGRÁCIA ANTUNES,

sistemas de negociação multilateral é necessariamente intermediado (art. 206.º, n.º 1 [do CVM]), o mesmo sucedendo com o acesso aos sistemas de liquidação (art. 267.º [do CVM]): a transmissão de ordem relativa a instrumentos financeiros faz-se, assim, necessariamente perante intermediário financeiro habilitado à sua recepção e/ou execução (arts. 290.º, n.º 1 a) e 325.º, n.º 1 [do CVM]).” Finalmente, a propósito do tema em análise, como já pudemos constatar, os intermediários financeiros acabam por estar intrinsecamente ligados à própria organização e exercício da titularidade mobiliária, com a prestação de serviços de registo e depósito relativos a valores mobiliários (arts. 291.º, a) e 325.º, n.º 1 [do CVM]).¹¹⁵

Sobre o *modus operandi* da reconstituição da forma de representação:

Esta é efetuada extrajudicialmente pela entidade que tem a seu cargo o registo ou o depósito dos respetivos valores mobiliários, em colaboração com o emitente, cf. art. 51.º, n.º 2, do CVM.

A sua efetivação é precedida “*de uma prévia e ampla divulgação e comunicação do respetivo projeto*”, respetivamente: 45 dias antes da reconstituição; sendo publicado e comunicado a cada presumível titular, art. 51.º, n.º 3, do CVM. Permitindo assim que qualquer interessado, após a publicação e a comunicação, possa deduzir oposição à reconstituição, inclusive requerer a reforma judicial dos valores mobiliários perdidos ou destruídos, cf. art. 51.º, n.º 4.¹¹⁶

Para o caso especial dos valores mobiliários titulados integrados – “obrigatória ou voluntariamente” - em sistema centralizado de valores e que

José A., *Contratos Comerciais. Noções Fundamentais*, Vol. Especial Direito e Justiça, 2007, pp. 25, 73-74.

¹¹⁵ CÂMARA, Paulo, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, *ob. cit.* p. 345.

¹¹⁶ *Vide.* VIDAL, Isabel, «Da (ir)relevância da forma de representação para efeitos da transmissão de valores mobiliários», *ob. cit.* p. 294.

circulam mediante registos em conta, por aplicação do art. 105, do CVM.¹¹⁷ “Sempre que *todos os títulos em depósito centralizado sejam* [“à margem da vontade do emitente”] *destruídos, sem que os correspondentes registos tenham sido (afetados), consideram-se os mesmos convertidos* [automaticamente] *em valores mobiliários*” com forma de representação escritural (conversão legal da forma, de titulada para escritural).^{118 119}O mesmo não se passa se, “*no prazo de 90 dias após a comunicação da entidade gestora do sistema de depósito centralizado*”, o emitente “*requerer a reforma judicial*”, cf. n.º 5 do art. 51.º CVM. Cujos termos segue de acordo com o previsto para o processo especial da reforma de documentos¹²⁰ disciplinado pelo conteúdo do disposto nos arts. 1069.º e seguintes do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações, cf. n.º 6 do art. 51 do CVM.

O mecanismo de conversão (legal) automática corresponde a uma solução de índole substancialmente prática, já que à circulação daqueles valores era já aplicável o regime jurídico dos valores mobiliários escriturais (art. 105.º). Por outro lado trata-se de um regime de natureza atípica, já que a iniciativa não pertence à entidade emitente, como se verifica no regime previsto no art. 48.º¹²¹, não obstante, por aplicação do princípio do contraditório, ser-lhe facultada a possibilidade de se opor à conversão.¹²²

¹¹⁷ *In ibidem.*

¹¹⁸ Em vez de se proceder à recuperação da forma inicial do título, a forma titulada.

¹¹⁹ O mesmo raciocínio aplica-se, *mutatis mutandis*, à parcela de títulos em sistema centralizado, no caso de haverem, também, títulos fora desse sistema.

¹²⁰ A Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação n.º 36/2013, de 12 de agosto, que aprova o novo Código de Processo Civil (CPC), revoga o Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro de 1961 (al. a), art. 4.º) e entra em vigor a partir do dia 1 de setembro de 2013 (art. 8.º). **O diploma extingue o processo especial da reforma de documentos, autos e livros. Mais adiante exporemos o regime jurídico que entendemos figurável neste contexto.**

¹²¹ “ 1 - *Salvo proibição legal ou estatutária, o emitente pode decidir a conversão dos valores mobiliários quanto à sua forma de representação, estabelecendo para o efeito um prazo razoável, não superior a um ano.* 2 - *A decisão de conversão é objecto de publicação.* 3 - *Os custos da conversão são suportados pelo emitente.*”

¹²² Neste sentido. Vide CÂMARA, Paulo, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, ob. cit. pp. 181-182

Entendemos, ademais, **que o normativo constante do conteúdo do n.º 5 do art. 51.º do CVM**, no que tange à livre facultade cometida à discricionariedade do emitente de socorrer-se do instituto da reforma judicial dos títulos, como forma de oposição à conversão automática, **deverá assegurar a tutela, necessária, dos interesses legítimos e emergentes de outros sujeitos, diga-se o titular, herdeiros ou mesmo credores interessados, aproveitando o prazo de 90 dias a qualquer interessado.**

O regime da conversão automática de títulos, não obstante manter a coerência dogmática entre os diversos preceitos legais *intrassistemáticos* e o ordenamento jurídico global, trata-se, de facto, de um instrumento ou mecanismo legal cuja configuração operativa colide, nos pilares estruturantes, com o princípio da autonomia privada, nomeadamente, a vontade funcional dos operadores do mercado, todavia, enquanto comando jurídico autónomo, entre outros, cumpre um desiderato específico, a concretização, efetiva, do princípio da segurança jurídica dos operadores no tráfico jurídico (emitente e titular), em particular, as legítimas expectativas dos credores, ademais, promove a estabilização das relações jurídicas, entenda-se numa acessão ampla, estados ou posições jurídicas face aos diversos sujeitos e coisas no plano material e jurídico. Por outro lado, dá-se cumprimento ao princípio da eficiência, tão fundamental neste tipo de operações.

Esgotadas as vias extrajudiciais de recuperação de títulos, segue-se o mecanismo jurisdicional, a reforma judicial de títulos.

No art. 484 do C. Comercial, o legislador dispõe: “As *letras, ações, obrigações e mais títulos comerciais transmissíveis por endosso, que tiverem sido destruídos ou perdidos, podem ser reformados judicialmente a requerimento do respetivo proprietário, justificando o seu direito e o facto que motiva a reforma.*”¹²³

¹²³ Entendemos frutuoso contextualizar o pensamento do legislador de acordo com os critérios hermenêuticos utilizados (arts. 9.º e ss do Código Civil) e amplamente desenvolvidos na doutrina e na jurisprudência, procurando reconstruir os códigos conceituais delineados na

§. 1.º *A reforma será requerida no tribunal de comércio do lugar do pagamento do título, ou no da sede da sociedade que tiver emitido a ação ou obrigação, e não poderá ser decretada sem prévio chamamento edital de incertos e citação de todos os co-obrigados no título ou dos representantes da sociedade a que ele respeitar.*

§. 2.º *Sendo a ação ou obrigação nominativa, serão igualmente citados aquele em nome de quem se achar averbada, e quaisquer outros interessados, que forem certos.*

§. 3.º *Distribuída a ação, pode o autor exercer todos os meios para conservação dos seus direitos.*

§. 4.º *Transitada em julgado a sentença que autorizar a reforma, deverão os co-obrigados no título, ou a sociedade a que ele respeitar, entregar ao autor novo título sob pena de lhe ficar servindo de título a carta de sentença.*

§. 5.º *O aceitante e mais co-obrigados ao pagamento da letra e as sociedades emissoras das ações, obrigações e mais títulos somente são obrigados ao pagamento das respetivas quantias e seus juros ou dividendos depois de vencidos, e prestando o proprietário no novo título suficiente caução à restituição do que receber.*

§. 6.º *Esta caução caduca de direito passados cinco anos depois de prestada, se neste período não tiver sido proposta judicialmente contra quem a*

consciência daquele de acordo com a realidade hodierna. Daí urge uma interpretação atualista e teleológica, dirigida ao sentido das palavras do legislador sem os conhecimentos da dogmática e da realidade material posterior à sua existência, a hodierna. Todavia, de facto, é necessário um mínimo de correspondência literal, por efeito, e tendo em consideração no normativo a expressão “endosso”, dever-se-á atender ao seu sentido técnico. Agora, expressões que pelo decurso histórico perderam certas e determinadas qualidades, transmutando-se, por exemplo, pela desmaterialização, como é o caso das ações tituladas nominativas (expressão figurada), não obstante, o seu sentido atualista não deverá ser afastado, operando-se a sua incorporação no texto legislativo. Isto, independentemente, de tratarem-se de valores mobiliários. Assim, entendemos que o regime ainda terá aplicação, conjuntamente, com o art. 51.º do CVM. Por outro lado, e sempre que o regime jurídico permitir uma tutela adequada a legítimos interesses que por via de outros dispositivos legais não haja qualquer abrigo, entendemos que terá sempre aplicação, ainda que se tratem de valores mobiliários.

prestou ação pedindo a restituição, ou se a ação tiver sido julgada improcedente”.

Ora, conforme o preceituado, conclui-se que será possível, somente a **reforma de títulos** pela via judicial. Porém, tal limitar-se-á aos títulos nominativos e à ordem. De acordo com o argumento *a contrario* os títulos ao portador encontrar-se-ão excluídos, pois não se encontram sequer mencionados no citado preceito e, mesmo que assim não fosse, a sua natureza e modo de circulação impediria outra solução em razão da proteção dos legítimos interesses e expectativas de terceiros.

Quanto à temática supra indicada impõe-se nos tecer os seguintes considerandos:

1º - A reforma tem, necessariamente, de ser solicitada junto das instâncias judiciais competentes;

2º - Em termos processuais é aplicável o regime jurídico da reforma de documentos regulado nos termos do art. 1069.º e seguintes do Código do Processo Civil (CPC)¹²⁴, em articulação com as regras substantivas¹²⁵;

¹²⁴ O novo CPC revoga o processo especial da reforma de documentos, autos e livros (que apresenta um objeto mais amplo que o previsto no art. 484.º do Código Comercial), deixando, apenas, o processo especial de reforma de autos, cujo regime jurídico constará do livro V, título XII, do art. 959.º ao art. 966. Entendemos, que a integração analógica deste regime poderá ser uma opção, todavia, parca, e, manifestamente insuficiente no que tange certas especificidades de regime. Atente-se, no regime processual, ainda, aplicável à reforma de títulos perdidos ou desaparecidos, ora, a publicação de avisos no local com a indicação do título, a convidar quaisquer pessoas a apresentá-lo, se possuidoras, e, por interpretação extensiva, a informarem do local onde o avistaram, art. 1072.º al. a) do CPC. Entendemos, que a solução emanará dos poderes, agora, reforçados, de adequação formal e de gestão processual do juiz, enquanto intérprete e aplicador do Direito. Assim, decorre da exposição de motivos da Proposta de Lei 113/XII: “Mantém-se e amplia-se o princípio da adequação formal, em termos de permitir a prática dos atos que melhor se ajustem aos fins do processo, bem como as necessárias adaptações, quando a tramitação processual prevista na lei não se adequa às especificidades da causa ou não seja a mais eficiente”; “(O) princípio da gestão processual, (...) conferindo ao juiz um poder autónomo de direção ativa do processo, podendo determinar a adoção dos mecanismos de simplificação e agilização processual que, respeitando os princípios fundamentais da igualdade das partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável.” Respetivamente, art. 547.º - “[o] juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo” (Ver, em termos comparativos, o disposto no art. 265.º - A do atual código).; art. 6.º - “cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu

3.º - O autor deverá descrever o título, *justificar sumariamente* a causa da sua destruição, perda ou desaparecimento, instruindo o pedido com as provas disponíveis, e motivar a ação com o *interesse* que tem *na sua recuperação*, art. 1069, n.º 1, art. 1072.º e art. 1073.º, todos do Código do Processo Civil (CPC).

4.º - Para a obtenção do título reformado o legislador exige ao requerente a prestação de *caução à restituição do seu valor, juros ou dividendos*, nos casos de perda ou desaparecimento dos títulos abrangidos pela previsão normativa do art. 484.º do Código Comercial, nos termos do art. 1072.º al. d).¹²⁶O mesmo não se justificaria no caso de títulos destruídos. Quanto a estes, o processo segue termos (apenas e só se, de acordo com os dados da experiência e, se for caso disso, da técnica) se se constatar, em face da prova produzida, a sua efetiva destruição, art. 1069.º n.º 1 e 2;

5.º Sempre que os meios de prova não revelem a destruição do título, presumindo-se, o seu extravio, os termos da ação devem seguir o regime adequado, art. 1072.º al. d) do CPC;

6.º- Após o trânsito em julgado da *sentença que autorizar a reforma, existe, já, provisoriamente, um título, a carta da sentença* (certidão do auto), *até os co-obrigados no título, ou a sociedade a que ele respeitar, entregar ao autor novo título*, facto que, a não se verificar, converterá a *carta da sentença* em

andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.(n.º 1.º); “[o] juiz providencia officiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo (n.º 2) [ver o disposto no art. o 265.º do atual código]. Atente-se, para o facto de este poder atribuído ao juiz já existir, pelo menos, implicitamente, na esfera de atribuições a ele cometidas em sede processual, promanando, também, enquanto concretização funcional do princípio de adequação formal, e ter sido consagrado literalmente no âmbito do regime processual experimental. De facto, as soluções de regime deixam de estar legalmente positivadas, passando a constituir uma prática, relativamente modelável.

¹²⁵ Regime jurídico aplicável, com as necessárias adaptações, à reforma de valores mobiliários escriturais, art. 51.º n.º 6 do CVM.

¹²⁶ Emana deste dispositivo como que uma solução de compromisso e prevenção.

título permanente, art. 484.º n.º4.º do Código Comercial e o art. 1070.º n.º 2 do CPC.

7.º - Não obstante o supra indicado nos pontos 3.º e 4.º, em todo os caso, e após sentença, definitiva, que autorize a reforma, em sede de cumprimento, o proprietário no novo título deve prestar suficiente caução à restituição do que receber das pessoas obrigadas, art. 484.º n.º 5 do Código Comercial.

8.º- A expressão *suficiente caução* deverá abranger, o valor do título, respetivos juros ou dividendos.

9.º - Caução que *caduca de direito* passados cinco anos depois de prestada, se durante esse período não tiver sido proposta judicialmente contra quem a prestou ação pedindo a restituição, ou se esta ação tiver sido julgada improcedente.

Sublinhe-se, da nossa parte, que o regime não poderia ser outro. A tutela da certeza e segurança jurídicas impõem que não seja possível, em sede de valores mobiliários, no caso ações nominativas, outra solução que não a vertida nos preceitos indicados.

Em suma, carecerá sempre de uma reforma proporcionadora da incorporação do direito no novo título. Renascerá um novo documento legitimador da posição complexa do titular de ações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA COSTA , *Direito das Obrigações*. 9ª Edição, Coimbra, 2001.

- ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*. Vol. I, 9.^a Edição, Coimbra, 1996
- ASCENÇÃO, J. O, *As acções*, in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, Vol. II, pp. 57-90, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ASCENÇÃO, Oliveira, *Direito Civil: Reais*, Coimbra, 1993.
- ASCENÇÃO, Oliveira, *Valor Mobiliário e Título de Crédito*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 56, III, Dezembro 1996.
- BAPTISTA, D. F., *O Princípio da tipicidade e os Valores Mobiliários*. 87-121, in: AAVV, “Jornadas sobre Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira”, Coimbra: Almedina, 2006.
- BONNEAU, Thierry, *La Diversification des Valeurs Mobilières – Ses Implications en Droit Commercial*. in : A. 41, (4) «Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique », Paris, Octobre-Décembre 1988, pp. 535-607.
- CÂMARA, Paulo, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2011.
- CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORDEIRO, Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1984
- CORREIA, Ferrer, *Lições de Direito Comercial, Vol III, Letra de Cambio*. Universidade de Coimbra, 1975 (edição policopiada).
- COSTA E SILVA, Paula *Efeitos do Registo e Valores Mobiliários. A protecção conferida ao terceiro adquirente*, in ROA, ano 58, II, julho 1998.
- COSTA E SILVA, Paula, “ A transmissão de valores mobiliários fora do mercado secundário”, in AA VV *Direito dos Valores Mobiliários Vol. I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- CRISTAS, Assunção, *Transmissão contratual do direito de crédito: Do carácter real do direito de crédito*, Coimbra, 2005.
- DUARTE, Rui Pinto, *Curso de Direitos Reais*. 2.^a Edição, revista e aumentada, Principia Editora, 2007.

- EIRÓ, Vera, “A transmissão de valores mobiliários – as ações em especial”, Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano VI.º, n.º 11, 2005.
- ENGRÁCIA ANTUNES, José A., “Os valores mobiliários: conceito, espécies e regime jurídico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, vol. 5, 2008, Coimbra: Coimbra Editora, 87-142.
- ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *Contratos Comerciais. Noções Fundamentais*, Vol. Especial Direito e Justiça, 2007.
- ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *Os títulos de crédito – Uma introdução*. Coimbra: Coimbra editora, 2009.
- FERNANDES, Carlos *Da Natureza e Função das Normas de Conflitos de Leis*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil -Vol. I – Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica*, 5ª Ed., Universidade Católica, 2009.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Valores Mobiliários Escriturais. Um novo modo de representação e circulação de direitos*, Coimbra: Almedina, 1997.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, “Transmissão contratual da propriedade – entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes”, Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI.º, n.º 11, 2005.
- GUERREIRO, J., A., G., M., “A posse o registo e os seus efeitos”, IRN, BRN, 11/2003.
- GUILLERMO CABALLERO GERMAIN, *La adquisición a non domino de valores anotados en cuenta*, Madrid, 2010.
- LABAREDA, João, *Das ações das sociedades anónimas*, AAFDL, Lisboa, 1988.
- LEITÃO, Menezes - *Direito Das Obrigações - Vol. III – Contratos Em Especial*, 7.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2010
- LIMA PINHEIRO, Luís de *Direito internacional privado, Vol I, Introdução e direito de conflitos, Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 2009;
- LIMA PINHEIRO, Luís de *Direito internacional privado, Vol II, Direito de conflitos, Parte Especial*, Coimbra: Almedina, 2013;

- LIMA PINHEIRO, Luís de *Direito Comercial Internacional. Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Almedina, 2005.
- LIMA PINHEIRO, Luís de *Direito comercial internacional. O direito privado da globalização económica: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do direito comercial internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MACHADO, J. B. *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a Edição Atualizada (Reimpressão), Coimbra: Almedina, (1985) 2002.
- MARTINS, A. S., *Valores Mobiliários (Acções)*. Coimbra: Almedina: 2003.
- MIMOSO, Maria João; SOUSA, Sandra C. *Nótulas de Direito Internacional Privado*, Quid juris, 2009.
- OLAVO CUNHA, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2007.
- PAOLO SPADA, *La circolazione della “ricchezza assente” alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in Banca Borsa, 1999, 4.
- PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz *Títulos de Crédito - Letra; Livrança; Cheque*. Coimbra: Almedina, 2005.
- PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado, vol. I*. 4.^a ed., Coimbra, 1987
- RAÚL VENTURA, “*Contrato de compra e venda no Código Civil. Efeitos essenciais: transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa*”, Revista da Ordem dos Advogados, 1983.
- RODRIGUES, Ricardo Alexandre C., *A regulação apositiva da Contratação Internacional – The New Law Merchant*, Tese de mestrado, Repositório da Universidade de Direito da Universidade Lusíada do Porto, 2012.
- SANTOS, Gonçalo Castilho dos, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, Coimbra, 2008.

TEIXEIRA, Filipe Canabarro, *Os Deveres de informação dos intermediários financeiros em relação aos seus clientes e sua responsabilidade civil*, Cad. MVM, n.º 31, 2008.

TOMÉ, Maria João Carreiro Vaz, “*Algumas notas sobre as restrições contratuais à livre transmissão de ações*”, in *Direito e Justiça*, 4 – 5 de 1990/1991, Lisboa.

VASCONCELOS, P. P., O Problema da Tipicidade dos Valores Mobiliários, in: AAVV, “*Direito dos Valores Mobiliários*”, vol. III, 61-72, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;

VAZ SERRA, Adriano, “*Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1972*”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3503 e 3504, Lisboa;

VEIGA, Alexandre Brandão da *Transmissão de Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2004.

VEIGA, Alexandre Brandão da, “*O incumprimento do dever de partidas dobradas nos sistemas de controlo dos valores mobiliários*”, *Cadernos MVM* 15 (2002), 167-172.

VIDAL, Isabel, “*Da (ir)relevância da forma de representação para efeitos da transmissão de valores mobiliários*”, *Cadernos MVM* n.º 15 (2002), 287-316.

VIEIRA, José Alberto C., *Direitos Reais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão STJ de 18-09-2003 (Lucas Coelho), in <<http://www.dgsi.pt>> (15.04.2013).

Pode uma pessoa singular que não seja empresário ou comerciante submeter-se a Processo Especial de Revitalização?

| Sobrevoando uma controvérsia jurisprudencial |

Fernando Tainhas
(Juiz de Direito)

I. Ponto de ordem metodológica

A jurisprudência divide-se. Esta asserção comumente usada, com maior ou menor propriedade, no discurso jurídico *máxime* judiciário é inteiramente verdade quando se trata de saber se pode uma pessoa singular que não seja empresário ou comerciante submeter-se a processo especial de revitalização, quando se encontre em situação económica difícil ou de insolvência iminente.

Com efeito, a jurisprudência, em particular dos Tribunais da Relação, tem-se vindo a debater com maior acuidade nos últimos meses com esta questão.

Note-se, meramente a título de exemplo, que muito recentemente o Tribunal da Relação de Évora no mesmo dia – 9 de Julho de 2015 – sobre esta mesma matéria proferiu dois acórdãos em sentido contrário¹.

¹ No processo n.º 1518/14.3T8STR.E1 foi decidido que o regime do PER aplica-se a qualquer devedor seja ele, pessoa singular, pessoa colectiva, património autónomo, titular de empresa ou não, dado o silêncio da lei quanto a qualquer dos requisitos; no processo n.º 718/15.3TBSTR.E1 entendeu-se que o processo de revitalização dirige-se somente a devedores empresários e não a quaisquer outras

Ora, neste texto, que pretendemos que seja um contributo sistemático, ainda que breve, para o estudo do problema, propomo-nos essencialmente, a partir de uma análise jurisprudencial, enunciar os argumentos principais que têm vindo a ser esgrimidos a favor e contra a possibilidade de uma pessoa singular que não seja empresário ou comerciante se submeter a processo especial de revitalização.

Não obstante assumirmos, desde já, que julgamos que efectivamente o processo especial de revitalização não se destina aos devedores [pessoas singulares] que não sejam comerciantes ou empresários, nem exerçam, por si mesmos, qualquer actividade autónoma e por conta própria, certos estamos que urge uniformizar jurisprudência, seja nesse sentido ou noutro, por forma, a criar na comunidade e numa matéria tão sensível para as pessoas, uma segurança jurídica a que têm direito e que não lhes pode ser negada.

II. A Lei – Breve referência

Em 2012 o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas foi alterado pela Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril.

Na exposição de motivos da respetiva Proposta de Lei (Proposta de Lei n.º 39/XII²) anunciou-se a intenção de “reorientar o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas para a promoção da recuperação, privilegiando-se sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial, relegando-se para segundo plano a liquidação do seu património sempre que se mostre viável a sua recuperação.”

Segundo se sintetiza na referida exposição de motivos “o processo especial de revitalização pretende assumir-se como um mecanismo célere e eficaz que possibilite a revitalização dos devedores que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente mas que ainda não

pessoas singulares. Ambos os acórdãos mostram-se disponíveis para consulta in “www.dgsi.pt”, como aliás os demais citados nesta exposição.

² Disponível para consulta integral in “http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/codigo-da-insolvencia-e/downloadFile/file/PPL_39_XII_6Alteracao_CIRE.pdf”, acesso em 11.08.2015.

tenham entrado em situação de insolvência actual. A presente situação económica obriga, com efeito, a gizar soluções que sejam, em si mesmas, eficazes e eficientes no combate ao “desaparecimento” de agentes económicos, visto que cada agente que desaparece representa um custo apreciável para a economia, contribuindo para o empobrecimento do tecido económico português, uma vez que gera desemprego e extingue oportunidades comerciais que, dificilmente, se podem recuperar pelo surgimento de novas empresas.”

Assim, foi desde logo alterada a redação do artigo 1.º do CIRE, que passou a ser a seguinte:

“1 - O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.

2 - Estando em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, o devedor pode requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º-A a 17.º-I.”

Na sequência dessa intenção, e como a alteração ao referido artigo 1.º do CIRE anunciava, a principal medida aprovada pela Lei n.º 16/2012 foi a criação do processo especial de revitalização³, que passou a constituir um novo capítulo II na sistemática do código.

Ora, estabelece o artigo 17º-A, nºs 1 e 2, do CIRE que "o processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre

³ Para um melhor e mais aprofundado estudo quanto ao regime jurídico deste tipo processual vide Fátima Reis Silva in “Processo Especial de Revitalização – Notas Práticas e Jurisprudência Recente”, Porto Editora, 2014, Nuno Salvador Casanova e David Sequeira Dinis in “PER – O Processo Especial de Revitalização”, Coimbra Editora, 2014 e Maria do Rosário Epifânio in “Processo Especial de Revitalização”, Almedina, 2015.

em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização", e pode "ser utilizado por todo o devedor que, mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação".

Assim, a norma dispõe que o processo especial de revitalização destina-se a permitir ao *devedor* que, encontrando-se em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas susceptível de recuperação, estabeleça negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização.

É um processo negocial extrajudicial do devedor com os credores, com a orientação e fiscalização do administrador judicial provisório, de molde a lograr-se um acordo com vista à sua revitalização, sendo uma oportunidade para promover a reestruturação da empresa, podendo a final o plano de recuperação ser aprovado ou não, seguindo os termos do disposto nos artigos 17º-F e 17º-G, do CIRE.

Tal como preceituado no artigo 17º-F, nº 3 do referido diploma legal, concluindo-se as negociações, o plano de recuperação considera-se aprovado quando:

- “a) Sendo votado por credores cujos créditos representem, pelo menos, um terço do total dos créditos relacionados com direito de voto, contidos na lista de créditos a que se referem os n.ºs 3 e 4 do artigo 17.º-D, recolha o voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos corresponda a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções; ou*
- b) Recolha o voto favorável de credores cujos créditos representem mais de metade da totalidade dos créditos relacionados com direito de voto, calculados de harmonia com o disposto na alínea anterior, e mais de metade destes votos*

corresponda a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções.”

Após a votação e aprovação do plano de recuperação incumbe então ao juiz decidir se deve homologar ou recusar o plano no prazo de dez dias a contar da recepção do mesmo (artigo 17º-F, nºs 5 e 6 do CIRE), aplicando-se, para o efeito, com as necessárias adaptações, as regras vigentes em matéria de aprovação e homologação do plano de insolvência previstas no título IX, em especial o disposto nos artigos 215.º e 216.º do CIRE, sendo que a decisão do juiz vincula os credores, mesmo que não hajam participado nas negociações.

III. A Jurisprudência

Enunciado sumariamente o enquadramento normativo do processo especial de revitalização, e compulsada a jurisprudência dos Tribunais superiores nesta matéria, constatamos que quanto à permissão de uma pessoa singular que não seja empresário ou comerciante submeter-se a processo especial de revitalização, caso se encontre em situação económica difícil ou de insolvência iminente, avultam, essencialmente, dois argumentos a favor e contra: a letra da lei e o seu espírito.

Ditam as regras de interpretação normativa, inclusive as inscritas no nosso ordenamento jurídico positivo – *cfr.* artigo 9.º do Código Civil⁴ – que aquela tarefa deve ter, quase sempre⁵, por esteio e limite a própria letra da lei.

Na senda deste princípio interpretativo tem vindo a ser defendido, por alguma jurisprudência, alicerçada em doutrina nesse mesmo sentido, que onde a lei não distingue – artigo 17.º-A, n.º 1 e 2 do CIRE – não deve ser o seu aplicador a

⁴ «A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, 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» (n.º 1); “Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso» (n.º 2); «Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados» (n.º 3).

⁵ A interpretação ab-rogante de normas, embora excepcional num sistema normativo, é em determinadas circunstâncias admissível, *cfr.* Oliveira Ascensão in “O Direito. Introdução e Teoria Geral”, Almedina, p. 425 a 426.

fazer tal distinção, donde podem recorrer ao procedimento especial de revitalização todos os sujeitos previstos no artigo 2º do CIRE, prevalecendo o critério da autonomia patrimonial tenham ou não personalidade judiciária.

Assim, o Tribunal da Relação de Évora, por decisão datada de 9 de Julho de 2015, proferida no âmbito do processo n.º 1518/14.3T8STR.E1, já referido, entendeu que, dado o silêncio da lei quanto a qualquer dos requisitos, o regime do PER aplica-se a qualquer devedor seja ele, pessoa singular, pessoa colectiva, património autónomo, titular de empresa ou não.

Nessa medida arguiu-se, em suma, que *“onde a lei não distingue não deve ser o seu aplicador a fazer tal distinção, assumindo tarefa que cabia ao legislador. (...) os novos arts. 17º-A a 17º-I, que regulam o processo especial revitalização, em momento algum referem que a sua aplicação está limitada às pessoas colectivas ou entidades equiparáveis antes anunciando, expressamente, que o processo de revitalização pode ser utilizado “por todo o devedor” Assim, não deixa de ser aplicável às pessoas singulares quando estas estejam na situação descrita e sejam financeiramente responsáveis – Cfr. n.º 2 do art. 17º-A.”*

Neste mesmo sentido, parece propender o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Junho de 2015, proferido no processo n.º 811/15.2T8FNC-A.L1-7, quando, *en passant*, refere que *“as condições de acesso por parte de alguém que queira socorrer-se do PER, resultam do que dispõe o artigo 17.º-A, n.ºs 1 e 2, do CIRE, ou seja, todo o devedor que se encontre comprovadamente em situação económica difícil, ou em situação de insolvência iminente.”*

Ora, se é inegável que a letra do artigo 17.º-A do CIRE *supra* citado, efectivamente, não distingue a natureza dos sujeitos susceptíveis de ser objecto de processo especial de revitalização – utilizando o vocábulo (inclusivo) *devedor* – parece-nos também claro que a letra do preceito não corresponde inteiramente ao seu espírito.

Citando Oliveira Ascensão⁶ a apreensão literal do texto, ponto de partida de toda a interpretação, é já interpretação embora incompleta pois será sempre necessária uma tarefa de interligação e valoração, que excede o domínio literal, intervindo elementos lógicos, entre os quais de natureza racional ou teleológica, relativos à razão de ser da norma (*ratio legis*), no fim visado pelo legislador ao criá-la, particularmente nas soluções que tem em vista e que pretende realizar.

Assim foi entendido pelo Tribunal da Relação de Évora, no âmbito do processo n.º 718/15.3TBSTR.E1, em acórdão igualmente datado de 9 de Julho de 2015, que propugnou que o processo de revitalização dirige-se somente a devedores empresários e não a quaisquer outras pessoas singulares, porquanto “*resulta, com clareza, que a intenção do legislador, ao criar o PER, foi a de permitir a revitalização da actividade económica do devedor “agente económico” e não de quaisquer outros devedores (...) uma vez que o PER, se destina a revitalizar o devedor, e não a liquidar o seu património, apenas podem ser objecto de um PER as pessoas colectivas e patrimónios autónomos que, mesmo não tendo uma finalidade lucrativa, exerçam uma actividade económica.*”

Esta posição – assumida, igualmente, nos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Dezembro de 2014⁷, 23 de Fevereiro de 2015⁸, 23 de Junho de 2015⁹, 12 de Outubro de 2015¹⁰ - é fundamentalmente alicerçada no argumentário expandido por Carvalho Fernandes e João Labareda, no seu *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*¹¹ quando de forma aprofundada defendem uma interpretação restritiva do artigo 17.º-A do CIRE.

Referem os citados autores que “*(...) a ideia de recuperabilidade do devedor tem constantemente sido ligada pela lei à existência de uma empresa no seu património e, neste sentido, à sua qualidade de empresário. (...)*”

⁶ *In op. cit.* p. 392.

⁷ Processo n.º 503/14.0TBVFR.P1.

⁸ Processo n.º 3700/13.1TBGDM.P1.

⁹ Processo n.º 1243/15.8T8STS.P1.

¹⁰ Processo n.º 1304/15.3T8STS.P1.

¹¹ *Quid Juris*, p. 142/143, nota 8.

Por outro lado, a principal motivação da criação do processo de revitalização, inserida na revisão do Código, foi, como confessado na exposição de motivos que fundamentou a apresentação pelo Governo à Assembleia da República da Proposta de Lei n.º 39/XII, a promoção da recuperação, “privilegiando-se sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial, acrescentando-se, aliás, mais adiante que “a presente situação económica obriga, com efeito, a gizar solução que sejam, em si mesmas, eficazes e eficientes no combate ao desaparecimento de agentes económicos, visto que cada agente que desaparece representa um custo apreciável para a economia, contribuindo para o empobrecimento do tecido económico português, uma vez que gera desemprego e extingue oportunidades comerciais que, dificilmente, se podem recuperar pelo surgimento de novas empresas”.

Manifestamente, pois, a realidade que preenche o pensamento legislativo é o tecido empresarial, no seu conjunto, e de uma forma muito lata, facilitada, de resto, pelo conceito geral de empresa que, para efeitos do Código – na globalidade deste! –, e agora também do SIREVE (cfr. artigo 2.º, n.º 2 do Dec.-lei n.º 178/2012), se acolhe no artigo 5.º.”

Por sua vez, Paulo Olavo e Cunha¹² secunda este mesmo entendimento quando menciona que “O PER é exclusivamente aplicável a empresas, só para estas fazendo sentido. Com efeito, e apesar de os arts. 17.º-A e seguintes serem omissos sobre eventuais restrições à aplicação do procedimento a pessoas singulares que não sejam titulares de empresas, a recuperação a empreender com este procedimento visa essencialmente salvaguardar e viabilizar uma empresa, sendo suficiente aplicar o plano de insolvência ao devedor que que seja pessoa singular, visto que a sua situação patrimonial é, por definição, estática relativamente à de uma empresa, em que as variações patrimoniais são constantes. Consideramos, pois, o PER aplicável às empresas, incluindo as de titularidade individual, e diferenciando, assim, as empresas (singulares e colectivas) das pessoas singulares

¹² “Os deveres dos gestores e dos sócios no contexto da revitalização de sociedades” – II Congresso da Insolvência, Almedina, 2014, p. 220-221

que não são titulares de empresas no acesso a este procedimento de revitalização. Esta contraposição – que agrega as empresas, independentemente da titularidade do seu capital social – não deve surpreender, por não ser inédita no quadro do Código da Insolvência, que reserva certas medidas às situações em que da massa insolvente faça parte uma empresa, ainda que esta seja individual (cfr. arts. 223.º a 229.º).”

Ora, salvo outro e melhor entendimento, face às razões aduzidas, consideramos que o espírito da lei impõe uma interpretação correctiva, de natureza restritiva, do artigo 17.º-A do CIRE, uma vez que a letra da lei ao inscrever na sua previsão o conceito de “devedor” – sem distinguir a sua natureza jurídica e económica – diz mais do que o legislador pretendia dizer, considerando o circunstancialismo histórico que o rodeou, nos termos supra expostos.

Detratores desta posição há que defendem que a pessoa singular não titular de empresa é, igualmente, um agente económico – um consumidor – pelo que também se mostraria abrangido pelo espírito da norma, que visava manter o devedor (*lato sensu*) no giro comercial, sendo, por isso, merecedor de tutela.

Sendo consensual que um consumidor é, de facto, um agente económico, não nos parece menos verdade que o processo especial de revitalização não foi equacionado para o mesmo.

Com efeito, como deixámos sobredito, na exposição de motivos do diploma que criou o processo especial de revitalização admite-se, claramente, que se pretende evitar o “desaparecimento de agentes económicos”, porquanto *“cada agente que desaparece representa um custo apreciável para a economia, contribuindo para o empobrecimento do tecido económico português, uma vez que gera desemprego e extingue oportunidades comerciais que, dificilmente, se podem recuperar pelo surgimento de novas empresas.”*

Ora, da leitura do excerto acima citado resulta claro, no nosso entender, que o agente económico aí referido não é, de todo em todo, o consumidor, mas sim a empresa, cujo desaparecimento acarreta sim desemprego e extingue oportunidades de negócio, que não são supráveis pelo *surgimento de novas*

empresas (sic), o que não sucede com o “desaparecimento” dos agentes económicos-consumidores.

Por outro lado, a lei confere especialmente ao devedor-não comerciante um mecanismo de revitalização económica próprio: o denominado “plano de pagamentos”, previsto nos artigos 251.º e seguintes do CIRE, que determina a suspensão da declaração de insolvência, que só será decretada após a homologação do plano, com um alcance mais limitado, porquanto, desde logo, não está sequer sujeita a registo e publicidade - *cf.* artigo 259.º, n.º 5 do CIRE.

Vejamos um exemplo, levado ao limite.

Imaginemos uma pessoa singular não comerciante que se submete a PER e que concluídas as negociações com os seus credores não vê o seu plano de pagamentos¹³ aprovado, emitindo o Administrador Judicial parecer no sentido de ser declarada a insolvência daquele.

Acto prévio à declaração de insolvência do Requerente o Tribunal notifica aquele para, querendo, apresentar plano de pagamentos e/ou, caso não seja aprovado o plano de pagamentos¹⁴, requerer a exoneração do passivo restante.

O Requerente, exercendo a faculdade que lhe foi concedida, apresenta um plano de pagamentos, sujeito às regras previstas nos artigos 259.º e seguintes do CIRE, cuja aprovação se frustra, sendo aquele declarado insolvente.

Ora, tendo presente o desiderato do PER, fará sentido na economia de meios processuais do CIRE conceder ao devedor-não empresário, *máxime* ao devedor-consumidor, um meio acrescido de se recuperar/revitalizar economicamente para além do já criado especificamente para este?

Face ao exposto parece-nos que a resposta não pode deixar de ser negativa, na medida em que, como bem referem Carvalho Fernandes e João Labareda¹⁵ “*não*

¹³ Diz-nos a experiência que, invariavelmente, o plano de revitalização apresentado por um devedor não comerciante aos seus credores se traduz num plano de pagamentos aos credores, com perdão de capital, juros e moratória, sem qualquer componente de liquidação.

¹⁴ Dispõe o artigo 254.º do CIRE que não pode beneficiar da exoneração do passivo restante o devedor que, aquando da apresentação de um plano de pagamentos, não tenha declarado pretender essa exoneração, na hipótese de o plano não ser aprovado.

se vê particular utilidade em cumular a possibilidade de recurso, por eles, ao processo de revitalização, com o conseqüente e, cremos, ineficiente consumo de recursos que este processo implica – judiciais e atinentes à administração provisória, de nomeação e envolvimento obrigatórios.”

É certo também que, como se refere no já mencionado acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Fevereiro de 2015, *“eventualmente em razão de alguma ambigüidade do nosso legislador, tem vindo a aceitar-se”* a aplicação do PER a pessoas singulares-não empresários, contrariando a razão de ser da lei.

Tal situação é assinalada por Nuno Gundar da Cruz¹⁶ quando, num artigo datado de Janeiro de 2015, refere que *“Quando, no ano de 2012, foi criado o Processo Especial de Revitalização (PER), pensou-se estar perante um mecanismo que visava a recuperação de empresas, e não de pessoas singulares. Aliás, o PER foi apresentado pelo Governo português como uma das respostas estratégicas à necessidade de se criar uma envolvente favorável à revitalização do tecido empresarial nacional. Note-se, do tecido empresarial nacional. Tudo indicava, pois, que o PER se destinava a ser usado por empresas que se encontrassem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda fosse suscetível de recuperação. (...)”*

Sucedede, contudo, que, como muitas vezes acontece, o Direito não foi capaz de acompanhar as necessidades do nosso tempo: os tribunais portugueses começaram a aceitar o uso do PER por pessoas singulares. Inclusivamente por pessoas singulares que não são sequer donos de qualquer empresa. (...)”

E assim, nos últimos meses, tem-se verificado um aumento verdadeiramente exponencial do número de processos de PER de pessoas singulares nos tribunais portugueses. Segundo as estatísticas da Turnwin, o número de processos PER instaurados por pessoas singulares aumentaram: (i) 203,23% em Outubro de 2014

¹⁵ *Op. Cit.*, p. 143.

¹⁶ “O aumento dos processos PER de pessoas singulares”, disponível para consulta in <http://www.revistainvest.pt/pt/O-aumento-dos-processos-PER-de-pessoas-singulares-por-Nuno-Gundar-da-Cruz/A920>, acesso em 10.11.2015.

face ao mês de Setembro de 2014; (ii) 108,89%, em Outubro de 2014, relativamente ao mês homólogo de 2013 e (iii) 118,63% nos primeiros 10 meses de 2014, relativamente aos primeiros 10 meses de 2013.”

Ora, sem prejuízo de concordarmos com o autor que o processo especial de revitalização tem-se revelado, do ponto de vista económico, um instrumento útil às pessoas singulares-não empresários que a ele recorrem, com o beneplácito dos Tribunais que o permitem ou toleram [no nosso entender em sentido contrário ao legalmente determinado] não podemos deixar de sublinhar que tal facto não influi, nem pode condicionar, a interpretação normativa subjacente.

Com efeito, não obstante o Autor admitir no artigo acima citado que a *razão de ser* do instituto em análise é a revitalização do tecido económico empresarial, tendo sido criado visando a recuperação de empresas, certo é que no fim do mesmo artigo aquele proclama – arriscamos – triunfalmente que “*parafraseando Goethe: a lei é poderosa, mas mais poderosa é a necessidade*”, como se a interpretação legal estivesse subordinada à utilidade/necessidade que os destinatários da norma dela retiram.

Na verdade, como deixámos sobredito a interpretação normativa *a priori* tem sempre por esteio a letra da lei, sendo coadjuvada por vários elementos lógicos¹⁷, não sendo um deles a utilidade ou a necessidade dos cidadãos destinatários da mesma.

A “utilidade” não encontra correspondente na interpretação normativa, pelo que o proveito (pragmático) que as pessoas singulares-não empresários possam estar a retirar *de facto* do processo especial de revitalização não legitima que se interprete o artigo 17.º-A do CIRE como admitindo tal possibilidade *de jure*;

¹⁷ Classicamente, entende-se que os elementos lógicos de interpretação são:

- a) O sistemático, que tem em conta a unidade do sistema jurídico;
- b) O histórico, constituído por precedentes normativos, trabalhos preparatórios e *occasio legis*;
- c) O teleológico, que é a justificação social da lei.

tanto mais que, pelas razões expostas, tal interpretação viola o elemento teleológico da norma, nos termos supra expostos.

Donde, cremos que a resposta à interrogação que intitula o presente escrito não poderá deixar de ser, como começámos por afirmar, negativa: uma pessoa singular que não seja empresário ou comerciante não pode submeter-se a processo especial de revitalização.

IV. Conclusões

1. Em 2012 o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas foi alterado pela Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, que criou o processo especial de revitalização, que passou a constituir um novo capítulo II na sistemática do código.
2. Estabelece o artigo 17º-A, nºs 1 e 2, do CIRE que "*o processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização*", e pode "*ser utilizado por todo o devedor que, mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação*".
3. Tem vindo a ser defendido, por alguma jurisprudência, alicerçada em doutrina nesse mesmo sentido, que onde a lei não distingue não deve ser o seu aplicador a fazer tal distinção, donde podem recorrer ao procedimento especial de revitalização todos os sujeitos previstos no artigo 2º do CIRE, prevalecendo o critério da autonomia patrimonial tenham ou não personalidade judiciária.
4. Outra corrente jurisprudencial tem, por sua vez, defendido que o processo de revitalização dirige-se somente a devedores empresários e não a quaisquer outras pessoas singulares, porquanto a intenção do

legislador, ao criar o PER, foi a de permitir a revitalização da actividade económica do devedor-empresário e não de quaisquer outros devedores.

5. Somos do entendimento que o espírito da lei impõe uma interpretação correctiva, de natureza restritiva, do artigo 17.º-A do CIRE, uma vez que a letra da lei ao inscrever na sua previsão o conceito de “*devedor*” – sem distinguir a sua natureza económica e jurídica – diz mais do que o legislador pretendia dizer, considerando a exposição de motivos do diploma que procedeu à criação do instituto jurídico em apreço, *máxime* o circunstancialismo histórico que o rodeou.
6. Sendo consensual que um consumidor é, de facto, um agente económico, não nos parece menos verdade que o processo especial de revitalização não foi equacionado para o mesmo, mas sim para a empresa, cujo desaparecimento acarreta sim desemprego e extingue oportunidades de negócio, que não são supráveis pelo *surgimento de novas empresas* (sic), o que não sucede com o “desaparecimento” dos agentes económicos-consumidores.
7. A lei confere especialmente ao devedor-não comerciante um mecanismo de revitalização económica consistente no denominado “plano de pagamentos”, previsto nos artigos 251.º e seguintes do CIRE, não fazendo sentido na economia de meios processuais do CIRE conceder ao devedor-não empresário, *máxime* ao devedor-consumidor, um meio acrescido de se recuperar/revitalizar economicamente para além do já criado especificamente para este.
8. A utilidade económica e jurídica que as pessoas singulares-não empresários possam estar a retirar *de facto* do processo especial de revitalização não legitima que se interprete o artigo 17.º-A do CIRE como admitindo tal possibilidade *de jure*; porquanto, desde logo, tal interpretação viola o elemento teleológico da norma.

9. A resposta à interrogação que intitula o presente escrito não poderá deixar de ser negativa: uma pessoa singular que não seja empresário ou comerciante não pode submeter-se a processo especial de revitalização, impondo-se, por razões de segurança jurídica fixar jurisprudência neste ou no sentido inverso.

Negócios dos administradores com a sociedade⁽¹⁾

Anabela Marques
(Juíza de Direito)

Patrícia Alves
(Juíza de Direito)

1. Aspetos gerais

O presente trabalho insere-se dentro do tema mais vasto – transversal, determinante, na matéria da *corporate governance* –, o do princípio da lealdade, do qual é uma decorrência².

O princípio da lealdade - como dever geral dos gerentes ou administradores da sociedade - encontra-se expressamente consagrado no Código das Sociedades Comerciais, no seu art.º 64.º, n.º 1, al. b).

Tal consagração ocorreu aquando da grande revisão do diploma de 2006³. Porém, o conceito amplo ou indeterminado de lealdade (ele próprio também uma decorrência do princípio geral da boa fé⁴), desde sempre fez parte da estrutura essencial da regulamentação das sociedades, encontrando-se as suas manifestações concretas ao longo de todo o código.

¹ Trabalho realizado no âmbito da unidade curricular de Direito das Sociedades Comerciais I, ministrada pela Prof.ª Doutora Ana Perestrelo de Oliveira, no âmbito do curso de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Novembro de 2015).

² Como refere NUNES, Pedro Caetano, «Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores», II *Congresso do Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 191.

³ Operada pelo Dec.-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades, Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 3.ª edição, 2011, vol. I, p. 470.

Assim nos diz Paulo Câmara⁵, «Os poderes fiduciários podem ser estabelecidos de modo explícito ou resultar implicitamente, a partir dos dados do sistema jurídico... em Portugal os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais merecem consagração directa na lei (art. 64.º CSC).» «A vinculação a deveres fiduciários constitui, com efeito, um corolário da finalidade de cada tipo organizativo. Este representa um ponto cardeal que deve nortear futuros desenvolvimentos práticos e legislativos no futuro do governo das organizações.»

Historicamente, o princípio da lealdade está consagrado na legislação portuguesa pelo menos desde a Lei de 22 de Junho de 1867, que regulamentou pela primeira vez as sociedades anónimas.

Desde logo, em tal diploma, houve a preocupação de regulamentar o tema que ora nos ocupa, consagrando a proibição dos negócios entre os mandatários das sociedades anónimas e a sociedade, salvo existindo autorização expressa da assembleia geral; este regime passou a ser aplicável também às sociedades por quotas, desde a sua criação, pela Lei de 11 de Abril de 1901.

Verificamos assim que, no estudo da *corporate governance*, a análise dos negócios entre sociedade e partes relacionadas – e em especial entre a sociedade e os seus administradores/gerentes, de que nos ocuparemos, em especial, neste trabalho - assume extrema relevância e atualidade.

A proibição dos negócios dos administradores com a sociedade, enquanto potencialmente geradores de conflitos de interesses, visa a proteção do representado (a sociedade) perante a liberdade de gestão do representante (o administrador) e conseqüente perigo de preterição do interesse da sociedade ou do interesse dos sócios⁶.

⁵ CÂMARA, Paulo, *Vocação e Influência Universal do Corporate Governance: Uma visão transversal sobre o tema*, in *O Governo das Organizações – A vocação universal do corporate governance*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 25 e 26.

⁶ Ou mesmo o interesse de trabalhadores, clientes e credores, nos termos do disposto no art. 64.º, n.º 1, al. al. b), do Código das Sociedades Comerciais.

Como salienta J.M. Coutinho de Abreu⁷, «o campo dos negócios entre sociedade e administradores é fértil em conflitos de interesses, em riscos de os administradores obterem vantagens em detrimento da sociedade».

Para acautelar tais conflitos de interesses no que concerne às sociedades anónimas, o Código das Sociedades Comerciais contém norma expressa sobre a possibilidade de celebração de negócios pela sociedade com os seus administradores – o seu art.º 397.º.

Aqui, o referido Código consagra, desde logo, no seu n.º 1, um elenco imperativo dos negócios absolutamente proibidos.

Porém, tendo presente que nem todos os negócios entre sociedade e administradores importam riscos de prejuízos para a sociedade e/ou acionistas, o Código das Sociedades Comerciais, na regulamentação do regime aplicável às sociedades anónimas, noutras matérias, apenas impõe limitações à liberdade de negociar, estabelecendo mecanismos preventivos e reativos de controlo⁸, «maximizando a celebração de negócios eficientes e minimizando a celebração de negócios ineficientes»⁹.

Estes mecanismos de controlo preventivo ou *ex ante* estão previstos no seu n.º 2, obrigando à adoção de determinados procedimentos para garantir a validade do negócio – autorização prévia do conselho de administração e parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria.

De entre os mecanismos de controlo reativo ou *ex post*, salientam-se a previsão de deveres de informação sobre negócios com partes relacionadas, concretizados no n.º 4 da norma legal em análise, consagração clara dos deveres de lealdade a que estão adstritos os administradores.

⁷ ABREU, Jorge M. Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Coimbra: Almedina, 2013, vol. VI, p. 326.

⁸ Expressão usada por ABREU, Jorge M. Coutinho de, «Negócios entre sociedade e partes relacionadas (administradores, sócios) – sumário às vezes desenvolvido», *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, Coimbra: Almedina, vol. 9, 2013, pág. 14.

⁹ GOMES, José Ferreira, *Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador in Conflitos de interesses no Direito Societário e Financeiro – Um balanço a partir da Crise Financeira*, Coimbra: Almedina, 2010, pág. 89.

Para ambas as situações – proibição dos negócios ou limitação de negociar -, prevê-se, como consequência, a nulidade do negócio.

Como controlo *ex post*, encontramos ainda os procedimentos judiciais destinados a apreciar/julgar: por um lado, a validade dos negócios celebrados e/ou das deliberações que os autorizaram; por outro lado, a responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade e/ou os sócios.

Por fim, o n.º 5, do art.º 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, consagra, num conceito indeterminado, a existência de negócios livres; portanto, não dependentes de qualquer controlo.

Ao contrário do que acontece com as sociedades anónimas, no tocante às sociedades por quotas, o Código das Sociedades Comerciais não contém norma expressa sobre a possibilidade de celebração de negócios pela sociedade com os seus gerentes; também não remete para o regime das sociedades anónimas; tão pouco prevê uma norma geral sobre a matéria.

Consequentemente, o objetivo do presente estudo - no que concerne às sociedades por quotas -, situa-se, no essencial, no momento anterior ao da análise do regime legal aplicável aos negócios com os gerentes; focar-nos-emos na busca do próprio regime aplicável.

Como soluções da problemática em apreço, surgem três teses: a que defende a aplicação do disposto no art.º 261.º, do Código Civil; a que indica o caminho de aplicação do disposto no art.º 397.º do Código das Sociedades Comerciais; por último, a tese da aplicação de um regime “ad hoc” criado pelo intérprete do Direito, numa interpretação integrativa da lacuna, ao abrigo do disposto no art.º 10.º, n.º 3, do Código Civil.

Fazendo o prévio enquadramento da problemática em apreço - aos níveis: histórico; das diferentes estruturas de governos das sociedades; das diferenças de regimes – Código Civil / Código das Sociedades Comerciais – descreveremos as referidas teses, terminando fazendo a nossa opção por uma delas.

Não cabe no âmbito do presente estudo, a análise da idêntica questão no tocante aos demais tipos de sociedade; não obstante – desde logo tendo em mente a necessidade de harmonia do sistema jurídico -, sempre se dirá que se nos afigura que a solução que se encontrar para as sociedades por quotas, deverá ser igualmente aplicada às sociedades às sociedades em nome coletivo e às sociedades em comandita simples¹⁰.

2. Proibição de negociar com a sociedade? Rejeição. O caso especial do art. 397.º/1 (concessão de crédito e negócios afins)

A matéria dos negócios com a sociedade mostra-se expressamente regulada no art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais, no que às sociedades anónimas de estrutura clássica e de estrutura anglo-saxónica concerne¹¹.

É esse também o regime aplicável às sociedades anónimas de modelo germânico¹² como resulta da remissão operada pelo art. 428.º do Código das Sociedades Comerciais, apenas com a ressalva de que as autorizações exigidas pelo art. 397.º são da competência do conselho geral e de supervisão.

Como se mencionou em sede de introdução, por se tratar de campo rico em conflitos de interesses e por forma a acautelá-los, o direito societário consagra proibições de negociar, por um lado, e limitações à liberdade de negociar, por outro, donde decorre que, respeitados determinados procedimentos e/ou verificados determinados pressupostos que permitam garantir a validade do negócio, é admissível a celebração de negócios entre sociedade e administradores¹³.

¹⁰ Neste sentido, NUNES (nota 2), p. 201 e 202; CUNHA, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 832; e GONÇALVES, Diogo Costa, *O Governo de sociedade por quotas – breves reflexões sobre a celebração de negócios entre o gerente e a sociedade*, in *O Governo das Organizações – A vocação universal do corporate governance*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 120.

¹¹ Art. 278.º, n.º 1, als. a) e b), do Código das Sociedades Comerciais.

¹² Art. 278.º, n.º 1, al. c), do Código das Sociedades Comerciais.

¹³ Como se analisará infra a propósito do regime previsto nos números 2 e 5 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais.

É, no entanto, absolutamente proibida a celebração de negócios com a sociedade nos casos previstos no n.º 1 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais.

Dispõe o referido preceito legal que «é proibido à sociedade conceder empréstimos ou crédito a administradores, efetuar pagamentos por conta deles, prestar garantias a obrigações por eles contraídas e facultar-lhes adiantamentos de remunerações superiores a um mês», consagrando, assim, a proibição de aceitação de crédito da sociedade pelos administradores¹⁴.

Caso se trate de administrador de instituição de crédito, este não pode beneficiar de crédito concedido pela instituição que administra, não só por força do disposto no art. 397.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, mas também por força do disposto no art. 85.º, n.º 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

A norma constante do n.º 1 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais é imperativa, como decorre da letra e do espírito da lei¹⁵, pelo que os negócios celebrados em violação desta norma estarão, naturalmente, feridos de nulidade¹⁶, independentemente de terem ou não sido precedidos de autorização do conselho de administração¹⁷ e de parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria e independentemente de estarem ou não incluídos no comércio da sociedade e de ser ou não concedida vantagem especial ao administrador.

Entendendo que a invalidade do negócio, com base na sua nulidade, poderá beneficiar o infrator, Pedro Caetano Nunes alude à possibilidade de adotar no direito societário português o regime alemão consubstanciado na «pretensão de

¹⁴ Como refere NUNES (nota 2), p. 206.

¹⁵ Prevenir conflitos de interesses entre a sociedade e os administradores e evitar riscos de prejuízos da sociedade por contraposição à obtenção de benefícios pelos administradores.

¹⁶ Arts. 286.º e 294.º do Código Civil.

¹⁷ Ou do conselho geral e de supervisão, no caso das sociedades anónimas de estrutura germânica.

restituição imediata da quantia mutuada, com salvaguarda dos juros e das garantias»¹⁸.

3. Controlo *ex ante* da celebração de negócios com a sociedade (397.º/2)

3.1. Estabelece o art. 397.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19/05¹⁹, que «são nulos os contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, diretamente ou por pessoa interposta, se não tiverem sido previamente autorizados por deliberação do conselho de administração, na qual o interessado não pode votar, e com o parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria».

Decorre do citado preceito legal que, respeitados determinados procedimentos e/ou verificados determinados pressupostos que permitam garantir a validade do negócio, é admissível a celebração de negócios entre sociedade e administradores.

Estabelece-se, deste modo, um mecanismo de controlo preventivo ou *ex ante* da validade dos negócios entre sociedade e administradores, acautelando a ocorrência de conflitos de interesses.

Para que este mecanismo opere torna-se necessário que o administrador que se propõe negociar com a sociedade numa situação de conflito informe os demais membros do conselho de administração sobre o negócio, em obediência ao dever de lealdade a que está adstrito.

¹⁸ NUNES (nota 2), p. 207.

¹⁹ Este diploma veio acrescentar ao preceituado no n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais a previsão da obrigatoriedade de parecer favorável da comissão de auditoria, órgão de fiscalização integrante do modelo anglo-saxónico de governação da sociedade anónima, previsto no art. 278.º, n.º 1, al. b), do Código das Sociedades Comerciais, introduzido no direito societário português na revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29/03), suprimindo, assim, a falta evidente na redação anterior. Apontando, então, a omissão em causa, vide TRIUNFANTE, Armando Manuel, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 387, e CORDEIRO, António Menezes (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 1060/1061.

Excluem-se, naturalmente, desse âmbito, por um lado, os negócios previstos no n.º 1 do art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, cuja celebração está vedada, como se referiu supra, e, por outro, os chamados negócios livres²⁰ ou aproveitáveis²¹, previstos no n.º 5 do mesmo art. 397.º, que infra se abordarão.

O mecanismo de controlo preventivo instituído no n.º 2 do art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, comporta vantagens, como aponta José Ferreira Gomes²², sendo, por um lado, «pouco oneroso para sociedades cotadas; por outro, provavelmente não desincentiva a celebração de negócios *eficientes*» e desvantagens, porquanto «os administradores desinteressados podem não ser suficientemente independentes para avaliar o negócio em causa, dada a sua seleção pelos acionistas maioritários, pelos principais gestores ou por ambos» e na medida em que este mecanismo limite a intervenção dos acionistas.

Exige a lei como pressupostos da validade dos negócios entre sociedade e administradores, no contexto do n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais:

- a prévia autorização por deliberação do conselho de administração²³, na qual o interessado não pode votar²⁴ ²⁵;
- o parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria²⁶.

²⁰ Expressão usada por ABREU (nota 7), p. 329 e ABREU (nota 8), p. 17.

²¹ Expressão usada por CORDEIRO (nota 19), p. 1060/1061.

²² GOMES (nota 9), p. 101.

²³ Do conselho geral e de supervisão, nas sociedades de modelo germânico (cfr. art. 428.º do Código das Sociedades Comerciais).

²⁴ Cfr. art. 410.º, n.º 6, do Código das Sociedades Comerciais. GIÃO, João Sousa (*Conflitos de interesses entre administradores e os accionistas na sociedade anónima – Os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores*, in *Conflitos de interesses no Direito Societário e Financeiro – Um balanço a partir da Crise Financeira*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 255), defende que os administradores interessados não poderão, também, participar na reunião do conselho de administração na qual se delibere sobre a autorização de celebração de um negócio com a sociedade em situação de conflito. Considera este autor que está em causa um dever de abstenção de participação nessa reunião enquanto manifestação do dever de lealdade.

²⁵ Autorização prévia ao negócio, pois que, como salienta GIÃO (nota 24), p. 255, «o conselho de administração está impedido de ratificar a celebração de um contrato celebrado em conflito de interesses», de modo a «estimular[-se] o exercício do controlo *ex ante*».

Na falta de verificação destes pressupostos, o negócio celebrado entre sociedade e administradores está ferido de nulidade. E, considerando que se tratam de pressupostos cumulativos, como resulta da letra da lei, basta a omissão de um deles para que o negócio seja inválido.

Como destaca José Ferreira Gomes²⁷, os membros do conselho de administração²⁸ (administradores desinteressados) chamados a pronunciar-se sobre a celebração de negócio entre a sociedade e um seu administrador devem «assegurar que tal negócio é celebrado *at arm's length*, ou seja, que é negociado com total independência face ao administrador e outros *insiders* interessados, por forma a alcançar um resultado procedimental e substancialmente justo para a sociedade».

Caso se trate de sociedade anónima com administrador único²⁹, ficando afastada, naturalmente, a possibilidade de obtenção de deliberação prévia do conselho de administração por inexistência deste, deverá exigir-se, para além do parecer favorável do órgão de fiscalização, a prévia autorização por deliberação dos sócios, de modo a garantir a intervenção de um órgão deliberativo colegial que permita acautelar eventual conflito de interesses³⁰.

²⁶ Quanto a saber em que momento deve ser emitido o parecer do conselho fiscal ou da comissão de auditoria, CUNHA (nota 10), p. 831, defende, o que acompanhamos, que deverá sê-lo após a deliberação do conselho de administração, salientando que «só depois de conhecidas as concretas condições do negócio aprovado, o órgão de fiscalização estará em condições de se pronunciar adequadamente sobre a bondade ou prejudicialidade do mesmo para a sociedade».

²⁷ GOMES (nota 9), p. 120.

²⁸ Ou os membros do conselho geral e de supervisão nas sociedades de modelo germânico.

²⁹ Vide arts. 278.º, n.º 2, 390.º, n.º 2, e 424.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais.

³⁰ Neste sentido, vide ABREU (nota 7), p. 329, e ABREU (nota 8), p. 17; e GONÇALVES (nota 10), p. 121-122; e MARTINS, Alexandre de Soveral, «A aplicação do art. 397.º Código das Sociedades Comerciais às sociedades por quotas», *II Congresso do Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 565. Na jurisprudência, veja-se o Acórdão da Relação de Guimarães de 27/02/2012, processo n.º 243/10.9TBBCL.G1 (disponível em www.dgsi.pt), no qual se escreveu que: «No caso de uma sociedade anónima ter apenas um administrador, o artigo 397.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, deve ser interpretado no sentido de que a autorização do negócio entre a sociedade e o administrador deverá ser dada pela sociedade através duma deliberação social, em assembleia geral.»

3.2. Os pressupostos previstos no art. 397.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, aplicam-se quer estejam em causa negócios com a sociedade celebrados diretamente pelos seus administradores, quer por interposta pessoa.

Jorge M. Coutinho de Abreu sustenta que no conceito de interposta pessoa se devem incluir, para além das referidas no art. 579.º, n.º 2, do Código Civil³¹, todos os sujeitos, singulares ou coletivos, que o administrador possa influenciar diretamente³², dando como exemplo de interposta pessoa uma sociedade de que o administrador é sócio maioritário³³.

Já João Sousa Gião defende que o «critério da interposição de pessoas deve bastar-se com a interposição de interesses dos administradores»³⁴, critério que nos parece demasiado amplo, tanto mais que as situações não abrangidas pela norma, poderão enquadrar-se no âmbito do art. 261.º do Código Civil³⁵.

De salientar que, embora apenas no n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais se aluda à negociação por interposta pessoa, há que entender que o regime previsto no n.º 1 do citado normativo é aplicável aos negócios celebrados entre a sociedade e o administrador por interposta pessoa, como não poderia deixar de ser, por se tratarem de situações que da própria lei resulta serem mais gravosas para a vida da sociedade³⁶.

³¹ Adaptando o preceito ao Código das Sociedades Comerciais: cônjuge do administrador, pessoa de quem o administrador seja herdeiro presumido e terceiro que, de acordo com o administrador, negocie com a sociedade a fim de transmitir-lhe em momento posterior a coisa ou o direito transmitido.

³² ABREU (nota 7), p. 327 e ABREU (nota 8), p. 15.

³³ No mesmo sentido, vide GOMES (nota 9), p. 103, e MARTINS (nota 30), p. 560-561, embora este autor sustente que não é contrato por interposta pessoa aquele em que o administrador é sócio dominante da contraparte.

³⁴ GIÃO (nota 24), p. 254.

³⁵ Acompanhamos, aqui, a posição assumida por ABREU (nota 7), p. 328, ABREU (nota 8), p. 16, e MARTINS (nota 30), p. 561.

³⁶ Neste sentido, vide ABREU (nota 7), p. 328 e ABREU (nota 8), p. 16, que aponta como exceção a esta regra o caso dos adiantamentos de remunerações superiores a um mês, na medida em que as remunerações são devidas pessoalmente aos administradores; MARTINS (nota 30), p. 559; e GIÃO (nota 24), p. 249.

3.3. José Ferreira Gomes³⁷ entendendo estar a letra da lei aquém da *ratio* da norma e ponderando a necessidade de segurança jurídica, propõe a interpretação extensiva do n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais, de modo a sujeitar à aprovação prévia pelo conselho de administração os contratos celebrados entre a sociedade e terceiros (incluindo acionistas) representados pelo mesmo administrador (dupla representação)³⁸ e a sua aplicação por analogia aos contratos celebrados entre a sociedade e terceiros com administradores comuns que não representam a sociedade no contrato em causa³⁹.

Pedro Caetano Nunes⁴⁰, embora acolha a tese da aplicação do art. 397.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, aos casos de dupla representação, discorda da posição assumida por José Ferreira Gomes, no sentido da aplicação analógica do n.º 2 do art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, aos casos em que existem administradores comuns, sem que estes tenham atuado em dupla representação, por considerar que não geram a potencialidade de conflitos de interesses suficientemente intensos que justifiquem a aplicação do regime em causa⁴¹.

A jurisprudência nacional tem entendido, ao contrário dos mencionados autores, não ser o regime do n.º 2 do art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, aplicável aos casos de dupla representação, aparentemente dando preponderância à personalidade jurídica das sociedades contratantes⁴².

3.4. Como supra se referiu o regime que acabámos de expor é aplicável às sociedades de modelo germânico por força da remissão operada pelo art. 428.º do Código das Sociedades Comerciais.

³⁷ GOMES (nota 9), p. 103-104.

³⁸ Casos em que o administrador não atua em nome próprio, mas em representação de terceiro.

³⁹ Por exemplo, contrato celebrado entre sociedade-mãe e sociedade-filha, que tenham um ou mais administradores comuns.

⁴⁰ NUNES (nota 2), p. 199-201.

⁴¹ No mesmo sentido, linha jurisprudencial, aliás, que o autor acompanha, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 04/10/2005, disponível em www.dgsi.pt.

⁴² V. Acórdão da Relação do Porto de 05/02/2009, Acórdão da Relação de Lisboa de 10/10/2006 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/05/1997.

No entanto, para garantir a validade do negócio celebrado entre sociedade e o membro do conselho de administração executivo no contexto das sociedades de modelo germânico haverá apenas um grau de controlo, qual seja a autorização prévia por deliberação do conselho geral e de supervisão, como sublinham Alexandre Soveral Martins⁴³ e João Sousa Gião⁴⁴.

Na realidade, é ao conselho geral e de supervisão que compete, entre outras, fiscalizar as atividades do conselho de administração executivo (art. 441.º, n.º 1, al. d), do Código das Sociedades Comerciais). Deste modo, atendendo à competência legalmente atribuída ao conselho geral e de supervisão e considerando que o revisor oficial de contas, a quem compete fiscalizar as contas da sociedade, não detém as competências próprias do conselho fiscal, não fica a validade dos negócios celebrados entre a sociedade e os membros do conselho de administração executivo dependente de parecer prévio favorável daquele⁴⁵.

Uma última palavra apenas para referir que aos negócios entre a sociedade e os membros do conselho geral e de supervisão se aplica também o regime do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais, com as necessárias adaptações, por remissão do art. 445.º, n.º 1, do mesmo compêndio legal.

3.5. As considerações que acima se expuseram são válidas também para os negócios celebrados com sociedades que estejam em relação de domínio ou de grupo com aquela de que o contraente é administrador, conforme estatui o art. 397.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais⁴⁶.

⁴³ V. ABREU (nota 7), p. 726.

⁴⁴ GIÃO (nota 24), p. 257. Este autor salienta, ainda, que apesar de haver um menor risco de influência por parte do administrador interessado, por força da separação orgânica entre o conselho de administração executivo e o conselho geral e de supervisão, esta independência orgânica não será diversa da que existe entre os administradores não executivos e os membros de uma comissão executiva, no modelo latino.

⁴⁵ Neste sentido, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/01/2002, cujo sumário se consultou em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/civel/sumarios-civel-2002.pdf>.

⁴⁶ Cfr. arts. 486.º e 488.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais para uma definição legal dos conceitos de sociedades em relação de domínio e de sociedades em relação de grupo.

Jorge M. Coutinho de Abreu defende a aplicação extensiva dos n.ºs 4 e 5 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais aos negócios celebrados com sociedades que estejam em relação de domínio ou de grupo com aquela de que o contraente é administrador, interpretamos nós, por identidade de razões⁴⁷.

3.6. Por oposição aos negócios com a sociedade absolutamente proibidos e a par daqueles que dependem do cumprimento de determinados procedimentos, como vimos, o direito societário português contempla, ainda, os negócios livres.

Negócios livres são, na redação do art. 397.º, n.º 5 do Código das Sociedades Comerciais, todos aqueles que estejam compreendidos no próprio comércio da sociedade⁴⁸ e em que nenhuma vantagem especial seja concedida ao contraente administrador, excluindo-se, como é bom de ver, os previstos no n.º 1 do art. 397.º.

Deve entender-se que nenhuma vantagem especial é concedida ao administrador contraente quando o negócio é realizado em condições normais de mercado⁴⁹.

A título de exemplo, veja-se o caso do administrador de uma sociedade que se dedica à comercialização de bens ou serviços de consumo e que com esta contrata, adquirindo esses bens ou serviços, nas mesmas condições que o público em geral.

Vantagens especiais serão, assim, todas aquelas que se afastem das vantagens normais na forma legítima de negociar, fazendo entrar diretamente no património do administrador, no todo ou em parte, aquilo que seria dirigido à sociedade, como se escreveu no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/12/1995⁵⁰.

⁴⁷ ABREU (nota 7), p. 331 e ABREU (nota 8), p. 19.

⁴⁸ Ou seja, que integrem o objeto social. Cfr. art. 11.º do Código das Sociedades Comerciais.

⁴⁹ GIÃO (nota 24), p. 256, MARTINS (nota 30), p. 567, ABREU (nota 7), p. 330 e ABREU (nota 8), p. 18. Este último autor admite, ainda, a inexistência de vantagem especial se o negócio com o administrador for celebrado nas condições mais favoráveis aplicáveis a todos quantos trabalham na sociedade (ob. e loc. cit.).

⁵⁰ Coletânea de Jurisprudência, ano XX, 1995, tomo 5, pág. 216-219. Definem-se, assim, vantagens especiais por contraposição às vantagens normais que legitimamente podem advir para o administrador contratante, enquanto vantagens indiretas, como exemplifica NETO, Abílio (*Código*

Jorge M. Coutinho de Abreu e João Sousa Gião criticam a fórmula legal de definição dos negócios livres em virtude de o critério usado consistir, na prática, no resultado que se pretende evitar (a não atribuição de vantagem especial ao administrador interessado) e na medida em que inexistente mecanismo de controlo preventivo de eventuais conflitos de interesses⁵¹.

Na realidade, se, por um lado, a lei afasta o dever de informação sobre os negócios celebrados entre a sociedade e os administradores no condicionalismo previsto no art. 397.º, n.º 5, do Código das Sociedades Comerciais, por outro lado, não esclarece quem fica incumbido de determinar se a um negócio em concreto é aplicável aquela norma ou o n.º 2 do mesmo preceito, correndo-se o risco de acabar por ser o administrador interessado a ter que, isoladamente, fazer essa distinção.

Com clareza, destaca José Ferreira Gomes⁵² que «[se] passa de uma solução em que se pretende prevenir a tentação, eliminando a oportunidade, para uma solução em que cabe ao interessado interpretar conceitos gerais e abstratos, potenciando a tentação e a oportunidade».

Na prática, só *a posteriori*, se e quando o conselho de administração toma conhecimento do negócio celebrado em violação do disposto no art. 397.º, n.º 5, do Código das Sociedades Comerciais, pode este demandar a declaração de nulidade do negócio e a responsabilização do administrador.

Para facilitar o controlo ou fiscalização pelos sócios e pelos órgãos sociais, Jorge M. Coutinho de Abreu sugere, *de jure condendo*, «a obrigatoriedade de os negócios com as sociedades respetivas *acima de certo valor* (v.g., 1% do capital próprio da sociedade) serem comunicados ao órgão de administração e/ou ao

das Sociedades Comerciais – Jurisprudência e Doutrina, Lisboa: Ediforum, 2003, p. 847): a satisfação por ter realizado um negócio, a expectativa de poder continuar a merecer a confiança dos sócios, a perspectiva de poder ser novamente nomeado ou eleito para a administração em próximo mandato ou a eventual recompensa (ou prémio) que a sociedade, em assembleia geral, delibere atribuir-lhe, face aos bons resultados que para a empresa conseguiu.

⁵¹ GIÃO (nota 24), p. 256-257, ABREU (nota 7), p. 330 e ABREU (nota 8), p. 18.

⁵² GOMES (nota 9), p. 113, e GOMES, José Ferreira, «Os Deveres de informação sobre negócios com partes relacionadas e os recentes Decretos-Lei n.ºs 158/2009 e 185/2009», *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 33, Agosto de 2009 (disponível em www.cmvm.pt), p. 124.

órgão de fiscalização e *mencionados* em documentos sociais de prestação de contas – ainda que tenha sido entendido que tais negócios foram realizados sem vantagens especiais para os administradores ou em condições especiais de mercado.»⁵³

José Ferreira Gomes⁵⁴, por seu turno, lembrando que está em causa um mecanismo de fiscalização prévia e colegial, defende, também quanto ao direito a constituir, que a decisão sobre se num caso concreto existe ou não conflito de interesses deveria incumbir ao conselho de administração, pelo que todos os negócios a celebrar com administradores deveriam ser submetidos a aprovação prévia daquele conselho, sem prejuízo de admitir uma deliberação genérica especificando os contratos que poderiam ser celebrados entre a sociedade e os seus administradores.

Refere, ainda, este autor que «de acordo com as melhores práticas de governo das sociedades (...) impõe-se uma restrição da discricionariedade do administrador interessado na aferição da existência de vantagens especiais no contrato a celebrar», estabelecendo como critério a existência ou não de liberdade de estipulação⁵⁵. Assim, prossegue José Ferreira Gomes, nos casos em que inexistisse liberdade de estipulação, como ocorre na contratação em massa, sujeita a cláusulas contratuais gerais, deveria presumir-se a inexistência de vantagens especiais para o administrador e, nos restantes, não havendo critério estabelecido pelo conselho de administração, deveria o negócio ser submetido à aprovação prévia por este.

No mesmo sentido, no Código do Governo das Sociedades⁵⁶, do Instituto Português do Corporate Governance⁵⁷, fundado na regra do *comply or explain*,

⁵³ ABREU (nota 7), p. 330-331 e ABREU (nota 8), p. 19.

⁵⁴ GOMES (nota 9), p. 114, e GOMES (nota 52) p. 124-125.

⁵⁵ GOMES (nota 9), p. 114-115, e GOMES (nota 52), p. 125.

⁵⁶ Código de Governo das Sociedades, 2014 ([http://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/codigo de governo das sociedades do ipcg.pdf](http://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/codigo_de_governo_das_sociedades_do_ipcg.pdf)), acesso em Novembro de 2015

estabelece-se como princípio que «devem existir mecanismos para prevenir a existência de conflitos de interesses, atuais ou potenciais, entre os membros de órgãos ou comissões societárias e a sociedade. O membro em conflito não deve interferir no processo de decisão» (I.4. do Código) e recomenda-se que «através de regulamento interno, deve ser imposta a obrigação de os membros dos órgãos e comissões societárias informarem pontualmente o respetivo órgão ou comissão sobre os factos que possam constituir ou dar causa a um conflito entre os seus interesses e o interesse social» e que «o Regulamento Interno de cada órgão ou comissão societária deve estabelecer que o membro em conflito não interfere no processo de decisão, sem prejuízo do dever de prestação de informações e esclarecimentos que o órgão, a comissão ou os respetivos membros lhe solicitarem.» (I.4.1. e I.4.2. do Código).

4. Regras de transparência. Deveres de informação sobre negócios com partes relacionadas

Estatui o art. 397.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais, que «no seu relatório anual, o conselho de administração deve especificar as autorizações que tenha concedido ao abrigo do n.º 2 e o relatório do conselho fiscal ou da comissão de auditoria deve mencionar os pareceres proferidos sobre essas autorizações»⁵⁸ ⁵⁹.

Consagra este preceito, no nosso entender, o princípio da transparência, decorrência direta dos deveres de lealdade, constituindo um mecanismo de controlo *ex post* da validade dos negócios entre sociedade e administradores.

Este mecanismo de controlo dos negócios com partes relacionadas permite, por um lado, dar a conhecer aos diferentes participantes na vida societária os factos

⁵⁷ Associação de direito privado, sem fins lucrativos, que tem por objeto a investigação e divulgação dos princípios de Corporate Governance (cfr. os respetivos Estatutos em www.cgov.pt).

⁵⁸ Vide arts. 66.º, n.º 5, al. e), 406.º, al. d), 420.º, n.º 1, al. g), e 423.º-F, n.º 1, al. g), do Código das Sociedades Comerciais.

⁵⁹ Nas sociedades de modelo germânico, as autorizações em causa deverão constar no relatório anual da atividade do conselho geral e de supervisão (art. 441.º, n.º 1, al. q), do Código das Sociedades Comerciais).

de que estes carecem para tomar as suas decisões no âmbito do governo da sociedade e, por outro, aos seus credores a informação necessária à avaliação da situação financeira da sociedade⁶⁰.

Como salienta José Ferreira Gomes, «os deveres de informação sobre este tipo de negócios justificam-se, desde logo, pela necessidade de assegurar uma correta formação dos preços no mercado dos valores mobiliários» e na medida em que têm «um efeito sancionatório e dissuasor dos abusos oportunistas dos *insiders*.»⁶¹

Este mecanismo de controlo aproveita, assim, não só aos acionistas, mas também a terceiros, na medida em que o Código das Sociedades Comerciais impõe a publicitação do relatório de gestão e do relatório do órgão de fiscalização (art. 70.º do Código das Sociedades Comerciais).

Deste modo, com a prestação de informação atingem-se dois objetivos importantes do governo das sociedades: a sindicabilidade da atividade, por um lado, e a transparência da sua atuação, por outro.

Aprovada a Diretiva 2006/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, que apresentava como um dos seus principais objetivos aproximar o regime aplicável à transparência devida em matéria de transações com partes relacionadas nas sociedades cotadas⁶² e não cotadas, foi esta objeto de transposição para o ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto. Este diploma aditou ao Código das Sociedades Comerciais, entre outros, o art. 66.º-A, que, no seu n.º 2, prevê que as sociedades que não elaboram as suas contas de acordo com as normas internacionais de contabilidade adotadas nos termos do regulamento comunitário, ou seja, as que não estão submetidas à IAS24, devem, em anexo às contas, divulgar informações

⁶⁰ GOMES (nota 52), p. 107.

⁶¹ GOMES (nota 52), p. 121.

⁶² Estas submetidas já ao regime da IAS 24 – Divulgações relativas a partes relacionadas (*International Accounting Standard 24 – Related Party Disclosures*) - Regulamento (CE) n.º 2238/2004, da Comissão, de 29 de Dezembro.

sobre as operações realizadas com partes relacionadas, incluindo, nomeadamente, os montantes dessas operações, a natureza da relação com a parte relacionada e outras informações necessárias à avaliação da situação financeira da sociedade, se tais operações forem relevantes e não tiverem sido realizadas em condições normais de mercado.

Obrigação idêntica mostra-se prevista no art. 508.º-F, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, aplicável às sociedades obrigadas à consolidação de contas.

A expressão partes relacionadas, para efeitos do disposto nos citados preceitos, tem o significado definido nas normas internacionais de contabilidade adotadas nos termos de regulamento comunitário (n.º 3, al. a), do art. 66.º-A, e n.º 3, al. a), do art. 508.º-F, do Código das Sociedades Comerciais)⁶³.

Deste modo, e de acordo com o Regulamento (CE) n.º 2238/2004, da Comissão, de 29 de Dezembro, uma parte está relacionada com uma entidade se:

- a) direta, ou indiretamente através de um ou mais intermediários, a parte:
 - i) controlar, for controlada por ou estiver sob o controlo comum da entidade (isto inclui empresas-mãe, subsidiárias e subsidiárias colegas);
 - ii) tiver um interesse na entidade que lhe confira influência significativa sobre a entidade; ou
 - iii) tiver um controlo conjunto sobre a entidade;
- b) a parte for uma associada (tal como definido na IAS 28 Investimentos em Associadas) da entidade;
- c) a parte for um empreendimento conjunto em que a entidade seja um empreendedor (ver IAS 31 Interesses em Empreendimentos Conjuntos);
- d) a parte for membro do pessoal chave da gerência da entidade ou da sua empresa-mãe;

⁶³ IAS 24 – Divulgações de Partes Relacionadas – Regulamento (CE) n.º 2238/2004, da Comissão, de 29 de Dezembro.

e) a parte for membro íntimo da família⁶⁴ de qualquer indivíduo referido nas alíneas (a) ou (d);

f) a parte for uma entidade controlada, controlada conjuntamente ou significativamente influenciada por, ou em que o poder de voto significativo nessa entidade reside em, direta ou indiretamente, qualquer indivíduo referido nas alíneas (d) ou (e); ou

g) a parte for um plano de benefícios pós-emprego para benefício dos empregados da entidade, ou de qualquer entidade que seja uma parte relacionada dessa entidade.

Ainda nos termos do citado do Regulamento comunitário, transação com partes relacionadas consiste numa transferência de recursos, serviços ou obrigações entre partes relacionadas, independentemente de haver ou não um débito de preço.

José Ferreira Gomes critica a circunstância de a lei nacional fazer recair na administração a interpretação de conceitos abstratos como a relevância da operação e as condições normais de mercado de modo a sujeitar a publicidade esse negócio e o facto de impor o dever de informação previsto no art. 66.º-A, do Código das Sociedades Comerciais, indiferenciadamente a todas as sociedades, independentemente do seu tipo e da sua dimensão, pese embora os custos associados aos deveres de informação⁶⁵.

Face à sujeição de igual modo de todos os tipos societários aos deveres de informação, Paulo Câmara aponta a necessidade de ponderação dos interesses em confronto, quais sejam, por um lado, o aumento da transparência quanto à

⁶⁴ Membros íntimos da família de um indivíduo, na definição do Regulamento, são aqueles membros da família que se espera que influenciem, ou sejam influenciados por, esse indivíduo nos seus negócios com a entidade. Podem incluir: o parceiro doméstico e filhos do indivíduo; filhos do parceiro doméstico do indivíduo; e dependentes do indivíduo ou do parceiro doméstico do indivíduo.

⁶⁵ GOMES (nota 52), p. 128/129. Acrescenta, ainda, o mencionado autor que a interpretação feita pela administração sobre a relevância da operação e as condições normais de mercado só poderá ser posta em causa por quem venha a saber do negócio em questão por outros meios e esteja disposto a suportar os custos de o impugnar.

governança da sociedade, e, por outro lado, o interesse das sociedades à *privacy* empresarial, de forma a que a cominação do dever não seja desequilibrada⁶⁶.

As sociedades que sejam emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado (vulgo, sociedades cotadas) estão ainda obrigadas ao dever de informação no relatório anual de governo societário, imposto pelo art. 245.º-A, n.º 2, do Código dos Valores Mobiliários e pelo Código de Governo das Sociedades da Comissão dos Mercados de Valores Mobiliários de 2013, que, por sua vez, fica sujeito à fiscalização por parte do órgão de fiscalização interna da sociedade e do revisor oficial de contas (arts. 420.º, n.º 5, 423.º-F, n.º 2, 441.º, n.º 2 e 451.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais).

No que respeita às sociedades sujeitas à IAS24 (nas quais se incluem, obrigatoriamente, as sociedades cotadas), estão estas obrigadas à divulgação de informação nos termos dos §§ 12, 16 e 17 do Regulamento (CE) n.º 2238/2004 da Comissão, de 29 de Dezembro de 2004, designadamente sobre os relacionamentos entre empresas-mãe e subsidiárias, independentemente de ter havido ou não transações entre essas partes relacionadas, sobre a remuneração do pessoal chave da gerência, sobre transações entre partes relacionadas, especificando a natureza do relacionamento com as partes relacionadas, assim como informação sobre as transações e saldos pendentes necessária para a compreensão do potencial efeito do relacionamento nas demonstrações financeiras, incluindo a quantia das transações, a quantia dos saldos pendentes, provisões para dívidas duvidosas relacionadas com a quantia dos saldos pendentes, e os gastos reconhecidos durante o período a respeito de dívidas incobráveis ou duvidosas devidas por partes relacionadas.

Para finalizar a temática das transações com partes relacionadas, uma palavra apenas para mencionar os *Principles of Corporate Governance* da OCDE que, no seu ponto V.A.6. estabelecem que «*to ensure that the company is being run*

⁶⁶ CÂMARA (nota 5), p. 29.

with due regard to the interests of all its investors, it is essential to fully disclose all material related party transactions and the terms of such transactions to the market individually.»⁶⁷

5. O caso especial das sociedades por quotas

Analisada a problemática dos negócios da sociedade com os administradores e dissecado o disposto no art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, cumpre agora indagar qual a solução para idêntico problema no seio das sociedades por quotas. Urge ir em busca do regime legal aplicável, uma vez que o Código das Sociedades Comerciais, não contém, na parte dedicada às sociedades por quotas, norma que regulamente os negócios da sociedade com os gerentes.

Como vimos, surgem-nos três caminhos: a aplicação do disposto no art. 261.º, do Código Civil; a aplicação do disposto no art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais; a tese da aplicação de um regime “ad hoc”, criado pelo intérprete do Direito, numa interpretação integrativa da lacuna, ao abrigo do disposto no art. 10.º, n.º 3, do Código Civil.

Para melhor compreensão dos contornos da questão em apreço, há que ter em conta: a história que antecede as normas; as semelhanças e diferenças das estruturas de governo das sociedades anónimas e das sociedades por quotas; as diferenças de regime – Código Civil / Código das Sociedades Comerciais.

5.1. Historicamente, o regime das sociedades anónimas era aplicável às sociedades por quotas, desde a sua criação pela Lei de 11 de Abril de 1901 (Lei das Sociedades por Quotas) - cujo art. 31.º impunha a aplicação aos gerentes, da regulamentação dos diretores das sociedades anónimas (a Lei de 22 de Junho de 1867 consagrava a proibição dos negócios entre os mandatários das sociedades anónimas e a sociedade, salvo existindo autorização expressa da assembleia geral),

⁶⁷ Disponível em <http://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf> - Para assegurar que a sociedade está a ser gerida tendo em consideração os interesses de todos os acionistas, é essencial que aquela divulgue ao mercado todas as informações sobre transações efetuadas com partes relacionadas e sobre os termos dessas transações (tradução nossa).

situação que se mantinha no momento da elaboração e aprovação do Código das Sociedades Comerciais.

Cumpra assim questionar se o abandono aparente de tal solução resultou de opção expressa do legislador, pretendendo reconduzir-nos, portanto, ao regime geral do negócio consigo mesmo.

Diogo Costa Gonçalves⁶⁸ dá resposta negativa a tal questão: «Cremos, portanto, que para o autor do Anteprojecto, a matéria referente à regulamentação dos negócios celebrados entre os gerentes e a sociedade seria matéria da Parte Geral do novo código ou, a não ser essa a opção do legislador, dever-se-ia manter a sistemática anterior: a existência de um preceito em sede de SA, aplicável ao regime das SPQ, por remissão normativa.» «A esperança que alimentou os anteprojectos de Raúl Ventura referentes às SPQ tinha sido assim defraudada. Tanto quanto é possível ajuizar, a matéria referente à celebração dos negócios entre os gerentes e a sociedade foi, simplesmente, esquecida... De *Pilatos para Herodes*, a matéria em causa acabou sem uma previsão esboçada no regime do CSC. Situação que se mantém até hoje.»

Diz-nos ainda⁶⁹: «Dos trabalhos preparatórios bem como dos imediatos precedentes normativos e doutrinários resulta que o legislador do CSC desejava submeter a celebração dos negócios entre os gerentes e a SPQ ao mesmo regime da celebração dos negócios entre os administradores e a SA.»

Veja-se que o anteprojecto relativo às sociedades por quotas foi da responsabilidade de Raúl Ventura, enquanto que o anteprojecto referente às disposições gerais foi elaborado por Ferrer Correia com a colaboração de António A. Caeiro.⁷⁰

⁶⁸ GONÇALVES (nota 10), p. 107 e 108.

⁶⁹ GONÇALVES (nota 10), p. 122.

⁷⁰ Para melhor identificação dos autores de cada uma das partes do CSC, ver CORDEIRO (nota 4), p. 146 e 147.

5.2. No que toca à estrutura de governo das sociedades, verificamos que os órgãos de administração e de fiscalização referidos no n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais não existem (por regra) nas sociedades por quotas.

Porém, vemos que nas sociedades anónimas pode haver administrador único⁷¹ e que, nas sociedades por quotas, pode haver gerência plural⁷².

Igualmente, nas sociedades por quotas pode haver conselho fiscal⁷³; não havendo órgão de fiscalização, ainda assim, fiscalização existe sempre, ainda que seja exercida apenas pelos próprios sócios - neste sentido, António Menezes Cordeiro⁷⁴: «Quando nada prevejam, a fiscalização será inorgânica; levada a cabo pelos sócios, ao abrigo do direito à informação (214.º) e, no limite, com recurso ao inquérito judicial».

Acresce que, como nos diz Diogo da Costa Gonçalves⁷⁵: «No regime do CSC, o tipo SPQ está marcado pela superação do *monopólio orgânico* das sociedades pessoais... nas SPQ o modelo de governo supletivo passa pela distinção entre a propriedade e a administração quanto a todos ou, pelo menos, quanto a alguns dos sócios.»

5.3. Contrapondo os regimes, verificamos que o art. 261.º, do Código Civil regulamenta o negócio consigo mesmo, instituto no qual o representante surge num qualquer negócio, simultaneamente, por si ou em representação de terceiro, e como contraparte do (por si) representado.

Como pressupostos da validade do contrato, é necessário que o representado o tenha especificadamente consentido ou que o negócio exclua, por sua natureza, a possibilidade do conflito de interesses⁷⁶.

⁷¹ Cfr. art. 390.º, n.º 2, do CSC.

⁷² Cfr. art. 261.º, do CSC.

⁷³ Cfr. art. 262.º, n.º 1, do CSC.

⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades, Das Sociedades em Especial*, Coimbra: Almedina, 2.ª reimpressão da 2.ª edição de 2007, 2014, vol. II. p. 449

⁷⁵ GONÇALVES (nota 10), p. 104.

⁷⁶ SERRA, Vaz, *apud* LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, vol. I, p. 243 e 244: «não existe quando o conteúdo do contrato estiver pré-determinado de tal modo que o representado não possa ser prejudicado pelo facto de o

Como consequência da falta de consentimento do representado num negócio (não livre) com o representante, temos a anulabilidade do negócio.

Como hipóteses contempladas no art. 261.º, do Código Civil, encontramos, segundo Pires de Lima e Antunes Varela⁷⁷, o contrato consigo mesmo *stricto sensu* e a dupla representação. No sentido de incluir também o negócio com o representado, Pedro Caetano Nunes⁷⁸.

5.4. A tese tradicional – partindo das dificuldades de aplicação imediatamente sentidas perante a inexistência de conselhos de administração e fiscal - vai no sentido da aplicação do disposto no art. 261.º do Código Civil, onde está consagrado o princípio geral da representação.

Neste sentido, Raúl Ventura⁷⁹: «O art. 397.º, n.º 2, CSC... Não pode ser transposto directamente para as sociedades por quotas, nas quais não há normalmente esses conselhos. Segundo o art. 261.º, n.º 1, CC, é anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio seja em representação de terceiro, a não ser que o representante tenha especificadamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses... A única adaptação necessária consiste em o consentimento ser dado por deliberação dos sócios, na qual o interessado, se for sócio, não poderá votar, por impedimento consignado no art. 251.º, n.º 1, al. g) do CSC.»⁸⁰

Por vezes, é também invocada a excepcionalidade da norma (art. 397.º, n.º 2, CSC) como motivo justificativo da impossibilidade da sua aplicação analógica.

representante concluir o contrato consigo mesmo, quer em nome próprio, quer como representante de terceiro».

⁷⁷ LIMA e VARELA (nota 76), p. 243.

⁷⁸ NUNES (nota 2), p. 199 e 200.

⁷⁹ VENTURA, Raúl, *Sociedades por quotas*, Almedina: Coimbra, 1991, vol. III, p. 176 e 177.

⁸⁰ Com algumas semelhanças, encontramos CUNHA (nota 10), p. 832: «Em conclusão: nas sociedades por quotas não há limites específicos à contratação entre a sociedade e os seus gerentes, para além daqueles que decorram do normal exercício das funções e designadamente do cumprimento dos deveres legais gerais, de cuidado e lealdade (cfr. art. 64.º), que nesta matéria se traduzem no dever de boa administração e da não concretização de negócios ruinosos para a sociedade.»

Veja-se Paulo Olavo Cunha⁸¹: «O regime de autorização constante do artigo 397.º é um regime excecional relativamente aos negócios da sociedade em geral e aos contratos celebrados com administradores, no âmbito da atividade social (cfr. n.º 5). Por isso, a sua aplicação por analogia não é isenta de escolhos (cfr. art. 11.º do CC).»

De acordo com esta tese: não há negócios proibidos; na negociação limitada, a autorização é dada por deliberação dos sócios⁸²; nada se diz quanto ao papel do órgão de fiscalização; o negócio limitado não autorizado é anulável; nada se diz quanto ao administrador único nas sociedades anónimas; há negócios livres.

Maioritariamente, a jurisprudência segue esta primeira via de interpretação.⁸³

5.5. Uma segunda tese pugna pela aplicação analógica do disposto no art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais às situações de negócio dos gerentes com as sociedades por quotas.

Neste sentido, Jorge Coutinho de Abreu⁸⁴: «A *segunda tese* sustenta a aplicação do art. 397.º (em geral) *analogicamente* às sociedades por quotas (cfr. art. 2.º do CSC e o art. 10.º, 1 e 2, do CCiv). São *idênticos os conflitos de interesses e os riscos de prejuízo* para a sociedade e (derivadamente) os sócios e credores sociais na contratação entre administradores e sociedade tanto nas sociedades anónimas como nas sociedades por quotas; as *razões que justificam a proibição* (sob pena de nulidade) dos negócios previstos no n.º 1 do art. 397.º e a nulidade dos negócios sem observância dos requisitos procedimentais prevista no n.º 2 desse artigo *são razões que igualmente justificam soluções semelhantes para as sociedades por quotas*. O regime da *nulidade* dos negócios jurídicos é, como se sabe, bem diferente

⁸¹ CUNHA (nota 10), p. 832.

⁸² Os sócios podem tomar deliberações unânimes por escrito, em assembleia universal, por voto escrito e em assembleia geral, cfr. art.s 54.º e 247.º, do CSC.

⁸³ Neste sentido, a título exemplificativo, acórdãos dos Tribunais da Relação: do Porto de 5 de Fevereiro de 2009 (processo 0835545); de Lisboa de 10 de Outubro de 2006 (processo 4916/2006-7); do Porto de 13 de Dezembro de 2005 (processo 0521121) – todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁸⁴ ABREU (nota 8), p. 20 e 21.

do regime da *anulabilidade* (cfr. os art.s 286.º, 287.º e 288.º do CCiv. E, além de ser esta a sanção estabelecida no art. 261.º, 1, do CCiv., é certo que os negócios entre gerente e sociedade *não têm de ser* «negócios consigo mesmo» - *v.g.*, quando a gerência seja plural, o gerente contraente não tem de aparecer (ou aparecer sozinho) a representar a sociedade. Entretanto, relativamente aos requisitos previstos no n.º 2 do art. 397.º e à proibição absoluta do n.º 1, devem os negócios [entre gerente e sociedade] ser autorizados por deliberação dos sócios e merecer parecer favorável do órgão de fiscalização (se existir) – sob pena de nulidade».

De acordo com esta tese: há negócios proibidos; na negociação limitada, a autorização é dada por deliberação dos sócios ou pela gerência plural; existindo órgão de fiscalização, depende do parecer favorável do mesmo; o negócio limitado não autorizado é nulo; a mesma solução deve ser aplicada aquando da existência de administrador único nas sociedades anónimas; há negócios livres.

Também no sentido da aplicação do disposto no art.º 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, Alexandre de Soveral Martins⁸⁵, lançando mão, desde logo, do disposto no art.º 2.º do Código das Sociedades Comerciais, que impõe a aplicação, aos casos omissos, da regulamentação dos casos análogos previstos nesse mesmo Código.

5.6. Deparando-se com os entraves à aplicação de qualquer das teses anteriores, Diogo Costa Gonçalves apresenta uma terceira tese em confronto com as anteriores: a criação de um regime *ad hoc*, ao abrigo do disposto no art. 10.º, n.º 3, do Código Civil, ou seja, perante a inexistência de regulamentação dos negócios da sociedade com os gerentes, a criação de norma pelo próprio intérprete.

Entende o referido autor que a analogia com o art.º 397.º do Código das Sociedades Comerciais não é possível porque «Impede-o a mera *eventualidade* da existência de colegialidade na gerência da sociedade (mesmo quando plural) e igual *eventualidade* da existência de um órgão de fiscalização nas SPQ em oposição

⁸⁵ MARTINS (nota 30), p. 562 e 563.

à necessária apreciação dos negócios por um órgão colegial e à intervenção obrigatória de um órgão com poderes de fiscalização...»⁸⁶

Consequentemente⁸⁷: «A nossa proposta consiste na formulação de uma solução normativa *ad hoc*, nos termos do art. 10.º/3 do CC, de acordo com o qual *serão nulos, salvo autorização prévia da assembleia geral, os negócios celebrados, directa ou indirectamente, entre os gerentes e a sociedade ou entre estes e as sociedades que com aquela se encontrem em relação de domínio ou de grupo, salvo se o negócio em causa, pela sua natureza ou circunstâncias, exclua a possibilidade de conflito de interesses.*»

De acordo com esta tese: não há negócios proibidos; na negociação limitada, a autorização é dada pela assembleia geral; nada se diz quanto ao órgão de fiscalização; o negócio limitado não autorizado é nulo; a mesma solução deve ser aplicada aquando da existência de administrador único nas sociedades anónimas; definem-se as partes relacionadas como sendo os gerentes e a sociedade ou entre estes e as sociedades que com aquela se encontrem em relação de domínio ou de grupo; há negócios livres.

5.7.1. No caminho de escolha de um de entre os caminhos abertos pela doutrina, em primeiro lugar, há que ter em conta a identidade dos problemas que um e outro dos regimes – art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais e art. 261.º do Código Civil – pretendem resolver: a existência de um negócio onde é idêntica a pessoa de ambos os lados do sinalagma (de um dos lados em representação de outrem), de onde decorre o perigo de conflito de interesses, com eventual prejuízo para a parte representada.

Porém, cumpre ter em mente que o gerente representa, efetivamente, a sociedade; porém, os seus poderes vão muito para além da representação: gere a sociedade, praticando os atos necessários ou convenientes à realização do seu objeto social, cabendo-lhe a prática de todos os atos que não estejam reservados

⁸⁶ GONÇALVES (nota 10), p. 123.

⁸⁷ GONÇALVES (nota 10), p. 123.

aos sócios⁸⁸. Um gerente não é um mero representante, é um órgão da sociedade, forma a sua vontade.

Como nos diz Diogo da Costa Gonçalves⁸⁹: «Neste sentido, *representação orgânica* exige um outro enquadramento dogmático, distinto da figura geral da representação... Ora, a aplicação do princípio geral da representação à relação entre a sociedade e os titulares dos seus órgãos conduz a solução de casos concretos a um fraco e incorrecto enquadramento dogmático».

Por outro lado, as consequências resultantes da violação da necessidade de autorização dos negócios, previstas num e no outro dos regimes, são tremendamente diferentes: nulidade ou anulabilidade.

Vejamos⁹⁰: a nulidade é invocável a todo o tempo, enquanto a anulabilidade apenas o é no ano subsequente à cessação do vício; a nulidade é de conhecimento oficioso, enquanto que a anulabilidade só pode ser arguida por aqueles em cujo interesse foi estabelecida; a confirmação de atos nulos é excepcional (não estando prevista para o art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais), enquanto que a anulabilidade é sanável mediante confirmação.

Cumpra que nos interroguemos se a diferente natureza das sociedades anónimas e das sociedades por quotas justifica tal diferença de consequências jurídicas.

Entendemos que não, que nada o justifica; pelo contrário, são idênticas as necessidades de proteção da sociedade perante a atuação do seu gestor; qualquer que seja a sua forma, que por vezes se aproxima; é idêntica a necessidade de proteção perante conflitos de interesses. Consequentemente, devem ser idênticos os regimes aplicáveis num e no outro caso.

Acresce que, historicamente sempre assim foi – o regime das sociedades anónimas era aplicado, por remissão, às sociedades por quotas -, não havendo

⁸⁸ Cfr. art.s 246.º, 259.º e 260.º do CSC.

⁸⁹ GONÇALVES (nota 10), p. 114.

⁹⁰ Cfr. art.s 285.º e seg.s, do Código Civil.

qualquer indicação de que o legislador do Código das Sociedades Comerciais pretendesse alterar o estado das coisas.

Pelo contrário, tudo indica no sentido de que a lacuna tenha surgido por falta de articulação dos trabalhos dos autores encarregues da elaboração das diversas partes do Código, acabando por, inadvertidamente, a solução não ficar consagrada, nem na parte geral, nem em remissão do regime das sociedades anónimas para o regime das sociedades por quotas.

Deste modo, por criar desigualdades incompreensíveis, para mais afastando-se da tradição existente até então, sem que se verifique ter sido essa a intenção do legislador, é de rejeitar a aplicação do disposto no art. 261.º, do Código Civil, aos negócios dos celebrados entre a sociedade os gerentes.

5.7.2. Já a tese defendida por Diogo da Costa Gonçalves surge partindo do princípio de que não existe no nosso ordenamento jurídico qualquer situação semelhante à que se pretende regular – não sendo, portanto, possível a analogia – única situação em que é possível aplicar a “norma que o intérprete criaria”, como previsto no n.º 3 do art. 10.º, do Código Civil.

Ora, entendemos que não é esse o caso em apreço, na medida em que existem casos análogos: justamente, o art. 261.º, do Código Civil, e o art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais – havendo que optar por um destes dois regimes.

A este propósito, dizem-nos Pires de Lima e Antunes Varela⁹¹: «A analogia das situações mede-se em função das *razões justificativas* das soluções fixadas na lei, e não por mera obediência à mera semelhança formal das situações». Ora, a semelhança de razões justificativas – evitar os conflitos de interesses entre representante e representado – parece-nos evidente.

Acresce que tão pouco a forma de deliberação (plural ou colegial) do órgão a quem compete autorizar o negócio, impede a analogia – segundo Alexandre de Soveral Martins⁹²: «O que é regra supletiva, isso sim, é a possibilidade de atuação

⁹¹ LIMA e VARELA (nota 76), p. 59.

⁹² MARTINS (nota 30), p. 565.

conjunta e de deliberação. E, portanto, a aplicação, por analogia do art. 397.º, 2, não fica excluída. Em bom rigor, nem se pode dizer que o art.º 397.º, 2, exige a colegialidade.»

Por outro lado, não se compreende o afastamento da previsão dos negócios proibidos; nem a necessidade de privilegiar a deliberação em assembleia geral, em detrimento das demais formas de deliberação dos sócios (qualquer uma delas apta para afastar o perigo que se pretende evitar, permitindo o controlo do potencial conflito de interesses).

Por fim, verificamos que, tal como acontece na tese tradicional, não se prevê a intervenção do órgão de fiscalização, sendo certo que, existindo este, é de toda a conveniência que intervenha.

Deste modo, abandonamos igualmente esta tese.

5.7.3. Consequentemente, entendemos que a aplicação analógica, às situações de negócios dos gerentes com a sociedade, do disposto no art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, é a que melhor garante a coerência do sistema, respeitando a história das normas, a intenção do legislador e a analogia das situações - idênticos conflitos de interesses e idênticos riscos de prejuízo⁹³; não havendo qualquer óbice ao recurso à analogia, uma vez que a proibição dos negócios das sociedades com os administradores é uma decorrência do princípio geral orientador do Código das Sociedades Comerciais, o princípio da lealdade.

Não nos parece que as diferentes formas de governo das sociedades sejam impedimento a tal aplicação – como já dissemos acima, há que ter em conta que os órgãos de administração e de fiscalização referidos no n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais não existem (por regra) nas sociedades por quotas. Porém, nas sociedades anónimas pode haver um administrador único e nas sociedades por quotas pode haver gerência plural; nas sociedades por quotas pode

⁹³ ABREU (nota 8), p. 20.

haver um conselho fiscal, sendo que fiscalização existe sempre, ainda que seja exercida apenas pelos próprios sócios.

Aliás, mostra-se até de toda a conveniência – pela evidente analogia de situações – que o negócios da sociedade com os gerentes tenha a mesma solução que o negócio da sociedade com o administrador único, aqui se entrecruzando as duas formas de governo das sociedades.

Cumpra adaptar o disposto no referido preceito ao caso concreto, de onde não surge qualquer entrave à aplicação da norma – tal adaptação é, nem mais nem menos, do que o próprio recurso à analogia, a aplicação de uma norma *mutatis mutandis*. O art. 397.º, n.º 2 «Será aplicável na medida em que o possa ser.»⁹⁴

⁹⁴ Expressão utilizada por MARTINS (nota 30), p. 565.

Pluralidade de seguros: conceito, extensão e valência

João Paulo Vasconcelos Raposo (*)
(Juiz de Direito)

* Este texto foi apresentado como relatório de mestrado científico na Faculdade de Direito de Lisboa, sob docência do Prof. Doutor José Alberto Vieira

Lista de abreviaturas

LCS – Lei do Contrato de Seguro

CC – Código Civil

C.Com. – Código Comercial

I.e. – Isto é

p. - página

RL – Tribunal da Relação de Lisboa

ROA - Revista da Ordem dos Advogados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Introdução

Parte I – O Conceito de pluralidade de seguros:

1. Princípios gerais convocados pelo instituto
 - 1.1. Princípio indemnizatório
 - 1.2. Desoneração da seguradora em caso de contratação plural fraudulenta
 - 1.3. Autonomia privada no regime de pluralidade de seguros
 - 1.4. Imperatividade relativa no regime de pluralidade

2. Delimitação positiva do conceito de pluralidade de seguros
 - 2.1. Identidade temporal
 - 2.2. Identidade de risco
 - 2.3. Identidade de interesse
 - 2.3.1. Interesse no seguro de pessoas
 - 2.4. Requisitos subjetivos
 - 2.4.1. Identidade pessoal
 - 2.4.2. Não identidade de seguradoras

3. Delimitação negativa do instituto
 - 3.1. Sobresseguro
 - 3.2. Cosseguro
 - 3.3. Resseguro
 - 3.4. O seguro subsidiário e o seguro complementar
 - 3.5. As situações de pluralidade aparente de seguros
 - 3.5.1. Repartição de responsabilidade por sinistros
 - 3.5.2. Sinistros com classificação plural
 - 3.5.3. Proteção múltipla de interesses
 - 3.5.4. Ficções de unidade de objeto seguro em dois contratos autónomos
 - 3.6. Pluralidade de seguros em sentido próprio meramente parcial
 - 3.7. Regras aplicáveis a situações de pluralidade aparente e pluralidade verdadeira parcial

Parte II - O regime da pluralidade de seguros

1. A validade dos diversos contratos
 - 1.1. Pluralidade de seguros no Código Comercial
 - 1.1.1. Exceções expressas à ilicitude do segundo contrato
 - 1.1.2. O seguro complementar no C.Com.
 - 1.1.3. As soluções interpretativas do art. 434º C.Com.
 - 1.2. Sistemas comparados

2. Dever de informação
 - 2.1. Forma e conteúdo da comunicação
 - 2.2. Sujeitos do dever de informar
 - 2.3. Prazo da informação
3. As situações de omissão do dever de comunicação
 - 3.1. Simples omissão
 - 3.1.1. Licitude de cláusulas limitativas em caso de mera pluralidade
 - 3.1.2. Dever de informação e dever de declaração inicial de risco
 - 3.1.3. Eliminação da pluralidade em caso de desconhecimento
 - 3.2. Omissão fraudulenta
 - 3.2.1. Consequências da omissão fraudulenta
 - 3.2.2. Inoponibilidade ao lesado da omissão fraudulenta
4. Relações segurado – segurador com produção do evento lesivo
5. Relações entre seguradoras com produção do evento lesivo
6. As regras de *common law* referentes a pluralidade de seguros
7. Pluralidade no seguro de pessoas
 - 7.1. Contratos com prestações de valor predeterminado
8. Aplicação das regras da pluralidade a outras situações.

Introdução

Apresentar um estudo sobre o regime de pluralidade de seguros poderá apresentar relevo dogmático a dois níveis.

Numa análise mais imediata, a questão tem interesse próprio, não só a nível teórico e de aplicação prática mas também por ser daquelas matérias em que a reforma legal do regime de contrato de seguro introduzida pelo DL n.º 72/2008 é inovadora, trazendo ao regime português uma disciplina, como se verá, equiparável à dos ordenamentos mais avançados nesta área do direito.

Num segundo nível, mais mediato, não já do interesse dogmático estrito da matéria que se analisará, o tema da pluralidade de seguros afigura-se também como especialmente denunciador dos princípios que enformam todo o direito de seguros e, nessa medida, afigura-se como uma boa *janela de observação* das traves-mestras que enformam esta área do direito civil.

O desenvolvimento que se apresenta procura, numa primeira parte, descobrir e delimitar o conceito de pluralidade de seguros. Tal far-se-á de forma positiva e negativa. Do lado positivo, apresentando os princípios que enformam o conceito e as regras legais que lhe são aplicáveis.

Do lado negativo, delimitando o instituto de figuras que lhe são próximas e que permitem melhor definir os seus contornos.

Estabelecido o conceito, procurar-se-á, numa segunda parte deste estudo, entender o alcance do regime instituído no nosso ordenamento, procurando estabelecer o conteúdo das normas introduzidas na reforma de 2008, em si consideradas, por referência às soluções que o nosso ordenamento pregresso apresentava e por referência às soluções que ordens jurídicas próximas apresentam.

Em síntese, procurando identificar as inovações introduzidas pelo legislador de 2008 e a matriz das regras aplicáveis ao regime português de pluralidade de seguros, naquilo que seja singular e naquilo que seja comum a outros ordenamentos.

Concluir-se-á procurando averiguar e estabelecer se o instituto da pluralidade de seguros pode desempenhar outra função na ordem jurídica que exceda o estrito âmbito de aplicação para que foi pensado.

Parte I – O Conceito de pluralidade de seguros:

1. Princípios gerais convocados pelo instituto

Ao começar a identificação do conceito de pluralidade de seguros e do seu conteúdo, devem chamar-se à colação os princípios que definem, ainda em traço grosso, os respetivos contornos.

Em geral, pode dizer-se que não são princípios exclusivos desta área do direito mas verdadeiros princípios genéricos de direito privado que, todavia, neste ramo, pelas características do mesmo, ganham matizes próprias, que de seguida se procurarão apresentar.

A ordem por que serão apresentados respeita a relevância que aos mesmos se atribui para a disciplina do tema tratado.

1.1. Princípio indemnizatório

Trata-se de um princípio comum a todos os regimes de contrato de seguro, que está expressamente consagrado na secção III da LCS, no capítulo relativo a seguro de danos, art. 128º e seguintes.

Em síntese, estabelece uma limitação das prestações do segurador ao montante dos danos sofridos pelo lesado e ao valor do capital seguro.

É um princípio estruturante de todo o direito de seguros, decorrendo diretamente da sua função no sistema jurídico e que traduz, sobretudo, a recíproca transferência e assunção de riscos diversos da vida social, do comum dos sujeitos de direito, particulares ou empresas, para entidades especialmente vocacionadas para tal fim, as sociedades seguradoras¹.

¹ Cfr., a propósito, ENGRÁCIA ANTUNES, *O contrato de seguro na LCS de 2008*, ROA, Ano 69, jul. Set. e out. Dez. 2009, p. 816 a 818.

Neste prisma, repescando o que se disse antes, o princípio indemnizatório, elemento estruturante das regras de responsabilidade civil, tem na área de direito dos seguros uma conformação própria².

Sabe-se que a responsabilidade civil no nosso ordenamento jurídico tem função meramente ressarcitória, não havendo uma função sancionatória natural nos mecanismos de ressarcimento de danos³.

A particularidade do princípio indemnizatório em direito de seguros é a que decorre precisamente da função primacial desta área de direito no conjunto do ordenamento jurídico.

O direito de seguros, se reduzido à expressão mínima e excluindo aquilo que se possa qualificar de regulação de seguros financeiros de capitalização, traduz a regulação dos mecanismos de transferência onerosa de riscos da vida em sociedade para entidades especializadas, que garantem concretização de indemnização aos beneficiários, desonerando, ou não, consoante os casos, os responsáveis diretos pelos eventos lesivos, se os houver.

Isto é, em síntese, podemos afirmar que a primeira e básica função do direito de seguros, no conjunto do ordenamento jurídico e, mais vastamente, da própria organização social, é de garantir a beneficiários, tomadores ou não nos contratos, que, caso sofram prejuízos contratualmente previstos, serão efetivamente ressarcidos, verificada a ocorrência de determinado evento lesivo.

Este princípio indemnizatório constitui, assim, o que se pode qualificar de verdadeiro tronco central do direito de seguros. A transferência de riscos na

² Sobre fundamento geral da responsabilidade civil, em geral, cfr. Carlos Alberto da MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra ed., 1996, p. 114-117, Pedro PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed., Almedina, 2008, p. 17-20.

³ Sobre responsabilidade civil no ordenamento nacional, seus fundamentos e estruturação, cfr. António MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, VIII*, Almedina 2014, p. 429 a 589 (responsabilidade delitual) e 591 a 747 (responsabilidade pelo risco); João ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª ed., Almedina 2000, p. 518 a 715, Inocêncio GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra ed., 2014, p. 208 a 218 e José ALBERTO GONZALEZ, *Responsabilidade Civil*, Quid Juris, Lisboa, 2013.

ordem jurídica para entidades especializadas é onerosa, sendo a garantia de ressarcimento de danos a correspetiva prestação da empresa seguradora.

O princípio indemnizatório nesta área implica uma imputação de segundo grau da obrigação de indemnizar um dano (da esfera de quem o sofreu para a esfera do responsável e da esfera deste para a esfera da seguradora)⁴.

A disciplina da pluralidade de seguros será um dos diversos corolários desse princípio indemnizatório, como será também, por exemplo, a disciplina do sobresseguro.

Partindo desta base, pode chamar-se à colação, a este propósito, uma primeira definição, ainda muito imprecisa, do que deve entender-se por pluralidade de seguros.

Pluralidade de seguros referir-se-á a situações em que o mesmo evento danoso esteja previsto, seja regulado e o seu ressarcimento seja estabelecido em mais que um contrato de seguro.

O princípio indemnizatório, aplicado a esta área dogmática do estudo do contrato de seguro, imporá que a indemnização adveniente das regras dos diversos contratos de seguro nunca possa exceder, em conjunto, o valor global dos danos sofridos pelo lesado e também, claro, o valor dos capitais seguros.

Quer isto dizer, por outro lado, que pelas regras do nosso ordenamento, não é admissível enriquecimento do património de lesados ou beneficiários por via de contrato de seguro, seja este um único, seja em situação, como a que se estuda, de dois ou mais contratos preverem ocorrência de um mesmo evento lesivo.

⁴ A propósito, sobre responsabilidade civil, diz MENEZES CORDEIRO que esta é a *ocorrência jurídica na qual um dano registado numa esfera é imputado a outra, através da obrigação de indemnizar* – *Tratado de Direito Civil Português, Vol. I, Parte Geral, T. I, Almedina 2009, p. 421.*

1.2. Desoneração da seguradora em caso de contratação plural fraudulenta

Pode fazer-se uma autonomização conceptual deste princípio, que não é uma mera decorrência do princípio indemnizatório antes referido.

O corolário lógico do princípio indemnizatório em situação de pluralidade de seguros, no caso de ocorrer evento lesivo em que o valor das indemnizações contratadas exceda o valor dos danos, será a desoneração proporcional da obrigação das seguradoras.

Nos casos, porém, em que seja possível estabelecer que o tomador dos contratos de seguros, ao segurar, procurou enriquecer o seu património por via de execução fraudulenta de contratos de seguro plurais, a sanção legalmente imposta não se atém à desoneração proporcional da responsabilidade das diversas seguradoras mas a desoneração total da responsabilidade de todas.

Quer isto dizer, o legislador não se limita, nesta matéria, a consagrar o princípio indemnizatório. O regime da pluralidade de seguros, ao estabelecer verdadeira sanção de desoneração da responsabilidade dos seguradores, em caso de contratação e tentativa de percepção de prestações de forma fraudulenta por tomador ou segurado, permite identificar um princípio sancionatório autónomo⁵.

Bem se percebe, aliás, que assim seja.

De entre as fraudes relativas a seguros configuráveis, a que decorra de contratação plural de seguros, *máxime* com falsas declarações quanto a tal circunstância, será uma situação facilmente prefigurável e merecedora de tutela.

Sabendo-se, *a priori*, que existe uma especial propensão a fraude nesta área de ordenamento civil, atenta a circunstância de um dos contratantes ser entidade economicamente forte e, por outro lado, sendo a possibilidade de fraude por contratação plural especialmente patente, não bastaria, para uma adequada

⁵ Cfr., a propósito, Antonio LA TORRE, (coord.), *Le Assicurazione*, Giuffrè Editore, Milão, 2007, p. 186.

regulação, na perspetiva, que se reputa correta, do legislador, meramente consagrar o princípio indemnizatório.

Se assim fosse, i.e., se se tratasse de mera consagração de princípio indemnizatório, a dissuasão da fraude, que é claramente pretendida pelo legislador, não seria conseguida. O beneficiário que tentasse fraude por contratação plural, na pior das hipóteses, veria o seu crédito indemnizatório ser reduzido aos danos.

Com a consagração deste princípio de desoneração em casos de contratação plural fraudulenta, existe instituição de um verdadeiro critério dissuasor da fraude que merece autonomização.

Isto é, a posição do tomador de seguro, beneficiário ou não, apenas é merecedora de tutela, na perspetiva do legislador, quando a contratação plural de seguros que concretize tenha por estrita finalidade garantir, ou reforçar a garantia, de ressarcimento integral de danos ou, pelo menos, quando não se concretize de má-fé.

1.3. Autonomia privada no regime de pluralidade de seguros

A autonomia privada, em geral, entendida como *permissão genérica de produção de todos os efeitos jurídicos não proibidos*⁶ decorre, antes de mais, da ampla capacidade jurídica de todos os sujeitos (art. 67º do CC) e, mais especificamente, a liberdade contratual, como estatuída pelo art. 405º do CC, é um dos pilares do direito civil e, por consequência, encontra-se genericamente garantida na área de direito dos seguros, pelo art. 11º da LCS⁷.

⁶ José Manuel SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Almedina, Coimbra, 2003, p. 439.

⁷ Sobre autonomia privada, por todos, cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1992, p. 52 a 57, cfr. também p. 60 e seguintes sobre limitações à liberdade e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, Teoria Geral do Direito Civil, 5ª ed., Almedina, 2008, p. 15 e 16.

É um princípio operante e dominante no que concerne à contratação plural de seguros, garantindo, desde logo, validade e eficácia a dois ou mais contratos com idêntico objeto.

Sabendo-se que a conformação do princípio da autonomia privada é, em larga medida, obra do legislador e não se podendo dizer que constituísse entorse inadmissível ao mesmo a consagração da regra oposta, i.e., a proibição de contratação plural de contratos para um mesmo evento, não deixa de merecer referência esta opção legal de alargar a área de liberdade de cidadãos e empresas nesta matéria.

É, assim, válida a celebração de mais que um seguro com o mesmo objeto contratual.

Por outro lado, este princípio de relevância da autonomia privada, nesta área da pluralidade de seguros, também encontra consagração clara na supletividade das regras de repartição das prestações entre os diversos seguradores (art. 133º n.º4 da LCS).

Quer isto dizer que o legislador não só permite validamente celebrar mais que um contrato para cobrir o mesmo evento, como permite que a repartição de responsabilidade das seguradoras entre contratos seja livremente estipulada. Supletivamente disciplina as regras de repartição no caso de as partes o não fazerem, mas não retira às partes de cada contrato o direito de, querendo, o estabelecerem.

Importa atentar que esta eventual *convenção em contrário* na repartição de ressarcimento de danos entre seguradores, na proporção que *cada um teria que pagar se existisse um contrato único*, constitui uma verdadeira desqualificação dogmático-conceptual da pluralidade de seguros em sentido próprio.

Essa convenção, na prática, converte o seguro plural em seguro *complementar* ou seguro *subsidiário*, consoante o acordo assente no funcionamento cumulativo ou alternativo de dois contratos de seguro, ante a verificação de danos com a extensão que as partes previrem em cada contrato.

É evidente, assim, que esta *convenção em contrário* é a convenção entre tomador e segurador em cada um dos contratos e não, portanto, convenção entre seguradoras, caso em que a situação se converteria em cosseguro. Nesse caso deveria tal acordo ser taxado de inválido, por dever entender-se que as normas do art. 62º e 63º impõem, no regime nacional, que o cosseguro seja operado com um único contrato.

1.4. Imperatividade relativa no regime de pluralidade

A despeito do que se disse antes sobre autonomia privada, deve relevar-se, também a este propósito, o princípio estatuído no art. 13º n.º1 da LCS.

Estabelece este preceito, ao nível da regulação geral do contrato de seguro, que as regras deste regime são imperativas para a seguradora mas não para o segurado, i.e. não admitem qualquer derrogação mais favorável ao segurador, admitindo-a, por outro lado, a favor do tomador.

Isto é, procurando sintetizar, vigora a autonomia privada mas, na medida em que o regime consagra direitos ou vantagens aos segurados, não podem as regras deste regime ser derrogadas a favor da seguradora.

Tal impossibilidade de derrogação contratual manifesta-se, desde logo, na impossibilidade de, por via contratual, impedir a mera possibilidade de contratação de outros seguros com o mesmo objeto.

Salvuardas as supra referidas situações de fraude do segurado, é ilícita limitação desse tipo, se introduzida em cláusula contratual, por contender com a referência expressa ao regime de pluralidade de seguros (art. 133º da LCS) feita pelo art. 13º.

Em qualquer caso, mesmo sem essa referência expressa, sempre deveria entender-se que uma cláusula contratual de impossibilidade de contratação de idêntico seguro sempre contendria com o princípio de imperatividade relativa, por ter cariz vantajoso para tomador e segurado esta previsão.

De facto, tal natureza vantajosa da permissão de contratação plural parece impor-se como conclusão, por constituir, na perspetiva do tomador, um reforço da garantia de ressarcimento.

É questão a que se voltará mais detidamente à frente a propósito de cláusulas limitativas de responsabilidade em situação de pluralidade⁸.

⁸ Infra Parte II, 3.1.1.

2. Delimitação positiva do conceito de pluralidade de seguros

A definição do conceito de pluralidade de seguros deve ser buscada no regime de seguro de danos, não só por ser o basilar, como por ser aquele para que o legislador expressamente remete no que respeita a pluralidade de seguros de pessoas (art. 180º n.º2 da LCS).

O conceito deve ser encontrado, assim, nas regras do art. 133º n.º1 da LCS.

Diz este preceito, na sua estrutura de previsão, ainda que a estatuição da norma se reporte meramente a deveres de informação, que haverá pluralidade de seguros quando *um mesmo risco relativo ao mesmo interesse e por idêntico período esteja seguro por vários seguradores*.

O regime português é o único dos estudados que tem previsão específica para situações de pluralidade de seguros de pessoas mas, como referido, o conceito deve extrair-se, também na nossa ordem jurídica, da matéria do seguro de danos.

A definição dogmática deve ser encontrada, assim, na reunião de quatro requisitos de identidade entre contratos de seguro: período temporal; risco, interesse e *determinada* identidade pessoal⁹.

O mesmo dispõem os vários ordenamentos estudados. Em Espanha, dispõe o art. 32º &1 da Ley de Contrato de Seguro – *Cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador com distintos asseguradores (...)*; em Itália, o 1910º do *Codice Civile* estabelece – *Se per il medesimo rischio sono contratte separatamente più assicurazione presso diversi assicuratori (...)*; em França, o art. L121-4 o *Code des Assurances* – *Celui qui est assuré auprès de plusieurs assuré auprès de plusieurs assureurs par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque (...)* e, na Alemanha, o *insurance contract act* – *Anyone who insures the same interest against the same risk with several insurers (...)*¹⁰.

⁹ Sobre requisitos de *l'assicurazione plurima o presso diversi assicuratori*, cfr. Antigono DONATI, *Tratatto Del Diritto Delle Assicurazioni Privati*, vol secondo, III –Il Diritto Del Contratto di Assicurazione, Giuffrè Editore, 1954, p. 264 a 267.

¹⁰ Tradução oficial para inglês do Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vvg/englisch_vvg.html

Pode, assim, dizer-se que o conceito de pluralidade de seguros é comum aos ordenamentos civilistas estudados, incluindo alguns dos mais avançados.

2.1. Identidade temporal

O primeiro dos requisitos não apresenta dificuldade de maior, devendo meramente referir-se que a identidade de período temporal não tem que ser absoluta e, aliás, frequentemente não o será.

É que, evidentemente, só numa minoria de situações é que a coincidência de períodos de vigência de contratos de seguro será absoluta.

Tal talvez possa suceder em seguros de cobertura de eventos sociais de duração limitada e previamente conhecida: uma viagem de transporte de pessoas e/ou bens, um dado evento cultural ou desportivo ou outras situações equivalentes.

Na generalidade dos contratos de seguro, com períodos de vigência não tão determinados, a coincidência temporal não será total.

Nesses casos, como é evidente, o regime de pluralidade será o aplicável, se e quando, o sinistro ocorra na vigência dos dois ou mais contratos.

O momento relevante para avaliação de situação de pluralidade será, pois, o de ocorrência do evento danoso, ainda que os deveres legais impostos pelo regime, desde logo o de informação à seguradora, se imponham logo que concluída a outorga do segundo contrato.

2.2. Identidade de risco

É evidente que o *risco* constitui tema da dogmática de direito dos seguros merecedor de tratamento autónomo, como, aliás, o conceito de interesse, a seguir referido.

Por não ser esse o centro desta análise, a alusão aqui feita é-o por referência estrita às questões de pluralidade, sem aprofundamento exaustivo do tema.

Em termos simples, define-se risco como a possibilidade de ocorrência de um evento danoso sobre determinado bem ou pessoa¹¹.

Só haverá seguro plural quando tal possibilidade esteja prevista em dois ou mais contratos.

Este é um elemento cardeal em todos os ordenamentos estudados, que o estabelecem como requisito definidor de pluralidade de seguro.

À semelhança do que se referiu para coincidência temporal, *mutatis mutandis*, também, só com a produção do sinistro, em muitos casos, se aferirá efetivamente da identidade de risco e, por isso, só nesse momento, nesses casos, será possível estabelecer identidade.

Imagine-se, para perceber o que antes se disse, que uma empresa segura as suas instalações contra incêndios, independentemente da sua origem, de forma concorrente e com o mesmo capital seguro, em dois contratos de seguro.

Neste caso é fácil dizer que existe identidade de risco.

Agora imagine-se que a mesma empresa contrata dois seguros contra danos, um especificamente atinente ao risco de incêndio e outro atinente a pluralidade de riscos. Neste caso, ocorrendo danos decorrentes, por exemplo, de uma inundação na sequência de uma tempestade especialmente severa, não haverá pluralidade de seguros. Por outro lado, se ocorrer um incêndio, existirá identidade de riscos passível de fundamentar situação de pluralidade de seguros.

Quer isto dizer, em síntese, que a verificação da identidade de risco que fundamente situação de pluralidade far-se-á *ex ante*, na análise do teor dos dois ou mais contratos, mas a sua confirmação estará dependente de análise casuística, *ex*

¹¹ Sobre risco, seu sentido material e formal, cfr. Luís POÇAS, *Estudos de Direito dos Seguros*, Almeida & Leitão Lda., 2008, p. 79 a 81 e *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, 2013, p. 86 a 96.

Cfr. também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, Almedina, 2013, p. 481 a 490 Antigono DONATI, , *Tratatto Del Diritto Delle Assicurazioni Privati*, vol secondo, III -Il Diritto Del Contratto di Assicurazione, Giuffrè Editore, 1954, p. 105 a 187 e ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Almedina 2009, p. 704 a 707 e *O contrato de seguro na LCS de 2008*, ROA, Ano 69, p. 840 a 843.

post, no momento do sinistro, naqueles casos em que não exista identidade completa.

Esta circunstância justifica a opção legal, que à frente se analisará mais detidamente, de impor dever de informação da situação de pluralidade em dois momentos: em prazo razoável sobre o momento da contratação do segundo seguro e no momento de produção do sinistro.

A primeira comunicação poderá, nos casos de identidade total de riscos, ser esclarecedora. Noutras situações em que a identidade de riscos não seja total, a primeira informação traduzirá comunicação de uma mera possibilidade de operar pluralidade de seguros, possibilidade que se confirmará, ou não, com a produção do sinistro.

2.3. Identidade de interesse

O legislador nacional estatui expressamente, como requisito de validade de qualquer contrato de seguro, a existência de interesse em segurar (art. 43º n.º1 da LCS).

O conceito de interesse será um dos mais fluídos e dogmaticamente variados do direito civil¹².

Pode apontar-se como definição sintética para o conceito a de relação de carácter económico entre um sujeito e um bem¹³.

É este interesse que nos parece ser o conceito operável ainda que possa identificar-se, como faz MENEZES CORDEIRO, um *interesse geral e um interesse específico*¹⁴.

¹² MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, 2013, encontra 75 referências no CC a *interesse* e faz uma abordagem extensa sobre a questão, p. 497 a 502. Sobre *interesse* cfr. Antígono DONATI, *Tratatto Del Diritto Delle Assicurazioni Privati*, vol secondo, III - Il Diritto Del Contratto di Assicurazione, Giuffrè Editore, 1954, p. 187 a 240, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Almedina 2009, p. 707 a 711 e *O contrato de seguro na LCS de 2008*, ROA, Ano 69, p. 844 a 846.

¹³ Neste sentido, FERNANDO SANCHEZ CALERO; Francisco TIRADO SUAREZ; José Carlos FERNANDEZ ROZAS, Alberto Javier TAPIA HERMIDA, Victor FUENTES CAMACHO, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, Ed. Arazandi, 3ª ed. 2005, p. 472.

No art. 43º n.º2 da LCS, a propósito de seguro de danos, tal relação de carácter económico é referida como respeitante à *conservação ou integridade de coisa, direito ou património seguros*.

Isto é, para o legislador, apenas haverá celebração válida de contrato de seguro se o contratante, beneficiário ou não, demonstrar determinada relação económica com a coisa, direito ou património a segurar.

Se o contratante não tiver relação relevante com tal bem, direito ou universalidade de bens e direitos, não deve ser admitido a celebrar contrato de seguro a estes respeitante e, se contratar, tal ato jurídico será nulo porque o contrato traduziria uma mera aposta¹⁵.

O que se disse quanto à possibilidade de identidade meramente parcial, a propósito de identidade temporal e de risco, também terá aqui a sua aplicação.

Pode um contrato, por exemplo, respeitar à conservação de um dado bem do segurado e outro respeitar à conservação de um conjunto de bens que inclua o primeiramente referido.

Nesse caso a coincidência de interesse é meramente parcial e existirá situação de pluralidade se e quando o sinistro atinja o bem seguro em ambos os contratos.

Quer dizer que, também aqui, a aferição da situação de pluralidade, nos casos de não coincidência total de interesse, far-se-á indicativamente *ex ante* sinistro e confirmar-se-á, ou não, *ex post*.

2.3.1. Interesse no seguro de pessoas

A existência de interesse no seguro de pessoas é questão que foi amplamente debatida, podendo dizer-se que a generalidade das correntes

¹⁴ Direito dos Seguros, p. 513. Interesse geral permite *determinar a pessoa do segurado e cuja presença justifica, em termos significativo-ideológicos, a existência do seguro, com todo o investimento privado e público que ele implica*. Interesse específico será o *que se identifica com o valor do capital seguro*.

¹⁵ Assim, FERNANDO SANCHEZ CALERO *et al*, loc. cit..

doutriniais dos anos 60 e 70 do século passado, em Itália e Espanha, não a admitiam, entendendo basicamente que esse conceito não pode ser associado a contratos de seguro com este objeto¹⁶.

Atualmente as correntes doutriniais admitem comumente o interesse como requisito da validade de seguros de pessoas, sendo este interesse comum a todos os seguros, sob pena de o seguro, como antes se disse, se converter numa aposta¹⁷.

A lei portuguesa, no art. 43º n.º3, *contorna* a questão doutrinal, impondo a aceitação de pessoa segura que não seja beneficiária como requisito de validade de seguro relativo a pessoas, excetuando os casos de contratação em cumprimento de obrigação legal ou instrumento coletivo de trabalho.

Dir-se-á que o legislador entende que a declaração de aceitação da pessoa segura que não seja o beneficiário estabelece uma relação jurídica relevante entre a posição do tomador de seguro e o seu interesse em contratar. Essa autorização retira, precisamente, o carácter de *aposta* que poderia ter sem ela.

Será essa relação, traduzida na autorização, que confere validade ao contrato, ainda que não seja um *interesse propriu sensu*.

Por outro lado, tal requisito previne eventuais riscos de enriquecimento por via de contratos de seguro meramente especulativos com a vida ou integridade física alheias ou, no limite, será até fator impeditivo de práticas atentatórias da integridade de pessoas não contratantes¹⁸.

É precisamente por ter o legislador *contornado* a questão dogmática de relevância do requisito *interesse* no seguro de pessoas que, no preceito relativo a seguro plural de pessoas (art. 180º n.º2) se refira apenas a risco e não a interesse.

¹⁶ Assim, FERNANDO SANCHEZ CALERO *et al*, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, Ed. Arazandi, 2005, p. 471.

¹⁷ Ob. e loc. cit. nota anterior.

¹⁸ Sobre a possibilidade de o contratante atentar contra a própria vida, i.e., suicídio da pessoa segura, cfr. J.C. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, Coimbra editora, 2009, p. 29 e 30 e 256 a 258. De salientar que alguns ordenamentos excluem expressamente da cobertura dos seguros de vida crimes com participação da pessoa segura (ob. e loc. Cit. nesta nota).

Quer isto dizer, como é lógico, que será lícita a celebração de mais que um contrato de seguro de pessoas desde que a pessoa segura não beneficiária manifeste a sua aceitação em todos os contratos.

Face à imposição de consentimento dos segurados em todos os contratos, a relevância deste requisito na pluralidade de seguros de pessoas fica diluída, havendo apenas que apurar a validade e eficácia das declarações de consentimento proferidas por tal pessoa nos diversos contratos, sendo certo que, nos casos em que tomador e pessoa segura coincidem, a própria tutela *personal* que o seguro documenta atesta o interesse existente (em sentido amplo).

2.4. Requisitos subjetivos

2.4.1. Identidade pessoal

A propósito de identidade pessoal a primeira ressalva que se impõe fazer é que não deve confundir-se a identidade relevante para estes efeitos com a incidência do dever de informação, que à frente se referirá.

Uma coisa é saber qual a identidade que deve ser repetida para que se verifique uma situação de pluralidade outra a de saber quem está obrigado a informar os seguradores dessa mesma situação.

Em muitos casos a pessoa será a mesma, sendo esta o segurado e tomador de seguro. Noutros não será, quando segurado e tomador não sejam a mesma pessoa.

A identidade que se pode considerar relevante é a de *segurado*, por ser em relação a este que os riscos relevantes são aferidos.

Tal não deixa de colocar dúvidas, no caso de o beneficiário ser pessoa diferente do segurado, enquanto titular do direito à percepção das prestações

devidas e, portanto, relativamente a quem a lógica do princípio indemnizatório operará, ante a verificação de um sinistro que afete o mesmo risco¹⁹.

A identidade de risco impõe, todavia, que a conexão subjetiva relevante deva ser a de *segurado* que, em regra, será também o beneficiário e, portanto, na generalidade dos casos o problema não se põe (art. 133º n.º3).

Em situações de dúvida, se ocorrerem, permanecerá a dúvida de saber se não deverá o art. 133º n.ºs 1 e 2 ser aqui alvo de interpretação extensiva, fazendo relevar a identidade de beneficiário, sob pena da coluna vertebral em que assenta – o princípio indemnizatório – poder ser posta em causa.

No direito inglês este também um dos pontos de controvérsia, embora seja entendido que existe *second insurance* independentemente de identidade de segurados, havendo simples identificação de riscos²⁰. É esta identidade, também no ordenamento nacional, a relevante.

Saliente-se que nenhum dos ordenamentos comparados de base legal que se estudam (alemão, italiano, espanhol e francês) estabelece expressamente qual o requisito de identidade subjetiva relevante para qualificar a situação de pluralidade.

A resposta entende-se será convergente com a dada para o ordenamento nacional, apurada com referência ao fator *risco* e *pessoa segura*, admitindo-se casuisticamente a extensão a situações de identidade de beneficiários que não sejam pessoa segura.

2.4.2. Não identidade de seguradoras

A lei apenas admite pluralidade de seguros com *vários seguradores* (art. 133º n.º1 da LCS). O mesmo se verifica em todos os ordenamentos estudados.

¹⁹ No sentido de a identidade relevante ser de beneficiário, não sendo conhecida jurisprudência nacional sobre a matéria, se tem pronunciado a *Cassazione*, cit. por ANTONIO LA TORRE (coord.), *Le Assicurazione*, Giuffrè Editore, Milão, 2007, p. 186.

²⁰ Assim, JOHN BIRDS, *Modern Insurance Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 1988, p. 261 e 262.

O legislador parece que partirá do princípio, correto, de que, querendo aumentar a cobertura numa mesma seguradora, o que o tomador deve fazer será alterar o contrato pré-existente.

Mas e se, por qualquer razão, vier a ser efetivamente celebrado outro contrato na mesma seguradora com o mesmo objeto?

A situação será de *pluralidade imprópria*, não se aplicando o regime legal previsto, não se vendo razão para considerar que a autonomia privada não deva aqui vigorar. Assim sendo, o segundo contrato será válido mas nenhum dos deveres impostos pelo regime de pluralidade se imporá.

3. Delimitação negativa do instituto

Como acima referido, a melhor definição dos contornos do conceito de pluralidade de seguros deve ser encontrada delimitando-a de institutos jurídicos próximos ou vizinhos, não sendo a mera indicação dos elementos que integram a previsão legal de pluralidade esclarecedora, sobretudo quanto a situações contratuais e/ou factuais de fronteira.

Cumprido, pois, avançando no estudo, apresentar os conceitos que delimitam negativamente o de pluralidade de seguros em sentido próprio.

3.1. Sobresseguro

Atualmente, i.e., desde a reforma de 2008, é clara a diferença entre sobresseguro e pluralidade de seguros, conceitos normativamente autonomizados.

A pluralidade reporta-se a situações em que mais que um contrato foi celebrado na ordem jurídica com as supra referidas quatro identidades (pessoa segura, tempo, risco e interesse). Sobresseguro, por outro lado, na terminologia do art. 132º n.º1, reporta-se a situações em que o valor do seguro ultrapassa do valor do interesse em segurar, i.e., em que o valor do capital seguro ultrapassa o valor económico da coisa, direito ou património objeto do contrato.

Trata-se de um contrato único, com a referida dessincronia entre capital e valor do objeto seguro.

A solução instituída pelo nosso ordenamento estabelece licitude deste contrato, com possibilidade de redução e, estando tomador ou segurado de boa-fé, a restituição dos sobre-prémios pagos nos últimos dois anos (art. 132º n.ºs 1 e 2 da LCS).

Se atualmente os conceitos não são confundíveis, antes da reforma a coisa não era tão manifesta. O C.Com. aproximava os conceitos e a doutrina não os distinguia²¹.

²¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito dos Seguros*, Principia 2006, p. 93, antes da classificação legal, qualificava a *multiplicidade de contratos* como uma modalidade de sobresseguro.

Em sentido impróprio o regime da pluralidade de seguros e do sobresseguo traduzem uma regulação equivalente de situações em que o valor de indemnizações excede o valor dos interesses seguros.

A LCS alterou os conceitos mas, materialmente, as respostas legais entre o regime da pluralidade e o de sobresseguo (atualmente em sentido próprio) são aproximadas, fazendo funcionar o princípio indemnizatório e, portanto, reduzindo aos danos os limites indemnizatórios (art. 128º *ex vi* art. 132º n.º1).

Pode, assim, dogmaticamente, continuar a fazer-se uma aproximação entre ambos os conceitos²².

3.2. Cosseguo

Em Portugal as situações de cosseguo estão reguladas no art. 62º LCS, que prevê sempre um contrato de seguro único, com uma apólice singular emitida pelo líder e, portanto, as maiores dúvidas na definição dos limites entre cosseguo e pluralidade esbatem-se. Não há cosseguo plural.

As doutrinas espanhola e italiana admitem possibilidade de cosseguo operacionalizado com vários contratos de seguro²³ e a doutrina francesa, de forma possivelmente a criar maiores dificuldades interpretativas que as que pretende resolver, entende mesmo que o cosseguo integra o conceito de pluralidade de seguros *lato sensu* (ficando a pluralidade em sentido estrito para situações do tipo da previsão do art. 133º)²⁴.

Pode, em qualquer caso e a despeito da imperatividade de contrato único no nosso ordenamento, traçar-se o grande elemento distintivo conceptual na

²² Assim, MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, Almedina, 2013, p. 752 a 754 continua a agrupar o estudo de sobresseguo e pluralidade de seguros.

²³ Neste sentido, FERNANDO SANCHEZ CALERO *et al*, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, p. 549.

²⁴ Cfr. BERNARD BRIGNIER e JEAN-MICHEL DO CARMO SILVA, (coordenação), *Code des Assurances Commenté*, p. 165 e, Claude J. BERR e, Hubert GROUDEL, *Code des Assurances*, 9ª ed., Éditions Dalloz, 2003, p. 69

existência de um acordo prévio entre seguradores para segurar um mesmo interesse e risco, acordo que será inexistente nas situações de pluralidade.

3.3. Resseguro

Seja no caso de pluralidade de seguros ou no caso de resseguro, a execução dos contratos e o pagamento das prestações previstas são acionadas pelo mesmo evento ocorrido no mundo físico.

Um mesmo sinistro põe em execução dois contratos.

Todavia, no caso de resseguro, os riscos seguros são diversos.

Na pluralidade de seguros são reguladas contratualmente as consequências de um mesmo sinistro, relativo aos mesmos risco e interesse.

Já o resseguro cobre os riscos assumidos num contrato por um segurador ou por anterior ressegurador (art. 72º da LCS). O risco e interesse são, assim, nos casos de resseguro, os atinentes à própria atividade seguradora, decorrentes da mera possibilidade de suportar indemnizações contratualmente previstas, após produção de um evento danoso segurado ou ressegurado anteriormente.

3.4. O seguro subsidiário e o seguro complementar

Outras figuras jurídicas próximas da pluralidade de seguros são as de seguro subsidiário e de seguro complementar.

No seguro subsidiário o primeiro segurador não chega a estar obrigado ao pagamento de indemnização, ganhando eficácia o seguro subsidiário quando ocorra circunstância contratualmente prevista que *ativa* a eficácia do seguro subsidiário e *desativa* a do seguro principal.

Tal ocorrerá, tipicamente, em determinadas circunstâncias prefiguradas. Serão situações como a insolvência do 1º segurador, a ineficácia do 1º contrato por

ocorrência de qualquer circunstância prevista ou situações em que o 2º contrato seja eficaz caso os danos ultrapassem certos limites²⁵.

No seguro complementar um dado contrato torna-se eficaz não ao 1º evento mas ao 2º ou 3º, como, em termos paradigmáticos, ocorrerá em certos seguros de incêndio, ou quando o segundo contrato funcione como forma de reforçar o capital seguro pelo primeiro, complementado o valor das prestações até ao limite dos danos.

De comum entre ambas as situações deve assinalar-se a possibilidade de acionamento de dois ou mais contratos por força de dado evento com relevo jurídico mas, em qualquer dos casos, sem identidade de riscos.

Os contratos têm campos de aplicação diversos, sendo eficaz um quando não seja ou deixe de ser outro (no caso de seguro subsidiário) ou ativando-se o segundo contrato quando os danos atinjam certo limite ou quando ocorra repetição de evento idêntico ao que determinou execução do primeiro contrato (no seguro complementar).

3.5. As situações de pluralidade aparente de seguros

Pretende-se agrupar sobre este tópico de análise um conjunto de situações suscetíveis de fazer operar mais de um contrato de seguro, não tipificadas pelo legislador mas que, para uma correta definição da figura jurídica da pluralidade de seguros, são de referência necessária.

3.5.1. Repartição de responsabilidade por sinistros

Neste grupo de situações, a primeira a merecer análise é a de concurso de responsabilidades.

²⁵ Assim, FERNANDO SANCHEZ CALERO *et al*, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, p. 547.

São infinitas as situações que podem ser chamadas à colação para ilustrar este tipo de situação. Talvez a mais corrente seja a de concurso de responsabilidades em caso de sinistro rodoviário²⁶.

Como é evidente, irreleva para o exemplo o facto fundamentador da responsabilidade concorrente, i.e., se decorre de culpa ou de repartição de risco.

O que cumpre salientar, tomando para análise, como exemplo mais concreto, sinistro rodoviário em que a responsabilidade se reparta por dois condutores, é que serão aplicadas as regras, *maxime* indemnizatórias, prevista em dois contratos de seguro.

Mais uma vez teremos um evento do mundo físico que origina execução de dois contratos de seguro.

Cada contrato opera no seu âmbito de risco, que é absolutamente autónomo, na medida em que se reporta ao que emerge da circulação rodoviária de cada um dos intervenientes no acidente de viação.

3.5.2. Sinistros com classificação plural

Deve atentar-se que um mesmo sinistro pode fazer operar mais que um contrato de seguro com classificações diversas.

É um tipo de situação a merecer uma análise cuidada, sendo muito clara a autonomização face à pluralidade de seguros em certos casos mas, noutros, de fronteira, a distinção será muito difícil e, noutros ainda, poderemos estar mesmo perante verdadeiras situações de pluralidade em sentido próprio, ainda que relativas a contratos nominalmente diversos.

Seguindo no exemplo do acidente de viação com dois intervenientes, se a situação for de dois condutores de veículos de mercadorias ao serviço de

²⁶ Sobre a matéria de responsabilidade civil emergente da circulação automóvel, numa análise compreensiva recente, cfr. ANTÓNIO JORGE REBELO, *Acidentes de Viação. A regularização dos danos pelo seguro*, Coimbra editora, 2013, p. 42 a 49.

sociedades comerciais que sofram lesões corporais como consequência do sinistro, teremos a muito frequente situação de acidente de viação e trabalho.

O exemplo é replicável, evidentemente, para todas as situações em que um dado sinistro mereça uma classificação plural, fazendo ativar mais que um contrato de seguro.

A situação será de pluralidade de seguros?

Responder frontalmente que não será precipitado.

A sociedade terá celebrado seguro obrigatório de responsabilidade civil para cobrir os riscos decorrentes da circulação do veículo acidentado e terá celebrado também um seguro de acidentes de trabalho para cobertura dos riscos de lesões dos trabalhadores ao seu serviço.

Perante a ocorrência de um acidente das características do exemplo operarão as indemnizações que resultem das regras contratuais de ambos os contratos.

Como se fará a repartição de responsabilidade entre as seguradoras e entre os contratos de seguro com diferente objeto, viação e trabalho, é questão que nada tem que ver com a questão em apreço.

Vigorará também o princípio indemnizatório e, portanto, certamente que as indemnizações não excederão o valor dos danos.

Não existe pluralidade de seguros porque existe mera identidade pessoal e temporal entre contratos.

Os riscos cobertos são diversos – no exemplo, num dos contratos serão os atinentes à circulação de veículo da sociedade e, no outro, os atinentes à produção de acidente que vitime trabalhador da mesma.

Em situações como a do exemplo é claro que a situação não é de pluralidade de seguros em sentido próprio mas de mera concorrência de contratos a atuar no respetivo âmbito.

Importa atentar, todavia, que o que deve relevar na avaliação de existência ou não de pluralidade de seguros em sentido próprio é o conteúdo dos dois ou

mais contratos, com referência ao momento do sinistro, e não a classificação nominal que as partes lhes atribuam.

Importa atentar, por outro lado, como antes se referiu, que só em concreto e após produção do sinistro se aferirá, com exatidão, se a situação é ou não de pluralidade.

Assim, haverá pluralidade de seguros em sentido próprio, determinando aplicação das regras previstas no art. 133º da LCS, quando estejam reunidos os requisitos de identidade entre o conteúdo de contratos que acima se assinalaram.

A qualificação que as partes entendam atribuir ao contrato de seguro que celebrem terá, a esta luz, mero interesse interpretativo do sentido a atribuir às cláusulas que o compõem.

O que se disse antes serve para assinalar que é possível existir verdadeira pluralidade de seguros (e não, portanto, pluralidade meramente aparente) em caso de contratos de seguro que as partes classifiquem de forma diversa.

Voltando ao exemplo. É claro que um seguro de responsabilidade civil por acidente de viação e um seguro de acidentes de trabalho cobrirão, em princípio, riscos diferentes. Agora imagine-se uma situação de dois contratos de seguro celebrados por uma mesma entidade patronal, que cubram os riscos de circulação de veículo pesado e inclua a proteção por acidentes de trabalho de todos os funcionários motoristas de tal veículo, um a que as partes entendam chamar seguro de acidentes de trabalho e outro de responsabilidade civil emergente de circulação de veículo.

Não dando relevo, para efeitos de análise, ao facto de se tratar de seguros obrigatórios (tornando pouco plausível a verificação prática deste exemplo), estaríamos perante situação de verdadeira pluralidade.

Deve distinguir-se, portanto, da pluralidade de seguros em sentido próprio situações de pluralidade aparente que decorram de classificação plural de sinistros, sobre que incidam dois ou mais contratos de seguro cobrindo riscos materialmente diversos.

Por outro lado, deve atentar-se que, se se verificar que, a despeito da classificação atribuída ao contrato pelas partes, que os riscos cobertos são os mesmos e se verificam os demais requisitos de identidade, existirá verdadeira pluralidade de contratos de seguro mesmo que, num, as partes lhe chamem seguro de danos “A” e, no outro, seguro de danos “B”.

3.5.3. Proteção múltipla de interesses

A situação paradigmática e legalmente prevista é a de seguros plurais a cobrir riscos de circulação terrestre ao abrigo do que dispõe o art. 23º de regime de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel – DL n.º 291/2007 de 21/8.

Deve, aliás, começar-se por apontar o que se pode qualificar de verdadeira desconformidade sistemática de qualificações legais entre o art. 23º referido e o regime de pluralidade previsto no art. 133º do LCS.

O citado art. 23º tem como epígrafe *pluralidade de seguros* mas é manifesto que a situação que regula, analisada à luz da LCS, não traduz uma verdadeira *pluralidade*.

O que o art. 23º regula, remetendo para os critérios do art. 6º desse diploma, relativo aos sujeitos da obrigação de segurar, será a forma de operar a responsabilidade decorrente da circulação de veículo, no caso de mais que um obrigado a segurar tenha efetivamente celebrado contratos de seguro.

Assim, estabelece o legislador, que tratando-se de prova desportiva de veículos terrestres, será o seguro celebrado pelo organizador o primeiro a responder. Não sendo esse o caso, responde o seguro celebrado por garagemista ou entidade equiparada, se o acidente lhes for imputável. A terceiro nível responderá, se existir, o seguro celebrado por automobilista. Após, operará o seguro celebrado por qualquer pessoa e, por fim, o que celebre o proprietário, usufrutuário, adquirente com reserva de propriedade ou locatário em contrato de locação financeira.

Isto é, o que o legislador pretende regular, tendo imposto obrigação de celebrar contrato de seguro a diversas pessoas, é a forma de operacionalizar os diversos contratos, estabelecendo uma ordem legal de *chamamento do seguro “responsável”*.

Estas situações não são de pluralidade de seguros em sentido próprio, sendo claro que inexistente identidade entre os interesses a segurar.

Ainda que o risco possa ser o mesmo, se reportado à circulação terrestre de um dado veículo, a ligação de caráter económico é diversa, referindo-se à proteção do património de cada um dos sujeitos da obrigação de segurar face à possibilidade de suportar indemnização decorrente de acidente.

Esta *pluralidade* legalmente declarada será, se não um seguro subsidiário em sentido próprio, pelo menos muito próxima disso e, em qualquer caso, não uma pluralidade de seguros em sentido próprio por falta de identidade de interesse.

3.5.4. Ficções de unidade de objeto seguro em dois contratos autónomos

O caso paradigmático será o do seguro de responsabilidade civil automóvel que seja celebrado por referência à circulação de trator e de semirreboque.

Para circulação de cada um dos veículos existe obrigação de segurar, que impende sobre diversos sujeitos, titulares de interesse relevante sobre o bem, em termos equivalentes aos que se assinalaram no ponto anterior.

A diferença relevante, neste caso, é que existem obrigações de segurar autónomas para circulação do trator e do semirreboque mas estes dois veículos podem circular, e em regra circularão, como unidade.

É claro que no caso de não circularem como unidade, verificando-se danos, serão suportados pelas regras do seguro celebrado para a circulação de cada um.

Dir-se-á que, normalmente, a situação será aplicável apenas à circulação autónoma do trator. Não pode, todavia, excluir-se em absoluto a possibilidade de um semirreboque desacoplado poder causar danos. Basta pensar-se numa falta de

travamento que dê origem a uma deslocação desgovernada ou mesmo a um mero estacionamento em local proibido e propiciador da produção de acidentes que causalmente lhe venham a ser imputados.

As dúvidas que se pretende salientar neste ponto são as que se verificam, evidentemente, quando se produz acidente circulando os veículos acoplados.

A primeira questão é a de saber se o risco previsto em ambos os contratos é o mesmo.

A resposta a esta questão não é tão simples como se poderá apresentar. Parece, todavia, poder sustentar-se que sim, ainda que a resposta concreta dependa do conteúdo dos contratos.

Não existe identidade de risco total mas existirá coincidência parcial de risco, na medida em que os contratos de seguro também cobrirão os riscos de responsabilidade civil causada por acidente causado por trator e semirreboque desacoplados.

Se os dois contratos expressamente se limitarem a cobrir o risco de circulação no caso de aqueles veículos circularem em conjunto, situação em abstrato prefigurável mas certamente, se não inaudita, pelo menos muito rara, existirá coincidência total de risco.

Na medida, que será a situação mais natural, que os contratos não prevejam tal restrição e, portanto, também cubram os riscos decorrentes de acidentes de viação sem estarem os veículos acoplados, existirá uma diferença parcial nos riscos cobertos.

Estando acoplados os veículos, tudo se processa como se de veículo único se trate, e será a responsabilidade emergente da circulação desse veículo que os dois contratos de seguro tutelam.

Querer ficcionar uma cisão entre o risco de circulação do trator e do semirreboque quando circulem em conjunto parece claramente artificioso, sabendo-se que a circulação em conjunto é a forma *normal* de circulação dos veículos em causa.

Quanto ao interesse contratual, será ou não distinto consoante trator e semirreboque sejam ou não propriedade de pessoas diferentes. Sendo o interesse neste tipo de seguro o relativo à conservação do património do obrigado civil, se for o mesmo titular do direito relevante existirá também unicidade de interesse.

Quer isto dizer, em conclusão, que pode a situação configurar verdadeira pluralidade de seguros, sendo diretamente aplicável o regime previsto no art. 133º da LCS.

Nos casos em que não exista identidade de interesse e, portanto, não exista pluralidade de seguros em sentido próprio, poderá, por outro lado, analisar-se se o regime da pluralidade não poderá oferecer respostas jurídicas mais adequadas que aquelas que a nossa ordem tem encontrado para estes casos.

A proximidade face a situações de pluralidade em sentido próprio é manifesta.

Estabelecer-se casuisticamente pelo aplicador uma responsabilidade solidária das seguradoras, cujo suporte jurídico não é claro, será um enquadramento mais frágil por comparação com uma solução de aplicação analógica do regime legal de pluralidade de seguros.

Tal enquadramento permitiria facilmente estabelecer a possibilidade do lesado solicitar indemnização a qualquer das seguradoras, via art. 133º n.º6, aplicado analogicamente.

Estas, entre si, suportariam as prestações na medida dos capitais seguros, sem entrar em grandes considerandos sobre o risco próprio do trator e do semirreboque e das respectivas prevalências na produção do acidente, o que parece redundante face à aludida *normalidade* de circulação conjunta, assim dispensando construções jurídicas mais elaboradas e díspares e, crê-se, diminuindo sensivelmente dificuldades decisórias.

É questão a que se voltará à frente.

3.6. Pluralidade de seguros em sentido próprio meramente parcial

Neste caso teremos uma verdadeira situação de pluralidade, existindo coincidência de todos os elementos caracterizadores da pluralidade e, meramente, não se verificando identidade completa entre os contratos.

Esta será até uma das situações práticas de ocorrência mais frequente, devendo atentar-se no que antes se disse sobre coincidência parcial de risco e de interesse²⁷.

Pense-se, a título de exemplo, num seguro de saúde em que o tomador se segura a si e ao seu agregado e que apresenta um determinado conjunto de proteções e de entidades de saúde associadas. Outorgando o tomador novo seguro de saúde, com a pretensão de reforçar uma determinada cobertura ou, simplesmente, beneficiar de uma cobertura não prevista no primeiro contrato, haverá, em regra, uma coincidência parcial de objetos contratuais que permite identificar uma verdadeira situação de pluralidade, ainda que parcial. A pluralidade, como antes referido, confirmar-se-á no momento de produção do evento lesivo.

As regras da pluralidade, *maxime* o dever de informação, são aplicáveis nestes casos de coincidência parcial de contratos, impondo ao tomador a sua comunicação após celebração do segundo contrato, comunicação a repetir ou não, após produção do evento danoso, caso confirmada a pluralidade.

Seguindo o ponto *delimitador* referente às diversas qualificações dos contratos dadas pelas partes, ou, melhor dito, dadas pela seguradora, que é a entidade detentora do poder estipulativo no contrato de adesão, a possibilidade de se tratar de verdadeira pluralidade, no caso de contratos com diferentes denominações, manifesta-se em caso de coincidência total ou parcial de objeto.

Existirá pluralidade se o regime dos contratos dever atuar simultaneamente e tal pode suceder apenas em relação a alguns riscos cobertos em dois contratos. Esta coincidência parcial é, assim, também independente da classificação atribuída ao contrato pelas partes.

²⁷ Supra Parte I, 2.2. e 2.3.

Voltando e aprofundando o exemplo do acidente de trabalho e viação, celebrado por uma mesma entidade empregadora, que celebrou dois contratos de seguro, em seguradoras diferentes, um de viação e outro de trabalho.

Imagine-se também que o trabalhador condutor foi integralmente responsável pelo acidente, que lhe causou danos pessoais que implicaram custos com tratamentos médicos e que o seguro relativo a circulação rodoviária inclui cobertura de danos pessoais próprios do condutor responsável. Por fim pense-se que nenhum dos seguros tem limite de capital seguro para *tratamentos*.

Se se centrar atenção nos danos patrimoniais emergentes de tratamentos médicos à pessoa segura, que é trabalhador e foi responsável pelo acidente, terá que se estabelecer, antes de mais, que as prestações das seguradoras estarão necessariamente limitados pelo princípio indemnizatório e, portanto, o trabalhador e pessoa segura terá apenas direito a perceber o que tiver despendido.

A situação é de pluralidade?

Em regra não, havendo um ordenamento subsidiário de ressarcimento entre os dois contratos. Em princípio estará estipulado que o contrato “B” cobre os danos não cobertos pelo “A”.

Se, por hipótese, as regras impuserem funcionamento não escalonado dos dois contratos existirá verdadeira situação de pluralidade.

Quer isto dizer que a situação de pluralidade poderá ser apenas parcial, nos casos em que o perímetro de identidade de riscos também não seja integralmente coincidente e os contratos operem de forma simultânea e cumulativa.

Também aqui a conclusão que se extrai é independente da qualificação que as partes atribuem aos contratos, que pode ser a mesma ou ser diversa.

3.7. Regras aplicáveis a situações de pluralidade aparente e pluralidade verdadeira parcial

Face ao que antes se disse, impõe-se concluir que o regime da pluralidade de seguros, em sentido próprio, será aplicável relativamente a contratos com diferentes *designações*, como pode aplicar-se a situações de mera coincidência parcial de coberturas.

No caso de mera diferença de designação, as regras legais são diretamente aplicáveis sem nenhuma atividade aplicativa (que não a que decorra da interpretação das regras dos contratos para estabelecer a identidade).

Nos casos de pluralidade meramente parcial, deve entender-se que as regras do regime são aplicáveis na decorrência de um mero princípio de maioria de razão.

E quanto ao concurso aparente, i.e., aquelas situações em que não seja regulado pelas partes ou pela lei o funcionamento dos dois contratos e em que não exista coincidência de riscos? Poderá o regime de pluralidade ser chamado a intervir a título analógico conferindo coerência ao sistema e, assim, colmatando uma eventual lacuna?

É uma questão a que se voltará à frente, devendo desde já salientar-se a relevância potencial que a disciplina da pluralidade de seguros poderá assumir no conjunto do ordenamento fora da sua área estrita de previsão.

Sabendo-se que as respostas que têm sido dadas no nosso ordenamento jurídico a situações em que dois contratos operam em simultâneo têm assentado sobretudo em soluções construídas pelo intérprete/aplicador, poderá agora, face à reforma de 2008, perguntar-se se as regras e princípios decisórios previstos no art. 133º da LCS não poderão fornecer uma resposta mais adequada e uniforme a um conjunto de situações geradoras de dificuldades de articulação de regras de dois ou mais contratos de seguro. Remete-se, a propósito, para o que antes ficou dito a propósito de ficções de unidade de objeto seguro e para o que se dirá à frente²⁸.

²⁸ Supra Parte I, 3.7. e infra Parte II, 8.

Parte II - O regime legal da pluralidade de seguros

1. A validade dos diversos contratos

Estabelecido o conceito de pluralidade impõe-se analisar o conteúdo do regime instituído.

O primeiro ponto a relevar no estudo do regime consagrado pela LCS quanto a pluralidade de seguros é a supra referida relevância da autonomia privada. Daí decorre a licitude de celebração plural de contratos de seguro com idêntico conteúdo.

Esta consagração poderá parecer evidente: - se alguém quer proteger um dado interesse de um dado risco ou conjunto de riscos, não se veria razão para que não o faça da forma que entenda como mais abrangente possível, prevenindo a possibilidade de o capital seguro ficar aquém dos danos e da medida do seu interesse ou de ocorrer qualquer circunstância, designadamente ao nível do contrato ou da instituição seguradora, que impedisse a satisfação do seu interesse.

Se esta afirmação se impôs com a reforma de 2008, não traduzia o entendimento dominante no ordenamento nacional pregresso.

1.1. Pluralidade de seguros no Código Comercial

No regime revogado, sob a epígrafe *segundo seguro*, disciplinava o legislador no art. 434º do C.Com. a matéria de pluralidade de seguros.

A identidade conceptual não se pode considerar absoluta, na medida em que o preceito se referia, no corpo do artigo, a *segundo seguro celebrado pelo segurado, pelo mesmo tempo e risco, objeto já seguro pelo seu inteiro valor*.

Quer isto dizer que o legislador não aludia expressamente ao interesse em segurar. Todavia, na medida em que se referia ao *inteiro valor*, pode dizer-se que estabelecia como critério qualificativo a relevância económica para o segurado do evento lesivo. Nessa medida, poderá também dizer-se que até o requisito *interesse*

está implicitamente consagrado, sendo a divergência nominal e de redação atribuível sobretudo à diferença de momento histórico das previsões legais.

A grande diferença de regime entre o C.Com e a LCS é a que decorre da estatuição normativa.

De forma perentória, estabelecia o legislador no corpo do art. 434º nulidade do segundo contrato de seguro²⁹.

Dir-se-á, numa primeira análise, que o legislador de 2008 inverteu totalmente o sentido da sua orientação quanto a seguro plural, passando de um sistema de interdição para um sistema de permissão.

Tentar-se-á demonstrar de seguida que a alteração legal não se pode considerar tão *revolucionária* quanto eventualmente poderá parecer.

Para tanto, há que avançar na análise do conteúdo do regime legal do C.Com. e, principalmente, da aplicação do mesmo na ordem jurídica.

1.1.1. Exceções expressas à ilicitude do segundo contrato

Sendo a regra a nulidade do segundo contrato de seguro, admitia o legislador expressamente um conjunto de exceções a tal regra.

Mais que verdadeiras exceções, nos parágrafos do art. 434º, o que legislador fazia era delimitar negativamente o conceito de pluralidade.

No §1 excluía expressamente a sanção de invalidade aos seguros subsidiários. Tal subsidiariedade expressa refere-se a situações de nulidade do primeiro contrato ou de insolvência do segurador.

Como se disse a propósito de tal matéria, não se pode considerar que esta previsão configure verdadeira exceção à ilicitude de seguro plural pela simples razão de o seguro subsidiário não ser enquadrável como tal: - apenas um contrato é eficaz em cada momento e, por consequência, no momento de produção do evento lesivo.

²⁹ No sentido de se tratar de nulidade em sentido próprio: J.C. Moitinho de ALMEIDA, *O Contrato de seguro no regime português e comparado*, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 1971.

No §2 o legislador excluía também expressamente a invalidade do segundo contrato em situações que, claramente, não são de pluralidade de seguros e cujas regras, aliás, já decorreriam da mera aplicação de regras gerais de direito civil.

São essas situações as de cessão dos direitos do primeiro seguro ao segundo segurador ou as de renúncia do primeiro segurador.

É evidente, seja no caso de cessão seja no de renúncia, que não se trata de verdadeira exceção à invalidade do segundo seguro. Simplesmente os direitos emergentes do primeiro contrato seriam cedidos a outro segurador ou meramente se extinguiriam por renúncia. Portanto, inexistia também aqui qualquer situação de eficácia simultânea de ambos os contratos.

Assim, pode dizer-se que as exceções expressas ao regime do segundo seguro no C.Com. não têm função que não a de delimitar negativamente o conceito legal, não operando qualquer exceção material à disciplina substantiva consagrada no corpo do preceito.

Bem mais relevante, a este propósito, será a disciplina do art. 433º do C.Com., sob a epígrafe de *seguro por valor inferior ao real*.

1.1.2. O seguro complementar no C.Com.

Para a análise em causa interessa sobretudo o texto do §1 do regime do art. 433º do C.Com. que dispunha que *se o seguro for inferior ao valor do objeto segurado, pode a diferença ser segurada, e o segurador dessa diferença só responderá pelo excedente, observando-se a ordem da data do contrato*.

Poderia, numa primeira análise, cingir-se o objeto deste preceito à regulação do subseguro e do seguro complementar.

Isto é, poderá interpretar-se este preceito sustentando que este art. 433º §1 se atém a regular situações em que alguém contrate seguro para cobrir determinado risco e, prevendo a possibilidade de o evento lesivo exceder o capital seguro, contrate seguro para cobrir a diferença, sendo essa a expressa intenção das partes no segundo contrato.

É claro que esse é o objeto central de regulação do preceito. É claro, por consequência, face ao que se disse antes, que, nessa medida, não se trata de regular verdadeira situação de pluralidade de seguros, inexistindo identidade de riscos: - o segundo contrato opera se e quando se verificar insuficiência de capital do primeiro.

A ressalva final, analisada à luz da dogmática atual, ganha, porém, uma nova perspectiva.

É que o legislador estabelece um critério de ordem com base na data dos contratos.

Se se tratasse de mera regulação de seguro complementar não seria necessário estabelecer tal critério. A complementaridade teria que resultar de forma evidente das regras dos contratos, irrelevando até a data de celebração

O verdadeiro alcance deste preceito só poderá ser alcançado repescando o texto do corpo do artigo seguinte, o supra referido art. 434º.

Refere-se o art. 434º ao seguro *pelo seu inteiro valor*. Este art. 433º §1 reporta-se a *seguro inferior ao valor do objeto*.

A forma de compaginar estes preceitos será precisamente pondo o acento tónico no conteúdo dos dois contratos e no que previssessem no que concerne aos danos indemnizáveis.

Ficando claro que a intenção das partes era segurar inteiro valor do objeto, será aplicável o art. 434º, mesmo que, ao ser executado o contrato e ante a produção de evento lesivo, se viesse a verificar que o capital seguro era insuficiente.

Se, pelo contrário, ficasse claro que o objeto tem valor superior ao do seguro ou, e este é o ponto fundamental que agora se pretende assinalar, não ficasse expressa no contrato uma relação clara entre o seguro e o valor do objeto, seria aplicável o disposto no art. 433º.

Isto é, concretizando, deve entender-se que o art. 433º do C.Com era aplicável também aos casos em que a integralidade da cobertura de riscos não tivesse ficado estipulada, não sendo manifesto que o segundo seguro é meramente

complementar e, perante a produção do sinistro, se verificasse que os danos excediam o capital seguro em ambos os contratos.

Nesses casos, a celebração de dois contratos de seguro era já lícita ao abrigo do C.Com. e esses são casos que hoje poderiam merecer verdadeira classificação de pluralidade de seguros.

A não ser assim, não faria sentido a ordem temporal estabelecida pelo §1 do art. 433º, como não faria sentido a regra, muito próxima da estabelecida atualmente pelo art. 133º LCS, do §2 do art. 433º estabelecendo que os contratos celebrados na mesma data – *terão efeito até à concorrência do valor total em proporção da quantia segura em cada contrato*³⁰.

Quer isto dizer, numa primeira aproximação conclusiva, era já errado dizer que, à luz do C.Com., a pluralidade de seguros era ilícita, sem mais.

1.1.3. As soluções interpretativas do art. 434º C.Com.

Além do que antes se referiu, pretendendo-se que fique clara a conclusão, pela mera análise do texto legal, que a interdição de celebração de seguro plural não era absoluta no nosso regime pregresso, cumpre assinalar que também a aplicação prática que o regime anterior foi sofrendo muito restringiu a proibição de celebração de seguro plural.

Os intérpretes e aplicadores foram restringindo a declaração de nulidade estatuída pelo art. 434º. Havendo quem sustentasse que se trata de verdadeira nulidade³¹, havia também quem procedesse a verdadeira *requalificação* da nulidade em anulabilidade, à semelhança do que foi sendo feito em relação ao art. 429º, a propósito de declarações inexatas. Segundo tal interpretação, a invalidade que vicia

³⁰ A propósito, já dizia CUNHA GONÇALVES, *Commentário ao Código Comercial Português*, vol. II, Editora José Bastos, Lisboa, 1916, p. 561 que *sendo todos os seguros da mesma data, todos terão que subsistir; mas o excesso de valor terá que ser deduzido em rateio por todos os seguradores, na proporção da quantia respectivamente segurada.*

³¹ Cfr. Moitinho de Almeida, *O contrato de seguro no regime português e comparado*, p. 61.

o segundo seguro estaria sujeita a alegação e prova de, no momento da sua celebração, o objeto já se encontrava seguro por seu *inteiro valor*³².

Pelo que antes se disse, a despeito da *nulidade* declarada pelo legislador, fica claro de uma análise mais detida que o regime revogado regime do C.Com. quanto a pluralidade de seguros na verdade permitia, e efetivamente permitiu, celebração plural de contratos de seguro.

Nessa medida, a inovação da LCS não será propriamente revolucionária.

É inovadora, desde logo, por acentuar os princípios de autonomia privada e de boa-fé contratual nesta área, por ter um propósito e uma função clarificadora do sistema e também por consagrar regras claras de repartição de responsabilidade entre seguradoras, na lógica dos regimes jurídicos comparáveis.

Dizer-se, todavia e sem mais, que passou a ser possível no nosso ordenamento celebrar mais que um contrato de seguro com o mesmo objeto a partir de 2008 afigura-se uma afirmação precipitada.

1.2. Sistemas comparados

Para avançar na análise do regime introduzido pela LCS, cumpre situar a solução nacional no contexto do avanço das ordens jurídicas, o que já foi feito a propósito dos limites do conceito e continuará a fazer-se quanto ao conteúdo das soluções estabelecidas.

Pela proximidade, importância e influência irão ser salientadas as soluções dos ordenamentos espanhol, italiano, alemão e francês. Far-se-á também referência às soluções do ordenamento inglês, que a despeito da diferença de matriz, apresenta soluções avançadas nesta matéria.

³² Assim, sustentando que a invalidade do art. 434º do C.Com. é mera anulabilidade, cfr. Ac. STJ 9/12/92 (MARTINS da COSTA). Em sentido de se tratar de verdadeira nulidade, além de MOITINHO DE ALMEIDA, loc. cit. nota anterior, Ac. RL 16/4/91 (CORREIA DE SOUSA).

Esta análise jus comparativa não pode ser, como é evidente pelas limitações necessárias, mais abrangente, não só quanto a outras ordens jurídicas como quanto à extensão do conteúdo da matéria tratada.

Fica claro da análise comparativa, a propósito deste tópico, que o regime português pós-2008 acompanha as soluções vigentes na generalidade dos ordenamentos quanto a admissibilidade ampla de celebração plural de contratos de seguro.

O art. 32º n.º1 da Ley 26/2006 de 17/7 em Espanha, o art. 1910º n.º1 do *Codice Civile*, o &1 art. L121-4 do Code des Assurances, em França e o art. 77º n.º1 da Lei do Contrato de Seguro alemã (de 23/11/2007) todos estabelecem licitude para as situações da pluralidade de seguros.

Em Inglaterra o regime é regulado integralmente pela jurisprudência, não havendo *statute law* aplicável, sendo tratado como *second insurance* e também amplamente admitida a respetiva validade.

2. Dever de informação

Esta obrigação de comunicação é estruturada como elemento central da permissão de contratação plural de seguros com o mesmo objeto.

A lógica do sistema é bem clara e compreensível: estando-se numa área em que a possibilidade de fraude é especialmente patente, seguindo o legislador um caminho de permissão não poderia senão rodeá-lo de um enquadramento de proteção adequado.

Sempre poderia dizer-se que, para o tomador de seguro, este dever de informação, mesmo que não expressamente consagrado, sempre se imporia como decorrência do princípio da boa-fé, seja *in contrahendo*, na negociação do segundo contrato, seja já com o contrato em execução, para o primeiro, quando concretizasse novo seguro com idêntico objeto³³.

De realçar, como se referiu na Parte I, que deve entender-se que este dever existe mesmo em caso de mera coincidência parcial de contratos de seguro e, portanto, sempre que alguém outorgue seguro com idêntico objeto, ainda que o seu interesse seja que os contratos funcionem meramente como complementares, tal dever de informação impor-se-á.

A disciplina do regime de pluralidade de seguros tem a sua coluna vertebral em todos os ordenamentos, como se verá também em Portugal, na estatuição de dever de informação de tal situação às seguradoras.

Para os diversos legisladores este é o elemento central para a coerência e a *saúde* do sistema instituído.

É pela estatuição deste dever que no ordenamento jurídico se equilibra, na pluralidade de seguros, o princípio da autonomia privada e a consequente admissibilidade ampla de celebração de dois ou mais contratos com o mesmo

³³ Sobre deveres de informação, em particular dever de comunicação de risco, cfr. LUÍS POÇAS, *Estudos de Direito dos Seguros*, Almeida & Leitão Lda., 2008 e *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, 2013.

objeto, com os riscos de abuso, fraude ou simples desbalanço contratual que tal liberdade potencia.

Por outro lado, deve atentar-se que o dever de informação do tomador é uma das bases em que assenta toda a relação contratual de seguro e, portanto, dir-se-á, com LUÍS POÇAS que estamos perante uma *autonomização de um especial dever de informação*³⁴.

Este dever, continuando a seguir de perto este autor, traduz o reconhecimento pelo legislador *da manifesta essencialidade da circunstância em causa – a pluralidade de seguros, suscetível de indiciar intuito especulativo ou fraudulento e, portanto, uma maior probabilidade de produção do sinistro*³⁵.

2.1. Forma e conteúdo da comunicação

Esta comunicação não reveste, no nosso ordenamento, formalidade especial.

Quer isto dizer que será válida qualquer forma de comunicação, incluindo, portanto, a meramente verbal, a presencial ou a efetuada à distância³⁶.

Será evidentemente aconselhável, todavia, a forma escrita.

Sendo o contrato de seguro um contrato de adesão, caso conste no formulário dos contratos a opção de informação de outro contrato de seguro, esta será a forma mais natural de a comunicação pelo segurado se produzir. Ao solicitar adesão ao segundo contrato assinalará, no campo respetivo, a existência de contrato anterior, devendo tal campo, pelo menos, comportar espaço para indicação da seguradora contratante.

³⁴ *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, 2013, p. 633

³⁵ Ob. e loc. cit.

³⁶ No sentido de o dever de comunicação poder ser cumprido de forma oral ou escrita, para o ordenamento espanhol, FERNANDO SANCHEZ CALERO *et al*, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, cit., p. 549.

Sobre contratação de seguros à distância e por meios electrónicos cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro*, cit. p. 37 e segs..

Após conclusão do segundo contrato deveria, de modo equivalente, solicitar alteração dos elementos do primeiro, preenchendo como alteração apenas o campo referente a possível existência de outros contratos.

Na falta desta via *normalizada* de comunicação, será evidentemente aconselhável a elaboração e entrega de documento escrito, com recibo, cujo relevo será meramente probatório.

Decorrendo de algum modo do que antes se disse, deve entender-se que o dever de comunicação se satisfaz com a mera comunicação de existência de outro contrato, com o mesmo objeto e celebrado com a seguradora “X”.

Deve entender-se, a esta luz, que não faz parte do dever do tomador *ab initio* comunicar todos os elementos do contrato.

Pode, portanto, perfeitamente ocorrer que a comunicação acabe por se verificar inútil ou ineficaz, sendo aquilo a que o tomador atribui a qualidade de seguro plural uma situação diversa, atuando as previsões dos dois contratos em âmbitos diversos.

Atente-se, todavia, antes de mais, no que antes se assinalou: - haverá certamente casos de pluralidade meramente parcial, i.e., em que a coincidência dos conteúdos contratuais não é total.

Pense-se no exemplo, já antes referido, de dois seguros de saúde, com coincidência temporal, coincidência de segurados mas mera correspondência parcial de coberturas. Neste caso, deve entender-se que existe pluralidade em sentido próprio e, portanto, o dever de comunicação é também plenamente existente.

Pense-se, a outro nível, na celebração de um segundo seguro de saúde sem qualquer coincidência de coberturas. Nesse caso, os riscos cobertos nos dois contratos são, evidentemente, diversos e, por consequência, a situação não é de pluralidade e o dever de comunicação não existe.

O que fica dito leva-nos à afirmação que, em última análise, a averiguação de se tratar de uma situação de pluralidade de contratos *propriu sensu* ou

meramente dois contratos com diferente objeto, em área próxima, é das seguradoras e não dos tomadores.

Serão estas as entidades especializadas e cuja organização e conhecimentos técnicos lhes confere a capacidade de fazer a avaliação dos conteúdos contratuais para este efeito.

Ao tomador será exigível apenas que comunique a existência de outro contrato, a seguradora e a área de risco que, putativamente, indique como seu objeto.

Será à seguradora que competirá, feita a comunicação, aferir da existência de pluralidade.

O tomador terá, todavia, ainda no âmbito deste dever de informação, de prestar todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados e juntar os elementos entendidos por pertinentes à avaliação da seguradora, de entre estes emergindo, evidentemente, cópia do(s) contrato(s) de seguro que tenha celebrado com outra(s) entidade(s) seguradora(s).

A propósito, em termos comparados, o art. 77º da Lei de Contrato de Seguro alemã estatui que a comunicação deve compreender a identificação dos outros seguradores e dos capitais seguros. Idêntica previsão contém o §2 do art. L121-4 do *Code des Assurances*.

Sem estabelecer requisito especial de conteúdo de comunicação, à semelhança do art. 133º da LCS, estão o art. 32º da Lei de Contrato seguro em Espanha e o art. 1910º do *Codice Civile*.

Face a esta regulação, mantém-se que o dever se restringe à indicação de outro contrato e indicação da entidade seguradora, com sujeição, como se verá à frente, de deveres acessórios de informação, se justificadamente solicitados.

2.2. Sujeitos do dever de informar

A legislação nacional coloca o cumprimento deste dever, alternativamente, nas mãos do tomador de seguro ou do segurado, no caso de não se tratar da mesma pessoa.

A solução seguida pelo legislador nacional não é unânime nas ordens comparadas.

A opção pela imposição de dever ao tomador será a natural, sendo este a parte contratante e, portanto, a que tem a capacidade natural de saber da existência da situação de pluralidade.

Já a colocação de tal dever na esfera do segurado poderá suscitar dúvidas, sobretudo ao nível de aplicação prática, naquelas situações em que um mesmo contrato seja aplicável a um conjunto alargado de segurados, como será o exemplo dos seguros de trabalho em instituições de dimensão relevante.

É claro que numa situação dessas, em caso de dúvida, deverá funcionar uma presunção natural a favor do segurado de desconhecimento da situação de pluralidade que poderá, no seu reverso, ter como consequência especial dificuldade de prova de má-fé, mesmo sendo reclamada mais que uma indemnização. Não será difícil prefigurar erros decorrentes de pura e simples ignorância.

Nos ordenamentos comparados as soluções são divergentes.

O referido art. 32º da Ley 26/2006 espanhola estatui obrigação de tomador e segurado.

O Código Civil italiano, no seu art. 1910º n.º1 impõe apenas obrigação ao segurado, solução idêntica à do ordenamento francês (art. L121-4 n.º1 do Code des Assurances).

O art. 77º n.º1 da Lei do Contrato de Seguro alemã estatui obrigação ao tomador.

2.3. Prazo da informação

A lei não estipula prazo para tal comunicação estatuidando que a mesma deve ser feita *a todos os seguradores, logo que tome conhecimento da sua verificação, bem como aquando da participação do sinistro.*

Tal prazo de comunicação é estabelecido em todos os ordenamentos comparados, com diferenças de formulação irrelevantes.

É uma disposição que, apesar da sua aparente simplicidade, não é também isenta de dificuldades.

Quanto ao primeiro dos momentos, o do conhecimento da situação de pluralidade, terá que entender-se que a norma impõe uma comunicação em prazo razoável, após conhecimento, segundo um critério de diligência do homem médio, é assim que o “logo” deve ser entendido, também por oposição a um eventual aguardar pelo momento de eventual produção de sinistro³⁷.

E se assim é, sendo a comunicação feita a entidades especializadas e funcionalmente dirigidas ao negócio oneroso de seguros, pode suscitar-se a dúvida de saber a necessidade de reiterar a comunicação aquando da participação do sinistro.

Tendo as seguradoras já conhecimento da pluralidade deveria ser a estas que competiria a averiguação da atualidade da situação de pluralidade, com o conseqüente dever do tomador de prestar informações solicitadas, que sempre decorreria do princípio da boa-fé.

É que, como diz o n.º3 do art. 133º, o segurado pode livremente escolher a seguradora para satisfazer a indemnização a que tenha direito, o que não se pode entender senão como um (correto) propósito legal de facilitar a tarefa de perceção da indemnização devida por quem de direito.

³⁷ No sentido de comunicação *imediata* dever referir-se a *prazo razoável*, em Espanha, FERNANDO SANCHEZ CALERO *et al*, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, cit., p. 549.

Este propósito *facilitador* é de algum modo afetado pela necessidade de comunicar a atualidade da situação de pluralidade.

Importa atentar, por outro lado, como se referiu já, que nos casos de coincidência parcial de objetos contratuais, só com a produção do evento lesivo será possível confirmar a situação de pluralidade. Assim sendo, também porque o sinistro sempre terá que ser participado, pode dizer-se que a limitação é de relevo menor, sendo mais um incómodo que outra coisa.

3. As situações de omissão do dever de comunicação

Sendo omitido o cumprimento de tal dever de comunicação cumpre analisar as consequências estatuídas pelo legislador.

Esta análise deve fazer-se a dois níveis.

Por um lado distinguindo as situações de omissão fraudulenta das situações de mera omissão e, por outro, fazendo relevar o momento em que as seguradoras se apercebam da situação de pluralidade.

Para esta última análise deve especialmente levar-se em conta a possibilidade de existência de cláusulas limitativas de responsabilidade das seguradoras em situações de pluralidade.

3.1. Simples omissão

Serão qualificáveis de simples omissão, todas as situações que não sejam de omissão fraudulenta.

Ao usar, no nosso entender de forma correta e especialmente esclarecedora, a expressão *fraudulenta*, o legislador traçou um claro limite e preveniu dúvidas designadamente com situações conhecidas e não comunicadas, que uma expressão legal que meramente aludisse a *dolo* ou mesmo a *boa-fé* poderia induzir.

Ao falar em omissão fraudulenta o legislador está claramente a prever situações de comportamento intencionalmente enganador, com propósito de usar a pluralidade de seguros como forma de enriquecimento patrimonial, por intermédio de percepção de indemnizações previstas em mais que um contrato e excedendo o interesse seguro.

Quer isto dizer, assim, por oposição, que serão enquadráveis em situações de simples omissão:

- a) Situações de simples desconhecimento da pluralidade: - Sabendo-se que o dever recai sobre tomadores e segurados, não é difícil imaginar situações de desconhecimento de segurados e é possível até prefigurar situações em

que em dois contratos, com dois segurados, os tomadores sejam diversos e, portanto, os próprios tomadores desconheçam a pluralidade;

b) Situações de, pura e simples, falta de comunicação, seja por esquecimento ou por desconhecimento da obrigação de informar;

c) Situações de intencional ou dolosa omissão de comunicação, sem que tal intenção esteja associada a qualquer propósito de enriquecimento ilegítimo, i.e., de perceber indemnização superior aos danos, por qualquer razão de cariz subjetivo que se possa configurar.

E quais as consequências para estas simples omissões?

No nosso entender, nenhuma, seja em termos legais, seja contratuais.

Poderá da omissão advir um mero risco moral de ver a omissão qualificada como fraudulenta, mesmo não o sendo, risco especialmente patente se se tomar como verdadeiro um vício de comportamento muitas vezes apontado às seguradoras de, perante solicitação de pagamento de prestações, antes de as satisfazerem, procurarem indagar todos os fundamentos possíveis para a sua desoneração...

Pode até, indo um pouco mais longe, dizer-se que a omissão de comunicação é suscetível de fazer nascer uma presunção natural de fraude, que nos parece clara naqueles casos em que seja solicitada indemnização aos dois seguradores, onerando o tomador com a responsabilidade de demonstrar a sua boa-fé e, portanto, não tendo a seguradora que demonstrar que tal constituiu uma *mera distração* ou um *mero desconhecimento*.

Assim sendo, a simples omissão não deixa de ser uma falta de cumprimento de uma obrigação que especialmente fragiliza a posição do tomador e/ou do segurado no âmbito de contratos de seguro plurais, colocando-o à mercê da sujeição à sanção correspondente às situações de omissão fraudulenta, mas nada mais que isso.

Sem prejuízo da questão probatória, em termos substantivos, deve entender-se, assim, que as simples omissões não implicam consequências.

Quer com isto dizer-se que deve entender-se que as seguradoras, ante este tipo de omissão, ficam igualmente obrigadas ao pagamento das prestações. Da omissão não emerge qualquer direito autónomo, assente que esteja, em termos factuais, que a omissão é simples.

Quanto à manutenção da obrigação de pagamento de prestações, crê-se que decorre linear e cristalinamente do que dispõe o art. 133º n.º2, que apenas exonera as seguradoras de tal obrigação ante omissões fraudulentas.

Quanto à inexistência de qualquer outro direito das seguradoras emergente da omissão, este entendimento, que será menos evidente, decorre sobretudo da supra citada natureza relativamente imperativa do regime da pluralidade de seguros, que de seguida se analisará e para onde se remete.

3.1.1. Licitude de cláusulas limitativas em caso de mera pluralidade

A questão que se deixou no ponto anterior refere-se, em síntese, a saber se serão lícitas cláusulas limitativas de responsabilidade da seguradora nos casos de mera omissão de comunicação, como antes definida, i.e., englobando todas as ausências de comunicação não fraudulentas. Isto é, não estatuidando o legislador sanção para a simples omissão podem as partes estatui-la?

Entende-se que esta questão, no ordenamento nacional, está abrangida pelo princípio de imperatividade relativa estabelecido pelo art. 13º da LCS.

Como foi referido, o legislador é expresso no art. 13º estabelecendo a possibilidade de derrogação de um conjunto de dispositivos legais apenas de forma mais favorável ao tomador, segurado ou beneficiário, entre as quais se inscreve expressamente a norma do art. 133º.

Ainda que o art. 133º não estivesse expressamente referido no art. 13º, parece poder dizer-se com alguma segurança que a possibilidade de celebrar mais que um contrato de seguro relativo aos mesmos risco e interesse confere uma clara vantagem ao segurado. Tal vantagem será de duas ordens:

Em primeiro lugar, mesmo sabendo que existe cobertura de idêntico risco e interesse em ambos os contratos, não pode, desde logo, afastar-se a possibilidade de o seguro plural, em sentido próprio, funcionar como seguro complementar.

Deve atentar-se, a este propósito, que tal decorre da estruturação do princípio indemnizatório na área de direito dos seguros.

Diz o art. 128º LCS que a indemnização devida pelo segurador está limitada ao dano e ao capital seguro.

Quer dizer que o referente indemnizatório nesta área não é unicamente a extensão do dano verificado mas também aquilo que seja convencionado como capital seguro.

Quer isto dizer, mesmo que as partes de ambos os contratos convencionem segurar todo o interesse, não é de excluir que, produzido o evento lesivo, se verifique que o capital seguro não cobre a totalidade do interesse protegido. Nesse caso, deve entender-se que operarão as regras da pluralidade na repartição de responsabilidade entre as seguradoras mas, para o segurado ou beneficiário, os contratos de seguro operarão de forma complementar, assim assegurando cobertura integral do interesse afetado.

Para além desta situação, mesmo estando todo o interesse completamente protegido nos dois contratos, a possibilidade dada de celebração de mais que um seguro, constitui um acréscimo na certeza dada ao titular do interesse da sua efetiva proteção, protegendo-o ou, pelo menos, muito reforçando, a proteção quanto a vicissitudes que possam atingir a primeira seguradora ou o primeiro contrato.

Assim, entende-se que são ilícitas cláusulas limitativas da responsabilidade das seguradoras no caso de pluralidade ou nos casos de omissão de comunicação não fraudulenta.

No ordenamento italiano, a doutrina e a jurisprudência italiana admitem validade de cláusulas limitativas de responsabilidade das seguradoras em caso de pluralidade de seguros, sejam estas cláusulas que estatuem pura e simples perda de

indenização em casos de omissão de comunicação negligente ou cláusulas que prevejam reduções proporcionais das indenizações, “convertendo” contratualmente a pluralidade de seguros em cosseguro³⁸.

Face à inexistência de qualquer sanção legal para a omissão não fraudulenta na lei nacional e o exposto elenco do art. 133º nas normas relativamente imperativas da LCS, concluímos que estas cláusulas estão interditas no nosso ordenamento³⁹.

A não ser assim, perante a validade de tais cláusulas, seria possível sustentar a desoneração contratual da obrigação da seguradora no caso de fazer incluir no clausulado de adesão uma regra limitativa de responsabilidade perante contratação de seguro de idêntico conteúdo.

Seria, em tal caso, igualmente possível sustentar que, caso viesse a suportar a prestação, por apenas tomar conhecimento da pluralidade em momento superveniente ao do pagamento ou qualquer outra razão, demandar o segurado ou o tomador por perdas decorrentes da indenização suportada.

Sendo tal possibilidade afastada, na prática, qualquer omissão de comunicação não fraudulenta não terá qualquer consequência para segurado ou tomador, seja a nível do direito à percepção de prestações, seja de possibilidade de incorrer em responsabilidade civil por violação do dever de comunicação da pluralidade, existindo só o *risco moral* referido no ponto anterior.

3.1.2. Dever de informação e dever de declaração inicial de risco

O que antes se disse não infirma o relevo da comunicação de existência de um contrato prévio com o mesmo objeto, em termos de avaliação inicial de risco (art. 24º a 26º da LCS).

³⁸ A propósito, cfr. Antonio LA TORRE, *Le assicurazione*, cit., p. 189.

³⁹ Também no sentido de que, em França, a divisão se faz meramente pela *boa-fé* ou *má-fé* na contratação plural, cfr. BEIGNER e DO CARMO SILVA, ob. cit., p. 169 e 170.

Esta informação apenas releva no processo de formação do segundo contrato, devendo considerar-se que a existência de um contrato prévio com o mesmo objeto pode, fundadamente, ser fator significativo na apreciação do risco pelo segurador (cfr. art. 24º n.º1) - na medida em que a avaliação *ex ante* de situações de possível fraude também deve ser feita por referência ao aumento de probabilidade de produção do sinistro decorrente de operarem dois seguros.

Assim sendo, será de considerar que a afirmação antes feita, que a simples omissão do dever de comunicação da pluralidade não tem consequências, deve ser entendida *cum granum salis*.

Não tem consequências o não cumprimento do dever autónomo de comunicação do regime de pluralidade de seguros. Todavia, na medida em que a informação de outorga de contrato prévio com o mesmo objeto tem relevo na aferição do risco, a falta de comunicação tem consequências, colocando a situação jurídica emergente do segundo contrato sujeita ao regime legal de violação dos deveres de informação inicial do tomador (art. 25º e 26º).

É, portanto, não uma consequência própria deste específico dever de informação mas uma consequência decorrente do regime genérico do contrato de seguro, com relevo no processo de conclusão do segundo contrato.

3.1.3. Eliminação da pluralidade em caso de desconhecimento

Situação próxima da antes referida mas não coincidente será a situação de *sobresseguro*, em sentido lato, por celebração de seguro plural, com desconhecimento de tal circunstância.

Querendo o tomador *corrigi-la*, terá direito a fazê-lo?

O legislador alemão é o único dos estudados a prever especificamente esta situação, dispondo pelo art. 79º da Lei do Contrato de Seguro: *If the policyholder has made the contract on account of which the multiple insurance arose without knowing that the multiple insurance arose thereby, he may demand that the*

contract made at a later date be rescinded or the sum insured be reduced, also reducing the insurance premium proportionally...

Quer isto dizer que é estatuído, a par do direito à resolução, direito à redução do segundo contrato.

Na falta de norma equivalente em Portugal terá que considerar-se que o tomador do segundo contrato terá meramente direito a resolvê-lo por erro ou, de forma mais simples, fazer cessar os seus efeitos, comunicando a intenção de cessação e deixando de pagar os prémios devidos.

3.2. Omissão fraudulenta

A par do dever de informação, este pode considerar-se o segundo pilar do regime de pluralidade de seguros.

É com base na previsão de fraude por omissão de comunicação da situação de pluralidade que o legislador estrutura o que se definiu como um verdadeiro princípio sancionatório, equivalente a desoneração das prestações de todas as seguradoras.

Este será o contrapeso que equilibra o alargamento da autonomia privada que o legislador consagrou na reforma de 2008, evitando que a ordem jurídica, nesta área, possa sofrer desbalanços sensíveis.

A regra, verificada uma situação de omissão fraudulenta, será, como referido, a desoneração das prestações de todas as seguradoras (art. 133º n.º2).

Chamando a atenção para o que se disse no ponto anterior, o conceito de omissão fraudulenta deve entender-se que é explicável como uma não comunicação acompanhada de uma especial intenção de percepção de prestações que excedam o interesse, i.e., uma intenção de enriquecimento patrimonial pela execução dos mecanismos previstos em dois, ou mais, contratos de seguros.

O conceito de omissão fraudulenta encerra, assim, elementos objetivos e subjetivos que especialmente qualificam este ilícito civil.

Em termos objetivos exige-se apenas a verificação da omissão.

Em termos subjetivos, que essa omissão seja intencional e acompanhada de elemento subjetivo especial – intenção fraudulenta.

Esta intenção fraudulenta é um elemento puramente subjetivo, cujo apuramento decorrerá certamente de elementos objetivos casuísticos, de entre estes podendo salientando-se a solicitação de mais que uma indemnização após produção do sinistro, mas que não é confundível com esta.

Quer com isto dizer-se que a intenção fraudulenta deve sempre ser estabelecida autonomamente. Podem verificar-se elementos objetivos indiciadores de fraude sem que esta exista e pode também existir intenção fraudulenta com diversas manifestações objetivas. Pode até, no limite, existir mera intenção fraudulenta subjetiva mas, na medida em que não se objetive, não terá relevo jurídico.

No contexto das ordens mais próximas que vêm sendo referidas, pode dizer-se que as soluções são muito equivalentes, embora se deva salientar que o legislador nacional, nesta parte, foi especialmente feliz, traduzindo uma solução que se destaca pela sua clareza.

Assim, em Espanha, na parte final do §1 do art. 32 da Ley 26/2006, o legislador prevê apenas *dolo* na omissão.

O sentido a dar a *omissão dolosa* deve ser análogo à do legislador nacional. Todavia, poderão suscitar dúvidas os casos de omissões de comunicação conscientes mas sem qualquer intenção de enriquecimento, que, como referido atrás, em Portugal nos parece claramente que não desoneram as seguradoras e, nesta redação, permite dúvidas de interpretação e aplicação.

De forma idêntica dispõe o art. 1910º do *Codice Civile* se reporta a *omissão dolosa*.

Este *dolo* tem sido, todavia, interpretado de forma equivalente ao de *omissão fraudulenta* e não de *mera intenção de não comunicação*. Assim, diz LA

TORRE que consistirá num comportamento preordenado com o fim de conseguir uma indemnização maior que o dano efetivamente sofrido⁴⁰

O art. L121-4 §3 do Code des Assurances dispõe, por seu lado, *Quand plusieurs assurances contre un même risque sont contractées de manières dolosive ou frauduleuse, les sanctions prévues (...) sont applicables* (remete para o art. L. 121-3: *en demander la nullité et réclamer, en outre, les dommages et intérêts*).

Esta previsão de algum modo adensa ainda mais a dúvida sobre se as expressões são coincidentes, sendo uma mera redundância legal, ou existe uma diferença substantiva⁴¹.

Tão claro como o preceito nacional será apenas o art. 78º n.º3 da Lei do Contrato de Seguro alemã que estabelece o conceito de *intenção de obter benefício pecuniário ilícito*, estabelecendo a nulidade de cada contrato celebrado com tal propósito.

Pode dizer-se, assim, que a despeito das diferenças nominais, podem considerar-se equivalentes as diversas expressões comparadas, quando referidas a este regime (dolo/fraude/má-fé/intenção de obter um benefício pecuniário ilícito).

É claro que a fraude tem que ser alegada e provada. Tal prova, em muitos casos, decorrerá diretamente da omissão de informação acompanhada, ocorrido o sinistro, da solicitação de pagamento de mais que uma indemnização.

Já nos casos em que as seguradoras se apercebam da omissão antes da ocorrência de qualquer sinistro ou, após produção deste, sem que sejam reclamadas indemnizações que ultrapassem o interesse, a situação reconduzir-se-á a mera pluralidade ou a não cumprimento dos deveres de informação, assim devendo ser analisada pelas seguradoras ou, se for o caso, pelo intérprete.

⁴⁰ *Le Assicurazione*, cit., p. 188.

⁴¹ BEIGNER e DO CARMO SILVA, *ob. cit.*, p. 163 associam-na simplesmente a *intenção fraudulenta*.

3.2.1. Consequências da omissão fraudulenta

Quanto à estatuição legal decorrente das situações de omissão fraudulenta pode dizer-se que todos os regimes estabelecem um regime de cariz sancionatório para tais situações.

No ordenamento nacional a sanção é a prevista no art. 133º n.º3 LCS e corresponde à exoneração do segurador das suas prestações, que quer dizer exoneração total de todas as seguradoras do pagamento de qualquer prestação.

Em Itália e Espanha as soluções são equivalentes.

No ordenamento alemão é estatuída nulidade do contrato e expressamente consagrado o direito do segurador a fazer seus os prémios vencidos até conhecimento dos factos que fundamentam a nulidade.

Assinale-se que nos ordenamentos português, italiano e espanhol, a falta de preceito análogo ao do direito alemão quanto à invalidade do seguro plural fraudulento conduz a que o resultado seja idêntico, i.e., o contrato manter-se-á eficaz até verificação da fraude e, portanto, será lícito à seguradora fazer seus todos os prémios percebidos.

Em França é estatuída nulidade do contrato e a possibilidade da seguradora demandar o tomador por perdas e danos emergentes.

Quer isto dizer que, por princípio, funcionarão as regras gerais da nulidade, com devolução de tudo o prestado mas com a possibilidade de autonomamente a seguradora instaurar demanda, com alegação e prova de danos emergentes que eventualmente possa ter sofrido⁴².

No direito inglês é prevista simplesmente a nulidade do contrato por violação de deveres de informação.

⁴² A propósito, cfr. Bernard BRIGNIER e Jean-Michel do CARMO SILVA, (coordenação), *Code des Assurances Commenté*, Lexis-Nexis-Litec, Paris, 2008, p. 167.

3.2.2. Inoponibilidade ao lesado da omissão fraudulenta

O n.º 6 do art. 133º estabelece uma regra sem paralelo nos ordenamentos tratados que é a expressa inoponibilidade ao lesado que reclame indemnização da invocação de omissão fraudulenta de tomador ou segurado.

Quer isto dizer que desoneração de prestações estatuída sofre aqui uma forte limitação, tendo, portanto, as seguradoras a obrigação de pagar as prestações que lhes forem solicitadas por lesados.

Deve entender-se que, suportando a indemnização ao lesado, o segurador terá direito a reaver do segurado ou do tomador o que tiver prestado.

Não se trata, neste caso, de sub-rogação, como a prevista no art. 136º (esta será sub-rogação do segurador pelo segurado ou tomador contra o terceiro responsável), devendo entender-se que se trata de pura e simples responsabilidade civil decorrente da situação fraudulenta.

É uma limitação relevante desde logo por pressupor que o património do tomador e/ou do segurado garantem o cumprimento da obrigação respetiva, o que poderá nem sempre suceder.

4. Relações segurado – segurador com produção do evento lesivo

Dispõe o n.º3 que o sinistro será indemnizado por qualquer dos seguradores, à escolha do segurado, dentro dos limites da respectiva obrigação.

A regra é semelhante nos diversos ordenamentos, todos permitindo que quem tem direito a reclamar as prestações se dirija a uma única seguradora.

A diferença entre regimes assenta na pessoa com legitimidade para proceder à indicação da seguradora que assumirá, em primeira mão, o pagamento da prestação.

Na Alemanha será competência do tomador, em Espanha e Itália a regra é semelhante à nacional, conferindo tal direito ao segurado e no ordenamento francês, pelo §4 do art. L121-4 o direito de indicação é atribuído ao beneficiário – (...) *le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix.*

Em Portugal a indicação relevante é feita, como referido, pelo assegurado.

Parece-nos que este preceito deve merecer uma interpretação literal, nada havendo em termos racionais ou sistemáticos que, em nosso entender, permita sustentar que o legislador disse menos que aquilo que queria dizer.

Assim sendo, cumpre referir, que esta regra é desconexa de qualquer disposição contratual que estabeleça critérios sobre a legitimidade para reclamar indemnizações.

Dito de modo simples: Não sendo o segurado o tomador de seguro, mesmo que este tenha direito de participar o sinistro e solicitar as prestações contratuais, havendo pluralidade, será ao segurado que caberá, em exclusivo, a indicação da seguradora responsável pela prestação. O mesmo se dirá quando tal legitimidade seja conferida ao lesado. A escolha da seguradora será feita pelo segurado.

E se este a não fizer?

Deve entender-se que, em tal caso, a participação de sinistro por quem tenha legitimidade deverá ser sempre comunicada ao segurado, seja pela seguradora seja pelo participante legítimo, lesado ou tomador, valendo o silêncio

do segurado em prazo razoável como não oposição à indicação feita pela própria participação.

O mesmo se dirá caso o sinistro seja participado a todas as seguradoras. Nesse caso, ante o silêncio do segurado, impor-se-á solicitar nova indicação do participante, neste caso da seguradora individual que deve suportar a prestação.

Por outro lado, estabelecendo o legislador que a indemnização é satisfeita por qualquer das seguradoras *dentro dos limites da respectiva obrigação*, quer claramente estabelecer que o limite de capital seguro em cada contrato será sempre o limite da prestação.

Tal poderá permitir, *a contrario*, que o seguro plural em sentido próprio funcione como seguro complementar, nos casos em que o capital seguro não cubra todo o interesse seguro.

Nesse caso deverá entender-se que o segurado tem direito a solicitar prestação complementar à outra seguradora, o que poderá fazer concomitantemente ou não, consoante seja ou não evidente *ab initio* a não correspondência entre os valores de capital seguro e de interesse atingido pelo sinistro.

Quer isto dizer também, portanto, que o legislador ao regular o seguro plural em sentido próprio está também, necessariamente, a regular o regime do seguro complementar.

Na verdade, não poderia ser de outro modo. Ainda que em muitas situações da vida e, portanto, em muitos factos jurídicos, seja possível prever antecipadamente toda a extensão dos danos causados por um sinistro numa determinada realidade económica, noutros, tal avaliação será meramente indicativa.

Acresce que os contratos de seguro estabelecem limites de capital seguro e, portanto, implicitamente, pressupõem a possibilidade de os danos excederem o interesse seguro, caso contrário todos os seguros seriam de capital ilimitado. Consequentemente, a simples limitação indemnizatória feita pelo referente *capital*

induz a possibilidade de o seguro plural assumir natureza de seguro complementar.

Neste ponto o regime nacional segue uma solução próxima dos regimes que se vêm referindo, todos permitindo que quem tenha legitimidade para solicitar o pagamento de prestação, a solicite na íntegra a uma das seguradoras, que estão obrigadas a cumprir integralmente a prestação (sempre nos limites dos danos e do capital seguro). Ficará para estas entidades o cômputo do apuramento final de responsabilidade entre si.

Alguma diferença de regime pode encontrar-se na repartição final de responsabilidade entre seguradoras, como a seguir explicado.

5. Relações entre seguradoras com produção do evento lesivo

Nas relações entre seguradoras estatui o legislador repartição de responsabilidade ficcionando a existência de um contrato único - *na proporção da quantia que cada um teria de pagar se existisse um único contrato de seguro*.

A forma de interpretar esta regra será a de considerar que o legislador ficciona, para efeitos estritos de repartição de responsabilidade entre seguradoras no caso de pluralidade e após concretização da prestação por uma, uma situação de cosseguro.

Essa ficção é evidentemente, limitada, não havendo total identificação com o regime material do cosseguro. Não só não existe acordo prévio sobre a repartição de responsabilidade, como tal forma de repartição será apenas a que decorra dos limites de capital seguro (e, não, portanto, de proporção de risco assumido, possibilidade que o legislador também consagra para o regime do cosseguro).

Quer isto dizer, em síntese, que no ordenamento nacional, o cosseguro ficcionado radica nos capitais seguros, sendo a responsabilidade final rateada em proporção equivalente à correspondente relação entre os capitais seguros nos dois ou mais contratos. Em dois contratos plurais, com limites de capital idênticos, a responsabilidade final das seguradoras será também idêntica. Quer isto dizer que a seguradora que satisfizer a prestação terá direito a reaver da outra o equivalente a metade do que tiver prestado a segurado ou lesado.

A solução nacional, neste ponto, aproxima-se da solução francesa que, pelo §5 do art. L121-4 dispõe que *Dans les rapports entre assureurs, la contribution de chacun d'eux est déterminée en appliquant au montant du dommage le rapport existant entre l'indemnité qu'il aurait versée s'il avait été seul et le montant cumulé des indemnités qui auraient été a la charge de chaque assureur s'il avait été seul*.

Materialmente próxima, mas com técnica diversa, é a solução do §4 do art. 1910º do Código Civil italiano dispondo que *L'assicuratore che ha pagato ha diritto de regresso contro gli altri per la repartizione proporzionale in ragione delle indemnità dovute secondo i rispettivi contratti*.

Quer isto dizer que é instituído um autónomo direito de regresso mas, na medida em que esta assenta na repartição proporcional em razão da indemnização devida nos termos de cada contrato, o cômputo de tal direito será equivalente.

Também em Espanha a solução é diversa, na decorrência da diferente configuração dos mecanismos de reclamação da prestação: *Los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción de la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño. Dentro de este limite el asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización debida, según el respectivo contrato. El asegurador que há pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetir contra el resto de los aseguradores* (art. 32 & 3 da Ley de Contrato de Seguro).

Quer dizer que apenas está previsto acerto de prestações assente em simples pedido de repetição, assente que esteja que tenha pago mais que o proporcionalmente devido.

Na Alemanha, a solução também é próxima, ainda que não seja *qualificada* a forma de repartição final de prestações. É estabelecido adicionalmente um critério de reciprocidade de direito internacional privado. Dispõe o art. 78º & 3 da Lei de Contrato de Seguro que *as regards the insurers, they shall be liable to pay in proportion to the amounts for which they are liable in accordance with each respective contract. If foreign law is applicable to one of the insurances, the insurer to whom foreign law applies may only assert a claim for compensation against the other insurer if he himself is liable to pay compensations under the relevant law.*

6. As regras de *common law* referentes a pluralidade de seguros

Sem prejuízo do que antes se disse pontualmente a propósito de alguns dos tópicos analisados, tendo o direito inglês matriz diversa do continental, não existe correspondência direta entre os assuntos tratados e as soluções que acolhe.

Por outro lado, tendo tal ordenamento, na área de direito dos seguros, especial riqueza, entende-se apresentar de forma autónoma, ainda que sintética, as principais soluções deste ordenamento quanto à matéria de *second insurance*, que, no essencial, corresponde à matéria de pluralidade de seguros⁴³.

Pode dizer-se que este ordenamento apresenta maior amplitude no que concerne à consagração da autonomia privada.

Tal é denotado, como já antes referido, pela permissão ampla de contratação plural de seguros com idêntico objeto.

Também aqui o tronco central de regulamentação e de equilíbrio do sistema radica no dever de informação do segurado, às diversas seguradoras, sobre a situação de pluralidade. A omissão de tal dever conduz, neste ordenamento, a invalidade do contrato em que o dever seja omitido.

Por outro lado, ainda em sede de autonomia privada, é amplamente admitida a validade de (quase) todo o tipo de cláusulas limitativas em caso de pluralidade de seguros.

Assim, designadamente, a doutrina inglesa, partindo de soluções jurisprudenciais, elenca como válidas cláusulas de rateio de responsabilidade entre seguradoras, cláusulas de limitação da indemnização a danos não cobertos por contrato já em vigor, cláusulas de exclusão total de indemnização se já cobertos por contrato em vigor.

Todo este tipo de limitações de responsabilidade em situação de pluralidade é admitido, sendo tais limitações meramente desconsideradas (*disregarded*:

⁴³ A propósito de admissão ampla de *second insurance*, cfr. Malcom A. CLARKE, *The Law of Insurance Contrats*, LLP (Lloyd's of London Press Ltd.) Ed., 1989, p. 586 e John BIRDS, *Modern Insurance Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 1988, p. 259 a 261.

diríamos em termos civilistas, consideradas ineficazes) se forem *ininteligíveis*, i.e., se do seu teor não for perceptível a que situação factual se referem⁴⁴.

Assim, são admitidas as chamadas cláusulas *rateable proportion*, em síntese equivalentes às que acima se referiram como admissíveis no ordenamento italiano e proscritas no nacional, i.e., de rateio de responsabilidade *ex vi* contrato e as cláusulas *excess of loss insurance* que desoneram a seguradora da prestação exceto quanto a danos não suportados por outro contrato⁴⁵

Muito comuns nos contratos ingleses e, por isso, especialmente merecedoras de tratamento jurisprudencial, são as chamadas *escape clauses* (cláusulas de fuga), cláusulas inseridas nos contratos, seja no primeiro ou no segundo, que isentam a seguradora da obrigação de satisfazer a prestação no caso de existir outro seguro válido com idêntico objeto.

O tratamento dado a estas cláusulas é especialmente revelador da amplitude dada à autonomia privada e, por outro, ao intrincado das soluções do ordenamento inglês.

Diríamos nós, no espírito *racionalista* continental, que melhor seria considerar abusivas algumas destas cláusulas e a questão estaria resolvida à nascença. Para a ordem inglesa, todavia, deve, sobrelevar a autonomia privada e, portanto, a validade de tais *escape clauses* é geralmente admitida, sejam insertas, como referido, no primeiro, no segundo, ou em ambos os contratos.

Tal *concorrência* de *escape clauses* obrigou à formulação de construções jurisprudenciais para conferir proteção à posição do segurado, desconsiderando uma ou as duas cláusulas em confronto. São apontados quatro tipos de decisões:

- Responsabilidade do 1º segurador, com desconsideração de eficácia da cláusula inserta no primeiro contrato (prevalência temporal do contrato);
- Responsabilidade do segurador que mais especificamente cobre o risco em causa no sinistro ocorrido (prevalência material do contrato);

⁴⁴ Neste sentido, ob. e loc. Cit. nota anterior.

⁴⁵ Sobre estas cláusulas, cfr. Malcom A. CLARKE, ob. cit., p. 587 e 588.

- Responsabilidade rateada desconsiderando as cláusulas de desresponsabilização (aproximação da solução inglesa às soluções continentais);
- Desconsideração das cláusulas e responsabilização da seguradora mais relacionada com o risco em causa (prevalência do conteúdo funcional da instituição seguradora).

Complexa no ordenamento inglês será a aferição da *ratio of contribution* entre seguradoras.

Face à amplitude da autonomia privada e inexistência de regra geral, só casuisticamente é possível estabelecer uma conclusão. Parece, todavia, ainda que dubitativamente, se tem vindo a estabelecer como critério decisório o da proporção do capital seguro nos danos, solução próxima à dos ordenamentos continentais⁴⁶.

⁴⁶ Assim, John Birds, ob cit., p. 263

7. Pluralidade no seguro de pessoas

Como antes se referiu, a disciplina da pluralidade de seguros de pessoas tem a sua base no regime de seguro de danos.

Será pelas regras do art. 133º que o seguro plural de pessoas será regulado, por expressa remissão do art. 180º n.º2. Vale, assim, tudo o que antes se disse.

De referir, como se salientou já, que o art. 180º n.º2 alude apenas a *identidade de risco*, deixando de fora o *interesse*, o que terá de interpretar-se, como se referiu, por referência à exigência legal de declaração de autorização da pessoa segura não contratante⁴⁷.

O que há então de assinalar como particularidade da pluralidade de seguros de pessoas?

Em primeiro lugar a circunstância de o ordenamento nacional ser o único que contempla regulação expressa desta matéria.

Será que o ordenamento nacional é, assim, o único que a admite?

Deve entender-se que não. A doutrina francesa é a única que considera que a autorização de pluralidade é inaplicável a seguro de pessoas, não havendo razão para fundamentar qualquer interdição nos restantes ordenamentos⁴⁸.

Questão mais complexa é a de saber se os seguros de vida podem ter uma função puramente indemnizatória, como seguro de danos.

Não se trata aqui de avaliar qual o sentido dogmático a atribuir ao contrato de seguro de vida, matéria conexas e alvo de amplo debate⁴⁹. O que se trata é de saber, estabelecendo o legislador uma divisão clara entre seguros de capitalização e de indemnização, no contexto do seguro de pessoas, se será lícito contratar seguro de vida estritamente indemnizatório, i.e., sem prestações predeterminadas.

⁴⁷ Cfr. supra, Parte I, 2.3.1.

⁴⁸ Cfr., a propósito do ordenamento francês, BERNARD BRIGNIER e JEAN-MICHEL DO CARMO SILVA, (coordenação), *Code des Assurances Commenté*, p. 165 e, Claude J. BERR e, Hubert GROUTEL, *Code des Assurances*, 9ª ed., Éditions Dalloz, 2003, p. 69.

⁴⁹ A propósito das diversas teses sobre a natureza jurídica do seguro de vida, cfr. Luís POÇAS, *Estudos de Direito dos Seguros*, Almeida & Leitão Lda., 2008, p. 61 a 75.

Esta é, inequivocamente, lícita nos demais seguros de pessoas, designadamente de acidentes e doença, ficando a seguradora que prestar sub-rogada nos direitos do tomador ou beneficiário contra o terceiro que dê causa ao sinistro (art. 181º).

Quanto à vida, o seu *cômputo* patrimonial há muito é feito na ordem jurídica. A despeito do relevo dos argumentos apresentados por MOITINHO DE ALMEIDA, não parece que possa excluir-se no nosso ordenamento a possibilidade de celebração de seguro de vida de com prestação exclusivamente indemnizatória e variável – *ubi lex non distinguit...*^{5º}

7.1. Contratos com prestações de valor predeterminado

O que antes se disse a propósito de identificação quase completa de regimes de pluralidade entre seguro de danos e de pessoas sofre a única particularidade sensível no que concerne aos contratos que o legislador qualifica como tendo prestações de valor predeterminado.

O seguro de pessoas pode ter uma função diversa da ressarcitória, aproximada de produto financeiro de capitalização, como mecanismo de poupança e investimento.

Nestes casos estamos totalmente fora do âmbito do princípio indemnizatório.

Para estes casos estatui o legislador uma ampla permissão de cumulação de contratos, sem limitação de valores de prestações a pagar, admitindo que sejam celebrados dois ou mais contratos com prestações predeterminadas por referência à produção do mesmo evento, ou que se cumulem contratos dessa natureza com contratos envolvendo prestações de natureza indemnizatória (art. 180º n.º1).

Dir-se-á que esta regra do art. 180º n.º1 não deixa de ser algo redundante, não se vendo que estabeleça regra diversa da que cristalinamente decorreria da

^{5º} Cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, Contrato de Seguro. Estudos, Coimbra 2009, p. 31.

mera consideração da autonomia privada. Trata-se, todavia, talvez de uma mera função clarificadora que, nesse contexto, se pode saudar.

8. Aplicação das regras da pluralidade a outras situações

A concluir este trabalho, após exposição do sentido do regime de pluralidade de seguros e entendendo-se que fica clara a importância do regime em si considerado, cumpre salientar a importância que o regime poderá ter fora da sua área de aplicação.

Como já salientado, toda a norma pode desempenhar na ordem jurídica função aplicativa diversa daquela para que foi especificamente prevista. O mecanismo da aplicação analógica é de grande operacionalidade⁵¹.

Como já salientado igualmente, o regime da pluralidade de seguros é daqueles em que os princípios centrais de direito dos seguros mais claramente são evidentes. Quer isto dizer que a aplicação analógica das regras de direito dos seguros a situações próximas será também, necessariamente, aplicação dos próprios princípios desta área.

Cumpre salientar agora, remetendo-se para o que se disse quanto à delimitação negativa do conceito, designadamente para situações que se qualificaram de pluralidade aparente, que o ordenamento jurídico tem desde 2008 possibilidade de encontrar resposta uniforme e adequada, que equilibra os direitos e interesses em jogo.

Sabe-se que as soluções do aplicador, neste tipo de casos, muitas vezes chegam a resultados práticos equivalentes, designadamente permitindo a beneficiário ou lesado demandar qualquer das seguradoras, que depois entre si repartirão os encargos com as prestações. Ressalvando os casos de concurso de responsabilidades diversas, em que a repartição final das prestações deverá ser correspondente, entende-se que as regras da pluralidade de seguros aplicadas a estes casos far-se-á de forma quase automática, sem necessidade de adaptação

⁵¹ Sobre analogia, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 7ª ed., Almedina, 1993, p. 419 e segs.. e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina 2012 p. 397 e segs..

(que não, evidentemente, a decorrente do alargamento da previsão feita pelo recurso à analogia).

Quer deixar-se esta referência final para salientar o relevo que este instituto jurídico pode assumir na ordem jurídica, sendo já relevante como pensado pelo legislador, poderá excedê-lo, caso o intérprete o acolha para responder a um conjunto de situações de concurso de contratos de seguros, que têm merecido respostas variadas e por vezes inconsistentes por parte de intérpretes e aplicadores, com a conseqüente incongruência que tal pode criar ao sistema jurídico.

Assim, por exemplo, no caso já acima referido que se qualificou de ficção de unidade de objeto seguro, como tipicamente ocorre na produção de acidente causado por trator e semirreboque acoplados, a convocação do regime de pluralidade de seguros poderá apresentar-se como uma solução adequada⁵².

Também noutras situações de pluralidade meramente aparente em que funcionem simultânea e cumulativamente dois contratos de seguro, a convocação a título analógico das regras da pluralidade de seguros poderá apresentar-se como uma solução linear e uniformizadora, permitindo que lesado, beneficiário ou segurado, nos limites de cada contrato, solicite a prestação devida a qualquer das seguradoras, que repartirão posteriormente a responsabilidade entre si, nos termos deste regime, i.e., com referência aos capitais seguros.

⁵² A propósito AC. STJ 15/12/2011 (JOÃO CAMILO); 18/1/2000 (ARAGÃO SEIA) e RL 29/11/2011 (MANUEL MARQUES), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, J.C. MOITINHO DE, *O Contrato de seguro no regime português e comparado*, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 1971

ALMEIDA, J.C. MOITINHO DE, *Contrato de Seguro*, Coimbra editora, 2009

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *O contrato de seguro na LCS de 2008*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 69, jul. Set. e out. Dez. de 2009, p. 815 e segs.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos contratos comerciais*, Almedina, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 7ª ed., Almedina, 1993

BERR, Claude J. e GROUTEL, Hubert, *Code des Assurances*, 9ª ed., Éditions Dalloz, 2003

BIRDS, John, *Modern Insurance Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 1988

BRIGNIER, BERNARD e SILVA, JEAN-MICHEL DO CARMO (coordenação), *Code des Assurances Commenté*, Lexis-Nexis-Litec, Paris, 2008

CALERO, FERNANDO SANCHEZ (Direção); SUAREZ, FRANCISCO TIRADO; ROZAS, JOSÉ CARLOS FERNANDEZ; HERMIDA, ALBERTO JAVIER TAPIA e CAMACHO, VICTOR FUENTES, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, Ed. Thomson/Arazandi, 3ª ed. 2005, p. 472.

CLARKE, MALCOM A., *The Law of Insurance Contrats*, LLP (Lloyd's of London Press Ltd.) Ed., 1989

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, Parte Geral, t. I, Almedina, Coimbra, 2009.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português VIII*, Almedina 2014 (reimpressão do T. III da Parte II, 2010).

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito dos Seguros*, Almedina, 2013

CORREIA, José Manuel SÉRVULO, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Almedina, Coimbra, 2003, p. 439.

DONATI, Antigono, *Tratatto Del Diritto Delle Assicurazioni Privati*, vol secondo, III -Il Diritto Del Contratto di Assicurazione, Giuffrè Editore, 1954

GONÇALVES, LUIZ CUNHA *Commentário ao Código Comercial Português*, vol. II, Editora José Bastos, Lisboa, 1916

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1992

LA TORRE, ANTONIO (coord.), *Le Assicurazione*, Giuffrè Editore, Milão, 2007, p. 186.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito dos Seguros*, Principia 2006, p. 93

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Novo Regime do Contrato de Seguro*, O Direito, Ano 140º (2008), I, p. 23 a 118

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra 1996

POÇAS, Luís, *Estudos de Direito dos Seguros*, Almeida & Leitão Lda., 2008

POÇAS, Luís, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, 2013.

REBELO, ANTÓNIO JORGE, *Acidentes de Viação. A regularização dos danos pelo seguro*, Coimbra editora, 2013.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Introdução ao Direito*, Almedina 2012 p. 397 e seg.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra editora 2014 (reimpressão).

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Almedina 2000.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed., Almedina, 2008.

A jurisprudência portuguesa dos tribunais superiores sobre exoneração do passivo restante

*

| Breves notas sobre a admissão da exoneração e
a cessão de rendimentos em particular |

Ana Filipa Conceição (*)
(Investigadora no CIEJ/IPLEIRIA e
Professora Adjunta na ESTG/IPLEIRIA)

Resumo: desde 2004 que o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas apresenta dois modelos insolvenciais para o tratamento da insolvência de pessoas singulares: por um lado, o modelo reeducativo, encarnado no plano de pagamentos; por outro o fresh start, consagrado com a exoneração do passivo restante. Esta última solução tem sido a opção da esmagadora maioria das pessoas singulares insolventes que, desde 2011, superam o número de processos de pessoas coletivas. Todavia, o sistema português tem sido criticado, não só pelo Memorando da Troika assinado entre o Estado Português, o BCE, a Comissão Europeia e o FMI, como pela própria doutrina e jurisprudência, pondo em evidência a necessidade de alteração do regime relativo às pessoas singulares. Aliás, tal exigência constava do referido Memorando, sem que o Governo português tenha adotado quaisquer medidas. Por outro lado, a recomendação da UE de março de 2014, relativa à recuperação e à insolvência, refere também a necessidade de redução do limite temporal de insolvências de pessoas singulares, nomeadamente no que concerne aos períodos de cessão dos rendimentos aos credores.

Nesta sede, verificamos que o regime português da insolvência, que conta já com mais de uma década de vigência, continua a apresentar fragilidades a nível da aplicação das normas, especialmente em dois pontos particulares –

* ana.conceicao@ipleiria.pt

por um lado, a interpretação dos requisitos de acesso, que foi inicialmente feita de forma muito rígida pelos tribunais de 1.ª instância, impedindo o acesso à exoneração e, por outro, a concessão dos rendimentos necessários durante o período de cessão aos credores que, normalmente, desvaloriza as verdadeiras necessidades dos insolventes, dando um carácter punitivo, que o legislador não pretendeu atribuir, à insolvência. Este texto visa, pois, analisar brevemente a evolução jurisprudencial dos tribunais superiores na última década.

Palavras-chave: insolvência; exoneração; pessoas singulares; sobreendividamento.

1. Considerações gerais sobre a exoneração do passivo restante no CIRE

O Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (doravante CIRE), de 2004, introduziu pela primeira vez medidas específicas para o tratamento de pessoas singulares.¹ Por um lado, para dar resposta ao modelo reeducativo europeu, baseado na reestruturação financeira, apresenta-nos o plano de pagamentos.² Por outro, incorporando o espírito do *fresh start* americano, traz-nos a exoneração do passivo restante, acessível aos insolventes de boa-fé,³ sejam estes empresários ou consumidores. Todavia, este modelo de *fresh start* é mitigado, à moda alemã, sendo que a exoneração das dívidas ocorre não após a liquidação, mas sim decorridos cinco anos sobre a mesma, nos quais cabe ao insolvente o pagamento

¹ No âmbito do CPEREF as normas da concordata poderiam ser aplicadas subsidiariamente, mas não se estendiam aos devedores não empresários, de acordo com os artigos 1.º n.º 1 e 27.º do referido Código. Recuando ao anterior Código de Processo Civil de 1961, existiam normas relativas a pessoas singulares, mas sem a dimensão das que atualmente podem ser aplicadas. A este propósito, referia SOARES GOMES, existia uma discriminação negativa e demasiado onerosa para a pessoa singular. Cfr. SOARES GOMES, M.T., «Do sobreendividamento das pessoas singulares – em busca de quadro legal», *Sub Judice* núm. 24, Almedina, Coimbra, 2003, p. 35.

² Desde a introdução do Processo Especial de Revitalização, em 2012, o plano de pagamentos tem sido preterido pelos insolventes singulares, apesar da corrente doutrinária e jurisprudencial que indica que aquele está reservado apenas a empresários. Para mais desenvolvimentos veja-se SERRA, C., *O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 2016.

³Todas as legislações que contemplam o *fresh start* exigem que o devedor insolvente não tenha contribuído para criar ou agravar o seu estado. Cfr. CARRÓN FERNANDEZ, E., *El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Físicas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 137.

das dívidas remanescentes, através da cessão de rendimentos a um fiduciário. Trata-se depois de um *earned start*.⁴

Entre 2004 e 2008, a exoneração do passivo restante não ocupou grandemente os tribunais portugueses, mas com a crise económico-financeira que se abateu sobre a Europa e o aumento do número de insolvências de pessoas singulares em Portugal, as questões derivadas da aplicação das normas passaram a ser abundantemente discutidas, até porque os tribunais de primeira instância apresentaram, desde início, uma postura algo conservadora.⁵ Tal como referido, em 2011, os processos de insolvência de pessoas singulares ultrapassam os de pessoas coletivas e assim se mantém até aos dias de hoje, tornando essencial a discussão sobre a bondade das normas, que se tornou abundante na doutrina e jurisprudência portuguesas.

A esta discussão não ficaram alheias as instituições que firmaram com o Estado português o Memorando de Entendimento de 2011 (BCE, Comissão Europeia e FMI) que, entre outras medidas relativas à insolvência, indicavam a necessidade de alterar o regime relativo às pessoas singulares.⁶ O Governo português ignorou olímpicamente tal indicação, tal como o fez com a recomendação da Comissão Europeia de março de 2014⁷, que recomenda um máximo de três anos para eventuais períodos de cessão no âmbito da exoneração do passivo restante. Desta forma, mantém-se inalteradas as normas que entraram em vigor em 2004 e que, de alguma forma, têm sido criticadas pela sua insuficiência.

A exoneração do passivo restante pode então ser solicitada pelo insolvente quando se apresenta à insolvência, quando é citado no caso de o processo ser

⁴ Veja-se REIFNER, U. (et al), *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, 2003, em http://www.ecri.eu/new/system/files/26+consumer_overindebtedness_consumer_law_eu.pdf.

⁵ Assinalando os juizes que o período de cessão deveria ser mais longo do que cinco anos, para promover o pagamento aos credores. Veja-se o Relatório de Avaliação Sucessiva do Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas, p.38, disponível em www.dgpj.mj.pt.

⁶ Disponível em <http://www.imf.org/external/np/loi/2011/prt/051711.pdf>. Veja-se o ponto 2.4.

⁷ Disponível em http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_en.pdf.

iniciado por outro legitimado ou até à assembleia de apreciação do relatório do administrador de insolvência. De notar que a exoneração pode ser solicitada nos processos individuais ou quando os insolventes casados se coligam, desde que o regime de bens seja o da comunhão, permitindo uma *discharge* conjunta. Cabe ao juiz, após auscultação aos credores e ao administrador de insolvência, emitir o despacho inicial de exoneração. Neste despacho é fixado o rendimento indisponível, essencial à vivência do insolvente e do seu agregado familiar, sendo o remanescente entregue ao fiduciário, durante cinco anos, após os quais emitirá então o juiz o despacho final que permite o perdão das dívidas remanescentes. Durante este período, o insolvente estará adstrito ao cumprimento de um conjunto de regras apertadas, cujo incumprimento pode conduzir à cessação antecipada da exoneração ou a uma eventual revogação.

Desde logo há que apontar duas críticas negativas ao sistema criado pela lei portuguesa: por um lado, o insolvente fica desprovido de qualquer apoio durante o período de cessão, sendo-lhe difícil cumprir os seus propósitos sem aconselhamento técnico; por outro lado, o processo é demasiado longo e estigmatizante⁸, o que não se coaduna com um normativo que visa, ainda que secundariamente, proteger as pessoas singulares e a sua recuperação económica.

2. As causas de indeferimento liminar na jurisprudência – em particular, a alínea d) do art.º 238.º, n.º 1, do CIRE

O artigo 238.º CIRE estabelece então um conjunto de pré-requisitos de acesso à exoneração do passivo restante, dos quais perpassa uma ideia geral de boa-fé do devedor. Estes requisitos são cumulativos, cabendo aos credores o ónus da

⁸ Cfr. FRADE, C. e CONCEIÇÃO, A., «A reprodução do estigma na insolvência das famílias», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 101, Almedina, Coimbra, 2013, p. 135-152, disponível em “<https://rccs.revues.org/5396>”. Refira-se, por exemplo, que é dada publicidade à insolvência, incluindo afixação de editais na residência do insolvente. Para desenvolvimento sobre o impacto constitucional das normas, veja-se CARVALHO, A.S. e PINHEIRO DE ALMEIDA, M. «A dignidade da pessoa humana e o consumidor sobreendividado», *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabçadas Ataíde Ferreira*, DECO, Lisboa, 2016, pp. 64-88.

prova quanto ao seu não preenchimento (sem prejuízo do princípio do inquisitório), e cumpre ao juiz indicar se há lugar a indeferimento liminar. Trata-se de um artigo extenso, onde se misturam requisitos de diferente natureza, tanto formal como material. CRISTAS divide o artigo em três tipos de requisitos: as alíneas b), d) f) e g) referem-se “ao comportamento anterior ou atual pautado pela licitude, honestidade, transparência e boa-fé, com respeito à sua situação económica e aos deveres associados ao processo de insolvência”.⁹ Já a alínea c) visa impedir um aproveitamento abusivo do instituto, enquanto a alínea e) concatena a exoneração com a insolvência culposa, impedindo que o devedor possa aproveitar-se da exoneração quando provocou ou agravou a própria situação de insolvência.

Verificamos, pois, que, de forma a não lesar desproporcionadamente os direitos dos credores, a exoneração não pode ser concedida incondicionalmente. Todavia, os requisitos não podem ser de tal modo exigentes ou rígidos que frustrem a possibilidade de recurso a este mecanismo, devendo proporcionar um equilíbrio entre a necessidade de recuperação do devedor e a recuperação de créditos por parte dos credores. Por outro lado, há que constatar ainda que a insolvência não deve proporcionar a recuperação da totalidade dos créditos, mas a recuperação possível, tendo em conta as condições do próprio devedor.

A jurisprudência portuguesa tem-se debruçado sobre vários dos requisitos indicados. Em primeiro lugar, no que diz respeito à extemporaneidade do pedido, presente no art.º 238.º n.º 1 a), os tribunais têm indicado que este requisito não pode ser utilizado isoladamente, ou seja, o juiz deve ouvir os credores e o administrador de insolvência e verificar se existem outros motivos para indeferir o pedido. Assim sendo, evita-se que o juiz tenha o poder discricionário de rejeitar a exoneração, sem mais, uma vez que a apresentação fora do tempo não prejudica

⁹ CRISTAS, A., «Exoneração do devedor pelo passivo restante», *Themis*, Almedina, Coimbra, 2005 p. 170.

gravemente os direitos dos credores, porque a liquidação ou o encerramento do processo por insuficiência de bens teria sempre lugar.¹⁰

Porém, o requisito que tem gerado mais polémica na jurisprudência, desde as primeiras sentenças até aos dias de hoje, é o da alínea d) do art.º 238.º n.º 1: nele se pode ler que a exoneração será recusada quando *“devedor tiver incumprido o dever de apresentação à insolvência ou, não estando obrigado a se apresentar, se tiver absterido dessa apresentação nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, com prejuízo em qualquer dos casos para os credores, e sabendo, ou não podendo ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica”*.

Esta alínea decompõe-se em três requisitos cumulativos: o primeiro, é temporal, e diz respeito ao cumprimento do dever de apresentação previsto no art.º 18.º n.º 1 CIRE¹¹ (reservado a pessoas singulares empresárias) ou à necessidade de iniciar o processo nos seis meses seguintes à data da verificação da insolvência (para os consumidores). Em segundo lugar, é necessário comprovar-se a existência de prejuízos para os credores e, por último, é essencial que o devedor soubesse ou não pudesse ignorar sem culpa grave, que a sua situação económica não iria melhorar.

Este articulado levou a que os tribunais indeferissem a exoneração com base numa fórmula bastante simplista: caso os prazos acima referidos fossem ultrapassados, a exoneração era negada, baseando-se simplesmente no acumular de juros de mora provocados pelo incumprimento generalizado que caracteriza o estado insolvencial.¹²

¹⁰ Veja-se o Ac. TRP de 8-7-2010 disponível em “www.trp.pt”. Aqui se diz que a sentença de indeferimento, caso não seja fundamentada, estará ferida de nulidade. Veja-se, ainda, por exemplo, o Ac. TRP de 15/11/2010, disponível em “www.dgsi.pt”.

¹¹ O art.º 18.º n.º 1 CIRE estabelece que o devedor que não seja uma pessoa singular não empresária tem 30 dias para se apresentar à insolvência a partir da data na qual conhece a sua situação de insolvência, ou à data na qual devesse conhecê-la.

¹² Por exemplo, na *InSo*, no parágrafo 290.I.4, indica-se que a exoneração seria recusada caso o devedor, durante o ano anterior ao início do processo, sabendo que a situação patrimonial não iria melhorar, nada tivesse feito para declarar insolvência.

A primeira dificuldade colocada por este artigo é a determinação exata da verificação da situação de insolvência, considerando-se que o prazo de seis meses estabelecido por esta alínea não é um prazo de caducidade. Como assinala o Ac. TRC de 26 de maio de 2009:

“[...] por maioria de razão, o devedor sobre quem não recai a obrigação de apresentação – pessoa singular que não seja titular de uma empresa na data em que incorra em situação de insolvência – mantém legitimidade a todo o tempo para, verificando-se os respectivos pressupostos, instaurar a acção judicial adequada. O limite é, como para o devedor com obrigação de apresentação, a instauração da acção por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor ou pelo Ministério Público.”¹³

Por outro lado, a determinação da situação de insolvência não é apenas difícil para o juiz, mas também para o próprio devedor. A falta de assessoria técnica e o desconhecimento sobre o processo insolvencial, bem como a falta de formação dos devedores, particularmente empresários, conduz a um arrastamento da situação que não implica um juízo de culpabilidade nos termos da lei.¹⁴

O Ac. TRC de 2 de novembro de 2010 indica, por exemplo, que “a verificação da situação de insolvência pode não coincidir com a data do primeiro incumprimento das obrigações”. Acrescenta-se ainda que não pode considerar-

¹³ Ac. TRC. n.º 1526/09.6TBLRA.C1 disponível em “www.dgsi.pt”.

¹⁴Tal como se indica no Relatório de Avaliação Sucessiva do Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas, p.38, disponível em “www.dgpj.mj.pt”. A própria *Troika* indicou a necessidade de se realizar uma campanha de informação sobre a matéria, que não saiu do papel.

se incumprido o prazo de seis meses quando os devedores, atempadamente, solicitam apoio judiciário antes do início do processo.¹⁵ Porém, muitos tribunais de 1.ª instância rejeitam a exoneração apenas pela simples ultrapassagem do prazo, o que colide claramente com a letra da lei.

O maior problema consiste, como indicámos, na interpretação dos termos “em qualquer caso, com prejuízo para os credores”, nomeadamente quando se considerou, amplamente, na jurisprudência da 1.ª instância, que o vencimento dos juros de mora integrava a previsão legal. Inúmeros acórdãos divergentes, ao nível da 2.ª instância, originaram vários acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça¹⁶ nos quais se estabelece que o vencimento de juros de mora consubstancia um efeito normal do incumprimento, e não um prejuízo para os credores.

De forma a concretizar aquilo que se entende como prejuízo, tem a jurisprudência vindo a indicar que aquele, face à questão dos juros de mora,

[...] traduz-se num prejuízo de outra natureza, projectado na esfera jurídica do credor como consequência da inercia do insolvente. Este prejuízo pode consistir, por exemplo, no

¹⁵ Ac. TRC n.º. 570/10.5TBMGR-B.C1, que se refere a dois devedores cujos primeiros incumprimentos se verificam em setembro de 2009, tendo continuado a efetuar pagamentos parciais até janeiro de 2010. A apresentação à insolvência ocorreu em abril de 2010 e o pedido de apoio judiciário em fevereiro do mesmo ano. Disponível em “www.dgsi.pt”.

¹⁶ Acórdão STJ de 27-3-2014; Acórdão STJ de 24-1-2014; Acórdão STJ de 21-3-2013; Acórdão STJ de 14-02-2013; Acórdão STJ de 19-06-2012; Acórdão STJ de 19-04-2012; Acórdão 24-01-2012; Acórdão STJ de 22-03-2011; Acórdão STJ de 21-10-2010. Não se compreende, pois, a resistência dos tribunais inferiores quanto à interpretação do artigo, e as divergências que ainda hoje continuam a verificar-se quanto a esta matéria.

*abandono, degradação ou dissipação de bens, com o conseqüente agravamento da situação patrimonial.*¹⁷

Têm sido considerados prejuízos, para efeito de aplicação desta alínea, situações como a doação de bens¹⁸, a contração de novas dívidas¹⁹, a alienação do único bem existente na massa insolvente²⁰ ou utilização excessiva de cartões de crédito por vontade de consumir.²¹

Considera-se aqui que, pelo contrário, muitos tribunais de 1.ª instância estão atentos aos circunstancialismos graves que podem pôr em causa a concessão da exoneração, como comportamentos negligentes, dolosos e fraudulentos do devedor (com maior relevância nas exonerações do passivo restante requeridas por sócios de sociedades comerciais).

Quanto ao último requisito, há que apurar qual o comportamento do devedor perante a evidência da sua insolvência, ou seja, se sabia ou não podia desconhecer que a sua situação não iria melhorar. Para tanto, pode ler-se, por exemplo, no relatório de um administrador de insolvência, citado no Acórdão TRP de 9-01-2006:

[...] as perspetivas de solvência são pouco animadoras, uma vez que não souberam accionar, a tempo, os mecanismos de gestão da vida pessoal capazes de sanear os efeitos da situação de insolvência.²²

¹⁷ O referido Acórdão (núm. 250/08.TBVCD-C.P1) disponível em “www.dgsi.pt”, indica que o devedor logrou demonstrar que o vencimento dos juros de mora não havia provocado quaisquer prejuízos aos credores.

¹⁸ Acórdão TRP de 09-04-2013; Acórdão TRE de 14-06-2012; Acórdão TRC de 02-03-2010, para citar alguns exemplos. Disponíveis em “www.dgsi.pt”.

¹⁹ Acórdão TRP de 09-10-2012; Acórdão TRL de 20-03-2013 Acórdão TRG de 25-03-2010, para citar alguns exemplos. Disponíveis em “www.dgsi.pt”.

²⁰ Acórdão TRP de 09-12-2008; Acórdão TRP de 9-12-2008, entre outros. Disponíveis em “www.dgsi.pt”.

²¹ Acórdão TRE de 21-06-2012. Disponível em “www.dgsi.pt”.

²² Disponível em “www.dgsi.pt”. No caso concreto, dois devedores casados sem mais património que os salários e a casa de morada de família, adquirem em 1997 uma quantia considerável de ações,

Neste caso, o juiz considerou que a situação de insolvência se verificara há vários anos, sem que os devedores tivessem tomado as diligências necessárias e avaliadas de acordo com o critério do *bonus pater familiae*. Da mesma forma, não procede a argumentação de uma devedora, funcionária pública, que aguardaria a subida de escalão salarial, o que não indica uma perspetiva séria de melhoria da sua situação patrimonial.²³ Porém, quando o insolvente atrasou o início do processo devido à utilização de mecanismos alternativos de resolução do seu endividamento²⁴, sem sucesso, tal deverá ser tido em conta pela juíz de forma a determinar o cúmulo dos vários requisitos previstos nesta alínea, devendo ter-se em conta, como referido, a boa-fé do devedor insolvente, que constitui o padrão básico de superação desta alínea.

Por último, apesar de nada se indicar no art.º 238.º, algumas sentenças de 1.ª instância exigiam, sem sustentáculo legal, que o insolvente tivesse bens ou capacidade de pagamento para que se concedesse a exoneração. Todavia, a insuficiência de massa insolvente não obsta ao deferimento da exoneração do passivo restante, bem como a impossibilidade de cumprir quaisquer pagamentos durante os cinco anos do período de cessão.²⁵ Aliás, o modelo do *fresh start* é especialmente adequado aos devedores sem rendimentos ou massa insolvente,

tendo para tal contratado um crédito bancário. Com o agravamento da situação no mercado de capitais deixam de cumprir o empréstimo em 1998 e são executados a partir de 2002.

²³ Acórdão TRL de 2-7-2009, disponível “www.dgsi.pt”.

²⁴ Como o recurso à negociação extrajudicial promovida pelo PARI ou PERSI, que se destinam à regularização de créditos concedidos a consumidores. Veja-se, para maior desenvolvimento, CONCEIÇÃO, A. “O Novo Regime da Negociação Extrajudicial de Créditos Bancários Concedidos ao Consumidor: Uma breve abordagem ao DL 227/2012 de 25 de outubro”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, 9, Bonijuris, Curitiba, pp. 141 - 148.

²⁵ Veja-se o Acórdão TRP de 5-11-2007, disponível em “www.dgsi.pt”, que assinala que não podem impor-se quaisquer outros requisitos para além dos previstos na lei. Para maior desenvolvimento, veja-se MARTINS, L.M., *Recuperação de Pessoas Singulares*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 52. Em sentido contrário, sobre os processos NINA (*no income, no assets*) veja-se FERNÁNDEZ CARRÓN, C., *El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas Físicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 128, y ZABALETA DÍAZ, M. «La condonación de las deudas pendientes en el derecho concursal alemán», AAVV, *Estudios sobre la ley concursal – Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005, p. 909.

defendendo-se inclusivamente que, em tais casos, a exoneração deveria ser concedida de imediato.²⁶

3. A cessão dos rendimentos na jurisprudência – algumas questões controversas

Outra das problemáticas sobre a exoneração do passivo restante que têm ocupado os tribunais superiores é a da fixação dos rendimentos disponibilizados aos insolventes durante os cinco anos do período de cessão, tal como previsto no art.º 239.º CIRE.

Assinalámos já que o regime português se afasta incompreensivelmente das tendências europeias, que indicam como máximo para o período de cessão apenas 3 anos, uma vez que a percentagem de dívidas cumpridas se situa em números muito incipientes²⁷, em comparação com o calvário que o período de cessão representa para o devedor. E consideramos que se trata verdadeiramente de um calvário, uma vez que, segundo a lei, o período de cessão só deverá iniciar-se após a liquidação dos bens, o que pode levar vários anos (de acordo com o estabelecido no art.º 230.º n.º 1 a) CIRE); só no caso de não existirem bens é que aquele se iniciaria de imediato (de acordo com a alínea e) do referido artigo). Ora, como se compreende, não é este o espírito da lei, pelo que é necessário um ajustamento urgente do normativo, de forma a que o período de cessão possa iniciar-se logo após o despacho inicial de exoneração do passivo restante.

No que concerne à cessão de rendimentos, a lei estabelece então que o devedor insolvente deverá ceder ao fiduciário nomeado pelo tribunal (e que pode ou não fiscalizar o devedor, mas nunca tem tarefas de auxílio, apoio ou reeducação financeira) todo o seu rendimento disponível, ficando-lhe reservado o que seja

²⁶ Cfr. CONCEIÇÃO, A. «Disposições Específicas da Insolvência de Pessoas Singulares no CIRE», *I Congresso de Direito da Insolvência* (coord. SERRA, C.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 29-62.

²⁷ Tem-se fixado a percentagem de créditos recuperados na totalidade dos processos de insolvência numa média de 5%-7% por ano. Vejam-se os relatórios trimestrais em “www.dgpj.mj.pt”. De notar que a maioria dos processos diz respeito a pessoas singulares.

razoavelmente necessário para o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar, não devendo exceder, salvo fundamentação do juiz em contrário, os três salários mínimos nacionais; para o desempenho da sua atividade profissional e quaisquer outras fixadas pelo tribunal a requerimento do devedor (como despesas de carácter excepcional).

Verificamos que “razoavelmente necessário” e “sustento minimamente digno” são conceitos indeterminados que deverão ser preenchidos pelo juiz, uma vez que lhe cabe a ele, em exclusivo, a fixação do rendimento disponível. Na realidade, teremos que ter presente a dignidade humana de um insolvente que se encontra de boa-fé, em confronto direto com interesses privados dos seus credores e a lesão trazida pela exoneração – com esta afirmação pretende-se dizer que o devedor insolvente não deve manter o mesmo nível de vida anterior, devendo sacrificar-se numa medida razoável perante os factos apresentados ao juiz; mas o devedor também não deve ser penalizado como se fosse culpado pela sua insolvência. Esta última situação ocorre frequentemente na prática, quando os devedores apresentam despesas superiores às fixadas pelo juiz.

É nestes dois polos opostos que tem oscilado a jurisprudência sobre a matéria. Por um lado, estabelece-se no Acórdão TRC de 31 de dezembro de 2012 que:

[...] O critério a usar pelo julgador é o da dignidade da pessoa humana o que, numa abordagem liminar ou de enquadramento, se pode associar à dimensão dos gastos necessários à subsistência e custeio de necessidades primárias do devedor e do seu agregado família. (...) Está em causa determinar o estritamente necessário para o sustento do devedor e do seu agregado familiar, e não necessariamente manter o nível de vida que tinham antes da declaração de insolvência (nível de vida esse em que os gastos superam os próprios rendimentos e que os terá levado à situação de insolvência em que se encontram).

Por outro lado, tem prosperado a ideia de que um salário mínimo nacional por insolvente é um mínimo de sobrevivência adequado.²⁸ Este pressuposto, com a devida vénia, é erróneo – não só os insolventes não viviam anteriormente com tal quantia, nem deverão começar a fazê-lo quando os seus rendimentos são superiores e essenciais para o sustento digno do agregado familiar; nem a própria lei fixa este conteúdo, como vimos.

Aliás, a ideia de que não se trata de uma punição vem referida expressamente no Acórdão TRL de 22-11-2012 – concede-se um valor superior ao salário mínimo nacional à insolvente, que comprova despesas superiores, uma vez que a exoneração “não se trata de uma punição”. Reforçando esta ideia, tendo em conta as necessidades específicas do insolvente, o Acórdão TRP de 18-02-2013²⁹ vem diferenciar as quantias em virtude do insolvente ser emigrante (3 salários quando se encontra no estrangeiro; 2 quando se encontra em Portugal).

Contudo, como afirmámos, muitas e distintas são as opiniões dos tribunais nesta matéria. A título exemplificativo, indicamos os seguintes Acórdãos de várias Relações:

- Acórdão TRP de 25-09-2012 – “Para o cálculo do rendimento necessário à subsistência do insolvente e seu agregado familiar não são de relevar despesas mensais com propinas do doutoramento da insolvente, nem despesas com o colégio privado da filha de cinco anos, nem as despesas com ama e empregada doméstica, nada tendo sido alegado que justifique a indispensabilidade de tais despesas”;

²⁸ Ver, entre muitos outros, Acórdão TRP de 3-12-2013, que vem revogar sentença da 1.ª instância que atribui apenas dois salários mínimos quando comprovadamente se apresentam despesas de €1600; Acórdão TRP de 24-01-2012, *idem*; Acórdão TRP de 29-06-2011 – alteração dos montantes por alegação de despesas superiores (de um para dois salários mínimos nacionais, considerando-se que “não vemos como possa a devedora dispor de apenas 85 euros para as restantes despesas, como sejam alimentação, vestir-se, medicar-se, pagar água, luz, telefone, etc..”) e reforçando-se o princípio da dignidade humana. Todos os acórdãos disponíveis em “www.dgsi.pt”.

²⁹ Disponível em “www.dgsi.pt”.

- Acórdão TRE de 20-12-2012 – “Se se verifica que o remanescente do rendimento reclamado pela insolvente, para seu sustento e a excluir do rendimento disponível para pagamento dos credores é mais do que suficiente para, nos cinco anos que dura a medida, os créditos serem integralmente pagos, não se justifica submeter a requerente a um regime de austeridade mais severo, apenas para antecipar o pagamento aos credores”;
- Acórdão TRC de 29-05-2012 – o insolvente, apesar de viver com companheira desempregada e um filho menor, tem direito a 1.5 salários mínimos nacionais uma vez que terá de adaptar o seu estilo de vida à situação de insolvência (passivo total seria de € 7000, rendimento a ceder aos credores cerca de € 300);
- Acórdão TRC de 31-12-2012 – um salário mínimo como mínimo de sobrevivência para a devedora, apesar de se considerar que o credor contribuiu para a insolvência daquela;
- Acórdão TRC de 13-12-2011 – insolvente solicita 800€ e são-lhe fixados apenas €651 porque “Quando falamos de um casal, em que um dos seus membros sofre de perturbação esquizoafectiva, que tem como rendimento mensal € 893,87 e que paga € 375,00 pela renda da casa onde vive, é difícil conciliar uma redução desse rendimento com o conceito de *"sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar"*. Mas, se a situação dos insolventes está no limiar do dramático, não é menos verdade que eles não podem ser desresponsabilizados do seu comportamento que os conduziu a terem dívidas que atingem os € 63 184,53. Nem tão pouco podemos desconsiderar os legítimos interesses dos credores, pese embora quanto a estes fique por perceber se os créditos que concederam foram precedidos de uma avaliação minimamente rigorosa

que lhes permitisse concluir que aqueles tinham, efectivamente, capacidade económica para solver os compromissos que iam assumindo”.³⁰

Os tribunais de 1.^a instância não parecem, na generalidade, aceitar de bom grado o instituto da exoneração e não existe uma tendência bem definida, face à abundância de acórdãos sobre esta matéria, para fixar os montantes de forma uniforme. Se existem tribunais que atentam às situações concretas dos insolventes, desde que estes o comprovem devidamente na petição inicial, outros há que seguem a regra de fixar o salário mínimo nacional por insolvente, quando não são demonstradas despesas, ou não são aceites. Neste aspeto, face aos acórdãos e respetivas fundamentações, não se pode falar numa orientação genérica, havendo tribunais mais ou menos sensíveis às questões concretas colocadas pelos insolventes, sendo que a maior parte dos acórdãos considera também que os insolventes deverão honrar os seus compromissos para com os credores. Englobam as quantias destinadas ao sustento digno do devedor, em geral, as relacionadas com alimentação, vestuário, habitação, despesas de saúde, despesas de educação dos filhos menores e transportes dos membros do agregado familiar, tanto para a escola, como para o local de trabalho.

Defendemos novamente a ideia de que a fixação dos rendimentos ou mesmo a existência do período de cessão deveria ser apurada casuisticamente, de forma a obter o desejado equilíbrio entre os direitos de ambas as partes. Não se compreende, contudo, que um insolvente sem capacidade de pagamento durante o período de cessão, a ele seja submetido.

³⁰ Todos os Acórdãos disponíveis em “www.dgsi.pt”.

4. Conclusão

Nesta breve abordagem a certas questões muito debatidas na jurisprudência portuguesa no que concerne à exoneração do passivo restante, releva-se uma postura algo crítica à interpretação conservadora feita pelos tribunais de 1.^a instância. E adotamos tal posição porque, do estudo que temos feito sobre a temática, existem sérias dificuldades em compreender a noção de *fresh start*.

Uma vez que o CIRE apresenta duas modalidades de tratamento para a insolvência de pessoas singulares – o plano de pagamentos e a exoneração do passivo restante – verifica-se que o primeiro corresponde ao modelo reeducativo, tipicamente europeu, enquanto a segunda deveria ser a correspondência ao modelo americano o que, como vimos, não acontece. No modelo reeducativo, ou negocial, cabe ao devedor tentar reestruturar o seu passivo, cumprindo um plano escrupuloso, mas tal só terá sentido se apresentar ainda bens ou rendimentos suficientes para renegociar. Como afirmámos, num modelo de *fresh start*, o devedor estará consciente da perda dos seus bens, que serão liquidados, pelo que não se compreende a sujeição a um longo período de cessão, que poucos ou nenhuns resultados trará aos credores. Com isto não queremos dizer que os direitos dos credores devem ser totalmente alienados no processo mas, perante as situações dramáticas vividas pelas pessoas singulares insolventes, não podem ser o único critério, como vemos em alguns dos acórdãos acima indicados.

Por outro lado, no que concerne à jurisprudência, não só a fixação dos rendimentos ao insolvente apresenta problemas – quanto mais rígidas as condições, mais difícil se torna para o devedor levar o período de cessão até ao final, havendo tendência a deixar de entregar os seus rendimentos, o que conduz à cessação antecipada e à inutilidade do processo. Também a admissão à exoneração tem sido feita de forma conservadora, como exemplificámos, pelo que se apelaria a uma maior uniformização jurisprudencial.

Reforça-se assim a necessidade urgente, já identificada por vários intervenientes, de revisão da matéria da insolvência das pessoas singulares, tornando mais flexível o mecanismo da exoneração do passivo restante.

A legitimidade do sócio gerente no exercício do direito à informação (e do inquérito judicial) nas sociedades por quotas

Diogo Lemos e Cunha
(Advogado) (*)

Sumário: 1. Introdução. 2. A legitimidade do sócio gerente no exercício do direito à informação e do inquérito judicial. 3. Conclusões.

(*) Advogado. Correio eletrónico: diogolemoscunha-51151l@adv.oa.pt

Resumo: o objeto deste nosso breve estudo centra-se num aspeto de significativa importância prática, o qual tem merecido soluções desencontradas na jurisprudência dos nossos tribunais superiores e que consiste na questão controversa que procura saber se o sócio que é simultaneamente gerente de uma sociedade por quotas pode ou não exercer o direito à informação e recorrer ao processo de inquérito judicial, quando tal direito social lhe seja injustificadamente restringido.

Muito embora o patente desencontro nos arrestos, pensamos que será possível, ainda assim, avançar com uma orientação jurisprudencial (e doutrinal) que assume claramente mais peso face a uma outra.

A consistência de tal orientação leva-nos mesmo a interrogar se existe fundamento para uniformizar jurisprudência sobre a matéria em causa. Adiantamos o nosso entendimento de que a resposta é inequivocamente positiva, atentos os argumentos que serão adiante expostos, sem perder de vista o elevado número de decisões judiciais que corroboram essa mesma linha de pensamento, que temos, pois, como a mais acertada.

No final, concluiremos o presente estudo com as principais conclusões a que chegámos.

Palavras-chave: sócio gerente; direito à informação; inquérito judicial.

1. Introdução

I. A vida no seio das sociedades comerciais nem sempre se apresenta perfeita, ocorrendo com frequência, conflitos, muitos deles inevitáveis, entre os diversos titulares de participações sociais, designadamente quanto à melhor forma de prosseguir os interesses da sociedade.

Este potencial de conflitualidade ganha especial relevo quando o membro do órgão de gestão não faculta, quando lhe solicitado pelo sócio (gerente ou não), determinadas informações sobre a vida e os atos de gestão da sociedade ou, então, presta, mas a informação é presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa.

Sendo assim, para aceder à informação que lhe foi indevidamente sonogada pela sociedade, o sócio tem a possibilidade de lançar mão de diversos mecanismos que a lei expressamente consagra para o efeito, nomeadamente através da interposição de inquérito judicial contra a sociedade e aos seus órgãos sociais a quem sejam imputadas irregularidades no exercício das suas funções.

II. O objeto deste nosso breve estudo centra-se num aspeto de significativa importância prática, o qual tem merecido soluções desencontradas na jurisprudência dos nossos tribunais superiores e que consiste na questão controversa que procura saber se o sócio que é simultaneamente gerente de uma sociedade por quotas pode ou não exercer o direito à informação e recorrer ao processo de inquérito judicial, quando tal direito social lhe seja injustificadamente restringido.

Muito embora o patente desencontro nos arrestos, pensamos que será possível, ainda assim, avançar com uma orientação jurisprudencial (e doutrinal) que assume claramente mais peso face a uma outra.

A consistência de tal orientação leva-nos mesmo a interrogar se existe fundamento para uniformizar jurisprudência sobre a matéria em causa. Adiantamos o nosso entendimento de que a resposta é inequivocamente positiva, atentos os

argumentos que serão adiante expostos, sem perder de vista o elevado número de decisões judiciais que corroboram essa mesma linha de pensamento, que temos, pois, como a mais acertada.

No final, concluiremos o presente estudo com as principais conclusões a que chegámos.

2. A legitimidade do sócio gerente no exercício do direito à informação e do inquérito judicial

I. Como afirmámos inicialmente, no que respeita à titularidade do direito à informação, no âmbito das sociedades por quotas, questão controversa desde há muito, é a de saber se o gerente da sociedade que seja simultaneamente sócio, pode exercer tal direito social e, se no caso de a informação lhe ser indevidamente sonegada, ele pode recorrer à ação especial de inquérito judicial prevista nos artigos 216.º e 292.º, n.ºs 2 e ss. do Código das Sociedades Comerciais¹ e 1048.º a 1052.º do Código de Processo Civil².

A questão em causa tem sido objeto de celeuma na doutrina, mas, sobretudo, na jurisprudência, dando lugar a decisões divergentes, no sentido de tanto conceder legitimidade ao sócio gerente como a negar-lhe, algo que se deve, em parte, ao facto de, como veremos adiante, o próprio Código das Sociedades Comerciais não resolver inequivocamente esta contenda.

Sendo assim, podemos apontar a existência de *duas correntes* ou *orientações*, a saber:

— A primeira é no sentido de o direito à informação ser do *sócio*, *sem*

¹ Pertencem a este diploma todas as normas legais apresentadas sem menção expressa em contrário.

² De ora em diante, referido apenas como CPC.

*qualquer discriminação, nomeadamente em relação a quem tem a qualidade de gerente*³⁻⁴;

- A segunda corrente pronuncia-se no sentido de atribuir o direito à informação *apenas ao sócio, que não assume simultaneamente o cargo de*

³ Na jurisprudência, vejam-se, entre outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.10.1990, proc. n.º 079137; de 7.10.1993, proc. n.º 083854, disponíveis in www.dgsi.pt; de 10.7.1997, in CJ STJ, Ano V, T. II, p. 166; de 16.11.2004, proc. n.º 04A3002; de 10.10.2006, proc. n.º 06A1738; e de 13.9.2007, proc. n.º 07B2555, disponíveis in www.dgsi.pt; Acórdãos da Relação do Porto, de 21.1.1988, proc. n.º 0021461, in CJ, Ano XIII, Tomo I, 1998, pp. 194 e ss.; de 28.11.1991, proc. n.º 0122219; de 30.1.1997, proc. n.º 9531034; de 27.1.1998, proc. n.º 9420791; de 6.12.1999, proc. n.º 99511778; de 1.2.2000, proc. n.º 9921595; de 1.7.2002, proc. n.º 0250177; de 2.12.2002, proc. n.º 0251491; e de 19.10.2004, proc. n.º 0424278, disponíveis in www.dgsi.pt; Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2.12.1992, in CJ, Ano XVII, 1992, T. V, pp. 129-131; de 12.10.2000, proc. n.º 0031306; de 18.11.2008, proc. n.º 8185/2008-1; de 20.11.2009, proc. n.º 130/08.0TYLSB.L1; de 12.4.2011, proc. n.º 1207/10.8TBSCR.L1-7; de 28.2.2012, proc. n.º 311/03.3TYLSB.L1-7, de 5.6.2014, proc. n.º 2096/13.6TYLSB.L1-2; e de 18.2.2016, proc. n.º 401/07.3TYLSB.L1-6, disponíveis in www.dgsi.pt; e Acórdão do Tribunal de Coimbra, de 28.3.2007, proc. n.º 1300/06.1TBAGD.C1, também disponível in www.dgsi.pt.

⁴ Na doutrina, cfr. CORREIA, FERRER (*et al*), “Sociedades por quotas de responsabilidade limitada – Anteprojecto de Lei”, in *Separata do n.º 2 de Julho/Dezembro de 1976 da Revista de Direito e Economia*, Universidade de Coimbra, p. 46; CORREIA, LUÍS BRITO, *Direito Comercial – Sociedades Comerciais*, 2.º Vol., AAFDL, Lisboa, 1987, p. 317; CAEIRO, ANTÓNIO, “As sociedades de pessoas no Código das Sociedades Comerciais”, in *Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito – Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, 1988, p. 47; ALMEIDA, PAULO DUARTE PEREIRA DE, *O direito do accionista à informação no código das sociedades comerciais*, Dissertação de mestrado em ciências jurídicas, Vol. I, FDUL, Lisboa, 1992, pp. 88-89; ANDRADE, DANIEL, “O direito à informação nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas. O inquérito judicial”, in *Separata n.º 1 do Boletim do Conselho Distrital de Coimbra, n.º 12 de dezembro de 2001*, p. 18; NETO, ABÍLIO, *Código Comercial e das Sociedades Comerciais*, anotação ao artigo 214.º, 14.ª Ed., Ediforum, Lisboa, 2003, p. 469; TRIUNFANTE, ARMANDO MANUEL, *A tutela das minorias das sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 216-223; VAZ, TERESA ANSELMO, *Contencioso Societário*, Livraria Petrony, Lisboa, 2006, pp. 133-134; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *A participação social nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2.ª Ed., 2006, p. 208; MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL e RAMOS, MARIA ELISABETE, “As participações sociais”, in *Estudo de Direito das Sociedades* (coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU), 9.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 149; BRANCO, SOFIA RIBEIRO, *O direito dos accionistas à informação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 318; DRAGO, DIOGO, *O poder de informação dos sócios nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 265-269; QUINTAS, HÉLDER, *Regime Jurídico das Sociedades por Quotas – Anotado*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 125; ROCHA, ANA GABRIELA FERREIRA, “O direito à informação do sócio gerente nas sociedades por quotas”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano II, 2011, 4, pp. 1062-1070; e MARQUES, J. P. REMÉDIO, *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de J. M. COUTINHO DE ABREU), Vol. III (artigos 175.º a 245.º), Almedina, Coimbra, 2012, p. 317. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES assevera que o sócio gerente tem legitimidade para exercer o direito à informação, mas desde que se trate de elementos a que não tenha tido acesso (*Código das Sociedades Comerciais anotado*, Almedina, Coimbra, 2.ª Ed., 2011, p. 633).

*gerente na sociedade*⁵⁻⁶.

II. Face à divergência exposta e assumida de forma clara e contundente pela jurisprudência e pela doutrina — embora seja claramente maioritária a adesão à primeira das mencionadas correntes⁷ — que posição temos como a mais correta?

Afigura-se-nos, porém, útil que devemos primeiro passar em revista os principais argumentos de cada uma das aludidas orientações, ponderando-os, até mesmo confrontando-os, para testar a sua solidez e tomar a posição que consideramos como a mais consentânea com o espírito do legislador e com a lógica do próprio sistema.

A orientação segundo a qual qualquer sócio tem direito à informação fundamenta a sua posição, desde logo, na própria *letra da lei*.

⁵ Na jurisprudência, *vide* Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.5.1996, *in* CJ STJ, 1996, Ano IV, T. II, pp. 86-88 (com voto de vencido do Conselheiro Roger Lopes); de 1.7.1997, *in* BMJ, n.º 469, 1997, pp. 469-574; Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 7.11.1989, *in* BMJ, n.º 391, 1989, p. 704; e de 13.4.1999, *in* BMJ, n.º 486, 1999, p. 369; Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7.2.2002, *in* CJ, ano XXVII, T. I, 2002, pp. 103-104; de 25.5.2004, proc. n.º 3859/2004-7; de 21.9.2006, proc. n.º 6067/2006-6; de 18.11.2008, proc. n.º 8185/2008-1; e de 17.7.2009, proc. n.º 1258/08.2.TYLSB-7, disponíveis *in* www.dgsi.pt; e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 18.10.2005, *in* CJ, 2005, T. V, p. 174.

⁶ Na doutrina, *cfr.* TORRES, CARLOS PINHEIRO, VENTURA, RAÚL, ABREU, J. M. COUTINHO DE e ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, são, tanto quanto sabemos, os únicos autores que vão contra a opinião dominante (respetivamente, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 176 e ss.; *Sociedade por quotas, Vol. I, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 290; *Curso de Direito Comercial, Das Sociedades Comerciais*, Vol. II, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 262-263; e *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, Vol. I, 7.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 149-150). Aliás, este último autor afirma que a maioria da doutrina e da jurisprudência tem vindo a negar esse direito aos sócios gerentes — o que salvo o devido e merecido respeito, não corresponde à realidade, já que basta atentar para a doutrina e para a jurisprudência anteriormente exposta para chegar a conclusão precisamente oposta. Seja como for, para este autor, tal como para os demais anteriormente citados, no caso de impedimento de aceder à informação ou de exercer convenientemente as suas funções de gestão, o meio processual adequado do sócio gerente é o de investidura em cargo social, previsto nos artigos 1070.º e 1071.º do CPC, e não o inquérito judicial à sociedade (*ibidem*, pp. 149-150).

⁷ Observação também partilhada por ROCHA (nota 4), pp. 1042 e ss., *maxime* pp. 1052-1053. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES vai ainda mais longe ao afirmar que esta controvérsia jurisprudencial a que se assiste nesta matéria revela-se injustificada, defendendo, pois, que o direito à informação não deve excluir o sócio gerente (*in* *Manual de Direito das Sociedades, Vol. II – Das Sociedades em especial*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 303-304).

De um lado, o artigo 21.º, n.º 1, alínea c), aplicável independentemente do tipo societário em causa⁸, estabelece que «*Todo o sócio tem direito a obter informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei e do contrato de sociedade*»⁹. Ora, sendo o direito à informação de «todo o sócio», dificilmente se pode admitir que, dada a importância que a lei lhe confere na própria estrutura societária, não se referisse especificadamente aos casos em que não lho consente.

Do outro, partindo da previsão genérica ínsita na citada disposição legal, e passando para as regras relativas às *sociedades por quotas*, o certo é que o legislador consagrou, quanto a estas, no seu artigo 214.º, n.º 1, que «os gerentes devem prestar a *qualquer sócio* que o requeira informação (...)»¹⁰.

Resulta, então, que o Código das Sociedades Comerciais não faz qualquer *distinção* ou *discriminação*, nomeadamente a quem detém a *dupla qualidade de sócio e de gerente*. Esta circunstância deve ser devidamente valorada até por uma outra razão: os trabalhos preparatórios do mencionado diploma legal faziam alusão expressa ao «sócio não gerente»¹¹.

Entende-se que a letra da lei refletida sobretudo no n.º 1 do artigo 214.º («qualquer sócio»), mas também nos artigos 21.º, n.º 1, alínea c) («todo o sócio»), 67.º, n.º 1 («qualquer sócio») e 216.º, n.º 1 («o sócio») — e a unidade e lógica do sistema apontam claramente no sentido de que, caso tivesse estado subjacente ao pensamento legislativo a restrição daquele direito, a mesma teria de estar devidamente exposta nos respetivos normativos.

Ora, a falta de distinção na lei é, desde logo, argumento suficiente, mesmo que no anteprojeto do mencionado diploma legal tenha inicialmente constado a restrição

⁸ Para LABAREDA, JOÃO a espinha dorsal do direito à informação, no âmbito societário, reside naquela que é a sua norma «estruturante e programática»: a mencionada alínea c) do n.º 1 do artigo 21.º (assim, “Direito à informação”, in *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 141).

⁹ O destaque a itálico é nosso.

¹⁰ O destaque a itálico é nosso.

¹¹ Como descreve VENTURA (nota 6), pp. 276 e ss.

aos sócios que não fossem gerentes. Ou seja, tendo o legislador alterado os termos da norma, eliminando a expressão «sócio não gerente», utilizada tanto por VAZ SERRA como RÁUL VENTURA, e adotando antes os termos do anteprojeto de FERRER CORREIRA («qualquer sócio») no texto definitivo, não podemos deixar de atribuir ao legislador uma opção claramente diferenciada daquela que é utilizada nos trabalhos preparatórios, pois, de outro modo, teria utilizado os termos dos projetos daqueles autores¹².

O intérprete, na determinação desse sentido e alcance, partindo da respetiva letra e fim, em quadro de integração sistemática, deve presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, em obediência ao artigo 9.º do Código Civil. E onde a lei não distingue, também ao intérprete não é legítimo distinguir, salvo se houver ponderosas razões de sistema que a imponham – o que não nos parece ser este o caso.

Sendo assim, fazer alusão a «qualquer sócio» (artigo 214.º, n.º 1) permite-nos concluir, com segurança, que a intenção do legislador foi a de alargar o âmbito do direito à informação a qualquer sócio, gerente ou não, e não para excluir de tal direito o sócio que é simultaneamente gerente da sociedade.

Acresce ainda realçar um outro aspeto: não só tal entendimento é mais consentâneo com a letra e o espírito da lei, mas também com a própria *realidade* que as sociedades, cada vez mais, evidenciam, como teremos oportunidade de explicitar mais adiante.

Do lado contrário, a orientação que defende que o *sócio gerente não tem direito à informação*, parte essencialmente da ideia de que este posicionamento assenta na necessidade de existir uma tutela própria para o acesso à informação do gerente, seja ele sócio ou não da sociedade, com natureza e incidência diversa do direito do sócio à informação, porquanto a sua função dentro da sociedade envolve o

¹² Sobre a redação dos anteprojetos, vide VENTURA (nota 6), pp. 276-278.

poder-dever direto de conhecer a sua gestão.

Os defensores desta tese apoiam-se sobretudo na seguinte passagem de RÁUL VENTURA: «o sócio gerente não necessita deste direito porque a sua função dentro da sociedade envolve o poder de conhecer diretamente todos os factos sociais e tem pessoalmente ao seu alcance aquilo que o sócio não gerente necessita de obter por meio daquele direito.»¹³

O citado autor reconhece que «algum conflito entre gerentes resolve-se por outros processos e nada tem a ver com este direito à informação. Nem faria sentido que a lei instituísse o dever de os gerentes prestarem informação a outros sócios e, por outro lado, forçasse o gerente a dirigir-se a um colega quando aquele pretendesse, para si próprio, uma informação.»¹⁴

A este respeito, podemos afirmar que é indiscutível que o sistema está pensado e preparado para *situações normais e perfeitas*, onde o sócio gerente, pelas suas funções, tem ao seu alcance todos os elementos da sociedade e, nessa medida, é quem está em melhor condições de prestar todo o tipo de informação, não fazendo sentido que exija informações que ele próprio deva prestar.

Daí que o comentário inicial de RÁUL VENTURA, segundo o qual o «sócio gerente não necessita deste tipo de direito», embora tenha algum fundo de razão, acaba, no entanto, por *desprezar* o facto de que ele pode na realidade necessitar, mormente quando as coisas não correm de feição, até porque, e como é sobejamente sabido, *a vida societária nem sempre é perfeita*.

A verdade é que não é de todo difícil imaginar determinadas situações em que um sócio, não obstante ser gerente, esteja na prática impedido ou impossibilitado de aceder à informação sobre a vida da sociedade. Este impedimento pode derivar do simples facto de o sócio em causa ser apenas um gerente de direito (e, por isso, sem

¹³ (Nota 6), p. 290.

¹⁴ (Nota 6), p. 290. No mesmo sentido, *vide* TORRES (nota 6), pp. 177-178.

qualquer ligação com o exercício efetivo da gerência)¹⁵ ou assentar numa situação de conflito com outro(s) gerente(s) da sociedade.

Existem situações anormais e para elas, parece-nos, só pode haver uma solução: a de que o sócio que é simultaneamente gerente mantém intato o direito à informação e, no caso de recusa injustificada, pode recorrer à ação de inquérito judicial para o tornar efetivo.

Têm pertinência, a este respeito, as lapidares palavras de ABÍLIO NETO: «são numerosos os casos de gerentes que só são de nome ou que são impedidos pelos outros gerentes do acesso às informações e aos livros e documentos da sociedade»¹⁶. De nada serve afirmar que é sócio gerente e que por isso tem acesso a informação sobre a vida e os atos de gestão da sociedade, se na prática a não tem, daí que faça sentido aplicar o *princípio geral da primazia da realidade* — o que o mesmo é dizer que a *realidade virtual deve ceder* perante a *realidade dos factos*¹⁷.

Além disso, havendo quem defenda os casos em que o sócio é simultaneamente gerente da sociedade não deve recorrer ao inquérito judicial, mas antes ao *processo de investidura em cargo social*, previsto nos artigos 1070.º e 1071.º do CPC, consideramos, no entanto, que tal meio processual não tem neste âmbito aplicação.

¹⁵ Note-se que a lei não estabelece a distinção entre gerente de facto e gerente de direito, sendo certo que tal distinção surgiu como meio de defesa dos gerentes que pretendiam demonstrar que, não obstante estarem nomeados como gerentes (gerentes de direito), não exerciam de facto qualquer cargo social, pelo que não deviam ser responsabilizados pela falta de pagamento de dívidas fiscais e à segurança social. Sobre a circunstância de os poderes de gerência tanto poderem ser de direito como de facto, veja-se, entre muitos outros, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 6.10.2012, proc. n.º 05666/12, disponível in www.dgsi.pt.

¹⁶ NETO (nota 4), p. 629. Neste mesmo sentido, foi decidido pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10.7.1997, in CJ STJ, Ano V, 1997, T. II, pp. 166-167.

¹⁷ Assim, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2.10.2002, in CJ STJ, Ano VII, T. III, pp. 248-251; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28.3.2007, proc. n.º 1300/06.1TBAGD.C1; e Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25.6.2008, proc. n.º 3668/2008-4; de 18.11.2008, proc. n.º 8185/2008-1 e de 28.2.2012, proc. n.º 311/03.3TYLSB.L1-7, todos disponíveis in www.dgsi.pt. No mesmo sentido, vide GOMES, JÚLIO, *Direito do Trabalho, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 172.

O processo de investidura revela-se manifestamente insuficiente para determinadas situações, na medida em que a simples investidura pode não ser bastante para a informação integral dos negócios da sociedade durante o período da sua gerência, para a qual foi impedida de exercer o poder de facto; além de que importa não perder de vista a possibilidade de o requerente pretender a suspensão e/ou destituição dos demais sócios gerentes, algo que o processo de investidura por si só não admite, sendo que o processo de inquérito judicial já concede que o juiz adote tal medida, se pedida pelo requerente¹⁸.

Mas o recurso ao mencionado processo judicial também não procede por uma outra razão que deve ser, quanto a nós, devidamente valorada: o sócio que seja simultaneamente gerente, mas esteja de facto afastado da gerência, poderá ter compreensíveis razões para não requerer a investidura do seu cargo, nomeadamente face à situação de conflito existente entre ele e o gerente em efetivo exercício de facto.

O sócio gerente poder-se-á assim bastar, num primeiro momento, com a apresentação da documentação solicitada, por temer as consequências, seguramente mais nefastas, do confronto direto com o outro gerente, se pedisse a investidura judicial do cargo de gerente¹⁹.

A circunstância de um sócio ser gerente e de, por força de tal qualidade, dispor de uma via alternativa para obter informações sobre a vida e os atos de gestão da sociedade (a investidura em cargo social), não lhe vedaria a utilização do meio que

¹⁸ Para além da suspensão e destituição de pessoas cuja responsabilidade por atos praticados no exercício de cargos sociais tenha sido apurada, o processo de inquérito judicial permite ainda requerer outras providências, nomeadamente a nomeação judicial de um gerente (artigos 1051.º, n.º 2, do CPC e 292.º, n.º 2, al. b) aplicáveis *ex vi* artigo 216.º, n.º 2); a dissolução da sociedade (artigos 1051.º, n.º 2, do CPC e 292.º, n.º 2, al. c) aplicáveis *ex vi* artigo 216.º, n.º 2); ou a redução das remunerações dos gerentes, desde que as mesmas sejam gravemente desproporcionadas quer ao trabalho desenvolvido, quer à situação da sociedade (artigos 1051.º, n.º 2, do CPC e 255.º, n.º 2).

¹⁹ Assim, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13.9.2007, proc. n.º 07B2555, disponível *in* www.dgsi.pt.

está ao alcance do sócio para lograr idênticos objetivos: o processo de inquérito judicial.

Dito isto, o que é certo é que o sócio gerente *acumula* os direitos correspondentes aos de um *simples sócio* com os *direitos e deveres dos sócios gerentes*, encontrando-se na sua inteira disponibilidade a escolha do meio processual mais adequado à finalidade que pretende atingir na obtenção das informações sobre a sociedade²⁰. Concretizando:

- O sócio, gerente ou não, tem legitimidade para requerer *inquérito judicial* previsto no artigo 216.º, mas na qualidade de *sócio*;
- O gerente, sócio ou não, pode usar do processo de *investidura em cargo social* regulado nos artigos 1070.º e 1071.º do CPC, mas na qualidade de *gerente*;
- Se *acumular* simultaneamente a qualidade de sócio e de gerente, o uso de um ou de outro meio processual está na sua inteira disponibilidade, competindo-lhe *escolher o meio que tenha por adequado* ao quadro factual existente e que mais se adequar ao fim em vista.

Está-se, pois, perante um posicionamento que, para além de assumir cabimento numa perspetiva estritamente legal, não afeta sequer o conceito teórico e a tutela própria para o acesso amplo à informação por parte do gerente, ao que acresce a virtualidade de atender às realidades de *vivência empresarial* que as sociedades, cada vez mais, evidenciam numa economia onde os agentes económicos

²⁰ Como sublinhou, a este respeito, o Conselheiro Roger Lopes no seu voto de vencido ao Acórdão do Supremo de Tribunal de Justiça, de 23.5.1996, *in* CJ STJ, 1996, Ano IV, T. II, p. 88. Tal segmento do arresto – ou seja, o voto de vencido – vem, de resto, realçado nos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 2.12.2002, proc. n.º 0251491 e de 19.10.2004, proc. n.º 0424278, disponíveis *in* www.dgsi.pt.

ocupam mais do que um cargo social²¹.

Com efeito, no caso de não se conceder legitimidade substantiva ao sócio gerente, este veria os seus direitos legais reduzidos, ficando em clara situação de desvantagem em relação a outros sócios que não possuam tal qualidade (a de gerente), mas que, ainda assim, não lhes seria restringido o seu direito à informação, nem a possibilidade de lançar inquérito judicial, atenta a sua qualidade de sócio.

Seja como for, é importante notar que algumas das decisões proferidas em sede de primeira instância e que foram, por sua vez, objeto de recurso²², adotaram a posição segundo a qual para instaurar inquérito judicial, o sócio gerente deveria primeiramente *renunciar* a um direito que lhe assiste, a *gerência*, para que possa, então, reagir contra quem lhe negou o acesso a determinada informação sobre a vida e a gestão da sociedade.

Pelos fundamentos anteriormente expostos, não podemos naturalmente concordar com tal entendimento, uma vez que a dupla qualidade de sócio e de gerente não pode privar o sócio dos direitos que assistem a «qualquer sócio», apenas porque formalmente figura como gerente da sociedade, designadamente de escolher o meio processual mais adequado à situação em concreto.

III. Questão pertinente é a de saber se, uma vez submetida à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça a matéria aqui em análise para efeitos de prolação de acórdão uniformizador de jurisprudência, haverá fundamento para tal instância proceder à referida uniformização?

A resposta a tal interrogação deve ser, quanto a nós, afirmativa, por força da solidez dos argumentos atrás apresentados, acrescida da circunstância de tal

²¹ Este aspeto vem assinalado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28.2.2012, proc. n.º 311/03.3TYLSB.L1-7, disponível in www.dgsi.pt.

²² Veja-se, a título de exemplo, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5.6.2014, proc. n.º 2096/13.6TYLSB.L1-2 e de 18.2.2016, proc. n.º 401/07.3TYLSB.L1-6, disponíveis in www.dgsi.pt.

orientação – segundo a qual, recorde-se, qualquer sócio, gerente ou não, tem direito à informação da sociedade e recorrer ao inquérito judicial – possuir inegavelmente maior apoio jurisprudencial (e doutrinal), em detrimento da orientação contrária.

Se assim é, impõe-se fixar jurisprudência com o intuito de prevenir a ocorrência, pelo menos ao nível do Supremo, de novas divergências jurisprudenciais, promovendo os fatores da segurança e da certeza na aplicação do direito, contribuindo também para a maior eficácia e celeridade do sistema judiciário.

3. Conclusões

Estamos agora em condições de enunciar, sucintamente, as principais conclusões a que chegámos, já devidamente fundamentadas e desenvolvidas ao longo deste estudo. Assim:

1.º É o próprio Código das Sociedades Comerciais no seu artigo 214.º, n.º 1 («qualquer sócio») — mas também nos artigos 21.º, n.º 1, alínea c) («todo o sócio»), 67.º, n.º 1 («qualquer sócio») e 216.º, n.º 1 («o sócio») — que opta por não diferenciar o exercício do direito à informação pelo sócio que possui, ou não, a qualidade de gerente da sociedade.

2.º Se é certo que no anteprojeto do mencionado diploma legal tenha inicialmente constado a restrição aos «sócios não gerentes», a verdade é que tendo o legislador eliminado e adotado antes a expressão «qualquer sócio» no texto definitivo, leva-nos assim a concluir que a sua intenção foi a de precisamente alargar o âmbito do direito à informação a qualquer sócio (gerente ou não), e não para excluir de tal direito o sócio que detém simultaneamente a gerência da sociedade.

3.º Não podemos, pois, desvalorizar o contributo dos trabalhos preparatórios da lei, antes pelo contrário: devemos, sim, ter em consideração os seus anteprojetos

como um importante argumento interpretativo que atribui legitimidade substantiva ao sócio gerente para requerer inquérito judicial à sociedade, com vista a exercer o seu direito à informação de sócio.

4.º Apesar de o sistema estar pensado e preparado para situações normais e perfeitas, onde o sócio gerente, pelo exercício inerente das suas funções, tem ao seu alcance todos os elementos da sociedade e, nessa medida, é quem está em melhor condições de prestar todo o tipo de informação, não fazendo sentido que exija algo que o próprio deva prestar, a verdade é que é a própria realidade que as sociedades cada vez mais revelam, nas quais alguns (sócios) gerentes são meramente de direito, e não de facto, que acaba por explicar que estes podem realmente necessitar de exercer este direito social, mormente quando o mesmo lhe é injustificadamente restringido, aplicando-se, assim, o princípio geral da primazia da realidade: a realidade virtual cede perante a realidade dos factos.

5.º O entendimento segundo o qual o mecanismo legal para o sócio gerente aceder ao direito à informação quando este lhe foi indevidamente sonogado, seria por via do processo de investidura no cargo de gerente, revela-se, além do mais, numa evidente contradição: por que razão este sujeito irá recorrer a tal meio processual se ele já se encontra investido nesse mesmo cargo?!

6.º Ademais, o certo é que, ao contrário do que sucede no inquérito judicial, o processo de investidura não só não resolve o problema subjacente, podendo mesmo agravar o nível de animosidade quando o sócio gerente apenas pretende obter determinada informação sobre a sociedade, como nem sequer permite requerer simultaneamente outras providências, tais como a suspensão e destituição de gerentes, a nomeação judicial de um gerente ou a redução das remunerações dos gerentes.

7.º Dito isto, se o gerente apenas possui essa qualidade, então apenas pode recorrer ao processo de investidura em cargo social, mas se for detentor da dupla

qualidade de sócio e de gerente, poderá, conforme o que tiver por mais adequado, usar qualquer dos meios processuais.

8.º Numa frase: o exercício do direito à informação e o recurso ao inquérito judicial advêm da qualidade de sócio de uma sociedade, independentemente de ele ser gerente ou não, não podendo tais prerrogativas serem-lhe restringidas só porque acumula a qualidade formal de gerente.

9.º Embora a posição claramente dominante, quer na jurisprudência, quer na doutrina, ir no sentido que defendemos, ou seja, o de admitir o exercício do direito à informação pelo sócio gerente e, por conseguinte, permitir o recurso ao inquérito judicial, conviria, mesmo assim, solução legislativa que resolvesse definitivamente esta controvérsia que perdura desde há muito, sob pena de avolumar-se ainda mais o número de decisões judiciais, que tanto podem conceder como negar tal legitimidade ao sócio que é, simultaneamente, gerente da sociedade.

10.º Seja como for, há fundamentos suficientes para fixar jurisprudência, adotando a orientação que temos como a mais consentânea com o espírito do legislador e com a lógica do próprio sistema — e que tem merecido, de resto, maior acolhimento por parte dos nossos tribunais superiores.

(Lisboa, junho de 2016)

A cessação da franquia e os bens em stock

Bruno Palhão⁽¹⁾

1. Introdução

O contrato de franquia, ou *franchising*, é um contrato de distribuição, em que “uma pessoa – o franqueador – concede a outra – o franqueado – a utilização, dentro de certa área, cumulativamente ou não, de marcas, nomes, insígnias comerciais, processos de fabrico e técnicas empresariais e comerciais, mediante contrapartidas”². O uso da imagem e a comercialização de certos bens do franqueador é um privilégio deste que, a troco de uma contrapartida, os cede ao franqueado. Tendo surgido numa fase inicial como a autorização de uso de marcas e outras, propriedade do franqueador, a franquia evoluiu no sentido da distribuição. São imensos os exemplos de franquias na sociedade actual: só na restauração, podem apontar-se o *KFC*, *McDonald’s* e *Pizza Hut*, entre outros. Sendo um contrato atípico dificilmente se lhe poderão apontar elementos estanques, já que a conformação das partes, ao abrigo da liberdade contratual, poderá levar a soluções criativas. Contudo, isso não lhe retira elementos comuns.

O contrato de franquia “constitui um desenvolvimento do contrato de concessão e representa a mais estreita forma de cooperação entre empresas independentes e o mais elevado grau de integração do distribuidor na rede da outra

¹ brunopalhao10@gmail.com. Os autores foram citados nos seus próprios termos. Em campo tão fértil como o da franquia, isso poderá levar a aparentes incoerências linguísticas.

² Menezes Cordeiro [2012; pág. 744].

parte, em termos de gerar no público a convicção de ser o próprio fabricante ou uma sua filial, a encarregar-se da distribuição”³. A sua principal característica é a indistinção perante terceiros⁴, de tal modo que o terceiro desconhece quem realmente opera o estabelecimento, o que só pode resultar de um controlo intenso do franqueador sobre o franqueado.

“O franchising foi importado dos Estados Unidos da América, onde ele é extraordinariamente frequente e importante, sobretudo após o termo da Segunda Guerra Mundial. Actualmente, verifica-se também a sua grande expansão pela Europa”⁵.

No presente texto abordarei em especial a problemática dos *stocks*. Tal não dispensa um enquadramento do contrato de franquia. Justifica-se, portanto, uma breve análise dos seus traços gerais.

1.1. Vantagens e desvantagens

São várias as vantagens que resultam deste modelo contratual. Na perspectiva do franqueador, pode controlar a fase da distribuição, e expandir-se sem investir importantes quantias pecuniárias, sendo o risco suportado pelo franqueado. Já o franqueado, entra no negócio por si próprio e com alguma independência, mas não sozinho, beneficiando de um reconhecimento da marca que demoraria anos, décadas ou séculos a atingir, com a inerente clientela. Além disso, o franqueado tem acesso directo a uma fórmula de sucesso, que foi testada e comprovada em vários estabelecimentos distintos, sendo todo esse saber-fazer (*know-how*) transmitido pelo franqueador. “Acrece que o contrato de franquia, regra geral, assegura ao franquiado um nível de assistência técnica e de assessoria

³ Pinto Monteiro [2002; pág. 117].

⁴ “Este carácter indistinto é fundamental para a construção da rede de franquia e para o exercício da actividade pelo franquiado”. Pais de Vasconcelos [2011; pág. 195].

⁵ Pinto Monteiro [1989; pág. 324].

*comercial de alto nível, o que lhe permite, com menor esforço e mais rapidamente, assegurar uma melhor posição de mercado*⁶.

Mas nem tudo são valências, naturalmente. Desde logo, o franqueador expõe a reputação da sua marca a alguém que, embora sob a sua alçada, detém uma relativa independência. Daí a intensidade do controlo ser particularmente relevante neste tipo de contrato. A face oposta da moeda apresentar-se-á em forma de desvantagem do franqueado que, p. ex., nem sempre pode vender os produtos que quer, ao preço que entenda. Outras desvantagens para o franqueado são, ou podem ser, consoante o caso concreto, os elevados custos iniciais de implantação, geralmente por si suportados, e a sua vulnerabilidade à actuação dos demais franqueados e flutuação do nome da marca, cuja desvalorização global afectará qualquer franqueado.

1.2. Modalidades

Aqui chegados, é incontornável referir as classificações acolhidas pelo Tribunal das Comunidades Europeias em 1986, naquele que ficou conhecido por caso *Pronuptia*, amplamente divulgadas na doutrina portuguesa. Na perspectiva da actividade objecto do contrato, podemos distinguir entre⁷:

- a franquia de serviços, sempre que o franqueado presta um serviço sob a insígnia, nome comercial ou marca do franqueador, de acordo com as directrizes desse mesmo franqueador. São exemplos o *McDonald's*, a *Pizza Hut*, a *Cinq à Sec*, a *Avis* ou a *Hertz*, para enumerar alguns;
- a franquia de produção, quando o fabrico dos produtos cabe ao próprio franqueado mas segundo as indicações do franqueador, para posteriormente os vender usando a marca deste. Os exemplos são menos numerosos do que os da franquia de serviços, mas, ainda assim, podem referir-se a *Coca-Cola* e a *Pepsi*;

⁶ Pupo Correia [2007; pág. 529].

⁷ Veja-se, entre outros, Fátima Ribeiro [2001; págs. 212ss] e Menezes Cordeiro [2012; pág. 775ss].

- a franquia de distribuição, quando o franqueado apenas vende determinados produtos num estabelecimento que adota a insígnia do franqueador. Como exemplos temos a *Pronuptia* ou a *Benetton*.

Estando no âmbito da autonomia privada, e, perante uma vasta gama de potenciais franqueadores, investimentos e franquias, o modelo contratual pode assumir tantas formas que seria impossível descrever todas com precisão. Todavia, assinala-se que é possível o *multi-unit franchise*, em que o franqueador concede ao franqueado a faculdade de abrir mais de um estabelecimento com a sua imagem, e o *master franchising*⁸, que comporta para o franqueado não só a possibilidade de abrir mais de um estabelecimento com a imagem do franqueador mas também a faculdade de contratar subfranqueados na zona geográfica acordada, ficando, para essa zona geográfica, com o papel de franqueador face aos demais subfranqueados. Não só será da sua responsabilidade fornecer o *know-how* e assistência próprios de uma franquia, como também fará seus os correlativos benefícios financeiros. É uma opção particularmente viável na expansão internacional de uma marca, sendo uma forma fácil desta entrar num país que o franqueador original não domina, assim evitando o ónus de encetar vários contactos com os empresários locais. Fundamental será que os contratos de subfranquia se moldem pela franquia original, de modo a permitir a indistinção que caracteriza este contrato de distribuição.

1.3. Direitos e deveres das partes

Do previamente enunciado já se deduzem algumas obrigações, e correlativos direitos, que podem resultar do contrato de franquia. Aqui será feita apenas uma breve exposição, sem pretensão de exaustividade:

- do contrato de franquia resulta a concessão da licença de exploração da marca ou outro elemento próprio do franqueador, consoante os sinais distintivos que tenham sido acordados pelas partes. São estes sinais que

⁸ Pupo Correia [2007; pág. 531].

atraem a clientela, pois são eles que permitem associar o estabelecimento do franqueado à marca do franqueador;

- igualmente importante será a comunicação do *know-how*, pois é através deste que o modelo negocial, estabelecido e bem sucedido, do franqueador, será replicado pelo franqueado. Além dos conhecimentos, poderá também ser essencial o fornecimento de alguns produtos;

- o franqueador terá também poderes de fiscalização sobre o franqueado, de modo a assegurar a manutenção do nível de qualidade associado à sua marca e a homogeneidade da imagem da rede;

- como obrigação mais importante do franqueado, temos o dever de pagar uma retribuição, geralmente uma prestação inicial acrescida de outras, calculadas em função das vendas ou de aquisições que o franqueado se comprometa a fazer e, em regra, de carácter mensal;

- por fim, o franqueado terá, ainda, o dever de manutenção da qualidade associada à franquia e o sigilo em relação ao *know-how* e conhecimentos que lhe foram transmitidos pelo franqueador.

Estas são apenas algumas das características que costumam acompanhar o contrato de franquia.

1.4. A cessação

“O contrato de franquia dá lugar a uma situação duradoura. Na sua cessação, há que o observar os quadros competentes, com relevo para a resolução (unilateral e justificada) e a denúncia (unilateral e discricionária). O modelo da cessação de agência é aplicável, com as adaptações necessárias. A cessação não pode, pela natureza das coisas, ser retroactiva”⁹.

A cessação do contrato pode ocorrer, de acordo com os arts. 24^ºss do regime jurídico do contrato de agência, instituído pelo Decreto-Lei 178/86: através de revogação por mútuo acordo, nos termos do art. 405^º do Código Civil, por

⁹ Menezes Cordeiro [2012; pág. 779].

caducidade, denúncia e resolução; tal como o contrato de agência, cujo regime jurídico se aplicará analogicamente, sempre que a identidade de situações assim o justifique.

Devido à subordinação do franqueado face ao franqueador, quanto mais não seja a algumas das suas directrizes, a tutela do franqueado suscita particular atenção. Como escreve MENEZES CORDEIRO, “*haverá que procurar, no campo da agência, regras aplicáveis, directamente ou por analogia, numa posição clara na nossa jurisprudência*”. Um dos problemas que pode resultar da cessação do contrato de franquia é o destino a dar aos bens adquiridos pelo franqueado, na expectativa da manutenção do contrato. É o que me proponho desenvolver.

2. O destino a dar aos bens em *stock*

Qualquer agente económico encara com naturalidade o risco, que lhe permite lucrar. Julgo ser com esta base que devemos partir para a análise do problema que me propus abordar: quando se pode exigir, terminado o contrato, que o até então franqueador pague um preço ao até então franqueado, para recomprar os bens que este lhe tinha adquirido. Ou, em alternativa, a possibilidade do até então franqueado poder usar a imagem do até então franqueador, a indistinção perante terceiros, de modo a escoar os bens que adquiriu e nada lhe servirão, perante o consumidor, sem a marca do franqueador.

Os franqueados, no desenvolvimento do contrato, experienciam uma certa limitação da sua autonomia, fruto da intensidade de controlo que caracteriza este tipo de contrato de distribuição. Não raramente, vinculam-se igualmente a adquirir certas quantidades de bens, a cláusula de compra mínima, com a expectativa de os poderem revender a médio prazo, no decurso da relação negocial. Tal significa que muitas vezes o franqueado está submetido à influência do franqueador, nomeadamente na constituição e manutenção dos *stocks*, o que se apresenta como altamente benéfico para o franqueador e a rede de *franchising*, que conseguem tanto escoar produtos como apetrechar o novo franqueado

rapidamente. Na perspectiva do franqueado, o perigo será ficar com bens que não consegue vender, problema que se agrava caso existam cláusulas de não concorrência após a cessação do contrato. Dentro das regras do mercado, o franqueado pode até sentir-se tentado a baixar consideravelmente os preços, de modo a reduzir os seus prejuízos, o que também não se apresenta como benéfico para o franqueador.

Suscita-se, assim, um problema de tutela do franqueado, cessado o contrato de franquia. Todavia, entre agentes económicos que actuam conhecendo os riscos, não se pode deduzir que desta vinculação à vontade do franqueador decorre a obrigação do franqueador readquirir os *stocks* após a cessação do contrato. O franqueado conserva a sua autonomia jurídica e negocial no momento da negociação, e, mesmo durante a execução do contrato, será a ele que compete gerir o *stock*, tal como os custos e investimentos a realizar. A iniciativa de ter um *stock* muito bem apetrechado até pode ter partido exclusivamente da sua parte. Não se pode proteger indiscriminadamente o franqueado, como se de uma parte fraca e pouco esclarecida se tratasse, pois geralmente estamos perante profissionais, habituados a agir no comércio e conhecedores do risco. Tal subverteria a responsabilização que se deve exigir ao franqueado; se o franqueador for sempre obrigado a retomar os bens em *stock*, haja o que houver, então o distribuidor perderá qualquer incentivo que possa ter para uma actividade eficiente.

Sendo o contrato de franquia atípico, exige-se assertividade às partes, de modo a prever e dirimir a resolução de conflitos que possam surgir. No contrato inicial ou num eventual acordo de cessação. Podem inclusivamente as partes prever prazos de pré-avisos alargados, ou, de modo expresso, um período de tempo, após a cessação, em que o franqueado continua a usar a imagem do franqueador, de modo a escoar o *stock* que adquiriu durante a execução do contrato. O problema colocar-se-á, naturalmente, na falta de acordo entre os contraentes. Nesses casos, perguntar-se-á qual o destino a dar aos bens adquiridos pelo franqueado. É o próximo passo, embora com uma ressalva: ainda que

referências a doutrina e jurisprudência estrangeiras, o foco será a análise das soluções portuguesas.

2.1. Na doutrina

De seguida, proponho-me enunciar as posições conhecidas na doutrina portuguesa sobre a problemática dos *stocks*. Embora não se tenha apontado para um esgotamento da doutrina existente, não muitos mais autores portugueses se encontrarão a tomar posição sobre este problema. Por mera facilitação de exposição, irei dividir as posições em quatro grupos.

2.1.1. A obrigação de retoma quando haja convenção ou comportamento faltoso

Parte significativa da doutrina apenas admite a obrigação de retoma quando haja convenção nesse sentido ou se identifique culpa do franqueador na cessação do contrato. É a posição maioritária em Portugal.

ISABEL ALEXANDRE defende que não havendo comportamento faltoso por parte do franqueador, nomeadamente desde que haja um pré-aviso razoável para o franqueador ter a oportunidade de reorganizar a sua produção, “o *franquiado deverá suportar o prejuízo adveniente da sua má gestão*”¹⁰. Tratando-se de um comerciante, deve comprar apenas o número de mercadorias que pensa poder vender, já que o contrato não se perpetuará no tempo.

HELENA BOLINA defende que “*a posição mais equilibrada parece ser a que faz depender a resposta a esta questão do modo de cessação do contrato que esteja em causa*”¹¹. Uma vez mais, tratando-se de denúncia com pré-aviso, e caso este não tenha sido desrespeitado ou se assuma como desrazoável face ao mercado e à natureza dos bens, o franqueado pode escoar a mercadoria usando a imagem do

¹⁰ Isabel Alexandre [1991; pág. 370].

¹¹ Helena Bolina [1997; pág. 217].

franqueador ou exigir uma indemnização pela ausência de pré-aviso. Em todos os demais casos, a má gestão corre por conta do franqueado.

PINTO MONTEIRO, numa primeira abordagem, refere que *“quanto à venda ou retoma de bens em stock, só por acordo (prévio ou posterior) com a contraparte é que, em princípio, o concessionário ou o franquiado poderão negociar a sua (re) aquisição por aquela”*¹². Nos termos gerais. O autor será citado novamente, adiante, numa tomada de posição distinta ou, pelo menos, mais desenvolvida.

PUPPO CORREIA alerta, igualmente, para a importância das partes regularem a obrigação de retoma no contrato, pois a obrigação do franqueador retomar as mercadorias só existirá nesses casos. *“Ao agir desta forma, o distribuidor, seja ele concessionário ou franquiado, pode evitar graves dificuldades com o escoamento dos produtos, uma vez que o concedente ou o franquiador só será obrigado à retoma caso a isso esteja vinculado contratualmente”*¹³.

Finalmente, SUSANA SANTOS refere que *“parece-nos desde logo que apenas [existe a obrigação de retoma] se as partes o tiverem acordado”*¹⁴, admitindo no entanto que a solução possa ser outra, nomeadamente considerando a forma como cessou o contrato.

2.1.2. A obrigação de retoma como decorrência da boa-fé

HELENA BRITO, a propósito da concessão comercial, associa a obrigação de retoma de mercadorias não vendidas à imposição contratual de manutenção de um *stock* muito elevado. Havendo tais cláusulas contratuais, deverá sempre haver um período de pré-aviso satisfatório, particularmente alargado, face ao volume de mercadorias. Não obstante, o *“princípio geral de boa-fé, que está na origem de numerosos deveres laterais em qualquer relação contratual, mas principalmente numa relação duradoura, poderá justificar uma obrigação adicional a cargo do concedente: a obrigação de readquirir as mercadorias não vendidas no termo do*

¹² Pinto Monteiro [1989; pág. 326].

¹³ Pupo Correia [2007; pág. 534].

¹⁴ Susana Santos [2013; pág. 120].

*contrato, ao preço por que foram adquiridas pelo concessionário*¹⁵. Na falta de imposição contratual de constituição de *stocks* elevados, não existe obrigação de recompra. E esta obrigação de retoma não é demasiado onerosa, já que o cedente “*poderá vender os produtos ao seu novo concessionário ou directamente aos consumidores*”.

2.1.3. A obrigação de retoma como a vontade hipotética das partes

FÁTIMA RIBEIRO defende que, em princípio, não existe obrigação de retoma das mercadorias, já que o risco corre pelo franqueado e a este cabe fazer uma gestão de *stocks* eficiente, embora sublinhe que tal entendimento não representa a solução mais justa quando a cessação do franqueador não respeitou o pré-aviso exigível ou o franqueado foi obrigado a constituir um *stock* exorbitante. “*Em qualquer dos casos, e na ausência de convenção entre as partes, é necessário encontrar uma base jurídica para a defesa de uma solução que admita a existência de uma obrigação de retoma das existências por parte do franqueador, dado que, nas situações que o justifiquem, se pretende estender os efeitos do contrato para momento ulterior à respectiva cessação. Tal poderá ser razoavelmente justificado pelo recurso às regras gerais da integração do artigo 239º do Código Civil, dado que, como se verá, é a solução que está em harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou decorrerá da aplicação dos ditames da boa-fé; mas, em nosso entender, apenas quando o franquizador seja responsável, directa ou indirectamente, pelo nível de stocks detido*”¹⁶.

PINTO MONTEIRO, numa segunda exposição, mais desenvolvida, alerta para “*o especial cuidado de os interessados regularem previamente este ponto (pois no momento da cessação nem sempre é fácil um acordo deste tipo), mormente através de cláusula adequada inserida no contrato*”¹⁷, visto que na ausência de estipulação o franqueador não tem de recomprar os bens em *stock*. Ainda assim, quando a

¹⁵ Helena Brito [1990; pág. 242].

¹⁶ Fátima Ribeiro [2001; pág. 259].

¹⁷ Pinto Monteiro [2002; pág. 170].

cessação do contrato se deveu à culpa do franqueador, admite que a reparação do franqueado englobe a obrigação de retoma por parte do franqueador ou uma indemnização que cubra os prejuízos resultantes da conduta culposa do franqueador, uma solução que deve ser sempre aferida à luz da boa fé e a vontade das partes no momento negocial. A retoma pode resultar de uma condição resolutiva subjacente ao contrato, que ordenaria, cessado o contrato, a retoma dos bens vendidos pelo franqueador ao franqueado; caso seja possível inferir das compras efectuadas pelo franqueado que estas tenham sido feitas sob a condição do contrato de franquia, o contrato-quadro, se manter em vigor.

2.1.4. A obrigação de retoma como expressão do risco

FERNANDO PINTO sublinha que os contratos de distribuição raramente prevêem o destino a dar aos bens em *stock*, não obstante frequentemente regularem a constituição dos mesmos. Embora o dever de retoma seja favorecido na doutrina francesa, os tribunais não têm acolhido a sugestão, o que se torna grave por aí geralmente se entender que o franqueador não pode continuar a vender os bens, sob pena de praticar concorrência desleal¹⁸. Todavia, caso o contrato tenha sido rompido de forma abusiva, a retoma fará parte da reparação do prejuízo. Já na Alemanha, existe consenso doutrinal e jurisprudencial quanto à obrigação de retoma, que poderá resultar de cláusula contratual, incumprimento do franqueador ou dos ditames da boa-fé.

Para este autor, pretendendo o fornecedor extinguir o contrato por denúncia, exige a ordem jurídica portuguesa que seja respeitado um pré-aviso que permita o escoamento dos bens. Sendo o prazo insuficiente, pode o franqueador prosseguir em actividade de liquidação de inventário.

Acresce que, extinto o vínculo e na falta de previsão contratual expressa em sentido oposto, o franqueador sempre poderia liquidar as mercadorias, ainda que competindo com o seu até então fornecedor. Aqui, a vontade hipotética das partes

¹⁸ Fernando Pinto [2013; págs. 477ss].

manifestar-se-á precisamente na possibilidade de o franqueador vender as mercadorias após a cessação do contrato¹⁹.

Negando pretensões de tudo ou nada e defendendo soluções não extremadas, o autor realça, como larga doutrina, a necessidade de atender ao modo pelo qual o contrato, *in casu* a franquia, termina, pois “*se o contrato cessar por revogação bilateral, o problema do destino dos stocks não adquire relevância, para além daquela que as partes decidam atribuir-lhe. Poucos contestam, também, que, ocorrendo a resolução do contrato por motivo imputável ao distribuidor, este não possa exercer qualquer pretensão compensatória ou de outro tipo a respeito do stock*”²⁰.

Refere FERNANDO PINTO que os maiores problemas surgirão quando uma convenção impeça o franqueador de desenvolver a sua actividade após a cessação do contrato (p. ex., uma cláusula de não concorrência). Nessas situações, perante a ameaça de uma liquidação de inventário ruínoza, pontualmente, o autor admite que o franqueador seja compelido a readquirir as mercadorias ou compensar os prejuízos, associando tal obrigação de retoma ao risco. É necessário identificar o responsável pelo agravamento do risco²¹. Não haverá responsabilidade do franqueador quando, p. ex.:

¹⁹ Fernando Pinto [2013; pág. 499]: “*terá seguramente de concluir-se, por aplicação dos parâmetros da integração do negócio jurídico (art. 239 do Código Civil), ou da interpretação complementadora do contrato, que irá decerto nesse sentido o consenso hipotético das partes*”.

²⁰ Fernando Pinto [2013; pág. 506].

²¹ “*(...) a transferência, para o fornecedor, de um risco económico que, de acordo com a função prototípica e o esquema normal de partilha de riscos dos negócios de distribuição integrada, deveria correr exclusivamente por conta do intermediário, requer a conjugação dos pressupostos seguintes: - Que o integrador haja, de alguma forma, determinado unilateralmente a composição qualitativa e/ou quantitativa dos stocks (...); - Que, em qualquer caso, a situação de risco concretamente criada supere a álea normal inerente à actividade de um distribuidor (...); - Que o distribuidor não haja aceiteado voluntariamente suportar agravamento do risco e que este não seja de algum modo compensado pela atribuição de vantagens específicas (...); - Que o acúmulo excessivo de existências ou o défice de escoamento das mesmas durante a vigência da relação não fiquem a dever-se a causas imputáveis ao próprio distribuidor (...); - Que o vínculo venha a cessar por vontade discricionária do fornecedor (denúncia ou oposição à prorrogação) ou por caducidade determinada pelo decurso do prazo*”. Fernando Pinto [2013; págs. 510 e 511].

- os *stocks*, excessivos ou não, forem constituídos por iniciativa do franqueado ou por acordo das partes;
- a cessação do vínculo seja promovida pelo franqueado, sem justa causa, ou atribuível às suas vicissitudes (p. ex. morte ou dissolução de pessoa colectiva);
- o franqueado possa liquidar o *stock* remanescente no mercado.

2.2. Na jurisprudência

“Os tribunais portugueses só muito pontualmente têm sido chamados a pronunciar-se sobre pretensões de distribuidores relativas à *reaquisição* ou *compensação do valor do inventário remanescente no termo de uma relação de distribuição*”²². Porquanto constitui tarefa hercúlea discernir o sentido da jurisprudência portuguesa, que tanto tem adoptado a tese da imposição de uma obrigação de retoma como a tese contrária. Ainda assim, é possível notar que a primeira prevaleceu em casos de resolução do contrato ou denúncia cujo pré-aviso foi desrazoável. Nos demais casos, a jurisprudência portuguesa parece pronunciar-se quase sempre contra a obrigação do franqueador comprar a mercadoria que tinha transmitido ao franqueado.

3. Posição adoptada: a análise casuística em função do modo de cessação

Como ponto de partida, concordo, em traços gerais, com a posição de FERNANDO PINTO, que se apresenta como a mais equilibrada e desenvolvida. Tal como a esmagadora maioria da doutrina, entendo ainda que a retoma deve ser aferida em função do modo de cessação, sendo que o contrato de franquia pode terminar de várias formas, atrás enunciadas:

- o acordo das partes, ou revogação por mútuo acordo;
- caducidade;
- denúncia;

²² Fernando Pinto [2013; pág. 494].

- resolução.

Em função da forma de cessação, a resposta a dar será distinta. Todavia, mais do que procurar uma resposta estanque ao problema, em função da forma de cessação, o intérprete terá sempre que equacionar o caso concreto. E, como a resposta ao caso concreto não pode ser dada em abstracto, proponho-me, mais do que a desenvolver uma resposta resistente ao caso concreto, a realçar uma vez mais as situações típicas. Todas elas terão de ser temperadas com o agravamento do risco, sendo que esse, por norma, correrá pelo franqueado. A transferência do risco para o franqueador terá de obedecer a critérios estritos.

3.1. O acordo das partes

Perante uma revogação por mútuo acordo, o problema perderá relevância. A solução será a que as partes entenderem convencionar, sendo que, na falta de convenção, não poderemos encontrar qualquer obrigação do franqueador em readquirir as mercadorias.

Tendo as partes acordado na cessação do contrato, tendencialmente terão também acordado quanto ao destino dos *stocks*.

3.2. Caducidade e oposição à prorrogação

A franquia pode caducar²³. Esta forma de extinção do contrato não opera por uma declaração de vontade, podendo ser um efeito automático decorrente da mera passagem do tempo. Em princípio, a caducidade não gerará qualquer obrigação para o franqueador, salvo a que resulte do agravamento do risco, tese atrás explanada. Havendo um prazo, por relação a ele deverá o franqueado nortear a sua gestão e constituição de *stocks*, evitando comprar mercadorias quando o contrato se aproxime do seu fim.

²³ Art. 26º do Decreto-Lei 178/86: “O contrato de agência caduca, especialmente:

a) Findo o prazo estipulado; b) Verificando-se a condição a que as partes o subordinaram ou tornando-se certo que não pode verificar-se, conforme a condição seja resolutiva ou suspensiva; c) Por morte do agente ou, tratando-se de pessoa colectiva, pela extinção desta”.

Já a oposição à renovação por parte do franqueador deverá ser vectorizada pela boa-fé, ou pelo menos não constituir abuso de direito, sob pena de o franqueado poder ser indemnizado. Também em sede de oposição à prorrogação se exige um período de tempo razoável que permita ao franqueado escoar o *stock* remanescente.

3.3. Denúncia

A denúncia²⁴ consiste numa declaração unilateral e discricionária que visa a extinção de uma relação contratual estabelecida por tempo indeterminado. Tal como amplamente analisado até aqui, a denúncia do contrato, por parte do franqueador, deve respeitar a exigência de um pré-aviso razoável, sob pena do franqueador responder pela sua actuação culposa. É o caso típico de responsabilização admitido na doutrina.

Dependendo a eficácia do pré-aviso do tipo de bem e o mercado onde pode ser transaccionado, naturalmente estas serão duas coisas a ter em conta na fixação de um prazo razoável. O franqueador não deve suportar, indeterminadamente, a actuação do franqueado no mercado. Todavia, deve igualmente agir de modo a causar o menor dano possível à contraparte.

Tendo em conta a natureza da franquia e as suas diferenças face à agência, adiro à boa doutrina²⁵ que exige prazos mais longos do que os pensados pelo

²⁴ Art. 28º do Decreto-Lei 178/86: “1 - A denúncia só é permitida nos contratos celebrados por tempo indeterminado e desde que comunicada ao outro contraente, por escrito, com a antecedência mínima seguinte: a) Um mês, se o contrato durar há menos de um ano; b) Dois meses, se o contrato já tiver iniciado o 2.º ano de vigência; c) Três meses, nos restantes casos.

2 - Salvo convenção em contrário, o termo do prazo a que se refere o número anterior deve coincidir com o último dia do mês.

3 - Se as partes estipularem prazos mais longos do que os consagrados no n.º 1, o prazo a observar pelo principal não pode ser inferior ao do agente.

4 - No caso previsto no n.º 2 do artigo 27.º, ter-se-á igualmente em conta, para determinar a antecedência com que a denúncia deve ser comunicada, o tempo anterior ao decurso do prazo”.

²⁵ Fátima Ribeiro [2001; págs. 243 e 244] rejeita a aplicação analógica dos prazos previstos para a agência, e acrescenta que “quando menor tiver sido a duração do contrato, menos possibilidades teve o franquizado de recuperar o investimento inicial que fez (no qual se inclui, normalmente, o pagamento da prestação inicial ao franquizador) e menos tempo teve para escoar as mercadorias que,

legislador para a agência. A aplicação analógica deve ser rejeitada, pois não tutela devidamente as especificidades do contrato-quadro em análise. Na franquia o distribuidor adquire a propriedade das mercadorias, pelo que precisará de um período de pré-aviso alargado.

3.4. Resolução

A resolução²⁶ opera por vontade de um dos contraentes, que emite uma declaração de vontade em sentido oposto àquela que constituiu o vínculo. Não depende de qualquer pré-aviso, mas é vinculada. De modo genérico, e abstraído da dificuldade do caso concreto, importará essencialmente distinguir entre duas situações.

Quando o franqueado resolva o contrato com justa causa, ou seja, observando os fundamentais legais, terá direito a uma indemnização que cubra os prejuízos sofridos.

Sendo o franqueador a resolver o contrato com justa causa, não haverá qualquer tutela do franqueado. Se o motivo da cessação lhe é imputável, dificilmente se compreenderia que fosse o franqueador a suportar o risco da sua actuação.

entretanto, tenha adquirido e/ou encomendado. Por isso, o período de pré-aviso exigível até poderá variar inversamente ao tempo de duração do contrato, sendo maior quanto menor tiver sido esta duração e vice-versa”.

²⁶ Art. 30º do Decreto-Lei 178/86: “O contrato de agência pode ser resolvido por qualquer das partes: a) Se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual; b) Se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia”.

Conclusões

- I. O franqueado, ao longo da execução do contrato de franquia, pode ver a sua actuação limitada pelo controlo que caracteriza o mesmo. De modo mais problemático, pode também comprometer-se a adquirir um certo número de mercadorias, que espera escoar ao longo do desenvolvimento da relação negocial;
- II. O risco, e esta sujeição do franqueado aos desejos do franqueador, não é em vão. Naturalmente, o lucro do distribuidor, a remuneração, será tanto maior quanto maior for o seu risco. Tal como sublinhado previamente, não se pode proteger indiscriminadamente o franqueado, como se de uma parte fraca e pouco esclarecida se tratasse, pois geralmente estamos perante profissionais, habituados a agir no comércio e conhecedores do risco. O risco apresenta-se como um incentivo à racionalização da sua actividade económica;
- III. Contudo, não é menos verdade que os bens adquiridos pelo franqueado durante a vigência do contrato, procurando a sua revenda, podem tornar-se inutilizáveis caso esta relação económica seja interrompida abruptamente;
- IV. De modo a obstar a essa inutilização, o melhor entendimento é que após a cessação do vínculo, e não existindo uma proibição convencional, o franqueador poderá liquidar as mercadorias remanescentes, ainda que em concorrência directa com o seu fornecedor e desde que agindo de boa-fé. Tal diminuirá severamente a gravidade do acumular de *stocks* inutilizáveis e a relevância do tema em análise;
- V. Maiores problemas surgirão quando uma cláusula do contrato impeça o escoamento dos *stocks* após a cessação do contrato de franquia, de modo legítimo, por iniciativa do franqueador. Nessas circunstâncias, e perante a ausência de culpa ou cláusula que obrigue o franqueador a readquirir os bens, só um agravamento do risco poderá justificar qualquer responsabilização do franqueador e em casos muito excepcionais;

VI. Esta posição não é a maioritária na doutrina portuguesa, onde geralmente se entende que a obrigação de retoma só surge quando haja convenção nesse sentido ou se identifique culpa do franqueador na cessação do contrato;

VII. Em qualquer caso, as melhores respostas à problemática do destino dos *stocks* só poderão ser dadas em função do modo de cessação, e moldadas ao caso concreto, considerando o agravamento do risco e os efeitos da cessação do contrato sobre o franqueado.

Bibliografia

- ALEXANDRE, ISABEL MARIA; “*O contrato de franquia (franchising)*” in *O Direito, ano 123, II-III (Abril – Setembro)*; Lisboa, 1991;
- BOLINA, HELENA MAGALHÃES; “*O Direito à Indemnização de Clientela no Contrato de Franquia*” in *Revista Jurídica AAFDL, nº21, Junho*; Lisboa, 1997;
- BRITO, MARIA HELENA; “*O contrato de concessão comercial*”; Almedina; Coimbra, 1990;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES; “*Direito Comercial*”; Almedina; Coimbra, 2012;
- CORREIA; MIGUEL PUPO; “*Direito Comercial, Direito da Empresa*”; Ediforum, Edições Jurídicas; Lisboa, 2007;
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO; “*Contratos de agência, de concessão e de franquia (franchising)*” in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*; Coimbra, 1989;
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO; “*Contratos de distribuição comercial*”; Almedina; Coimbra, 2002;
- PINTO, FERNANDO FERREIRA; “*Contratos de Distribuição, Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*”; Universidade Católica Editora; Lisboa, 2013;
- RIBEIRO, MÁRIA DE FÁTIMA; “*O contrato de franquia*”; Almedina; Coimbra, 2001;
- SANTOS, SUSANA FERREIRA DOS; “*O regime jurídico do contrato de franchising*”; in *Solicitadoria e Ação Executiva, Estudos 1*; Lisboa, 2013;
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE; “*Direito Comercial, Volume 1*”; Almedina; Coimbra, 2011.

O contrato de *swap* de taxa de juro

*

(Cinco anos na jurisprudência portuguesa)

Hígina Orvalho Castelo

(Juíza Desembargadora no Tribunal da Relação de Guimarães)

(Doutora em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)

Resumo: Estudo sobre o contrato de *swap* de taxa de juro tendo como ponto de partida a jurisprudência dos tribunais judiciais portugueses. A primeira parte consiste numa compilação dos acórdãos publicados das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça, com indicação do objeto do litígio e da decisão proferida, citações e outras notas. Na segunda parte, identificam-se as causas dos litígios, as questões que têm sido levadas a juízo, bem como as soluções que lhes têm sido dadas, e procede-se ao desenvolvimento dos principais temas tratados.

Palavras-chave: *swap* de taxa de juro; jurisprudência; convenção de arbitragem; pacto de jurisdição; jogo e aposta; alteração das circunstâncias; deveres de informação.

INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objeto o contrato de *swap* de taxa de juro – também usada a expressão *permuta de taxa de juro* e o inglês *interest rate swap* ou *IRS* –, tendo como ponto de partida a jurisprudência dos tribunais judiciais portugueses.

O modelo contratual em causa é utilizado no comércio jurídico desde a década de 1980 (o *swap* de divisas tinha surgido na década precedente), mas permaneceu fora dos palcos dos tribunais nacionais até 2011. Perceberemos as razões deste facto, as causas da litigiosidade, as questões que têm sido levadas a juízo e as soluções que lhes têm sido dadas.

Por me parecerem claras e funcionais, lembro as noções do Regulamento (UE) n.º 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativo ao sistema europeu de contas (SEC) nacionais e regionais na União Europeia¹.

Os *swaps* de taxas de juro – uma das categorias mais frequentes, a par dos *swaps* cambiais e dos *swaps* de divisas – «consistem na troca de juros de diferentes tipos relativos a um capital hipotético que nunca é trocado». Podem trocar-se taxas fixas por taxas variáveis, taxas variáveis calculadas por diferentes métodos ou índices, e taxas denominadas numa divisa. Como todos os *swaps*, são contratos «entre duas partes que acordam na troca, ao longo do tempo e segundo regras predeterminadas, de uma série de pagamentos correspondentes a um valor hipotético de capital, entre elas acordado». Geralmente, e citando ainda o Regulamento, «os pagamentos ocorrem em numerário no correspondente à diferença entre as duas taxas de juro estipuladas no contrato e que se aplicam ao capital hipotético que foi acordado».

¹ O precedente Regulamento (CE) n.º 2223/96 do Conselho, de 25 de junho de 1996, relativo ao Sistema europeu de contas nacionais e regionais na Comunidade, também continha noções destes contratos.

Para quem não esteja familiarizado com o modelo contratual em questão, e para facilitar a compreensão do tema, vou dar alguns exemplos que sumariam, de forma simplificada, os casos que estiveram na origem dos acórdãos compilados neste trabalho.

Abel celebrou contrato de mútuo com o *Banco Bento*, no valor de € 1.000.000, tendo-se comprometido a devolver o tantundem no prazo de três anos, pagando sobre ele, trimestralmente, juros à taxa Euribor a 3 meses. Receando a subida da taxa Euribor, e não comportando as suas finanças pagar uma taxa de juro superior a 4%, *Abel* acordou com o *Banco Bento* que, tendo como base de cálculo (valor hipotético ou nocional) € 1.000.000, *Abel* pagaria ao *Banco Bento*, trimestralmente, ao longo de três anos, juros à taxa de 4% e o *Banco Bento* pagaria a *Abel* juros à taxa Euribor 3M. Mais acordaram que apenas um pagaria a diferença entre as duas taxas ao outro (a menos que fossem exatamente iguais, caso em que não haveria pagamentos).

Claro que no contrato de mútuo, em tudo independente do *swap* de taxa de juro, *Abel* continuaria a pagar a taxa Euribor 3M; mas como no de *swap* receberia do Banco a mesma taxa (calculada sobre o mesmo valor), era como se apenas pagasse ao Banco a taxa fixa de 4%.

Com o contrato de *swap* de taxa de juro, *Abel* anulou o risco de subida da taxa Euribor 3M acima dos 4%, e ganharia a diferença sempre que a Euribor a 3M ultrapassasse aquele valor; no entanto, criou o risco de perder a diferença entre os 4% e a Euribor 3M, sempre que esta fosse inferior a 4%. Quando a Euribor a 3M fosse exatamente 4%, o contrato de *swap* não tinha efeitos nas finanças de *Abel*.

O *Banco Bento* tem outros clientes com interesses inversos aos de *Abel*. *Carlos*, por exemplo, tem investimentos de € 1.000.000 que lhe rendem a Euribor 3M, mas receia que esta taxa desça e gostaria de receber pelos seus investimentos, sempre, 4%. *Carlos* celebra então com o *Banco Bento* um contrato de *swap* de taxa de juro idêntico ao de *Abel*, mas no qual o Banco lhe entregará taxa fixa de 4%,

entregando *Carlos* ao Banco a taxa Euribor 3M (a mesma que recebe pelos seus investimentos, pelo que na prática tudo se passará como se estes lhe rendessem taxa fixa de 4%, em vez da Euribor 3M).

Outro exemplo importante é o de *Dário*, mutuário do *Banco Bento* num empréstimo para aquisição de casa própria pelo qual pagava uma taxa fixa de 4%. Intuindo a descida da taxa Euribor, *Dário* celebra contrato de *swap* de taxa de juro com o seu banco, nos termos do qual pagará periodicamente a taxa Euribor 3M sobre valor idêntico ao da sua dívida no mútuo, entregando-lhe o Banco taxa fixa de 4% sobre o mesmo valor e com a mesma periodicidade.

Pode suceder que o contrato de mútuo de *Abel* (ou as aplicações de *Carlos*, ou o mútuo de *Dário*) não seja com o *Banco Bento*, mas com o *Banco Efeméride*.

Pode suceder que *Abel* e *Banco Bento* introduzam limites na troca de taxas: por exemplo, *Abel* pagará ao *Banco Bento* a taxa fixa de 4% apenas se a Euribor 3M não subir além dos 5%, pois neste caso, pagará a Euribor 3M (e receberá idêntica taxa do Banco, pelo que o *swap* será inócuo).

Claro que no contrato de mútuo, em tudo independente do *swap* de taxa de juro, *Abel* continuaria a pagar a taxa Euribor 3M; mas como no de *swap* receberia do Banco a mesma taxa (calculada sobre o mesmo valor), era como se apenas pagasse ao Banco a taxa fixa de 4%.

Com o contrato de *swap* de taxa de juro, *Abel* anulou o risco de subida da taxa Euribor 3M acima dos 4%, e ganharia a diferença sempre que a Euribor a 3M ultrapassasse aquele valor; no entanto, criou o risco de perder a diferença entre os 4% e a Euribor 3M, sempre que esta fosse inferior a 4%. Quando a Euribor a 3M fosse exatamente 4%, o contrato de *swap* não tinha efeitos nas finanças de *Abel*.

O *Banco Bento* tem outros clientes com interesses inversos aos de *Abel*. *Carlos*, por exemplo, tem investimentos de € 1.000.000 que lhe rendem a Euribor 3M, mas receia que esta taxa desça e gostaria de receber pelos seus investimentos, sempre, 4%. *Carlos* celebra então com o *Banco Bento* um contrato de *swap* de taxa

de juro idêntico ao de *Abel*, mas no qual o Banco lhe entregará taxa fixa de 4%, entregando *Carlos* ao Banco a taxa Euribor 3M (a mesma que recebe pelos seus investimentos, pelo que na prática tudo se passará como se estes lhe rendessem taxa fixa de 4%, em vez da Euribor 3M).

Outro exemplo importante é o de *Dário*, mutuário do *Banco Bento* num empréstimo para aquisição de casa própria pelo qual pagava uma taxa fixa de 4%. Intuindo a descida da taxa Euribor, *Dário* celebra contrato de *swap* de taxa de juro com o seu banco, nos termos do qual pagará periodicamente a taxa Euribor 3M sobre valor idêntico ao da sua dívida no mútuo, entregando-lhe o Banco taxa fixa de 4% sobre o mesmo valor e com a mesma periodicidade.

Pode suceder que o contrato de mútuo de *Abel* (ou as aplicações de *Carlos*, ou o mútuo de *Dário*) não seja com o *Banco Bento*, mas com o *Banco Eféméride*.

Pode suceder que *Abel* e *Banco Bento* introduzam limites na troca de taxas: por exemplo, *Abel* pagará ao *Banco Bento* a taxa fixa de 4% apenas se a Euribor 3M não subir além dos 5%, pois neste caso, pagará a Euribor 3M (e receberá idêntica taxa do Banco, pelo que o *swap* será inócuo).

Pode suceder que *Abel* contrate o *swap* não por prazo idêntico ao do mútuo, mas por prazo superior.

Pode suceder também que *Abel* celebre o *swap* com base num valor nocional superior (ou inferior) ao das suas responsabilidades noutros contratos.

Pode, ainda, suceder que a quantia mutuada vá sendo amortizada, mantendo-se o *swap* sempre com o mesmo valor nocional.

Pode suceder que, afinal, *Abel* não tenha celebrado qualquer contrato de mútuo nem tenha qualquer obrigação de pagar juros, além da contraída no contrato de *swap*.

Estas situações podem, ainda, suceder isolada ou conjuntamente.

Em alguns desses casos, *Abel* estará, parcial ou totalmente, a especular: acreditando que a evolução do mercado dos juros Euribor lhe será favorável (que a Euribor 3M subirá além dos 4%), vê uma excelente oportunidade de ganhar algum

dinheiro, sem nenhum investir! Claro que também sabe que perderá se a taxa Euribor 3M descer dos 4%.

Muito provavelmente, a montante do contrato de *swap*, *Abel* e o *Banco Bento* terão celebrado um contrato-quadro para regular os futuros contratos de *swap* a celebrar entre eles e, eventualmente, outros contratos financeiros. Esse contrato-quadro pode ter sido pré-elaborado por alguma associação internacional, como sucede com o *ISDA Master Agreement* – criado e facultado pela *ISDA International Swaps and Derivatives Association*. É também provável que no contrato-quadro as partes tenham acordado submeter eventuais litígios a um tribunal arbitral ou a um tribunal estrangeiro. Tudo o referido é igualmente aplicável aos contratos de *swap* celebrados com *Carlos* e com *Dário*.

Como veremos com pormenor, os casos de contratos de *swap* de taxas de juro que chegaram aos tribunais relacionam-se com as situações acabadas de gizar.

PARTE I – A JURISPRUDÊNCIA SOBRE CONTRATOS DE SWAP DE TAXA DE JURO

Nesta primeira parte encontram-se coligidos, por ordem cronológica, os acórdãos das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça proferidos até 15 de julho de 2016 (e publicados até 31 de agosto do mesmo ano) que tiveram na sua génese litígios emergentes de contratos de *swap* de taxas de juro. Ficam de fora acórdãos em que se debatem outros contratos financeiros, mesmo quando a propósito deles se suscitaram questões idênticas às tratadas na jurisprudência sobre o nosso contrato.

Não sendo indicada outra proveniência, os arestos estão disponíveis em “www.dgsi.pt”. Os publicados em edição impressa também se encontram na mesma página (com exceção do da Relação de Lisboa de 11/12/2014).

Relativamente a cada acórdão, indico *palavras-chave* e faço uma *súmula* do objeto do litígio e das decisões proferidas, quase sempre seguida de extratos

expressivos da orientação do aresto (ocasionalmente, os trechos podem provir do sumário, que pode não ser da autoria do relator). Quando existam, referencio outros acórdãos proferidos no mesmo processo e anotações doutrinárias.

1. Ac. TRL de 17/02/2011, proc. 2408/10.4TVLSB-B.L1-8

Palavras-chave: providência cautelar, dever de informação.

Resumo: Trata-se de procedimento cautelar no qual está em causa contrato de *swap* de taxa de juro celebrado em março de 2008. A requerente pede que se suspenda o débito da sua prestação no âmbito daquele contrato, invocando falta de informação sobre a evolução esperada das taxas de juro.

Indiciou-se que a requerente recebeu as informações devidas; durante a execução do contrato, os fluxos foram-lhe favoráveis até outubro de 2008, enquanto as taxas se mantiveram em subida, e desfavoráveis a partir daí.

Em primeira instância, o procedimento foi provido. A Relação revogou a decisão que tinha decretado a providência.

«Não se mostra indiciada a violação do direito de informação por parte do intermediário financeiro quando se demonstra que este prestou ao seu cliente, no âmbito de uma relação duradoura, informação, oral e escrita, sobre o funcionamento, efeitos, diversos cenários possíveis e perspetivas que existiam no mercado sobre as evoluções futuras do produto, informação baseada nas circunstâncias económicas prevaletentes na altura, e quando consta expressamente do contrato a possibilidade de perdas significativas» - p. 1 (último § do sumário).

«[C]onsiderando o risco, de que a requerente não se pode eximir, inerente à operação contratada, não se pode sustentar, como faz a decisão

recorrida, que houve violação do dever de informação por banda da requerida, mesmo que a eventual culpa do banco deva ser apreciada à luz de “elevados padrões de diligência”.» - p. 14.

O processo principal veio a ser objeto do acórdão do TRL de 25/09/2012 (v. infra).

Comentário sobre o caso e a solução dos dois acórdãos proferidos neste processo em HÉLDER M. MOURATO, «*Swap* de taxa de juro: A primeira jurisprudência», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 44, abril 2013, p. 29-44.

A crítica de Hélder Mourato tem na sua base o entendimento, que não perfilho, de que «o *swap* de taxa de juro tem de ser construído como instrumento de cobertura de risco, para ser válido» (p. 41).

Na minha ótica, e como melhor desenvolvo no n.º 4 da Parte II, a validade do contrato de permuta de taxa de juro não está dependente de uma função de gestão de risco, podendo ter finalidade meramente especulativa, entre outras². Mas ainda que assim não fosse, no caso dos autos, havia contrato subjacente, pelo qual o cliente do banco pagava juros e, quando o *swap* fosse favorável ao cliente, este conseguia mitigar os custos com o seu prévio endividamento (apenas não anularia esses custos completamente) – como resulta da análise que Hélder Mourato faz na p. 42 da citada obra. Logo, mesmo que fosse certa a referida premissa, o contrato não seria inválido (pelo que bem decidiu a Relação).

² Neste sentido, quase toda a doutrina da especialidade. Exemplificativamente: MARIA CLARA CALHEIROS, *O contrato de Swap*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 65-75; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, «Instrumentos financeiros: os *Swaps*», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. 2, Coimbra, Almedina, 2011, p. 37-69 (67); PEDRO BOULLOSA GONZALEZ, «*Interest Rate Swaps*: Perspectiva jurídica», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 44, abril 2013, p. 10-28 (13 e ss.); PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 143, n.º 3987 (jul.-ag. 2014), p. 391-413 (402-8); SIMÃO MENDES DE SOUSA, «Contrato de *swap* de taxa de juro: validade ou invalidade do contrato no ordenamento jurídico nacional», *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.75, n.3-4 (jul.-dez. 2015), p.697-744 (702-5).

2. Ac. TRG de 08/03/2012, proc. 1387/11.5TBBCL-B.G1

Palavras-chave: convenção de arbitragem, competência do tribunal.

Resumo: O autor pedia a declaração de nulidade do contrato de *swap* celebrado com o réu, ou a sua anulação por erro, ou, ainda, a sua resolução por alteração anormal das circunstâncias.

O réu excecionou a incompetência do tribunal por violação da convenção de arbitragem acordada entre as partes.

Em primeira instância, a exceção de preterição de tribunal arbitral foi julgada improcedente e o tribunal julgado competente.

O TRG manteve a decisão com o fundamento de que, perante o pedido formulado, a convenção de arbitragem (ainda que válida – sobre o que não se pronunciou) não seria aplicável.

Este processo foi também objeto do acórdão do TRG de 31/01/2013 e do acórdão do STJ de 10/10/2013, ambos adiante tratados.

3. Ac. TRL de 25/09/2012, CJ 2012, IV, 64-8, proc. 2408/10.4TVLSB.L1

Palavras-chave: dever de informação.

Resumo: Contrato de *swap* de taxa de juro celebrado em março de 2008 (antes, e desde 2007, tinham sido celebrados outros dois contratos da mesma espécie), pelo qual a autora se comprometeu a pagar taxa fixa, recebendo taxa variável, desde que esta se mantivesse em determinado intervalo. Foi informada do risco (não expectável aquando da celebração do contrato de *swap*) de as taxas variáveis se alterarem fora das barreiras previstas; durante a execução do contrato, os fluxos foram-lhe favoráveis até outubro de 2008 e desfavoráveis a partir daí.

Anteriormente, a autora tinha celebrado contratos de mútuo com o banco réu, pelos quais pagava taxa variável.

A autora pediu a declaração de nulidade do contrato de *swap* por não lhe terem sido prestadas as devidas informações.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, decisão que o TRL manteve.

«As informações e os esclarecimentos sucessivamente prestados pelo Réu à A., aquando da celebração de cada um dos contratos de permuta de taxa de juro, permitiram-lhe seguramente compreender e alcançar que se encontrava perante um produto financeiro que comportava risco, podendo, perante condições de mercado que viessem a revelar-se desfavoráveis, originar perdas patrimoniais que nesse caso suportaria.

(...)

«[O] instrumento financeiro em causa – o contrato de permuta de taxa de juro (*interest rate swap*) – constitui uma figura jurídica aceite, em termos gerais, pelo sistema (vide artigo 2º, alínea e) do Código de Valores Mobiliários), e como tal lícita, não consubstanciando em si qualquer expediente dissimulado ou enganador (...)» - p. 67.

A providência cautelar apensa a este processo tinha sido objeto do acórdão do TRL de 17/02/2011 (v. acima).

Comentando o caso e a solução dos dois acórdãos proferidos sobre o processo 2408/10.4TVLSB, HÉLDER M. MOURATO, «*Swap* de taxa de juro: A primeira jurisprudência», cit. Sobre a crítica de Hélder Mourato, v. último parágrafo do ponto 1.

4. Ac. TRG de 31/01/2013, proc. 1387/11.5TBBCL-B.G1

Palavras-chave: alteração das circunstâncias.

Resumo: Contrato de *swap* celebrado em agosto de 2008, pelo qual a autora se obrigou a pagar ao réu taxa fixa, recebendo deste taxa Euribor, desde que a taxa Euribor se mantivesse entre determinadas barreiras. No âmbito de contrato de *leasing* anteriormente celebrado, a autora pagava ao réu juros indexados à Euribor.

A autora pede a declaração de nulidade do contrato de *swap* celebrado com o réu, ou a sua anulação por erro na transmissão da declaração e erro sobre o objecto do negócio, ou, ainda, a sua resolução por alteração anormal das circunstâncias. Para tanto, invoca que, quando celebrou o contrato se temia a subida das taxas e estas desceram inesperada e anormalmente a partir da crise que se instalou em setembro de 2008; além disso, foi-lhe dito que poderia pôr termo ao contrato se a Euribor descesse abaixo da barreira, e só por isso aceitou celebrá-lo (esta alegação não se provou); em junho de 2009, quis cessar o contrato e o réu não lho permitiu.

A ação foi julgada procedente em 1.ª instância e declarada a resolução do contrato, por alteração anormal das circunstâncias, com restituição pelo réu dos valores que a autora lhe havia pago.

O TRG manteve a decisão da primeira instância.

«Apesar de ser um contrato aleatório, verificando-se uma alteração anormal das circunstâncias que se traduz num profundo desequilíbrio entre as prestações, o mesmo pode ser resolvido nos termos do disposto no artigo 437º do Código Civil» - p. 1 (2.º § do sumário).

«Com efeito, a situação que se desencadeou a partir de Setembro de 2008, foi uma situação excepcional, completamente anormal no sistema financeiro que agravou de forma profunda a situação (preexistente) de

desequilíbrio das prestações de tal modo que a sua manutenção feriria os princípios da boa fé que devem nortear a celebração dos contratos, e na qual as partes alicerçaram a decisão de contratar» - p. 15.

Este processo foi também objeto do acórdão do TRG de 08/03/2012 (v. acima), e do acórdão do STJ de 10/10/2013 (v. infra).

O acórdão em análise foi objeto de anotações nos seguintes textos:

- M. CLARA CALHEIROS, «O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global», *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 42 (abril-junho 2013), p. 3-13 (11-13).

- TIAGO MANUEL SOUSA FREITAS E COSTA, «Resolução do contrato de *swap* de taxa de juro: anotação jurisprudencial», *O Direito*, Coimbra, a. 146, n.º 2 (2014), p. 530-542. Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 31/01/2013.

- HÉLDER M. MOURATO, «*Swap* de taxa de juro: A primeira jurisprudência», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 44, abril 2013, p. 29-44 (43-44).

5. Ac. TRL de 21/03/2013, CJ 2013, II, 102-11, proc. 2587/10.oTVLSB.L1

Palavras-chave: relação subjacente, nulidade, aposta.

Resumo: Em 22/06/2007, as partes celebraram contrato de *swap* de taxa de juro, por 5 anos, com referência a um capital de € 1.500.000, nos termos do qual o réu se obrigou a pagar à autora o valor correspondente a uma taxa variável igual à Euribor a 12 meses, e a autora obrigou-se a pagar ao réu uma taxa percentual fixa, quando a Euribor a 12 meses se mantivesse dentro de dados limites.

Em 14/05/2007, a autora tinha celebrado com o réu um contrato de abertura de crédito até € 1.900.000, por 36 meses, com juros indexados à taxa Euribor a 3 meses. O mútuo extinguiu-se em 30/11/2009.

O contrato de permuta de juros não tinha nas suas cláusulas referência a uma interligação com o mútuo – factos e 3.º § de 2.2.3., p. 107. No entanto, a autora aceitou na celebração do contrato de *swap* no pressuposto e condição de que, uma vez liquidados os financiamentos junto do réu, a permuta de juros se extinguiria (facto 12), embora não se saiba se a autora transmitiu esse *pressuposto e condição* ao réu, nem se o réu lhe comunicou que assim seria.

A ação foi julgada improcedente em primeira instância.

O TRL revogou a sentença, declarando a nulidade do contrato e condenando as partes a restituir o que por via dele haviam prestado, por considerar que, não cobrindo o contrato um risco real, correspondia a uma aposta ilícita.

«O contrato de *swap* apenas pode ser caracterizado enquanto tal se dos seus termos for claro que cobre um risco (no caso de flutuação de taxas de juros) e que o cobre relativamente a uma (ou várias) operação financeira devidamente caracterizada» - p. 103, 3.º § do sumário.

«Quando da análise do clausulado contratual não resultar a derivação e nada estiver concretizado quanto à relação subjacente, o contrato é um produto financeiro abstrato, cuja transação fora de Bolsa não encontra qualquer acolhimento no ordenamento jurídico, configurando efetivamente um contrato de aposta, que é nulo» - p. 103, 4.º § do sumário.

«O que significa que se considere que a relação de derivação integra o *swap* que nela se funda e que a manutenção do contrato após a cessação do endividamento o descaracterize enquanto *swap* degradando-o em mera aposta (artigo 1245.º, do CC), ou seja, suscitando a exceção de jogo» - p. 108.

«O artigo 1245.º, do CC, refere-se à aposta considerando-a não válida, apenas constituindo obrigações naturais quando lícita.

Ora, nada no ordenamento jurídico permite concluir pela licitude da aposta de taxas de juros com pagamento diferencial» - p. 109.

Anotações ou notas a este acórdão:

- M. CLARA CALHEIROS, «O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global», *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 42 (abril-junho 2013), p. 3-13 (8).

- PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 144, n.º 3988 (set.-out. 2014), continuação do n.º 3987, pág. 413, p.14-56 (27).

- CALVÃO DA SILVA, «TRL, Acórdão de 21 de Março de 2013 (*Swap de taxa de juro: sua legalidade e autonomia e inaplicabilidade da excepção de jogo e aposta*)», *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, a. 142, n.º 3979 (março-abril 2013), p. 238-269.

6. Ac. STJ de 10/10/2013, CJUSTJ 2013, III, 93-100, proc. 1387/11.5TBBCL.G1.S1

Palavras-chave: alteração das circunstâncias.

Resumo: Remeto para a súmula efetuada a propósito do acórdão do TRG de 31/01/2013. O Supremo julgou improcedente o recurso, mantendo a decisão da Relação (resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias).

«Os instrumentos financeiros são um conjunto de instrumentos juscomerciais suscetíveis de criação e/ou negociação no mercado de capitais, que têm por finalidade primordial o financiamento e/ou a cobertura do risco da atividade económica das empresas. (...)

Trata-se de um contrato [o de *swap*] através do qual uma parte transfere o risco económico inerente a um ativo para outra parte, em troca de uma remuneração» - p. 95.

«V - Nos contratos, como os referidos em I em que as partes visam justamente negociar sobre a incerteza, o risco fornece o próprio objeto contratual pelo que a alteração das circunstâncias tem de ser de apreciável vulto ou proporções extraordinárias (...).

VI - Tal profundo desequilíbrio pode resultar da significativa descida das taxas de juro (que chegou abaixo dos 3,95%), provocada por grave crise financeira, com grande divergência da taxa, superior, que as partes representaram como possível e a que o contrato pretendia assegurar (*in casu*, 5,15%).» - p. 100.

Este processo foi também objeto dos acórdãos do TRG de 08/03/2012 e de 31/01/2013, acima tratados.

O acórdão em análise foi objeto de anotações nos seguintes textos:

- PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 144, n.º 3988 (set.-out. 2014), continuação do n.º 3987, pág. 413, p.14-56 (49 e ss.).

- CALVÃO DA SILVA, «STJ, Acórdão de 10 de Outubro de 2013³ (*swap* de taxa de juro: inaplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias)», *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, a. 143, n.º 3986 (maio-junho 2014), p.348-373.

³ Bem indicado no sumário da capa da RLJ em causa, mas, por lapso manifesto, indicado na p. 348 como «Acórdão de 12 de Setembro».

7. Ac. TRC de 15/10/2013, CJ 2013, IV, 20-5, proc. 2049/12.1TBVIS-A.C1

Palavras-chave: título executivo, obrigação ilíquida.

Resumo: Contrato de *swap* por 5 anos, com início em 21/03/2007 e termo em 12/03/2012; cliente do banco deixa de pagar os fluxos que lhe são desfavoráveis e o banco oferece à execução os «termos de confirmação». Na cláusula 4.^a previa-se que, em caso de vencimento antecipado da operação, o banco procederia ao cálculo do montante de vencimento com base nas cotações dos bancos por si escolhidos como idóneos e isentos (bancos de referência).

A executada deduziu oposição à execução e, em audiência preliminar, foi proferido saneador-sentença, no qual se entendeu não haver título executivo.

O TRC manteve a decisão da primeira instância.

«O saldo remanescente, eventualmente devido pela executada, que corresponde à diferença líquida entre o valor da prestação de taxa fixa e o da prestação de taxa variável, nos diversos momentos de referência, não se obtém por simples cálculo aritmético, já que depende – de acordo com o contrato – de cotações praticadas por outros bancos (“bancos de referência”), que não resultam do título nem dos documentos que o complementam.» - p. 21, 2.^o § do sumário.

8. Ac. TRL de 10/04/2014, proc. 877/127TVLSB.L1-1

Palavras-chave: pacto de jurisdição, cláusula contratual geral relativamente proibida.

Resumo: A autora pede que se declare resolvido por força de alteração das circunstâncias o contrato de *swap* celebrado com o réu, em 26/10/2007. O réu argui a incompetência dos tribunais portugueses por violação de pacto de jurisdição. Com efeito, no contrato-quadro subscrito pelas partes foi acordada a competência dos tribunais ingleses para dirimir qualquer litígio relacionado com o contrato.

A exceção de incompetência foi julgada procedente em primeira instância.

O TRL revogou aquela decisão com os seguintes fundamentos: o *master agreement* onde se encontra a cláusula atributiva de jurisdição aos tribunais ingleses constitui contrato pré-elaborado, ao qual a autora se limitou a aderir; o réu não alegou nem provou ter informado a autora sobre a existência e alcance da cláusula, a qual causa à autora, mas não ao réu, graves inconvenientes, sendo que a sua inexistência nenhum inconveniente teria para qualquer das partes.

Deste acórdão houve recurso para o STJ que, por acórdão de 11/02/2015 (v. *infra*), revogou a decisão da Relação.

9. Ac. TRL de 08/05/2014, proc. 531/11.7TVLSB.L1-8

Palavras-chave: aposta ilícita, alteração das circunstâncias.

Resumo: Em 9 de novembro de 2007 e em 23 de julho de 2008, as partes celebraram entre si três contratos de permuta de taxa de juro, pedindo a autora a sua resolução. Por via desses contratos, o réu comprometia-se, ao longo do prazo acordado em cada um deles e com periodicidade trimestral, a pagar à autora a taxa de juro Euribor a 3 meses sobre a importância nominal designada em cada um dos contratos. A autora, por seu turno, vinculava-se a pagar ao réu, com a mesma periodicidade e ao longo do mesmo prazo, uma determinada taxa de juro fixa (4,35% num dos contratos e 4,66% nos demais) – caso a Euribor fosse inferior a

dado valor (3,8% no primeiro contrato e 4,15% nos demais) ou se mantivesse em determinado intervalo (entre 4,35% e 5,05%, no primeiro contrato, e entre 4,66% e 5,3%, nos demais) –, ou a taxa de juro Euribor a 3 meses, nos restantes casos.

Em primeira instância, os contratos foram julgados nulos por se reconduzirem a apostas ilícitas sobre taxas de juro, tendo as partes sido condenadas a restituir uma à outra os valores que haviam recebido durante a vida do contrato.

Aquando do recurso para o TRL, foram juntos, pelo banco réu, pareceres de Paulo Mota Pinto e António Pinto Monteiro e, pela autora, parecer de José Lebre de Freitas.

O TRL entendeu que a exceção de aposta não era oponível aos contratos dos autos, que não sofriam de invalidade com esse, ou outro, fundamento. No entanto, com fundamento em resolução por alteração anormal das circunstâncias, manteve a decisão de restituição dos valores entregues pelas partes.

«Em suma, contrariamente ao entendimento da sentença recorrida, os contratos de *swap* de taxas de juros entre a autora e o réu são válidos e fontes de obrigações civis, não sendo geradores da apontada nulidade.

Nesta medida, procedem as conclusões das alegações do banco apelante.» - p. 23.

«Efetivamente, os contratos de *swap* de juros são um instrumento financeiro especialmente vocacionado para a gestão do risco da taxa de juro. Todavia, as alterações verificadas após Setembro de 2008, e a crise no sistema financeiro que consideramos um colapso à escala mundial, não pode ser considerada como risco normal, bem como as oscilações da taxa de juro (que se verificou com a falência do Lehman Brothers) como riscos próprios do contrato sob pena de se violarem gravemente os princípios da boa fé contratual.

(...)

Assim, nas circunstâncias atuais, a exigência das obrigações que do contrato decorrem para a autora não estão cobertas pelo risco próprio do contrato.» - p. 26.

Do acórdão do TRL foi interposto recurso para o Supremo, onde foi proferido acórdão em 29/01/2015, adiante tratado.

Este acórdão foi objeto de anotação por DIOGO PEREIRA DUARTE, «A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias, a propósito dos *swaps*; anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08/05/2014», *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra, a.7, n.1 (2015), p. 189-235.

10. Ac. TRL de 13/05/2014, CJ 2014, III, 93-9, proc. 309/11.8TVLSB.L1⁴

Palavras-chave: aposta (*swap* não se qualifica como aposta), contrato de adesão, dever de informação, dever de comunicação.

Resumo: Contrato de *swap* celebrado entre autora e banco réu, em maio de 2008. Após os fluxos lhe serem desfavoráveis, a autora intenta a ação invocando o carácter de aposta ilícita do contrato, bem como o incumprimento dos deveres de comunicação e informação pelo réu. Pede a declaração de nulidade ou, subsidiariamente, a anulação por erro-vício, com as legais consequências.

A ação foi julgada improcedente, bem como o foi o recurso intentado da decisão da primeira instância.

«IV – Tendo-se provado, além do mais, que a ré explicou detalhadamente à autora as características essenciais do contrato que veio a

⁴ Em www.dgsi.pt, o acórdão está referido com data de 13/05/2013; a data correta é a que consta da CJ.

ser celebrado, é de considerar que a mesma deu cumprimento aos deveres de comunicação e informação a que se reportam os arts. 5.º e 6.º do DL 446/85, de 25-10.

V – Os bancos, enquanto instituições de crédito, podem ser intermediários financeiros em instrumentos financeiros e estão sujeitos aos princípios e deveres impostos pelo CVM, designadamente, aos ditames da boa fé, a elevados padrões de diligência, lealdade e transparência, sob pena de incorrerem na obrigação de indemnizar, nos termos do mesmo código.

VI – Cumpre os referidos princípios e deveres o banco que, através de funcionários com formação específica nesta área, reuniu com a autora e manteve abertos permanentes canais de comunicação, a fim de apresentar detalhadamente o “produto”, explicar o seu modo de funcionamento e esclarecer todas as dúvidas surgidas ou que viessem a surgir.» - p. 93.

«[O] carácter aleatório do *swap* não permite (...) classificar este contrato como contrato de jogo e aposta, sujeito à disciplina do art. 1245º, do CC.

Em primeiro lugar, porque o legislador acolheu expressamente os contratos de *swap* na categoria de “instrumentos financeiros”, nos termos estabelecidos no art. 2º, nº 1, al. e), do CVM, o que, a nosso ver, só por si, afasta a sua subordinação ao regime do contrato de jogo e aposta, previsto no Código Civil.

Em segundo lugar, porque, no contrato de jogo e aposta (...) a vontade de contratar é exclusivamente dominada pelo desejo de submissão à contingência da verificação de um acontecimento incerto.

Por outro lado, no contrato de aposta ambas as partes, e não apenas uma delas, tem uma intenção especulativa.» - p. 96.

Deste acórdão foi interposto recurso para o Supremo que, em 11/02/2015 (v. *infra*), negou a revista.

11. Ac. TRG de 25/09/2014, proc. 403/13.oTCGMR.G1

Palavras-chave: convenção de arbitragem, competência do tribunal.

Resumo: A autora pediu a resolução de contratos de *swap* nos quais as partes acordaram a seguinte cláusula: “A presente operação de derivados encontra-se sujeita à Lei Portuguesa. Para resolução de qualquer litígio que possa ocorrer em relação à operação de derivados que a presente confirmação visa regular, que as partes não consigam resolver previamente por mútuo acordo, fica desde já convencionado o recurso a arbitragem, a efetuar por 3 (três) árbitros que serão designados, nos termos do regulamento do centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa/Associação Comercial de Lisboa, árbitros que decidirão sem recurso e nos termos daquele Regulamento. Para interposição de qualquer procedimento cautelar, ou para executar, se necessário, qualquer decisão final do tribunal arbitral, as partes elegem o foro do Tribunal Cível da Comarca de Lisboa”.

Em primeira instância, foi proferida decisão que, julgando verificada a exceção dilatória de incompetência absoluta do tribunal judicial para julgamento da presente ação, absolveu a ré da instância.

Recorreu a autora, tendo o TRG negado provimento ao recurso.

«I- Os tribunais arbitrais são competentes para conhecer da sua própria competência, devendo os tribunais estaduais absterem-se de decidir sobre essa matéria antes da decisão do tribunal arbitral, e isto mesmo que, para o efeito, haja necessidade de apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela está inserida.

II- Destarte, uma vez instaurada a ação nos tribunais estaduais e invocada a exceção de preterição de tribunal arbitral, apenas em casos de manifesta nulidade, ineficácia ou de inaplicabilidade da convenção de

arbitragem - ou seja, que não necessita de mais prova para ser apreciada, recaindo apenas na consideração dos requisitos externos da convenção, como a forma ou a arbitrabilidade -, pode o juiz declará-lo e, conseqüentemente, julgar improcedente a exceção.» - p. 1.

12. Ac. TRL de 11/12/2014, CJ 2014, V, 119-25, proc. 2040/13.oTVLSB.L1

Palavras-chave: convenção de arbitragem, competência do tribunal.

Resumo: Em 2007, as partes celebraram contrato-quadro para operações financeiras do qual constava cláusula compromissória segundo a qual, havendo litígio sobre os futuros contratos financeiros a celebrar entre as partes, o mesmo seria submetido a tribunal arbitral. Pela mesma altura, celebraram contrato de *swap* de taxa de juro, que foi sendo normalmente executado até 2009. Em 2009, os fluxos financeiros decorrentes do *swap* passaram a ser desfavoráveis ao autor, por força da descida das taxas de juro, tendo o mesmo intentado ação a pedir a declaração de nulidade do contrato por contrariedade à lei e aos bons costumes, ou por violação de regras do regime das cláusulas contratuais gerais, ou por violação de regras do CVM (entre outros pedidos subsidiários).

O réu excecionou a preterição de tribunal arbitral, tendo em consideração a cláusula compromissória acordada entre as partes.

Em primeira instância, a exceção foi julgada procedente, com a conseqüente absolvição do réu da instância, decisão que o TRL confirmou.

«Aquele princípio [Kompetenz-Kompetenz do árbitro, estabelecido no art. 21, n.º 1, da LAV-1986 e no art. 18 da LAV-2011] acarreta o efeito negativo de impor à jurisdição pública o dever de se abster de se pronunciar sobre as matérias cujo conhecimento a lei cometa ao árbitro em qualquer

causa que lhe seja submetida e em que se discutam aquelas questões, antes que o árbitro tenha tido oportunidade de o fazer (...).

(...)

O Tribunal judicial será competente se a convenção de arbitragem for inoperante, ou por ser inválida, ou por ser ou se ter tornado ineficaz, ou por ser inaplicável ao caso concreto – juízo que compete, antes de mais ao árbitro.» - p. 121.

Do acórdão do TRL houve recurso, tendo o STJ mantido a decisão por acórdão de 28/05/2015 (v. infra).

13. Ac. TRL de 15/01/2015, proc. 876/12.9TVLSB.L1-6

Palavras-chave: alteração das circunstâncias.

Resumo: Em 17/04/2008, autora e banco réu celebraram contrato de *swap* de taxa de juro, por 5 anos, nos termos do qual, e por referência a um valor de € 2.000.000, acordaram que: A) o banco réu pagaria à cliente autora, no final de cada período trimestral, a taxa de juro Euribor 3 Meses, calculada sobre a importância nominal; B) em contrapartida, a autora pagaria ao réu a seguinte taxa de juro (calculada sobre a importância nominal): a) 4,66%, caso a Euribor 3 Meses fosse (i) inferior a 4,15% ou caso fosse (ii) simultaneamente igual ou superior a 4,66% e igual ou inferior a 5,30%; ou b) a taxa de juro Euribor 3 Meses nos restantes casos.

A partir de 2009, com a queda das taxas de juro, o contrato passou a ser francamente desfavorável à autora, tendo esta intentado a presente ação na qual pede a resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias existentes aquando da contratação.

Em primeira instância, foi proferido saneador-sentença, julgando a ação improcedente e absolvendo o réu do pedido.

A autora recorreu, tendo o recurso sido julgado improcedente pelo TRL.

«[D]o clausulado do contrato em apreciação deriva, a nosso ver sem dúvida, que as partes, para além de estarem conscientes do risco envolvido na operação, embora esperando que tal não se verificasse, aceitaram esclarecidamente o risco de perda, caso a dita taxa Euribor a três meses oscilasse para além do que vinha sendo os seus limites médios de oscilação. Aliás declararam-no, confirmaram-no e reconfirmaram-no, tudo no âmbito de uma operação financeira estruturada que, se por um lado envolve uma instituição bancária, pelo outro envolve uma pessoa coletiva (e não um qualquer ignaro “consumidor”), o que aliado ao facto de as partes terem acordado negociar sobre um valor nominal de € 2 000 000,00 e a oscilação verificada, para baixo, da taxa se situar em não mais de 4%, leva a concluir que a alteração verificada, nem subjetiva, nem objetivamente, se reveste da gravidade, imprevisibilidade e, sobretudo onerosidade, justificativa do recurso ao instituto especial/excecional da resolução do negócio por alteração anormal e superveniente das circunstâncias.» - p. 16.

Do acórdão do TRL voltou a recorrer a autora, na sequência do que foi proferido o acórdão do STJ de 26/01/2016, que julgou improcedente o recurso de revista (v. infra).

14. Ac. STJ de 29/01/2015, proc. 531/11.7TVLSB.L1.S1

Palavras-chave: aposta, falta de causa, alteração das circunstâncias.

Resumo: Remeto para a súmula acima feita a propósito do acórdão do TRL de 08/05/2014, objeto do presente recurso.

De acrescentar que, na fase de recurso para o STJ, o réu juntou pareceres de Calvão da Silva e Menezes Cordeiro.

O STJ declarou a nulidade, por ofensa à ordem pública (porque *especulativos e sem causa*), dos contratos de permuta de taxa de juro mantidos entre as partes e em causa nos autos.

O acórdão foi prolatado com voto de vencido, com o entendimento de não haver ilicitude nos contratos, e não ter havido alteração de circunstâncias que não estivesse coberta pelos riscos próprios dos mesmos.

«A causa é, a par da vontade e da declaração, um dos elementos fundamentais da estrutura do negócio.

Correntemente, a causa de um negócio é identificada com a função económico-social que ele concretiza (independentemente de ela ser prosseguida ou querida pelas partes). É que a ordem jurídica só protege os negócios celebrados pelas pessoas que constituam um meio adequado à realização de certos fins que aquela tem como juridicamente relevantes e legítimos, o que equivale por dizer que a causa tem que, simultaneamente, ser relevante e lícita (...).» - p. 42.

«Assim, não se divisando que, por intermédio dos *swaps* contratados, as partes hajam prosseguido as finalidades referidas nos antecedentes parágrafos, resta concluir que, como se escreveu na sentença de 1.^a Instância, as partes se limitaram a especular, i.e. a procurar um ganho financeiro (...) ingressando, sem qualquer pejo, no domínio da pura abstração (expressão que não deve ser entendida no sentido técnico jurídico de que demos nota mas antes como a absoluta desligação a uma realidade palpável).» - p. 45.

«Retornando ao ponto, há a ter em conta que a causa-função reconhecida aos derivados em geral é a cobertura de riscos (...) ou, quando muito, a gestão do risco.» - p. 46.

Do voto de vencido:

«Deste quadro resulta que, face ao direito comunitário, os *swaps* de taxa de juro com referência a um capital, quer real, quer nocional ou hipotético, constituem instrumentos financeiros legais.

Logo pela vinda a lume da apontada Diretiva, cuja consagração dos *swaps* de juros com referência a um capital nocional é acentuada pelo legislador nacional na parte do preâmbulo que se transcreveu.

Depois, se necessário fosse, pelo Regulamento referido, que contém a definição de *swaps* de taxas de juros reportada ao capital hipotético, a qual, em caso de dúvida, poderia ser tida como interpretativa do direito anterior, com inerentes efeitos retroativos, também válidos quanto ao direito comunitário.» - p. 56.

«O mencionado Decreto-Lei n.º 357-A/2007, conferiu nova redação do artigo 2.º, n.º1, alínea e) do Código de Valores Mobiliários, operando a inclusão dos *swaps*, quer referentes a capital real, quer a capital nocional, como instrumentos financeiros.

(...) Não podem ter lugar violação da ordem pública, nulidade por falta de causa, invalidade ou inexigência de obrigações, estas reportadas ao regime daquele artigo 1245.º.» - pp. 56-7.

«A consideração de que os contratos relativos a este tipo de *swaps* encerram um contrato de jogo, tem ínsita a ideia de que o legislador agiu com reserva mental. Chama-lhes repetidamente “instrumentos financeiros” (regulando estes minuciosamente, assim como a atividade das instituições que deles podem tratar) e, afinal, estaríamos perante “jogo”.

Mas, ainda que estivéssemos, o artigo 1247.º ressalva a legislação especial sobre a matéria e a legislação que venho referindo assumiria carácter especial, no sentido de fixar validade aos contratos e carácter jurídico às obrigações deste derivadas, com inerente possibilidade de exigência judicial (...).

(...)

O contrato sub *judicio* é, claramente, um contrato aleatório e a baixa ou a subida das taxas de juro (consoante a parte outorgante) constituem riscos do próprio contrato.

(...)

Ora, apesar da intensidade da crise económica, a descida de que a autora se queixa não anda longe da baixa de 4 pontos percentuais. Uma quase insignificância, se ponderarmos que, com pouco recuo no tempo, encontramos taxas anuais de 20% ou mais, com vigência até dos famigerados “juros à cabeça”.

Relativamente à baixa que se foi sucedendo no tempo (por exemplo nos juros dos créditos à habitação, passando agora à margem das diferenças relativamente aos presentes contratos), nenhuma entidade financeira, ao que creio, veio pretender a resolução contratual com base na alteração das circunstâncias.» - p. 57.

Sobre o caso incidiu o acórdão do TRL de 08/05/2014, acima tratado.

15. Ac. STJ de 11/02/2015, proc. 877/12.7TVLSB.L1-A.S1

Palavras-chave: pacto de jurisdição.

Resumo: Remeto para o resumo acima efetuado do acórdão do TRL de 10/04/2014, proferido no mesmo processo.

De acrescentar que o STJ julgou procedente a revista, declarando a validade do pacto de jurisdição em discussão nos autos, e, conseqüentemente, a incompetência internacional dos tribunais portugueses para conhecer e decidir o litígio, absolvendo o réu desta instância.

«- Perante o regime do Regulamento n.º 44/2001, para que a escolha do tribunal seja válida é desnecessário que exista qualquer conexão entre o objeto do litígio e o tribunal designado, não sendo valoráveis, designadamente, os hipotéticos inconvenientes, para uma das partes, da localização do foro convencionado.

- É à parte que quer beneficiar da aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais que compete, em concreto, alegar e provar que está perante aquela tipologia de cláusulas, nos termos do art. 342.º, n.º 1, do CC.

- A validade do pacto de jurisdição, constante de uma cláusula contratual geral, integrada num contrato celebrado entre um empresário ou entidade equiparada, é analisada, exclusivamente, segundo o disposto no art. 23.º do Regulamento n.º 44/2001, sendo inaplicável o regime jurídico interno das cláusulas contratuais gerais.» - p. 39.

Neste processo, tinha sido proferido o acórdão do TRL de 10/04/2014, acima tratado.

16. Ac. STJ de 11/02/2015, proc. 309/11.8TVLSB.L1.S1

Palavras-chave: aposta (*swap* não se qualifica como aposta).

Resumo: Remeto para o resumo do acórdão do TRL de 13/05/2014, proferido no mesmo processo.

De acrescentar que o Supremo negou a revista, mantendo a decisão da Relação.

«Do que acima se expôs quanto aos “swaps” resulta não ser possível considerá-los contratos de jogo ou de aposta.

E nem se diga que se trata de mera especulação e, portanto um ilícito.

A especulação é uma finalidade legítima que, só por si, não se confunde com a finalidade típica dos jogadores ou dos apostadores.

O especulador atua com o objetivo de lucrar enquanto o apostador busca um fim lúdico; o especulador faz uma previsão racional da evolução das variáveis e o apostador não; aquele exerce a sua atividade no contexto de um mercado com relevante função económica e social.» - p. 26.

«l) Os contratos de “swap” de taxa de juro, que não têm o propósito direto de cobertura de risco, não são proibidos por lei, tal como o não são aqueles cujo valor nocional não corresponde a um passivo real.

m) O desequilíbrio negocial não é, só por si, gerador da nulidade do contrato, antes, se verificados os pressupostos e, se tal for pedido, v. g. da respetiva resolução.» - p. 31.

Neste processo tinha sido proferido pelo TRL acórdão de 13/05/2014 (v. acima).

17. Ac. TRL de 24/02/2015, proc. 2186.13.5TVLSB.L1-7

Palavras-chave: convenção de arbitragem, cláusulas contratuais gerais.

Resumo: A autora pedia a declaração de nulidade de contrato de *swap* celebrado com o réu em novembro de 2007, ou, subsidiariamente, a sua resolução; em qualquer dos casos, com a condenação do réu a restituir-lhe o que lhe havia pago em cumprimento do acordado.

Na contestação, o réu, além do mais, arguiu a incompetência absoluta do tribunal por preterição do tribunal arbitral, invocando cláusula segundo a qual as partes convencionaram sujeitar eventuais litígios que pudessem surgir no âmbito do mesmo à jurisdição dos tribunais arbitrais.

A autora respondeu, sustentando que a cláusula compromissória é nula, por constar de um contrato de adesão, sendo uma cláusula «relativamente proibida», por implicar a atribuição de competência a um tribunal arbitral com custos muito superiores aos dos tribunais estaduais.

Em primeira instância, a exceção de incompetência absoluta por preterição de tribunal arbitral foi julgada procedente.

A autora apelou; sem sucesso, pois a Relação confirmou a decisão recorrida.

«III - O direito português (art. 5º, nº 1, da LAV) reconhece o princípio da competência do tribunal arbitral, quer com o efeito positivo, quer com o efeito negativo.

IV - Assim sendo, antes de os árbitros se pronunciarem sobre a sua competência, o tribunal estadual só pode afastar a competência do tribunal arbitral se, numa ação proposta relativa a diferendo abrangido por uma convenção de arbitragem, os vícios suscetíveis de afetar a validade, eficácia e exequibilidade da convenção forem manifestos.

V - As cláusulas contratuais gerais são proposições pré-elaboradas que disponentes ou destinatários indeterminados se limitam a oferecer ou a assentir, caracterizando-se pela sua rigidez, sendo elaboradas sem prévia

negociação individual, de tal modo que são recebidas tal qual por quem as subscreva ou aceite.

VI - A exigência de ausência de negociação é um elemento necessário e autónomo que a parte beneficiada com a sua procedência deve naturalmente invocar e demonstrar, de acordo com as regras gerais do ónus da prova.

VII - Não há fundamento para defender a invalidade/ineficácia da convenção de arbitragem celebrada por pessoa coletiva com fins lucrativos que alegue insuficiência económica.» – pp. 1-2.

18. Ac. TRP de 13/04/2015, proc. 471/14.8TVPRT.P1

Palavras-chave: convenção de arbitragem, competência do tribunal.

Resumo: A autora pede que se reconheça a invalidade de contrato de *swap* de taxa de juro celebrado com o réu em 2010, bem como que se julgue válida a sua resolução, condenando-se o réu ao pagamento de dada importância.

Contestando, o réu, além do mais, excecionou a preterição de tribunal arbitral uma vez que, por contrato-quadro celebrado em 2003, as partes tinham estipulado que todas as operações financeiras a estabelecer doravante entre elas seriam regidas por aquele contrato, bem como estabeleceram, na cláusula 41ª do referido contrato-quadro: “Os diferendos que possam surgir entre as Partes no âmbito do presente contrato são dirimidos por um tribunal arbitral”.

Em primeira instância, o tribunal julgou-se absolutamente incompetente para a ação e absolveu o réu da instância, por preterição de tribunal arbitral voluntário.

A autora apelou, tendo a Relação julgado improcedente o recurso.

«I. Tendo as partes celebrado um ‘contrato quadro’ (*master agreement*), no âmbito do qual estipularam que o mesmo se destinava «a regular as condições gerais a que estão sujeitas todas as operações financeiras a estabelecer doravante entre as Partes, sejam elas do mesmo tipo ou natureza jurídica ou de tipo ou natureza diferente», deverá entender-se que visaram aplicar as cláusulas do referido contrato ao “Contrato de Permuta de Taxa de Juro (*Interest Rate Swap*)” que celebraram mais tarde.

II. A conclusão enunciada reforça-se com a estipulação pelas partes de que «o estabelecido no presente contrato constitui parte integrante do enquadramento de cada uma das operações financeiras a realizar entre as Partes, salvo quando por escrito for por elas acordado o contrário».

III. Estipulando as partes no referido ‘contrato quadro’, que «Os diferendos que possam surgir entre as Partes no âmbito do presente contrato são dirimidos por um tribunal arbitral que julga segundo o direito estrito e de cuja decisão não há recurso para qualquer instância» deverá interpretar-se a sua vontade no sentido de que visaram submeter à apreciação do tribunal arbitral as divergências emergentes do “Contrato de Permuta de Taxa de Juro (*Swap*)”.

IV. Invocada pelo réu a convenção arbitral, impõe-se ao tribunal, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º da LAV, a absolvição do réu da instância, salvo se constatar que a convenção de arbitragem invocada é manifestamente nula, ineficaz ou inexecutável, ou seja, se tais vícios se apresentarem ao julgador de forma evidente, sem necessidade de qualquer produção de prova.

V. Conforme expressamente decorre do disposto no n.º 3 do artigo 18.º da LAV, no âmbito dos poderes decisórios do tribunal arbitral cabe a apreciação da validade do próprio contrato onde se insere a convenção arbitral.» - pp. 1-2.

19. Ac. TRL de 28/04/2015, CJ 2015, II, 115-26, proc. 540/11.6TVLSB.L2

Palavras-chave: dever de informação, erro, alteração das circunstâncias.

Resumo: A autora pede que seja declarado nulo o contrato de *swap* de taxa de juro celebrado em 30/06/2008, ou, em alternativa, que seja decretada a resolução do mesmo contrato. Trata-se de contrato de *swap* com valor nominal de € 3.000.000 (adequado ao endividamento bancário da autora, à data – facto F1), pelo qual a autora se obrigou a pagar ao réu uma taxa fixa de 4,72%, quando a Euribor fosse igual ou superior a esse valor e igual ou inferior a 5,3%, ou quando fosse inferior a 4,05%. Nos restantes casos, a autora pagaria sempre a taxa Euribor. O réu, por seu turno, pagaria à autora a taxa Euribor (factos P1 e Q1).

A primeira instância julgou parcialmente procedente a ação, decretando a resolução do contrato de *swap* em causa.

O réu recorreu; a autora pediu que se confirmasse a decisão.

A Relação manteve a decisão que decretou a resolução do contrato, alterando apenas a data a partir da qual surte efeitos.

«O problema deste contrato de *swap*, é que o Banco não apresentou ao cliente uma simulação prática dos efeitos do contrato que estava a celebrar. O clausulado estava cheio de previsões matemáticas, de barreiras e de *spreads*, mas o cliente não se apercebeu de todas as eventualidades práticas a que aquele clausulado o estava a sujeitar.

Mas o Banco estava obrigado a isso? Sim.» - p. 123.

«Depois de ter estalado a crise financeira mundial na sequência da falência da Lehman Bros., a EURIBOR desceu para níveis historicamente baixos (...).

O Banco sabia muito bem desta situação, ou tinha obrigação de saber.
(...)

Se a cliente tivesse sido advertida para as consequências práticas da descida da taxa EURIBOR, não teria negociado o *swap* apenas como proteção para a subida das taxas de juro.» - p. 124.

«Chegados a este ponto, a conclusão lógica seria anular o negócio. Mas surge aqui uma dificuldade processual: a autora não recorreu da decisão que declarou resolvido o contrato, antes pediu a sua confirmação; e a ré recorreu pedindo que se revogue tal decisão (...).

Entende-se que anular o negócio seria ir além do pedido da recorrente; e, restando então optar pela resolução do negócio, cumpre verificar se há fundamento legal para tal.

(...) [O] que em face da (falta de) informação prestada pelo Banco à A. a álea do contrato previa era um ou outro caso pontual de descida da taxa Euribor3M abaixo de 4,05% em resultado das **oscilações normais** do mercado, caso em que a A. teria de pagar 4,72%. Mas de modo nenhum previa uma situação de descida prolongada e acentuada dessa taxa em consequência de uma **crise internacional persistente**, como aconteceu em 2008/2009. Esta foi uma alteração anormal das circunstâncias afetando gravemente as obrigações assumidas pela A. segundo os princípios da boa fé. Tanto mais que a falta de informação já referida torna patente a anormalidade daquela alteração das circunstâncias. Assim, há fundamento legal para a resolução do contrato nos termos do art. 437.1 do CC.» - p. 125.

20. Ac. STJ de 28/05/2015, proc. 2040/13.0TVLSB.L1.S1

Palavras-chave: convenção de arbitragem, tribunal competente, cláusulas contratuais gerais.

Resumo: Remeto para o resumo acima feito a propósito do acórdão do TRL de 11/12/2014. De acrescentar que o STJ negou a revista.

«Na parte final da convenção de arbitragem, acordou-se no sentido de que da decisão do tribunal arbitral não há recurso para qualquer instância.

O artigo 21.º alínea h) do mencionado Decreto-Lei n.º 446/85 impõe a nulidade relativamente a cláusulas contratuais gerais que excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contraentes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento previstas na lei.

A primeira parte não pode ser interpretada como abrangente dos casos em que as partes, optando pelo tribunal arbitral, renunciaram aos recursos para os tribunais judiciais. Colidiria frontalmente com o n.º4 do artigo 39.º e n.º1 do artigo 46.º, ambos da LAV.

E destes preceitos resulta que a renúncia antecipada ao recurso não fere as garantias de procedimento em tribunal arbitral previstas na lei. Aliás, a renúncia antecipada aos recursos, desde que vinda de ambas as partes, é admitida em processo civil, conforme o artigo 632.º, n.º1 do Código de Processo Civil (anterior artigo 681.º, n.º1).

O afastamento da convenção de arbitragem poderá apenas ter origem na demonstração da ausência de negociação prévia ou de comunicação adequada e efetiva.

A este propósito, o que a lei determina é, tão-só, que o ónus de prova impende sobre aquele que pretenda valer-se do seu conteúdo ou sobre aquele que a submeta a outrem.» - p. 16

A revista foi interposta do acórdão do TRL de 11/12/2014 (v. supra).

21. Ac. STJ de 02/06/2015, proc. 1279/14.6TVLSB.S1

Palavras-chave: convenção de arbitragem, tribunal competente.

Resumo: A autora pediu a declaração de nulidade de contrato de *swap* celebrado com o banco réu em 11/03/2008.

O réu contestou invocando a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral. Para tanto invocou contrato-quadro para operações financeiras celebrado entre as partes em 11/05/2006, destinado a regular as condições gerais a que estão sujeitas todas as operações financeiras entre as partes e no qual acordaram que “os diferendos que possam surgir entre as partes no âmbito do presente contrato são dirimidos por um tribunal arbitral que julga segundo o direito estrito e de cuja decisão não há recurso para qualquer instância”.

No despacho saneador os tribunais comuns foram julgados incompetentes, por preterição de tribunal arbitral, tendo o réu sido absolvido da instância.

Não se conformando com esta decisão, a autora recorreu *per saltum* para o Supremo Tribunal Justiça, que negou a revista.

«I - Como as partes acordaram numa convenção de arbitragem para os litígios decorrentes do contrato que celebraram e a ação foi proposta nos tribunais comuns, existiu, em violação da dita cláusula, a preterição de tribunal arbitral voluntário, o que gera a incompetência absoluta do tribunal, como decorre do disposto no art. 96.º, al. b), do NCPC (2013). Constitui esta irregularidade uma exceção dilatória, como resulta do art. 577.º, al. a) e, nesta conformidade, o tribunal não poderia conhecer do mérito da causa, determinando, antes, a absolvição da instância (art. 576.º, n.º 2, sempre do mesmo código).

II - O tribunal judicial só poderá deixar de proferir a pertinente absolvição da instância se for manifesto, claro, patente, a invalidade ou a

inexequibilidade da cláusula, o que não se verifica no caso (sendo também certo que a recorrente não invoca qualquer causa relevante que possa conduzir a essas ineficácias).» - p. 1.

22. Ac. TRL de 04/06/2015, CJ 2015, III, 85-90, proc. 536/14.6TVLSB.L1

Palavras-chave: pacto de jurisdição, cláusula contratual geral.

Resumo: Na ação, a autora pediu que se declarasse a nulidade de determinados contratos de *swap* de taxas de juro, ou, subsidiariamente, a sua resolução por alteração das circunstâncias, com as legais consequências. Preliminarmente, a autora invocou a invalidade do pacto privativo de jurisdição, que atribuía competência aos tribunais ingleses, constante do ISDA *Master Agreement* que subscreveu, alegando que o mesmo não cumpre os requisitos de validade do art. 94 do CPC, dado que a relação controvertida é puramente interna.

Contestando, o réu, além do mais, excecionou a incompetência internacional dos tribunais portugueses por violação do pacto atributivo de jurisdição, cuja validade defendeu por, entre o mais, o Regulamento CE 44/2001 não exigir elementos de estraneidade ou, pelo menos, admitir critérios de conexão objetivos (relativos a objetos e factos) a par dos subjetivos (relativos às partes – residência, sede, nacionalidade).

O tribunal de primeira instância julgou procedente a exceção de incompetência internacional e absolveu o réu da instância.

A autora recorreu, mas o TRL julgou improcedente a apelação.

«[N]o caso concreto A. e R. aceitaram que o R. atue como uma *Multybranch Party*, podendo realizar transações através das suas filiais em

Londres e no Luxemburgo, o que significa que acordaram que o R. pode realizar operações financeiras no mercado internacional no âmbito da sua atuação como parte nos contratos de *swap*.

Assim, é de concluir que estes concretos contratos de *swap* têm conexão com mais do que uma ordem jurídica, pelo que está demonstrada a internacionalidade da relação jurídica e preenchidos estão os pressupostos para a aplicação do art. 23º nº 1 do Regulamento (CE) nº 44/2001.

Importa então apreciar se este pacto privativo de jurisdição é inadmissível à luz da alínea g) do art. 19º do DL 446/85, de 25/10.

(...)

«A orientação do TJUE é, pois, categórica e inequívoca no sentido dos requisitos de validade do pacto de jurisdição só serem aqueles que estão vertidos no art. 23º do Regulamento nº 44/2001.

(...)

Destarte, é irrelevante para esse efeito fazer qualquer tipo de apreciação da validade do pacto de jurisdição à luz do direito interno (...).» - p. 89.

O presente acórdão foi objeto de recurso, decidido pelo STJ em 04/02/2016 (v. abaixo).

23. Ac. STJ de 16/06/2015, CJUSTJ 2015, II, 110-4, proc. 1880/10.7TVLSB.L1.S1

Palavras-chave: dever de informação, erro.

Resumo: A autora pediu a declaração de nulidade do contrato de permuta de taxa de juro celebrado em 19/06/2008, por falta de comunicação e explicação

das suas cláusulas contratuais gerais, por erro e por ser contrário aos bons costumes. Subsidiariamente, pediu a resolução do contrato por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. Ainda subsidiariamente, pediu a redução do negócio.

A ação foi julgada procedente quanto ao pedido principal, por sentença que a Relação confirmou.

Em revista excecional, o STJ revogou a decisão recorrida, que tinha declarado a nulidade do contrato, e determinou que os autos baixem ao TRL para, no pressuposto da validade, apreciar o pedido subsidiário de resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

«Ora, da matéria de facto fixada extrai-se, sem dificuldade e contrariamente ao entendimento das instâncias, que tal dever de informação foi corretamente cumprido, quer pela apresentação à contraparte dos documentos bancários de publicitação dos derivados, quer da explicação de cada um dos negócios formalizados.

(...)

Em todos os documentos relativos ao contrato se refere a denominação de contrato de permuta de taxa de juros e *Interest Rate Swap*.

Acresce que houve duas revogações consensuais, a do contrato de 2006 e a do contrato de 2007, sendo que, nesta última, o banco teve que pagar ao cliente determinada quantia, apurada em liquidação.

(...)

Se alguém, pela primeira vez, se aventura por um negócio deste tipo será necessário uma informação condizente com esse estágio de experiência e conhecimento que será dispensável para quem está habituado a lidar com esse instrumento.» - p. 112.

«Ora, no caso concreto, a qualidade do aderente – sociedade comercial, com negócios de volume considerável e com necessidade de

recurso habitual ao financiamento bancário –, a qualidade do seu representante – Engenheiro –, a sua vasta experiência de negócios no sector mobiliário, as relações contratuais anteriores entre as mesmas partes e sobre o mesmo produto financeiro, aliadas a toda a abundante prova que foi feita – reuniões, conversações, esclarecimentos detalhados, negociações, advertências, exposição das vantagens e dos riscos da operação – evidenciam, sem dúvidas, ter o Banco Réu cumprido os deveres de comunicação e de informação a que estava obrigado.» - p. 114.

24. Ac. TRL de 02/07/2015, 2118-10.2TVLSB.L1.-2⁵

Palavras-chave: dever de informação, erro, alteração das circunstâncias.

Resumo: A autora pede que se declare a nulidade do contrato de *swap* celebrado com o réu em 06/09/2007 por o ter celebrado em erro, dado não ter sido devidamente esclarecida sobre as condições contratuais do mesmo, ou, alternativamente, que se decrete a resolução do contrato por alteração imprevisível e anormal das condições que estiveram na base da sua celebração.

A sentença da primeira instância, confirmada pelo presente acórdão do TRL, julgou improcedente a ação absolvendo o réu dos pedidos formulados.

«I – Os factos provados não nos levam a concluir que o Banco R. não haja cumprido com o dever de informação que sobre ele impendia e, muito menos, que a vontade da A. se encontrasse afetada por erro que recaía sobre os motivos determinantes da vontade ou sobre as circunstâncias que constituíram a base do negócio.

⁵ Com sumário em CJ 2015, III, 326.

II - Os *interest rate swaps* são figuras contratuais autónomas e não necessariamente complementares a um contrato de mútuo ou outro tipo de financiamento.

(...)

V - É difícil admitir-se que a descida acentuada das taxas de juro não estivesse abrangida pelos riscos próprios do contrato de *swap* de taxa de juro - trata-se de contrato aleatório no âmbito do qual as partes se expõem ao risco de subida ou descida da taxa de juros; apenas alterações de outras circunstâncias, diversas daquelas cujo risco as partes quiseram assumir, poderão relevar para efeitos do art. 437, nº 1, do CC.» - p. 1.

25. Ac. STJ de 09/07/2015, CJUSTJ 2015, II, 150-3, proc. 1770/13.7TVLSB.L1.S1

Palavras-chave: convenção de arbitragem.

Resumo: O pedido formulado na ação consistia na declaração de nulidade de um contrato de *swap* de taxa de juro celebrado entre as partes, em março de 2007, e consequente restituição dos valores pagos ao réu. Na alegação da autora, tal contrato não tinha subjacente qualquer realidade económico-financeira que carecesse de gestão de risco de flutuação de taxas de juro, pelo que, em seu entender, era absolutamente inválido.

O réu excecionou a incompetência do tribunal por preterição do tribunal arbitral uma vez que, em 2005, as partes haviam celebrado contrato-quadro para regular todas as suas futuras relações sobre produtos financeiros, no qual acordaram que em «tudo o que não resulte expressamente dos respetivos termos e condições particulares, as operações financeiras a realizar entre as partes ficarão sujeitas ao estabelecido no presente contrato» e que «os diferendos que possam

surgir entre as Partes no âmbito do presente contrato são dirimidos por um tribunal arbitral».

No saneador, a exceção de incompetência por preterição do tribunal arbitral foi julgada procedente e o réu foi absolvido da instância.

A autora interpôs recurso de apelação, que também foi julgado improcedente.

Igualmente improcedente foi julgada a revista excecional interposta do acórdão da Relação.

26. Ac. TRL de 08/09/2015, proc. 542/14.oTVLSB-1

Palavras-chave: pacto de jurisdição, competência internacional.

Resumo: O banco réu, na ação que tinha por base litígio relativo a contratos de *swap* celebrados entre as partes, excecionou a incompetência do tribunal, por ter acordado com a autora a atribuição de jurisdição aos tribunais ingleses, tendo sido a própria autora a propor ao réu a assinatura do ISDA *Master Agreement* e do respetivo *Schedule*, do qual consta esse pacto.

Em suporte da validade do pacto, o banco réu alega, ainda, que é uma filial de um banco internacional, que a autora endereçou convites a bancos internacionais, que os *swaps* foram outorgados para cobertura de contratos de financiamento internacionais, também sujeitos à lei e à jurisdição inglesas e com pagamentos a serem feitos para a conta de um banco em Londres, sendo do interesse da autora fazer coincidir a lei e a jurisdição aplicáveis aos financiamentos e aos *swaps*.

Em primeira instância, o tribunal julgou-se incompetente, por violação de pacto atributivo de jurisdição.

O TRL julgou improcedente a apelação, mantendo aquela decisão.

27. Ac. TRP de 15/09/2015, proc. 29/14.1TVPRT.P1

Palavras-chave: aposta ilícita.

Resumo: Em 26/10/2007, as partes celebraram contrato de *swap* pelo prazo de 5 anos, nos termos do qual, com referência a um valor de € 1.500.000, o banco réu pagaria trimestralmente à autora a taxa Euribor, e a autora pagaria ao réu 4.26%, quando a Euribor fosse igual ou inferior a 5%, ou a Euribor, nos restantes casos.

A dada altura, os fluxos passaram a ser desfavoráveis à autora e esta intentou a ação pedindo que se declare o contrato nulo por meramente especulativo, correspondendo a uma aposta ilícita.

O tribunal de primeira instância julgou a ação improcedente e absolveu o réu do pedido por sentença que a Relação manteve.

28. Ac. TRL de 22/09/2015, proc. 1212/14.5T8LSB.L1-7

Palavras-chave: convenção de arbitragem, competência do tribunal, interpretação do contrato.

Resumo: A autora pede a condenação do réu a pagar-lhe indemnização com fundamento na violação dos deveres de informação aquando da contratação, em 2008 de um *swap* de taxa de juro, ou, caso assim não se entenda, que o contrato de *swap* seja declarado nulo por subsumível a uma aposta ilícita, ou que seja resolvido por alteração anormal das circunstâncias, com as legais consequências.

O réu excecionou a incompetência do tribunal por preterição da convenção de arbitragem, mais concretamente uma cláusula compromissória acordada pelas

partes num contrato-quadro em desenvolvimento do qual foi celebrado o *swap* em causa nos autos.

O tribunal de primeira instância julgou procedente a exceção e absolveu o réu da instância, por decisão que o TRL manteve.

«[B]asta a plausibilidade de vinculação das partes à convenção de arbitragem, decorrente de um juízo perfunctório, para que, sem mais, cumpra devolver ao tribunal arbitral voluntário a prioritária apreciação da sua própria competência» - p. 12.

«[V]igora, entre nós o princípio lógico e jurídico da competência dos tribunais arbitrais para decidirem sobre a sua própria competência, designado em idioma germânico por Kompetenz-Kompetenz e que, na sua aceção negativa, impõe a prioridade do tribunal arbitral no julgamento da sua própria competência, obrigando os tribunais estaduais a absterem-se de decidir sobre essa matéria antes da decisão do tribunal arbitral» - p. 13.

«Deste modo, tendo as partes celebrado um contrato quadro no âmbito do qual estipularam que o mesmo se destina a «regular as condições gerais a que estão sujeitas todas as operações financeiras a estabelecer doravante entre as partes, sejam elas do mesmo tipo ou natureza jurídica ou de tipo ou natureza diferente», não poderá deixar de se entender que visaram aplicar as cláusulas do referido contrato aos que celebraram mais tarde.

Tanto mais que também estipularam que «o estabelecido no presente contrato constitui parte integrante do enquadramento de cada uma das operações financeiras a realizar entre as partes, salvo quando por escrito for por elas acordado o contrário».

Assim sendo, tendo as partes estipulado na cláusula 41^a, ponto 1., que «Os diferendos que possam surgir entre as partes no âmbito do presente contrato são dirimidos por um tribunal arbitral que julga segundo o direito estrito e de cuja decisão não há recurso para qualquer instância», deverá

interpretar-se a sua vontade no sentido de que visaram submeter à apreciação do tribunal arbitral as divergências emergentes do Contrato *Swap* 2008, invocado nos presentes autos.

É a interpretação que qualquer declaratório razoável retiraria desta última cláusula, tendo em consideração as demais cláusulas mencionadas e o natural encadeamento dos acordos.» - p. 15.

«É certo que, nos termos do art. 4º, nº 1, al. u), do Regulamento das Custas Processuais, as sociedades civis ou comerciais, as cooperativas e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada que estejam em situação de insolvência ou em processo de recuperação de empresa, nos termos da lei, estão isentos de custas, salvo no que respeita às ações que tenham por objeto litígios relativos ao direito do trabalho.

É igualmente certo que, por despacho judicial de 20/3/15, a recorrente foi admitida a processo especial de revitalização (PER), conforme documento junto pela recorrente com as suas alegações de recurso.

Porém, daí não resulta que essa circunstância, só por si, implique a impossibilidade de custear as despesas relativas à arbitragem.

Assim, desde logo, atenta a finalidade e natureza do PER, que pressupõe a suscetibilidade de recuperação do devedor (cfr. o art.17º-A, nº 1, do CIRE).» - p. 20.

Do acórdão do TRL foi interposta revista, negada por acórdão do STJ de 26/04/2016, abaixo sumariado.

29. Ac. TRP de 28/10/2015, proc. 27/14.4TVPRT.P1

Palavras-chave: especulação, falta de causa.

Resumo: A autora pede que se declare a nulidade do contrato de permuta de taxa de juro celebrado com o réu em 6 de outubro de 2008, por o mesmo ser puramente especulativo, não tendo por finalidade cobrir o risco de flutuação de taxa de juro associado a quaisquer financiamentos ou obrigações que a autora tivesse perante o réu. Pede, em consequência, a restituição dos valores pagos ao réu em cumprimento desse contrato.

Contestando, o réu alega que o contrato teve como ativo subjacente um conjunto de financiamentos da autora junto de outros bancos, indexados à Euribor 3 Meses, que totalizavam um valor claramente superior a € 1.000.000,00, quer no momento da contratação, quer durante toda a vida do contrato. Invoca, ainda, abuso de direito e *venire contra factum proprium*.

Considerou-se assente que as partes tinham celebrado contrato de *swap* de taxa de juro com o valor nominal de € 1.000.000, pelo qual o réu se obrigou a pagar à autora a taxa Euribor a 3 meses, e a autora a pagar ao réu uma taxa fixa (que foi de 4,18% nos primeiros cinco trimestres, de 1% no 6.º e no 7.º, de 1,7% no 8.º e no 9.º, de 3,2% no 10.º e no 11.º, e de 4,5% no 12.º e no 13.º semestres); e que as contas da Autora, relativas aos anos de 2008 a 2012, espelharam a existência de responsabilidades junto da Banca, designadamente em sede de financiamentos de médio e longo prazo, globalmente superiores a € 1.000.000 em cada ano.

Em sede de despacho saneador, a ação foi julgada improcedente e o réu absolvido do pedido.

Desta sentença apelou a autora, tendo a Relação julgado improcedente o recurso.

«O facto de o contrato dos autos – um simples contrato de *swap* de troca de taxas de juro – não ter qualquer relação subjacente não o torna nulo, como pretende a Autora, seja à luz do artigo 1245 do CC, seja por desrespeito do objeto negocial – artigos 280 e 281, ambos do CC.

Efetivamente, ainda que muitas das vezes os contratos de *swap* sejam usados para proteção ou cobertura de risco ou gestão de risco de taxa de juro também não é menos verdade que, tal como se afirma e reconhece na sentença recorrida, os contratos de *swap* podem ser usados «para finalidades especulativas (“*trading*”), que podem ser unilaterais ou bilaterais, consoante uma ou ambas as partes visem através do *swap* realizar aplicações lucrativas jogando ou tirando partido da evolução futura da taxa de juro subjacente».

(...)

Da nossa parte e aderindo à posição do Acórdão do STJ de 11.02.2015 entendemos ser lícita e válida a utilização do *swap* de taxa de juro sem ligação a qualquer realidade subjacente (...)» - p. 8.

Deste acórdão houve recurso decidido pelo STJ em acórdão de 03/05/2016, abaixo referenciado.

30. Ac. TRL de 05/11/2015, proc. 2672-14.0T8LSB.L1-6

Palavras-chave: convenção de arbitragem, contrato-quadro.

Resumo: A autora pede que se considere resolvido, por alteração superveniente das circunstâncias, o contrato de *swap* de taxa de juro celebrado entre as partes, em 13/05/2008, com devolução do que pagou ao réu a partir do trimestre vencido em 12/05/2009. Subsidiariamente, pede que o contrato seja julgado nulo e restituído o valor que reciprocamente foi prestado.

Contestando, o réu excecionou a incompetência do tribunal por preterição de convenção de arbitragem.

O tribunal de primeira instância julgou procedente a exceção de incompetência por preterição de cláusula compromissória, acordada entre as partes em contrato-quadro previamente celebrado, e absolveu o réu da instância.

A autora apelou da decisão da primeira instância, tendo a Relação julgado improcedente o recurso.

«- Se um contrato-quadro prevê uma cláusula compromissória e não refere expressamente que a mesma se aplica exclusivamente às questões suscitadas pela interpretação do seu clausulado, tem que se ler, necessariamente, que se está a querer constituir essa regra também como regime de enquadramento, logo aplicável ao conjunto de contratos celebrados a jusante e sob a sua égide;

- A abordagem que se impõe aos tribunais comuns quando se encontrem perante cláusula compromissória e arguição de preterição de Tribunal arbitral é de traço grosso, de atenção ao flagrante e manifesto, face ao estabelecido no n.º 1 do art. 5.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro – Lei da Arbitragem Voluntária;

- Importará averiguar apenas, pois, se a convenção de arbitragem é nula e se o é de forma flagrante, id est, claramente visível e sem necessidade de aprofundada indagação de pormenor;

- O mais (ou seja, a análise fina) deve ser deixado ao funcionamento da regra Kompetenz-Kompetenz – ou competence-competence ou, ainda, competência-competência – segundo a qual deve ser atribuída competência ao tribunal apontado pela cláusula, para definir a sua própria competência» -
p. 1.

31. Ac. STJ de 26/01/2016, proc. 876/12.9TVLSB.L1.S1

Palavras-chave: alteração das circunstâncias, especulação, aposta.

Resumo: Remeto para o resumo acima feito a propósito do acórdão do TRL proferido em 15/01/2015, neste mesmo processo.

De acrescentar que o STJ negou a revista, por maioria (com voto de vencido).

«[D]o clausulado do contrato em apreciação deriva, a nosso ver sem dúvida, que as partes, para além de estarem conscientes do risco envolvido na operação, embora esperando que tal não se verificasse, aceitaram esclarecidamente o risco de perda, caso a dita taxa Euribor a três meses oscilasse para além do que vinha sendo os seus limites médios de oscilação.» - p. 46.

«Aqui chegados, reconhecida a validade do contrato em análise, porque integrado num conjunto de operações financeiras nacional e internacionalmente tuteladas e juridicamente aceites, como se deixou dito, e não afetada de um desequilíbrio prestacional atentatório da boa fé negocial, afastada fica a possibilidade do contrato integrar a categoria dos denominados contratos de jogo e aposta, genericamente regulado nos artigos 1245º a 1247º do C. Civil, ainda que na sua vertente lícita, até por não vir provado o propósito das partes quererem o negócio como tal.

Representaram-no e quiseram-no como instrumento financeiro transacionado no mercado interbancário e regulado por cláusulas propostas e livremente aceite, o que o afasta indubitavelmente do conceito de jogo ou aposta.» - p. 47.

«A especulação é uma finalidade legítima que, só por si, não se confunde com a finalidade típica dos jogadores ou dos apostadores.

O especulador atua com o objetivo de lucrar enquanto o apostador busca um fim lúdico; o especulador faz uma previsão racional da evolução das variáveis e o apostador não; aquele exerce a sua atividade no contexto de um mercado com relevante função económica e social.» - p. 51.

O acórdão foi proferido em recurso interposto do acórdão do TRL de 15/01/2015, acima tratado.

32. Ac. STJ de 26/01/2016, proc. 540/14.4TVLSB.S1

Palavras-chave: pacto atributivo de jurisdição.

Resumo: A autora pede a declaração de nulidade de dois contratos de *swap* de taxa de juro celebrados com o banco réu em maio de 2006 e junho de 2008, ou, caso assim não se entenda, que seja decretada a resolução dos mesmos por alteração de circunstâncias, ou, ainda subsidiariamente, que o réu seja declarado civilmente responsável pelos danos causados à Autora; em qualquer dos casos, com a condenação do réu a entregar à autora dado montante pecuniário, acrescido de juros de mora.

Na contestação, para o que aqui importa, o réu invocou a exceção dilatória de incompetência internacional dos tribunais portugueses por violação de pacto de jurisdição.

Pronunciando-se sobre a exceção, a autora pugnou pela invalidade do pacto face ao ordenamento jurídico português, por violação dos arts. 94 do CPC e 19 da LCCG, visto a relação litigiosa ter carácter puramente interno.

A ambos os contratos de *swap* era aplicável o ISDA *Master Agreement* subscrito pelas partes, com cláusula segundo a qual é atribuída competência

jurisdicional aos tribunais ingleses para dirimirem litígios emergentes dos contratos celebrados ao seu abrigo.

No despacho saneador foi julgada procedente esta exceção e, conseqüentemente, absolvido o réu da instância.

A autora recorreu *per saltum* para o STJ, que negou a revista.

«Face à forma como se encontra redigida a disposição em análise, numa primeira aproximação à questão, poderíamos ser levados a afastar, perante o Regulamento, a necessidade do elemento de estraneidade de que fala a recorrente. Porém, pese embora não haja uma alusão expressa a tal no dito art. 23º, afigura-se-nos que da *ratio* do diploma se deve retirar a necessidade de, para sua aplicação, ocorrer ou surgir uma situação jurídica internacional. Neste sentido vai a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que considera a necessidade da internacionalização da situação jurídica controvertida para aplicação do dito art. 23º, pelo que analisaremos, em concreto, este cumulativo pressuposto.» - p. 14

«Face às circunstâncias factuais assentes no despacho saneador-sentença da 1ª instância e acima referenciadas, não poderemos deixar de confirmar a ocorrência de uma relação jurídica com carácter internacional (...), visto que os contratos *swap* se apresentam como contratos internacionais, em conexão com mais de uma ordem jurídica (têm subjacentes contratos de financiamento celebrados com bancos holandeses e italiano, redigidos em língua inglesa, encontrando-se um deles sujeito à lei inglesa e aos tribunais ingleses), sujeitos a um quadro negocial padronizado, com atuação do R., no respetivo âmbito, como uma *Multibranch Party*, um verdadeiro banco internacional, podendo fazer e receber pagamentos através das suas filiais em Londres e no Luxemburgo. Isto mesmo se afirma na sentença recorrida.

(...)

Por outro lado, haverá a sublinhar que, como tem sido orientação sedimentada do TJUE, a escolha do tribunal designado numa cláusula atributiva de jurisdição, só pode ser apreciada à luz de considerações ligadas às exigências estabelecidas pelo anterior art. 17º da Convenção, agora art. 23º do Regulamento (...). Assim, primeiro, os requisitos de validade e de convenção de competência só podem ser aqueles que constam do art. 23º do Regulamento, pelo que o direito dos Estados-Membros não pode acrescentar outros requisitos de validade a essa convenção; segundo, para que a escolha do tribunal seja válida não é necessário que exista uma qualquer conexão entre o objeto do litígio e o tribunal designado, não sendo valoráveis, consequentemente, hipotéticos inconvenientes para uma das partes (no caso, para a A.), decorrentes da localização do foro convencionado.» - p. 15.

«Em consonância com o exposto, prevalecendo o art. 23º do Regulamento, fica prejudicada a apreciação da validade do pacto de jurisdição em apreço à luz de normas de direito interno português (o art. 94º do C.P.C. e/ou o art. 19º, al. g), da LCCG).» - p. 16.

33. Ac. STJ de 04/02/2016, proc. 536/14.6TVLSB.L1.S1

Palavras-chave: pacto de jurisdição, cláusula contratual geral.

Resumo: Remeto para a súmula acima feita do acórdão do TRL de 04/06/2015.

De acrescentar que o STJ negou a revista.

«Em suma: o estabelecimento, em cláusula contratual, de um local alternativo para o cumprimento de obrigações contratuais situado no estrangeiro constitui, só por si, um elemento de internacionalização da

relação material controvertida, independentemente de se provar ou não que foram efetiva e realmente cumpridas no estrangeiro determinadas obrigações emergentes do contrato.

Acresce que, no caso em análise, as partes – no exercício da respetiva autonomia da vontade – não se limitaram a estipular um pacto de jurisdição, reservando a competência internacional aos tribunais ingleses – estabelecendo também que o mérito ou substância da relação contratual seria regida pelo Direito anglo-saxónico: ora, como nos parece evidente, não pode qualificar-se como relação jurídica puramente interna aquela que as partes voluntariamente quiseram submeter a um direito estrangeiro.» - p. 28.

«Ora, no caso dos autos, estando assente a aplicabilidade do referido Regulamento, por se verificarem os respetivos pressupostos, está naturalmente vedada – face à reconhecida prevalência do regime constante do art. 23º – que contém disciplina fechada e exaustiva dos requisitos da figura do pacto de jurisdição no domínio do Direito Comunitário – a aplicação de requisitos adicionais previstos na lei adjetiva nacional – como sucede precisamente com a norma constante do nº 3 do art. 94º do CPC, ao condicionar a validade da eleição do foro à exigência de que esta não envolva inconveniente grave para nenhuma das partes. E o mesmo sucede com a pretendida nulidade, decorrente da aplicabilidade do regime das cláusulas contratuais gerais, tal como se mostra delineado nas disposições de direito interno.» - p. 33.

O recurso decidido neste acórdão foi interposto do acórdão do TRL de 04/06/2015 (v. acima).

34. Ac. STJ de 21/04/2016, proc. 538/14.2TVLSB.L1.S1

Palavras-chave: pacto atributivo de jurisdição.

Resumo: Os pedidos, a causa de pedir e a matéria de exceção são idênticos aos do acórdão do STJ de 26/01/2016, proferido no proc. 540/14.4TVLSB.S1, remetendo para a súmula feita a propósito deste último.

Também no presente, a exceção de incompetência internacional por preterição do pacto atributivo de jurisdição aos tribunais ingleses foi julgada procedente e o réu absolvido da instância. De igual modo, a autora recorreu *per saltum* para o Supremo, que julgou improcedente o recurso.

«3. Os contratos de *swap* (contratos derivados) celebrados pelas partes, uma exigência da moderna atividade bancária e empresarial sustentada na ideia de que cada vez mais as previsões económicas se tornam inalcançáveis, são eles próprios intrinsecamente caracterizados como ajustes de natureza internacional, conotados com a ligação a outro Estado-Membro são contratos de cariz internacional, redigidos em inglês, sujeitos à lei inglesa, com terminologia anglo-saxónica e de molde a caracterizarem a “estranheidade” estabelecida pelo art.º 23.º da Convenção de Bruxelas.

4. A validade do pacto de jurisdição, constante de uma cláusula contratual geral integrada num contrato, há-de ser ponderada unicamente nos termos em que o consente o que está descrito no art. 23.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 de 16/01, sendo inaplicável o regime jurídico interno das cláusulas contratuais gerais e estando proibidos os Estados-Membros de acrescentarem outros requisitos de validade a essa convenção.

Quer isto dizer que, atenta a autonomia e o exclusivismo do normativo inserto no art. 23.º do Regulamento n.º CE 44/2001, fica prejudicada a

abordagem da eventual aplicação do disposto em normas de direito nacional exauridas nos artigos 94.º do C.P.Civil e 19.º, n.º 1, al. g), da LCCG.» - p. 23.

35. Ac. STJ de 26/04/2016, proc. 1212/14.5T8LSB.L1.S1

Palavras-chave: convenção de arbitragem, competência do tribunal, interpretação do contrato.

Resumo: Remeto para a súmula acima efetuada a propósito do acórdão do TRL de 22/09/2015. De acrescentar que o STJ negou a revista.

«II. Este princípio pressupõe na sua análise um efeito positivo, o qual consiste em habilitar o Tribunal Arbitral a decidir da sua própria competência e um efeito negativo, que se traduz em atribuir aos árbitros o poder de serem não os únicos juízes, mas antes os primeiros juízes da sua competência, incumbindo apenas ao tribunal estadual apreciar a competência do tribunal arbitral depois de este se ter pronunciado sobre a mesma, quer através da impugnação da decisão interlocutória sobre a questão da competência quer em sede de oposição a execução da sentença proferida.

III. A Lei 47/2007, de 28 de Agosto no seu artigo 7º veio consagrar o princípio da inaplicabilidade do instituto do apoio judiciário às pessoas coletivas com fins lucrativos, entendendo-se que as pessoas coletivas que tenham sido instituídas por particulares para a realização de atividades económicas geradoras de lucros, devem, pela sua própria natureza, encontrar-se dotadas de uma organização financeira que lhes permita fazer face aos custos da sua própria atividade, incluindo aqueles que possam eventualmente resultar de uma litigância causada pelo seu giro comercial, o que implica que a aqui Autora não tem direito a tal benesse nos Tribunais

comuns e tão pouco nos Tribunais arbitrais por nestes não ter aplicação tal instituto.

IV. A Recorrente, enquanto sujeita ao PER e se este procedimento for deferido, está e estará isenta de custas nas ações judiciais que intentar, desde que as mesmas não sejam do foro laboral nos termos do artigo 4º, nº 1, alínea u) do RCP, sendo que uma questão é a isenção de custas, em sede de processo judicial (já que esta isenção não se estende como é óbvio aos processos instaurados nos Tribunais Arbitrais), e questão outra, é a eventual interferência deste procedimento na convenção de arbitragem havida entre a Recorrente e a Recorrida.

V. O CIRE no seu artigo 87º, nº1 inserido no capítulo referente aos efeitos da declaração de insolvência, prevê a suspensão da eficácia das convenções arbitrais em que o insolvente seja parte, desde que nos litígios se ponham questões cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis, excepcionando o seu nº 2, os processos pendentes, os quais prosseguirão os seus termos.» - pp. 2-3.

Este acórdão foi proferido na sequência da revista interposta do acórdão do TRL de 22/09/2015, acima sumariado.

36. Ac. STJ de 03/05/2016, proc. 27/14.5TVPRT.P1.S1

Palavras-chave: especulação, aposta, causa do negócio.

Resumo: Remeto para a súmula acima feita do acórdão do TRP de 28/10/2015.

Acrescento que o Supremo, por via do presente acórdão, negou a revista.

«[É] de entender que os *swaps* de taxas de juro com referência a um capital, quer real, quer hipotético ou nocional, que não têm o propósito direto de cobertura de risco, constituem instrumentos financeiros legais, não proibidos por lei, como o não são aqueles cujo valor nocional não corresponde a um passivo real. Caso contrário teria de se concluir também pela inadmissibilidade, por exemplo, da aquisição de títulos na esperança da subida dos respetivos preços para depois serem vendidos com lucro. Pelo que, sendo celebrados, como é o caso, com entidades financeiras autorizadas a exercer essa atividade nos termos dos diplomas acima indicados, se conclui pela sua validade.» - p. 15.

«Invoca ainda a recorrente o objetivo da política económica de combate à especulação consagrado no art.º 99º da CRP, o que levaria a que a admissão da validade do contrato de *swap* sem passivo ou financiamento subjacente constituiria ofensa à ordem pública.

Para além, porém, do que já se referiu quanto ao reconhecimento pelo próprio legislador da inexistência de tal ofensa ao admitir como lícito o contrato de *swap* de taxas de juro com referência a um capital, quer real, quer hipotético ou nocional, é de ter em conta o explicado a esse respeito pelo Cons. João Bernardo no seu voto de vencido no dito Acórdão de 29/01/2015, ao dizer que o art.º 99º, al. c), da CRP, ao dispor que é objetivo da política comercial o combate às atividades especulativas, é um preceito comprometido com a redação vigente até 1989 (então do art.º 109º, n.º 1), que impunha ao Estado a intervenção na racionalização dos circuitos de distribuição e na formação e controlo dos preços a fim de combater atividades especulativas, levando a sua interpretação, assente nesse elemento histórico e inserida no contexto resultante também de outros preceitos constitucionais, mormente os relativos à iniciativa privada, a que se deva colocar os *swaps*, mesmo os reportados a capital nocional (também

designado por fictício ou hipotético) fora do âmbito do combate que o legislador constitucional determina.» - pp. 16-7.

O presente recurso foi interposto do acórdão do TRP de 28/10/2015 (v. supra).

37. Ac. TRL de 10/05/2016, proc. 1246/14.oT8PDL.L1-7

Palavras-chave: especulação, falta de causa, erro, alteração das circunstâncias.

Resumo: A autora intentou ação contra o banco réu pedindo a declaração de nulidade ou a anulação de três contratos de *swap* de taxas de juro entre ambos celebrados, em novembro de 2006 e julho de 2007.

O réu, além do mais, excecionou a preterição de tribunal arbitral, dada a cláusula compromissória acordada entre as partes, e pugnou pela improcedência da ação.

No despacho saneador, a exceção da violação da cláusula compromissória não foi atendida.

Após julgamento, foi proferida sentença que julgou a ação improcedente, absolvendo o réu do pedido.

Nas alegações de recurso, a autora invoca a nulidade dos contratos por meramente especulativos e desprovidos de causa ou a sua resolubilidade por alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

A Relação julgou improcedente o recurso, mantendo a sentença da primeira instância.

«O instrumento financeiro em causa – o contrato de permuta de taxa de juro (*interest rate swap*) – constitui uma figura jurídica há muito reconhecida e aceite pelo sistema jurídico, não consubstanciando em si qualquer expediente dissimulado ou enganador, proibido por lei ou vedado por quaisquer autoridades oficiais competentes.

As AA. encontravam-se, por via da sua vasta experiência comercial e empresarial e do apoio técnico especializado de que dispunham, suficientemente familiarizadas com os financiamentos bancários e com os riscos associados à flutuação das taxas de juro como não podia deixar de ser.

Não há qualquer prova nos autos de que o banco R. ao propor este contrato de permuta da taxa de juro tivesse sequer conhecimento ou previsão acerca da eclosão, no Verão de 2008, da crise do “*subprime*” norte-americano e da falência da *Lehman Brothers*, fatores que estiveram verdadeiramente na base da longa descida agravada das taxas de juro e, por consequência, do indexante Euribor a três meses, propiciando as perdas que a AA., após um período de ganhos, veio a registar.» - p. 24.

«As AA., empresas de grande envergadura e vasta experiência comercial em matéria de recurso ao financiamento bancário, arriscaram na mira de vir a obter ganhos de acordo com a previsão da tendência de subida da taxa de juros; durante algum tempo (anos de 2007/2008) a aposta revelou-se bem sucedida; podiam inclusive, sob indicação do Banco Ré, ter cessado a utilização deste instrumento financeiro num momento em que auferiam ganhos, tendo nessa altura, por conveniência sua, recusado; por força da verificação superveniente de acontecimentos económicos internacionais e que, agora, são de todos conhecidos, as condições de mercado manifestaram-se profundamente adversas aos seus interesses, registando-se o pior cenário previsto (para as clientes do Banco ora Réu) em termos do comportamento do produto financeiro por si subscrito.

(...)

Não há, portanto, qualquer motivo para configurar a resolução com base na alteração das circunstâncias uma vez que os resultados desfavoráveis para as ora apelantes se inserem na álea própria do negócio.» - pp. 24-5.

«O risco assumido era precisamente o que era pressuposto pela adesão, voluntária, informada e consciente, do cliente do Banco ao instrumento financeiro em apreço.

A álea que o contrato encerrava constituía a sua própria natureza, dependendo o efeito final da evolução da taxa de juro, como os celebrantes bem sabiam.» - p. 27.

38. Ac. STJ de 21/06/2016, proc. 301/14.0TVLSB.L1.S1

Palavras-chave: convenção de arbitragem.

Resumo: A autora pedia a declaração de nulidade de contratos de *swap* de taxa de juro, celebrados com o banco réu em 2007 e 2008, com as legais consequências.

Contestando, o réu excecionou a preterição do tribunal arbitral, invocando contrato-quadro celebrado em 2005, ao qual as partes submeteram as futuras operações financeiras que viessem a contratar, e no qual determinaram que os diferendos respeitantes àquele contrato seriam dirimidos por tribunal arbitral.

No despacho saneador, a exceção foi atendida e o réu absolvido da instância.

A autora apelou, sem sucesso.

Interpôs, então, revista excecional que, admitida pela respetiva formação, veio a ser julgada improcedente.

«I – Ao apreciar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, devem os tribunais judiciais atuar com reserva e contenção, de modo a

reconhecer ao tribunal arbitral prioridade na apreciação da sua própria competência, apenas lhes cumprindo fixar, de imediato e em primeira linha, a competência dos tribunais estaduais para a composição do litígio que o A. lhes pretende submeter quando, mediante juízo perfunctório, for patente, manifesta e insuscetível de controvérsia séria a nulidade, ineficácia ou inaplicabilidade da convenção de arbitragem invocada.

II – Manifesta inexistência (nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade) é aquela que não necessita de mais prova para ser apreciada, afastando, à partida, qualquer alegação de vícios da vontade na celebração do contrato e deixando ao tribunal judicial apenas a consideração dos requisitos externos da convenção, como a forma ou a arbitrabilidade.» - p. 1.

PARTE II – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA COLIGIDA

A segunda parte inicia-se com uma síntese panorâmica, abrangente dos aspetos mais salientes do todo, e prossegue com a análise de cada um dos grandes temas tratados pela jurisprudência (com indicação dos acórdãos em que foram abordados, a sua orientação, a evolução verificada e a discussão do tema).

1. Quadro-resumo e enunciação geral dos temas tratados

Podemos esquematizar os acórdãos sobre contratos de *swap* de taxa de juro proferidos até 15/07/2016 (e publicados até 31/08/2016), por ordem cronológica, no quadro seguinte.

Tribunal, data, processo, local de publicação ⁶	Temas principais	Decisão
1. TRL de 17/02/2011 2408/10.4TVLSB-B.L1-8	Dever de informação, Procedimento cautelar	Deveres de informação cumpridos.
2. TRG de 08/03/2012 1387/11.5TBBCL-B.G1	Convenção de arbitragem	Convenção não aplicável.
3. TRL de 25/09/2012 2408/10.4TVLSB.L1 CJ 2012, IV, 64-8	Dever de informação	Deveres de informação cumpridos.
4. TRG de 31/01/2013 1387/11.5TBBCL-B.G1	Alteração das circunstâncias	Resolvido o contrato por alteração anormal das circunstâncias.
5. TRL de 21/03/2013 2587/10.0TVLSB.L1 CJ 2013, II, 102-11	Aposta ilícita, falta de causa	Declarada a nulidade por contrariedade e lei imperativa – aposta ilícita.
6. STJ de 10/10/2013 1387/11.5TBBCL.G1.S1 CJASTJ 2013, III, 93-100	Alteração das circunstâncias	Resolvido o contrato por alteração anormal das circunstâncias.
7. TRC de 15/10/2013 2049/12.1TBVIS-A.C1 CJ 2013, IV, 20-5	Título executivo	Não é título executivo.
8. TRL de 10/04/2014 877/127TVLSB.L1-1	Pacto de jurisdição	Pacto de jurisdição inválido por violação do regime das cláusulas contratuais gerais.
9. TRL de 08/05/2014 531/11.7TVLSB.L1-8	Aposta ilícita, alteração das circunstâncias	Resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias.
10. TRL de 13/05/2014 ⁷	Aposta, dever de informação	Deveres de informação e comunicação

⁶ Não sendo indicada outra proveniência, os arestos estão disponíveis em www.dgsi.pt. Os publicados em edição impressa também se encontram na mesma página (com exceção do da Relação de Lisboa de 11/12/2014).

309/11.8TVLSB.L1 CJ 2014, III, 93-9		cumpridos, exceção de aposta inaplicável.
11. TRG de 25/09/2014 403/13.0TCGMR.G1	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.
12. TRL de 11/12/2014 2040/13.0TVLSB.L1 CJ 2014, V, 119-25	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.
13. TRL de 15/01/2015 876/12.9TVLSB.L1-6	Alteração das circunstâncias	Julgada não verificada alteração anormal das circunstâncias que justificasse resolução ou modificação do contrato.
14. STJ de 29/01/2015 531/11.7TVLSB.L1.S1	Aposta ilícita, falta de causa, alteração das circunstâncias	Declarada a nulidade dos contratos por ofensa à ordem pública.
15. STJ de 11/02/2015 877/12.7TVLSB.L1-A.S1	Pacto de jurisdição	Exceção de incompetência procedente.
16. STJ de 11/02/2015 309/11.8TVLSB.L1.S1	Aposta	Exceção de aposta inaplicável.
17. TRL de 24/02/2015 2186.13.5TVLSB.L1-7	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.
18. TRP de 13/04/2015 471/14.8TVPRT.P1	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.
19. TRL de 28/04/2015 540/11.6TVLSB.L2 CJ 2015, II, 115-26	Alteração das circunstâncias, erro	Decretada a resolução do contrato por alteração das circunstâncias.
20. STJ de 28/05/2015 2040/13.0TVLSB.L1.S1	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.
21. STJ de 02/06/2015 1279/14.6TVLSB.S1	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.
22. TRL de 04/06/2015 536/14.6TVLSB.L1 CJ 2015, III, 85-90	Pacto de jurisdição	Exceção de incompetência procedente.
23. STJ de 16/06/2015 1880/10.7TVLSB.L1.S1 CJASTJ 2015, II, 110-4	Dever de informação	Deveres de informação e comunicação cumpridos.
24. TRL de 02/07/2015 2118-10.2TVLSB.L1.-2	Dever de informação, erro, alteração das circunstâncias	Ação improcedente.
25. STJ de 09/07/2015 1770/13.7TVLSB.L1.S1 CJASTJ 2015, II, 150-3	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.
26. TRL de 08/09/2015 542/14.0TVLSB-1	Pacto de jurisdição	Exceção de incompetência procedente.
27. TRP de 15/09/2015 29/14.1TVPRT.P1	Aposta ilícita	Ação improcedente.
28. TRL de 22/09/2015 1212/14.5T8LSB.L1-7	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.
29. TRP de 28/10/2015 27/14.4TVPRT.P1	Especulação, falta de causa	Ação improcedente.
30. TRL de 05/11/2015 2672-14.0T8LSB.L1-6	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.

⁷ Em www.dgsi.pt, o acórdão está referido com data de 13/05/2013. A data correta é a da edição impressa.

31. STJ de 26/01/2016 876/12.9TVLSB.L1.S1	Alteração das circunstâncias, especulação, aposta	Ação improcedente.
32. STJ de 26/01/2016 540/14.4TVLSB.S1	Pacto de jurisdição	Exceção de incompetência procedente.
33. STJ de 04/02/2016 536/14.6TVLSB.L1.S1	Pacto de jurisdição	Exceção de incompetência procedente.
34. STJ de 21/04/2016 538/14.2TVLSB.L1.S1	Pacto de jurisdição	Exceção de incompetência procedente.
35. STJ de 26/04/2016 1212/14.5T8LSB.L1.S1	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.
36. STJ de 03/05/2016 27/14.5TVPRT.P1.S1	Especulação, aposta, falta de causa	Ação improcedente.
37. TRL de 10/05/2016 1246/14.0T8PDL.L1-7	Especulação, falta de causa, alteração das circunstâncias, erro	Ação improcedente.
38. STJ de 21/06/2016 301/14.0TVLSB.L1.S1	Convenção de arbitragem	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente.

O levantamento da jurisprudência sobre contratos de *swap* de taxa de juro permite-nos identificar e quantificar as questões abordadas da seguinte forma:

De direito processual

- i.** Preterição de convenção de arbitragem – 12 acórdãos proferidos sobre 10 casos diferentes;
- ii.** Violação de pacto atributivo de jurisdição – 7 acórdãos sobre 5 casos;
- iii.** O contrato de *swap* como título executivo – 1 acórdão.

De direito material

- iv.** Aposta ilícita, especulação, falta de causa, violação de lei imperativa, nulidade – 10 acórdãos sobre 7 casos;
- v.** Alteração anormal das circunstâncias, resolução ou modificação do contrato – 9 acórdãos sobre 6 casos;
- vi.** Violação de deveres de informação e comunicação, erro – 7 acórdãos sobre 6 casos.

Por se ter colocado apenas num caso (o do Ac. do TRC de 15/10/2013, proc. 2049/12.1TBVIS-A.C1) vou deixar fora da análise a questão iii.

Vejamos cada um dos demais temas ou conjuntos de temas, a orientação jurisprudencial dominante ou, não a havendo, as várias que têm sido assumidas.

De referir que alguns arestos tiveram por objeto várias ou todas as indicadas questões de direito substantivo.

2. Preterição de convenção de arbitragem

Dados da jurisprudência

O tema foi tratado nos acórdãos do quadro seguinte.

Tribunal, data, processo	Decisão
2. TRG de 08/03/2012 1387/11.5TBBCL-B.G1	Convenção não aplicável. Decisão favorável ao cliente do banco.
11. TRG de 25/09/2014 403/13.0TCGMR.G1	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Decisão favorável ao banco.
12. TRL de 11/12/2014 2040/13.0TVLSB.L1	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Decisão favorável ao banco.
17. TRL de 24/02/2015 2186.13.5TVLSB.L1-7	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Decisão favorável ao banco.
18. TRP de 13/04/2015 471/14.8TVPRT.P1	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Decisão favorável ao banco.
20. STJ de 28/05/2015 2040/13.0TVLSB.L1.S1	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Mantida decisão do TR. Decisão favorável ao banco.
21. STJ de 02/06/2015 1279/14.6TVLSB.S1	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Recurso <i>per saltum</i> . Decisão favorável ao banco.
25. STJ de 09/07/2015 1770/13.7TVLSB.L1.S1	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Mantém acórdão do TR. Decisão favorável ao banco.
28. TRL de 22/09/2015 1212/14.5T8LSB.L1-7	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Decisão favorável ao banco.
30. TRL de 05/11/2015 2672-14.0T8LSB.L1-6	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Decisão favorável ao banco.
35. STJ de 26/04/2016 1212/14.5T8LSB.L1.S1	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Mantém acórdão do TR. Decisão favorável ao banco.
38. STJ de 21/06/2016 301/14.0TVLSB.L1.S1	Exceção de preterição de tribunal arbitral procedente. Mantém acórdão do TR. Decisão favorável ao banco.

Todas as ações agora em vista foram intentadas por clientes contra entidades bancárias. Em todas, o réu banco deduziu a exceção de incompetência

do tribunal estatal por preterição de convenção de arbitragem, por ter sido previamente estipulada *cláusula compromissória* – convenção de arbitragem pela qual as partes acordam submeter eventuais litígios emergentes de determinada relação jurídica a um tribunal arbitral⁸.

Uma vez que a *cláusula compromissória* tinha sido estipulada por via de *cláusula contratual geral* inserida num *contrato-quadro* que era todo ele um *contrato de adesão*, foi debatida nos mesmos processos a conformidade da dita cláusula com o regime das cláusulas contratuais gerais (instituído pelo DL 446/85, de 25 de outubro, e alterado pelo DL 220/95, de 31 de agosto, pelo DL 249/99, de 7 de junho, e pelo DL 323/2001, de 17 de dezembro).

Apenas no primeiro acórdão (TRG de 08/03/2012) a exceção foi julgada improcedente e mantida a competência do tribunal estadual. Em todos os demais, a exceção foi julgada procedente, com a consequente absolvição do réu banco da instância.

Num caso (acórdão de 02/06/2015, proc. 1279/14.6TVLSB.S1), o acórdão do Supremo foi proferido em recurso *per saltum* (art. 678 do CPC).

Desenvolvimento

Dos acórdãos, claramente dominantes, que julgaram procedente a exceção de incompetência por preterição do tribunal arbitral, destaco os seguintes argumentos (que aqui reorganizo e reformulo livremente, de acordo com o meu entendimento pessoal sobre o tema):

I. O art. 5.º, n.º 1, da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei 63/2011, de 14 de dezembro), dispõe que o tribunal estadual no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado

⁸ As noções das duas modalidades de convenção de arbitragem – compromisso arbitral e cláusula compromissória – são fornecidas pelo n.º 3 do art. 1.º da Lei 63/2011, de 14 de dezembro (Lei da Arbitragem Voluntária, abreviadamente, LAV).

sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável. O art. 18, n.º 1, da mesma Lei estabelece que o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção.

Da conjugação destas duas normas resulta que: a) havendo convenção de arbitragem, a competência para aferir da competência do tribunal cabe, em primeira linha, ao tribunal arbitral – trata-se do efeito positivo do princípio designado por *Kompetenz-Kompetenz*; b) o tribunal estadual deve abster-se de apreciar matérias atribuídas ao tribunal arbitral, antes de este ter oportunidade de o fazer – dimensão negativa do princípio *Kompetenz-Kompetenz*.

II. O princípio da competência do tribunal arbitral para apreciar a sua competência só é excecionado na medida explicitada no art. 5.º, n.º 1, da LAV: apenas em casos de *manifesta* nulidade, ineficácia ou de inexecutabilidade da convenção de arbitragem é que o tribunal estadual pode julgar improcedente a exceção de preterição do tribunal arbitral e manter a sua própria competência. A nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade *da convenção* apenas é manifesta quando se consegue aferir pela *sua* mera análise, sem necessidade de mais prova. Tais irregularidades ou insuficiências relacionar-se-ão com requisitos externos da convenção, como a forma, ou a arbitrabilidade do litígio; à partida, está afastada qualquer alegação de vícios da vontade na celebração do contrato.

III. Quando o tribunal judicial decide julgar procedente a exceção de preterição de tribunal arbitral limita-se a declarar que a convenção de arbitragem não é manifestamente nula, manifestamente ineficaz ou manifestamente inexecutável, pelo que o tribunal arbitral poderá, posteriormente, na apreciação da

sua competência, vir a decidir que é incompetente, com fundamento na invalidade, ineficácia ou inexecuibilidade da convenção.

O Tribunal judicial será competente se a convenção de arbitragem for julgada inválida, ineficaz ou inexecuível pelo tribunal arbitral.

IV. Nos casos submetidos a juízo, a cláusula compromissória constava de um intitulado «contrato quadro para operações financeiras» que determinava, além do mais:

«1.^a

1. O presente contrato destina-se a regular as condições gerais a que estão sujeitas todas as operações financeiras a estabelecer doravante entre as Partes (...).

(...)

3. Em tudo o que não resulte expressamente dos respetivos termos e condições particulares, as operações financeiras a realizar entre as Partes ficarão sujeitas ao estabelecido no presente contrato.

(...)

5. Sem prejuízo de outras, que, como tal, devam considerar-se em função do estabelecido, ficam abrangidas pelo presente contrato designadamente as seguintes operações:

5.1. Permutas financeiras (*Swaps*):

. De taxas de juro (*IRS*).

. De taxas de juro variáveis (*Basis Swaps*).

(...)

41.^a

1. Os diferendos que possam surgir entre as Partes no âmbito do presente contrato são dirimidos por um tribunal arbitral que julga segundo o direito estrito e de cuja decisão não há recurso para qualquer instância.

(...))»

Os tribunais superiores interpretaram o conjunto de cláusulas acabadas de transcrever no sentido de a cláusula compromissória se reportar aos eventuais litígios emergentes dos contratos financeiros a celebrar ao abrigo e em desenvolvimento do contrato-quadro, e não (apenas) aos eventuais litígios referentes ao contrato-quadro.

Se um contrato-quadro prevê uma cláusula compromissória e não refere expressamente que a mesma se aplica exclusivamente às questões suscitadas pela interpretação do seu clausulado, tem que se ler, necessariamente, que se está a querer constituir essa regra também como regime de enquadramento, logo aplicável ao conjunto de contratos celebrados a jusante e sob a sua égide (Ac. TRL de 05/11/2015 acima relacionado).

V. Cabe a quem pretenda prevalecer-se do regime das cláusulas contratuais gerais alegar e provar que as cláusulas em crise se qualificam dessa forma, por terem sido elaboradas sem prévia negociação individual.

VI. A convenção de arbitragem inserta em cláusula contratual geral na qual se dispõe que da decisão do tribunal arbitral não há recurso para qualquer instância não fere o disposto no art. 21, alínea h), do DL 446/85 (que impõe a nulidade de cláusulas contratuais gerais que excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contraentes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento previstas na lei), na medida em que é essa a situação-regra, prevista pelo art. 39, n.º 4, da LAV. A renúncia antecipada aos recursos é também admitida em processo civil (art. 632, n.º 1, do CPC).

3. Violação de pacto de jurisdição

Dados da jurisprudência

O tema foi tratado nos acórdãos do quadro seguinte.

Tribunal, data, processo	Decisão
8. TRL de 10/04/2014 877/127TVLSB.L1-1	Pacto de jurisdição inválido por violação do regime das cláusulas contratuais gerais. Decisão favorável ao cliente.
15. STJ de 11/02/2015 877/12.7TVLSB.L1-A.S1	Pacto de jurisdição válido. Revoga decisão da Relação sobre esta matéria. Decisão favorável ao banco.
22. TRL de 04/06/2015 536/14.6TVLSB.L1	Exceção de incompetência procedente. Decisão favorável ao banco.
26. TRL de 08/09/2015 542/14.0TVLSB-1	Exceção de incompetência procedente. Decisão favorável ao banco.
32. STJ de 26/01/2016 540/14.4TVLSB.S1	Exceção de incompetência procedente. Recurso <i>per saltum</i> . Decisão favorável ao banco.
33. STJ de 04/02/2016 536/14.6TVLSB.L1.S1	Exceção de incompetência procedente. Mantém acórdão do TR. Decisão favorável ao banco.
34. STJ de 21/04/2016 538/14.2TVLSB.L1.S1	Exceção de incompetência procedente. Recurso <i>per saltum</i> . Decisão favorável ao banco.

Também nos casos ora em observação, as ações foram intentadas por clientes contra bancos que, por seu turno, excecionaram a incompetência internacional por violação de pacto de jurisdição acordado entre as partes.

Em todos os casos, o pacto de jurisdição estava integrado no ISDA *Master Agreement* – contrato-quadro criado e facultado pela ISDA *International Swaps and Derivatives Association*⁹, proposto pelas instituições suas associadas a quaisquer contrapartes que pretendam celebrar contratos sobre produtos

⁹ A ISDA *International Swaps and Derivatives Association* é uma associação internacional que opera desde 1985 (inicialmente sob a designação *International Swap Dealers Association*) com o objetivo de tornar os mercados de produtos derivados mais seguros e eficientes. Presentemente, a associação tem mais de 850 membros em 67 países, incluindo instituições de crédito, sociedades financeiras, companhias de seguros, outras sociedades, governos e entidades supranacionais.

Um dos instrumentos desenvolvidos pela ISDA com vista a atingir os referidos objetivos é o ISDA *Master Agreement*. Na génese deste está o chamado *Swaps Code*, publicado pela ISDA em 1985. Em 1987, a ISDA criou um *master agreement* para *swaps* de taxas de juro e outro para *swaps* de divisas, bem como um terceiro documento com definições. Na década de 1990 todos os referidos documentos foram revistos, dando origem ao 1991 ISDA *Definitions*, substituído pelo 2000 ISDA *Definitions*, e ao 1992 *Master Agreement*, entre outros documentos. O *master agreement* foi atualizado em 2002, originando o presentemente utilizado 2002 ISDA *Master Agreement*. Outras informações podem ser obtidas “<http://www2.isda.org/>”. Sobre o *master agreement* em causa e outros, e sobre os instrumentos de *soft law* de várias associações profissionais no âmbito dos derivados, MARIA CLARA CALHEIROS, *O contrato de Swap*, cit., pp. 140-174.

financeiros derivados e que contém definições de termos e o regime jurídico aplicável aos futuros contratos. Trata-se de um contrato-quadro de adesão, composto por cláusulas contratuais gerais, inalterável, exceto no que respeita aos nomes das partes, ainda que acompanhado de um outro documento, o *Schedule*, que pode conter aditamentos e emendas. Como tal, à semelhança do que vimos suceder com a exceção de preterição de convenção de arbitragem, também a respeito da exceção de violação de pacto de jurisdição foi abordado o tema das cláusulas contratuais gerais.

E também à semelhança do que sucedeu com a exceção de preterição de tribunal arbitral, no que tange à exceção de violação de pacto de jurisdição, apenas a primeira decisão proferida a julgou improcedente, mantendo a competência dos tribunais portugueses (TRL de 10/04/2014). Todas as demais decisões julgaram procedente a exceção de incompetência internacional por violação de pacto de jurisdição e absolveram o banco réu da instância.

Em dois casos (acórdãos de 26/01/2016 e de 21/04/2016, proc. 540/14.4TVLSB.S1 e 538/14.2TVLSB.L1.S1), os acórdãos do Supremo foram proferidos em recurso *per saltum*.

Desenvolvimento

Partilho da orientação seguida nos acórdãos que julgaram procedente a exceção de incompetência internacional por violação de pacto de jurisdição (o que sucedeu em todos com exceção do primeiro).

Deles destaco os seguintes argumentos, que também revelam o meu entendimento do direito vigente:

I. Perante uma situação jurídica plurilocalizada que envolva Portugal e outro(s) Estado(s) Membro(s) da União Europeia há que aplicar as regras da competência internacional constantes do Regulamento (UE) 1215/2012 do

Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 (que revogou o Regulamento (CE), 44/2001, de 16 de janeiro) – art. 8.º, n.º 4, da CRP.

A interpretação uniforme daqueles Regulamentos está confiada ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), nos termos do art. 267 do TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

II. Sobre os pactos atributivos de jurisdição rege o art. 25 do Regulamento (UE) 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, nos termos do qual se as partes, *independentemente do seu domicílio*, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência, a menos que o pacto seja, *nos termos da lei desse Estado-Membro*, substantivamente nulo. Essa competência é exclusiva, salvo acordo das partes em contrário.

Enfatizando a disciplina desta norma, no considerando (20) do Regulamento (UE) 1215/2012 afirma-se que a questão de saber se o pacto atributivo de jurisdição a favor de um tribunal ou dos tribunais de um Estado-Membro é nulo quanto à sua validade substantiva deverá ser decidida *segundo a lei do Estado-Membro do tribunal ou tribunais designados no pacto*, incluindo as regras de conflitos de leis desse Estado-Membro.

Ainda de acordo com o art. 25, o pacto atributivo de jurisdição pode ser celebrado: a) Por escrito (qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do pacto equivale à «forma escrita») ou verbalmente com confirmação escrita; b) De acordo com os usos que as partes tenham estabelecido entre si; ou c) No comércio internacional, de acordo com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial concreto em questão.

Se as ações forem da competência exclusiva de vários tribunais, sendo demandado um tribunal de um Estado-Membro ao qual é atribuída competência exclusiva por um pacto referido no art. 25, os tribunais dos outros Estados-Membros devem suspender a instância até ao momento em que o tribunal demandado com base nesse pacto declare que não é competente for força do mesmo (art. 31, n.º 2).

III. O anterior Regulamento – o Regulamento (CE), 44/2001, de 16 de janeiro – no seu art. 23, dispunha que se as partes, das quais *pelo menos uma se encontre domiciliada no território de um Estado-Membro*, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência (e exclusiva, a menos que as partes tivessem convencionado o em contrário).

Os requisitos de forma eram idênticos aos do atual Regulamento.

IV. O Regulamento vigente trouxe a possibilidade de o pacto ser convencionado quando nenhuma das partes tem domicílio em Estado-Membro. E clarificou situações que perante o Regulamento de 2001 suscitavam dúvidas: que a nulidade do pacto se afere pela lei do Estado-Membro a que as partes atribuíram competência; e que se forem vários os tribunais com competência exclusiva, sendo demandado um tribunal de um Estado-Membro ao qual é atribuída competência exclusiva por um pacto referido no art. 25, os tribunais dos outros Estados-Membros devem suspender a instância até ao momento em que o tribunal demandado com base nesse pacto declare que não é competente for força do mesmo.

V. O já afirmado e constitucionalmente consagrado primado das normas dos regulamentos comunitários sobre a nossa legislação interna impõe que a

validade e eficácia dos pactos atributivos de jurisdição não estejam dependentes de outros requisitos (de forma ou de substância) além dos estabelecidos nos referidos regulamentos – presentemente e, para o que ora releva, o Regulamento (UE) 1215/2012. O direito dos Estados-Membros não pode acrescentar outros requisitos de validade ou eficácia à convenção atributiva de jurisdição.

Assente a aplicabilidade do Regulamento, im procedem as objeções à validade do pacto de jurisdição estipulado, quer na ótica do art. 94 do CPC, quer na do regime instituído em sede de cláusulas contratuais gerais, designadamente no art. 19, alínea g), do DL 446/85. Nomeadamente, não é necessário que exista uma qualquer conexão entre o objeto do litígio e o tribunal designado, não sendo valoráveis os inconvenientes para uma das partes decorrentes da localização do foro convencionado (ainda que o pacto conste de cláusula contratual geral).

VI. Apesar de as normas do Regulamento não fazerem alusão expressa ao elemento da estraneidade ou internacionalidade da relação jurídica, entende-se que da *ratio* do diploma se deve retirar a necessidade de, para sua aplicação, ocorrer ou surgir uma situação jurídica internacional. Neste sentido vai a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

No entanto, para que a relação jurídica seja considerada internacional basta um qualquer nex, ainda que hipotético, com diferentes Estados, como, por exemplo: que os contratos *swap* visem gerir o risco de flutuação de taxas de juro de contratos de financiamento internacionais; que os contratos de *swap* estejam sujeitos a um quadro negocial padronizado internacional (como por exemplo o *ISDA Master Agreement*); que os contratos de *swap* prevejam a possibilidade de cumprimento em Estado estrangeiros.

4. Aposta, exceção de jogo, especulação, falta de causa

Algumas indicações bibliográficas específicas sobre o tema: CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, «*Swaps* de troca e *swaps* diferenciais», Cadernos do

Mercado de Valores Mobiliários, N.º esp., n.º 51, v. 1 (ag. 2015), p. 11-22; M. CLARA CALHEIROS, «O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global», *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 42 (abril-junho 2013), p. 3-13 (em especial, pp. 7-10); HÉLDER M. MOURATO, «*Swap* de taxa de juro: A primeira jurisprudência», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 44, abril 2013, p. 29-44; PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 143, n.º 3987 (jul.-ag. 2014), p. 391-413; PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 144, n.º 3988 (set.-out. 2014), p. 14-56 (em especial até p. 27); CALVÃO DA SILVA, «TRL, Acórdão de 21 de Março de 2013 (*Swap* de taxa de juro: sua legalidade e autonomia e inaplicabilidade da excepção de jogo e aposta)», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 142, n.º 3979 (março-abril 2013), p. 238-269; SIMÃO MENDES DE SOUSA, «Contrato de *swap* de taxa de juro: validade ou invalidade do contrato no ordenamento jurídico nacional», *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.75, n.3-4 (jul.-dez. 2015), p. 697-744.

Dados da jurisprudência

O tema foi tratado, em alguns casos a par de outros, nos acórdãos do quadro seguinte.

Tribunal, data, processo	Decisão
5. TRL de 21/03/2013 2587/10.oTVLSB.L1	Declarada a nulidade por contrariedade e lei imperativa – aposta ilícita. Decisão favorável ao cliente.
9. TRL de 08/05/2014 531/11.7TVLSB.L1-8	Resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias. Decisão favorável ao cliente.
10. TRL de 13/05/2014	Deveres de informação e comunicação cumpridos, excepção de aposta

309/11.8TVLSB.L1	inaplicável. Decisão favorável ao banco.
14. STJ de 29/01/2015 531/11.7TVLSB.L1.S1	Declarada a nulidade dos contratos por ofensa à ordem pública. Mantém, no essencial, a decisão do TR, mas com outro fundamento. Decisão favorável ao cliente.
16. STJ de 11/02/2015 309/11.8TVLSB.L1.S1	Exceção de aposta inaplicável. Revista improcedente. Decisão favorável ao banco.
27. TRP de 15/09/2015 29/14.1TVPRT.P1	Ação improcedente. Decisão favorável ao banco.
29. TRP de 28/10/2015 27/14.4TVPRT.P1	Ação improcedente. Decisão favorável ao banco.
31. STJ de 26/01/2016 876/12.9TVLSB.L1.S1	Ação improcedente. Mantido o acórdão do TR. Decisão favorável ao banco.
36. STJ de 03/05/2016 27/14.5TVPRT.P1.S1	Ação improcedente. Mantém acórdão do TR. Decisão favorável ao banco.
37. TRL de 10/05/2016 1246/14.0T8PDL.L1-7	Ação improcedente. Decisão favorável ao banco.

Os contratos de permuta de taxas de juro que não visem gerir o risco de flutuação de taxa de juro que o contraente tenha efetivamente de suportar por via de obrigações assumidas noutros contratos são especulativos?

Na positiva, tais contratos reconduzem-se a contratos de aposta?

Se assim for, trata-se de apostas ilícitas?

Noutra vertente, e tendo-se respondido afirmativamente à primeira questão, colocou-se também a seguinte: os contratos de *swap* de taxas de juro meramente especulativos carecem de causa? São negócios abstratos?

E se assim for, são inválidos?

Foram estas as questões debatidas nos dez arestos a seguir listados (em alguns deles a par de outra(s) com idêntica relevância).

Da análise da jurisprudência em causa podemos concluir que, num primeiro momento (processos 2587/10.0TVLSB.L1 e 531/11.7TVLSB.L1-8, este no Ac. do STJ), os tribunais superiores foram favoráveis à consideração de que a validade do contrato de *swap* de taxa de juro dependeria de um efetivo fim económico-

social de cobertura de risco¹⁰, consideração que foi abandonada (a meu ver, bem) nos acórdãos proferidos a partir de fevereiro de 2015 (inclusive)¹¹.

Desenvolvimento

A jurisprudência não tem sido unânime nestas matérias. O desenvolvimento que se segue corresponde ao meu pensamento, que vai no sentido da posição dominante nos últimos anos.

I. O *swap* de taxa de juro é um modelo contratual previsto e tutelado pelo nosso ordenamento jurídico, quer de forma genérica ao abrigo do princípio da autonomia privada positivado no art. 405 do CC, quer nos termos das normas do CVM dirigidas aos instrumentos financeiros derivados e à sua comercialização, independentemente da função económico-social que assuma (gestão de risco de flutuação de taxa de juro, especulação, ou outra).

O *swap* de taxa de juro apresenta-se como *contrato nominado*, cuja designação está expressamente indicada na lei, desde pelo menos 1997. O DL 1/97, de 7 de janeiro, que regula a aceitação pelo Estado de cláusulas de compensação (*netting* e *set-off*) no âmbito de acordos sobre produtos financeiros derivados, refere expressamente no seu art. 2.º os *swaps* de taxas de juro como contratos financeiros abrangidos pelo diploma. E o DL 70/97, de 3 de abril, que reconhece oponibilidade à massa falida e aos credores dessa massa de estipulações bilaterais de compensação no âmbito de contratos sobre instrumentos financeiros, alude, também no seu art. 2.º, aos *swaps* como instrumentos financeiros sobre valores

¹⁰ Anotações ou notas aos referidos acórdãos em M. CLARA CALHEIROS, «O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global», *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 42 (abril-junho 2013), p. 3-13 (8); PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 144, n.º 3988 (set.-out. 2014), p.14-56 (27); CALVÃO DA SILVA, «TRL, Acórdão de 21 de Março de 2013 (*Swap* de taxa de juro: sua legalidade e autonomia e inaplicabilidade da excepção de jogo e aposta)», *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, a. 142, n.º 3979 (março-abril 2013), p. 238-269.

¹¹ A discussão sobre se os contratos de *swap* se devem submeter às regras do jogo e aposta foi, em tempos, suscitada em ordenamentos estrangeiros e neles superada, como nos dá conta RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, 2000, pp. 129-130.

mobiliários (a par de contratos a prazo relativos a divisas, a taxas de juro e a taxas de câmbio, opções e análogos), aos quais o diploma se aplica.

O *swap* de divisas já aparecia referenciado na lei portuguesa, pelo menos, desde o DL 77-A/87, de 16 de fevereiro, pelo qual o Ministro das Finanças foi autorizado, em nome e representação da República Portuguesa, a contrair um empréstimo de 15000 milhões de ienes japoneses e a proceder à correspondente emissão de títulos, assim como a operações de permuta de divisas (*swap*).

Desde as alterações introduzidas no Código dos Valores Mobiliários pelo DL 357-A/2007, de 31 de outubro – que transpôs para a ordem jurídica interna, entre outras, a Diretiva n.º 2004/39/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril¹², relativa aos mercados de instrumentos financeiros (vulgo DMIF) –, que o *swap* de taxa de juro está expressamente previsto como contrato derivado ao qual se aplicam as regras do mesmo código (art. 2.º, n.º 1, al. e), do CVM).

Também o Regulamento (UE) n.º 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativo ao sistema europeu de contas (SEC) nacionais e regionais na União Europeia, em anexo, e para o que ora interessa, define os *swaps* e as suas categorias mais frequentes, entre as quais a dos *swaps* de taxas de juro. Além disso, este Regulamento classifica os *swaps* como espécies de derivados financeiros – que define como instrumentos financeiros ligados a um dado instrumento financeiro, indicador ou mercadoria, através dos quais certos riscos financeiros específicos podem ser negociados enquanto tal nos mercados –, e afirma expressamente que os derivados financeiros podem servir vários propósitos, designadamente a gestão de riscos, as operações de cobertura, a arbitragem entre mercados, a *especulação* e a remuneração dos empregados (assim se afirma em 5.200).

¹² Entretanto revogada pela Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que mantém idênticas previsões de contratos de *swap*.

É pois claro que, perante o ordenamento nacional, a validade dos contratos de permuta de taxa de juro não é condicionada pela função socioeconómica que em concreto assumam.

II. O contrato de *swap* de taxa de juro, mesmo quando desgarrado de um risco externo preexistente (ou seja, mesmo quando não tenha finalidade de transformar um risco real e preexistente), não pertence à categoria dos contratos de jogo e aposta, pois são diferentes nas suas funções. Os contratos de jogo e aposta têm por função o divertimento das partes, a sua causa é meramente lúdica, o que nunca sucede nos contratos de *swap*. Estes podem ter várias causas, eventualmente cumulativas: a gestão ou minimização de um risco preexistente, a obtenção de um lucro (ainda que incerto) através do investimento numa dada posição financeira esperando a evolução de mercado num dado sentido ou, eventualmente, tirando partido de diferenças em vários mercados. A sua função nunca é o simples divertimento das partes contratantes.

Para quem entenda que este argumento não é determinante, acrescenta-se que ao contrato de *swap* não é aplicável a exceção de jogo uma vez que o legislador o acolheu expressamente na categoria de *instrumentos financeiros*, nos termos estabelecidos no art. 2º, nº 1, do CVM, regulando-o sob vários aspetos.

III. Funções do contrato de *swap* de taxa de juro e *cobertura* de risco.

As funções mais comuns do contrato de *swap* de taxa de juro são a gestão de um risco financeiro previamente assumido, a arbitragem (aqui entendida como a exploração das diferenças de preços do mesmo produto em diferentes mercados) e a especulação. Assim resulta do Regulamento (UE) n.º 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, e das análises correntemente efetuadas pela doutrina sobre o modelo contratual em causa¹³.

¹³ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, «Instrumentos financeiros: os Swaps», cit., p. 67; MARIA CLARA CALHEIROS, *O contrato de Swap*, cit., pp. 65-75; PEDRO BOULLOSA GONZALEZ, «Interest Rate Swaps:

A finalidade que designo por *gestão de risco* corresponde ao que em língua inglesa se designa por *hedging*, realidade que também é traduzida por *cobertura de risco*¹⁴.

A este respeito há que ter em conta que, no ordenamento jurídico português, usamos, de há muito, o termo *cobertura*, ou a expressão *cobertura de risco*, no âmbito do contrato de seguro. O equivalente em inglês é **coverage**: «inclusion in an insurance policy or protective plan», «the extent of protection afforded by an insurance policy», «protection against a risk or risks specified in an insurance policy»¹⁵, «Insurance. protection provided against risks or a risk, often as specified: *Does the coverage include flood damage?*»¹⁶. Ou ainda: «Insurance: Scope of protection (cover) provided by a policy through inclusion of named perils or risks»¹⁷.

Presentemente, no âmbito do direito dos seguros onde o conceito está enraizado, extrai-se do art. 1.º da LCS a seguinte noção: cobertura é a obrigação de realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato (e pela qual o tomador se obriga a pagar o prémio). O tomador paga o prémio para que o segurador suporte o risco de ocorrência do sinistro; o segurador sujeita-se durante o período de vida do contrato, a ter de

Perspectiva jurídica», cit., pp. 13 e ss.; PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta...», RLJ, a. 143, n.º 3987, cit., pp. 402-8; SIMÃO MENDES DE SOUSA, «Contrato de *swap* de taxa de juro: validade ou invalidade do contrato no ordenamento jurídico nacional», cit., pp. 702-5. Reconhecendo as várias funções do contrato, mas entendendo oponível a exceção de jogo ao *swap* meramente especulativo, HÉLDER M. MOURATO, *O contrato de Swap de taxa de juro*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 64-79.

¹⁴ Exemplificativamente, MARIA CLARA CALHEIROS, *O contrato de swap*, cit., pp. 65-6; e M. CLARA CALHEIROS, «O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global», cit., p. 5. Também assim sucede com o ponto 5.200 do Anexo ao Reg. 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013. Versão inglesa: «5.200 Financial derivatives are used for a number of purposes including risk management, hedging, arbitrage between markets, speculation and compensation of employees (...)». Versão nacional: «5.200 Os derivados financeiros servem vários propósitos, designadamente a gestão de riscos, as operações de cobertura, a arbitragem entre mercados, a especulação e a remuneração dos empregados (...)».

¹⁵ Todos em «www.thefreedictionary.com».

¹⁶ Em «www.dictionary.com».

¹⁷ Em «www.businessdictionary.com».

prestar, a ter de pagar uma quantia predeterminada, ou predeterminável em função de certos critérios, ou, ainda, correspondente a dado prejuízo.

Margarida Lima Rego dá-nos a definição de *cobertura de risco* de duas perspetivas: «como o universo de factos possíveis previstos no contrato de seguro, cuja verificação determinará a realização da prestação por parte do segurador (cobertura-objeto) ou como o estado de vinculação do segurador, durante todo o período do seguro, conducente à constituição de uma obrigação de prestar em caso de ocorrência de um desses factos (cobertura-garantia)»¹⁸.

No contrato de permuta de taxa de juro não há *coverage*, não há cobertura de risco com o sentido que tem no direito dos seguros. O que se verifica no *swap* de taxa de juro é o que em inglês se designa por *hedging* (e que é diferente de *coverage*).

Vejam-se os vários significados de *hedge* ou *hedging* com interesse para o caso: «to mitigate a possible loss by counterbalancing (one's bets, investments, etc.)», «to prevent complete loss of a bet by betting an additional amount or amounts against the original bet», «*Finance*. to enter transactions that will protect against loss through a compensatory price movement»¹⁹, «to minimize or protect against the loss of by counterbalancing one transaction, such as a bet, against another», «to take compensatory measures so as to counterbalance possible loss»²⁰.

Leia-se também o significado de *hedging* em dicionários especializados:

- «A risk management strategy used in limiting or offsetting probability of loss from fluctuations in the prices of commodities, currencies, or securities. In effect, hedging is a transfer of risk without buying insurance policies.

Hedging employs various techniques but, basically, involves taking equal and opposite positions in two different markets (such as cash and futures markets). Hedging is used also in protecting one's capital against effects of

¹⁸ MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, Coimbra Editora, 2010, p. 96.

¹⁹ Todos em “www.dictionary.com”.

²⁰ Os dois últimos em “www.thefreedictionary.com”.

inflation through investing in high-yield financial instruments (bonds, notes, shares), real estate, or precious metals.»²¹;

- «A hedge is an investment to reduce the risk of adverse price movements in an asset. Normally, a hedge consists of taking an offsetting position in a related security, such as a futures contract.»²².

Coverage também pode ter significado em finanças – «Extent to which the assets of a firm (specially the cash flow) are adequate in meeting its debt obligations»²³ – mas não é sinónimo de *hedging*. E *hedging* não tem significado no direito dos seguros.

No âmbito do direito financeiro, o *hedging* é a gestão do risco através da celebração de contratos derivados ou através da diversificação dos investimentos. Quer no *hedging* quer na cobertura de risco própria dos contratos de seguro há transferência de risco através de um contrato. Mas enquanto no *hedging* a transferência se opera através da assunção de uma posição num contrato derivado (opção, *swap*, futuro ou *forward*) ou através da diversificação dos investimentos, na cobertura de risco opera-se através de contrato de seguro. Enquanto no *hedging* se transfere o risco de uma dada evolução de mercado e em certa medida, podendo ganhar-se (obter-se mais do que o prejuízo que se sofreria sem essa estratégia), mas correndo-se, em contrapartida, o risco de não ganhar ou de perder caso a evolução seja desfavorável ou não seja a esperada; na cobertura de risco transfere-se, total ou parcialmente o risco de perda, mediante um preço (sem possibilidade de ganho, ou seja, sem possibilidade de obter valor além do prejuízo, e sem possibilidade de perda, além da parte do prejuízo eventualmente não coberta).

Para evitar confusão de conceitos, prefiro traduzir *hedging* por *gestão de risco*, em vez de *cobertura de risco*.

A tradução de *hedging* por *cobertura de risco* gera confusão entre a gestão de risco própria de contratos de *swap* de taxa de juro (*hedging*) e a cobertura de risco

²¹ Em “www.businessdictionary.com”.

²² Em “www.investopedia.com”.

²³ Em “www.businessdictionary.com”.

própria dos contratos de seguro (*insurance coverage*). Tal confusão não é querida: «é profundamente enganador querer equiparar os contratos de *swap*, ou outros derivados que servem para a realização da cobertura de risco (*hedging*), aos contratos de seguro. Aliás, para infirmar tal juízo comparativo, bastaria lembrar que a própria definição de *hedging* é a utilização de meios especulativos para finalidades conservadoras»²⁴.

A tradução de *hedging* por *cobertura de risco* deve ser evitada por propiciar a confusão entre os conceitos de *cobertura de risco no seguro* e de *cobertura de risco enquanto tradução de hedging*²⁵.

IV. Concluindo: o contrato de *swap* de taxa de juro pode ter uma função de gestão de risco (que é diferente da função de cobertura do contrato de seguro), mas pode ter também outras funções, nomeadamente, meramente especulativas (como sucederá quando não tem subjacente qualquer risco real emergente de uma posição jurídica real), sem que isso contenda com a sua validade, eficácia e licitude.

De acrescentar, *a latere* e sem conceder, que, se a cobertura de risco fosse um elemento essencial do modelo contratual *swap* de taxa de juro, a falta desse elemento numa ocorrência contratual concreta não geraria a invalidade do

²⁴ M. CLARA CALHEIROS, «O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global», cit., p. 5.

²⁵ No Ac. STJ de 29/01/2015, proc. 531/11.7TVLSB.Li.S1, o contrato de *swap* de taxa de juro foi declarado nulo por ofensa à ordem pública (especulativo, ausência de finalidade de cobertura de risco); e no processo 1387/11.5TBBCL (Ac. TRG de 31/01/2013 e Ac. STJ de 10/10/2013), o contrato foi resolvido por alteração anormal de circunstâncias por ter deixado de ter a função de «cobertura». V. anotações a um ou outro destes casos em M. CLARA CALHEIROS, «O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global», cit., pp. 11-13; TIAGO MANUEL SOUSA FREITAS E COSTA, «Resolução do contrato de *swap* de taxa de juro: anotação jurisprudencial», *O Direito*, Coimbra, a. 146, n.º 2 (2014), pp. 530-542; DIOGO PEREIRA DUARTE, «A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias, a propósito dos *swaps*; anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08/05/2014», *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra, a.7, n.1 (2015), pp. 189-235; PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», *RLJ*, a. 144, n.º 3988, cit., pp. 49 e ss.; CALVÃO DA SILVA, «STJ, Acórdão de 10 de Outubro de 2013 (*swap* de taxa de juro: inaplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias)», *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, a. 143, n.º 3986 (maio-junho2014), pp. 348-373.

contrato, mas apenas a sua não qualificação na espécie, a sua atipicidade (também social)²⁶.

5. Alteração anormal das circunstâncias

Algumas indicações bibliográficas específicas sobre o tema: M. CLARA CALHEIROS, «O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global», *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 42 (abril-junho 2013), p. 3-13 (em especial, pp. 11-3); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Direito bancário e alteração de circunstâncias», in *I Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 27-81; TIAGO MANUEL SOUSA FREITAS E COSTA, «Resolução do contrato de *swap* de taxa de juro: anotação jurisprudencial», *O Direito*, Coimbra, a. 146, n.º 2 (2014), p. 530-542; DIOGO PEREIRA DUARTE, «A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias, a propósito dos *swaps*; anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08/05/2014», *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra, a.7, n.1 (2015), p. 189-235; PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 144, n.º 3988 (set.-out. 2014), p. 14-56 (em especial pp. 27 e ss.); João CALVÃO DA SILVA, «Contratos bancários e alteração das circunstâncias», *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 90, n.º 2 (2014), p.539-566; CALVÃO DA SILVA, «STJ, Acórdão de 10 de Outubro de 2013²⁷ (*swap de taxa de juro: inaplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias*)», *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, a. 143, n.º 3986 (maio-junho2014), p. 348-373.

²⁶ Sobre o tema já muito se escreveu. Exemplificativamente, acerca de um aspeto do contrato de mediação e com indicações sobre questões análogas noutros contratos, v. o meu *O contrato de mediação*, Almedina, 2014, pp. 382-5.

²⁷ Bem indicado no sumário da capa da RLJ em causa, mas, por lapso manifesto, indicado na p. 348 como «Acórdão de 12 de Setembro».

Dados da jurisprudência

O tema foi tratado, em alguns casos a par de outros, nos acórdãos do quadro seguinte.

Tribunal, data, processo	Decisão
4. TRG de 31/01/2013 1387/11.5TBBCL-B.G1	Resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias. Decisão favorável ao cliente.
6. STJ de 10/10/2013 1387/11.5TBBCL.G1.S1	Resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias. Mantém decisão do TR. Decisão favorável ao cliente.
9. TRL de 08/05/2014 531/11.7TVLSB.L1-8	Resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias. Decisão favorável ao cliente.
13. TRL de 15/01/2015 876/12.9TVLSB.L1-6	Julgada não verificada alteração anormal das circunstâncias que justificasse resolução ou modificação do contrato. Decisão favorável ao banco.
14. STJ de 29/01/2015 531/11.7TVLSB.L1.S1	Declarada a nulidade dos contratos por ofensa à ordem pública. Mantém decisão do TR com diferente fundamentação. Decisão favorável ao cliente.
19. TRL de 28/04/2015 540/11.6TVLSB.L2	Decretada a resolução do contrato por alteração das circunstâncias. Decisão favorável ao cliente.
24. TRL de 02/07/2015 2118-10.2TVLSB.L1.-2	Ação improcedente. Decisão favorável ao banco.
31. STJ de 26/01/2016 876/12.9TVLSB.L1.S1	Ação improcedente. Mantido o acórdão do TR. Decisão favorável ao banco.
37. TRL de 10/05/2016 1246/14.0T8PDL.L1-7	Ação improcedente. Decisão favorável ao banco.

Seis processos, nove acórdãos. A jurisprudência apresenta-se dividida em partes iguais nesta matéria.

Nos processos 531/11.7TVLSB, 540/11.6TVLSB e 1387/11.5TBBCL, a decisão foi sempre favorável ao cliente, tendo-se decretado a resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (pequena ressalva para dizer que no processo 531/11.7TVLSB assim foi apenas na Relação, tendo o Supremo mantido a decisão favorável ao cliente, mas com fundamento diferente da alteração das circunstâncias). A resolução dos contratos de *swap* foi decretada por os tribunais terem considerado que a descida

das taxas de juro causada pela crise de 2008-2009 constituía uma grave e anormal alteração das circunstâncias em que as partes tinham fundado as suas decisões de celebrar os contratos de *swap* de taxas de juro²⁸.

Nos processos 2118-10.2TVLSB, 876/12.9TVLSB e 1246/14.0T8PDL, as ações propostas pelos clientes dos bancos foram julgadas improcedentes, não tendo sido decretadas as pedidas resoluções dos contratos.

Desenvolvimento

O desenvolvimento que segue é pessoal, seguindo no essencial a posição jurisprudencial dominante nos últimos anos.

I. A análise subsequente segue o seguinte percurso: o contrato de *swap* de taxa de juro como contrato aleatório; aplicabilidade do art. 437 do CC aos contratos aleatórios – circunstâncias que, a alterarem-se grave e anormalmente, permitem essa aplicação; «riscos próprios do contrato» de *swap* de taxa de juro.

II. O contrato de *swap* de taxa de juro é pacificamente reconduzido à categoria doutrinal dos *contratos aleatórios*. Apesar de estes não constituírem uma categoria legislada, vários contratos classificados como tal estão previstos e/ou regulados por lei. Lembro o jogo e aposta, a venda de bens futuros com carácter aleatório, a venda de bens de existência ou titularidade incerta, a renda vitalícia e os contratos de seguro. Têm em comum serem contratos onerosos nos quais, no momento da sua celebração, a existência e/ou a extensão da atribuição de uma ou de ambas as partes está, *por estipulação contratual*, dependente de um facto

²⁸ Parte dos referidos acórdãos foram objeto das seguintes anotações: M. CLARA CALHEIROS, «O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global», cit., pp. 11-13; TIAGO MANUEL SOUSA FREITAS E COSTA, «Resolução do contrato de *swap* de taxa de juro: anotação jurisprudencial», cit.; DIOGO PEREIRA DUARTE, «A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias, a propósito dos *swaps*; anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08/05/2014», cit.; PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», RLJ, a. 144, n.º 3988, cit., pp. 49 e ss.; CALVÃO DA SILVA, «STJ, Acórdão de 10 de Outubro de 2013 (*swap* de taxa de juro: inaplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias)», cit..

incerto quanto à sua verificação (*incertus an*) ou quanto ao momento dessa verificação (*incertus quando*), o que gera incerteza sobre o resultado económico do contrato, para ambas as partes²⁹.

É fundamental, na minha perspetiva, o *acordo das partes em que uma ou mais das atribuições contratuais fique dependente de um evento incerto*. A necessária incerteza relativamente ao resultado económico do contrato e o eventual desequilíbrio final entre as atribuições são *consequências daquela estrutura*.

III. Desequilíbrios entre prestações e incertezas quanto ao resultado económico do negócio podem suceder em quase todos os contratos em que exista um hiato temporal entre o acordo e a execução das prestações. Em qualquer contrato, excetuados talvez os mais simples e instantâneos contratos de troca, cada uma das partes corre o risco de que a prestação da parte contrária não venha a ser satisfeita do modo esperado (mora, cumprimento defeituoso, incumprimento, impossibilidade), ou que, por alteração das circunstâncias económicas ou financeiras, se torne menos vantajosa que o previsto aquando da contratação, ou que a sua própria prestação se torne mais onerosa.

Os primeiros são riscos compensados pela regulação contratual e que desaparecem com atuação dessa regulação. Por vezes são duplamente acautelados com a acoplação de garantias.

Os segundos são riscos sem cura, que desequilibram indelevelmente o valor das prestações contratuais mas dentro de uma esfera de normalidade, dentro da esfera de eventos externos ao contrato, que sabemos à partida que podem suceder, mas que no caso concreto esperamos que não sucedam. Riscos que assumimos, mas são malquistos; que não nos impedem de contratar, mas que gostaríamos de não correr. Daí que, por vezes, os tentemos minimizar por via de cláusulas

²⁹ Neste parágrafo e nos seguintes recorro livremente às pp. 287-96 do meu *O contrato de mediação*, Almedina, 2014, nas quais se encontra mais extensa fundamentação.

contratuais, nomeadamente de indexação de valores. A este segundo conjunto de riscos chama-se «álea normal dos contratos» ou «risco económico em sentido estrito».

IV. Estes *riscos normais* são *juridicamente irrelevantes* enquanto não atingirem um grau de anormalidade tal que, por via do instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (art. 437 do CC), os torne juridicamente relevantes. Entre o risco económico em sentido estrito ou álea normal dos contratos e os riscos que permitem o funcionamento deste instituto existe uma diferença de grau, não de qualidade.

V. Nos contratos aleatórios, a álea tem uma compleição diferente dos riscos de que falámos até agora. Nos contratos aleatórios, a álea é *desejada e incorporada no contrato por estipulação das partes* (ainda que tácita) e vai influenciar a existência ou a determinação da prestação, ou de várias prestações. São as partes que querem que a prestação de uma, ou de ambas, fique dependente de um evento futuro e incerto (quanto à sua verificação ou ao momento desta), são as partes que querem correr o risco da incerteza que essa dependência vai produzir no resultado económico do contrato, querem correr o risco de ganhar e de perder. Não é que desejem perder, ou sequer que desejem o evento de que resultará a prestação aleatória, mas desejam e aceitam indubitavelmente correr o risco de que isso possa acontecer, na esperança de que o evento aleatório lhes seja favorável.

Podemos concluir que enquanto a *álea normal* (risco económico) é *exterior* ao contrato, *eventual* e *afeta o valor da prestação*; a *álea própria dos contratos aleatórios* (risco jurídico) é *intrínseca, necessária e afeta a existência ou a extensão da prestação*.

VI. Além desta álea intrínseca ou endógena, risco jurídico (e, claro está, da álea normal ou risco económico presente em todos os contratos), os contratos

aleatórios, com exceção dos de jogo e aposta, podem lidar também com um risco exógeno, preexistente, que se quer cobrir, gerir, minimizar ou sobre o qual se quer especular.

VII. Tem-se suscitado a questão de saber se é aplicável aos contratos aleatórios o instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias previsto no art. 437 do CC.

Na minha perspetiva, a resposta é positiva quando as alterações são da esfera do risco económico, da álea *normal*, mas que ao tomarem *proporções graves e anormais*, justificam a disciplina do instituto. O ISDA *Master Agreement 2002* prevê que determinadas alterações supervenientes e anormais das circunstâncias que foram pano de fundo da contratação possam conduzir à resolução do contrato. Com efeito, na cláusula 5.^a, alínea (b) – *Termination Events* – prevê-se a possibilidade de pôr termo ao contrato perante a ocorrência superveniente de graves e inesperadas alterações do quadro fiscal ou da introdução de restrições legais à entrada e saída de capitais no Estado onde se situe uma das partes, entre outras.

VIII. Quando as alterações se situam na esfera do risco jurídico, do risco endógeno, querido e criado pelo contrato aleatório (ainda que por vezes reportado a um outro tipo de risco preexistente que se quis limitar ou cobrir), a resposta impõe-se negativa.

É com este enquadramento, pensando nos «riscos próprios do contrato» de *swap*, nos riscos que as partes quiseram e criaram ao celebrar o contrato, que vemos:

- «A principal consequência da classificação do contrato de *swap* na categoria dos contratos aleatórios é a não aplicação do regime do art. 437.º do Código Civil sobre resolução com base na alteração das circunstâncias, em face de uma inesperada e grave evolução, para uma ou outra das partes, das

taxas ou das cotações das moedas adotadas como referentes do contrato de *swap* celebrado.»³⁰.

- «Sendo este o coração do contrato sinalagmático e aleatório que é o *swap*, deve ter-se por não sujeito ao regime do art. 437.º do Código Civil, sob pena de contradição nos termos e desnaturação do *swap*: a flutuação dos juros por referência à evolução do Euribor é o objeto e a causa deste *swap* concretamente celebrado, nos limites acordados, pelo que não pode deixar de considerar-se coberta pelos riscos próprios deste contrato a prestação aleatória da parte onerada com o pagamento do saldo líquido resultante da possível compensação das obrigações recíprocas (...).

Numa palavra: a volatilidade dos juros é o risco próprio do *swap*, a não permitir a sua resolução pois as partes expuseram-se voluntariamente à alteração da Euribor e a descida verificada não decorreu de outros eventos, causas ou circunstâncias (alteração legislativa, guerra, implosão do euro, etc), diferentes e fora da oscilação do mercado como a álea do contrato de troca concretamente firmado (repartição e assunção contratual do risco).»³¹.

- «Mesmo quando se afirma que também os contratos aleatórios *não estão subtraídos* à aplicação do regime da alteração anormal das circunstâncias, previsto no artigo 437.º, desde que a alteração em causa vá para além de *quaisquer flutuações* previsíveis no momento da celebração do contrato, ou do *risco típico do contrato*, ressalva-se o caso de o contrato aleatório em causa ter como *finalidade, e objeto, justamente a alteração da exposição ao risco em questão*.

Neste caso, quando o contrato aleatório, pela sua finalidade, *visa expor as partes ao risco* em causa, parece claro que apenas alterações de *outras circunstâncias*, diversas daquelas cujo risco as partes quiseram afetar mediante a celebração do contrato aleatório (circunstâncias já fora da álea

³⁰ MARIA CLARA CALHEIROS, *O contrato de Swap*, cit., p. 90.

³¹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Contratos bancários e alteração das circunstâncias», *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 90, n.º 2 (2014), pp. 539-566 (553-4).

contratual), poderão ser relevantes para efeitos do art. 437.º, n.º 1. Já a alteração que consiste justamente na variação dos *riscos que as partes quiseram, pela própria finalidade do contrato*, assumir quando contrataram, integra os “riscos próprios do contrato” que estão previstos, como elemento negativo da previsão, naquela norma do Código Civil.»³².

- «Na verdade, o risco de variação das taxas de juro, em consequência de uma crise financeira global ou de outros eventos, está claramente coberto pelos “riscos próprios do contrato” de *swap* de taxas de juro – é *a ele mesmo* que a celebração do contrato se dirigiu, sendo esta assunção incompatível com a pretensão de, *ex post*, “alijar” as consequências desses riscos (depois de, eventualmente, se ter beneficiado em períodos anteriores de oscilações mais favoráveis das taxas).

Note-se, ainda, que esta conclusão, se é válida em geral para o *swap* de taxas de juro, será ainda mais clara naqueles casos em que o *swap* previu expressamente, por acordo das partes, *limites inferiores (floors)* ou *superiores* para a taxa a pagar (ou para alteração desta), e em que está em causa uma alteração que levou justamente à ultrapassagem desses limites.

Com efeito, se o contrato de *swap* taxa de juro em questão previu determinados intervalos ou barreiras como limites para a alteração das (taxas de juro e das) prestações devidas, e se a alegada alteração das circunstâncias, em resultado da crise financeira de 2008, se traduziu na ultrapassagem desses limites, convencionados pelas partes (e não noutras consequências, como a limitação da circulação de capitais, o encerramento do mercado intercambiário ou de mercados de valores mobiliários, etc.), não pode dizer-se que se tenha produzido qualquer “alteração anormal” de circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Isto, desde logo, porque tal alteração *foi especificamente prevista pelas próprias partes*, ao estipularem

³² PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», RLJ, ano 144, cit., p. 46.

quais as taxas que, pare efeitos do *swap*, seriam devidas *quando fosse ultrapassada determinada barreira.*»³³.

6. Violação de deveres de informação e comunicação/erro

Dados da jurisprudência

O tema foi tratado, em alguns casos a par de outros, nos acórdãos do quadro seguinte.

Tribunal, data, processo	Decisão
1. TRL de 17/02/2011 2408/10.4TVLSB-B.L1-8	Deveres de informação cumpridos. Decisão favorável ao banco.
3. TRL de 25/09/2012 2408/10.4TVLSB.L1	Deveres de informação cumpridos. Decisão favorável ao banco.
10. TRL de 13/05/2014 309/11.8TVLSB.L1	Deveres de informação e comunicação cumpridos, exceção de aposta inaplicável. Decisão favorável ao banco.
19. TRL de 28/04/2015 540/11.6TVLSB.L2	Decretada a resolução do contrato por alteração das circunstâncias. Decisão favorável ao cliente.
23. STJ de 16/06/2015 1880/10.7TVLSB.L1.S1	Deveres de informação e comunicação cumpridos. Revoga acórdão do TR. Decisão favorável ao banco.
24. TRL de 02/07/2015 2118-10.2TVLSB.L1.-2	Ação improcedente. Decisão favorável ao banco.
37. TRL de 10/05/2016 1246/14.0T8PDL.L1-7	Ação improcedente. Decisão favorável ao banco.

A violação de deveres de informação foi suscitada com dois fundamentos: a) por os contratos terem cláusulas contratuais gerais e não terem sido cumpridos os deveres de comunicação, informação e esclarecimento impostos pelo DL 446/85, de 25 de outubro (com as suas atualizações); b) por os contratos serem celebrados com intermediário financeiro sem que este tivesse cumprido os deveres de informação que lhe são impostos pelos arts. 312 a 312-G do CVM.

³³ PAULO MOTA PINTO, «Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar», RLJ ano 144, cit., p. 54.

Por vezes, e na sequência da alegação de violação daqueles deveres, invoca-se o erro sobre os motivos determinantes da vontade ou sobre o objeto do negócio (art. 252 do CC).

No que respeita a estas matérias, e dispensando-me de outros desenvolvimentos, há que ter em consideração as normas gerais e especiais do ordenamento que ao caso caibam. Os deveres de informação emanados do princípio da boa fé, a observar desde a fase negocial ou pré-contratual, são, no *swap* de taxa de juro, acrescidos pelas regras mais exigentes do CVM (trata-se de contrato de balcão celebrado com instituição de crédito ou sociedade financeira com qualidade de intermediária) e do regime das cláusulas contratuais gerais (por norma, há subscrição de contrato-quadro de adesão e/ou de um contrato com algumas cláusulas não negociadas).

O contrato em causa, como qualquer outro, não está imune a situações que contendam com a sua validade e eficácia, como as que respeitam a vícios na formação da vontade, entre outros. Não obstante, em nenhum dos casos chegados aos tribunais judiciais superiores foi por estes declarado nulo ou anulado contrato (ou cláusulas dele) por desrespeito de deveres de informação ou de comunicação. Também não se verificou qualquer caso de anulação por erro.

Conclusões

Os contratos de *swap* de taxas de juro só foram fonte de desentendimentos entre as partes na sequência da descida das taxas de juro ocorrida a partir de finais de 2008.

Apenas os clientes dos bancos que tinham trocado taxas Euribor por taxas fixas (e tendo por base valores nocionais muito elevados) intentaram ações pretendendo invalidar ou resolver os contratos. Se se lembrarem dos casos imaginários descritos na introdução, apenas clientes nas posições de *Abel* intentaram ações. Os Bancos, por seu lado, não intentaram ações simétricas contra clientes com as posições de *Carlos* ou de *Dário*.

Os argumentos de fundo utilizados pelos autores das ações correspondem a três grandes linhas e por vezes foram cumulativamente invocados, com os respetivos pedidos subsidiários:

- a) Invocação de que o contrato celebrado era puramente especulativo e correspondia a uma aposta ilícita, enfermando de nulidade;
- b) Alegação de grave e anormal alteração das circunstâncias em que as partes fundaram as suas decisões de contratar, com o conseqüente pedido de resolução do contrato;
- c) Violação de deveres de informação e comunicação de cláusulas contratuais gerais de que o contrato se compunha, violação de deveres de informação próprios do intermediário financeiro, conseqüente erro da autora sobre o objeto do negócio.

Inicialmente (2013 e 2014), parte da jurisprudência foi sensível aos argumentos de contrariedade à ordem pública e de anormal alteração das circunstâncias, com conseqüentes declarações de nulidade e resolução de contratos.

Ultimamente (2015 e 2016), a jurisprudência tem afirmado a validade dos contratos de *swap* de taxas de juro, mesmo quando meramente especulativos, e tem entendido que a descida das taxas de juro operada pela crise de 2008-2009 está coberta pelos riscos próprios do tipo contratual em causa. Esta evolução é, na minha perspetiva, a melhor.

Casos pontuais de invalidade ou ineficácia, total ou parcial, de contratos de *swap* de taxa de juro podem ocorrer por via da aplicação das regras gerais quando nos casos concretos se verifiquem os necessários pressupostos de facto, nomeadamente, por violação de deveres de informação e comunicação de cláusulas contratuais gerais do contrato, por violação de deveres de informação do intermediário financeiro, por erro sobre o objeto do negócio ou outros vícios da vontade relevantes, por usura. Não obstante ter havido ações judiciais em que foram invocados factos nestas linhas, por falta de prova dos mesmos não houve condenações com estes fundamentos (nos casos que chegaram aos tribunais superiores).

A maioria dos contratos de *swap* de taxas de juro tem a montante contratos-quadro nos quais são, muitas vezes, acordados *pactos atributivos de jurisdição* a tribunais estrangeiros ou *convenções de arbitragem* (mais concretamente, cláusulas compromissórias) que os tribunais portugueses validaram (num caso e no outro, a partir do segundo processo intentado em juízo).

Regime europeu de recuperação e resolução de instituições financeiras: Resposta efetiva ou “wishful thinking”?

| A solução do BES como “case study” |

João Paulo Vasconcelos Raposo
(Juiz de Direito)

ÍNDICE

Nota prévia

Parte I – Recuperação e resolução de IF – Quadro geral

1- Características gerais; 1.1. Contexto histórico; 1.2. Cariz público e inovador; 1.3. Atributos, objetivos e incidência; 1.3.1. Elementos centrais; 1.3.2. Objetivos/finalidades; 1.3.3. Incidência subjetiva; 1.4. Caracterização genérica conclusiva.

Parte II – Recuperação e resolução – Caminhos de abordagem

1 - Avaliação de G20, FSB e BCBS; Reuniões e documentos marcantes; 1.1.1. Ao nível dos G20; 1.1.2. Ao nível do FSB e BCBS;

2 - A resposta norte americana – breve referência;

3 - A via europeia; 3.1. Recuperação e resolução no contexto da união bancária; 3.1.1. Convergência do quadro de supervisão; 3.1.2. Relação estreita com a crise das dívidas soberanas; 3.1.3. Assunção de necessidade de união bancária; 3.1.4. União bancária – enquadramento, arquitetura e velocidades; 3.2. Diretiva e Regulamento de Recuperação e resolução bancárias; 3.2.1. Âmbito de aplicação – incidência subjetiva; 3.2.2. Quadro institucional no

- MUR e na Diretiva; 3.2.3. Enquadramento geral das soluções – Recomendação CE 26/5/2010; 3.2.4. Planeamento de recuperação e resolução; 3.2.4.1. Planos de recuperação; 3.2.4.2. Planos de resolução; a) Elaboração; b) Conteúdo; c) Obrigações simplificadas e isenções; d) Avaliação de resolubilidade; 3.2.5. Intervenção precoce; 3.2.5.1. Pressupostos; 3.2.5.2. Medidas; 3.2.6. Resolução; 3.2.6.1. Despoletamento ou *trigger*; 3.2.6.2. Objetivos; 3.2.6.3. Princípios enformadores; a) Subsidiariedade; b) Ordenação de suporte de perdas; c) Responsabilização subjetiva; d) Impacto mínimo; 3.2.6.4. Dinâmica do procedimento; 3.2.6.4.1. No âmbito do MUR; 3.2.6.4.2. No âmbito da Diretiva; a) Conformação institucional; b) Administração no período resolutivo; 3.2.6.5. Conteúdo material da resolução; 3.2.6.5.1. Determinações prévias ou conexas; a) Avaliação de ativos e passivos; b) Redução ou conversão de instrumentos de capital; 3.2.6.5.2. Conteúdo do plano; 3.2.6.5.3. Instrumentos de resolução; a) Instrumento de alienação de atividade; b) Instrumento de criação de instituição de transição; c) Instrumento de segregação de ativos; d) Instrumento de recapitalização interna; 3.2.6.6. Financiamento do sistema europeu de resolução;
- 4 - O regime português – DL n.º 31-A/2012 de 10/2; 4.1. Recuperação e resolução no RGICSF; 4.2 Principais alterações ao regime do RGICSF.
- 5 - A resolução do Banco Espírito Santo S.A. como *case study*; 5.1. Quadro decisório; 5.2. Impossibilidade prática de recuperação ou intervenção corretiva; 5.3. Resumo da dinâmica do colapso; 5.4. Contexto da instituição; 5.5. A solução resolutiva; 5.6. Avaliação da solução; 5.7. Síntese final do colapso e resolução do BES, S.A.; 5.8. Evolução superveniente do processo resolutivo; 5.8.1. Estratégia e orientação da administração de um BT; Divergência potencial entre AR e administração; Dessintonia entre objetivos resolutivos.
- Conclusão – Recuperação e resolução: efetividade ou *wishful thinking*?

Nota prévia de enquadramento do tema

Ao pretender apresentar os institutos jurídicos da recuperação e da resolução de instituições financeiras propomo-nos sobretudo problematizá-los da forma sintetizada no título.

Sabe-se que estamos ainda atravessando uma crise financeira originada em insolvência de instituições financeiras além atlântico que *contagiu* todo o sistema financeiro internacional, depois levou ondas de choque à impropriamente chamada *economia real*, passando por fim, como é bem notório no nosso ordenamento, a criar graves dificuldades nas dívidas soberanas especialmente expostas, como era (é?) a portuguesa.

A resposta que os sistemas políticos, económicos e jurídicos, nas suas diversas latitudes e enquadramentos, procuraram dar à crise teria, inevitavelmente, que endereçar aqueles que foram os *pontos de impacto* iniciais da mesma: - como prevenir e regular insolvência de instituições financeiras, especialmente aquelas que, pela sua dimensão, apresentem risco para a estabilidade de sistemas financeiros.

Esta lógica de resposta é inatacável: - verificado o problema e as suas consequências procura-se uma resposta que mitigue riscos morais detetados, com intuito de os reduzir a uma dimensão esperada negligenciável.

O que antes se disse permite assinalar a importância central do tema em apreço – trata verdadeiramente da forma de lidar com a origem da crise e procura apresentar um conjunto de respostas para impedir o *nascimento de tempestades* de dimensão equivalente ou, ao menos, limitar os seus efeitos.

Procurará, assim, fazer-se uma avaliação da consistência das soluções apresentadas num contexto de necessidade de ativar os mecanismos previstos.

Mesmo sabendo que a questão se situa no domínio de fenómenos com larga margem de imprevisibilidade e, por consequência, sem possibilidade de

apresentação de respostas universalmente aplicáveis, será lícito, pelo menos, deixar formulada uma questão central:

- Terão os riscos tutelados efetivamente diminuído com as alterações aprovadas e introduzidas?

Começa por fazer-se, na parte I, uma primeira apresentação, ainda genérica, do instituto jurídico-económico que se analisa, caminhando depois, na parte II, para quadros mais concretos, centrando a análise no ordenamento da UE.

Impõe-se levar em conta a situação de resolução de uma das mais importantes instituições financeiras nacionais, o Banco Espírito Santo, ocorrida no Verão de 2014 e enquadrá-la como *case study* do regime resolutivo e da sua eficácia, o que se fará depois.

Terminar-se-á este estudo procurando responder à questão formulada que, em síntese, permitirá sustentar se as ordens jurídicas, especialmente a europeia, apresentam, pelos mecanismos de reestruturação e resolução de instituições, efetivas respostas à crise e suas causas ou, ao invés, estamos no mero domínio dos “pensamentos otimistas” ou, o que seria pior ainda, do marketing jurídico/político.

PARTE I

Recuperação e resolução de IF – Quadro geral

1. Características gerais

1.1. Contexto histórico

Perante a crise financeira de 2007/2008¹, confrontados com inesperada e súbita incapacidade de solver compromissos de instituições financeiras relevantes, os decisores políticos e económicos assumiram respostas erráticas e descoordenadas.

No início da crise americana, já em 2008, ante dificuldades próximas no tempo dos bancos *Bear Stearns* e *Lehman Brothers* ficou patente a quase completa ausência de critério decisório.

No primeiro caso, ante manifestas dificuldades verificadas no início de 2008, a RFA concedeu um financiamento de emergência com o propósito de manter a instituição a operar no mercado. Todavia, porque o colapso se manteve iminente e porque a instituição sofreu queda abrupta de cotação no mercado NYSE, acabou adquirida pelo banco JP Morgan Chase por uma pequena fração do seu valor e foi dissolvida nesta organização. Tratava-se do quinto maior banco de investimento

¹ Ao contrário de outras, a atual crise não merece *denominação* uniforme. Com todo o respeito parece-nos algo *otimista* a datação final da crise, além de importar o risco de *redação*. Porque a crise se manifestou no mercado habitacional *subprime* norte-americano em 2007 mas os primeiros grandes colapsos institucionais, especialmente o emblemático *Lehman Brothers*, ocorreram em 2008, preferimos a referência à crise 2007-2008. A propósito do início da crise cfr. CALVÃO DA SILVA, *Banca Bolsa e Seguros*, cit., p. 65 a 67. Para uma cronologia detalhada da crise nos anos 2007 a 2009 ver MENEZES CORDEIRO, *A tutela do consumidor de produtos financeiros e a crise mundial de 2007/2010*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 69, Jul-Set. 2009 e Out.-Dez. 2009, Lisboa, p. 612 a 616. Mais recentemente, em *Direito Bancário*, 5ª ed., sugere como classificação *crise 2007-2014*, abarcando uma crise financeira mundial 2007-2010 e uma crise dos países do sul da Europa 2009-2014 (p. 131 e segs.).

americano². Em Setembro desse ano de 2008, o banco imediatamente acima na hierarquia das instituições de investimento, o Lehman Brothers quarto maior banco de investimento americano, já não beneficiou de qualquer concessão de crédito e veio a requerer mesmo, ante as dificuldades, *bankruptcy protection*. Veio a alienar o essencial dos seus ativos passados alguns dias sobre tal pedido, assim *desaparecendo* do mercado³.

O que se seguiu ao colapso do Lehman Brothers ao nível de contágio a outras instituições norte americanas e depois europeias é bem conhecido e constitui o *tecido central* da chamada crise financeira de 2007-2008⁴.

Na sequência, pode dizer-se que, na gestão inicial da crise, só dois caminhos se abriam ante dificuldades da IF:

- A insolvência ou *no bail out*;
- O resgate da instituição ou *bail out*.

Antevendo os custos para as finanças públicas, por consequência, em última instância, para os contribuintes, vingou quanto à insolvência do Lehman Brothers a tese do *no bail out*, não sendo devidamente avaliados os riscos de contágio e de dispersão das ondas de choque provocadas por tal situação. Tal veio a obrigar, perante insolvências ou graves dificuldades de outras instituições financeiras que se lhe seguiram, a soluções erráticas de maior ou menor apoio público mas, globalmente, com a necessidade de alocação de enormes somas para recapitalizar

² Sobre o conceito de *banca de investimento*, bem como referência a atividade bancária tradicional, de receção de depósitos e concessão de crédito e à expansão para novas áreas de *bancassurance* cfr. CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, Almedina, 2013, p. 21 a 25.

³ Nos Estados Unidos ao Barclays Bank e, na Ásia, à sociedade financeira Nomura Holdings.

⁴ Seguiu-se o *bail-out* de instituições tão importantes como o *Citigroup*, o *Bank of America*, a seguradora *AIG*, entre outros, na Europa a crise esteve à beira de resvalar para verdadeira corrida aos bancos, como ficou patente no caso do *Northern Rock*, despoletado ainda em 2007 e nacionalizado em 2008 e implicou apoios financeiros a um alargado número de instituições, designadamente sediadas na Alemanha, em França ou Inglaterra. A propósito do curso da crise cfr. MENEZES CORDEIRO, *A tutela do consumidor*, cit., p. 606 a 608 e 612-614 e *Direito Bancário*, 5ª ed. Almedina 2014 p. 131 a 148.

instituições financeiras ou meramente lhes conferir liquidez e, de algum modo, conter a crise. O *Moral hazard* manifestou-se de forma gigantesca⁵.

Terá ficado claro para os diversos decisores, desde logo os norte americanos que foram os primeiros a lidar com o problema, que qualquer dos caminhos existentes era mau e o critério decisório traduzia uma mera busca do *mal menor*, feita sem enquadramento decisório e, por consequência, com elevada possibilidade de erro.

O *no bail out*, numa lógica de tipo liberal, ao invés de deixar aos mercados a tarefa de *afastar* as instituições débeis e reforçar as viáveis, causara uma grave situação de contágio, aumentara o espectro da crise e pusera em causa a estabilidade de todo o sistema.

O *bail out*, por seu lado, numa lógica de tipo intervencionista, implicara graves dificuldades nas contas públicas, necessidade de alocação de vastos recursos, em prejuízo de outras finalidades, chegando a vislumbrar-se risco de grave desequilíbrio dos balanços dos próprios bancos centrais, pelo aumento desregulado de necessidades monetárias ou a simples incapacidade de resposta.

Perante dois males é tentada, *a posteriori*, uma terceira via de tratar da recuperação ou enquadrar a insolvência de instituições financeiras com relevo sistémico. O instituto da resolução será precisamente essa terceira via.

1.2. Cariz público e inovador

São repetidas as referências ao carácter inusitado da crise financeira, pelo menos desde a depressão de 1929. Será que o objeto deste estudo se reporta a corresponsiva inovação?

⁵ Sobre o financiamento da insolvência bancária e a necessidade de injeção de fundos públicos que atingiram 37% do PIB da EU, cfr. Jorge NUNES LOPES – *Moeda e Regulação bancária: Crises, Interesse Próprio e Mercado*,

Boletim de Ciências Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVI, 2013, p. 246 a 250. A propósito dos fundos alocados à banca, por entidades públicas, na crise europeia entre 2008 e 2012 (cerca de EUR 400.000.000.000) ver também DIEGO VALIANTE, *Framing Banking Union in The Euro Area. Some empirical evidence*. CEPS working document, Fev. 2014, www.ceps.eu, p. 9.

Falar de *resolução* no ordenamento nacional faz ressoar ecos de figura do direito privado que nada tem que ver com a matéria em apreço. Aqui tratamos de um instituto jurídico-económico de natureza pública que deve considerar-se inovador.

É-o não por tratar uma forma de regular e ordenar a insolvência de instituições financeiras ou por tais mecanismos de *encerramento* estarem fortemente ligados a regras de recuperação e/ou reestruturação. Tal sucede de forma cada vez mais abrangente em toda a área de direito comercial, em que os mecanismos de recuperação de empresas estão cada vez mais interligados aos de insolvência.⁶

A insolvência de instituições financeiras não é, evidentemente, *facto novo*, *descoberto* pela crise de 2008. As IF, como quaisquer empresas, encerram e sempre encerraram ante dificuldades económicas.

O instituto da resolução ou recuperação e resolução como ora configurado constitui uma resposta à crise tendo por fins os de prevenir, enquadrar e ordenar as insolvências de IF e os objetivos últimos de minimizar riscos sistémicos e chamamento das finanças públicas.

Será inovador pelas finalidades prosseguidas e por ser um instituto que, verificando a dimensão, societária, económica e organizacional das grandes instituições financeiras, a respetiva interligação e tendo como referência as relevantes consequências que a insolvência deste tipo de instituições pode acarretar, cria mecanismos de regulação e supervisão que obrigam, seja a própria

⁶ E as finalidades de manutenção de instituições a operar em mercado se vão sobrepondo ou, pelo menos, mitigando, os direitos dos credores à satisfação dos seus créditos, se necessário com liquidação da sociedade em dificuldades. Basta pensar, nesta lógica, na introdução recente de mais uma forma processual - o processo de revitalização de empresas (alteração ao CIRE operada pela L. n.º 16/2012 de 20/4).

instituição seja os supervisores, a permanentemente preverem e regularem os riscos de insolvência⁷.

Esta ideia de regulação e supervisão *preventiva* da insolvência como única forma de enfrentar a dimensão do problema é que se afigura como inovadora, seja em si considerada, seja enquanto peça chave de uma disciplina complexa que comporta mecanismos de recuperação e mais genericamente, constitui um pilar de estabilidade de um sistema bancário transnacional cada vez mais interligado, que não dispensa paralelamente alteração profunda das estruturas de supervisão e, principalmente, de organização do negócio bancário⁸.

Teremos, assim, uma disciplina inovadora e que procura trazer uma abordagem completa da insolvência de IF, especialmente as que tenham dimensão sistémica, a montante e a jusante de dificuldades económicas que possam sofrer.

Do que antes se disse poderia eventualmente retirar-se que o regime de resolução traduz, bem medidas as coisas, um regime especial de insolvência.

Existe, todavia, uma diferença crucial entre os regimes de resolução e os procedimentos de insolvência. Nos processos de insolvência busca-se a melhor salvaguarda da posição dos credores, sendo a salvaguarda da instituição comercial uma finalidade prosseguida paralelamente. A sustentação da sociedade em funcionamento ocorrerá se e enquanto, for compatível com assegurar a maximização de satisfação do interesse dos credores. No regime de resolução a posição dos credores, não integrando nestes a especial posição dos depositantes garantidos, é grandemente desconsiderada podendo ser, aliás, chamados a suportar em primeira linha, prejuízos verificados. O que releva, sobretudo, é

⁷ A propósito da dimensão e interligação de IF e o risco moral que comporta, cfr. COMISSÃO, *Roteiro para uma união bancária*, p. 5 e JOSÉ MANUEL QUELHAS, *Dos objetivos da união bancária*, Boletim de Ciências Económicas da FDUC, vol. LV (2012), p. 242 a 244.

⁸ Abordagem de gestão da crise conjugada com nova abordagem e novos critérios de supervisão. A este propósito PAULO CÂMARA *Crise Financeira e regulação*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 69, Jul-Set. 2009 e Out.-Dez. 2009, Lisboa, p. 697 e segs.. Sobre a alteração do sector bancário, reforma e separação de negócios como decorrentes das conclusões do chamado *Relatório Liikanen* e interconexão entre bancos europeus cfr. José Manuel QUELHAS, *Nótulas Sobre a Reforma do Setor Bancário da União Europeia após a crise financeira de 2007*, Boletim de Ciências Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVI, 2013, p. 526 a 540.

assegurar os interesses públicos de estabilidade financeira e diminuição de risco de dispêndio de dinheiros públicos.

1.3. Atributos, objetivos e incidência

1.3.1. Elementos centrais

Procurando avançar na conformação do instituto da recuperação e resolução bancária, devem assinalar-se duas características essenciais.

Em primeiro lugar traduz uma abordagem complexa de situações de dificuldade económica de instituições financeiras. Quer com isto dizer-se que assenta num conjunto de medidas e/ou opções decisórias variado.

Em segundo lugar, como decorrência do anterior, trata-se de uma figura variável. As abordagens e medidas técnicas devem ser escolhidas ou analisadas casuisticamente, não havendo, portanto um caminho ou modelo único a adotar.

Independentemente de tal variedade, existe constância nos objetivos a prosseguir e um quadro decisório uniforme.

Pode dizer-se que são, essencialmente, quatro as finalidades prosseguidas.

1.3.2. Objetivos/finalidades

Uma primeira finalidade será a de garantir a manutenção das funções vitais do banco intervencionado, as suas *critical functions*, desde logo as atinentes a garantia de depósitos e sistema de pagamentos⁹, além da sua operacionalidade enquanto agente de mercado, *máxime* interbancário.

Não haverá maior propiciador de risco sistémico que o pânico que se pode instalar quando uma instituição financeira deixe de cumprir as suas obrigações para com depositantes ou de operar pagamentos.

⁹ Considerar a garantia de depósitos uma *função crítica* parece ser a forma mais adequada de enquadrar sistematicamente ainda que o ordenamento europeu a considere um objetivo autónomo e não a defina como *função crítica*.

Do que se disse antes decorre a segunda finalidade e que pode qualificar-se de propósito central: - a prevenção do efeito de contágio de dificuldades sofridas por instituições financeiras. Dito de outro modo, diminuição e/ou controlo do risco sistémico decorrente da insolvência de IF.

Tal redução do risco sistémico será assegurada não apenas pelo prosseguimento da primeira finalidade, a de assegurar as funções vitais do banco, mas acompanha toda a estruturação do regime de resolução, desde a imposição de elaboração de planos de recuperação e resolução, passando pelos mecanismos de avaliação de tais planos e da atividade da IF em geral, indo desde os caminhos de reestruturação e liquidação até à própria instituição de um Fundo de Resolução que financie as medidas ou mecanismos a implementar. A gestão e redução do risco sistémico constitui o “tronco central” deste instituto.

Os mecanismos de resolução são, assim, peça essencial de gestão do problema habitualmente designado de *too big too fail*¹⁰.

Ante a assunção de existência de instituições financeiras cuja dimensão implica risco sistémico em caso de colapso e, por consequência, cujo “falhanço” não é possível ou admissível para estabilidade do sistema (financeiro e, mediatamente, económico) assumem os decisores e, por consequência, as sociedades, a necessidade, dir-se-á mesmo, a imperatividade, de implementar medidas, mais ou menos gravosas, para evitar o colapso de tais instituições.

Nesse contexto, o instituto da resolução será a forma putativamente menos onerosa para as coletividades de lidar com o problema *potencial* que decorre da mera existência de instituições cuja insolvência não é “possível”, embora a gestão do *too big too fail* seja bem mais abrangente. Pressupõe, em geral, avaliação dos

¹⁰ A existência de grandes conglomerados financeiros cuja *falência não é possível* implicou uma necessidade de regulação e supervisão complementar, de base macroprudencial e segundo modelo de coordenação ou de integração, com autoridade única, a este propósito, CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, cit., p. 33 a 43. No sentido de reforço de exigências adicionais ao nível de supervisão e do risco sistémico dos grandes bancos, cfr. também LUC LAEVEN, LEV RATNOVSKI e HUI TONG, , *Bank Size and Systemic Risk*, IMF Staff Discussion Note, maio 2014, www.imf.org, p. 14 a 19.

riscos das IF, implica novas regras e abordagens de supervisão ligada *micro* e *macroprudencial*, imposição de separação de negócios, particularmente entre banca tradicional e áreas de investimento, como impostas nos Estados Unidos pela *Volcker rule*¹¹ e, no contexto da UE, pelas conclusões do *relatório Liikanen*¹².

A um terceiro nível revela-se o propósito de controlar os custos para as finanças públicas. Este *risco moral*, que existe sempre que uma instituição financeira se encontre em dificuldades, de *chamamento* de fundos públicos muito relevantes, por vezes solicitação feita a erários sob fortes tensões e criando até risco do seu colapso, é, a par da gestão do risco sistémico, a outra finalidade central do instituto.

Ficou claro para os decisores políticos, ante o número de vezes a que acorreram fundos públicos a capitalizar ou meramente conferir liquidez a IF, que a ideia que o sistema financeiro, numa lógica liberal, se autorregularia e teria a capacidade de assumir e absorver dificuldades próprias, pouco tinha de verdadeiro, pelo menos no contexto de instituições de grande dimensão e interpenetração transnacional, ante uma crise da dimensão da verificada e com o contágio já em curso.

Dir-se-á que os decisores políticos, após sucessivos chamamentos à alocação de fundos públicos, quiseram criar mecanismos para, de algum modo, devolver aos mercados a assunção da responsabilidade económica por eventuais necessidades de financiamento futuro decorrente de insolvência de IF, reservando para si, Estado, um encargo acrescido com a regulação e supervisão direcionada ao risco de insolvência que, corresponsivamente, o desonere financeiramente.

¹¹ *Volcker rule* corresponde ao & 619 do *Dodd-Frank act* e impõe restrições severas a negócio de investimento pela banca comercial.

¹² ERKII LIIKANEN (presidência), *High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector - Final Report*, Bruxelas 2/10/2012 em <http://ec.europa.eu>. A propósito dos riscos de atividade, sua gestão e imposições de cessão de negócios, em termos comparativos entre EUA, RU, UE, cfr. JOSÉ VIÑALS e outros, *Creating a Safer Financial System: Will The Volckers, Vilckers, and Liikanen Structural Mesures Measures Help?* IMF Staff Discussion Note, maio 2013, www.imf.org, p. 14 a 16.

Quer dizer que o instituto da resolução, sendo jurídico e económico é de claro pendor intervencionista. Procura que a intervenção pública seja meramente regulatória ou *legal*, deixando o financiamento do sistema sobretudo para os atores do mercado¹³.

Uma quarta e última finalidade pode ser encontrada na figura da resolução, que deverá enformar as soluções e mecanismos em concreto a adotar. Trata-se do propósito de evitar diminuição generalizada de valor que decorre da insolvência de I.F.

Não se trata, neste caso, de tutelar, pelo menos como ideia de base, o valor da instituição na salvaguarda do interesse dos acionistas ou dos credores. Esses serão interesses a levar em conta mas em grau hierárquico inferior, aliás correspondente ao forte revés que sempre sofreriam com a simples insolvência. O valor deverá ser salvaguardado, tanto quanto possível, para que, se o caminho seguido implicar a sua continuidade operacional, a IF possa recuperar de forma célere e com menores necessidades de financiamento e, se o caminho for o oposto, seguindo a instituição para liquidação, seja maximizada a satisfação dos interesses envolvidos e, por consequência, causado o menor desequilíbrio possível nos sistemas financeiro e económico.

1.3.3. Incidência subjetiva

Este é um dos pontos de debate em que a questão deixada na introdução sobre a efetividade dos regimes de resolução instituídos merece ser equacionada.

Os sistemas de resolução pensados e instituídos, pelo menos os que serão aqui abordados e que incluem os de maior relevância, o norte-americano e o da União Europeia, têm aplicação prevista apenas para instituições bancárias, isto é, a bancos, sejam universais, de investimento, *holdings* bancárias ou meras filiais.

¹³ Sobre intervenção do Estado na economia, cfr. Eduardo PAZ FERREIRA, LUÍS S. MORAIS e GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores), *A Regulação Sectorial da Economia – Introdução e Perspetiva Geral* em Regulação em Portugal, novos tempos novos modelos? Almedina, 2009, p. 7 e segs.

A possibilidade de alargamento a outras instituições, designadamente a seguradoras, não foi adotada. Se se pensar na intervenção na seguradora norte americana AIG, nas necessidades de financiamento que importou e no nível de *moral hazard* que demonstrou ter, se se pensar nos muito elevados níveis de capitalização de algumas sociedades seguradoras e, por fim, se se tiver como pano de fundo o nível de interpenetração de capital que sociedades seguradoras e bancos têm, a nível nacional e transnacional, fica evidente que o sistema de gestão de riscos proposto pelo instituto da resolução, enquanto limitado a bancos, apresenta aqui um evidente sinal de fragilidade.

1.4. Caracterização genérica conclusiva

Podendo dizer-se que o instituto jurídico-económico de recuperação e resolução de IF não se apresenta uniforme nas diversas ordens jurídicas, poderá sustentar-se, todavia, que, apesar da variabilidade, é um instituto que apresenta natureza, função e objetivos essencialmente idênticos nas diversas configurações concretas.

Pode, assim, classificar-se, como instituto universal, com variações particulares.

O instituto jurídico-económico da recuperação e resolução é, em qualquer latitude, de natureza pública, de forte pendor intervencionista, com acentuada atividade regulatória e supervisora implicada.

Como antes referido, o *risco moral* das finanças públicas, em última análise os contribuintes, serem chamados a intervir em instituições em risco é substituído por uma intervenção pública mais *jurídica* e menos *financeira*.

Do que fica dito, no final desta primeira fase de caracterização genérica da figura da resolução de instituições financeiras, antes de avançar para a análise das diversas soluções e caminhos seguidos, pode apresentar-se uma primeira definição que permite estabelecer os traços comuns da figura analisada.

Resolução ou, de forma compreensiva, recuperação e resolução, poderá definir-se como o instituto jurídico-económico que regula a intervenção em instituições financeiras com vista a promover a sua recuperação, a prevenir a sua insolvência desordenada ou, se for o caso, a gerir ordeiramente o seu encerramento e liquidação, total ou parcial, contendo o risco sistémico e limitando custos para as finanças públicas.

PARTE II

Recuperação e resolução - Caminhos de abordagem

Assentes os elementos que se considera que enformam a figura da recuperação e resolução em termos gerais e universais, cumpre avançar na caracterização mais exata dos caminhos e soluções que foram seguidos nos vários ordenamentos.

O foco central estará no ordenamento da União Europeia, por ser este o espaço económico e jurídico que enforma a nossa realidade.

1. A avaliação dos G20, do FSB e do BCBS

A nível da abordagem doutrinária, a matéria foi objeto de amplo debate, estando em causa a estabilidade financeira internacional e, posteriormente, fortes dificuldades económicas advenientes das meramente financeiras.

Face à *mundialização* da economia e ao nível transnacional das instituições financeiras, tornou-se patente que os riscos para a estabilidade financeira eram também internacionais.

Foi assim natural a avaliação da questão da insolvência de IF, sobretudo de cariz sistémico, ao nível dos decisores políticos das nações que, de algum modo, assumem a condução da economia mundial e ao nível de instituições internacionais com tal objeto.

É neste contexto que merecem referência as reflexões do conjunto dos países do G20¹⁴, do FSB¹⁵ e do Comité de Basileia¹⁶. Será nestas plataformas de debate e

¹⁴ O G20 pode classificar-se como uma plataforma de debate integrando líderes políticos dos 20 países com mais elevado PIB a nível mundial.

¹⁵ O FSB, Financial Stability Board, é uma entidade instituída em momento de grande desenvolvimento da crise, em abril de 2009. Sediada em Basileia, sucedeu ao Financial Stability Forum. Pretende compreender todos os grandes decisores económicos, sendo composta não só pelos países dos G20 mas também por um conjunto de organizações relevantes no contexto decisório internacional, a CE, o BCE, o FMI, o Banco de Compensações Internacionais e o Banco Mundial.

decisão que se farão os primeiros avanços doutrinários relevantes e onde se tomarão as decisões centrais que enformam os caminhos concretamente seguidos pelos diversos ordenamentos. A esta luz, para perceber os avanços que se seguiram, haverá que fazer um breve excuroso pelos momentos e documentos mais relevantes, ainda que o presente trabalho não comporte mais que referências genéricas aos mesmos.

1.1. Reuniões e documentos marcantes

1.1.1. Ao nível dos G20

O primeiro marco a referir reporta-se à Cimeira dos G20 realizada em Setembro de 2009 em Pittsburgh. Foi logo nessa altura assumido pelos decisores um compromisso de princípio no sentido de criação de mecanismos de resolução de instituições financeiras enquanto *peça* essencial de gestão da crise, à data em pleno processo de expansão¹⁷.

Na sequência de tal compromisso de princípio, na Cimeira dos G20 realizada em Seoul, em novembro 2010, foi assumido um compromisso formal pelos diversos decisores de criação de regimes nacionais de resolução, como meio essencial para proteger a estabilidade financeira nas diversas áreas e, por consequência, também na internacional¹⁸.

Em terceira cimeira consecutiva, os G20 adotaram já entendimentos materiais quanto ao tipo de regimes a instituir. Na cimeira de Cannes, realizada em novembro de 2011, os G20 deliberaram acolher as recomendações materiais do FSB que constituem o que se pode qualificar de sistema doutrinário central dos regimes

¹⁶ Comité de Basileia de Supervisão bancária (BCBS – *Banking Committee on Banking Supervision*), instituição sediada na cidade suíça que a sua designação indica. Reflete sobre a estabilidade financeira internacional. Do seu trabalho resultam os parâmetros centrais definidores da atividade, regulação e supervisão bancárias.

¹⁷ Declaração final de líderes consultável em www.g20utoronto.ca.

¹⁸ Documento final da cimeira de Seoul consultável em www.g20.org.

de resolução, a recomendação denominada *Key Attributes of Effective Resolution Regimes For Financial Institutions*, à frente referida¹⁹.

1.1.2. Ao nível do FSB e do BCBS:

Para se perceber, portanto, o sentido dos regimes instituídos nas diversas jurisdições há que conhecer o trabalho do FSB. Se o documento acima referido constitui o corpo central das soluções materiais consagradas, deve atenta-se que tal documento é também produto de um conjunto de reflexões anteriores do FSB.

A este propósito, deve referir-se em primeiro lugar a Recomendação do FSB de Outubro de 2010²⁰. Esta recomendação inicial consagra o entendimento de base quanto à necessidade de implementação de mecanismos de resolução nos diversos ordenamentos, como forma de reduzir os riscos morais decorrentes da insolvência de IF, seja quanto à afetação da estabilidade financeira, seja relativamente à alocação de fundos públicos.

Um ano depois, em outubro 2011, portanto, é aprovada a recomendação central *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, que manifesta não só a necessidade de implementação de regimes resolutivos mas aponta e densifica o seu conteúdo material essencial.

Na sequência de tal documento, a um nível mais concretizado, o FSB veio a adotar um documento consultivo intitulado *Recovery and Resolution Regimes: Making The Key Attributes Requirements Operational*, cujo objeto, na prática, será o de apontar caminhos de concretização e operacionalidade aos regimes de resolução ou, em simples, formas de garantir a sua efetividade²¹.

O Comité de Basileia começou por refletir sobre as causas do falhanço da supervisão e, em dezembro de 2010, apresentou um conjunto de medidas de alteração dos requisitos de funcionamento bancário e enquadramento de

¹⁹ Declaração final consultável em www.g20utoronto.ca.

²⁰ *Reducing the moral hazard posed by systemically important financial institutions*, cfr. <http://www.financialstabilityboard.org/publications>.

²¹ Cfr. *Loc. Cit.* nota 21.

supervisão, o chamado *Quadro Basileia III*²². Paralelamente, com o FSB, foi refletindo sobre os riscos associados a SIF (systemically important banks) ou G-SIFI (global systemically important financial institutions), tendo elaborado o documento *Global Systemically Important Banks – Assessment Methodology and the Additional loss Absorbency Requirement – Rules Text*²³.

Em consonância com os critérios do Comité de Basileia, o FSB avalia e publica periodicamente a lista de G-SIFI, tendo já efetuado divulgação de tal listagem, identificando 28 G-SIBS, identificação desenvolvida pelo BCBS que indica, pelo seu lado, 73 instituições de relevo sistémico global, detentoras de cerca de 2/3 dos ativos globais²⁴.

2. A resposta norte americana – breve referência

Pode dizer-se que a economia americana, num contexto de crise internacional, costuma ser *first in* e *first out*.

Quanto ao *out* da crise estaremos ainda em momento histórico não totalmente esclarecedor. Poderá falar-se de estabilização financeira e económica mas proclamar-se o fim da crise, naturalmente substituída por ciclo de crescimento económico consistente, será ainda precoce²⁵.

Quanto ao *in*, como acima se referiu,²⁶ é claro que a génese do problema financeiro cuja resposta é objeto deste estudo se deu nos Estados Unidos. Não será, por consequência, de estranhar que a primeira resposta jurídica se tenha produzido nesse ordenamento.

²² Quadro de regulação bancária Basileia III <http://www.bis.org/bcbs/basel3.htm>, regras que enformaram as reformas europeias traduzidas pelo Regulamento (UE) n.º 575/2013 e Diretiva n.º 2013/36 (UE).

²³ Julho 2011, disponível em www.bis.org.

²⁴ Anexo a *Policy Measures to Address Systemically Important Financial Institutions*, www.financialstabilityboard.org/publications.

²⁵ As previsões são otimistas, agora alicerçadas numa estimativa de crescimento do PIB de 4,2% feita no segundo trimestre cfr. <http://www.bea.gov>.

²⁶ Supra Parte I, cap. 1

O instrumento central de tal resposta é a lei aprovada pelo Congresso em 21/7/2010 habitualmente referida como Dodd-Frank Act²⁷.

Na sua explicação introdutória fica claro o sentido e objetivos centrais do regime instituído e que acima se referiram – *to promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end “too big to fail”, to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial practices and for other purposes.*

Quanto a inovações materiais pode dizer-se que o Dodd Frank compreende todos os mecanismos e ferramentas que vieram posteriormente a ser adotados por um conjunto de outros ordenamentos, tendo subjacente a doutrina dos *Key Attributes*.

Agrupando tais inovações, pode dizer-se que, em primeiro lugar, houve preocupação de responder à ausência de enquadramento institucional para resposta *especializada* a situações de insolvência de instituições financeiras cuja dimensão importe risco sistémico. Tal ausência de enquadramento foi respondida com a criação de uma autoridade federal *especializada* - a OLA (Orderly Liquidation Authority), por intermédio da qual a pré-existente FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation), tem poderes acrescidos em sede de resolução²⁸.

Quanto à falta de mecanismos financeiros capazes de sustentar resposta a insolvências, causa central para as elevadas necessidades de financiamento público para estabilização de IF, ficando evidente que só mediante criação e manutenção de meios financeiros relevantes seria possível reduzir tal *moral hazard*, foi criado um fundo, financiado pelo sistema financeiro, o OLF (Orderly Liquidation Fund), sob administração da OLA.

²⁷ Em título curto oficial completo: *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*

²⁸ Para uma visão geral do funcionamento da OLA e das regras resolutivas do Dodd-Frank, cfr. MATT SALDAÑA, *Paralell regimes: Bankruptcy and Dodd-Franks Orderly Liquidation Authority*, Review of Banking & Financial Law, Boston School of Law, vol. 31, 2011-2012, p. 531 a 544 (www.bu.edu).

Paralelamente, tendo ficado claro que os riscos sistémicos decorrentes de dificuldades de instituições financeiras ou o mero risco potencial decorrente da dimensão de certas instituições ou holdings bancárias não se encontravam devidamente avaliados e supervisionados, foi também criada instituição especializada nesse acompanhamento e avaliação - o FSOC (Financial Stability Oversight Council) com preocupações de supervisão macroprudencial²⁹.

A nível de ferramentas de acompanhamento e supervisão, tendo ficado evidente que a dimensão e complexidade, económica, social e organizativa de instituições financeiras de dada dimensão, não poderia ser respondida apenas de forma *externa* às mesmas, foi definida a ideia de deverem ser as próprias instituições a prever e responder aos riscos da sua própria insolvência. A exigência de planos de resolução efetivos apresentou-se assim, pela primeira vez, como ferramenta regulatória essencial para lidar com a complexidade operacional e legal destas empresas e como parâmetro essencial de funcionamento e avaliação da OLA, então criada. Os chamados *living wills* são um instrumento inovador e pretendem constituir-se como elemento relevante de prevenção e gestão de possíveis crises.

Na sequência desta alteração é estabelecida a exigência de as holdings bancárias com ativos acima de USD 50.000.000.000 e algumas financeiras não bancárias serem as entidades obrigadas a desenvolver, manter e submeter periodicamente *living wills*³⁰.

²⁹ Com uma análise compreensiva sobre o quadro resolutivo e dos mecanismos resolutivos instituídos cfr. THE CLEARING HOUSE, *Ending too big too fail*, Banking Brief White Paper Series, Jan. 2013, www.cov.com e PHOEBE WHITE e TANJU YORULMAZER, *Bank resolution concepts, trade offs, and changes in practices*, Federal Bank of New York, Economic Policy Review, 2014, www.ny.frb.org, particularmente sobre funcionamento dos instrumentos, p. 12 a 17, não sendo, ao contrário da alienação de actividade no ordenamento europeu, M & A. (merger and acquisition) visto como instrumento de resolução *qua tale* mas como forma de o colapso ser resolvido pelo mercado.

³⁰ Indicação destas entidades feita pela FSOC, atualmente compreende 153 instituições, lista consultável em www.federalreserve.gov. De salientar esta perspetiva mais *liberal* do ordenamento americano (por contraposição com o europeu), sendo os *living wills* elaborados pelas próprias

Quer isto dizer, em síntese, que desde 2010/2011 que o ordenamento norte-americano previra e regulara de forma abrangente a matéria de resolução de IF com relevo sistémico, algo só muito mais tarde feito noutros ordenamentos, designadamente no da UE.

instituições, mediante enquadramento prévio e aprovação da FDIC. Normas de enquadramento: *Guidance for 2013* em www.fdic.gov. Cfr. também, a nível europeu, *infra* 3.2.4..

3. A via europeia

Sem escapar às habituais e pertinentes críticas à lentidão, complexidade de processo decisório e falta de estratégia comum, a UE avançou para a reforma do seu quadro legal nesta área.

Era evidente a necessidade de o fazer. A crise internacional, nesta sua dimensão europeia, ganhou contornos particulares, identificando-se não só os riscos sistémico e moral decorrentes do colapso de instituições financeiras como um outro nível de risco, que se pode resumir na expressão de “*colapso do projeto europeu*”, começando na moeda única e com limite final imprevisível no quadro geral da UE³¹.

É com este cenário de fundo que os decisores políticos europeus, com avanços e recuos, confluência e divergência de propósitos e posições, estabeleceram bases de entendimento para um novo enquadramento jurídico da matéria de recuperação e resolução de instituições financeiras.

3.1. Recuperação e resolução no contexto da união bancária

3.1.1 Convergência do quadro de supervisão

Num processo de integração económica e financeira ao nível da UE, acelerado particularmente desde o Tratado de Maastricht e da introdução da moeda única, foi ficando cada vez mais patente que esta integração não estava a ser acompanhada de equivalente integração ao nível de regulação e supervisão³².

³¹ Sobre a perspetiva de sustentabilidade ou insustentabilidade da zona euro na sequência da crise, José RENATO GONÇALVES, *A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro*, Concorrência e Regulação, abril-junho 2010, p. 290 a 295.

³² A propósito do caminho feito pela UEM, “de Maastricht ao PEC”, cfr. LUÍS S. MORAIS, *Portugal e os défices excessivos – o pilar económico da União Económica e Monetária e a Disciplina do “Pacto de Estabilidade e Crescimento”*, REE, A. 1, n.º2, p. 79 a 92. Cfr. também, numa perspetiva muito crítica, AVELÃS NUNES, *O Euro: Das Promessas do Paraíso às Ameaças da Austeridade*, Bol. Ciências Económicas FDUC, p. 39 a 69. Cfr. também JOÃO ATANÁSIO, *A zona euro: uma área monetária cada vez menos ótima*, REE, A. 3, n.º5, 2009, p. 147 a 216, realçando que desde Maastricht

Ainda muito antes desta crise, no ano 2001, o *Relatório Lamfalussy* apontava grande heterogeneidade nas abordagens de regulação e supervisão e escassa cooperação entre supervisores³³. Na sequência, foram adotadas regras sobretudo de reforço de cooperação e aproximação de critérios de avaliação, com a criação de Comités Europeus de Supervisão, entidades sobretudo de coordenação e cooperação e não propriamente autoridades supervisoras.

Perante o despoletar da crise, a desconfiança e falta de liquidez do mercado interbancário, verificado colapso de instituições, não restou outra alternativa aos Estados-Membros que não fazerem as finanças públicas acorrer no reequilíbrio das instituições bancárias e do conjunto do sistema financeiro.

Ainda no dealbar da crise, no ano 2008, ante a patente descoordenação nas respostas nacionais, foi assinado Memorando entre autoridades europeias e dos Estados-Membros com manifesto de intenções de resposta mais integrada e coordenada³⁴, foi emitido documento conhecido como Declaração de Paris³⁵ e o Conselho Europeu de Bruxelas de 11 e 12 de dezembro de 2008, nas suas conclusões, alude expressamente à necessidade de regulamentar esta matéria³⁶.

Face à desconexão das respostas iniciais e, principalmente, face à sensível alocação de fundos públicos para recapitalização de instituições, imposta pela

são evidentes desequilíbrios na eurozona potenciadores de choques assimétricos, p. 203 a 207. Sobre UEM no contexto do Tratado de Lisboa, cfr. SÓNIA DONÁRIO, *O Tratado de Lisboa e as duas faces da UEM*, in, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. I, Almedina 2010, p. 1253 a 1263

³³ *Final Report of The Committee of Wise Men on The Regulation of European Securities Markets*, ALEXANDRE LAMFALUSSY presidente, Bruxelas 15/2/2001, ec.europa.eu.

³⁴ Memorando de Entendimento Sobre Cooperação entre Entidades de Supervisão Financeira, Bancos Centrais e Ministros das Finanças da União Europeia acerca de Estabilidade Financeira Transfronteiriça - <http://www.ecb.int/pub/pdf/other/mou-financialstability2008en.pdf>.

³⁵ Documento final de cimeira realizada em Paris dos países da zona euro, de 12/4/2008, com preocupações centradas no restabelecimento de condições de liquidez para as instituições financeiras, facilitação de financiamento de IF e assunção da obrigação de recapitalização de IF em situação de dificuldade - http://europa.eu/economy_finance/publications/publication13260_en.pdf.

³⁶ A par de medidas de relançamento da economia, interpela nas suas conclusões que as negociações com o PE cheguem a bom termo a propósito do enquadramento jurídico traçado pelo CUE, com projetos de diretivas sobre um conjunto de matérias relevantes, desde fundos próprios dos bancos, solvência de companhias de seguros, instituições de investimento em valores mobiliários e proteção de depósitos - *Conclusões da Presidência consultáveis em* <http://register.consilium.europa.eu> (Conselho Europeu de 11/12 de dezembro de 2008).

emergência existente mas contendendo com um dos elementos centrais da construção europeia: - a proscrição de apoios públicos, sempre vistos como um dos maiores entraves à livre concorrência - incumbiu à Comissão criar os primeiros instrumentos concretos de gestão da crise.

A CE procurou enquadrar as regras referentes à concessão de apoios públicos para reequilíbrio ou recapitalização de IF, dispondo, em síntese, que estes devem ter carácter excecional e transitório, por objeto situações em que existam riscos relevantes para o equilíbrio do sistema e orientar-se no sentido do restabelecimento do normal funcionamento institucional em mercado, com uma estrutura acionista e dirigente credível e um conjunto de ativos que permita presumir a desnecessidade de novos apoios³⁷.

O sistema de supervisão europeu foi necessariamente colocado sob escrutínio, não só pelo falhanço na prevenção da crise, i.e., de avaliação de erros passados, mas também numa perspetiva de melhoria futura.

Neste sentido, a solicitação da CE, veio a ser elaborado relatório presidido por Jacques LAROSIÈRE, com base no qual foram introduzidas alterações sensíveis no quadro supervisorio europeu, com a instituição de verdadeiras autoridades no lugar dos pré-existentes “comités Lamfalussy”, a EBA, a ESMA e a EIOPA, enquadradas num sistema mais amplo de supervisão financeira ao nível europeu, bem como a instituição de um quadro jurídico orientado para uma visão macroprudencial, com a criação no seio do BCE de um Comité Europeu para o Risco Sistémico (ESRB)³⁸.

³⁷ Comunicações: 2008 (2008/C 270/02) sobre apoios públicos a instituições financeiras no contexto de crise, JOUE 25/10/2008. A propósito dos auxílios de Estado para reequilíbrio de instituições financeiras, cfr. António CARLOS DOS SANTOS, *Crise financeira e auxílios de Estado. Risco sistémico ou risco moral?* Concorrência e Regulação, Jul-Set. 2010, p. 209 a 234.

³⁸ *The High-level Group On Financial Supervision in The EU* - JACQUES DE LAROSIÈRE (presidente), ec.europa.eu. A propósito do “caminho” de Lamfalussy a Larosière cfr. LUÍS GUILHERME CATARINO, *A “Agencificação” na Regulação Financeira da União Europeia: Novo Meio de Regulação?* Revista da Concorrência e Regulação, Ano III, n.º 9, Jan. – mar. 2012, Almedina, p. 150 a 159.

3.1.2. Relação estreita com crise das dívidas soberanas

Além da conexão direta decorrente do risco moral assinalado e de efetivos resgates institucionais, a crise europeia demonstrou uma estreita relação entre as dificuldades do sector bancário e as dificuldades das finanças públicas de alguns dos Estados-Membros.

Não cumpre fazer uma análise exaustiva de tal relação, cujos contornos são variáveis na situação de cada país, impondo-se, todavia, fazer-se uma referência mais genérica ao tema³⁹.

Nalguns casos, especialmente o irlandês, que também importou verdadeiro *bail-out* da dívida soberana, pode estabelecer-se uma relação quase direta entre o colapso de instituições bancárias e o dispêndio de dinheiros públicos para as reequilibrar, estando os desequilíbrios macroeconómicos e de finanças públicas sobretudo confinados ao sistema financeiro (privado)⁴⁰. Noutros, que poderemos genericamente referir como os países do sul da Europa ou os menos competitivos economicamente, a relação será mais difusa e indireta⁴¹.

O estabelecimento de uma moeda única impôs uma conexão especialmente profunda entre sistemas financeiros dos países participantes. Daí que seja matéria contemplada ao nível dos Tratados, art.º 121º a 126º do TFUE, parte referida como PEC, incluída nos Tratados aquando da reforma de Amsterdão de 1997. Dispõe,

³⁹ Sobre a natureza *assimétrica* dos choques provocados pela crise e a circunstância de tal decorrer *naturalmente* de uma situação de união monetária com estruturas económicas e sociais diversas, cfr. José RENATO GONÇALVES, *A sustentabilidade...cit.*, p. 301 a 307.

⁴⁰ Neste sentido, ver RICHARD J. HERRING, *The danger of Building a Banking Union on a One-Legged Stool*, em Franklin ALLEN *et al* (edição), *Political, Fiscal and Banking Union in the Eurozone*, p. 11. No sentido de não existirem diferenças substanciais entre a situação irlandesa e portuguesa “*exceto*” a economia pré-crise e a inserção da Irlanda no contexto anglo-saxónico cfr. Joaquim MIRANDA SARMENTO, *Ajustamento económico e consolidação orçamental – Portugal vs Irlanda: Somos assim tão diferentes?* RFPDF, A.6, n.4, p. 209 a 211.

⁴¹ Sobre as diferentes dificuldades, configurações e resultados entre programas de ajustamentos, cfr. DANIEL GROS *et al*, *Implementation of the Macroeconomic Adjustment Programmes in The Euro Area. State-Of-Play*. CEPS E-book, Março 2014 p. 20 a 25 (programa grego), p. 26 a 30 (programa português) e 31 a 37 (programa irlandês).

designadamente, sobre a matéria de défices orçamentais admissíveis e estatui expressa proibição de resgates a Estados-membros, procurando limitar, ao nível dos Tratados, a expansão económica por via orçamental⁴².

No contexto de crise, essencialmente por pressão dos países mais competitivos do norte da Europa, com a Alemanha à cabeça, procurando limitar que, na sua perspetiva e numa imagem explicativa “*tivessem que pagar perpetuamente pela indisciplina financeira do sul da Europa*” impôs-se um caminho de rigidificação de regras, com alterações ao PEC, com novos sistemas de alerta de défices excessivos e instituição de sanções quando, aparentemente, a crise dos países da periferia tenderia a impor caminho oposto. Foi-se, assim, vincando uma cisão, mais ou menos patente consoante os momentos e os temas em discussão, entre Norte e Sul no contexto da zona Euro, aparecendo a *rigidificação* do PEC como contrapartida da anuência à união bancária ou vice-versa⁴³.

Paralelamente, os primeiros anos de funcionamento do sistema transmitiram falsamente às economias, aos Estados e, em geral, aos decisores públicos e privados, a ideia de perpetuação de um regime em que os riscos económicos seriam próximos em toda a área do euro e as taxas de juros também uniformemente baixas, ideias indutoras de aumento de dívida pública e privada, que a crise financeira completamente destruiria.

As dificuldades do sistema financeiro, especialmente a compressão da liquidez que importou, conjugadas com níveis de dívida que se tornaram ingeríveis

⁴² Muito criticada a *rigidificação* económica potencial que o PEC comporta pela limitação a ferramentas de crescimento de base orçamental. Assim, repescando expressão de JOSEPH STIGLITZ, diz LUÍS S. MORAIS que pode funcionar como “*desestabilizador automático*” (*Portugal e os Défices Excessivos...*, cit., p. 89). Comportando também mecanismos de flexibilidade que, no contexto da crise atual, são entendidos como suficientes por alguns. Neste sentido: STEFANO MICOSSI e FABRIZIA PEIRCE, *Flexibility clauses in The Stability and Growth Pact: No need for revision*, CEPS Policy Brief, n.º 319, julho 2014.

⁴³ A propósito desta cisão, do seu enquadramento histórico/económico e situação das relações de poder intra zona euro, ver AVELÃS NUNES, *ob. Cit.*, p. 55 a 70.

às taxas de mercado, conduziu inexoravelmente a Grécia a dois resgates e Portugal à assinatura do seu designado Programa de Assistência Financeira⁴⁴.

Estes programas formais de resgate ou meros acordos, como os estabelecidos com Espanha e Itália, foram sempre acompanhados de apertadas medidas de austeridade financeira e económica, com o propósito declarado de restabelecer equilíbrio nas contas públicas e nas economias intervencionadas. A ideia será *comprimir* a atividade económica, contendo o crescimento da dívida pública, que é detida por instituições privadas, assim também prevenindo o colapso destas e procurando restabelecer equilíbrio macroeconómico interno e externo⁴⁵. Se este caminho é adequado é questão de muito ampla discussão, debatendo-se vigorosamente argumentos em ambos os sentidos, ainda que se possa afirmar claramente que a opinião maioritária nos países *do ajustamento* é negativa⁴⁶.

Se os bancos estão em dificuldades, as Finanças Públicas sob maior tensão ficam em dificuldade e, se as finanças públicas colapsarem, as imparidades sofridas pelo sistema financeiro serão muito relevantes podendo conduzir a mais colapsos institucionais e (novas) crises sistémicas. É um verdadeiro ciclo vicioso⁴⁷.

Com o primeiro resgate à Grécia outro nível de conexão ficou patente e refere-se às muito elevadas necessidades monetárias para financiamento da crise quando

⁴⁴ Sobre os riscos, neste momento aparentemente afastados, de sucessão de resgates, questionando a *adequação* das medidas, José RENATO GONÇALVES, *E depois do resgate? (da Grécia, da Irlanda e de Portugal)? Outro “resgate”?* RFPDF, A. 4, Jun. 2011, p. 81 a 89.

⁴⁵ Sobre processamento, balanço atualizado e desafios do chamado *processo de ajustamento* das economias do sul da Europa cfr. JÖRG DECRESSIN e KOEVA BROOKS (coordenação), *Adjustments in Euro Area Deficit Countries: Progress, Challenges, and Policies*, IMF Staff Discussion Note, Julho 2014, www.imf.org.

⁴⁶ A propósito, num sentido muito crítico, AVELÃS NUNES, *cit.*, p. 71 a 98. No sentido de a estabilização económica se dever às aquisições OMT do BCE e não ser resultante da austeridade PAUL DE GRAWE e YUMEI JI, *The Legacy of austerity in the Eurozone*, CEPS Commentaries, Out. 2013, www.ceps.eu. No sentido de implicar custos elevados com recessões prolongadas, elevado desemprego mas ser essencial ao reequilíbrio externo das economias da periferia europeia DANIEL GROS, *Has austerity failed in Europe?* CEPS Commentaries, Agosto 2013, www.ceps.eu, p. 2 e 3. Numa análise abrangente, crítica e transversal, cfr. Eduardo PAZ FERREIRA (coordenação), *Troika Ano II. Uma avaliação de 66 cidadãos*. Ed. 70, 2013 e *A austeridade cura? A austeridade mata?*. Ed. AAFDL 2013.

⁴⁷ Neste sentido, HERRING, *cit.*, p. 12. Cfr. também JOSÉ MANUEL QUELHAS, *Dos objetivos da união bancária*, *cit.* p. 259 a 270.

atinge Estados-Membros. Daqui decorreu a necessidade de instituir mecanismos financeiros comuns suficientes procurando evitar o colapso das dívidas públicas e o colapso de instituições financeiras que as detenham, assim contendo o risco moral de Estados-Membros estarem sujeitos a *acudir de emergência* a outro Estado em dificuldades.

Na sequência, foi criado o Fundo Europeu de Estabilidade Financeira (FEEF/EFSF), dotado de uma capacidade financeira inicial de EUR 440.000.000.000, correspondendo os direitos de voto à proporção das ações detidas por cada Estado⁴⁸. Ante o aprofundamento da crise, especialmente quando começou a prefigurar-se possibilidade de acorrer às maiores economias do sul, Espanha e Itália, foi instituído em 11/7/2011 um novo sistema, de base permanente e com fundos reforçados, o Mecanismo Europeu de Estabilidade (ESM). Este atingiu inicialmente EUR 700.000.000.000. Foi instituído por Tratado, com base no art.º 136º do TFUE e dotado de personalidade jurídica, numa clara assunção do seu carácter não temporário, por oposição ao FEEF⁴⁹. Este mecanismo funciona por intermédio de apoio a Estados que o solicitem para efeitos de recapitalização bancária indireta, existindo já um acordo preliminar dos Estados-Membros para o funcionamento deste mecanismos como instrumento de recapitalização bancária direta, que será ainda certamente objeto de ampla discussão⁵⁰.

É neste contexto mais direto ou mais difuso que se estabelece a ligação entre as dificuldades bancárias e as dificuldades das finanças públicas e vice-versa, ligação, aliás, que não é exclusiva da atual crise⁵¹.

⁴⁸ Acordo de constituição do FEEF em <http://www.efsf.europa.eu>.

⁴⁹ Tratado que institui o ESM, versão consolidada, em www.esm.europa.eu.

⁵⁰ A questão essencial é a do acesso a este Mecanismo, i.e., a de saber se será uma intervenção *antecipada* face a dificuldades de certas instituições ou mais *aproximada* do colapso, caso em que pode haver quase *concorrência* entre este e o Fundo de Resolução (cfr. infra 3.2.6.6.).

⁵¹ No sentido de as crises bancárias precederem ou coincidirem sempre com crises de dívida: CARMEN R. REINHART e KENNETH S. ROGOFF, *From financial crash to debt crisis*, The American Economic Review, Agosto 2011, p. 1677 e 1689. Esta conexão apresentada simplificada pode, todavia, não ser tão linear. A propósito de haver tendência para maior solidez bancária em países com governo menos estável e menor solidez na situação inversa, cfr. DE

3.1.3. A assunção de necessidade de União bancária

É na situação referida, i.e., não só de necessidade de instituição de mecanismos de resposta mais eficazes às dificuldades de IF e grupos bancários, com as tensões económicas decorrentes da redução de financiamento, mas também como forma de romper o ciclo vicioso entre as dificuldades do sistema financeiro e dificuldades das finanças públicas, ou, se se preferir, quebrar a relação entre bancos e Estados, que se prefigura e define a necessidade de uma verdadeira união bancária.⁵²

A par desta teremos sempre que ter em linha de análise o próprio projeto de integração europeia, que pressupõe progressiva integração económica, liberdade de circulação de capitais, que conduziu a uma união económica e monetária e à criação de uma moeda única europeia, ainda que, como sabido, com adesão parcial.

Quer isto dizer que, independentemente da situação de crise, existia e continua a existir um processo de aprofundamento de ligação económica e, porque compreende transferências de soberania, também política, entre os países da UE que estava em curso, com maiores ou menores críticas e que enquadra qualquer desenvolvimento ocorrido.

Neste sentido, especialmente desde o estabelecimento de uma moeda única, que se pode dizer que era sabida a necessidade de uma união bancária, como se sabe que será inexorável a convergência futura de políticas fiscais⁵³. A crise terá, neste sentido, talvez acelerado o processo⁵⁴.

GRAWE, Paul e JI, Yuemei, *Strong Governments, Weak Banks* CEPS, Policy Briefs, Novembro 2013, www.ceps.eu.

⁵² Sobre a apresentação da União Bancária como resposta, em sentido muito crítico, cfr. AVELÃS NUNES, cit., p. 104 a 115. Realçando que o mecanismo resolutivo único é, no contexto atual, mais importante que um quadro supervisor único, RICHARD. J. HERRING, *ob. cit.*, p. 15 e 16.

⁵³ Sobre a necessidade de uma união fiscal como forma de ultrapassar as dificuldades de *arquitetura* da zona euro, cfr. CÉLINE ALLARD; PETYA KOEVA BROOKS e outros, *Toward a Fiscal Union For The Euro Area*, IMF Staff Discussion Note, setembro 2013, www.imf.org. Sobre propostas de integração fiscal cfr. p. 7 a 13.

⁵⁴ Referindo-se à *terceira parte da estrutura de uma “ponte para a união bancária”* diz NICOLAS VERON que esta impõe, além de mecanismos únicos de supervisão, insolvência e garantia de

Neste contexto, surgem as propostas iniciais da presidência do Conselho EU, Van Rompuy, *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*⁵⁵ e a Comunicação da CE ao PE e ao CUE *Roteiro para uma união bancária*⁵⁶

3.1.4. União bancária – enquadramento, arquitetura e velocidades.

A estruturação de tal união deve assentar, na sequência de tais documentos, em três pilares: - Um sistema de supervisão unificado; um sistema de resolução unificado e um sistema comum de garantia de depósitos⁵⁷.

Esta ideia compreensiva de união bancária, que comporta toda a sua regulação e supervisão, dota o sistema de garantias de estabilidade, garante as funções essenciais dos bancos e os depósitos protegidos efetuados na UE, que se aplica desde os atos genéticos até eventuais atos extintivos de IF, simultaneamente enquanto peça central da estabilidade financeira da união e marco de construção europeia, constitui o edifício central da ideia⁵⁸.

Importa salientar que a ideia de lançamento de união bancária assente nestes três pilares de forma temporalmente próxima mereceu avanços e recuos. Foram, a

depósitos, uma verdadeira união fiscal, económica e política – *A realistic bridge towards european banking union*, Bruegel Policy Contribution 6/2013, p. 2 e 16 (www.bruegel.org). Tratando já medidas concretas de convergência fiscal necessárias à união bancária, Jean PISANI-FERRY e Guntram WOLFF, *The fiscal Implications of a Banking Union*, Bruegel Policy Brief, setembro 2012, www.bruegel.org.

⁵⁵ HERMAN VAN ROMPUY - *Towards a Genuine Economic and Monetary Union* (<http://www.consilium.europa.eu/uedocs>).

⁵⁶ COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO, *Roteiro para uma união bancária*, Roteiro para uma união bancária, Bruxelas, 12.9.2012, COM (2012), eur-lex.europa.eu/legal.

⁵⁷ Sobre arquitetura da União Bancária num quadro de estabilidade financeira europeia cfr. RICHI GOYAL e outros, *A Banking Union for the Euro Area*, *IMF Discussion Note*, (fevereiro 2013), www.imf.org, p. 7 a 20. Cfr. também, em perspetiva geral, CARLOS COSTA, *Processo de Construção da União Bancária – Balanço e Perspetivas*, Inforbanca, Abril-Junho 2014, p. 4 a 10. Sobre arquitetura, principais decisões e desafios - NICOLAS VERON e GUNTRAM B.WOLFF, *From supervision to resolution*, Bruegel Policy Contribution 2/2013, (www.bruegel.org) e JEAN PISANI-FERRY, ANDRÉ SAPIR e NICOLAS VÉRON, *What kind of European Banking Union*, Bruegel Policy Contributions, Jun. 2012, www.bruegel.org.

⁵⁸ Garantia de depósitos uniformemente estabelecida em EUR 100.000 (art.º 7º da Diretiva 94/19/CE na redação da Diretiva 2009/14/CE de 11/3/2009 e com prazo de substituição estabelecido em 4/7/2019 pelo art.º 21º da Diretiva 2014/49/EU de 16/4/2014, mantendo, todavia, o nível de cobertura mínimo em 100.000 EUR (art.º 6º n.º1).

propósito assinalados os riscos de instituição de MUS sem MUR e sem mecanismo único de garantia de depósitos⁵⁹.

Teremos, por outro lado, que atentar que no seio da UE existem diferentes arquiteturas, em simples, decorrentes da velocidade a que os países integrantes estão dispostos a participar no projeto europeu.

Assim sendo, a par desta arquitetura central de união bancária, correspondente ao ordenamento dos países integrantes na moeda única, terão que se assinalar outras arquiteturas, ainda que assentes em regras e princípios de natureza próxima, que comportam uniformização dos mecanismos de regulação e supervisão, de resolução e de garantia de depósitos.

É com base nesta diferente arquitetura que se traça a fronteira entre os mecanismos jurídicos instituídos. Serão mecanismos únicos para os países integrantes da moeda única (e outros aderentes com especial acordo de cooperação) e regras uniformes com progressivo pendor europeísta, para os restantes.

A somar a esta diferente arquitetura europeia *patente*, porque assente em diferentes instrumentos jurídicos e regulatórios, existe uma outra diferente arquitetura, *menos patente* mas certamente igualmente importante nos processos decisórios e nas soluções adotadas, que é a que cinde a união de acordo com a defesa dos interesses nacionais e que, particularmente no contexto da crise, fendeu os países da zona euro entre norte e sul ou, se se preferir, países mais e menos competitivos economicamente.

Deve assinalar-se também que uma verdadeira união bancária não é construída só em *bases arquitetónicas*. Pressupõe uma clara convergência de quadros regulatórios materiais, um *single rulebook*⁶⁰ e pressupõe que, ao nível do

⁵⁹ Assim, RICHARD. J. HERRING, *The Danger of Building a Banking Union on a One-Legged Stool*, cit., p. 18.

⁶⁰ A propósito do *rulebook* supostamente unitário na EU desde 2009, mas...na realidade, nem tanto..., cfr. KAREL LANOO, *Banking Union in Sight five years on*, CEPS Commentary, setembro 2013, www.ceps.eu, p. 2.

próprio mercado bancário, a organização das IF seja de molde a promover a transparência e a estabilidade financeira. A esta luz é essencial para um quadro bancário unificado a consumação da divisão entre banca universal e banca de investimento, sendo a unificação destes negócios na mesma instituição um dos grandes obstáculos à resolubilidade, como apontado pelo *Relatório Liikanen* para o quadro europeu e instituído pelo legislador americano no *Dodd-Frank*, com a referida *Volker rule*⁶¹.

3.2. Diretiva e Regulamento de Recuperação e Resolução bancárias

É com o contexto supra referido que são aprovados na UE os instrumentos jurídicos que disciplinam o quadro da recuperação e resolução de instituições financeiras, seja em termos de mecanismo único, em paralelismo com o MUS, seja na instituição de regras harmonizadas para os diversos ordenamentos, com aprovação de Diretiva sobre a matéria.

Para o sistema da moeda única, além do já anteriormente aprovado mecanismo único de supervisão, foi adotado, por Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, um Mecanismo Único de Resolução (MUR) que disciplinará, num quadro decisório europeu, a forma de recuperação e resolução de IF na área do euro – Regulamento (UE) n.º 816/2014, de 15/7/2014, adiante apenas Regulamento⁶².

Para os restantes países da UE, a par do já previamente reformado quadro de supervisão uniforme, é instituído um quadro uniforme de recuperação e resolução, pela Diretiva 2014/59, de 15 de maio, do Parlamento e do Conselho, adiante apenas Diretiva.⁶³

Materialmente, pode dizer-se que as soluções traçadas no Regulamento e na Diretiva são convergentes, sendo enformadas pela Recomendação *Key Attributes* já

⁶¹ Neste sentido: JAN PIETER KRAHNEN, *Banking Union in the Eurozone? A panel contribution*, em FRANKLIM ALLEN *et al* (edição), *Political, Fiscal and Banking Union in the Eurozone?* P. 32 a 34.

⁶² JOUE 30/7/2014

⁶³ JOUE 12/6/2014

referida sendo, portanto, as grandes diferenças entre instrumentos jurídicos estabelece-se ao nível institucional, de formação de processo decisório e de incidência subjetiva dos mecanismos criados, ao nível de ordens jurídicas abrangidas e ao nível de IF a que, potencialmente, se aplicará.

3.2.1. Âmbito de aplicação – incidência subjetiva

Nos termos dos art.º 2º e 4º do Regulamento, este será aplicável a instituições de créditos estabelecidas em Estados-Membros participantes (al. a)), empresas-mãe estabelecidas num Estado participante sujeitas a supervisão de base consolidada pelo BCE (al. b)) e empresas de investimento e instituições financeiras incluídas em tal atividade de base consolidada (al. c)).

Deve atentar-se que os Estados-Membros participantes, que antes se referiu de modo simplificado como os países da *eurozona*, podem também ser outros que adiram a acordo de cooperação estreita como previsto pelo art.º4º do Regulamento⁶⁴.

A Diretiva será aplicável mais genericamente a instituições financeiras estabelecidas na UE, meras filiais ou sucursais estabelecidas nesta área, desde que aqui sujeitas a supervisão de base consolidada (art.º 1º).⁶⁵

Sendo possível, face ao que se salientou, a concorrência entre o regime da Diretiva e o funcionamento do MUR, ressalva o Regulamento tal possibilidade, estabelecendo que o CUR, quando deva intervir à luz da Diretiva, possa fazê-lo como autoridade nacional de resolução ou, em situação transfronteiriça, como autoridade competente ao nível do grupo.

⁶⁴ Cfr. também art.º 2º n.º1 do Reg. UE n.º 1024/2013 do CUE, de 15/10 (JOUE 29/10/2013, L287. 63 e segs.).

⁶⁵ Para estes conceitos ver art.º 4º n.º15 (empresa-mãe), n.º 16 (filial) e n.º 17 (sucursal) do Regulamento (UE) n.º 575/2013 (JOUE 27/6/2013) e art.º 3º n.ºs 14, 15 e 16 da Diretiva 2013/36 (UE), (JOUE 27/6/2013, p. 338 e segs.).

3.2.2. Quadro institucional no MUR e na Diretiva

No contexto do MUR é criada uma Agência Europeia, o Conselho Único de Resolução (CUR), responsável perante PE, CUE e CE (art.º 42º a 45º do Regulamento), tendo o respetivo Presidente poderes de gestão corrente (cfr. art.º 56º), funcionando em sessão executiva quanto a tomada de decisões (art. 51º e 52º) e reunindo em sessões plenárias para definição das grandes orientações anuais (art. 50º).

Será ao CUR que competirão as decisões, designadamente de colocação da entidade sob resolução e de estabelecimento do conteúdo do plano resolutivo, que será apreciado pela Comissão e pelo Conselho, entrando em vigor se não alvo de objeção destas instituições.

No quadro da Diretiva é imposta a criação de uma autoridade de resolução nacional em cada Estado-Membro, excecionalmente mais que uma (art. 3º n.º1 e 3), impondo-se que quem exerça funções deve ser independente e pertencer a uma estrutura hierárquica separada da que integre o pessoal encarregue das funções de supervisão comum (art. 3º n.º3).

Tal, vertendo ao caso português, deverá entender-se que, na transposição, permitirá que a autoridade resolutiva esteja organicamente integrada no BP mas em departamento autónomo e não dependente hierarquicamente da estrutura de direção. Não quer dizer que não esteja sujeita a orientações genéricas ou simples controlo do órgão de governo do BP. Não poderá é receber ordens ou diretivas de tal órgão ou da estrutura de supervisão para a sua atuação concreta.

3.2.3. Enquadramento geral das soluções – Recomendação CE 26/5/2010

Além da referida Recomendação *Key Attributes* do FSB, pode dizer-se que o essencial do quadro ideológico de recuperação e resolução está traçado na UE

desde maio de 2010, altura em que a Comissão emitiu a comunicação *Fundos de resolução de crises nos bancos*⁶⁶.

Neste documento é identificado o princípio da providência para fundar critérios de intervenção precoce e a necessidade de instituição de um Fundo de Resolução de base europeia que, *ex ante*, permita extinção ordeira e evite liquidação apressada de ativos.

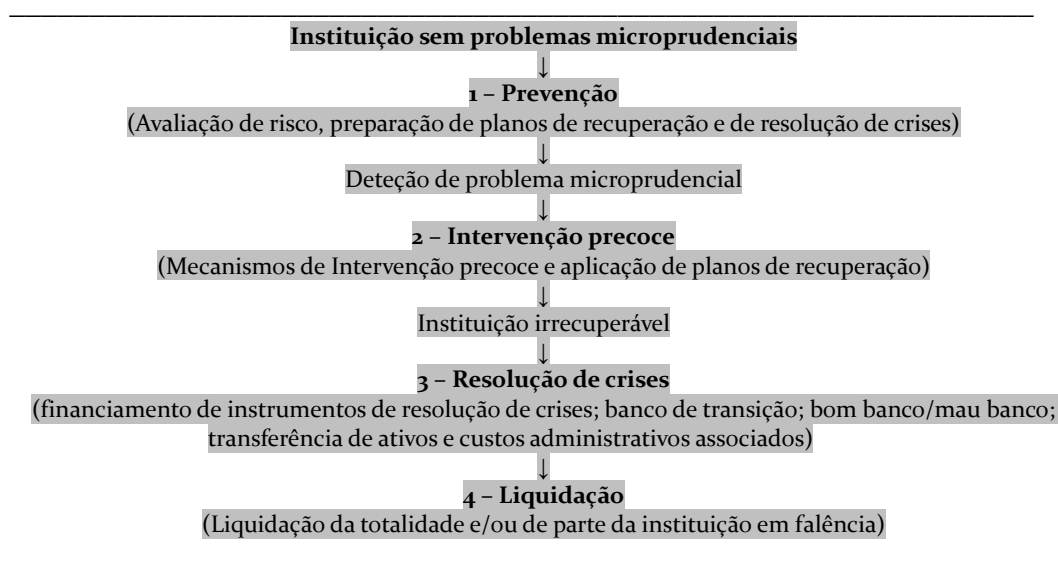
Em tal comunicação foi convocado o princípio do poluidor-pagador, proveniente da área de direito do ambiente, aqui com a função de impor, tanto quanto possível, que os responsáveis pela crise suportem os custos inerentes. Tal fundará a imposição de taxas ao sector bancário para *almofadarem* eventuais intervenções de equilíbrio do sistema.

Neste documento são também estabelecidos os dois referentes essenciais de qualquer sistema resolutivo pós-crise, que, em síntese, são a prevenção de externalidades sistémicas decorrentes da insolvência de IF e a diminuição ou mitigação do risco moral para as finanças públicas que a mesma poderá comportar.

Sendo claro que a prevenção e gestão de crises deve ser precoce, foi nessa altura traçado um quadro esquemático para o funcionamento de sistemas e fundos de resolução que veio a ser consagrado nos instrumentos ora adotados e constitui o esqueleto central das soluções materiais sobre o tema⁶⁷:

⁶⁶ *Fundos de resolução de crises nos bancos* Bruxelas, 26.5.2010 COM (2010), Comunicação à Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Banco Central Europeu em <http://ec.europa.eu>.

⁶⁷ Recomendação cit., p. 5 (reformatada de quadro em apresentação esquemática)



3.2.4. – Planeamento da recuperação e resolução

Numa lógica preventiva e tendo sempre como referente a existência de instituições *demasiado grandes para falirem* “too big too fail”, sendo estas SIFI (systemically important financial institutions), pessoas dotadas de dimensão financeira relevante mas também de uma grande complexidade, seja a nível organizativo e funcional, seja a nível dos ativos financeiros que opere, consagram os decisores o princípio de prever antecipadamente a possibilidade de colapso e regulá-la.

Este será um dos pontos em que a pergunta deixada no título se aplicará: será uma resposta efetiva ou estaremos perante *wishful thinking*. A ela se voltará em sede conclusiva.

De assinalar que o Regulamento apenas institui regras relativas a planeamento de resolução, impondo a Diretiva a instituição de planos de recuperação e de planos de resolução.

Bem se percebe esta diferença, sendo o MUR um instrumento de maior precisão e tendo a Diretiva uma incidência objetiva mais abrangente.

A questão da efetividade destes planos passará, em boa medida pelo grau de controlo que exista sobre os mesmos, quando elaborados pelas IF, e pelo grau de

exigência colocado pelas entidades responsáveis na sua elaboração, quanto aos planos resolutivos.

3.2.4.1. Planos de recuperação

Os planos de recuperação, previstos nos art. 5º a 9º da Diretiva, seja relativamente a instituições que não façam parte de grupos sujeitos a supervisão de base consolidada, seja em relação a grupos em que esta opere, serão elaborados pelas próprias instituições ou pela empresa-mãe do grupo (art. 5º n.º1 e 7º n.º1), sendo avaliados anualmente.

Deve atentar-se também que as instituições sujeitas a supervisão direta do BCE i.e., as que mereçam qualificação de relevantes ou, nos termos da dupla negativa do conceito do art. 6º n.º4 do Regulamento 1024/2013, as que *não sejam não significativas*, devem elaborar planos de recuperação individuais. Serão estas as IF cujos ativos ultrapassem €30.000.000.000 ou representem mais de 20% do PIB de um Estado-Membro, desde que excedente a €5.000.000.000 (art. 4º n.º10 Diretiva).

3.2.4.2. Planos de resolução

a) Elaboração

Os Planos de resolução estão previstos no Regulamento no art. 8º e na Diretiva nos art. 10º a 12º.

No contexto do MUR, os planos de resolução são elaborados pelo próprio CUR no que concerne a instituições sob supervisão direta do BCE no contexto do MUS, i.e., as supra referidas instituições não consideradas menos significativas (o mesmo se diga quanto a grupos bancários) ou aquelas em que o BCE tenha decidido exercer diretamente supervisão ou ainda no caso de um Estado-Membro expressamente solicitar ao CUR a elaboração de tais planos a instituições ou

grupos que não caibam naquele conjunto (cfr. art. 8º n.º1, 7º n.º4 al. b) e n.º5 do Regulamento).

Não sendo expressamente solicitada tal elaboração ao CUR, competirá às autoridades nacionais de resolução a elaboração dos planos de resolução das instituições sob supervisão direta dos supervisores nacionais (art. 10º n.º1 da Diretiva e art. 9º n.º1 do Regulamento).

Esta elaboração dos planos de resolução por instituições públicas constitui um claro afloramento de uma perspetiva intervencionista no ordenamento europeu, por contraposição a uma perspetiva mais liberal, em que os próprios planos de resolução seriam elaborados pelas instituições e meramente sujeitos a aprovação periódica, ainda que as instituições estejam obrigadas a cooperar, *tanto quanto necessário*, na sua elaboração (art. 11º Diretiva, particularmente n.º1 al. b) e art. 8º n.º8 do Regulamento).

Percebe-se que assim seja, ultrapassado o limiar da recuperação, sendo tutelados interesses relevantes e havendo necessidade de alocar recursos publicamente geridos, a visão *pública* sobre a melhor forma de prosseguir tais interesses deve prevalecer.

b) Conteúdo

Estatui o art. 8º n.º6 do Regulamento que o plano não deve pressupor qualquer apoio financeiro público que não o recurso ao fundo instituído, incluindo apoio financeiro extraordinário, cedência de liquidez de emergência por banco central ou cedência de liquidez por banco central em condições não convencionais, i.e., mediante concessão de garantias, benefícios de prazo ou de taxas de juro.

No mesmo sentido estatui expressamente o art. 10º n.º3 da Diretiva, assim perentoriamente statuindo o legislador europeu limitação ao risco moral.

Este é mais um dos pontos em que se pode questionar o cariz efetivo desta previsão. Aqui fica claro um *wishful thinking* de não ocorrer no futuro crise bancária com extensão que exceda as forças do fundo, que, por muito relevante que

venha a ser, mesmo na maturidade, ficará sempre aquém de uma crise concebível em abstrato.

O plano deve ser elaborado de forma contingente, i.e., levando em conta diversos cenários, designadamente de a falência ser de natureza idiossincrática, ocorrer num período de instabilidade financeira mais generalizada ou em momento de ocorrência de acontecimentos sistémicos (art. 8º n.º6 do Regulamento e 10º n.º3 Diretiva).

É claro que a aplicação desta previsão dá campo fértil a interpretações práticas diversas no seu funcionamento concreto.

Pensando no caso recente de resolução do BES, poderá questionar-se se estaremos perante *falência idiossincrática* ou decorrente de *instabilidade financeira*. Muito possivelmente ambas, seguindo a ponderação para o patamar seguinte de análise...

Sobre o conteúdo das medidas constantes dos planos dispõem o n.º 9 do art. 8º do Regulamento e 10º n.º 7 da Diretiva, estatuinto um conjunto muito alargado de elementos obrigatoriamente integrantes do mesmo.

Poderá salientar-se, sem exaustividade, a necessidade de incluir uma *síntese geral* do plano; uma *informação evolutiva da situação da instituição* ou grupo; uma *informação sobre a forma de separação jurídica e económica de funções críticas e principais segmentos de atividade de outras funções*, um *calendário*, uma *descrição pormenorizada das diferentes estratégias de resolução (...)* em função dos diferentes cenários possíveis e um *plano de comunicação com os meios de comunicação e o público*.

Os planos devem ser analisados e, se necessário, atualizados com periodicidade mínima anual e sempre que ocorra alteração da estrutura jurídica ou organizativa da instituição (art. 10º n.º6 Diretiva e 8º n.º 12 do Regulamento).

c) Obrigações simplificadas e isenção de elaboração de planos

De salientar ainda, quanto aos planos de resolução, que, no contexto do Regulamento, o CUR, *motu proprio* ou por iniciativa de autoridade nacional de resolução, pode, fundamentadamente, impor obrigação meramente simplificada, i.e., de apresentação de um plano sem o detalhe completo imposto pelo Regulamento ou até isentar totalmente tal obrigação (art. 9º n.º1), ainda que tais isenções tenham que ser anualmente avaliadas (art. 9º n.º4).

No contexto da Diretiva está apenas prevista a simplificação de obrigações (e não, também, a isenção), quanto ao conteúdo de informação e medidas, periodicidade e datas – art. 4º n.º1.

Esta simplificação de obrigações (ou sua isenção, no caso do MUR) será discricionariamente apreciada pelas autoridades de resolução, CUR ou entidades nacionais, podendo ser concedida, em síntese, se os riscos envolvidos na atividade da instituição, a nível de repercussão para a estabilidade do sistema financeiro, forem negligenciáveis (art. 11º n.º3 do Regulamento e art. 4º n.º1 da Diretiva).

Importa atentar que podem ser isentas da apresentação de plano de resolução instituições sobre que exista obrigação de elaboração de planos individuais, i.e., as que se encontram sob supervisão direta do BCE e constituam parte significativa dos sistemas financeiros⁶⁸.

É claro que esta concessão de obrigações simplificadas ou até isenção, ainda que decidida por autoridade de resolução, implica uma clara conexão entre os mecanismos de recuperação e resolução e os mecanismos de supervisão *strictu sensu*, que, em primeira linha, avaliarão a estrutura jurídica e acionista, a sua interconectividade com o sistema financeiro, o seu perfil de risco, a complexidade das suas atividades ou outros elementos relevantes.

A esta luz, importa acentuar que esta possibilidade não pode ser entendida, na imagem comum, como uma *janela aberta* para deixar sair aquilo a que se *fechou a porta*. O estabelecimento de um pilar de recuperação e resolução como elemento

⁶⁸ Como referido no texto, as que possuam ativos superiores a 30.000.000.000 EUR, o rácio dos seus ativos exceda 20% do PIB do Estado-Membro de estabelecimento desde que superior a 5.000.000.000 EUR (art.11º n.º8 Regulamento).

estruturante essencial e autónomo da estabilidade bancária faz assinalar que o simples campo da regulação e supervisão *genérica* é insuscetível de prevenir e enquadrar suficientemente a atividade bancária e gerir o risco sistémico decorrente da insolvência de IF.

Impõe-se uma regulação e supervisão (em sentido lato) *especificamente* vocacionadas para os riscos de insolvência. Se, neste contexto de supervisão da recuperação e resolução, for, por via de um alargamento sensível dos critérios de atenuação de obrigações, em boa medida, dispensado um conjunto muito alargado de instituições, na prática poderá estar a ser *devolvida* competência para avaliar preventivamente os riscos decorrentes da insolvência destas instituições à supervisão geral, com os riscos inerentes⁶⁹.

d) Avaliação da resolubilidade

Cumprir referir, seja no contexto do MUR, seja no da Diretiva, que incumbe aos decisores de resolução a avaliação da existência de eventuais obstáculos à resolução, sendo esta aferição referida como elemento relevante pela recomendação *Key Attributes*.

Como obstáculos à resolubilidade, embora também, mais genericamente, verdadeiras falhas de mercado, pode apontar-se o essencial das conclusões do *Relatório Liikanen*, impondo separação de atividades bancárias tradicionais das de investimento, proibindo ou limitando aquisição ou detenção de dívida não privilegiada entre bancos, entre outras⁷⁰

Seja aquando da elaboração ou avaliação de planos de recuperação ou resolução ou em qualquer outro momento, as autoridades de resolução devem

⁶⁹ Se vertido à situação atual, adotando um critério discricionário meramente assente na dimensão dos negócios e no risco sistémico adveniente, quer o BPP quer o BPN seriam instituições passíveis de fundamentar uma atenuação da obrigação. No caso do BPN foi patente o *risco moral* que continha e, portanto, num raciocínio atualista, tal eventual opção discricionária seria, no mínimo, fortemente questionável.

⁷⁰ A propósito, ver JAN PIETER KRAHNEN, *ob. Cit.* p. 38

avaliar da existência, na atividade de instituição ou grupo, de obstáculos à resolução (art. 15º a 18º da Diretiva e art. 10º do Regulamento).

Existirá um obstáculo sensível sempre que se prefigure impossibilidade de liquidação ou resolução sem que seja verificada instabilidade ou riscos relevantes no sistema financeiro, sempre que a resolução imponha apoios financeiros públicos suplementares, de Estados-Membros ou de bancos centrais, ou se vislumbre dificuldade de assegurar as suas funções críticas (art. 15º e 16º n.º1 da Diretiva, 10º n.ºs 1 e 4 do Regulamento).

Neste caso, a atividade das autoridades de resolução centra-se na remoção de tal ou tais obstáculo(s) concreto(s) encontrado(s), tendo poderes para impor, individual ou conjugadamente, um acervo de medidas, que podem consistir, entre outras, no *estabelecimento de exigência de revisão ou elaboração de acordos de financiamento, intra ou extra grupo*, que salvaguardem a prestação das funções críticas; *impor limitação a exposição máxima; impor requisitos de informação adicionais; exigir alienação de ativos específicos; exigir limitação ou cessação de atividades que já exerça ou tenha proposto; restringir ou proibir linhas de negócio ou venda de produtos; exigir alterações de estruturas jurídicas ou organizacionais, intrainstitucionais ou intragrupo* para permitir separação das funções críticas ou *exigir criação de companhia financeira mãe na UE ou Estado-Membro* (art. 10º n.º11 do Regulamento e art. 17º Diretiva) .

3.2.5. Intervenção precoce

3.2.5.1. Pressupostos

Passando da fase de previsão da resolução, seja sob a forma de planeamento, seja sob a forma conexas de remoção de eventuais obstáculos identificados *ex ante*, isto é, verificando-se que a instituição ou grupo apresenta dificuldades a nível microprudencial, passa-se a uma fase de intervenção.

O adjetivo *precoce* que o conceito comporta é autoexplicativo. Pretende-se, evidentemente, que a intervenção previna a insolvência ou, não sendo esse o caso, minimize os danos que a mesma possa provocar.

Como referido, esta intervenção será suscitada quando sejam detetados problemas relevantes na instituição a nível microprudencial.

Em paralelo com o sistema de regras de recuperação e resolução, também as regras de gestão prudencial do sistema têm sido objeto de frequentes revisões, no sentido de conferir segurança aos mercados e reforçar os critérios de avaliação das entidades.

Nesta matéria, o Regulamento, no contexto do MUR, exige apenas que as autoridades nacionais competentes comuniquem ao CUR quaisquer medidas que imponham na sequência da avaliação da existência de problemas microprudenciais, seja por aplicação dos artigos 27º a 29º da Diretiva 2014/59, seja no mero âmbito de poderes de supervisão, no contexto do MUS (art. 16º) ou da Diretiva 2013/36 (art. 104º).

A intervenção precoce no contexto do MUR será, neste caso, complementar. O art. 13º do Regulamento, prevê que o CUR deverá, nesta fase, sobretudo verificar do cumprimento ou sucesso de qualquer medida de intervenção precoce que a instituição tenha sido instada a tomar e começar a adotar medidas preparatórias da resolução, nesta fase ainda potencial.

Poderá, a esta luz, solicitar informações, avaliar ativo e passivo, contactar potenciais compradores, exigir que a instituição faça tais contactos *exploratórios* ou ainda exigir que a autoridade nacional de resolução elabore um projeto resolutivo (art. 13º n.º3).

Será no contexto da Diretiva que se estabelece o quadro material da recuperação. Estatui o art. 27º n.º1 quais os requisitos microprudenciais cujo desrespeito, atual ou iminente, fundamenta intervenção precoce.

Não sendo evidentemente possível ou desejável fazer uma referência exaustiva a todo o alargado acervo prudencial a avaliar, cumpre salientar que os

requisitos referidos, também na sequência da crise, têm sofrido alteração sensível, aludindo-se aos que parecem mais salientes.

Assim, antes de mais, no contexto da Diretiva UE 2013/36⁷¹, o que dispõe o art. 131º referente à obrigação de identificação, pelas autoridades nacionais, de instituições de importância sistémica global (G-SII) e de outras instituições de importância sistémica (O-SII), com a previsão de possibilidade de instituição de uma reserva de fundos próprios para risco sistémico (art. 133º), assim introduzindo uma ponte clara entre perspetivas de supervisão microprudencial e macroprudencial na avaliação dos riscos de atividade destas instituições.

A estes fundos para o risco sistémico facultativamente instituídos, somam-se os requisitos de fundos próprios estabelecidos pelo art. 92º do Reg. UE n.º 575/2013 (art. 129º) e a exigência de uma reserva contra cíclica de fundos próprios específica da instituição (art. 130º).

Cumprе salientar ainda os mais apertados critérios de avaliação dos diversos riscos da atividade bancária, estatuídos nos artigos 76º a 87º da Diretiva UE 2013/36 e as novas regras de governação bancária, incluindo políticas de remuneração de pessoal, como estabelecida nos artigos 88º a 97º deste diploma europeu.

Quanto às regras uniformes relativas aos requisitos prudenciais para instituições de crédito e para empresas de investimento, foram também alteradas pelo citado Regulamento UE n.º 575/2013⁷², com o objetivo de reduzir riscos sistémicos e macroprudenciais, incluindo a já aludida instituição de reservas para risco sistémico, a somar ao conjunto de regras relativas à constituição de fundos próprios, principais de nível 1 (art. 26º e segs.), adicionais de nível 1 (art. 51º e seguintes), próprios de nível 2 (art. 62º e segs.) e participações qualificadas fora do setor financeiro (art. 89º e segs.).

De entre estes fundos, deve salientar-se a regra do art. 92º, instituindo um rácio mínimo de fundos próprios de 8%, destes devendo, pelo menos, 4,5%

⁷¹ JOUE 27/6/2013

⁷² JOUE 27/6/2013

corresponder a fundos próprios principais de nível 1 e 6% a fundos de nível 1, sempre tendo em consideração regras mais apertadas de avaliação de risco de crédito, como instituídas pelos art. 107º e segs.⁷³

Deve salientar-se também a nova regulamentação relativa aos mercados de instrumentos financeiros (Diretiva 2014/65/UE)⁷⁴, comumente conhecida como MIFID 2, com os mais apertados requisitos para aceder à negociação de produtos financeiros, incluindo o alargamento de previsão a certas categorias de derivados e aos riscos prudenciais associados à sua negociação que, como é sabido, estiveram diretamente associados a algumas das mais relevantes imparidades geradas no sistema financeiro internacional, impondo regras de avaliação prudencial mais apertadas.

Salienta-se, por fim, o teor do Regulamento UE n.º 600/2014 de 15/5⁷⁵ também relativo aos instrumentos financeiros, especialmente as regras relativas a transparência na negociação de instrumentos de capital, em plataformas negociais ou em balcão e a obrigação de reportar suficientemente todas as transações realizadas.

O desencadeamento de intervenção precoce não se atém, todavia, à mera verificação de problemas microprudenciais como os acima descritos mas deve pressupor uma avaliação adicional que permita qualificar tais problemas como determinativos de risco de insolvência. As referências constantes da parte final do n.º1 do art. 27º impõem esta conclusão: - o incumprimento de regras prudenciais (ou a sua iminência) deve ser especialmente qualificado.

Esta qualificação, decorrente de circunstâncias exemplificativamente previstas, pode referir-se a deterioração rápida da sua situação financeira, incluindo a meramente referente a problemas de liquidez, aumento de rácio de

⁷³ De salientar que na ordem nacional, desde 2009 que o BP *impusera/solicitara* um rácio mínimo de fundos próprios *tier 1* de 8% (Carta Circular n.º 83/2008/DSBDR de 12/11)

⁷⁴ JOUE 12/6/2014

⁷⁵ JOUE 12/6/2014

alavancagem, situação de empréstimos em incumprimento ou concentração de posições de risco.

Em tais situações, a instituição é passível de entrar em situação formal de intervencionada.

3.2.5.2. Medidas

Ante a verificação de situação como a antes descrita, estatui a Diretiva que as autoridades nacionais terão o poder de aplicar, singular ou conjuntamente, qualquer das medidas previstas no art. 104º da Diretiva 2013/36/EU relativa a poderes de supervisão, que podem ir desde a *instituição de fundos próprios superiores aos estabelecidos, apresentação de planos de restabelecimento dos requisitos prudenciais, exigência de política de constituição de provisões, restrição ou limitação de atividades* ou um conjunto muito alargado de outros mecanismos, em síntese, destinados a restabelecer equilíbrio da situação financeira da instituição e a confiança pública na mesma.

Além destas, prevê o art. 27º a possibilidade de aplicação de um conjunto de medidas de intervenção *strictu sensu*, que podem, materialmente, ser algumas das previstas em plano de recuperação, consistir na exigência de apresentação de um plano de ação calendarizado, na convocação de assembleia geral de acionistas, na exigência demissão de um ou mais membros de órgãos de administração, na exigência de estabelecimento de um plano de reestruturação total ou parcial da dívida ou outras.

Nos casos em que a situação sofra deterioração significativa da situação financeira, sejam constatadas graves irregularidades legais, regulamentares, estatutárias ou administrativas e se verifique ou seja patente a insuficiência das medidas antes referidas, prevê o art. 28º da Diretiva destituição dos membros da direção da instituição e do órgão de administração e, se tal substituição não for suficiente, seja ao nível de instituição singular ou de um grupo, a nomeação de uma administração provisória, singular ou colegial (art. 29º).

Esta será, pode dizer-se, a medida de intervenção mais gravosa, ainda que a gradação concreta dos poderes da administração provisória seja determinada aquando da nomeação e deva ser proporcional à situação verificada, podendo abranger e/ou limitar mais ou menos os poderes dos outros órgão da IF (art. 29º n.ºs 1 e 2 da Diretiva).

Ultrapassado o limiar das possibilidades de recuperação entrar-se-á em processo de resolução.

3.2.6 Resolução

3.2.6.1. Despoletamento ou *trigger*

Afirmar genericamente que, ultrapassado o limiar de recuperação entrará uma instituição ou grupo em fase de resolução, enferma de petição de princípio que será, precisamente, a de saber onde se situa tal limiar para cada caso concreto.

Por essa razão o art. 32º n.º1 al. a) da Diretiva estatui uma avaliação necessária de duas entidades, a nacional competente e a de resolução, deixando ao legislador nacional a avaliação de qual destas será a entidade com capacidade decisória no processo e qual a que terá poderes consultivos.

A resolução será desencadeada com a instituição em insolvência ou risco de insolvência e sem que exista uma solução privada ou de intervenção pública capaz de, presumivelmente, reverter tal situação em prazo razoável.

A qualificação da situação de insolvência está também normativamente caracterizada na Diretiva (art. 32º n.º4). Verificar-se-á quando deixe de cumprir ou esteja na iminência de deixar de cumprir os requisitos para a sua autorização bancária, designadamente com perdas passíveis de esgotar, no todo ou significativamente, os seus fundos próprios; quando, de forma atual ou iminente, o seu ativo seja inferior ao passivo; quando a instituição esteja, de forma atual ou iminente, incapaz de pagar as suas dívidas ou cumprir outras obrigações ou, em geral, quando a instituição solicite apoio financeiro público extraordinário fora de

determinados requisitos, discriminados na al. d) do n.º4 do art. 32º e a concretizar normativamente pela EBA.

Estes critérios serão aplicáveis a uma instituição ou a uma empresa-mãe sujeita a supervisão de base consolidada (art. 33º n.º1).

No contexto do MUR, pelo art. 18º n.º4 do Regulamento, os critérios para despoletar o procedimento de resolução serão equivalentes, pressupondo uma situação de iminente insolvência, como acima caracterizada.

3.2.6.2. Objetivos

Seja no contexto do MUR seja no da Diretiva, os objetivos expressamente consagrados são aqueles que, em termos gerais, foram identificados para o instituto.

No âmbito do MUR são identificados cinco objetivos materiais centrais e um sexto objetivo enformador daqueles.

Os objetivos centrais mostram-se estabelecidos nas alíneas a) a e) do art. 14º n.º2 do Regulamento, que, em relação à proposta em que assentou, aduz uma alínea ao art.14º n.º2 por forma a prever expressamente a proteção de fundos e ativos dos clientes.

Os objetivos ora estabelecidos no contexto do MUR serão, em primeiro lugar, a manutenção das funções críticas da instituição (al. a)), de entre estas emergindo, antes de qualquer outra, assegurar a continuidade do sistema de pagamentos⁷⁶.

Num segundo plano é assinalada a contenção do risco sistémico, procurando assegurar a estabilidade financeira, evitar contágio e manter a disciplina do mercado (al. b)).

⁷⁶ Funções críticas definidas na al. 35 do art.º 2º da Diretiva como *atividades, serviços ou operações cuja interrupção pode dar origem, num ou em vários Estados-membros, à perturbação de serviços essenciais para a economia real ou perturbar a estabilidade financeira devido à dimensão ou à quota de mercado de uma instituição ou de um grupo, ao seu grau de interligação externa e interna, à sua complexidade ou às suas atividades transfronteiriças, com especial destaque para a substituíbilidade dessas atividades, serviços ou operações.*

Em terceiro lugar é assinalada a redução do risco moral para as finanças públicas, *limitando o recurso ao apoio financeiro público extraordinário* (al. c)).

Num quarto plano vem expressamente enunciada a proteção de depositantes e investidores.

Quanto a depositantes, os critérios de proteção pode dizer-se que, atualmente, são ainda os estabelecidos pela Diretiva 94/19/CE que regula o sistema de garantia de depósitos, havendo que relevar as alterações nesta introduzidas pela Diretiva 2009/14/CE de 11/3/2009 que, designadamente, alterou o art. 7º da Diretiva de 94 e instituiu a obrigação dos Estados-Membros estabelecerem uma cobertura mínima de depósitos equivalente a EUR 100.000.

Esta Diretiva tem um prazo de revogação já estabelecido em 4/7/2019, pelo art. 21º da Diretiva 2014/49/EU de 16/4/2014⁷⁷, ainda que o prazo de transposição seja em data limite bastante anterior (cfr. Art. 20º), mantendo-se, todavia, o nível de cobertura mínimo em EUR 100.000 (art. 6º n.º1). Por essa razão a Diretiva 59/2014 aluda apenas ao SGD da Diretiva 49/2014.

Quanto a investidores, a proteção conferida pela Diretiva 97/9/CE será a que se refira a não profissionais que apliquem poupanças em produtos financeiros, estando previsto apenas um limiar mínimo de proteção de €20.000, que o legislador nacional conformou num limite máximo de €25.000⁷⁸.

A um quinto nível enuncia o Regulamento, como referido, expressamente a proteção dos ativos e fundos dos clientes, naquilo que se possa autonomizar, seja dos mecanismos de proteção de depósitos e investimentos assegurados, seja da própria tutela do risco sistémico. A defesa dos direitos patrimoniais dos clientes bancários assume, assim, relevo *per si*.

O enquadramento destes objetivos deve ser feito levando em conta que, apesar da ordem enunciada, não é estabelecida qualquer hierarquia entre eles, expressamente estatuidando o art. 14º n.º3 do Regulamento a sua inexistência e,

⁷⁷ JOUE 12/6/2014

⁷⁸ JOUE 26/3/97 e cfr. também DL n.º 222/99 de 22/6.

portanto, impondo ao CUR e demais intervenientes um juízo que procure equilíbrio entre os vários propósitos a prosseguir, prevenindo destruição desnecessária de valor e reduzindo tanto quanto possível os custos da resolução (n.ºs 2 e 3).

É claro, todavia, que o propósito de defesa do direito dos clientes, ao menos de forma integral, tem que ser secundarizado, podendo os outros quatro objetivos ser, no essencial, agrupados nos dois princípios cardinais: - a proteção do risco sistémico (de que a proteção das funções críticas e os próprios mecanismos de garantia são, nalguma medida, instrumentais) e a proteção do risco moral de *chamamento* extraordinário das finanças públicas.

Pode, assim, a despeito da letra do art. 14º n.º3 do Regulamento, estabelecer-se uma hierarquia, ainda que não formal, entre objetivos a prosseguir.

Ao nível da Diretiva os objetivos e seu enquadramento são idênticos, como estabelecidos no art. 31º n.ºs 1 e 2, valendo integralmente o que antes se disse.

3.2.6.3. Princípios enformadores

Definem-nos os art. 34º da Diretiva e art. 15º do Regulamento, também de forma convergente, podendo agrupar-se sobretudo em quatro grandes grupos.

a) Subsidiariedade

O primeiro princípio a enunciar é o de subsidiariedade de defesa de interesse público face à disciplina de insolvência, como enunciado pelo art. 32º n.º1 al. c) e n.º5 da Diretiva.

Trata-se de uma instituição expressa e que se pode sintetizar dizendo que um processo resolutivo apenas deve ser desencadeado se for de presumir que os objetivos da resolução, *máxime* de contenção de riscos, sistémico e moral para as finanças públicas, são tutelados de forma mais intensa por via deste procedimento que pela via dos simples mecanismos de insolvência.

Quer isto dizer que, para o legislador europeu, a resolução não é a *forma necessária* de gestão da insolvência de IF. Fora do quadro do MUR existe regra expressa que o afirma e, no quadro do mecanismo único, impondo-se avaliação do CUE sobre a prossecução dos objetivos por via de processo resolutivo, a conclusão será a mesma.

Em qualquer dos casos, se for entendido que o procedimento resolutivo não se constitui como mais-valia na tutela dos objetivos que prossegue, será impedido o seu seguimento.

Assim, pode dizer-se que a resolução é apenas uma especial forma de regular a situação de IF em falência ou pré-falência, na prossecução de interesses públicos relevantes, não necessariamente preclusiva dos procedimentos tradicionais, quando não suscetível de aportar valor adicional na tutela dos fins que propugna.

b) Ordenação de suporte de perdas

O segundo princípio pode ser caracterizado como o ordenamento do ressarcimento dos diversos interessados na situação de resolução ou, na perspetiva inversa, a ordem por que as perdas resultantes da resolução são suportadas.

A esta luz estatuem o art. 34º n.º1 da Diretiva e o art. 15º n.º1 do Regulamento que os primeiros a suportar as perdas são os acionistas da instituição (al. a)), em segundo os credores segundo os critérios de prioridade de que sejam titulares (als. b) e f)), sendo os depósitos cobertos pelos mecanismos de garantia integralmente assegurados (al. h)) e sempre garantindo que os direitos dos trabalhadores mantêm o mesmo critério de prioridade que lhes seria conferido em situação de simples insolvência (n.ºs 3 e 4 do Regulamento e n.ºs 4 e 5 da Diretiva).

De atentar também que o ordenamento estabelece a possibilidade de conversão ou redução de créditos em capital. No contexto do MUR, o Regulamento estatui expressamente, quanto à ordem de prioridade dos créditos, que sendo aplicado instrumento de recapitalização interna ou *bail-in* caberá à autoridade

decisora, CUR, autoridade nacional ou Comissão, decidir da conversão ou redução de créditos (art. 17º n.º1), o mesmo dispondo *mutatis mutandis* a Diretiva (art. 50º).

A resolução pressuporá, assim, uma ordenação dos créditos acompanhada, muitas vezes, de reconfiguração e requalificação dos mesmos.

c) Responsabilização subjetiva

Um terceiro princípio pode ser referido como o de *responsabilização* das pessoas a quem seja imputável a situação de insolvência da IF ou grupo.

Tal já decorre indiretamente da referida responsabilidade primacial dos acionistas pelas perdas a suportar, mas resulta também da imperativa substituição dos membros da administração e direção de topo da instituição, a menos que prejudicial aos fins do procedimento (al. c)) e da previsão da sua responsabilidade civil ou penal pela insolvência, quando sustentável à luz dos ordenamentos nacionais (al. e)), alíneas paralelas nos art. 34º da Diretiva e 15º do Regulamento.

A resolução, neste prisma, nada tem de mecanismo sancionatório mas o seu funcionamento pressupõe avaliação de responsabilidades subjetivas existentes no colapso institucional, da administração, imediatamente, e de acionistas, de forma mediata.

d) Impacto mínimo

Num quarto nível é instituído um princípio de impacto mínimo da resolução, quando a instituição objeto de resolução esteja integrada num grupo. Neste caso, devem as medidas a adotar, tanto quanto possível, preservar as outras entidades do grupo, o grupo no seu todo e, mediamente, os efeitos adversos para a estabilidade financeira nacional e europeia que um processo resolutivo necessariamente acarretará (art. 34º n.º2 da Diretiva e 15º n.º2 do Regulamento).

3.2.6.4. Dinâmica do procedimento de resolução

Estabelecido o quadro de objetivos, princípios e requisitos cumpre estabelecer o que o legislador europeu disciplina sobre a condução e mecanismos concretos da resolução, i.e., sobre o conteúdo material do processo.

3.2.6.4.1. No âmbito do MUR

Verificadas condições e requisitos incumbirá ao CUR adotar um *programa de resolução* (art. 18º n.º6).

Nos termos deste programa, a instituição é colocada *sob resolução*, i.e., o CUR comunica, à própria, aos mercados e ao público em geral, que a empresa ou grupo se encontra numa fase especial da sua vida institucional. É determinada a aplicação de instrumento ou instrumentos de resolução, à frente referidos, e é determinada a utilização do Fundo de Resolução.

Este programa será comunicado à Comissão Europeia (art. 18º n.º7) que terá o prazo muito curto de 24 horas para o aprovar ou apresentar objeções.

Este prazo reduzir-se-á a 12 horas no caso de a Comissão propor ao Conselho que formule objeções ao programa decorrentes de não tutelar suficientemente o interesse público ou suscite alteração significativa dos montantes do Fundo de Resolução a utilizar no programa.

O Conselho deliberará por maioria simples sobre o teor das propostas que lhe sejam apresentadas.

Não sendo apresentada qualquer objeção por Conselho ou Comissão, em 24 horas, o plano entra em vigor.

Se o Conselho aprovar as objeções da Comissão atinentes a aspetos discricionários do programa, v.g. os atinentes à escolha e *mix* de medidas ou atinentes a alteração substantiva do recurso ao Fundo, o CUR terá a obrigação de, em oito horas, alterar o programa de acordo com o sentido das objeções manifestadas.

Relevante será o poder de veto da Comissão quando for proposta medida de *bail-in* que envolva exclusão de certos passivos na recapitalização interna e tal

importe recurso ao Fundo ou a fonte de financiamento alternativo, assim como o poder de veto do Conselho quanto à própria colocação da instituição sob resolução, caso em que a instituição deverá ser liquidada de acordo com a legislação nacional.

A execução do plano incumbirá às autoridades de resolução nacionais, que tomarão as medidas necessárias de acordo com as instruções do CUR.

3.2.6.4.2. Procedimento no âmbito da Diretiva

a) Conformação institucional

No âmbito da Diretiva é estabelecido um conjunto de regras alargado, sendo a concretização dos procedimentos pelo legislador nacional muito balizada pelo diploma europeu.

Cumprе salientar, antes de mais, que o procedimento a instituir é de cariz administrativo, dirigido por uma autoridade de resolução.

Tal, todavia, não exclui por completo os órgãos jurisdicionais do seu âmbito.

A esta luz, regulam os art. 85º e 86º a possibilidade e âmbito de o legislador nacional enquadrar a intervenção jurisdicional nesta área.

Divide a intervenção entre a referente a *prevenção de crise*, que englobará o medidas de eliminação de requisitos de recuperabilidade ou resolubilidade, intervenção precoce, nomeação de administrador provisório ou exercício de poderes de redução⁷⁹ e *gestão de crise*, que corresponderá ao procedimento de resolução, nomeação de administrador especial ou de pessoa encarregada de reorganização do negócio⁸⁰.

Quanto à prevenção de crise, é admitida uma regulamentação nacional que preveja intervenção judicial *ex ante*, i.e., uma autorização judicial de aplicação de

⁷⁹ Art.º 2º, 101) da Diretiva

⁸⁰ Art.º 2º 102) da Diretiva

medidas pela autoridade competente, desde que o procedimento judicial seja célere (art. 85º n.º1).

Quanto à gestão, é apenas admitido recurso jurisdicional *ex post*, devendo o tribunal ter acesso a todo o acervo informativo da autoridade de resolução, não podendo o recurso ter efeito suspensivo automático. As decisões da autoridade de resolução serão imediatamente aplicáveis e estabelecida presunção legal de proteção do interesse público (art. 85º n.º3 e 4).

Pelo art. 86º é estabelecida uma expressa proibição à concorrência entre processo de resolução e processo judicial de insolvência, a menos que seja obtida expressa autorização da autoridade de resolução.

De salientar, como já referido, que, feita a avaliação pode a autoridade de resolução entender que não deve instaurar este processo, por nada trazer na proteção dos interesses relevantes. Se instaurado processo de insolvência deve a autoridade de resolução do mesmo ser informada (art. 86º n.º2 al. a)), apenas podendo prosseguir caso esta expressamente comunique a sua intenção de não aplicar medida resolutiva ou meramente decorra prazo de sete dias sem qualquer resposta (art. 86º n.º2 al. b)).

Quanto a outros processos que corram contra a instituição, designadamente executivos de cobrança de dívidas, está prevista a possibilidade de a autoridade de resolução solicitar suspensão de tais processos por certo período (art. 86º n.º3).

Quanto à notícia da situação de insolvência, impõe o art. 81º uma obrigação de comunicação pelo órgão de administração da instituição à autoridade competente (n.º1), que deverá comunicá-la à autoridade de resolução.

Pela entidade que a lei nacional estabelecer como competente, que poderá ser ou não a de resolução, será feita a divulgação da situação a um conjunto de entidades nacionais e europeias (n.º3). Independentemente de tal comunicação, isto é, tendo competência para iniciar o procedimento quando tome conhecimento da situação de insolvência, atual ou iminente, a autoridade de resolução apreciará

da verificação dos requisitos de resolução e tomará as medidas que entender adequadas (art. 82º n.º1).

A autoridade de resolução está obrigada a comunicar a decisão a um conjunto de instituições nacionais e europeias e a dar-lhe publicidade (art. 83º n.º2 e 4).

b) Administração no período resolutivo

O art. 35º impõe que, na transposição, deve ser assegurada a possibilidade de a autoridade de resolução, querendo, nomear administração especial singular, a quem competirão todos os poderes dos acionistas e da administração da instituição em resolução e sob controlo único da autoridade de resolução, não podendo, designadamente, ser limitada por quaisquer normas estatutárias ou de direito nacional referentes a deveres dos gestores (n.º1 a 4 do art. 35º). Será a quem competirá dirigir a instituição no decurso do processo de resolução e, na medida em que se imponha intervenção da própria, dar execução à medida ou medidas resolutivas aplicadas pela autoridade.

3.2.6.5. Conteúdo material da resolução

3.2.6.5.1. Determinações prévias e/ou conexas

a) Avaliação de ativos e passivos

Seja para aplicação de medidas de resolução, seja para decisão relativa a redução ou conversão de instrumentos de capital, um dos *nós górdios* estará na avaliação de ativos e passivos da instituição.

Diz o art. 20º n.º1 do Regulamento que esta deve ser feita por pessoa independente de qualquer autoridade pública, incluindo o CUR, ser justa, prudente e realista. No mesmo sentido dispõe o art. 36º n.º1 da Diretiva.

Será com base nesta avaliação que será determinado cumprimento dos requisitos de resolução e fixadas as medidas resolutivas (art. 20º n.º5 do Regulamento e 36º n.º4 da Diretiva).

b) Redução ou conversão de instrumentos de capital

No âmbito da Diretiva ou do Regulamento são atribuídos poderes de redução ou conversão de instrumentos de capital relevantes.

Trata-se de um poder autónomo da aplicação de medidas de resolução, podendo até nem ser da competência da autoridade de resolução. Sendo previsivelmente conexa com a aplicação de medidas resolutivas e dependendo essencialmente dos mesmos requisitos, impõe-se a sua referência neste enquadramento (cfr. art. 59º n.º1 e 2 e 61º n.º1 da Diretiva).

O funcionamento destas disposições é o que decorre do teor nominal do conceito e o seu propósito, se desconexo de medida resolutiva, é o de conseguir, *in extremis*, face ao risco de insolvência e inviabilidade de outras soluções, a recolocação da instituição em situação de viabilidade, ou, havendo medidas resolutivas, a colocação de instituição ou de ativos assinalados em situação de equilíbrio, suportando os detentores de instrumentos de capital o ónus correspondente ao exercício de tais poderes (cfr. art. 47º, 48º e 59º a 62º da Diretiva) e art. 21º do Regulamento).

3.2.6.5.2. Conteúdo do plano

Na elaboração do conteúdo material do plano, diz o art. 22º n.º 3 do Regulamento que o CUR deve ter, como referentes centrais, a avaliação efetuada a ativos e passivos da instituição, a situação de liquidez da IF, as possibilidades de comercialização do valor incorpóreo do negócio em função das condições de mercado e o período de tempo disponível.

Pode ser ou não prevista a nomeação de administração especial, nos termos supra referidos, e deve ser delineada com precisão a forma de financiamento dos

instrumentos aplicados, seja no que concerne a auxílios estatais admissíveis seja, principalmente, a forma e medida de recurso ao fundo de resolução.

Importa referir que o programa é atualizável e modificável, no decurso do seu processo de execução, nesse caso devendo ser repetido todo o procedimento previsto no art. 18º, antes referido.

No contexto da Diretiva, realçar que é estabelecida uma regra geral de livre configuração do programa, permitindo aplicação de instrumentos de resolução isolada ou conjugadamente entre si (art. 37º n.º4). Esta regra é excecionada quanto ao instrumento de segregação de ativos, que imporá sempre a aplicação de outro instrumento, o que crê-se que sempre decorreria naturalmente: - os ativos segregados terão que ter algum destino (art. 37º n.º5).

De salientar também que, havendo segregação de ativos (ainda que assim não concretizado na Diretiva, imporá uma separação de ativos *bons e maus* ou, *partes boas e más* da atividade da instituição), acompanhada de instrumento de alienação de atividade ou de criação de uma instituição de transição, a instituição ou entidade remanescente deverá ser liquidada, em prazo razoável, segundo os processos normais de insolvência (art. 37º n.º6).

3.2.6.5.3. Instrumentos de resolução

O conteúdo essencial do plano de resolução é o referente à escolha e configuração concreta dos instrumentos de resolução a aplicar.

Dentro do enquadramento antes traçado, a escolha e conformação será poder discricionário da autoridade resolutive, com referência, obviamente, às finalidades prosseguidas pelo instituto.

Entende-se que exorbita o âmbito ora pretendido apresentar exaustivamente as regras atinentes aos diversos instrumentos mas apenas proceder à apresentação das principais linhas caracterizadoras.

a) Instrumento de alienação de atividade.

Corresponderá a uma decisão resolutiva que imponha transferência de instrumentos de propriedade emitidos pela instituição sob resolução, geralmente ações, e todo ou parte do seu negócio, incluindo ativos e passivos, para outra instituição a operar no mercado (cfr. art. 38º n.º1 als. a) e b) da Diretiva.

Esta alienação não poderá concretizar-se a instituição de transição, caso em que se cairá na alçada de outro instrumento resolutivo.

É essencial que esta alienação se proceda em mercado, procurando uma valorização compatível com as avaliações efetuadas. São-lhe aplicáveis, portanto, as regras limitadoras de auxílios estatais mas a autoridade resolutiva não fica limitada por quaisquer regras, legais ou estatutárias, que condicionem a alienação à autorização de acionistas ou terceiros.

O processo de alienação e o resultado da mesma são, regra geral, envolvidos de um sistema normativo e garantístico equivalente a um qualquer processo da mesma natureza no âmbito do normal funcionamento de mercado, embora com as especificidades próprias do procedimento.

Assim, o processo de alienação, desde a escolha de candidatos até à conclusão, deve ser equitativo e transparente, sem conferir vantagens a nenhum potencial interessado, proibindo-se situações de discriminação ou conflitos de interesses (cfr. art. 39º n.º2 da Diretiva e 24º n.º2 do Regulamento).

Por outro lado, haverá necessidade de a operação obter aprovação da autoridade competente, sendo instituído procedimento próprio para o efeito e limitados direitos de voto correspondentes aos instrumentos de propriedade transmitidos (ainda que, no mais, a transmissão seja imediatamente eficaz após conclusão do negócio).

Na falta de autorização, poderá ser imposta *a posteriori* alienação das posições transmitidas e serão aplicáveis as sanções legais para o incumprimento de regras referentes a aquisição ou não alienação de participações qualificadas – arts. 66º a 68º da Diretiva n.º 2013/36/EU (art. 38º n.º 9 al. f) iii) da Diretiva).

É admitida, todavia, a dispensa de promoção da alienação e, portanto, que esta se concretize por “*ajuste direto*” e com restrição de publicidade, quando for entendido, também discricionariamente, que poderiam ser comprometidos os objetivos da resolução com tal divulgação (art. 39º n.º3 da Diretiva e 24º n.º3 do Regulamento). Tal ocorrerá, exemplificativamente, quando estiver em causa a estabilidade financeira e a promoção puser putativamente em causa a eficácia da alienação.

b) Instrumento de criação de instituição de transição

Referida tradicionalmente como *bridge bank*, a natureza desta IF será precisamente a de *fazer a ponte* de partes viáveis de uma instituição financeira insolvente, o “bom banco”, de uma *margem* em que está ligado às partes inviáveis que determinaram o seu *falhanço*, “o mau banco”, para uma *margem futura* em que, ligadas a outras instituições ou meramente exploradas noutro quadro pessoal, jurídico e institucional, possam subsistir.

Por esta razão, o instrumento de criação de instituição de transição deverá funcionar a par do instrumento de segregação de ativos.

Os elementos a transferir podem ser instrumentos de propriedade da instituição, normalmente ações, ou a totalidade ou parte do seu negócio, composto por ativos, passivos e direitos (cfr. art. 25º n.º1 do Regulamento e 40º n.º1 da Diretiva).

A criação e transferência de ativos para instituição de transição é independente de autorização de acionistas, de autorizações legalmente impostas por ordenamentos nacionais e não carece de cumprir requisitos referentes a transmissão de valores mobiliários (art. 40º n.º1 &2).

A instituição de transição é uma nova pessoa coletiva a operar no mercado, com capital, total ou maioritariamente detido por autoridades públicas, que deve nascer economicamente equilibrada, impondo-se o dever à autoridade resolutiva

de garantir que ativos e direitos transmitidos excedem passivos transmitidos (art. 40º n.ºs 2 e 3 da Diretiva e art. 25º n.º3 do Regulamento).

O processo de transição não é necessariamente único. Pode a autoridade resolutive, no plano inicial ou supervenientemente, impor novas transmissões de ações ou ativos e passivos ou decidir que transmissões já concretizadas sejam repetidas no caminho inverso, i.e., da instituição de transição para a objeto de resolução (art. 40º n.ºs 5 a 7 da Diretiva).

Os documentos constitutivos são aprovados pela autoridade de resolução, que também designará a sua estrutura acionista, a composição do órgão de administração, a sua estratégia e perfil de risco (art. 41º n.º1 da Diretiva), podendo a instituição iniciar atividade sem cumprimento de requisitos de funcionamento estabelecidos pelas Diretivas 2013/36 e 2014/65.

A vida prevista desta instituição é temporária, extinguindo-se quando ocorra um dos factos previstos nos art. 41º n.º3, 5, 6 e 7 da Diretiva. Terá um tempo de vida inicial esperado de dois anos após última transferência de ativos ou ações, prorrogável por decisão fundamentada. Extinguir-se-á também, designadamente, quando se fundir com outra entidade, for o essencial da sua atividade alienado a terceiros ou for liquidada.

c) Instrumento de segregação de ativos

Este instrumento tem a natureza e função de concretizar a separação entre áreas de negócio viáveis e inviáveis, promovendo a alienação ou liquidação dos ativos, direitos e passivos segregados (cfr. art. 42º n.º1 da Diretiva e 26º n.º1 do Regulamento).

Tal segregação e subsequente alienação ou liquidação será operada por um veículo de gestão de ativos, que será uma pessoa coletiva detida total ou maioritariamente por entidades públicas e controlada pela autoridade de resolução que procurará maximizar o valor de alienação (42º n.º3 da Diretiva).

Pode ser criado um ou mais veículos de gestão que pode (ou poderão) adquirir ativos da instituição sob resolução ou, se for criada, de uma instituição de transição, sendo processo de segregação reversível mediante certos pressupostos. (cfr. art. 42º n.º8, 9 e 10 da Diretiva)

d) Instrumento de recapitalização interna

Este instrumento, habitualmente designado de *bail in* (denominação que o legislador europeu também acolhe), por oposição a *bail out*, que, como é sabido, se traduz numa recapitalização externa, *máxime* com recurso a fundos do erário público, traduz conversão de dívida em capital.

Pode ser aplicado para recapitalizar a instituição sob resolução, permitindo-lhe que restabeleça as condições de exercícios de atividade, especialmente os atinentes a rácios de capital (cfr. art. 27º n.º1 al. a) do Regulamento) ou, no caso de ser constituída instituição de transição, converter em capitais próprios, reduzir montante de créditos ou instrumentos de dívida, (assim assegurando adequada capitalização dos ativos segregados ou alienados).

3.2.6.6. Financiamento do sistema europeu de resolução

No quadro do MUR é criado um Fundo Único de Resolução, financiado a nível dos Estados-Membros participantes no MUR, com cobrança pelas autoridades nacionais de resolução e subseqüente transferência para o FUR (art. 67º n.ºs 1 e 4 Regulamento). É detido pelo CUR e apenas poderá ser usado para finalidades resolutivas (art. 67º n.ºs 2 e 3).

Questão naturalmente controversa refere-se ao nível-alvo do fundo e prazo para o atingir. O Regulamento estabelece um referencial equivalente a 1% do montante de depósitos cobertos de todas as instituições de crédito estabelecidas em Estados-Membros participantes, a atingir num prazo de oito anos a partir de 1/1/2016, eventualmente adiado, por um mês de cada vez, em caso de desrespeito

das condições para transferência de fundos, até um máximo de quatro anos (art. 69º n.ºs 1 e 3 e 99º n.º6).

Na sua maturidade, o FUR será dotado expectavelmente de EUR 55.000.000.000 o que pode considerar-se uma dotação adequada, comportando a resolução de *quase* qualquer banco europeu e capacidade para lidar com uma crise sistémica em países de pequena/média dimensão⁸¹.

Deve atentar-se que este montante não é o único disponível para estabilização de IF em dificuldades. O supra referido ESM, dotado de EUR 700.000.000.000 constitui-se como instrumento muito relevante na recapitalização bancária ainda que, neste momento, apenas por via indireta. Foi todavia já celebrado acordo de princípio no seio do eurogrupo, em reunião de junho deste ano, no sentido de o ESM poder funcionar como mecanismo de recapitalização direta de IF (ESM/DRI), neste caso com um limite de EUR 60.000.000.000.

A dúvida estará no *trigger* desta recapitalização direta porque, evidentemente, impõe-se que os requisitos não sejam coincidentes com os resolutivos, caso em que os mecanismos se sobreporão, ficando a coerência do sistema comprometida. Parece, todavia, das informações disponíveis, que os critérios para acionar tal recapitalização direta no seio do ESM, se não coincidentes, serão muito próximos do detonador da resolução. Em todo o caso, as negociações prosseguirão e haverá que aguardar a conformação final do mecanismo⁸².

O FUR é estabelecido com contribuições *ex ante* qualquer evento, efetuando-se os pagamentos das instituições numa base anual, calculadas com base no nível de atividade e de risco de cada instituição e com referência ao nível-alvo de capitalização procurado (art. 70º).

⁸¹ Neste sentido, DANIEL GROS, *The bank Resolution Compromise: Incomplete, but workable?* CEPS Commentary, Dezembro de 2013, p. 1.

⁸² A propósito, o ESM divulgou um quadro FAQ que permite estabelecer a aludida conclusão de grande proximidade tendencial de *despoletadores* entre FUR e ESM(DRI), em www.esm-europa.eu.

É prevista a possibilidade de o Fundo ser reforçado *ex post*, verificada a necessidade de ao mesmo aceder e insuficientes os fundos disponíveis para cobrir perdas (art. 71º n.º1) São ainda admitidos mecanismos de financiamento mediante contração de empréstimos, de forma condicionada, seja junto de fundos de resolução nacionais de Estados não participantes (art. 72º) ou junto de instituições financeiras (art. 73º).

O recurso ao fundo é determinado pelo seu proprietário, o CUR, dispondo os artigos 76º e 77º do Regulamento o enquadramento em que tal uso pode ser realizado. Este ocorrerá de forma adequada e proporcional às finalidades resolutivas prosseguidas, devendo ter em conta que os mecanismos de garantia de depósitos, se envolvidos em processo resolutivo, serão os chamados para assegurar essa parte dos montantes necessários (art. 79º n.º1) e, havendo decisão resolutiva transnacional que envolva Estados-Membros participantes e não participantes no MUR, o FUR e os fundos nacionais participarão no financiamento na medida proporcional às responsabilidades de cada um (art. 78º).

No contexto da Diretiva é imposta obrigatoriedade de criar mecanismos de resolução (art. 100º) que serão integrados num sistema europeu de mecanismos de financiamento (art. 99º), sendo tais mecanismos recorríveis em condições equivalentes às citadas no contexto do MUR (art. 101º) e sendo o nível-alvo de financiamento também equivalente (neste caso 1% dos depósitos cobertos em todas as instituições de crédito autorizadas em cada país, a atingir até 31/12/2024 (art. 102º n.º1 Diretiva), também prorrogável.

No que concerne a financiamento *ex ante* e *ex post* e mecanismos alternativos de financiamento, a mutualização de mecanismos de resolução em caso de resoluções transnacionais e participação dos mecanismos de garantia de depósitos nos mecanismos resolutivos são adotadas no contexto da Diretiva regras a uniformizar paralelas às do MUR, *mutatis mutandis* (art. 103º a 108º da Diretiva).

4. O regime português

Não é objeto deste trabalho o estudo do regime do RGICSF relativo a recuperação e resolução de instituições financeiras.

Não se deixa, todavia, de fazer uma apresentação sumária dos diplomas legais que concretizaram a transposição para o ordenamento nacional do quadro europeu antes apresentado.

Esta referência é também relevante por permitir fazer a ponte para a decisão resolutiva do Banco Espírito Santo, S.A., que à frente se analisará.

4.1. Recuperação e resolução no RGICSF

A primeira referência legal a *resolução* bancária aparece nas alterações ao RGICSF introduzidas pelo DL n.º 31-A/2012 de 10/2, ao abrigo da Lei de Autorização Legislativa n.º 58/2011 de 28/11 que traduziu em forma de lei as obrigações expressamente assumida pelo Estado português no âmbito de Memorando de Entendimento outorgado com as entidades da chamada troika: - BCE/UE/FMI⁸³.

Estas alterações corresponderam à abordagem inicial de tratamento da crise financeira, mas ainda distantes da regulamentação da Diretiva 2014/59/UE⁸⁴.

4.2 Principais alterações ao regime do RGICSF

Pelo referido DL n.º 31-A/2012 foi efetuada a primeira grande alteração do RGICSF sobre esta matéria.

As alterações então introduzidas implicaram uma alteração profunda do Título VIII (artigos 139º a 153º-A), que passou a intitular-se *Intervenção corretiva*,

⁸³ Sobre todo o acervo normativo nacional de combate à crise *pré-troika* e *pós-troika* e o contexto da crise nacional, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 2014, cit, p. 153 a 179.

⁸⁴ Sobre o regime de recuperação e resolução do RGIC introduzido pelo DL n.º 31-A/2012, numa análise compreensiva, cfr. Luís MÁXIMO DOS SANTOS, *O Novo Regime Jurídico de Recuperação de Instituições de Crédito: Aspectos fundamentais*, Revista da Concorrência e Regulação, Ano III, n.º9, Jan. - mar. 2012, Almedina, p. 203 a 237.

administração provisória e resolução, assim abandonando o pré-existente título *saneamento* e, portanto, estabelecendo um enquadramento legal na lógica do que foi estudado, de ordenação da extinção e/ou liquidação das IF sem condições de permanência em mercado na situação jurídica em que se encontrem.

Por este diploma ficou estabelecido que será o Banco de Portugal a Autoridade de Resolução no contexto do ordenamento nacional.

Ficou claro que objetivos do processo de recuperação serão a salvaguarda da solidez da instituição, nesta fase entendida como viável, dos interesses dos depositantes e da própria estabilidade do sistema financeiro.

As decisões a aplicar devem ser enformadas pelos princípios da adequação e proporcionalidade, por referência ao grau de incumprimento das regras legais e regulamentares que seja verificado e das consequências para a estabilidade do sistema que o desequilíbrio de uma concreta IF seja suscetível de importar.

No ano de 2014 foi introduzido um segundo pacote de alterações ao RGICSF relevante para a matéria em apreço de resolução bancária.

Neste caso tratou-se de uma transposição parcial da Diretiva referida, feita sob a pressão da decisão resolutiva do Banco Espírito Santo, S.A., concomitante da mesma e imposta pela solução escolhida e que à frente se analisará.

Pelos Decretos-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de agosto e n.º 114-B/2014, de 4 de agosto que, como referido, além permitir enquadrar a decisão pensada para a situação do Banco Espírito Santo, foi feita uma transposição parcial da Diretiva de resolução.

Esta adequação nacional às regras europeias prosseguiu com a transposição das regras da Diretiva n.º 2013/36/EU relativa a regras prudenciais, feita pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro.

Foi só em 2015, pela Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março, que transpôs (ou concluiu a transposição) das Diretivas 2014/49/UE, relativa aos sistemas de garantia de depósitos, e 2014/59/EU, continuada pelo Decreto-Lei n.º 140/2015, de

31 de julho, que a transposição do regime nacional com o europeu se mostrou completa.

Como antes se mencionou, trata-se apenas de uma referência tópica aos diplomas nacionais relevantes, que não será objeto de estudo autónomo.

Em termos materiais, todavia, necessariamente que as considerações precedentes relativas ao regime europeu serão aplicáveis.

5. A resolução do Banco Espírito Santo, S.A. como *case study*

Antes de se apresentar, em síntese conclusiva final, resposta à pergunta deixada no início, impõe-se fazer uma análise da resolução do BES, S.A. face ao enquadramento de princípios e regras enunciados e procurando concluir qual o nível de resposta do sistema a um efetivo teste a que foi sujeito.

5.1. Quadro decisório

Importa referir que se trata de um processo resolutivo ainda sem os instrumentos europeus estarem em vigor, seja o Regulamento seja a própria adaptação da Diretiva ao regime nacional e, portanto, assente nas regras do RGIC.

Apesar disto, será justo dizer que, salvo o sistema de financiamento, que se pode qualificar de *atípico* face ao prefigurado com o sistema em pleno, *aproveitando* o facto de existirem especiais fundos disponíveis para recapitalização de IF que foram alocados neste processo, o quadro jurídico/decisório material que existirá não levaria a caminhos diversos dos seguidos.

Enquadrando a decisão tomada, a primeira grande questão que permanece irrespondida, e que não se analisará enquanto tal, por estar deslocada do centro deste trabalho, será a de saber se existiram ou não falhas graves de supervisão que tenham permitido o colapso da IF.

Aparentemente, no espaço de alguns meses, ter-se-á passado de um quadro de uma instituição com as dificuldades próprias de uma situação de crise, i.e., com dificuldade de conferir rentabilidade ao seu negócio mas sem especiais problemas microprudenciais, para uma instituição com prejuízos superiores a EUR 3.000.000.000, em desrespeito de requisitos básicos de atividade, desde logo os referentes a rácios de capital, sem acesso a liquidez e, portanto, sem condições de funcionamento, isto é, em colapso atual ou iminente.

Face à aparente *velocidade vertiginosa* de precipitação do colapso, mediando poucos meses entre identificação de problemas microprudenciais e a insolvência, terão que se apontar eventuais falhas sobretudo a mecanismos de supervisão, não

tendo havido tempo útil para implementação de medidas de intervenção corretiva ou recuperação com um mínimo de eficácia.

Pode colocar-se, todavia, a questão de saber se uma intervenção mais forte, em momento anterior, impondo por exemplo uma capitalização em mercado ao nível dos prejuízos verificados (EUR 3.000.000.000), admitindo que seria realizável, não teria evitado o colapso.

Faltando elementos para uma análise do fundo da questão, a benefício do decisor, pode assinalar-se a dimensão inusitada dos prejuízos para tornar aceitável a hipótese de a situação ser absolutamente inesperada (pelo menos na dimensão assumida).

5.2. Impossibilidade prática de recuperação ou intervenção corretiva

Assim sendo, na impossibilidade de intervenção corretiva ou recuperação (por, pura e simples, falta de tempo), importa relevar que, mais uma vez ficou patente (e este mais uma vez tem como termo comparativo o colapso de instituições financeiras em momento *pré-crise* e reforma de todo o quadro jurídico) que não houve capacidade, ao nível da supervisão, para antecipar a situação de colapso, com a agravante de, neste caso, estar especialmente próximo. Assim sendo, ideia de conter risco sistémico encontra-se em permanente situação de dificuldade.

A ideia de *gerir* as crises, designadamente ao nível dos mecanismos de resolução, sem capacidade de as *prever*, pelo menos com antecipação suficiente, na prática inviabilizando a aplicação de mecanismos de recuperação e determinando, no essencial, apenas funcionamento de medidas resolutivas, coloca a estabilidade do sistema financeiro sempre no *fio da navalha*. Esta é a primeira asserção a retirar da situação do BES: - Não houve verdadeiramente um instituto de *recuperação e resolução* em funcionamento. Houve simplesmente uma *resolução bancária*.

5.3. Resumo da dinâmica do colapso

Vejam os eventos mais salientes, de forma sintética e na perspectiva de um observador exterior, portanto, crendo-se que com um manancial de informação muito inferior ao do decisor:

Perante dificuldades sensíveis identificadas uns meses antes do colapso foi efetuado pela IF processo de recapitalização por operação de mercado, aparentemente bem sucedida, permitindo a uma *injeção de capital* na instituição superior a EUR 1.000.000.000.

Passados sensivelmente dois meses de tal operação, face à continuação de rumores sobre subcapitalização da instituição e previsão de prejuízos acentuados, o supervisor adotou mecanismos de intervenção ao nível de exigência de substituição de membros dos órgãos de administração.

Passados (poucos) dias, a situação precipitou-se, com a divulgação de resultados negativos muito superiores ao esperado, excedendo EUR 3.000.000.000, colocando a instituição em situação de desrespeito de requisitos de capital que lhe permitissem manter autorização de funcionamento e sendo-lhe retirada concessão de liquidez pelo BCE no âmbito do Eurosistema.

Chegou-se, assim, à referida situação de colapso, seja ao nível de capital seja, principalmente, de liquidez⁸⁵.

5.4. Contexto da instituição

A contextualizá-la deve ser assinalado, em termos micro e macroprudenciais, um nível de ativos muito relevante, seja para o mercado nacional seja mesmo, por exceder claramente o limiar de *não irrelevância* traçado (EUR 30.000.000.000), a nível europeu. É, claramente uma IF “*too big too fail*”, ainda que não uma G-SIFI como definida pelo FSB.

⁸⁵ A propósito, cfr. ponto I do Comunicado do Banco de Portugal de 3/8/2014 intitulado *Deliberação do Conselho de Administração de 3 de agosto de 2014 sobre a aplicação de uma medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A.*, em www.bportugal.pt.

Quer isto dizer que existe um claro e grave risco para a estabilidade do sistema financeiro, nacional e até europeu. O contágio torna-se uma possibilidade clara. Com a crise de liquidez as funções críticas, especialmente de pagamento, estão também em risco. Face à possibilidade de o problema, se não contido, aumentar, não estando ainda em funcionamento o fundo europeu, o risco moral para as finanças públicas era ainda patente e grave, especialmente para um erário muito debilitado. Num contexto mais vasto a precária estabilização verificada na situação das dívidas soberanas europeias⁸⁶ e no próprio sistema financeiro europeu poderão ser abaladas.

A contextualizar, numa análise mais casuística, o colapso deve ser enquadrado por um conjunto de circunstâncias particulares. Em primeiro lugar, um corpo de administração que deixou gradualmente de merecer confiança do supervisor, até tal confiança chegar ao *grau zero*. Em segundo lugar, a identidade ou muito estreita ligação direta entre órgão de administração e acionistas principais da IF. Em terceiro, o facto de se tratar de uma IF cujo valor incorpóreo principal se traduz na imagem e *bom nome* ligados a um grupo económico-financeiro de raiz familiar, que é também o acionista de referência e quem preside e controla os órgãos de administração. Em quarto e último lugar, o facto de o banco integrar grupo económico de base alargada, com estreita ligação familiar, grupo largamente financiado pelas forças da IF e correspondendo grande parte das perdas declaradas a imparidades geradas por instrumentos financeiros emitidos em relação a atividades de várias áreas do grupo económico.

Quer isto dizer, que este caso, como qualquer outro, apresenta particularidades que exigiam caminhos de solução muito específicos e dificilmente transponíveis *qua tale*. Tal não preclude, porém, a possibilidade de se formularem

⁸⁶ Sobre estabilização das dívidas soberanas, ao nível de taxa de juro e no sentido de alguma precariedade, por não assentar nos fundamentais da economia mas no anúncio de programa de aquisições OMT pelo BCE, cfr. DE GRAWE, Paul e JI, Yuemei, *Disappearing government bond spreads in the eurozone – Back to normal?* CEPS Working Document, n.º 396, Maio 2014, p. 1 e 4.

juízos e conclusões sobre o sistema resolutivo e sobre a fiabilidade aparente do mesmo a partir desta situação concreta.

5.5. A solução resolutiva

O plano adotado pelo Banco de Portugal, a despeito da pouca clareza do Comunicado, tem que se entender que, na sua estrutura essencial, se traduziu em segregação de ativos *bons e maus*, acompanhada da instituição de um *bridge bank* e consequente liquidação do banco pré-existente, que seguiu apenas com os maus ativos e sem licença bancária⁸⁷.

Ainda que o Comunicado de 3/8 não aluda a uma nova licença bancária para o BT, aludindo-se, pelo contrário, com o Comunicado de 11/8, à transferência para o Novo Banco de *todas as licenças*, sendo referido no primeiro que o “Novo Banco estará sujeito à supervisão (...) e será obrigado a cumprir todas as normas legais e regulamentares (...). Os Estatutos (...) foram aprovados pelo Banco de Portugal” tem que se entender que a técnica resolutiva se traduziu a criação de uma nova instituição, de transição, para gestão dos *bons ativos*⁸⁸.

Porque o “*diabo está sempre nos pormenores*”, não pode senão considerar-se, que a solução apresentada, ao nível de arquitetura, é linear, sendo um caminho de solução natural, ante um colapso que se considera verificado e declarado.

Se poderia ter sido evitado, como referido, é questão em aberto, relativa a eventuais responsabilidades de gestores, acionistas e fiscalizadores, internos e externos, dos atos da instituição e cuja análise ora não se cuida.

⁸⁷ Saliente-se o carácter lacónico do Comunicado nesta parte, não aludindo à criação de um banco de transição mas meramente a um *Novo Banco* e referindo-se apenas a *separação entre ativos bons e maus*. A medida não pode ser senão enquadrável na criação de um banco de transição porque, como referido, a mera separação não é possível desenquadrada de suporte institucional. Sobre as técnicas de separação entre *good* e *bad bank*, cfr. INTERNACIONAL MONETARY FUND and WORLD BANK (staff) *An overview of the Legal, Institutional and Regulatory Framework for Bank Insolvency, working paper*, Abril de 2009, www.imf.org, p. 40.

⁸⁸ Cfr. Comunicado de 3/8 sobre aplicação de medida resolutiva, ponto II e Comunicado de 11/8 intitulado *Deliberação sobre clarificação e ajustamento do perímetro dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão do Banco Espírito Santo, S.A. (BES), transferidos para o Novo Banco, S.A (Novo Banco em www.bportugal.pt .*

Se poderia seguir-se outro caminho resolutivo é também questão em aberto mas, nesta parte, parece claro que o *policy mix* escolhido será acertado.

A alienação imediata da IF, numa situação de mercado em clara contração, dificilmente poderia, no imediato, impor-se de forma satisfatória. Uma solução de *bail-in*, além de não estar prevista no RGIC e não estar o regime europeu em vigor (não tendo, portanto, base legal) seria sempre, em qualquer caso, dificilmente implementável numa situação de desconfiança aberta entre autoridade de resolução e acionistas principais e depois de uma recapitalização recente em mercado que não impediu o colapso.

A criação de banco de transição com segregação de ativos será, nestes parâmetros conhecidos, a solução resolutiva naturalmente imposta. O problema está, portanto, neste momento, em saber o que são *bons e maus* ativos, os que seguirão para o BT e os que serão liquidados com a maior brevidade possível.

A este nível, a informação disponível a esta data, sendo incompleta, é suficientemente esclarecedora e já merecedora de interrogações. Para estas apontar-se-ão respostas que, não podendo ser ainda definitivas, pelo menos num dos pontos, tenderão a ser críticas⁸⁹.

5.6. Avaliação da solução

O facto de os instrumentos financeiros emitidos no seio do grupo económico, por instituições em situação de insolvência, declarada ou iminente, envolvendo diversas ordens jurídicas e uma verdadeira *rede intrincada*, societária e de instrumentos, merecerem classificação de *ativos maus* ou *tóxicos* é absolutamente cristalina. Foi em grande parte a opacidade e risco associado a estes instrumentos que conduziu ao colapso da IF. A sua segregação do *banco bom* é inquestionável.

A concretização desta linha cardeal implicará certamente muito trabalho de estudo e avaliação de instrumentos concretos, podendo ser *bons* alguns agora apontados como *maus* e vice-versa, mas a orientação de base é irrefutável.

⁸⁹ Cfr. Comunicados de 3 e 11/8, referidos nota anterior.

Passar-se dessa orientação ao dogma de considerar *tóxico* todo e qualquer ativo relacionado com o grupo económico é que poderá ser questionável.

A este nível, na falta de outros dados referentes a ativos ligados ao grupo económico ou à família dos acionistas principais, a interrogação a colocar será a própria remoção do nome familiar na designação da instituição de transição – *Novo Banco*.

O sentido desta solução, crê-se, não assentará na ideia de um qualquer perito em *marketing* nem terá certamente nenhuma razão *intuitu personae* envolvida. Tem que se partir, evidentemente, do pressuposto de se tratar de uma solução traçada pelo decisor como essencial aos propósitos da resolução: - o nome pré-existente é visto como integrando a *coluna do passivo* e não *do ativo* e deve ser objeto de extinção ou liquidação com o “*banco mau*” – o BES.

A abonar esta solução estará, certamente, a muito forte ligação entre a IF e a família cujo nome constitui menção na firma societária, todas as demais circunstâncias casuísticas acima referidas de especial relação IF-grupo económico-família, além do facto de a instituição constituída, ser, a prazo, objeto de operação de mercado, com entrada de posições acionistas, deixando caminho aberto a quem venha a assumir posição dominante para tomar as decisões que entender. *Apagar o rasto do passado* estrutura claramente o sentido da decisão resolutiva.

Ainda assim, assinalando que apenas o tempo poderá conferir certezas e que a margem do decisor, desde logo de tempo, era muito reduzida, tende a considerar-se que a solução adotada é, neste ponto, pouco certa.

Qualquer medida de resolução comporta, ela própria, possibilidade de induzir risco sistémico, espera-se que muito inferior ao risco que procura combater mas, ainda assim, não negligenciável. A reação dos mercados e respetivos agentes ao plano de resolução terá que ser um fator ponderado e, neste ponto, tê-lo-á sido, a nosso ver, de forma incorreta⁹⁰.

⁹⁰ A propósito de risco sistémico ou de perturbação de estabilidade financeira induzido pelo próprio procedimento resolutivo, no caso especificamente sobre as consequências de *bail-in*, ver

A esta luz, pode dizer-se que, para o comum dos operadores de mercado, pequenos investidores ou depositantes, empresas em geral, especialmente pequenas e médias, o nome institucional e respetiva imagem eram considerados referentes de credibilidade. Se tal sofreu uma alteração radical com a situação de colapso é uma dúvida que subsiste, todavia crê-se que a decisão resolutiva poderia ter melhor potenciado o nome pré-existente.

Se uma “*corrida ao banco*” será um dos grandes riscos que o próprio processo de resolução comporta, haverá sobretudo que a gerir preventivamente no quadro resolutivo, evitando ter que a conter administrativamente, limitando o acesso, aí com risco sistémico muito elevado, como foi feito ainda recentemente na crise de Chipre⁹¹.

Assim sendo, ou se parte do pressuposto que a *corrida* é prevenida pelas garantias de depósitos do sistema, sendo tudo o mais irrelevante ou, por outro lado, se entende que se previne pela conjugação dos mecanismos de garantia de depósitos e do bom nome que *residualmente* a instituição mantenha. Neste caso, a contenção de riscos deverá fazer-se aproveitando tal *bom nome residual* da IF colapsada.

Tal aproveitamento, na fórmula resolutiva seguida pelo BP, processar-se-ia na adoção de firma adotada pela instituição de transição que aproveitasse o nome pré-existente.

Quer isto dizer que, aparentemente, o decisor relevou na sua análise sobre o bom nome e credibilidade da instituição, seus acionistas de referência e principais responsáveis de administração apenas a sua própria visão e não terá ponderado a visão que o comum operador de mercado terá (ou teria).

MICOSSI, BRUZZONE e CASSELLA, *Bail-in Provisions in State Aid and Resolution Procedures: Are they consistent with systemic stability*, CEPS Policy Brief, n. 318, 21/5/2014, www.ceps.eu

⁹¹ A propósito da crise de Chipre e dos perigos decorrentes do risco de criação de precedente, com graves implicações para a estabilidade do sistema, criado com a possibilidade de não garantir depósitos abaixo de EUR 100.000 cfr. DANIEL GROS, *The meaning of Cyprus: Moving towards a banking union* (CEPS Commentaries, Abril 2013 www.ceps.eu)

Ao fazê-lo entende-se que, neste ponto, aumentou o risco sistémico decorrente da resolução, na mesma medida em que aumentou a possibilidade de *reação adversa* do operador comum ao desaparecimento do nome identificativo da instituição. Tal entende-se que foi potenciador de uma corrida aos depósitos ou de uma fuga a posições de investimento que poderia ter sido incontável. Em qualquer caso, mesmo que não sob a forma de “*corrida*”, que parece ter sido evitada na avaliação que hoje se pode fazer (1/9/2014), entende-se que será suscetível de provocar uma perda sensível e desnecessária de clientes por comparação com uma situação em que o nome fosse mantido.

Parece-nos, por outro lado, que retirar um nome associado a uma larga tradição na banca logo na decisão resolutive constitui uma destruição desnecessária de valor (ou, melhor dito, diminuição do valor transitado por desconsideração desnecessária de um ativo incorpóreo). Tal valor, além da atual e potencial clientela fidelizada, como acima referido, será o que decorre do próprio nome de mercado estabelecido, valor incorpóreo essencial ao sucesso de qualquer empresa, especialmente do ramo financeiro.

Trata-se de um valor passível de relevo económico *per si* e que se presume seria fator facilitador de uma futura alienação.

É claro que esta afirmação segue o pré-juízo feito anteriormente: - apesar de tudo, a soma de valor aportada pelo nome seria positiva. Apesar de correrem alguns rumores, existirem notícias de concretas dificuldades e de divergências sérias ao nível da administração, o facto de a crise se ter precipitado de forma tão rápida, sem que o funcionamento da IF tenha sofrido qualquer alteração sensível e sem que o público tenha sido confrontado com notícias de *agonia prolongada*, por paradoxal que possa parecer (na medida em que um colapso rápido não pode ser considerado uma *boa notícia*) terão permitido salvaguardar grandemente a imagem institucional e fundamentar tal juízo de valor incorpóreo positivo no nome institucional.

Assim sendo, Um banco de transição *Novo Banco Espírito Santo* ou qualquer denominação próxima que permitisse a manutenção do nome pré-existente na firma adotada pelo BT seria, no nosso entender, uma solução que se crê mais protetora de risco sistémico e de valor.

O facto de o banco *mau* manter a sua designação, a esta luz, se fosse visto como indutor de *confusão*, o que nem parece que fosse o caso, melhor se resolveria mudando o nome dos ativos tóxicos a liquidar.

Não se pode, todavia, afastar a possibilidade de a solução do BP ter sido acertada, seja porque o nome fosse um *passivo* e um *entrave* ao processo resolutivo seja numa perspetiva de futuro.

Basta pensar-se, em primeiro lugar, em nomes históricos e reputados da indústria financeira que desapareceram com a crise, desde logo o *Lehman Brothers*, para se dizer que essa consequência pode ser “*aceitável*” – “*os nomes, familiares ou não, desaparecem com o colapso*”. A esta primeira objeção poderá desde logo contrapor-se que, a ser paradigma de alguma coisa, o desaparecimento de *Lehman* e outros, sê-lo-á da forma errada de gerir crises bancárias e não do seu contrário. O instituto da resolução, em geral, o que pretende, é dar respostas diversas (para melhor) e não repetir erros do passado.

A análise da questão deve, pois, centrar-se no essencial: o nome aumenta ou reduz as possibilidades de sucesso do processo resolutivo? Acrescenta ou retira valor à instituição de transição?

Além de um juízo, que, como referido, não se perfilha mas será perfeitamente sustentável, de retirada de eficácia e de valor na solução resolutiva, existe uma outra ordem de razões que podem traduzir acerto na solução preconizada pelo BP, nesta parte.

Como referido, as bases para contestar, pelos interessados, as decisões de autoridade resolutiva, no decurso desta fase, são muito limitadas. Todavia, esta fase é, por sua natureza, transitória, prefigurando-se que a instituição de transição siga para fase de alienação, com nova estrutura acionista.

Nesse momento, a ter adotado a instituição de transição firma com referência ao nome anterior, poderiam surgir problemas jurídicos e económicos relevantes. Querendo os novos decisores mudar o nome institucional não haveria dificuldades de maior. A questão pôr-se-ia na situação inversa, i.e., se o quisessem manter, continuando, de algum modo, a *apropriar-se* de um putativo valor positivo do nome *Espírito Santo* na futura atividade bancária. Neste caso, consumando-se o afastamento, total ou quase total, da estrutura familiar fundadora do quadro acionista e institucional, serão facilmente prefiguráveis questões complexas atinentes ao uso do nome, até porque não é de afastar a possibilidade de membros da família quererem, no futuro, iniciar nova IF, universal ou não, com uso do nome familiar na firma. Nesse contexto, cortar cerce a tais litígios potenciais já em fase inicial resolutiva poderá ser uma solução defensável, assumindo-se desde já que se trata de instituição absolutamente nova e *desligada do passado*.

Ainda assim, entende-se que, neste momento de resolução, face à emergência que a *gestão de crise* comporta, deveria, pelas razões aduzidas, a designação institucional também “fazer a ponte” entre o bom banco transitório e a futura instituição que seguirá na exploração dos seus ativos. O risco de litígios futuros seria tutelado em fase de acalmia, impondo o decisor oportuna alteração imperativa da denominação do *bridge bank* e eliminação de qualquer referência ao nome familiar aquando da alienação, total ou parcial, a terceiro(s).

Como referido, apenas o tempo permitirá responder com certeza se, neste ponto, a decisão foi acertada, na avaliação que se faça, designadamente, da implantação de mercado do banco de transição, da imagem e *atratividade* que terá e do nível de depósitos e investimentos que consiga manter. Mantém-se, todavia, uma opinião crítica.

Quanto ao financiamento da solução adotada dir-se-á que foi acolhida solução *atípica* face à existência de fundos especiais decorrentes do programa de assistência financeira e a não entrada em vigor do MUR na data em que a crise se manifestou.

Apesar de formalmente implicar recurso a um empréstimo junto do Estado português, crê-se ter sido a solução que, claramente, melhor capacidade de contenção do risco moral para as finanças públicas apresenta de entre as hipóteses prefiguráveis e disponíveis no ordenamento nacional.

Uma solução alternativa que impusesse substanciais contribuições *ex post* das IF ao Fundo de Resolução em prazo curto, na manifesta insuficiência deste, além de contender com o risco sistémico face à muito periclitante situação da generalidade das IF a operar atualmente no mercado nacional, seria potenciadora de maior risco moral mediato na justa medida em que poderia promover contágio, levar ao colapso de outras IF e exigir intervenção mais alargada das finanças públicas.

A dúvida que subsistirá será a capacidade efetiva de ressarcimento do empréstimo ao Estado pelo Fundo de Resolução e a forma como o sistema financeiro reagirá quando chamado a participar nessa operação, como a lógica da solução impõe. O facto de tal participação poder ser enquadrada de forma mais *suave*, pelo menos no tempo, será sempre uma maior garantia de estabilidade.

A este nível, sem um Fundo com capacidade de resposta plenamente ativo, qualquer resposta estará longe da ideal. Não se crê, todavia, que houvesse melhor alternativa disponível.

A crítica que poderá fazer-se, nesta área, será à demissão do enquadramento europeu, que poderia, eventualmente, face ao relevo sistémico da IF pelos critérios da Diretiva e do Regulamento, ter chamado a si uma solução financeira, mesmo antes da entrada em vigor formal do Fundo de Resolução, solução que poderia passar, por exemplo, por antecipar o recurso a tal Fundo nalguma forma extraordinária a estabelecer. Preferiram os decisores europeus deixar às autoridades nacionais e aos recursos disponíveis em Portugal a apresentação de soluções e o *músculo financeiro* da resposta, solução, todavia, certamente concertada entre, pelo menos, BP, CE, BCE e governo português.

Fica claro, todavia, mais um *wishful thinking*, neste caso quanto ao momento em que devem ocorrer crises financeiras e o desejo de não ser “*conveniente*” que ocorram até todos os mecanismos previstos no Regulamento estarem em vigor⁹².

Se, por hipótese não meramente académica ante a dimensão da instituição, se tivesse verificado um contágio europeu, será legítimo questionar se os decisores continuariam placidamente a aguardar a entrada em vigor dos mecanismos instituídos ou a sua adequada capitalização. Tal traduz, na prática, mais uma demonstração de incapacidade dos decisores europeus de, perante cenários inesperados e bruscamente alterados, conseguirem rapidamente apresentar respostas corretivas. Nesse aspeto não será um bom sinal e faz temer o pior, caso uma qualquer crise futura não consiga ser suficientemente gerida no contexto dos mecanismos existentes.

No mais, sendo esta a análise de maior relevo, seja pelo *timing* seja pelo conteúdo do plano, pode dizer-se, já neste momento, que os objetivos centrais do instituto foram atingidos. A potencial crise sistémica foi circunscrita e contida, as funções críticas mantidas, os depósitos assegurados na íntegra e, portanto, muito além dos cobertos, e o risco moral foi tutelado da forma mais abrangente possível à disposição do decisor.

A gestão da crise, neste sentido, numa análise geral e com os dados disponíveis à data, é claramente positiva. Em síntese, ficou atestada a eficácia do sistema nesta muito relevante solicitação que lhe foi acometida.

5.7. Síntese final do colapso e resolução do BES, S.A.

Numa síntese final do “teste BES” pode dizer-se que a prevenção da crise falhou ruidosamente. Considera-se, na falta de dados completos e não relevando para efeitos desta análise as manifestas responsabilidades subjetivas intrainstitucionais, que tal falhanço se tenha dado ao nível dos mecanismos de supervisão e não dos

⁹² Esta *inconsistência temporal* é um dos maiores fatores de risco à eficácia do sistema. Neste sentido DANIEL GROSS, *The SRM and the dream to resolve banks without public money*, CEPS Commentary, dezembro 2013, p. 1 e 2.

mecanismos de recuperação ou intervenção, por pura falta de tempo de os implementar.

A esta luz, a parte relativa a *recuperação* comportada no instituto complexo de *recuperação e resolução* não se pode dizer que tenha sido devidamente testada. Se tal constitui um mero casuísmo ou aponta uma genérica ineficácia ou ineptidão dos mecanismos de recuperação é questão a que não se poderá, sustentadamente, responder. O sinal não deixa de ser, todavia, pessimista.

Quanto à gestão da crise, como referido, pode apontar-se já nesta data um bem sucedido cumprimento dos objetivos da resolução e, nessa medida, o sinal é claramente otimista.

5.8. Evolução superveniente do processo resolutivo

Na evolução do processo resolutivo, já após encerramento do período de análise, foi notícia pública a demissão de elementos da administração do BT, incluindo o presidente, alegadamente por não concordarem com a orientação da autoridade resolutiva quanto à dinâmica do processo, designadamente quanto à rapidez com que deve concretizar-se a alienação em mercado do *bridge bank*. Na sequência foram nomeados novos gestores em substituição⁹³.

Segundo tais notícias, a administração do BT pretendia enraizar a IF no mercado, garantir a sua valorização para, a médio prazo (computável em anos), promover a sua alienação. Por outro lado, será orientação da AR que a alienação se processe com muito maior rapidez, computada, alegadamente, em semanas ou meses.

Porque tal notícia relevante foi tempestiva face ao momento final deste estudo, impõe-se proceder aqui ao seu enquadramento, tratando-se de um facto relevante para a matéria em apreço. Face à novidade do instituto resolutivo e consequente falta de repositório doutrinal testado sobre os diversos instrumentos,

⁹³ Jornal semanário *Expresso* de 13/9/2014, confirmada por Comunicado do Banco de Portugal do mesmo dia sobre a demissão e Comunicado sobre as nomeações de 14/9/2014, disponíveis em www.bportugal.pt.

verifica-se que, de algum modo, o caminho resolutivo se vá fazendo um tanto por *navegação à vista*.

A esta luz, procurar-se-á enquadrar a questão à luz de um contributo mais genérico sobre o sentido e conteúdo da atividade de gestão de um banco de transição e eventual conflito entre objetivos resolutivos, questões que se crê foram postas em relevo por este desenvolvimento.

É evidente que a matéria conhecida é limitada mas, do teor da notícia pública, podem estabelecer-se algumas asserções.

A primeira ilação é que atesta a afirmação que a resolução de bancos é um processo e não uma decisão atomística. A decisão de colocação da instituição sob resolução é apenas o ato genético de uma fase que se desenrolará até liquidação ou conclusão da transmissão da(s) IF(s) que participe(m) no processo. A segunda ilação, mais relevante, será que o processo é não só dinâmico, nos caminhos e nas orientações possíveis, que se vão alterando, como os fins que propugna, especialmente a defesa do risco sistémico, estarão em permanente vigilância e tensão no seu decurso.

A esta luz, a demissão da estrutura de administração não pode ser entendida senão como uma *má notícia*, por ser um facto potenciador do aumento dos riscos envolvidos no processo, pelo menos na dimensão, muito relevante, da perceção pública da estabilidade institucional.

Feito este enquadramento, analisando o teor da notícia e dando como bom o seu conteúdo essencial, mesmo com todos os *granum salis* que se impõem face à natureza naturalmente reservada envolvida, como avaliar este desenvolvimento?

Realçar, antes de mais, a pertinência da crítica de MÁXIMO DOS SANTOS, referida supra sobre o excesso dos poderes interventivos do BP na administração da instituição de transição, solução a corrigir imperativamente aquando da recepção do regime da Diretiva no nosso ordenamento⁹⁴.

⁹⁴ Cfr., supra, 4.6.2. e nota 87.

Em termos substantivos, numa primeira análise, dir-se-á que a correta avaliação da questão será a da administração demissionária. A administração de um BT pressupõe alguma estabilidade. A criação de banco de transição pressupõe tempo para a instituição se estabelecer no mercado, desenvolver o negócio viável que tenha recebido para, em momento oportuno e *sem pressas*, se apresentar ao mercado. Se o caminho pretendido era o de uma alienação rápida em mercado, a decisão resolutiva deveria ser, precisamente, a de escolher o instrumento de alienação de atividade e não o de criação de BT.

Mas será que esta análise resiste a uma reanálise?

Dir-se-á que só com mais dados factuais seria possível dar uma resposta completa. Impõe-se, todavia, avançar.

Prosseguindo, devem salientar-se, em primeiro lugar, os resultados já atingidos pelo processo resolutivo até à data. Se se pensar no momento do anúncio público da resolução e se imaginar uma eventual comunicação alternativa de aplicação de uma medida de alienação em mercado, pode dizer-se que o risco sistémico foi muito melhor contido na decisão adotada.

Mesmo que a comunicação de tal alternativa fosse envolvida de todos os cuidados, garantindo-se a IF continuaria a *operar normalmente em mercado* até à alienação, crê-se que seria potenciadora de uma muito superior desconfiança dos operadores, particularmente depositantes e investidores e, portanto, seria claramente potenciadora de um grau de risco sistémico superior.

Tende até a concluir-se, embora com as reservas próprias do casuísmo concreto, que a instituição de BT será, a esta luz, se devidamente comunicada, o melhor instrumento de contenção do risco sistémico de entre as ferramentas disponíveis, nos casos em que a AR não tenha, no momento da sua decisão, indicação real de interessados credíveis em concluir uma aquisição em mercado, por valor adequado e num curto espaço de tempo. Tal não era, certamente, o caso.

Na prática, dizer-se a depositantes e pequenos investidores: “o seu dinheiro está seguro e a partir de amanhã é administrado por uma nova instituição, de nome

X, criada só com a parte rentável do banco “falido” e administrada por um órgão presidido pela pessoa “Y” será uma forma bem mais tranquilizadora de comunicar uma decisão resolutiva por comparação com dizer-se – “o banco onde está o seu dinheiro vai ser vendido, desconhecendo-se quando, como ou a quem, mas o seu dinheiro está inteiramente salvaguardado, sendo administrado até à alienação por um órgão presidido pela mesma pessoa “Y”.

Se, pelo contrário, forem conhecidos interessados reais e credíveis na aquisição, uma solução que os apresente logo na decisão resolutiva será igualmente consistente. Comunicar-se que *“o banco sob resolução vai ser alienado, no prazo máximo de “X” meses a uma das seguintes “IF” de referência: “A”, “B” ou “C”, sendo administrado até lá por um órgão presidido pela pessoa “Y”* seria certamente também uma decisão protetora das finalidades envolvidas, desde que, na prática, viável.

Quer isto dizer, concluindo este ponto, a criação de um BT já cumpriu uma função muito útil de contenção do risco sistémico e, mesmo que venha a ocorrer uma alienação em mercado (quase) tão rápida como a que ocorreria com a adoção de um instrumento de alienação, a sua utilidade e autonomia sempre ficou atestada (no pressuposto de inexistência de alternativa de mercado consistente na data da decisão resolutiva).

5.8.1. Estratégia e orientação da administração de um BT

E, face ao que se disse, deverá em regra a autoridade resolutiva conceder tempo para o BT se implantar no mercado?

A resposta a esta questão induzida da noticiada demissão não pode ser afirmativa, sem mais. A resposta correta a tal questão será, em nosso entender, *não necessariamente*.

Importa sempre ter em conta que se trata de uma instituição financeira temporária e com uma finalidade: permitir que o negócio viável de um banco

insolvente seja transportado para uma *margem* de segurança, adquirido por outra IF ou por investidores credíveis que venham a constituir um novo corpo acionista.

a) Divergência potencial entre AR e administração

Face ao que se disse, entende-se que a administração do BT deve ter uma estratégia de médio prazo, que *pegue* na segurança da decisão resolutiva, siga na criação e implantação de uma nova marca e imagens comerciais, desenvolva estratégias e caminhos de negócio sustentados e, em suma, vá acrescentando valor à instituição, no decurso de um caminho resolutivo que tenha delineado a um/dois/três anos de vista.

Mas se a administração tem o poder-dever de ter tal visão e tal estratégia, não pode nunca perder-se o sentido precário da instituição. Assim sendo, se em qualquer ponto do caminho se apresentar uma solução de alienação consistente e clara, que permita que os ativos transitados sigam mais rapidamente para uma situação comercial *normal*, concluir-se-á que a melhor condução do processo resolutivo impõe que se siga de imediato por tal *via alternativa*, obviamente se for consistente.

Dir-se-á que, por princípio, quanto menos tempo durar uma situação precária, melhor⁹⁵.

A ser assim, será natural que tal visão seja mais claramente estabelecida pela autoridade resolutiva que pela administração nomeada, que tenderá naturalmente a pretender seguir o caminho que predefiniu na consecução dos fins para que foi investida, pretendendo ver os resultados do seu trabalho. O confronto de pontos de vista entre AR e administração do BT será, a esta luz, natural.

⁹⁵ Também esta afirmação não é necessariamente correta. Só em concreto se poderá dizer se assim é. Imagine-se um pequeno depositante que esteja, depois de *tranquilizado* pelo seu gestor de cliente, a “refazer-se do susto” do anúncio da resolução, da criação do BT e de uma nova marca, que receba uma nova mudança de orientação, imagine-se no prazo de poucas semanas, neste caso de alienação do BT a outro banco. É claro que a sua *desorientação e desconfiança* aumentarão, expressões mais uma vez reconduzíveis a *aumento de risco sistémico*. Deixar a IF de transição implantar-se durante 2 ou 3 anos, nesse sentido, poderá ser mais protetor da confiança, dando aos pequenos operadores tempo para “respirar” e assim melhor tutelando o risco sistémico.

Dito isto, dir-se-á que a correção de uma tal via de alienação mais acelerada e, por consequência, de liquidação e extinção do BT, estará integralmente dependente do conhecimento atualizado que exista sobre a viabilidade de tal negócio em mercado, informação que poderá decorrer de um conjunto de circunstâncias relevantes muito variado. Em qualquer caso, dependerá certamente, pelo menos, de conhecimento minimamente consistente de intenções de compra, ainda que exploratórias, e da prévia *fixação* de um *preço* adequado para os ativos.

Na falta de tais dados, não se poderá dar uma resposta consistente à questão mas apenas enquadrá-la.

Assim, se tal *celeridade acrescida* se tratar de uma mera imposição da AR de alienação em “X” meses, sem qualquer conhecimento de mercado que a sustente, constitui claramente um erro, perturbador do funcionamento da instituição de transição e, por isso, indutor de risco sistémico. Se, pelo contrário, se tratar de uma resistência da administração a promover uma alienação célere, ou uma mera defesa da sua estratégia, prefigurando-se dados concretos que indiquem a consistência da alienação antecipada, terá que se concluir que o erro será da administração.

Na fronteira de ambas ficarão aquelas situações potenciais em que a AR meramente imponha à administração que, à medida que desenvolva o plano de negócios, vá *paralelamente* encetando diligências de indagação e contactos exploratórios com vista a uma potencial alienação. Em tal situação, a linha orientadora da AR será perfeitamente adequada às finalidades em jogo e o cumprimento de tal orientação deve entender-se vinculativo para administração. O tempo e modo de cumprimento de tal putativa orientação seria, claramente, matéria passível de fundar divergências de opinião sensíveis entre AR e administração do BT que podem tornar-se insanáveis. Se foi ou não esse o caso, em concreto, é questão que permanece desconhecida.

De todo modo, chegando a este ponto, a principal asserção substantiva a retirar dos factos conhecidos, no sentido de densificar o sentido e conteúdo da administração de uma instituição de transição no decurso de um processo

resolutivo, será a conclusão que uma adequada estratégia administrativa impõe a condução de duas vias paralelas, uma principal e outra acessória.

Na principal, o banco será administrado como qualquer outra instituição bancária, na procura de criação de valor intrínseco. No caminho paralelo, deve a administração conduzir negócios, abrir canais e conduzir contactos com vista a uma alienação credível em mercado tão célere quanto possível.

Neste sentido, será sempre uma situação administrativa muito especial e um erro procurar que se torne *estruturalmente normal*.

b) Dessintonia entre objetivos resolutivas

Mais relevante que eventuais divergências entre autoridade e administração, ultrapassável, como o caso demonstrou, pela prevalência de quem tem o poder-dever de conduzir o processo resolutivo, no caso o BP, o que o desenvolvimento parece demonstrar é uma falta de sintonia entre objetivos resolutivos. Esta discrepância será muito mais relevante.

Disse-se atrás que os objetivos resolutivos estão encadeados e, em grande medida, dependentes uns dos outros. Os ordenamentos nacionais e europeus não estabeleceram qualquer hierarquia entre eles, o que se questionou. Mantem-se que, apesar disso, os dois objetivos centrais são a contenção do risco sistémico e a eliminação ou controlo de custos públicos. A questão é que, neste caso, parece que os dois objetivos centrais são, em alguma medida, conflitantes, pelo menos nas perspetivas antagónicas manifestadas.

O *moral hazard* será, numa perspetiva, melhor contido numa alienação rápida, numa estratégia tipo *cut the losses*, transmitindo os riscos de negócio e funcionamento para quem venha a assumir o controlo da IF. O risco sistémico poderá, eventualmente e noutra perspetiva, ser melhor contido permitindo um maior desenvolvimento do BT e *adiando* a alienação em mercado, permitindo que o mercado estabilize, a *poeira assente* e a IF de transição valorize, ainda que o risco de dispêndio de dinheiros públicos permaneça por mais tempo.

A ser assim, parece que a dinâmica do processo estará a conduzir à prevalência imediata da contenção do *moral hazard*, o que, sendo questionável em si, principalmente coloca a questão de saber se não deveria o ordenamento positivo estatuir alguma ordem na consecução dos objetivos do instituto resolutivo. Ficando expressa tal dúvida, esta remeterá para outra, que é a de saber se o sistema positivo não tem aqui uma fraqueza estrutural ou se a margem de arbítrio da AR quase total na conformação da decisão resolutiva é uma solução adequada, só em concreto e pela AR podendo ser avaliados e escalonados objetivos e instrumentos.

É uma questão que meramente se pode deixar formulada.

Em síntese final, deste desenvolvimento do processo resolutivo, além do que antes se disse e com a margem de dúvida que ficou expressa, de seguro, apenas o risco sistémico aumentado pela demissão da administração e pelo acréscimo de incerteza que importa.

6 – Conclusão - Recuperação e resolução de IF: efetividade ou *wishful thinking*?

Chegados a este ponto, cumpre concluir.

Face ao que fomos dizendo, sempre levando em consideração que qualquer intervenção legislativa de prevenção e gestão de riscos na ordem jurídica/económica não pode ter eficácia absoluta, serão erradas, em nosso entender, críticas ao sistema instituído que meramente lhe apontem pontuais vulnerabilidades.

Vertendo à ordem europeia, poderão criticar-se algumas opções concretas decorrentes das relações de força do processo decisório europeu, do nível de cedência de soberania e de compromissos de pagamento que os decisores estiveram dispostos a assumir. Tais críticas são pertinentes, como se foi referindo ao longo do texto, no perímetro subjetivo do MUR, na própria complexidade decisória instituída e, mais relevante, na dimensão e ritmo de financiamento do Fundo de Resolução.

Ao longo do texto foram-se apontando alguns *pensamentos otimistas* quanto ao sistema, verdadeiros ou talvez meramente proclamados face às necessidades compromissórias do processo. Não se pode, todavia, negar que todas as *armas* configuráveis foram adotadas e que o sistema, na maturidade, será dotado de financiamento significativo e, portanto, existe também uma *reserva de munições* relevante no FUR, que se torna um *arsenal impressionante* se se considerar conjuntamente àquele as disponibilidades do ESM.

É sempre concebível em abstrato uma crise que exceda estes mecanismos. O que será exigível aos decisores não é uma resposta a tais possibilidades abstratas mas a situações razoavelmente previsíveis. O decisor na área financeira, como em qualquer outra, terá que se orientar por critérios probabilísticos e criar estruturas adequadas com base em juízos de suficiência e adequação. Caso contrário, todos os

riscos sociais seriam tutelados por superestruturas, ingeríveis e com custos insuportáveis para a comunidade⁹⁶.

A esta luz, porque o que se trata é de criar um *sistema de diques* que previna e controle os efeitos das *tempestades*, a situação que resulta para as ordens económico-financeiras da instituição das regras de recuperação e resolução é de muito clara diminuição dos riscos tutelados, designadamente de instabilidade financeira e de chamamento das finanças públicas.

Se são conhecidas tempestades de vários graus, pode dizer-se que o sistema, na maturidade, será capaz de gerir boa parte delas, não cedendo os diques ao primeiro temporal. É evidente que seria concebível um regime de tutela mais intenso, mais abrangente e, principalmente, mais rapidamente implementado. Entende-se, todavia, que foi aprovado um quadro adequado de soluções e, principalmente, não se vê que outra coisa substantivamente muito diversa pudesse fazer-se para gerir crises nesta área.

Sabendo-se que a massa monetária mundial presumivelmente continuará a crescer de forma acelerada, que o sistema financeiro internacional continua a ter muitas opacidades, seja ao nível de instrumentos financeiros seja ao nível da existência de ordens jurídicas onde as regras e/ou os controlos permitem importantes fluxos financeiros incontrolados, pode dizer-se que os riscos existem e são relevantes.

Por outro lado, pensando que a crise atual é a maior desde 1929 e que, se já instituídos os mecanismos ora previstos, teriam certamente uma muito maior capacidade de contenção da mesma, existem razões para acreditar na eficácia do sistema.

⁹⁶ Apesar de uma crise sistémica incontrolável não estar apenas no campo das meras abstrações teóricas, existindo já reflexões mais concretizadas sobre a mesma, não parece que seja exigível aos decisores, *máxime* europeus, que trabalhem em permanência com base em *worst case scenarios*. A propósito veja-se PAUL DE GRAWE, *What's wrong with Europe's banks?* Sustentando que os bancos europeus permanecem mal dimensionados e subcapitalizados, sem modelos de negócio viáveis e com responsabilidades que ultrapassam 250% do PIB europeu, sendo um sistema *too big to be saved* (CEPS Commentaries, Julho 2013, www.ceps.eu).

Se ocorrer circunstância excepcional, o que há que esperar é que os decisores, se e quando forem confrontados com a mesma, tenham uma capacidade de decisão igualmente excepcional, algo a que o passado recente não permite conferir grande otimismo.

A situação do BES, com as suas particularidades, demonstra precisamente o que antes se disse: o sistema de gestão de crises foi testado e funcionou. Neste caso, dotado de uma ínfima capacidade comparativamente com a que terá. Quer isto dizer que, respondendo à questão que se deixou formulada no início, entende-se que foram instituídos e estão previstos mecanismos e instrumentos que tutelam de forma real os riscos a que se endereçam, que foram efetivamente reduzidos de forma substantiva.

Mas esta moeda *positiva* tem o seu reverso, também atestado pela crise do BES. A supervisão de IF, os mecanismos de recuperação e de prevenção de crises, mesmo com regras muito reforçadas, continua incapaz de evitar o colapso de IF com relevo sistémico e, pior que isso, colapso desencadeado de forma quase inesperada e em ritmo muito acelerado.

Neste ponto, *mutatis mutandis* os problemas pré-crise e que a despoletaram parecem manter-se inalterados.

Esperar-se que as IF comuniquem de forma transparente, ampla e antecipada as suas dificuldades, seja a supervisores seja a entidades de resolução é, aqui sim, claro *wishful thinking*.

A tendência, se não normal, pelo menos repetida, será a de ocultação de dificuldades até ao limite. No caso do BES, tal limite situou-se já muito próximo do colapso. Com esta perspetiva das administrações e direções de topo de IF, os planos de recuperação da autoria das próprias instituições, se não alvo de avaliação muito apertada, serão pouco mais que romances literários...

Enquanto assim for, mantendo o sistema financeiro o grau de complexidade, opacidade e interligação que apresenta e a supervisão se mantiver incapaz de as

detetar a maior distância, crises com potencial sistémico podem ser despoletadas de forma imprevisível e desenvolver-se muito rapidamente.

O caso BES, numa imagem da área da proteção civil, veio demonstrar que o *sistema de combate a fogos* tem prontidão e eficácia. Ao nível da *prevenção de incêndios*, todavia, algo de relevante continua a falhar no acompanhamento da atividade financeira. O comportamento de importantes decisores do sistema financeiro parece não se ter alterado com a crise nem a capacidade do supervisor parece ter aumentado. Espera-se que num quadro de completa implementação de MUS, MUR e de todo o quadro de supervisão, intervenção corretiva e recuperação, tal afirmação possa ser alterada favoravelmente. Até lá, *mantendo-se a “temperatura financeira” elevada, o risco de deflagração de incêndios torna-se patente.*

O contexto de fundo continua, assim, sob reserva.

Novas exigências de rácios de capital, segregação de áreas de investimento ou sucessivos *stress tests* poderão ser mecanismos importantes mas importa sempre atentar que só uma continuada, esforçada e eficaz supervisão da atividade financeira, numa dupla perspetiva, micro e macroprudencial, que não vá desmobilizando à medida que a perceção pública de riscos se pareça atenuar, poderá manter controlado o risco sistémico. O caso BES demonstra mais uma vez que as crises deflagram precisamente quando o nível de preocupação baixa, pelo menos publicamente percebido.

Em qualquer caso, todo o novo acervo regulatório e quadro de supervisão não permite afastar a possibilidade de colapsos e crises importantes. Espera-se e crê-se que existirá, ao menos, capacidade de as circunscrever a instituições e/ou áreas de negócio concretas e, depois, com o quadro resolutivo, de as gerir. Será *wishful thinking*?

Lista de abreviaturas

- AR – Autoridade de Resolução
- BCBS – Comité de Supervisão bancária de Basileia/ Basel Committee on Banking Supervision
- BCE – Banco Central Europeu
- BT – Banco de Transição
- CE – Comissão Europeia
- CERS/ESRB - Comité Europeu para o Risco Sistémico
- CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
- Comissão – Comissão Europeia
- Conselho – Conselho Europeu (cimeira)
- Conselho UE - Conselho da União Europeia/Conselho Europeu (instituição)
- CUE – Conselho da União Europeia/Conselho Europeu (instituição)
- CUR – Conselho Único de Resolução
- Diretiva - Diretiva EU 2014/59, de 15 de maio
- DL – Decreto-Lei
- Dodd-Frank - Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act
- EBA - Autoridade Bancária Europeia
- EIOPA - Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma
- ESMA - Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados
- ESM/MEE - Mecanismo Europeu de Estabilidade
- FAQ – Frequently asked questions, questões frequentes
- FEEF/EFSF - Fundo Europeu de Estabilidade Financeira
- FGCAM – Fundo Garantia do Crédito Agrícola Mútuo
- FGD – Fundo de Garantia de Depósitos
- FMI – Fundo Monetário Internacional
- FR – Fundo de Resolução
- FRes – Federal Reserve
- FSB – Financial Stability Board
- FSOC – Financial Stability Oversight Council
- FUR - Fundo Único de Resolução
- G-SIFI – Global – Systemically Important Financial Institution
- IF – instituição financeira
- JOUE – Jornal Oficial da União Europeia
- Key Attributes – Key Attributes of Effective Resolution Regimes For Financial Institutions
- L. - Lei
- MUR - Mecanismo Único de Resolução

NYSE – New York Stock Exchange

OLA - Orderly Liquidation Authority

OMT – Outright Monetary Transactions

PEC – Pacto de Estabilidade e Crescimento

PE – Parlamento Europeu

PIB – Produto Interno Bruto

RGICSF - Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades

Financeiras

Regulamento - Regulamento (UE) n.º 816/2014

RFA – Reserva Federal Americana

RFPDF – Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal

SGD – Sistema de Garantia de Depósitos

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

UE – União Europeia

UEM – União Económica e Monetária

BIBLIOGRAFIA

- **ATANÁSIO, João**, *A zona euro: uma área monetária cada vez menos ótima*, Revista de Estudos Europeus, Ano 3, n.º5, 2009, p. 147 a 216.
- **CÂMARA, Paulo**, *Crise Financeira e regulação*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 69, jul.-set. 2009 e out.-dez. 2009, Lisboa, p. 697 e segs.
- **CATARINO, Luís Guilherme**, *A “Agencificação” na Regulação Financeira da União Europeia: Novo Meio de Regulação?* Revista de Concorrência e Regulação, Ano III, n.º9, Jan. – mar. 2012, Almedina, p. 147 a 202.
- **CORDEIRO, António Menezes**, *A tutela do consumidor de produtos financeiros e a crise mundial de 2007/2010*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 69, Jul-Set. 2009 e Out.-Dez. 2009, Lisboa, p. 603 e segs.
- **CORDEIRO, António Menezes**, *Direito Bancário*, 5ª ed., Almedina 2014.
- **DONÁRIO, Sónia**, *O Tratado de Lisboa e as duas faces da UEM*, in, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. I, Almedina 2010, p. 1246 a 1263.
- **FERREIRA, Eduardo Paz (coord.)**, *A austeridade cura? A austeridade mata?* Ed. AAFDL, 2013.
- **FERREIRA, Eduardo Paz (coord.)**, *Troika. Ano II. Uma avaliação de 66 cidadãos*. Ed. 70, 2013.
- **FERREIRA Eduardo Paz, MORAIS, Luís Silva e ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenação)**, *Regulação em Portugal, Novos tempos, Novo modelo?* Almedina, Coimbra, 2009.
- **GONÇALVES, José Renato**, *A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro*, Revista de Concorrência e Regulação, abril-junho 2010, p. 289 a 320.
- **GONÇALVES, José Renato**, *E depois do resgate? (da Grécia, da Irlanda e de Portugal)? Outro “resgate”?* Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 4, Jun. 2011, p. 72 a 89.
- **LOPES, Jorge Nunes** – *Moeda e Regulação bancária: Crises, Interesse Próprio e Mercado*, Boletim de Ciências Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVI, 2013, p. 245 a 319.

- **MORAIS, Luís S.**, *Portugal e os défices excessivos – o pilar económico da União Económica e Monetária e a Disciplina do “Pacto de Estabilidade e Crescimento”*, Revista Estudos Europeus, Ano 1, n.º 2, p. 75 a 111.
- **NUNES, António José Avelãs** – *O Euro: Das Promessas do Paraíso às Ameaças de Austeridade Perpétua*, Boletim de Ciências Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVI, 2013, p. 3 a 166
- **QUELHAS, José Manuel** – *Nótulas Sobre a Reforma do Setor Bancário da União Europeia após a crise financeira de 2007*, Boletim de Ciências Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LVI, 2013, p. 245 a 319.
- **QUELHAS, José Manuel**, *Dos objetivos da união bancária*, Boletim de Ciências Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LV (2012), p. 235 a 298.
- **REINHART, Carmen R. e ROGOFF, Kenneth S.**, *From financial crash do debt crisis*, The American Economic Review, Agosto 2011, p. 1676 a 1706.
- **SANTOS, António Carlos dos**, *Crise financeira e auxílios de Estado. Risco sistémico ou risco moral?* Revista de Concorrência e Regulação, jul-set. 2010, p. 209 a 234.
- **SANTOS, Luís Máximo dos**, *O Novo Regime Jurídico de Recuperação de Instituições de Crédito: Aspectos fundamentais*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano III, n.º9, Jan. – mar. 2012, Almedina, p. 203 a 237.
- **SARMENTO, Joaquim Miranda**, *Ajustamento económico e consolidação orçamental – Portugal vs. Irlanda: Somos assim tão diferentes?* Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 6, n.º 4, p. 197 a 211.
- **SILVA, João Calvão da**, *Banca, Bolsa e Seguros*, 4ª edição, Tomo I – Parte Geral, Almedina, Coimbra, 2013.
- **SIMÃO, Jorge Carita**, *A responsabilidade civil das autoridades reguladoras*, Revista de Concorrência e Regulação, abril-junho 2011, p. 117 a 160.
-
- **ALLARD, Céline; BROOKS, Petya Koeva; BLUEDORN, John C.; BORNHORST, Fabian; CHRISTOPHERSON, Katharine; OHNSORGE, Franziska; POGHOSYAN, Tigran**, *Toward a Fiscal Union For The Euro Area*, IMF Staff Discussion Note, setembro 2013, www.imf.org.

- **ALLEN, Franklin; CARLETTI, Elena e GRAY, Joanna (edição)**, *Political, Fiscal and Banking Union in the Eurozone?* European University Institute e Wharton Financial Institutions Center, Universidade de Pennsylvania, EUA, versão e-book, www.ceps.eu

- **COSTA, Carlos**, *Processo de Construção da União Bancária – Balanço e Perspetivas*, Inforbanca, abril-Junho 2014, p. 4 a 10.

- **DECRESSIN, Jörg e BROOKS, Petya Koeva (coordenação)**, *Adjustments in Euro Area Deficit Countries: Progress, Challenges, and Policies*, IMF Staff Discussion Note, julho 2014, www.imf.org.

- **DE GRAWE, Paul**, *What's wrong with Europe's banks?* CEPS Commentaries, Julho 2013, www.ceps.eu).

- **DE GRAWE, Paul e JI, Yumei**, *The Legacy of austerity in the Eurozone*, CEPS Commentaries, Out. 2013, www.ceps.eu.

- **DE GRAWE, Paul e JI, Yuemei**, *Disappearing government bond spreads in the eurozone – Back to normal?* CEPS Working Document, n.º 396, maio 2014.

- **DE GRAWE, Paul e JI, Yuemei**, *Strong Governments, Weak Banks?* CEPS policy Briefs, Novembro 2013, www.ceps.eu.

- **GOYAL, Richi, BROOKS, Petya Koeva; PRADHAN, Mahmood; TRESSEL, Thierry; DELL'ARICCIA, Giovanni; LECKOW, Ross e PAZARBASIOGLU, Ceyla**, *A Banking Union for the Euro Area*, IMF Discussion Note, (fev. 2013), www.imf.org.

- **GROS, Daniel**, *Has austerity failed in Europe?* CEPS Commentaries, Agosto 2013, www.ceps.eu, p. 2 e 3.

- **GROS, Daniel**, *The meaning of Cyprus: Moving towards a banking union* (CEPS Commentaries, Abril 2013, www.ceps.eu).

- **GROS, Daniel**, *The SRM and the dream to resolve banks without public money*, CEPS Commentary, Dezembro 2013, www.ceps.eu.

- **GROS, Daniel**, *The bank Resolution Compromise: Incomplete, but workable?* CEPS Commentary, Dezembro de 2013, www.ceps.eu.

- **GROS, Daniel; ALCIDI, Cinzia; BELKE, Ansgar; COUTINHO, Leonor e GIOVANNINI, Alessandro**, *Implementation of the Macroeconomic Adjustment Programmes in The Euro Area State-Of-Play* CEPS E-book, março 2014.

- **INTERNACIONAL MONETARY FUND and WORLD BANK (staff)**, *An overview of the Legal, Institutional and Regulatory Framework for Bank Insolvency*, working paper, Abril de 2009, www.imf.org

- **LAEVEN, Luc; RATNOVSKI, Lev e TONG, Hui**, *Bank Size and Systemic Risk*, IMF Staff Discussion Note, maio 2014, www.imf.org.

- **LANOO, Karel**, *Banking Union in Sight five years on*, CEPS Commentary, setembro 2013, www.ceps.eu, p. 2.

- **MICOSSI, Stefano, BRUZZONE, Ginevra e CASSELLA, Miriam**, *Bail-in Provisions in State Aid and Resolution Procedures: Are they consistent with systemic stability*, CEPS Policy Brief, n. 318, 21/5/2014, www.ceps.eu.

- **MICOSSI, Stefano, PEIRCE, Fabrizia**, *Flexibility clauses in The Stability and Growth Pact: No need for revision*, CEPS Policy Brief, n.º 319, Julho 2014.

- **PISANI-FERRY, Jean; SAPIR, André e VÉRON, Nicolas**, *What kind of European Banking Union*, Bruegel Policy Contributions, Jun. 2012, www.bruegel.org.

- **PISANI-FERRY, Jean e WOLFF, Guntram**, *The fiscal Implications of a Banking Union*, Bruegel Policy Brief, setembro 2012, www.bruegel.org.

- **SALDAÑA, Matt**, *Paralell regimes: Bankruptcy and Dodd-Franks Orderly Liquidation Authority*, Review of Banking & Financial Law, Boston School of Law, vol. 31, 2011-2012, p. 531 a 544, www.bu.edu.

- **THE CLEARING HOUSE**, *Ending too big too fail*, Banking Brief White paper series, Jan. 2013, www.cov.com.

- **VALIANTE, Diego**, *Framing Banking Union in The Euro Area. Some empirical evidence*. CEPS working document, Fev. 2014, www.ceps.eu , p. 9.

- **VERON, Nicolas**, *A realistic bridge towards European banking union*, Bruegel Policy Contribution 6/2013, (www.bruegel.org).

- **VERON, Nicolas e WOLFF, Guntram B.**, *From supervision to resolution*, Bruegel Policy Contribution 2/2013, (www.bruegel.org).

- **VIÑALS, José; PAZARBASIOGLU, Ceyla; SURTI, Jay; NARAIN, Aditya; ERBERNOVA, Michaela e CHOW, Julian**, *Creating a Safer Financial System: Will The Volckers, Vilckers, and Likanen Structural Measures Help?* IMF Staff Discussion Note, maio 2013, www.imf.org.

- **WHITE, Phoebe e YORULMAZER, Tanju**, *Bank resolution concepts, trade offs, and changes in practices*, Federal Bank of New York, Economic Policy Review, 2014, www.ny.frb.org.

Direitos dos credores “não reclamantes” no âmbito do Processo Especial de Revitalização

Ana Rita Ribeiro

Magda Fernandes

I. Introdução: objeto de estudo; II. O Processo Especial de Revitalização; III. Os direitos dos credores não reclamantes; IV. Resumo.

I. Introdução: objeto de estudo¹

O Processo Especial de Revitalização (PER) tem início mediante a manifestação de vontade do devedor e de, pelo menos, um dos seus credores, constante de declaração escrita, de encetarem negociações conducentes à recuperação do devedor, através da aprovação de um plano de recuperação, o que significa que, contrariamente ao que sucede com o processo de insolvência, o PER não pode ter início mediante o exercício unilateral de vontade do devedor (cfr. artigo 17.º-C, n.º 1, do CIRE)².

¹ O presente estudo tem por base a redação atual do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE). A alteração legislativa que se encontra em discussão e que, de acordo com o projeto de Decreto-Lei a que tivemos acesso, introduz diversas alterações ao CIRE e, em concreto, ao Processo Especial de Revitalização, será abordada sempre que se revele necessário.

² Considerando o projeto de alteração ao PER, verifica-se desde logo que o seu acesso fica reservado a empresas. A referência a “devedor” é substituída por “empresa” e, como consequência dessa limitação, o legislador cria o denominado Processo Especial para Acordo de Pagamento, cujo regime normativo constará dos novos artigos 222.º-A a 222.º-I do CIRE, e ao qual poderão recorrer devedores que não sejam empresas, desde que se encontrem, comprovadamente, em «situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente».

Munido de tal declaração, o devedor deve imediatamente comunicar ao juiz do tribunal competente para declarar a sua insolvência que pretende dar início a negociações conducentes à sua recuperação e remeter ao tribunal um conjunto de documentos relevantes para atestar o seu ativo e passivo³, incumbindo ao tribunal em causa designar de imediato um administrador judicial provisório (cfr. artigo 17.º-C, n.º 3, alíneas a) e b), e artigo 24.º do CIRE).

Sendo proferido despacho de nomeação do administrador judicial provisório e na sequência da sua notificação ao devedor, deve este, de imediato, comunicar a todos os seus credores (com exceção do credor que haja subscrito a declaração referida no artigo 17.º-C, n.º 1, do CIRE), por carta registada, que deu início a negociações com vista à sua revitalização, convidando os credores a participar nas mesmas e informando que a documentação a que refere no artigo 24.º, n.º 1, do CIRE se encontra na secretaria do Tribunal para consulta.

O despacho de nomeação do administrador judicial provisório⁴ é publicado no portal CITIUS (artigo 17.º-C, n.º 4, do CIRE), dispondo os credores de um prazo de 20 dias, contados da publicação, para reclamar os seus créditos junto do administrador judicial provisório (artigo 17.º-D, n.º 2, do CIRE).

A questão sobre a qual nos debruçaremos é a seguinte: quais os direitos dos credores que não apresentem, dentro do prazo fixado por lei, reclamação de créditos? A não reclamação de créditos faz precluir o direito do credor?

Por outro lado, e no que concerne ao requerimento inicial, salienta-se que a manifestação inicial de vontade por parte de credores de negociar com a empresa não pode incluir credores especialmente relacionados e tem de incluir, pelo menos, 10% dos créditos não subordinados da empresa (salvo exceções decididas pelo juiz).

³ De acordo com o projeto de Decreto-Lei de alteração ao PER o requerimento inicial de apresentação da empresa a PER passa a ter de ser acompanhado também de: *i*) declaração subscrita por contabilista certificado ou ROC, emitida há não mais de 30 dias, atestando que a empresa não se encontra em situação de insolvência atual, e *ii*) proposta de plano de revitalização, acompanhada, pelo menos, da descrição da situação patrimonial, financeira e reditícia do devedor.

⁴ Salientamos que, de acordo com o projeto de Decreto-Lei de alteração ao PER, com a designação do administrador judicial provisório suspendem-se os prazos de prescrição e caducidade oponíveis pela empresa e não pode ser suspensa a prestação dos seguintes serviços públicos essenciais: *a*) serviço de fornecimento de água; *b*) serviço de fornecimento de energia elétrica; *c*) serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; *d*) serviço de comunicações eletrónicas; *e*) serviços postais; *f*) serviço de recolha e tratamento de águas residuais; *g*) serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos, durante todo o tempo que perdurarem as negociações.

II. O Processo Especial de Revitalização

A 25 de outubro de 2011 foi publicada a Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, que surgiu na sequência do memorando de entendimento celebrado entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional no quadro do programa de auxílio financeiro a Portugal.

Os princípios orientadores aprovados visavam orientar a conduta do devedor e dos credores durante o procedimento extrajudicial de recuperação⁵.

Na sequência desta Resolução foi publicada, a 20 de abril de 2012, a Lei n.º 16/2012, que, para além de ter procedido a uma reforma do CIRE, consagrou, neste Código, o PER, nos artigos 17.º-A a 17.º-I do CIRE.

Como claramente decorre dos diplomas antes identificados, este processo especial visa permitir ao devedor⁶ que se encontre em situação económica difícil ou, em alternativa, em situação de insolvência iminente, mas suscetível de recuperação, encetar negociações com os seus credores, com o objetivo de com estes concluir um acordo tendente à sua revitalização.

⁵ Como referem LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2015, pág. 158, «boa parte desses princípios têm expressão direta no conjunto do normativo que regula o processo e, assim sendo, perdem a natureza de orientação e assumem a de vinculação com o alcance das regras em que se concretizam. É o caso, *v.g.*, dos princípios quarto, quinto, sétimo e oitavo, no seu conjunto replicados nos n.ºs 6 e 11 do artigo aqui em anotação e nos n.ºs 1 e 6 do art.º 17.º-E; do princípio sexto, salvaguardado pelo regime emergente do art.º 17.º-E, n.ºs 2 a 5, e do art.º 17.º-C, n.º 3, al. a), na parte em que se determina a aplicação do art.º 33.º; do princípio nono, tutelado pela competência atribuída ao administrador no n.º 9 deste art.º 17.º-D; do princípio terceiro, substancialmente vertido no n.º 8; e do princípio décimo primeiro, a que diretamente corresponde o art.º 17.º-H. Por sua vez, o princípio segundo limita-se a reproduzir um dever legal de caráter geral, consagrado no art.º 227.º, n.º 1, do C.Civ., pelo que nada contém de novo. Finalmente, quanto aos princípios primeiro e décimo dir-se-á, por um lado, que somente se limitam a expressar o que é inerente a um processo negocial que visa a recuperação do devedor, sendo certo que, no caso concreto, quanto à verificação da recuperabilidade, há que ter presente a regra do n.º 2 do art.º 17.º-A, e, no que respeita ao seguimento e conclusão das negociações, os credores são livres de apreciar o mérito e a propriedade das propostas apresentadas pelo devedor».

⁶ Ver nota 1 *supra*.

É condição prévia do recurso ao PER⁷, que o devedor não se encontre em situação de insolvência atual (cfr. artigo 17.º-A, n.º 1, do CIRE).

Como já vimos, o Processo Especial de Revitalização tem início com o envio pelo devedor ao juiz do tribunal competente para declarar a sua insolvência, de requerimento e dos documentos elencados no n.º 1 e na alínea b) do n.º 3 do artigo 17.º-C e no artigo 17.º-A, ambos do CIRE.

Nessa sequência incumbe ao juiz designar de imediato um administrador judicial provisório (cfr. art.º 17.º-C, n.º 3, alínea a), do CIRE).

Contudo, como é referido por LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, «em face dos termos peremptórios acolhidos na al. a) do n.º 3 do artigo em anotação, dir-se-ia que, perante o requerimento do devedor, nada mais sobriaria ao tribunal senão mandar seguir o processo e nomear administrador provisório. Será, no entanto, somente quando se reúnam todos os pressupostos substantivos e processuais e o requerimento esteja completamente instruído. Se tal não acontece o processo não deve prosseguir. Por isso, o citado n.º 2 do art.º 17.º-E, assumindo a hipótese de o tribunal designar administrador provisório – o que significa que os autos seguirão os respectivos termos, abrindo-se o processo negocial que constitui o seu objecto imediato – manifestamente tem implícita a possibilidade de o tribunal o não fazer, o que, precisamente, deve acontecer quando não estejam reunidas as condições para tanto necessárias»⁸.

Sendo proferido despacho de nomeação do administrador judicial provisório e na sequência da sua notificação ao devedor, este deve, de imediato, comunicar a todos os seus credores, por carta registada, que deu início a negociações com vista à sua revitalização, convidando os credores a participar nas mesmas e informando que a documentação a que se refere no artigo 24.º, n.º 1, do CIRE se encontra na

⁷ Cfr., neste sentido, LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de Pessoas Singulares*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 14 e 21, e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, p. 144.

⁸ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, p. 146. No mesmo sentido, ver, ainda, LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de Pessoas...*, pp. 28, 31 e 32

secretaria do Tribunal para consulta (com exceção do credor que haja subscrito a declaração referida no artigo 17.º-C, n.º 1, do CIRE).

O despacho de nomeação do administrador judicial provisório é publicado no portal CITIUS (artigo 17.º-C, n.º 4, do CIRE). Os credores dispõem de um prazo de 20 dias, contados da publicação daquele despacho, para reclamar os seus créditos junto do administrador judicial provisório (artigo 17.º-D, n.º 2, do CIRE).

Findo o prazo de reclamação de créditos, o administrador judicial provisório elabora, no prazo de cinco dias, a lista provisória de créditos, a qual é apresentada na secretaria do tribunal e publicada no portal CITIUS, podendo ser impugnada no prazo de cinco dias úteis, cabendo ao juiz decidir as impugnações em prazo idêntico (artigo 17.º-D, n.ºs 1 a 4, do CIRE).

Terminado o prazo das impugnações, o devedor e os credores subscritores dispõem do prazo de dois meses para a conclusão das negociações, o qual pode ser prorrogado uma única vez e pelo prazo máximo de um mês (artigo 17.º-D, n.º 5, do CIRE).

Caso as negociações terminem com a aprovação unânime de um plano de recuperação conducente à revitalização do devedor, em que intervenham e assinem todos os seus credores, o mesmo é remetido ao processo, com vista à sua homologação ou recusa pelo juiz, sendo que a homologação implica a imediata produção de efeitos por parte do plano (artigo 17.º-F, n.º 1, do CIRE⁹).

Caso o plano seja aprovado de forma não unânime, o devedor remete o mesmo ao tribunal, para que o juiz decida homologar ou recusar a homologação do plano, levando em consideração a aplicação, por remissão, das normas aplicáveis à homologação do plano de insolvência (artigo 17.º-F, n.º 5, do CIRE¹⁰). A

⁹ Esta redação consta do n.º 4 do artigo 17.º-D do projeto de alteração do regime do PER.

¹⁰ Esta redação consta do n.º 7 do artigo 17.º-D do projeto de alteração do regime do PER, tendo esta norma passado a referir expressamente a aplicação à decisão de homologação ou recusa de homologação das regras previstas nos artigos 194.º a 197.º, no n.º 1 do artigo 198.º e nos artigos 200.º a 202.º do CIRE.

decisão do juiz vincula os credores, participantes ou não nas negociações (artigo 17.º-F, n.º 6, do CIRE¹¹).

A aprovação do plano de revitalização depende da verificação dos quóruns estabelecidos no artigo 17.º-F, n.º 3, alínea a) ou b), do CIRE¹² (na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 06 de fevereiro).

No caso de o processo negocial ser concluído sem a aprovação de um plano de recuperação, as negociações são encerradas, competindo ao administrador judicial provisório comunicar tal facto ao processo e emitir parecer sobre a situação de solvência ou insolvência do devedor, requerendo a insolvência caso conclua nesse sentido (artigo 17.º-G, n.ºs 1 e 4, do CIRE).

O processo negocial pode, ainda, terminar por decisão unilateral do devedor, nos termos do artigo 17.º-G, n.º 5, do CIRE. No entanto, se o fizer, o devedor fica impedido de recorrer a novo processo especial de revitalização durante de dois anos (artigo 17.º-G, n.º 6, do CIRE).

III. Os direitos dos credores não reclamantes

Já vimos que a lei é clara ao afirmar que os credores dispõem do prazo de 20

¹¹ De acordo com o projeto de alteração do regime de PER, a decisão do juiz passará a vincular também os credores que não tenham reclamado os seus créditos mas apenas relativamente aos créditos constituídos à data em que foi proferido o despacho de nomeação de administrador judicial provisório. Nesta nova redação, parece ter sido intenção do legislador consagrar que não só a decisão vincula todos os credores cujos créditos se encontravam constituídos à data de nomeação do administrador judicial provisório, mesmo que não os tenham reclamado no PER, mas também que o Plano de Revitalização que seja aprovado e homologado não pode afetar novos créditos, ou seja, os constituídos após aquela data.

Em sentido algo semelhante, mas fazendo referência a créditos vencidos, já a jurisprudência se havia pronunciado. Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 21.04.2016, proc. n.º 4380/15.T8BRG.G1 (rel. Sérgio Almeida): «[o] processo de recuperação visa permitir ao devedor estabelecer negociações com os credores então existentes com vista a permitir um acordo que permita a revitalização daquele; assim, as negociações são com os credores existentes e em relação a créditos vencidos e não também com quaisquer eventuais credores em relação a eventuais créditos futuros»; e o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 01.10.2015, proc. n.º 82/14.8TTSTR.E1 (rel. João Luís Nunes): «no PER, de acordo com a interpretação conjugada dos artigos 17.º-C e 17.º-D, decorre que apenas estão em causa dívidas vencidas, no máximo, até ao termo do prazo de reclamação de créditos».

¹² Esta redação consta do n.º 5 do artigo 17.º-D do projeto de alteração do regime do PER.

dias¹³, contados da publicação no portal CITIUS do despacho de nomeação do administrador judicial provisório, para reclamar os seus créditos¹⁴ junto do administrador judicial provisório (artigo 17.º-D, n.º 2, do CIRE).

É também claro que ao devedor incumbe, na sequência da notificação do despacho de nomeação do administrador judicial provisório, comunicar a todos os credores, por carta registada, que deu início a negociações com vista à sua revitalização, convidando os credores a participar nas mesmas (com exceção do credor que haja subscrito a declaração referida no artigo 17.º-C, n.º 1, do CIRE).

Sendo, por fim, claro que incumbe ao devedor apresentar em tribunal a relação de todos os seus credores nos termos do artigo 24.º, n.º 1, alínea a), do CIRE (aplicável por força do artigo 17.º-C, n.º 3, alínea b), do CIRE).

Daqui resulta, por um lado, que os credores podem tomar conhecimento da existência de um processo especial de revitalização através da consulta do portal CITIUS e/ou da carta remetida pelo devedor¹⁵. Pode, no entanto, suceder que um

¹³ Menos clara é a natureza desta publicação e do prazo respetivo. Com efeito, se for entendido que tem função e valor de citação, nos termos do artigo 219.º, n.º 1, *in fine*, do Código de Processo Civil, haverá lugar à aplicação das formalidades e dilação previstas no artigo 37.º do CIRE; de outro modo o prazo será simples. Note-se que quanto a esta questão pronunciou-se já o Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão de 19.12.2012, proc. n.º 3327/12.5TBLRA-B.C1 (rel. Maria Inês Moura), no qual foi decidido que a publicação tinha valor de citação, e o Tribunal da Relação de Guimarães, mediante acórdão de 14.02.2013, proc. n.º 2812/12.3TBGMR-A.G1 (rel. Manso Rainho), a interpretar a lei no sentido oposto, decidindo que não havia lugar à dilação. FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização – Notas Práticas e Jurisprudência Recente*, Porto, Porto Editora, 2014, p. 38, entende que, por cautela, os credores deverão contar prazos simples. NUNO SALAZAR CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O Processo Especial de Revitalização*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 50, expõem igualmente que não existe analogia suficiente para a aplicação da referida dilação.

¹⁴ Quanto ao conteúdo da reclamação, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, p. 151, defendem, por um lado, que os requisitos previstos no artigo 128.º do CIRE devem ser aplicados por analogia. Por outro lado, NUNO SALAZAR CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O Processo Especial...*, p. 51, entendem que a reclamação não tem de ser articulada nem subscrita por advogado, já que a mesma não visa a obtenção da satisfação do crédito.

¹⁵ Independentemente da data de receção pelo credor da carta emitida pelo Devedor, nos termos do artigo 17.º-D, n.º 1, do CIRE, a contagem do prazo para a apresentação da reclamação de créditos tem o seu início com a publicação no portal CITIUS do despacho de nomeação do administrador judicial provisório. Neste sentido, FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização...*, p. 37, e “A verificação de créditos no processo de revitalização”, in *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 257.

credor¹⁶ não apresente, no prazo estabelecido, a sua reclamação de créditos, o que pode resultar, designadamente, daquele não ter tomado conhecimento do processo (por exemplo, por o devedor não comunicar a todos os seus credores o início do processo, ou comunicar tardiamente, ou por o credor não ter consultado o portal CITIUS).

E, por outro, que o administrador judicial provisório tome conhecimento através, pelo menos, da relação de créditos junta aos autos pelo devedor com o início do PER, da existência de créditos, mesmo que não sejam reclamados.

Feita esta introdução cumpre agora responder à questão sobre a qual nos debruçamos: **a não reclamação de créditos faz precluir o direito do credor?**

Começemos por referir que aderimos integralmente à posição de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA (*Código da Insolvência...*, p. 152), quando referem que «[e]m corolário, se o crédito não for reclamado com obediência aos requisitos indicados, o administrador não o deve incluir na lista, a não ser que o processo lhe faculte os adequados elementos de suprimento, como adiante melhor se dirá. E o lapso não pode ser suprido por via de eventual impugnação, porque esse não é já o momento processual para que o reclamante possa trazer ao processo o que indevidamente faltou na reclamação. [...] Com a questão exposta prende-se a de saber se o administrador judicial tem ou não, à semelhança do que ocorre no processo de insolvência, e em face do estatuído no art.º 129.º, n.º 1, o dever – ou, pelo menos, a faculdade – de incluir na lista créditos que “constem dos elementos da contabilidade do devedor ou sejam por outra forma do seu conhecimento”, mesmo que não especificamente reclamados pelos respetivos titulares. Cremos que a resposta não pode deixar de ser positiva. Desde logo, é ela que melhor se conforma com o espírito e as finalidades do processo. Intentando a recuperação do

¹⁶ Com efeito, todos os credores, querendo, deverão apresentar a sua reclamação de créditos de modo a poder participar na negociação e votação do plano, incluindo os credores que assinaram a declaração referida no artigo 17.º-C, n.º 1, do CIRE, onde manifestaram a vontade de encetar negociações com o devedor, como expressamente ressalvado pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09.05.2013, proc. n.º 2134/12.0TBCLD-B.LI-2 (rel. Ondina Carmo Alves), e referido por ALEXANDRE SOVERAL MARTINS em *Um Curso de Direito de Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 473.

devedor, por via da obtenção de um acordo com os credores que o *revitalize*, importa que se potenciem as condições de participação no processo negocial a todos quantos realmente têm uma posição jurídica que o justifique, porque também quanto mais abrangente ele for maiores são as possibilidades de, uma vez obtido um acordo, ele poder ser homologado e constituir-se, realmente, como um instrumento recuperatório. Mas, além disso, é fundamental que se conheça com a maior aproximação possível qual é o volume do passivo e as respetivas condições, porque isso não deixa também de ser decisivo para a própria ponderação dos termos em que será possível e útil celebrar um acordo e, logo, para aferição da respetiva apetência à realização dos objetivos em vista. Por outro lado, admitir a iniciativa do administrador nesta matéria é ainda, seguramente, mais coerente com a imperatividade da junção pelo devedor dos documentos enunciados no n.º 1 do art.º 24.º. E também aqui, complementarmente, proliferando as razões em suporte dessa solução, nenhuma se revela com força capaz de a enjeitar».

De outro modo, caso o administrador judicial provisório possua elementos que lhe permitam reconhecer créditos, ainda que não reclamados, na lista provisória de créditos, deve fazê-lo, pelo que é possível que mesmo um credor não reclamante venha a ver o seu crédito reconhecido no PER.

Neste sentido, pode ver-se o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 05.06.2014, proferido no proc. n.º 1753/13.1TBLLE-A.E1 (rel. Mata Ribeiro), onde se decidiu que «1 - No âmbito do Processo de Revitalização o Administrador Judicial provisório tem o dever de incluir na lista de créditos os créditos a que o devedor aluda expressamente no seu requerimento de revitalização ou que constem nos documentos que o suportem e que foram apresentados por imposição do estatuído no artº 24º n.º 1, ex vi do artº 17º-D n.º 1 do CIRE. 2 - A um credor que não reclame créditos, mas que conste da Lista de credores apresentada pelo requerente de revitalização, deve conceder-se o direito de impugnar a Lista de créditos apresentada pelo Administrador Judicial provisório quando se verifique a sua exclusão desta Lista».

Não obstante, FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização...*, pp. 39-40, ressalva que «[o] administrador judicial provisório tem o direito de acesso às instalações e à contabilidade do devedor – art.º 33.º, n.º 3 do CIRE, aplicável *ex vi* art.º 17.º-C, n.º 3, al. a) do mesmo diploma – mas a verdade é que não é possível exigir ao mesmo que, em cinco dias seguidos, o prazo improrrogável previsto no art.º 17.º-D, n.º 2 do CIRE [...], analise os respetivos créditos e chegue a uma conclusão sobre a sua substância por forma a incluí-los na lista provisória. Se isto for feito (e recordemos que podem sujeitar-se a PER pequenas, médias e grandes empresas, com pequenos, médios e grandes universos de credores) o prazo de cinco dias não vai ser cumprido, afetando todos os demais prazos que se lhe sucedam e prolongando o PER para além do devido, prejudicando todos. [...] **Assim sendo, a conclusão quanto à contabilidade do devedor é clara: o administrador judicial provisório não tem de fazer o trabalho previsto no art.º 129.º, n.º 4, *in fine* do CIRE. No entanto, o mesmo já não se pode dizer quanto à lista de credores apresentada pelo devedor quando se apresenta ao PER. A verdade é que é o próprio regime da revitalização que prevê a necessidade de junção desta lista – art.º 17.º-C, n.º 3, al. b). Não causa grande dano à celeridade a sua consulta e pronúncia quanto aos créditos aí constantes» (negrito acrescentado).**

No mesmo sentido, BERTHA PARENTE ESTEVES, “Da Aplicação das Normas Relativas ao Plano de Insolvência ao Plano de Recuperação Conducente à Revitalização”, *in II Congresso do Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 267-278, a p. 268, expõe que «o AJP deverá incluir na lista provisória de créditos, não só os créditos que tenham sido expressamente reclamados pelos respectivos titulares no próprio processo, mas também os créditos que constem da contabilidade do devedor e os créditos que sejam, por outra forma, do seu conhecimento. **Não se poderá, no entanto, considerando o pouco tempo que é concedido ao AJP para elaborar a lista a que nos temos vindo a referir, exigir que o mesmo proceda a uma análise exaustiva da contabilidade do**

devedor. Porém, uma vez que, atento o disposto no art. 17º-C, n.º 3, alínea b) e no art. 24º, n.º 1, alínea a) ambos do CIRE, recai sobre o devedor a obrigação de remeter ao tribunal uma *“Relação por ordem alfabética de todos os credores, com indicação dos respectivos domicílios, dos montantes dos seus créditos, datas de vencimento, natureza e garantias de que beneficiem, e da eventual existência de relações especiais, nos termos do artigo 49º.”* **entendemos que a lista provisória de créditos para além das reclamações que hajam sido apresentadas pelos credores do devedor, deverá conter, pelo menos, todos os outros créditos relacionados por este último e constantes da relação de credores por si remetida ao processo»** (negritos acrescentados).

Assim, o administrador judicial provisório deverá necessariamente incluir na lista provisória os créditos reclamados pelos credores ao abrigo do artigo 17º-D, n.º 2, e os créditos que resultem da relação de créditos apresentada pelo devedor¹⁷, mesmo que não reclamados.

O administrador judicial provisório dispõe ainda da faculdade – e não da obrigação – de incluir os créditos não reclamados cuja existência resulte da contabilidade do devedor, de modo a que a lista provisória melhor reflita o universo real do passivo do devedor, não estando contudo obrigado a tal, em virtude do curto prazo de que dispõe, o qual inviabiliza a realização da análise exaustiva prescrita pelo artigo 129º, n.º 4, do CIRE.

Fora da hipótese de o crédito ser reconhecido pelo próprio administrador judicial provisório, começemos por averiguar se pode um credor, num PER, recorrer ao mecanismo previsto no artigo 146º do CIRE.

Não há dúvidas de que no processo de insolvência é possível a um credor

¹⁷ Note-se que, se o devedor omitir a comunicação a que se refere o artigo 17º-D, n.º 1, do CIRE ou se a omitir apenas em relação a um ou vários credores, poderá ser responsabilizado ao abrigo do disposto no artigo 17º-D, n.º 11, caso o credor sofra prejuízos em virtude da referida falta de comunicação, nomeadamente devido à não apresentação atempada da reclamação de créditos a que se refere o artigo 17º-D, n.º 2, do CIRE. Tal pode ainda implicar uma irregularidade suscetível de influir no exame e na decisão da causa em virtude da omissão de formalidades essenciais, o que acarreta a nulidade da lista provisória de créditos – neste sentido, pode ver-se o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03.07.2014, proc. n.º 3129/13.1TBRRG.G1 (rel. António Sobrinho).

recorrer ao mecanismo previsto no artigo 146.º do CIRE – desde que, obviamente, os requisitos aí previstos se verifiquem, a saber, que a reclamação: (i) não seja apresentada por credor que tenha sido avisado nos termos do artigo 129.º do CIRE, exceto tratando-se de créditos de constituição posterior à declaração de insolvência (alínea a)); (ii) seja apresentada no prazo de 6 meses subsequentes ao trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência, tratando-se de créditos constituídos anteriormente à declaração de insolvência (alínea b), 1ª parte), (iii) seja apresentada no prazo de 3 meses após o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência.

No entanto, o regime do PER não estabelece esta possibilidade.

Poder-se-ia defender que a aplicação desse mecanismo resultaria não só da interpretação sistemática do CIRE mas também da vontade do legislador com a introdução do regime do PER que não pretendeu coartar os direitos dos credores.

No entanto, e como se decidiu no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02.05.2013, proc. n.º 3695/12.9TBBRG-C.G1 (rel. Antero Veiga), «[a] verificação ulterior de créditos prevista no artigo 146.º e seguintes do CIRE, não tem lugar no âmbito do processo especial de revitalização criado pela Lei 16/2012, de 20 de Abril».

Como justificação desta decisão o Tribunal da Relação de Guimarães refere que «nos termos do n.º 11 do artigo 17º-D, o devedor, bem como os seus administradores de direito ou de facto, no caso de aquele ser uma pessoa coletiva, são solidária e civilmente responsáveis pelos prejuízos causados aos seus credores em virtude de falta ou incorreção das comunicações ou informações a estes prestadas. O mecanismo de reclamação previsto no n.º 2 do artigo 17º-D, que refere que qualquer credor dispõe de 20 dias contados da publicação no portal Citius do despacho a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo anterior para reclamar créditos, devendo as reclamações ser remetidas ao administrador judicial provisório, não parece ter outra função que não a de permitir a intervenção dos credores para efeitos de negociações e votação do plano. Se a não reclamação

fizesse precluir o direito do credor, que sentido teria o disposto no n.º 11 do artigo 17.º-D? Note-se que o artigo 17.º-F, n.º 6, refere que a decisão do juiz vincula todos os credores mesmo que não hajam participado nas negociações. Poderia pensar-se que a norma visaria apenas os credores constantes da lista definitiva (seja porque indicados pelo devedor seja porque reclamantes), tanto mais que os credores não têm que participar nas negociações, podendo optar por não o fazer – artigo 17.º-D, n.º 7. A letra da norma, contudo aponta em sentido diverso; refere-se “os credores” e não os credores reconhecidos. Outras normas apontam no mesmo sentido, como o já referido n.º 11 do art.º 17.º-D, e sobremaneira o n.º 7 do artigo 17.º-G. Refere este: “Havendo lista definitiva de créditos reclamados, e sendo o processo especial de revitalização convertido em processo de insolvência por aplicação do disposto no n.º 4, o prazo de reclamação de créditos previsto na alínea j) do n.º 1 do artigo 36.º destina -se apenas à reclamação de créditos não reclamados nos termos do n.º 2 do artigo 17.º -D.” Esta norma só pode significar que a não reclamação de crédito nos termos do artigo 17.º-D, n.º 2 não tem os efeitos preclusivos (ou quase preclusivos) relativamente aos créditos contra o devedor como ocorre no processo de insolvência (onde resta após o decurso do prazo de reclamação de créditos, o recurso ao artigo 146.º ss). Sendo assim, a verificação ulterior de créditos não tem cabimento neste processo especial, e isso não prejudica em nada o credor, aplicando-se-lhe o plano aprovado e homologado. Em apoio deste entendimento refira-se o que consta do anexo à resolução referida: “Por outro lado, se nos casos mais simples as negociações podem envolver todos os credores, nas situações mais complexas ou com grande número de credores pode ser preferível que apenas participem os principais credores. Nestes casos, o acordo extrajudicial que venha a ser conseguido não pode, por si só, afetar os direitos de outros credores não envolvidos nas negociações ou impor-lhes qualquer obrigação que não aceitaram, podendo ser necessário recorrer, então, aos mecanismos judiciais legalmente previstos para esse efeito».

No mesmo sentido da impossibilidade de recurso ao mecanismo do artigo

146.º do CIRE, pode ver-se MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *O Processo Especial de Revitalização*, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 46, que o defende, considerando o carácter urgente do processo e a «força de caso julgado meramente formal».

Igualmente, FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização...*, p. 49, refere que «[a]s normas que regulam o processo especial de revitalização não preveem a possibilidade de, por apenso a este (ou neste), serem instauradas ações para verificação ulterior de créditos, nos termos do art.º 146.º do CIRE, sendo certo que a instauração de semelhante ação seria incompatível com os trâmites deste processo, face aos apertados prazos concedidos para reclamação de créditos, para a apresentação da lista provisória, para a decisão das impugnações e para a conclusão das negociações», concluindo enfaticamente que «[a] verdade é que, muito claramente, o legislador não previu a possibilidade de qualquer meio subsidiário de reclamação posterior de créditos em processo especial de revitalização e não o quis fazer, já que estabeleceu uma tramitação de todo incompatível com qualquer adaptação possível de processado. Assim, **qualquer pedido de verificação posterior de crédito (ao prazo previsto no n.º 2 do art.º 17.º-D) formulado em PER, seja nos próprios autos, seja por apenso, deve, por manifestamente improcedente, ser indeferido liminarmente** (art.º 590.º, n.º 1, do Código de Processo Civil aplicável *ex vi* art.º 17.º do CIRE)» (negrito acrescentado).

Considerando como acertadas as conclusões acima transcritas, poder-se-á concluir que o recurso à ação de verificação ulterior de créditos se encontra vedada aos credores no PER¹⁸.

Assim sendo, o credor pode recorrer à ação prevista no n.º 11 do artigo 17.º-D do CIRE, a qual serve para apurar os prejuízos causados em virtude da falta de comunicação, nos quais se inclui o crédito que ficou por reclamar em virtude do

¹⁸ Não obstante a conclusão a que chegamos, chama-se a atenção para a nova redação do n.º 3 do artigo 17.º-A do projeto de alteração do regime do PER, porquanto a mesma passou a prever a aplicação ao processo especial de revitalização de «todas as regras previstas no presente código que não sejam incompatíveis com a sua natureza». Assim, parece-nos discutível que a doutrina e a jurisprudência continuem a entender que a verificação ulterior de créditos é incompatível com a natureza do PER.

desconhecimento da existência do referido processo.

Do mesmo modo, está vedada aos credores não reclamantes a possibilidade de impugnar a lista provisória de créditos¹⁹.

Não é assim possível a reclamação de créditos fora do prazo legal sob a veste de impugnação da lista, nomeadamente com o argumento de indevida exclusão por o crédito resultar da contabilidade do devedor, já que, como já referido, o administrador judicial provisório não se encontra obrigado a realizar a análise prescrita pelo artigo 129º, n.º 4, do CIRE²⁰.

Não é igualmente admissível a participação de credores não reclamantes nas negociações do plano, ao abrigo do artigo 17.º-D, n.º 7, do CIRE²¹.

Face a tudo o que se expôs, poderá concluir-se que a não apresentação de reclamação de créditos fará precluir o direito dos credores?

É nosso entendimento que não.

Isso mesmo parece, desde logo, resultar da Proposta de Lei n.º 39/XII onde se pode ler que se prevê «ainda uma tramitação bastante simplificada para a efetivação das reclamações de créditos, bem como da impugnação dos créditos reclamados, sem no entanto se fazer perigar a observância do princípio do contraditório, e definem-se prazos bastante curtos para a sedimentação dos créditos considerados definitivos, em ordem a permitir-se uma rápida tramitação deste processo especial e, assim, preservando-se a possibilidade de recuperação do devedor que se encontre envolvido no mesmo», porquanto, e como se pode ler no

¹⁹ No sentido de que apenas podem impugnar os credores que reclamaram créditos e/ou que constavam da lista do devedor, FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização...*, p. 42, e, ainda, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 05.06.2014, proc. n.º 1753/13.1TBLLE-A.E1 (rel. Mata Ribeiro). Por outro lado, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *O Processo Especial de...*, p. 50, restringe a legitimidade apenas ao devedor e aos credores reclamantes.

²⁰ Assim, FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização...*, p. 42.

²¹ Vide, por todos, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito...*, pp. 474-476, o qual, após apresentar várias leituras da questão, conclui que a solução que entende ser a mais adequada é a de que «mesmo depois de haver lista definitiva *podem participar nas negociações todos os que declararem pretender fazê-lo, mas a lista definitiva não é alterada e quem não consta da lista definitiva não pode votar o plano de recuperação*». Defendendo que os novos credores (credores constituídos na pendência do PER) possam participar nas negociações, vide JOÃO AVEIRO PEREIRA, “A Revitalização Económica dos Devedores”, *O Direito*, ano 145, n.ºs I-II (2013), pp. 9-50, a p. 42.

acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02.05.2013 (acima referido), «a sedimentação dos créditos tem como finalidade não propriamente a fixação definitiva dos débitos da requerente, mas sim permitir uma rápida tramitação do processo, ou seja, visa as negociações e aprovação do plano e não mais que isso».

Assim, a reclamação de créditos no âmbito de um PER não tem como objetivo primacial a satisfação desses mesmos créditos, destinando-se sim, nas palavras de MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO (*O Processo Especial de...*, p. 46), «à delimitação do universo de credores que podem participar nas negociações; à delimitação do universo de credores que têm direito de voto; à delimitação do universo de credores que se podem opor ao acordo recuperatório; ao apuramento da “base de cálculo das maiorias necessárias”».

Conclui a referida autora que **«a reclamação de créditos em sede de PER tem uma função eminentemente processual, valendo exclusivamente para efeitos do PER, não gozando, assim, de força de caso julgado material (eficácia interna e externa – art. 619.º), mas apenas formal (eficácia interna – art. 620.º), uma vez que a questão pode ser reposta novamente em sede de processo de insolvência ou de outro processo»**²² (negritos acrescentados).

Deste modo, a omissão da reclamação de créditos no âmbito do PER não preclui a reclamação de créditos ao abrigo de um processo de insolvência, nos termos do artigo 17º-G, n.º 7, do CIRE, o qual prescreve que «[h]avendo lista definitiva de créditos reclamados, e sendo o processo especial de revitalização convertido em processo de insolvência por aplicação do disposto no n.º 4, o prazo

²² No mesmo sentido de que a reclamação de créditos no âmbito do PER tem apenas efeito de caso julgado formal, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, p. 155, NUNO SALAZAR CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O Processo Especial...*, pp. 78-79 e FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização...*, pp. 43-46. Defendendo expressamente que «[o] processo previsto no art. 17º-D do CIRE para a reclamação de créditos e organização da lista definitiva de credores, não é definitivo, nem faz caso julgado, relativamente ao incidente de verificação e graduação de créditos no processo de insolvência», vide acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14.04.2015, proc. n.º 904/14.3TBPBL-A.C1 (rel. Luís Cravo), o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24.06.2014, proc. n.º 288/13.7T2AVR-F.C1 (rel. Jorge Arcanjo), o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19.03.2015, proc. n.º 6245/13.6TBBRG.G1 (rel. Maria da Purificação Carvalho), e ainda o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01.07.2014, proc. n.º 2852/13.5TBBRG-A.G1.S1 (rel. Salreta Pereira).

de reclamação de créditos previsto na alínea j) do n.º 1 do artigo 36º destina-se apenas à reclamação de créditos não reclamados nos termos do n.º 2 do artigo 17º-D».

Com efeito, caso seja decretada a insolvência do devedor em virtude da conclusão do processo negocial ao abrigo do PER sem a aprovação de um plano de recuperação e da situação de insolvência do devedor²³, a lista definitiva²⁴ de créditos reclamados poderá ser aproveitada. Assim, no prazo fixado na sentença de declaração da insolvência, os credores não reclamantes no âmbito do PER poderão reclamar os seus créditos de modo a que a sua posição seja reconhecida e graduada, fazendo tábua rasa do seu comportamento ao abrigo do PER²⁵.

Será apenas no âmbito do processo de insolvência que os créditos serão devidamente verificados e graduados, tendo em conta o universo de credores que resulte dos que constem da lista definitiva²⁶ e ainda dos créditos reclamados ao

²³ Sobre se o artigo 17º-G, n.ºs 3 e 7, do CIRE consagra a conversão do PER num processo de insolvência, vide ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito...*, pp. 495-496, FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização...*, p. 56, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, p. 176, NUNO CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O Processo Especial...*, p. 170.

²⁴ A existência de uma lista definitiva de créditos é condição para aplicação deste preceito, que resulta da letra do mesmo. Assim, se apenas houver uma lista provisória, nomeadamente porque houve créditos impugnados cuja decisão não foi ainda proferida e transitada em julgado, entende a doutrina que nenhum credor está dispensado de reclamar os seus créditos no prazo definido na sentença da declaração de insolvência, devendo fazê-lo nos termos do artigo 128º, n.º 3, do CIRE, e sem prejuízo do disposto no artigo 129º, n.º 1, do CIRE. Neste sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito...*, p. 497, FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização...*, p. 74, e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, p. 177.

²⁵ Mais dúvidas existem relativamente ao tratamento a dar aos credores reclamantes e aos credores cujos créditos foram excluídos. Quanto aos credores reclamantes, estes encontram-se naturalmente dispensados do ónus de voltar a reclamar os seus créditos, todavia, a doutrina destaca que a sua inclusão na lista definitiva não impede que esses créditos sejam impugnados num momento posterior aquando do processo de insolvência, em virtude como já referido de a lista definitiva não ter força de caso julgado. Assim, NUNO CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O Processo Especial...*, p. 172, e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *O Processo Especial de...*, p. 81, e ainda acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24.06.2014, proc. n.º 288/13.7T2AVR-F.C1 (rel. Jorge Arcanjo), e acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19.03.2015, proc. n.º 6245/13.6TBBRG.G1 (rel. Maria da Purificação Carvalho). Quanto aos credores que reclamaram, mas cujos créditos foram impugnados e excluídos da lista definitiva, NUNO CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O Processo Especial...*, p. 171, entendem que necessariamente devem voltar a reclamar no âmbito do processo de insolvência.

²⁶ Ainda que a classificação dos créditos não seja definitivamente dirimida no PER, em virtude da inclusão automática dos credores reclamantes na lista de credores no âmbito do processo de insolvência, a jurisprudência tem vindo a defender que a lista definitiva deve ser o mais exaustiva

abrigo dos autos da insolvência.

Em virtude do que foi exposto acima, é possível concluir que a situação dos credores não reclamantes se encontra devidamente acautelada sempre que se frustrem as negociações no âmbito do PER e seja decretada a insolvência do devedor.

Cabe então, agora, verificar se os mesmos credores se encontram igualmente salvaguardados quando é aprovado um plano de recuperação do devedor²⁷.

Com efeito, o artigo 17.º-F, n.º 6, do CIRE prescreve que «[a] decisão do juiz vincula os credores, mesmo que não hajam participado nas negociações».

Ora, sobre esta questão, BERTHA PARENTE ESTEVES defende a aplicação do artigo 217.º, n.º 1, do CIRE, o qual determina que se produzam as alterações introduzidas pelo plano de insolvência, independentemente de os créditos terem sido reclamados ou verificados. A autora, referindo-se aos credores não reclamantes, mas que constem da relação de credores que deve ser junta ao processo pelo devedor (os quais, como já vimos, devem ser incluídos pelo administrador judicial provisório na lista provisória e na lista definitiva), entende que o artigo 17.º-F, n.º 6, do CIRE lhes é inteiramente aplicável, acrescentando que, se assim não fosse, as duas soluções possíveis – a inalterabilidade do crédito ou a extinção do crédito – implicariam uma violação do princípio da igualdade de credores. Sobre os credores não reclamantes que não constem da relação de credores apresentada pelo devedor, a autora defende igualmente a aplicação do preceito e que **«a solução passará por, num primeiro momento, ter de ser determinada a existência do referido crédito, se necessário por recurso à via judicial, para, posteriormente, ser dado a tal crédito o mesmo tratamento**

possível, indicando a identificação de cada credor reclamante, o fundamento e montante dos créditos e ainda a sua natureza garantida, privilegiada, comum ou subordinada. Assim, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09.05.2013, proc. n.º 2134/12.0TBCLD-B.L1-2 (rel. Ondina Carmo Alves), e acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14.04.2015, proc. n.º 904/14.3TBPBL-A.C1 (rel. Luís Cravo).

²⁷ Como já se referiu *supra*, e caso se confirme a nova redação do n.º 10 do artigo 17.º-F prevista no projeto de alteração do regime de PER, esta questão fica resolvida, porquanto a decisão do juiz passará a vincular também os credores que não tenham reclamado os seus créditos.

previsto no plano de recuperação para os demais créditos da mesma classe, pois, só assim será possível assegurar o correcto cumprimento do princípio *par conditio creditorum*»²⁸ (negrito acrescentado).

No mesmo sentido, FÁTIMA REIS SILVA, argumenta que «[o] plano homologado vincula todos os credores, mesmo os que não tenham participado na votação – n.º 6 – e é publicada e publicitada nos termos dos art.ºs 37.º e 38.º do CIRE, novamente, com as devidas adaptações. **Para os credores que não tenham intervindo – nomeadamente reclamando os seus créditos – isto implica que estão ainda assim vinculados nos exatos termos constantes do plano. Se o plano contemplar pagamentos por categorias de créditos ou credores aplicar-se-á o previsto para a categoria respetiva; se o plano apenas contemplar pagamentos individualmente considerados, os credores não contemplados não são afetados, mantendo-se nos exatos termos de exigibilidade em que já pré-existiam**»²⁹ (negrito acrescentado).

Face à doutrina referida, é possível concluir que a posição dos credores não reclamantes se encontra igualmente protegida se o plano de recuperação do devedor for aprovado e homologado.

Com efeito, a doutrina indicada defende que deve ser averiguada a existência e natureza do crédito não reclamado, para que lhe seja aplicada a medida prevista no plano de recuperação para créditos da mesma classe ou mesmo que o crédito se mantenha inalterado, caso não tenha sido previsto um tratamento especial para a categoria em que se insere, sob pena de violação do princípio da igualdade de credores.

²⁸ BERTHA PARENTE ESTEVES, “Da aplicação das normas...”, pp. 273-274.

²⁹ FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização...*, pp. 67-68. Defendendo igualmente que o plano se aplica a todos os credores que podiam ter reclamado o seu crédito no âmbito do PER, mas sem mais desenvolvimentos, com a exceção de uma referência à exclusão dos créditos futuros e dos créditos condicionais, *vide* MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *O Processo Especial de...*, p. 81. Igualmente, NUNO CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O Processo Especial...*, p. 150, defendem que o plano homologado vincula todos os credores, mesmo os que se mantiveram à margem das negociações, os credores discordantes e os que requereram a sua não homologação, mas não expõe os mecanismos para a aplicação aos credores não reclamantes.

IV. Resumo

De quanto vai exposto *supra*, é possível retirar-se as seguintes conclusões:

- A) Os credores dispõem do prazo de 20 dias, contados da publicação no portal CITIUS do despacho de nomeação do administrador judicial provisório, para reclamar os seus créditos junto do administrador judicial provisório (artigo 17.º-D, n.º 2, do CIRE);
- B) Ao devedor incumbe, na sequência da notificação do despacho de nomeação do administrador judicial provisório, comunicar a todos os credores, por carta registada, que deu início a negociações com vista à sua revitalização, convidando os credores a participar nas mesmas (com exceção do credor que haja subscrito a declaração referida no artigo 17.º-C, n.º 1, do CIRE);
- C) Em princípio, se o crédito não for reclamado com obediência aos requisitos indicados, o administrador não o deve incluir na lista, a não ser que o processo lhe faculte os adequados elementos de suprimento;
- D) Assim sendo, o administrador judicial provisório deverá necessariamente incluir na lista provisória os créditos reclamados pelos credores ao abrigo do artigo 17.º-D, n.º 2, e os créditos que resultem da relação de créditos apresentada pelo devedor, mesmo que não reclamados;
- E) O administrador judicial provisório dispõe ainda da faculdade – e não da obrigação – de incluir os créditos não reclamados cuja existência resulte da contabilidade do devedor, de modo a que a lista provisória melhor reflita o universo real do passivo do devedor; contudo, não está obrigado a tal, em virtude do curto prazo de que dispõe, que inviabiliza a realização da análise exaustiva prescrita pelo artigo 129.º, n.º 4, do CIRE;
- F) Por sua vez, o recurso à ação de verificação ulterior de créditos, prevista no artigo 146.º do CIRE, encontra-se vedado aos credores no PER;
- G) Do mesmo modo, está vedada aos credores não reclamantes a possibilidade de impugnar a lista provisória de créditos. Não é assim possível a

reclamação de créditos fora do prazo legal sob a veste de impugnação da lista, nomeadamente com o argumento de indevida exclusão por o crédito resultar da contabilidade do devedor, já que o administrador judicial provisório não se encontra obrigado a realizar a análise prescrita pelo artigo 129.º, n.º 4, do CIRE³⁰;

- H) Não é igualmente admissível a participação de credores não reclamantes nas negociações do plano, ao abrigo do artigo 17.º-D, n.º 7, do CIRE;
- I) Porém, caso seja decretada a insolvência do devedor em virtude da conclusão do processo negocial ao abrigo do PER sem a aprovação de um plano de recuperação e da situação de insolvência do devedor, os credores não reclamantes no âmbito do PER poderão reclamar os seus créditos, de modo a que a sua posição seja reconhecida e graduada, fazendo tábua rasa do seu comportamento ao abrigo do PER;
- J) Caso o processo negocial no âmbito do PER termine com a aprovação de um plano, é possível concluir que a posição dos credores não reclamantes encontra-se igualmente protegida se o plano de recuperação do devedor for aprovado e homologado;
- K) Com efeito, a doutrina indicada defende que deve ser averiguada a existência e natureza do crédito não reclamado, para que lhe seja aplicada a medida prevista no plano de recuperação para créditos da mesma classe ou mesmo que o crédito se mantenha inalterado, caso não tenha sido previsto um tratamento especial para a categoria em que se insere, sob pena de violação do princípio da igualdade de credores.

³⁰ Assim, FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização...*, p. 42.