

Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários
(no âmbito do Programa PIR PALOP II – VIII FED)
Formação contínua para Magistrados

O DIREITO DOS NEGÓCIOS E SOCIETÁRIO

Autores

Dr. José Eusébio Almeida

Dr. Manuel Tomé Gomes

Dr. António Geraldes

Assistência técnica do INA com apoio científico e pedagógico do CEJ
Manual de apoio ao Curso M9

Ficha Técnica

Título: O DIREITO DOS NEGÓCIOS E SOCIETÁRIO

Autores: José Eusébio Almeida, Manuel Tomé Gomes e António Geraldès

ISBN: 978-972-9222-96-2

Depósito Legal: 266806/07

Editor: INA- Instituto Nacional de Administração

Palácio dos Marqueses de Pombal

2784-540 Oeiras

Tel: 21 446 53 39

Fax: 21 446 53 68

URL: www.ina.pt

E-mail: edicoes@ina.pt

Capa: Sara Coelho

Execução Gráfica: JMG, Art. Pap., Artes Gráficas e Publicidade, Lda.

Tiragem: 1.000 exemplares

Ano de Edição: 2007

A presente publicação foi organizada e editada pelo INA, no âmbito das funções de assistência técnica e pedagógica à execução do Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários (Programa PIR PALOP II), com enquadramento orçamental específico no co-financiamento do referido Projecto pelo Governo Português através do IPAD.

O conteúdo da mesma corresponde à adaptação de textos de apoio à execução de acções de formação contínua para Magistrados, desenvolvidas na Fase I do referido Projecto (Novembro de 2003 a Junho de 2006), elaborados em versão original por Docentes do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Ministério da Justiça de Portugal, sob coordenação científica e pedagógica do Juiz-Desembargador Dr. Manuel Tomé Gomes.

As opiniões expressas no presente documento são da exclusiva responsabilidade dos respectivos Autores e, como tal, não vinculam nem a Comissão Europeia nem o Governo Português, o INA ou o CEJ.

A reprodução e utilização do conteúdo está condicionada quer às disposições legais genéricas aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual quer às que regulam as iniciativas desenvolvidas no âmbito de financiamentos públicos da União Europeia e de Portugal. É autorizada a cópia para fins didácticos nos PALOP.

Índice

PARTE 1 – DIREITO COMERCIAL: TÍTULOS DE CRÉDITO (LETRAS, LIVRANÇAS E CHEQUES)	11
SUB-ÍNDICE	13
I – INTRODUÇÃO (O Direito, o Comércio, o Direito Comercial)	17
1 – O Direito	17
1.1 – Aproximação ao Conceito	17
1.2 – A Jurisprudência	20
1.3 – O Direito Privado	22
2 – O Comércio	22
2.1 – Ideia Geral	22
2.2 – O Comércio Internacional	24
2.2.1 – O Direito do Comércio Internacional	24
3 – O Direito Comercial	26
3.1 – A Evolução	26
3.2 – O Código Comercial Actual (1888)	28
II – OS TÍTULOS DE CRÉDITO (Abordagem Geral)	30
1 – Aspectos Gerais	30
2 – Evolução Histórica dos Títulos de Crédito	30
2.1 – A desmaterialização dos títulos de crédito	31
3 – Unificação do Direito Cambiário	32
4 – Noção de Título de Crédito	33
5 – Modos de Transmissão: Nominativos, à Ordem e ao Portador	34
6 – A Incorporação e a Circulação do Título	35
7 – Princípios Fundamentais do Direito Cambiário	36
7.1 – Literalidade	36
7.2 – Autonomia	38
8 – Função dos Títulos de Crédito	40
9 – Espécies de Títulos de Crédito	40
10 – Relações Mediatas – Relações Imediatas	43

11 – Preenchimento Abusivo	44
12 – Dos Negócios Cambiários ou Cartulares	45
13 – Extinção e Reforma de Títulos: Processo Especial	45
III – OS TÍTULOS DE CRÉDITO – <i>CAPITULO I – A LETRA</i>	47
1 – Considerações Gerais	47
1.1 – Definição sucinta	47
1.2 – Apontamento histórico	48
1.3 – A letra, a livrança e o cheque. Diferenças e semelhanças	53
2 – A Letra e o seu Regime Jurídico. A Lei Uniforme	54
3 – Requisitos Essenciais e Secundários da Letra	55
3.1 – A estipulação de juros	56
4 – Vias e Cópias	57
5 – A Letra em Branco	58
6 – Saque, Endosso, Aceite, Aval	59
6.1 – Saque	58
6.2 – Aceite	60
6.3 – Endosso	63
6.3.1 – Formas e efeitos do endosso	64
6.3.2 – Endossos impróprios	65
6.4 – O Aval	67
7 – Responsabilidade dos Diversos Obrigados Cambiários	68
8 – Vencimento e Pagamento; dos Juros Cartulares	68
9 – Protesto	71
10 – Da Acção Cambiária Declarativa e Executiva	73
11 – Prescrição Cambiária	75
12 – Alguma Jurisprudência	75
IV – OS TÍTULOS DE CRÉDITO – <i>CAPITULO II – A LIVRANÇA</i>	77
1 – A Identidade de Regime entre Letras e Livranças	77
2 – Definição de Livrança, seus Requisitos e Consequências da Falta Destes	77
V – OS TÍTULOS DE CRÉDITO – <i>CAPITULO III – O CHEQUE</i>	83
1 – Introdução	83
1.1 – A importância económica do cheque. A evolução histórica	83
1.2 – A definição de cheque e as funções do cheque	85
1.3 – Tipos de Cheques	91
2 – Convenção do Cheque e Relação de Provisão	94
3 – A Revogação do Cheque	98

4 – A Lei Uniforme Relativa ao Cheque – LUCH	101
4.1 – Requisitos do cheque	101
4.2 – Transmissão do cheque	103
5 – Apresentação a Pagamento e Acção por Falta de Pagamento	107
6 – Protesto por Falta de Provisão e por Irregularidade de Saque	110
7 – Cheque sem Provisão. Síntese do Regime Penal	111
7.1 – As alterações posteriores. O regime actual	113
8 – Alguma Jurisprudência Relativa ao Cheque	118
8.1 – Jurisprudência mais antiga	118
8.2 – Jurisprudência mais recente	119
8.3 – Jurisprudência contemporânea	121
BIBLIOGRAFIA	123
PARTE 2 – NEGÓCIOS BANCÁRIOS E CONTRATOS FINANCEIROS	127
SUB-ÍNDICE	129
<i>Área Temática 3 – DOS NEGÓCIOS BANCÁRIOS</i>	<i>133</i>
I – ASPECTOS GERAIS	133
1 – Da Actividade Bancária	133
1.1 – Preliminar	133
1.2 – Linhas gerais da génese e evolução da actividade bancária	134
1.2.1 – Da evolução da moeda	134
1.2.2 – Do crédito	138
1.2.3 – Da Evolução da Banca em Geral	140
1.2.4 – Da Evolução da Banca em Portugal	144
1.2.5 – Panorâmica dos sistemas financeiros dos PALOP	148
1.2.6 – Das Instituições Financeiras Internacionais	148
2 – Âmbito do Direito Bancário	151
3 – Das Fontes do Direito Bancário	153
3.1 – Preliminar	153
3.2 – Fontes Internacionais	154
3.3 – Fontes Internas	155
3.3.1 – Normas Constitucionais	155
3.3.2 – Da Legislação Ordinária	156
3.3.3 – Dos Usos Bancários	157
3.3.4 – Dos Códigos de Conduta	158
4 – Princípios Informadores do Direito Bancário	159
5 – Tipologia das Operações Bancárias	160
5.1 – Quadro Geral	160
5.2 – Natureza Jurídica das Operações Bancárias em Geral	162
5.3 – Atipicidade Legal dos Negócios Bancários e a Contratação Mitigada	164
5.4 – Desformalização /consensualismo	167

II – DAS OPERAÇÕES ACTIVAS	169
6 – Do Contrato de Mútuo Bancário	169
6.1 – Noção e natureza do mútuo civil	169
6.2 – Da forma do contrato de mútuo civil	171
6.3 – Do prazo para a restituição da coisa mutuada	172
6.4 – Falta de cumprimento do contrato pelo mutuário	172
6.5 – Especialidades do mútuo bancário	173
6.5.1 – Quanto à sua natureza	173
6.5.2 – Quanto à forma	174
6.5.3 – Mútuo bancário de escopo	175
6.5.4 – Do anatocismo	175
7 – Empréstimo Mercantil	176
8 – Desconto Bancário	176
8.1 – Noção	176
8.2 – Natureza	177
9 – Contrato de Abertura de Crédito	178
10 – Descoberto em Conta	179
11 – Antecipação Bancária	180
12 – Emissão de Cartão Bancário	180
13 – Contrato de Crédito ao Consumo	181
III – DAS OPERAÇÕES PASSIVAS	183
14 – Depósito Regular	183
15 – Depósito Irregular	183
15.1 – Noção	183
15.2 – Modalidades	183
15.3 – Natureza e Regime	184
16 – Contratos de Abertura de Conta e de Giro Bancário	184
IV – DOS JUROS	187
17 – Nota Histórica	187
18 – Noção Jurídica de Juro	189
18.1 – Definição	189
18.2 – Factores Determinativos do Juro	190
18.3 – Espécies de Juro	191
18.3.1 – Segundo a Fonte	191
18.3.2 – Segundo a Função	191
V – DAS GARANTIAS BANCÁRIAS	195
19 – Fiança Bancária	195
20 – Penhor Bancário	196
21 – Garantia Bancária Autónoma	197

<i>Área Temática 4 – DOS CONTRATOS FINANCEIROS</i>	199
I – DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA	199
1 – Noção	199
2 – Prazo	199
3 – Conteúdo Obrigacional	200
3.1 – Obrigações do locador	200
3.2 – Obrigações do locatário	200
3.3 – Direitos do locatário	200
3.4 – Transferência do Risco	201
3.5 – Resolução do Contrato	201
3.6 – Providência cautelar para entrega judicial da coisa locada	201
II – DO CONTRATO DE CESSÃO FINANCEIRA (Factoring)	202
1 – Caracterização	202
2 – Conteúdo Obrigacional	203
2.1 – Obrigações do aderente	203
2.2 – Obrigações do <i>factor</i>	203
PARTE 3 – DIREITO SOCIETÁRIO	205
SUB-ÍNDICE	207
NOTA PRÉVIA	209
ABREVIATURAS	211
I – DA CONSTITUIÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS	213
1 – Noções Fundamentais	213
2 – Elementos Essenciais do Contrato de Sociedade	215
2.1 – Elemento pessoal	215
2.2 – Elemento patrimonial	216
2.3 – Elemento teleológico	216
2.4 – Elemento formal	217
3 – Distinção Relativamente a outras Figuras	217
3.1 – Sociedades civis	217
3.2 – Sociedades civis sob forma comercial	218
3.3 – Cooperativas	218
3.4 – Associações	219
3.5 – Fundações	219
4 – Processo Formativo das Sociedades Comerciais	220
4.1 – Forma do contrato	220
4.2 – Conteúdo do contrato	220
4.3 – Registo e publicações	220
5 – Sociedades Irregulares	221

5.1 – Delimitação da figura	221
5.2 – Regime jurídico	222
6 – Regime Actual, Face ao Código das Sociedades Comerciais	225
II – DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS	227
1 – Consideração	227
1.1 – Introdução	227
1.2 – Direito ao Voto	227
1.3 – Convocação da assembleia geral	228
1.4 – Limites aos poderes da assembleia	229
2 – Vícios das Deliberações Sociais	231
2.1 – Considerações gerais.....	231
2.2 – Deliberações inexistentes.....	232
2.3 – Deliberações ineficazes.....	233
2.4 – Deliberações nulas e anuláveis.....	235
3 – Impugnação Judicial das Deliberações Sociais	238
3.1 – Competência territorial	239
3.2 – Legitimidade activa e passiva	239
3.3 – Prazo	240
3.4 – Tramitação processual	240
3.5 – Sentença	240
4 – Renovação de Deliberação Social Viciada	241
5 – Suspensão de Deliberações Sociais	241
5.1 – Introdução	242
5.2 – Âmbito subjectivo	243
5.3 – Âmbito objectivo	244
5.4 – Deliberações não executadas	248
6 – Prazo	250
7 – Pressupostos Processuais	252
8 – Tramitação	254
9 – Produção de Prova	257
10 – Decisão	260
11 – Acção Principal	266
12 – Casos Práticos Apreciados na Jurisprudência Portuguesa	267
III – DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE POR DECLARAÇÃO DE FALÊNCIA	271
1 – Aspectos Essenciais do Processo de Falência	271
1.1 – Introdução	271
1.2 – Linhas gerais da evolução no direito português	271
1.3 – Processo de falência no CPC de 1961	276
1.3.1 – Natureza jurídica e objectivos	276
1.3.2 – Distinção entre falência e insolvência	277

2 – Meios Preventivos da Declaração de Falência	278
3 – Declaração de Falência	282
3.1 – Pressupostos substantivos	282
3.2 – Prazo para ser requerida a falência	284
3.3 – Pressupostos processuais	285
3.3.1 – Legitimidade	285
3.3.2 – Competência	285
3.4 – Tramitação	286
3.4.1 – Requerimento inicial ou participação	286
3.4.2 – Despacho liminar	287
3.4.3 – Oposição	289
3.4.4 – Audiência de julgamento	289
3.4.5 – Sentença	290
3.4.6 – Reacção do requerido contra a falência	291
3.5 – Efeitos da falência	292
3.6 – Providências conservatórias	293
4 – Verificação do Passivo	293
5 – Venda dos Bens	296

Parte 1

**DIREITO COMERCIAL:
TÍTULOS DE CRÉDITO
(LETRAS, LIVRANÇAS E CHEQUES)**

Dr. José Eusébio Almeida

Sub-índice

I – INTRODUÇÃO (O Direito, o Comércio, o Direito Comercial)	17
1 – O Direito	17
1.1 – Aproximação ao Conceito	17
1.2 – A Jurisprudência	20
1.3 – O Direito Privado	22
2 – O Comércio	22
2.1 – Ideia Geral	22
2.2 – O Comércio Internacional	24
2.2.1 – O Direito do Comércio Internacional	24
3 – O Direito Comercial	26
3.1 – A Evolução	26
3.2 – O Código Comercial Actual (1888)	28
II – OS TÍTULOS DE CRÉDITO (Abordagem Geral)	30
1 – Aspectos Gerais	30
2 – Evolução Histórica dos Títulos de Crédito	30
2.1 – A desmaterialização dos títulos de crédito	31
3 – Unificação do Direito Cambiário	32
4 – Noção de Título de Crédito	33
5 – Modos de Transmissão: Nominativos, à Ordem e ao Portador	34
6 – A Incorporação e a Circulação do Título	35
7 – Princípios Fundamentais do Direito Cambiário	36
7.1 – Literalidade	36
7.2 – Autonomia	38
8 – Função dos Títulos de Crédito	40
9 – Espécies de Títulos de Crédito	40
10 – Relações Mediatas – Relações Imediatas	43
11 – Preenchimento Abusivo	44
12 – Dos Negócios Cambiários ou Cartulares	45
13 – Extinção e Reforma de Títulos: Processo Especial	45
III – OS TÍTULOS DE CRÉDITO – CAPÍTULO I – A LETRA	47

1 – Considerações Gerais	47
1.1 – Definição sucinta	47
1.2 – Apontamento histórico	48
1.3 – A letra, a livrança e o cheque. Diferenças e semelhanças	53
2 – A Letra e o seu Regime Jurídico. A Lei Uniforme	54
3 – Requisitos Essenciais e Secundários da Letra	55
3.1 – A estipulação de juros	56
4 – Vias e Cópias	57
5 – A Letra em Branco	58
6 – Saque, Endosso, Aceite, Aval	59
6.1 – Saque	59
6.2 – Aceite	60
6.3 – Endosso	63
6.3.1 – Formas e efeitos do endosso	64
6.3.2 – Endossos impróprios	65
6.4 – O Aval	67
7 – Responsabilidade dos Diversos Obrigados Cambiários	68
8 – Vencimento e Pagamento; dos Juros Cartulares	68
9 – Protesto	71
10 – Da Acção Cambiária Declarativa e Executiva	73
11 – Prescrição Cambiária	75
12 – Alguma Jurisprudência	75
IV – OS TÍTULOS DE CRÉDITO – <i>CAPÍTULO II – A LIVRANÇA</i>	77
1 – A Identidade de Regime entre Letras e Livranças	77
2 – Definição de Livrança, seus Requisitos e Consequências da Falta Destes	77
V – OS TÍTULOS DE CRÉDITO – <i>CAPÍTULO III – O CHEQUE</i>	83
1 – Introdução	83
1.1 – A importância económica do cheque. A evolução histórica	83
1.2 – A definição de cheque e as funções do cheque	85
1.3 – Tipos de Cheques	91
2 – Convenção do Cheque e Relação de Provisão	94
3 – A Revogação do Cheque	98
4 – A Lei Uniforme Relativa ao Cheque – LUCH	101
4.1 – Requisitos do cheque	101
4.2 – Transmissão do cheque	103
5 – Apresentação a Pagamento e Acção por Falta de Pagamento	107
6 – Protesto por Falta de Provisão e por Irregularidade de Saque	110

7 – Cheque sem Provisão. Síntese do Regime Penal	111
7.1 – As alterações posteriores. O regime actual	113
8 – Alguma Jurisprudência Relativa ao Cheque	118
8.1 – Jurisprudência mais antiga	118
8.2 – Jurisprudência mais recente	119
8.3 – Jurisprudência contemporânea	121
BIBLIOGRAFIA	123

I – INTRODUÇÃO (O Direito, o Comércio, o Direito Comercial)

1 – O DIREITO

1.1 – Aproximação ao conceito

De modo sucinto e numa abordagem que não pode deixar de ter em conta o propósito e a razão de ser deste texto, devíamos iniciar a nossa apresentação com uma pergunta: antes de mais, de que falamos quando falamos de *direito*?

Pretendemos, com a resposta, uma definição, um conceito, uma maneira de dizer que, sendo necessariamente simples, igualmente seja operável. Quer dizer, que se mostre útil a que recordemos o caminho largo por onde seguimos, caminho largo por onde também prosseguem os mais estreitos: o direito privado, o direito comercial, finalmente o direito dos títulos de crédito e, dentro deste, mais especificamente, as letras, as livranças e os cheques.

A definição de direito, assim entendido em termos amplos, é – como seria de esperar – fonte de divergências e de ambiguidades, de dúvidas que tantas vezes se mostram bastantes à defesa da sua inviabilidade ou, pelo menos, da inutilidade ou desinteresse de uma conceptualização. Mas, importa acentuá-lo, a indefinição e a inerente falta de simplicidade e de clareza, tendem a levar o jurista para um caminhar às escuras perante a necessidade de resolução dos problemas práticos que todos os dias são colocados na vida jurídica.

A definição, por isso, deve esquecer preconceitos excessivamente idealistas, empiristas ou reducionistas e (deve) nascer de uma atitude realista e integradora, aberta a todos os contributos úteis à revelação do correcto significado desta realidade com que todos os dias mexemos e com a qual – e na qual – necessariamente temos de viver. Nesta perspectiva, mostram-se úteis diversos contributos: os símbolos, as palavras, o testemunho popular, os ensinamentos da filosofia¹ (enquanto actividade definidora por excelência), o estudo dos académicos,

¹ A “filosofia do direito” abrange, em sentido lato, todas a indagação sobre o valor e a função das normas que governam a vida social e, em sentido restrito, o estudo dos pressupostos da experiência

a prática dos juristas, que todos os dias acrescenta e – assim – constrói e, de modo cada vez mais relevante, o pensamento da sociologia do direito².

jurídica, enquanto unidade sistemática. Na indagação filosófica definidora do direito é fundamental o contributo clássico de Aristóteles (a teoria da justiça, no livro V da *Ética*) e o pensamento de S. Tomás de Aquino. Noutro prisma, realçando o valor da experiência científica e prática, nunca se esquecerá o contributo relevante do Direito Romano, em especial o da época clássica (130 a. C. – 230 d. C.)

² Para o sociólogo, o direito é um fenómeno social. Seguindo Lévy-Bruhl (*Sociologia do Direito*, São Paulo, 2000, ps. 20) definiremo-lo como “conjunto de normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo o momento pelo grupo ao qual se pertence”. A definição revela três elementos fulcrais: 1. Noção de obrigação (normas obrigatórias); 2. Grupo social (impostas pelo grupo social); 3. O carácter provisório das normas (impostas a todo o momento: normas que se modificam). Expliquemos melhor: 1. Embora a palavra direito sugira mais uma liberdade ou faculdade, a obrigação apresenta-se como elemento fundamental; a liberdade individual é ténue: mesmo no direito contratual, paradigma da autonomia, é rara a admissão de soluções totalmente originais; “a estrutura dos contratos é fixada pela colectividade mediante prescrições legais ou consuetudinárias e não se modifica senão na medida em que esta tenha mudado de opinião”. Por outro lado, não podendo existir obrigação sem sanção, o direito também é um sistema de sanções. As sanções de que se trata são jurídicas (não meramente religiosas ou morais) e para isso têm de ter efeito no plano terrestre e social: modificar a condição pessoal ou patrimonial das pessoas, seus destinatários. 2. Havendo, como há, vários tipos de sociedades de pertença, qual é o grupo social de que emanam as regras de direito? Antes de mais, devemos concordar que o adágio *Ubi societas, ibi jus* tem carácter universal. Mantenhamos, por isso, a questão: quem pode impor as normas ao grupo? Cada agrupamento tem o seu direito próprio? Entre eles (os elementos do agrupamento) quem elabora a norma e quem não pode fazê-lo? – Segundo a escola monista (onde se enquadra a generalidade dos juristas) só um grupo – o político – pode criar as normas. Segundo o entendimento pluralista (mais partilhado por sociólogos) qualquer agrupamento pode instituir “normas de funcionamento capazes de ultrapassar o carácter de simples regulamentos para elevar-se à categoria de verdadeiras normas jurídicas”. Se olhar-mos a vida social deveremos ficar convencidos “que existem prescrições legais, ou pelo menos jurídicas, fora das que foram impostas pela autoridade política. 3. As normas jurídicas, para o sociólogo, não têm carácter estável: o direito não pode ter mais estabilidade que o grupo. Mas muito tempo foi preciso para que esta verdade ser entendida: “durante longos séculos, os juristas só se interessaram pelo direito de seu próprio país, preocupando-se tão somente com as normas em vigor em seu tempo”. Mas a constatação é esta: “não existe nenhum princípio de direito que seja universal e eterno. Aqueles pelos quais se exprime o direito natural, não devem dar margem a ilusões. Sem dúvida, sempre e em toda a parte, prescreve-se “viver honestamente”, “dar a cada um o que lhe é devido”, etc., mas trata-se apenas de preceitos morais gerais e que o direito não poderia levar em conta, porque toda a questão consiste em saber o que esse ou aquele grupo social entende por honestidade, quando é que ele julga que cada um recebeu o que lhe é devido, e as soluções são as mais variadas e contraditórias. Em desespero de causa, alguns defensores do direito natural inventaram uma noção a que deram o nome de “direito natural de conteúdo variável”, e que não passa de um conceito que encerra uma contradição nos seus termos, visto como pretende realizar a impossível conjugação de um direito imutável e de seus elementos inconstantes. Nem o direito criminal deixa de estar submetido à lei da mudança. Nenhum acto humano é, por si, inocente ou delituoso. Os crimes que nos parecem mais abomináveis são permitidos em certos grupos, enquanto outros, como a violação de certos tabus, severamente castigados entre certas populações arcaicas, nos deixam indiferentes”. Se o direito é instável, também é certo que a sua formulação nem sempre segue esse ritmo social: muitas vezes atrasa-se, poucas adianta-se. Perante a dessincronização, o problema coloca-se ao aplicador: o juiz tem de aplicar a justiça, mas, ao mesmo tempo, encontra-se ligado à (letra da) lei; “(...) o juiz, escravo do direito vivo mais do que da sua norma imperfeita e esclerosada, deverá, por todos os meios que dispõe, procurar inflectir o sentido dessa norma para uma solução equitativa ...”. Mas, não pode esquecer-se que “a obrigação que se impõe ao juiz de subordinar a sua decisão a uma norma anteriormente formulada é a única garantia que os particulares podem ter de que a justiça está em conformidade com as aspirações do grupo e que é administrada em toda a parte sobre as mesmas bases”.

Não devemos, por outro lado, deter-nos na multiplicidade de problemáticas inerentes à gênese da ideia ou ao evoluir do conceito, às teorias (do direito) ou à divisão da definição segundo a sua sustentação ontológica³. Devemos, certamente, dar por adquirido que os prismas que nos revelam a realidade nos modificarão a conclusão que sobre ela retiramos. É patente, nessa diversidade do olhar, a visão sociológica do direito como uma ordem de coacção e a visão jurídica do direito como uma ordem com sentido; sentido esse que será – e seguimos a lição de Baptista Machado⁴ – o sentido da Justiça. Assim, a coerção não especifica o Direito, não faz parte da sua essência. Mas o direito é uma ordem necessária, como necessário ao homem é a sociedade; o Direito, não dependendo da força para a sua intrínseca validade, precisa dela para a sua existência. Por ser assim, o direito carece da força, mas é o direito que a legitima.

Porque o conceito de Direito deveria abranger a sua revelação nas sucessivas épocas históricas, mais difícil é uma definição que lhe encontre a essência. Angel Latorre adverte sobre a inexistência de qualquer ente metafísico escondido atrás da palavra “Direito” e capaz de desvendar a sua natureza. Mas revela-nos alguma coisa acerca do seu conceito geral: “um conjunto de fenómenos sociais entre os quais existem certos elementos comuns: o tratar-se de normas de conduta obrigatórias numa comunidade e garantidas por um mecanismo de

³ Realidades que não deixam de estar ligadas: do direito natural ao positivo; do carácter social do direito à sua função tipicamente ordenadora; dos seus fundamentos ao seu método; da moral que o impregna ou que dele está afastada.

Quanto ao chamado “método jurídico”, atenda-se apenas à sua asserção enquanto caminho a seguir na determinação, interpretação e aplicação das normas com vista à resolução dos casos concretos. Estamos na “questão metodológica”, em sentido mais estrito: o racionalismo positivista defendia um método analítico-exegético (escola da exegese) de estrita subordinação à lei; a Escola Histórica do Direito (Savigny) realçou, diversamente, o valor histórico e consuetudinário do direito, renovando a ciência jurídica e inovando a interpretação legislativa; a jurisprudência dos conceitos, degenerando desta última escola pretendia chegar a uma visão do ordenamento jurídico como correspondente a um sistema fechado de conceitos com coerência lógica interna e dotados da capacidade de solucionar todas as questões através de procedimentos dedutivos e subsuntivos. Este (excessivo) conceptualismo foi atacado por Ihering, defensor da jurisprudência prática e teleológica. Noutro prisma, a Escola do Direito Livre deu eco à crítica de várias vozes que censuravam a jurisprudência conceptualista e o legalismo e defendiam maior liberdade do juiz perante a lei. Nesta linha de orientação teleológica, surge Heck e a jurisprudência dos interesses, defendendo que a lei é causalmente determinada por interesses, a cuja investigação o interprete deverá proceder. Em anos mais recentes (depois da segunda guerra) surgiu a jurisprudência dos valores ou dos princípios (tentando superar algumas limitações da teoria precedente, especialmente na sua visão genética dos interesses), vincando o papel desempenhado pelos princípios valorativos. Pode dizer-se que os diversos modelos metodológicos se distinguem consoante as acentuações que operam: – o aspecto do rigor formal das soluções ou a ligação teleológica aos fins do direito; – a sujeição à norma abstracta ou a livre decisão do caso; – o privilegiar da segurança jurídica ou da justiça; – o encontrar das soluções somente no direito positivo ou o recurso a princípios que a ultrapassam.

⁴ *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 12ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000.

coacção socialmente organizado”.⁵ Mais à frente (págs. 40), realça “que o que caracteriza o Direito não é simplesmente o reconhecimento de determinadas normas como obrigatórias, mas o serem acompanhadas da possibilidade da sua imposição pela força. Até onde chega o nosso conhecimento, pode afirmar-se que, com maior ou menor intensidade, com umas ou outras características, existiu e existe um mecanismo de coacção social deste tipo em todas as sociedades de que temos notícia certa. (...) A espada continua a ser o símbolo da justiça. O problema não está em prescindir da força, mas em saber para que é que ela serve”.

1.2 – A Jurisprudência

Tendo sido feita uma aproximação ao conceito, definido o Direito, certo que em moldes breves, é importante (pelas finalidades desta acção) que algo seja dito sobre (o que seja) a jurisprudência.

No sentido mais corrente do termo, a jurisprudência pode ser considerada como o conjunto de decisões dos tribunais, recolhendo a orientação seguida na interpretação da lei e no julgamento dos casos concretos; pode igualmente dizer-se que se traduz na orientação que a actividade jurisdicional imprime à interpretação e à integração do direito, de acordo com regras decisórias destinadas à solução dos casos (concretos) sucessivamente submetidos a julgamento.

Mais do que a actividade desenvolvida pelos tribunais em cada dia, a jurisprudência adquire relevância enquanto afirmação de modelos decisórios definidores de um certo caminho interpretativo e integrativo. Neste prisma, as decisões dos tribunais, mormente dos tribunais superiores ou dos que julgam em derradeira instância, vincando orientações, formam modelos capazes de influir nas decisões posteriores. Para tal finalidade adquire importância a publicação daquelas decisões, seja ela feita – informalmente – nas colectâneas, nas revistas da especialidade ou nos códigos anotados ou – formalmente – nas publicações oficiais como sucede, exemplificativamente em Portugal, com Boletim do Ministério da Justiça ou com os Acórdãos Doutrinários do Supremo Tribunal Administrativo.

A força da jurisprudência, aqui equiparada à sua força vinculativa, tem variado muito ao longo dos séculos e não é igual em todos os sistemas jurídicos.

⁵ *Introdução ao Direito*, 5ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2002, ps. 39.

No direito romano, a jurisprudência era uma fonte imediata de direito⁶, mormente a partir do Imperador Augusto⁷ e com a consagração do editor do pretor. Ainda hoje se fala de jurisprudência pretoriana, significando uma libertação das amarras legais no julgamento de cada caso.

No direito anglo-saxónico, a jurisprudência é uma genuína fonte de direito, operada pelo valor dos “precedentes vinculantes” (case-law) enquanto vinculação às decisões posteriores sobre casos similares.

No Direito Português, as decisões dos tribunais – incluindo as dos tribunais superiores – não têm carácter de precedente vinculante e, no momento actual, sequer representam “doutrina com força obrigatória geral” como sucedia quando – e enquanto – os assentos foram considerados normas jurídicas, como qualquer outra ou, pelo menos, fontes do direito⁸.

Independentemente do desaparecimento da função normativa dos assentos, a jurisprudência continua a desempenhar um relevante papel⁹. As disposições

⁶ Sobre as fontes de direito, resumida e esquematicamente, podemos dizer: as fontes podem ser pensadas em diversos sentidos (fundamentos filosóficos da própria existência do Direito; causas sociais explicativas da criação de Direito e modos de formação e revelação das normas jurídicas – sentido técnico-jurídico) e em múltiplas espécies (fontes estaduais ou nacionais e fontes comunitárias; lei – em sentido amplo –, costume, doutrina e – em certo sentido – jurisprudência). A doutrina e a jurisprudência contribuem para a melhor aplicação e o mais positivo conhecimento do direito já criado. A jurisprudência “judicial”, enquanto sinónimo da jurisprudência dos tribunais, é a de maior importância porque, constitucionalmente, as decisões proferidas pelos tribunais prevalecem sobre as de qualquer outra autoridade.

⁷ Ao conceder aos juristas mais eminentes a possibilidade (o privilégio) de darem respostas ex auctoritate Principis (o chamado *ius respondendi*).

⁸ O artigo 2.º do Código Civil, hoje já revogado, dizia que “nos termos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”. O artigo em apreço foi revogado pelo artigo 4.º, n.º 2 do DL. n.º 239-A/95, de 12 de Dezembro, publicado no âmbito da revisão do processo civil.

O instituto dos assentos foi severamente criticado por alguma doutrina, devendo destacar-se A. Castanheira Neves (Cf. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*) que o censurava sob três prismas: 1. A sua duvidosa constitucionalidade por contradizer, ao mesmo tempo, quer o sentido da função jurisdicional, quer o da função legislativa; 2. Por pressupor uma concepção (ultrapassada) de um direito puramente legalista que não entende “a função normativamente construtiva da jurisprudência, chamada a uma concreta e histórico-evolutiva realização do direito”; 3. Um regime de características inadmissíveis: a) a obrigatoriedade do STJ prescrever uma solução jurídica, definitiva e universal, apenas em razão da oposição entre dois acórdãos; b) a prescrição de uma norma geral a partir de uma decisão concreta; c) a inalterabilidade dos assentos; d) a circunstância da uniformização da jurisprudência não exigir esse instituto como o demonstra a análise do direito comparado e a diminuta eficácia dos resultados alcançados.

Por estas e outras críticas, o Tribunal Constitucional veio a decidir, com força obrigatória geral, que aquele artigo 2.º padecia de inconstitucionalidade ao atribuir aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115.º, n.º 5 da Constituição.

⁹ De certo modo, o fim dos assentos, naquele sentido referido, representa, ao invés, o (re)afirmar de uma jurisprudência construtiva e evolutiva, (mas) realizando o direito em cada caso concreto.

codificadas, com efeito, não têm a capacidade integral de determinarem por completo a pronúncia judicial. Mesmo que se deva ter por certo o papel determinante da lei e, nesse sentido, a função subordinada da jurisdição, não pode esquecer-se que o sentido da lei não é unívoco e, além disso, ela mesma usa amiúde conceitos que demandam uma actividade concretizadora (conceitos indeterminados, vagos, “porosos”). Por outro lado, é função dos tribunais colmatar as lacunas, seja usando a analogia, seja apreciando a situação segundo a norma que o próprio julgador criaria.

1.3 – O Direito Privado

A ordem jurídica apresenta diversos sectores que se caracterizam por terem princípios próprios a regê-los, por terem uma certa individualidade, uma bastante autonomia, para se distinguirem entre si, para se fundarem em princípios que se não confundem. A esses sectores é habitual chamarmos “ramos do direito”.

Depois da divisão entre direito interno (nacional) e direito internacional, a distinção entre direito público e direito privado traduz uma separação nuclear. Baptista Machado¹⁰, aliás, chama a esta divisão a “*summa divisio*”, a divisão suprema do universo jurídico. O critério distintivo é, com clara acentuação, o critério da posição dos sujeitos.

O *direito privado*, nesses termos, é aquele (ramo do) direito que regula as relações estabelecidas entre os entes públicos e os sujeitos privados ou as relações entre estes sujeitos privados, colocando-se todos eles numa posição igualitária ou paritária.

O direito privado, assim, regula a relação entre particulares ou entre particulares e entes públicos quando estes intervenham despidos de qualquer poder de autoridade. “Aqui, nenhuma das partes aparece na posição de supremacia de autoridade pública, pelo que se diz que a posição dos sujeitos nas relações de direito privado é de paridade ou de coordenação – não de subordinação, como no direito público”.¹¹

2 – O COMÉRCIO

2.1 – Ideia geral

Não esquecendo o tema nuclear do nosso encontro (os títulos de crédito, ou seja, as letras, as livranças e os cheques), mas lembrando que ele não deixa de ser um

¹⁰ *Introdução ao ...*, ps. .65.

¹¹ Baptista Machado, *Introdução ao ...*, ps. 66.

dos múltiplos aspectos do direito comercial¹², será útil definir este direito. Antes dele, porém, importa escrever alguma coisa, forçosamente breve, sobre o comércio, propriamente dito.

No sentido geral, comércio é uma actividade económica de função mediadora: compra e revenda; ajustamento da oferta de determinado bem à procura (dele) feita pelos (seus) consumidores ou utilizadores. Nessa significação, o comércio aparece como sinónimo de permutação e troca de bens com valor económico.

Nos dias de hoje, e fruto do seu evoluir histórico, o comércio responde a múltiplas exigências e agrupa-se em diversas categorias, genericamente regulamentadas na quase totalidade dos países. Tem múltiplas funções, mesmo que nos detenhamos tão só nas principais: recolha de produtos, armazenamento, selecção, transporte, venda ... Pode falar-se de comércio por grosso, comércio a retalho e comércio a prazo; pode distinguir-se o comércio interno do comércio externo.

Na Antiguidade, os principais centros comerciais foram a China, o Egipto, a Índia, a Caldeia e a Síria. Os povos mais antigos conheciam uma forma simples de comércio, onde o produtor e o consumidor se encontravam em contacto directo. Posteriormente, a evolução das sociedades acompanha o aperfeiçoamento dos sistemas de troca, permitindo a expansão e difusão dos produtos a distâncias sucessivamente superiores. O armazenamento, por sua vez, permitiu a recolha dos excessos de determinada época ou região e o acautelar de necessidades futuras; com isso, vem a permitir-se que a produção se desenvolva ao máximo, agora desligada da procura e do escoamento imediatos.

Com o Renascimento, o comércio vem a conhecer novo surto de desenvolvimento, inerente à descoberta de novas riquezas e técnicas. Ainda assim, estamos num tempo em que predomina o excesso de protecção a cada economia nacional. Em rigor, com efeito, é só depois de 1850 que o comércio ocupa o lugar relevante que hoje lhe é reconhecido. O desenvolvimento científico e tecnológico e a facilitação dos transportes contribuíram, de modo acentuado, para essa relevância.

As consequências jurídicas daquele desenvolvimento foram, além do mais, o estabelecimento de tratados comerciais, de acordos entre Estados e a progressiva redução das barreiras alfandegárias¹³. Depois da segunda guerra aumentaram os sistemas disciplinadores e reguladores do comércio internacional: em 1947 a

¹² Ou, mais especificamente e numa visão autónoma, o “direito dos títulos de crédito”.

¹³ Os primeiros acordos tiveram lugar entre os Estados alemães e traduziram-se na supressão das alfândegas internas com o Zollverein (1834), ao mesmo tempo que se começavam a organizar exposições e feiras de relevo: por exemplo, Paris (Au Bom Marché – 1852) e Lisboa (Grandella – 1881).

assinatura do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) intensificou a redução das barreiras (das taxas) alfandegárias e abriu o caminho para a OMC (Organização Mundial do Comércio), em 1993, organização justamente vocacionada para a regulação do livre comércio mundial¹⁴.

Importa deixar acentuado que o comércio, melhor dito, as formas tradicionais de comércio, sofreram alterações assinaláveis: o crescimento das grandes superfícies, acompanhando a internacionalização das empresas (e da própria economia) e, muito especial, o comércio enquanto parcela relevante da globalização económica de escala mundial, é hoje uma realidade indelével e nela se evidencia o chamado comércio electrónico¹⁵.

2.2 – O Comércio Internacional

Tem que se reconhecer que o comércio apresenta uma feição tipicamente internacional ou, dito de outro modo, é nas trocas entre países distintos que ele adquire a sua real grandeza e o seu realce, mormente no aspecto jurídico ou na necessidade sentida pelo direito de intervir na sua regulação.

2.2.1 – O direito do comércio internacional

Depois de definido sucintamente o comércio e dado o relevo à sua predisposição internacional, cumpre acrescentar que o “direito do comércio internacional” é muito o conhecimento da sua própria evolução e do papel desenvolvido por entidades e organizações que nesse comércio interferem, sejam as de natureza intergovernamental, sejam as organizações não governamentais.

O comércio internacional, de certo modo, antecede a visão “nacionalista” do direito comercial e, nesse sentido, o direito do comércio internacional, isto é, o direito aplicável ao comércio internacional, já que é ainda um direito sem dogmática própria e sem autonomia bastante, antecede as codificações específicas de cada país.

Na relevância disciplinadora de natureza internacional, ou seja, na “codificação” supra-nacional é oportuno realçar (como se acentuará em outras ocasiões),

¹⁴ A nível do continente europeu, a OCDE e a EFTA criaram condições para aquilo que é hoje a livre circulação no interior da União europeia, maximizada com a criação de uma moeda única (sistema monetário europeu).

¹⁵ O comércio electrónico, também apelidado de “e-commerce” é um modo recente de negociar, intimamente ligado ao nascimento e, em especial, ao incremento, da internet. É habitual distinguir entre o B2B (business to business) – comércio entre empresas, empresa a empresa – e o B2C (business to consumer), quando a relação se estabelece entre a empresa e o consumidor final.

justamente, a unificação do direito cambiário operada através das Convenções de Genebra que aprovaram as Leis Uniformes sobre letras e livranças (7 de Junho de 1930) e sobre cheques (19 de Março de 1931). Esta unificação resultou de um esforço disciplinador do comércio internacional, levado a cabo pela Sociedade das Nações¹⁶.

A necessidade de implementação de uma ordem normativa, respondendo à radical mudança do comércio internacional, surge verdadeiramente com o maior desenvolvimento deste, sobretudo a partir do fim do segundo conflito mundial: o comércio internacional intensifica-se de modo rápido, fazendo aumentar exponencialmente as trocas de mercadorias entre países, com igual aumento da variedade, complexidade e rapidez das operações realizadas. Igualmente se desenvolveram as técnicas próprias deste comércio: incremento dos usos e de contratos-tipo, de direito corporativo e de arbitragem internacional.

A Organização das Nações Unidas, herdando aptidões da sua antecessora Sociedade das Nações, prosseguiu uma obra de regulação internacional, com reflexo a nível regional e mundial. O Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), a ECE (Comissão Económica para a Europa) ou a OMPI (Organização Mundial para a Propriedade Intelectual) são alguns exemplos, ao lado de muitos outros que apresentavam feições mais regionais, como o COMECOM, a EFTA, a OUA, a OEA ou a NAFTA.

Não é esta a ocasião oportuna para desenvolver muito mais esta temática. Terminá-la-emos, por isso, apenas com mais duas referências: uma relativa ao propósito interventor e regulador do comércio internacional, a segunda, respeitante – também pensando no local da nossa reunião – ao Continente Africano.

Para o primeiro aspecto, servimo-nos do preâmbulo do Acordo que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio (Marrakech, de 15 de Abril de 1994) e que expressamente reconhece a necessidade de orientar conjuntamente a actividade comercial internacional, tendo em vista objectivos comuns: elevar o nível de vida, conseguir o pleno emprego, o aumento da produção e do comércio de bens e

¹⁶ Alguns anos antes, mas com o mesmo propósito unificador, a Sociedade das Nações tinha patrocinado um Protocolo relativo às cláusulas de arbitragem (24 de Setembro de 1923) e uma Convenção para a execução de sentenças arbitrais estrangeiras (26 de Setembro de 1927), ambos assinados em Genebra. Não se esqueça, por outro lado, que nas ocasiões em que foram assinadas as convenções relativas aos títulos de crédito, igualmente se assinaram outras duas destinadas a regular conflitos de leis em matéria de letras, livranças e de cheques. É ainda neste envolvimento temporal que, depois de uma reunião realizada em Paris em 1925, vem a celebrar-se uma Convenção para a unificação de certas regras relativa ao transporte aéreo internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de Outubro de 1929, no âmbito da II Conferência Internacional do Direito Privado Aéreo e com a última alteração introduzida pela Convenção Montreal de 28.05.999.

serviços; promover o aproveitamento óptimo dos recursos, assegurando um desenvolvimento sustentável e o respeito pelo ambiente, e a intensificação progressiva do comércio internacional dos países em vias de desenvolvimento¹⁷.

Relativamente a África, devemos dizer que também ela não é imune ao movimento unificador do direito comercial. Foi celebrado em Outubro 1993 o “Tratado relativo à harmonização do direito comercial em África” (Port-Louis) entre dezasseis países francófonos visando o objectivo da elaboração de adopção de regras comuns simples, modernas e adaptadas às situações dos Estados contratantes, a execução de programas judiciais e o encorajamento do recurso à arbitragem na resolução dos litígios. As missões previstas no tratado serão asseguradas pela OHADA¹⁸, que já adoptou diversos actos de uniformização, concretamente nos domínios do direito comercial, das sociedades, nos processos de simplificação de cobrança de dívidas e de execução, na arbitragem, nos processos de apuramento de passivo e na harmonização da contabilidade das empresas nos países contratantes.

3 – O DIREITO COMERCIAL.

3.1 – A Evolução

O direito comercial, enquanto sistema normativo distinto (autónomo), tem a sua génese na época medieval¹⁹. Nasceu e foi crescendo nas cidades mercantis italianas (Veneza, Génova, Milão, Florença ...) ²⁰.

¹⁷ Maria Helena Brito, *Direito do Comércio Internacional*, Almedina, 2004, págs. 39.

¹⁸ *Organisation pour l’Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*. Cf. Maria Helena Brito, *Direito do ...*, cit., págs. 37 e 38.

¹⁹ Realce-se esse aspecto autónomico e distintivo. Com efeito, bem antes dessa época, havia já regras comerciais; estas, aliás, serão contemporâneas do surgimento do próprio comércio. Encontramo-las no antigo Egípto, na Mesopotâmia, na Fenícia, na Palestina e particularmente na Grécia (onde, de modo bem diverso do que sucedia em Roma, havia regras específicas relativas ao tráfego terrestre e marítimo e tribunais especializados. Quanto à relevância de um (eventual) direito comercial em Roma, ou melhor dito, quanto à existência de um direito comercial no Direito romano, as opiniões não são uniformes, mas tende-se a acentuar o divórcio entre ambos, defendendo muitos que a base igualitária que formava o espírito do direito romano não se coadunava com um direito de grupos com categorias de cidadãos. António Menezes Cordeiro (*Manual de Direito Comercial*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, ps. 27) lança sérias dúvidas à conclusão precedente, desde logo, não esquecendo que se estava perante uma sociedade escravagista. Dá nota dos trabalhos de Carlos Fadda que, em clara oposição a Goldschmidt, intentou demonstrar que o direito romano (á) estava dotado de vários institutos “comerciais”. E refere-nos: “...exigências particulares do comércio, como certas presunções de solidariedade, como a onerosidade das relações comerciais, como os juros (foenus) e como a simplificação do processo eram contempladas no Direito romano”. E, muito em especial para o que nos importa, acrescenta (ps. 28): “ Os próprios chirografa encorporam as obrigações, funcionando como os títulos de câmbio, surgidos muitos séculos mais tarde”.

²⁰ Além das cidades italianas, há outras regiões europeias que contribuíram para o nascimento e, mormente, para o posterior desenvolvimento do direito comercial. Destacam-se Barcelona e o seu tribunal marítimo e as feiras de Champagne e de Lyon, em França.

O ambiente desse seu nascimento é, em simultâneo, um ambiente de fraqueza centralizadora política e de fortaleza comercial: aparecimento de grandes comerciantes a constituírem-se classe dominante; relevo e preponderância das suas organizações corporativas. Essas condições – de poder e necessidade – geram o aparecimento de um direito especial do comércio, diverso do direito comum, mas igualmente dos direitos particulares desajustados das necessidades (e realidades) da vida mercantil florescente.

Esse inicial direito comercial, em maior rigor, direito do comércio, direito mercantil, era um direito de classe: direito do mercador (*ius mercatorum*). Um direito criado pelos mercadores, para as (suas) actividades profissionais e por eles aplicado. Disciplinava os comerciantes e os actos deles relativos ao seu comércio.²¹

Em Portugal, o momento relevante para se afirmar um (autónimo) direito comercial é muito mais tardio. Ele não existiu naqueles tempos medievos, atenta a escassez de normas destinadas especificamente ao comércio: inicialmente (nos primeiros tempos da nacionalidade – século XII) o comércio regulava-se essencialmente pelo costume local, pelos forais, também locais, e parcamente pelos direitos visigótico e canónico, nos séculos seguintes, desaparecido o código visigótico e recebido o direito romano, as alterações são de pequena monta e a importância do comércio continua reduzida. Pode dizer-se, seguindo J.G. Pinto Coelho que a autonomia do direito comercial só ocorre²², em Portugal, com o Código Comercial²³ de 1833²⁴.

²¹ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, ps. 3. O autor refere, depois de acentuar o pendor subjectivista a que nos referimos no texto, que cedo apareceram germes objectivistas: “(...) os membros das corporações foram sujeitos à jurisdição consular por qualquer acto relativo ao comércio que efectuassem – mesmo tratando-se de actos isolados, estranhos ao ramo do comércio a que eles se dedicavam (não se abstraía da qualidade do sujeito – comerciante -, mas já se consideravam os actos em si mesmos); depois, admitiu-se que os não comerciantes demandassem os comerciantes nos tribunais consulares *causa et occasione marcatuarae*; mas mais ainda: admitiu-se que os não comerciantes (os não matriculados nas corporações de mercadores – clérigos, militares, etc.) fossem julgados naqueles tribunais se de facto exercessem o comércio ou praticassem tão-só singulares operações mercantis (estabelecia-se então – recorrendo a uma *facto iuris* – que eram demandados e julgados como mercadores os não comerciantes que interviessem na prática mercantil; afastada a ficção, surgiria nítido o conceito de acto de comércio objectivo – mas este passo foi dado em outra época).

²² Devem salientar-se, no entanto, alguns aspectos nos quais Portugal não ficou tão aquém das cidades italianas, de Barcelona ou de algumas regiões de França: leis relativas á organização judiciária, ainda no século XVI, uma ou outra norma das Ordenações filipinas (sobre competência dos tribunais, proibição de clérigos e fidalgos comprarem para revenda, sobre sociedades e negócios usurários e sobre compra de pão, de vinho e de azeite para revenda).

²³ Antes de 1833, a Espanha teve um código comercial em 1829 (a Itália só o teria em 1865 e a Alemanha em 1861) e, mais influente, Napoleão também já havia alargado a sua obra legislativa ao direito comercial, exactamente com o Code de Commerce de 1807. É interessante observar que, por esta

3.2 – O Código Comercial actual (1888)

Decorrido cerca de meio século sobre o Código Comercial de Ferreira Borges (o primeiro, o de 1833), surgiu o Código Comercial de 1888 ou o “Código de Veiga Beirão”²⁵, tornado mais necessário e premente com a entrada em vigor do Código Civil de Seabra.

O Código de Veiga Beirão, aprovado pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888, pretendeu abranger toda a matéria comercial²⁶ e foi dividido em três livros (I – Do comércio em geral; II – Dos contratos especiais de comércio e III – Do comércio marítimo) e continua em vigor, ainda que revogado em muitas das suas matérias. Com o andar dos séculos – o C. Comercial – já abrange três – foi-se acumulando um conjunto enorme de diplomas extravagantes que deixaram o diploma inicial, hoje, com um sentido e significado diminutos relativamente aos iniciais propósitos; tanto mais que o desejo inicial do diploma vir a ser sucessivamente aditado, suprimido ou trocado (o aludido artigo 4.^o) não foi cumprido. Foram já revogados quase dois terços dos artigos iniciais e muitos dos remanescentes foram alterados.

De modo não exaustivo, deixa-se assinalado que matérias como a competência dos tribunais, a capacidade comercial, as firmas, os registos, os correctores e a bolsa, os juros, a conta em participação, grande parte do comércio marítimo e – como se

ocasião, o direito comercial perdia em Inglaterra a sua autonomia e a Inglaterra era a maior potência comercial de então; foi a opção francesa (há muito radicada nos seus juristas) de trabalhar em separado esta matéria que permitiu, até hoje, a sobrevivência (autónoma) do direito comercial.

²⁴ O Código Comercial de 1833 foi, em Portugal, o primeiro (e penúltimo, até agora!) Código Comercial. Ficou a dever-se a um jurista de grande genialidade (Barbosa de Magalhães, *apud* Menezes Cordeiro, Manual de ..., ps. 62, considerava-o o maior comercialista português) e tem antecedentes na Lei da Boa Razão (1769). O Código de Ferreira Borges tinha 1860 artigos e estava dividido em duas partes (a do comércio terrestre e a do comércio marítimo) com a primeira, por sua vez, dividida em três livros: das pessoas do comércio; das obrigações comerciais e das acções comerciais, e organização do foro mercantil, e das quebras. A segunda parte, relativa ao comércio marítimo, compreendia um único livro. O Código de Ferreira Borges foi criticado por conter muitas regras civis e muitas definições. Note-se que não havia, nessa altura, um código civil nem uma ciência mercantil, juridicamente considerada. Mais contundente era a crítica de o CC/33 prever uma administração comercial que, de facto, não existia com a capacidade nele pressuposta. Mas o Código teve o grande mérito de haver habituado os juristas a trabalharem, em separado, o direito civil e o comercial.

²⁵ Entre um e outro, no entanto, surgiram múltiplas leis extravagantes (relevantemente, a Lei de 22.06.1867) sobre sociedades anónimas e vários projectos de reforma, tudo fruto do surto comercialista que se registava neste século XIX.

²⁶ Daí o teor seu artigo 4.º: “*Toda a modificação que de futuro se fizer sobre matéria contida no Código Comercial será considerada como fazendo parte dele e inserida no lugar próprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela supressão de artigos inúteis, ou pelo adição dos que forem necessários*”.

sabe – as letras, livranças e cheques, não têm o seu assento no C. Comercial. De igual modo – e relevantemente – as sociedades estão fora dele e, além de tudo isso, existe todo um conjunto de diplomas novos, relativos à prática comercial, que nele se não inserem²⁷: agrupamentos complementares de empresas; agrupamento europeu de interesse económico, estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou, em outro enquadramento, mas ainda de feição comercial, a defesa da concorrência, a concentração de empresas, a Lei de Defesa do Consumidor (24/96) ou o Código da Publicidade (DL. 330/90).

Seja como for, o Código Comercial, ou seja, o Código de Veiga beirão de 1888 continua a existir e a ter valor: valor de lei em algumas das suas disposições e valor histórico e interpretativo na generalidade delas. Como refere Menezes Cordeiro (*Manual de ...*, cit., ps. 82), “mantém-se, ainda assim, como bússola sistematizadora do Direito Comercial Português.

²⁷ Os sectores da banca e dos seguros têm uma vasta legislação especial e encontram-se influenciados ou dependentes de um grande conjunto de legislação comunitária. O regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras é o DL. n.º 298/92, de 31.12, com diversas alterações posteriores. Quanto aos seguros, por seu turno, releva o DL. n.º 94-B/98, de 17.04 (regime de acesso á actividade seguradora) e muitos outros diplomas, quer materiais quer institucionais.

II – OS TÍTULOS DE CRÉDITO (Abordagem geral)

1 – ASPECTOS GERAIS

O núcleo deste manual é o estudo da letra, da livrança e do cheque. Todos estes títulos são “títulos de crédito”, os mais considerados enquanto identificação a essa designação; mas outros existem, além deles. Sendo a letra o de maior projecção, no sentido jurídico-económico e o cheque o de maior circulação, ao menos em sentido quantitativo, é neles que vamos deter especialmente a nossa atenção. Aquando do seu tratamento, abordaremos a noção, as principais características e não deixaremos de traçar algumas notas sobre a sua história e evolução. Por ser assim, vamos ser especialmente sucintos neste capítulo genérico, realçando pontos comuns, mas remetendo, desde já, para os locais onde, de modo mais particularizado, tratamos dos títulos que constituem o referido núcleo do nosso estudo.

2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Como mais à frente, e com outro pormenor, se dirá a propósito da letra e (novamente) a propósito do cheque, os títulos de crédito surgem – no melhor dos consensos – na Idade Média e em razão das dificuldades inerentes às transferências monetárias de uma para outra praça, especialmente em razão da insegurança das comunicações.

Por essa causa de nascimento, o título inicia-se como uma ordem de pagamento de certa quantia e em outro local, numa praça diferente. Evita-se, dessa forma, o transporte de dinheiro e os riscos a ele inerentes.

O título de crédito tem, portanto, desde a sua origem, uma ligação directa à questão da circulação e essa característica continuará presente em toda a sua posterior evolução. Enquanto direito “documentado em papel” é apelidado por alguns como “direito maravilhoso”, de grande importância para o desenvolvimento do comércio²⁸.

²⁸ Amadeu José Ferreira, *Valores Mobiliários Escriturais - Um novo modo de representação e circulação de direitos*, Almedina, 1997, págs. 63. Escreve o autor: “O facto de os títulos de crédito permitirem a circulação de riqueza, com celeridade e segurança, deveu-se também à doutrina que, em torno deles, foi elaborada e ao regime jurídico a que ficaram sujeitos. A “corporização” ou “coisificação” dos direitos de crédito foi o caminho encontrado para os subtrair ao direito das obrigações e subordiná-los ao regime do direito das coisas. Por este meio, estavam asseguradas a certeza e a segurança jurídicas, em particular a protecção de terceiros de boa fé”.

2.1 – A desmaterialização dos títulos de crédito

No enquadramento lógico destas matérias, mostra-se agora oportuno tratar um tema que reveste clara actualidade. Ele não deixa de ser, com efeito, uma evolução histórica.

A desmaterialização, no sentido que nos interessa, significa o abandono, parcial ou total, do papel e representa um fenómeno mais ou menos generalizado, mas, de todo o modo, um fenómeno ainda em curso, um fenómeno ainda não completado, mormente no domínio das letras, das livranças e dos cheques. E se é certo que alguns identificam a circulação física como um sinónimo de atraso e ineficiência do sistema financeiro (Macarrone²⁹), também é verdade que estes títulos apresentam especificidades próprias que os transformam em mais resistentes a estes ventos de desmaterialização.

A desmaterialização – diga-se, antes de mais – é fruto ou, pelo menos, só se torna possível com o desenvolvimento e evolução da tecnologia informática e comunicacional, que veio a permitir a transmissão de dados à distância e a grande velocidade.³⁰ Como se refere no Real Decreto 507/1987, pelo qual Espanha aderiu à consagração jurídica de novas realidades desmaterializadas, “a rapidez no tratamento da informação, a possibilidade de incorporar mecanismos que evitem ou resolvam os erros cometidos, assim como as facilidades de interconexão, que permitem a troca à distância de centenas de milhares de dados, fazem com que hoje em dia o tratamento informático permita a substituição do velho suporte documental por simples referências processadas por computadores”.

O domínio dos valores mobiliários é aquele onde a desmaterialização se mostra mais pronta e conseguida, onde apresenta um maior desenvolvimento e experiência³¹. Quanto aos restantes títulos (e não esquecendo os que principalmente nos interessam), quer o “conhecimento de carga”, quer os títulos “representativos de mercadorias” foram os que tiveram mais êxito desma-

²⁹ Apud Amadeu José Ferreira, ob. cit. Na nota antecedente.

³⁰ E – ou “no” – um mercado de nível global, habitualmente com funcionamento contínuo na sequência dos fusos horários.

³¹ Sem embargo, as experiências foram variando, de local para local e de tempos a tempos; muitas delas, mais incapazes, foram sendo sucessivamente abandonadas. Na desmaterialização dos valores mobiliários (enquanto realidade mais representativa) podem distinguir-se dois períodos, sintomáticos da própria realidade evolutiva: numa primeira fase, o título continua a existir e a desmaterialização ocorre na circulação, ou seja, o título físico deixa de circular; numa segunda etapa (de várias combinações possíveis, alcançando em maior ou menor grau a desmaterialização total), é o próprio título (físico, documento) que deixa de existir e é substituído por registos em conta.

terializador. C. Ferreira de Almeida³² faz mesmo a distinção entre os títulos em que a substituição do suporte de papel apresenta êxito daqueles em que tal não ocorre. No primeiro grupo coloca, além dos valores mobiliários, o conhecimento de carga e a guia de transporte; no segundo lote deixa ficar o cheque e a letra³³.

No que à letra de câmbio respeita, a sua circulação, propriamente dita, é cada vez menor. Utiliza-se o “sistema de truncagem”, ou seja, o documento fica imobilizado numa instituição bancária e apenas circula um sinal em fita magnética.³⁴ Relativamente ao cheque, ocorre a mesma realidade: a partir de experiências do mercado financeiro americano, também se opera a sua truncagem, desmaterializando uma das fases de circulação: o título é transformado em mensagem electrónica e o documento original fica retido no banco que recebe o cheque (e envia a mensagem). As câmaras de compensação deram lugar à telecompensação (Amadeu José Ferreira, *Valores ...*, cit., págs. 71)³⁵

3 – UNIFICAÇÃO DO DIREITO CAMBIÁRIO

Na parte introdutória tivemos ocasião de falar do comércio, do comércio internacional e do direito do comércio internacional. Nessa altura, demos conta do movimento regulador internacional, da sua razão de ser e dos seus propósitos. A unificação do direito cambiário, ocorrida ainda sob a égide da Sociedade das Nações é um claro exemplo desse movimento. Assim, sem embargo de alguma referência que se mostre oportuna, aquando da abordagem em concreto dos títulos de crédito (letra, livrança e cheque), remetemos o leitor para a Parte I (Introdução) e, dentro dela, em especial, para os pontos 2.1 e 2.2.2.

³² “Desmaterialização dos títulos de crédito: valores mobiliários escriturais”, Separata da Revista da Banca n.º 26, 1993, págs. 24.

³³ Note-se que a menor capacidade de desmaterialização do cheque e da letra ou, dito de outro modo, a sua menor adequação à informática, tem levado, não tanto a uma progressiva adaptação desta, mas a uma maior substituição destes títulos por outros instrumentos mais capazes, no sentido de mais ágeis e menos atreitos aos problemas informáticos.

³⁴ O que acontece em cada vez mais países e a Lei Espanhola (Lei 19/85) expressamente prevê: “Quando se trate de letras de câmbio domiciliadas numa conta aberta em entidade de crédito, a sua apresentação a uma Câmara ou sistema (informatizado) de compensação equivalerá à sua apresentação a pagamento” (artigo 43.º, n.º 2). Alguns entendem que o impulso que circula na fita magnética já não é um título de crédito mas um “valor sem título”, ou seja, desmaterializado. Outros continuam a considerar que o título de crédito não está em causa, apenas mudou o suporte do direito – Amadeu José Ferreira, *Valores ...*, cit, págs. 70.

³⁵ Também relativamente ao cheque – e como se verá mais aprofundadamente – a desadequação informática não deixará de ser uma causa (uma das causas) da diminuição do seu uso e da sua sucessiva e progressiva substituição por outros meios, como o cartão de crédito e a transferência de fundos.

4 – NOÇÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO

Na definição mais clássica, porque mais conseguida e aceite (VIVANTE), o título de crédito é o “documento necessário para exercer o direito literal e autónomo nele mencionado”³⁶.

Se é certo que o título de crédito é um documento, ele não é um documento qualquer. Oliveira Ascensão pergunta “se não há uma categoria de situações em que se dá uma simbiose tal de direito e documento, que o direito é “incorporado” no documento³⁷. Com efeito (lê-se em Ferrer Correia),³⁸ o título de crédito é um documento que se encontra numa “posição única”, numa posição característica em face do direito a que se refere. Não é simples meio de prova; não, ele é (normalmente) um requisito necessário para a própria existência do direito nele mencionado.

O documento, neste caso, tem uma função constitutiva. Porém, “ainda mais constitutiva” – se a expressão é permitida – do que a atribuída aos (outros) documentos constitutivos: nestes, a declaração de vontade tem de obedecer a uma determinada forma e o documento torna-se elemento essencial do negócio (constitui-o), mas apenas tem uma função genética ou inicial³⁹.

Nos títulos de crédito, no entanto, a função constitutiva tem carácter permanente: o documento é imprescindível para o exercício e para a transferência do direito⁴⁰.

³⁶ Seguindo o contributo de Pedro Pais de Vasconcelos (*Direito Comercial – Títulos de Crédito*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990), “o **título de crédito** é um documento que incorpora um direito literal e autónomo, que legitima o seu titular a exercê-lo e serve de suporte à sua circulação e mobilização. Tem como função titular e incorporar direitos de modo a permitir e facilitar a sua circulação e mobilização” (págs. 3). E, mais à frente (a págs. 5): “O regime jurídico do direito civil não permitia, nem a segurança nem a celeridade, nem a circulação de direitos que o comércio carecia. A solução prática encontrada pelos comerciantes consistiu numa original “coisificação” dos direitos através da sua incorporação em documentos – títulos – que seguissem depois o regime da circulação de coisas móveis. Os títulos de crédito e o seu regime foram criados pela prática dos comerciantes fora dos quadros do direito civil. São um instituto clássico do Direito Comercial”.

³⁷ *Direito Comercial, Volume III – Títulos de Crédito*, Lisboa, 1992 págs. 3 e 4. Antes de formular a questão, adverte aquele autor: “Quando se lavra uma escritura de empréstimo ou se assina um título particular de dívida, diz-se frequentemente que o documento titula o direito. Mas o “título” é o acto celebrado. A ligação do direito ao documento não é tão intensa que sem o documento não se exerça o direito. Não há a materialização do título”.

³⁸ *Lições de Direito Comercial, vol. III, Letra de Câmbio*, Universidade de Coimbra, 1975.

³⁹ Mesmo que constitutivo, o documento, nestes casos, continua a ser acessório do direito: é a titularidade do direito que decide da titularidade do documento.

⁴⁰ Por isso, alguns dizem que é a titularidade do documento que decide a titularidade do direito mencionado ou, de outro modo, que o direito é acessório do documento.

Entre o documento e o direito, bem se vê, ocorre uma relação especial, uma relação de conexão de natureza especial.

A posse do título, validamente adquirida ou, dito de outro modo, adquirida segundo a lei da sua circulação, legitima o portador a exercer o direito, ainda que ele não seja o seu verdadeiro titular. Em sentido inverso, o verdadeiro titular não pode exercer o direito se não está na posse do título. Por isso, de algum modo e como já se disse, o direito é o título ou o título é que tem o direito⁴¹.

Se pretendermos uma noção mais abrangente de título de crédito (com o cuidado de estarmos atentos às especialidades de cada um e ao que se disse a propósito da tendência desmaterializadora), podemos avançar que se trata de um documento; documento escrito e subscrito; seja ele, quanto à sua transmissão, nominativo, à ordem ou ao portador, documento que contém uma ordem ou uma promessa de pagamento de uma soma determinada ou de uma quantidade de mercadorias, com um vencimento e uma pretensão (vocaçã) de circulabilidade.

Da definição antecedente resulta que o documento escrito, escrito e subscrito – acrescente-se – é um **elemento estrutural** para a qualificação do título de crédito⁴² e que o **conteúdo** deste se traduz forçosamente em uma ordem ou em uma promessa, sejam (uma ou outra) de pagamento de uma determinada soma em dinheiro ou da entrega de uma certa quantidade de mercadoria, devendo ter, em qualquer caso, um vencimento determinado.

5 – MODOS DE TRANSMISSÃO: NOMINATIVOS, À ORDEM E AO PORTADOR

Quanto ao modo de transmissão⁴³, podemos distinguir três categorias ou espécies de títulos de crédito:

- a) *Títulos nominativos* – nestes títulos, o titular do direito é referido no documento, mas igualmente no registo organizado pelo devedor; ostentam o nome do titular e a transmissão faz-se por declaração no título ou ainda

⁴¹ Pode exercer o direito quem tiver a posse regular do título e só este o pode exercer. Estamos na ideia de “incorporação”, que melhor se verá um pouco à frente.

⁴² Como se disse, não um documento meramente probatório, sequer apenas um documento constitutivo no sentido clássico, mas um documento mais que constitutivo ou, como alguns dizem, um documento dispositivo (que incorpora o direito).

⁴³ Trata-se, ainda, de uma classificação dos títulos de crédito. Como alguns autores referem, estamos perante o critério de classificação que é o da “lei de circulação” (António Pereira de Almeida, *Direito Comercial*, 3.º volume – *Títulos de Crédito*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (1986/87), 1988, págs. 49).

em livro próprio (Oliveira Ascensão). Além da tradição, a eficácia da transmissão fica dependente da declaração inscrita no título. Por exemplo, artigo 326.º, n.º 1 do C. Sociedades Comerciais⁴⁴.

- b) *Títulos à ordem* – nestes títulos, o emitente promete a prestação a uma pessoa determinada ou a quem esta indicar mediante endosso. As letras e livranças são títulos à ordem, mas a modalidade de endosso em branco permite que a transmissão aconteça como em um título ao portador. Os cheques podem ser títulos à ordem ou ao portador (conforme indiquem ou não o nome do beneficiário); o cheque passado à ordem de determinada pessoa, mas que contenha a menção “ou ao portador” passa a considerar-se um cheque ao portador. As guias de transporte podem ser à ordem ou ao portador (C. Comercial: artigo 369.º, § 2.º). Os conhecimentos de depósito e os Warrants são títulos à ordem, mas admitem o endosso em branco. O conhecimento de embarque pode ser à ordem ou ao portador.
- c) *Títulos ao portador* – nos títulos ao portador nenhuma pessoa é designada como titular do direito, a posse traduz-se na detenção material do título. As acções das sociedades podem ser nominativas e ao portador, tal como as obrigações, mas, atendendo ao regime do seu registo, trata-se de uma distinção hoje atenuada e sem interesse prático. As notas de banco são, como é natural, títulos ao portador.

6 – A INCORPORAÇÃO E A CIRCULAÇÃO DO TÍTULO

Em notas antecedentes, já alguma coisa fomos avançando sobre esta ideia de incorporação, justamente na medida em que traduz uma característica alicerçadora da própria definição do título de crédito. A incorporação, tal como os princípios da autonomia e da literalidade (ver infra, ponto 7.), pode dizer-se, definem o título de crédito.

A incorporação, porque é diferente o direito que o portador tem sobre o título do direito que emerge do título, tem muito a ver com a legitimação e explica-se na necessidade da presença do título para o exercício do direito (cartular) e para a circulação.

O direito emergente do título (o direito no título) pode ter diversa natureza: de crédito, mas também real (conhecimentos de carga), real de garantia (warrant) ou social (acções das sociedades). Esses diversos direitos estão incorporados nos

⁴⁴ “As acções nominativas transmitem-se entre vivos por declaração do transmitente escrita no título e pelo pertence lavrado no mesmo e averbamento no livro de acções da sociedade por esta efectuados”.

documentos (documentos dispositivos) que são os títulos e, por isso, é preciso apresentar o documento (título) para se poder exercer o direito (incorporado). O portador da letra ou da livrança tem que a(s) apresentar ao obrigado (artigo 34.º da LULL), tal como o portador do cheque tem de apresentar o título – cheque – ao banco sacado (artigo 28.º da LUC). Num caso e noutro, para poder exercer o direito de crédito⁴⁵ que nele (letra, livrança, cheque, ou seja, nele título) está *incorporado*.

Também para a circulação, o que aqui significa simplifadamente, para a transmissão do título, é necessária a sua presença física. Porque é ele que incorpora o direito, precisamente. Se o título se transmite por endosso, precisa de estar presente no acto de endosso; se é ao portador circula exactamente com a sua entrega real e se é nominativo impõe que a circulação se opere por uma declaração no próprio título (além de averbamento), continuando a ser necessária a existência e presença física do documento.

Em conformidade, a incorporação, isto é, a realidade jurídica traduzida na presença do direito no título, alcança-se na prática com a existência física do título e esta existência, esta presença, é condição sem a qual o direito não se pode exercer. Pois se ele está lá ...no título, no título incorporado!

Daí que, se o título desaparecer ou for destruído o direito cartular não pode ser exercido. Não pode ser exercido enquanto (o título ... ou o direito? – o título e o direito ...) reconstruído (refeito, re-criado) através de um processo judicial especial de Reforma.

7 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CAMBIÁRIO

Valem aqui considerações já antes feitas, nomeadamente a propósito da incorporação e quando se disse que esta, como estes (princípios) são definidores do título de crédito. Podemos destacar, a este propósito, dois – ou três - princípios.

7.1 – Literalidade

O princípio da literalidade significa que os títulos de crédito são documentos escritos onde as palavras e números (escritos no documento) delimitam e definem o conteúdo e a extensão do direito incorporado. O direito vale precisamente nos

⁴⁵ Ou tem de apresentar o extracto de factura ou a guia de transporte, por exemplo: para exercer o direito incorporado no título de crédito, mesmo quando esse direito, em vigor, não é um direito de crédito. É sempre, de todo o modo, o direito incorporado no título.

termos daquelas palavras e números⁴⁶: quem examinar o título passa a ter conhecimento completo do direito, facto que, justamente, permite a sua mobilização e circulação.

Este princípio significa igualmente que os títulos, *em princípio*, não podem ser contrariados através de elementos que lhes sejam estranhos⁴⁷. Ou seja: se é certo que o portador (credor) não pode exigir do devedor (obrigado) qualquer coisa que do título não conste, também o obrigado se não pode defender com algo que do título não resulte.

O valor do título também é distinguível, naquele sentido, da eventual vontade subjectiva diversa do seu criador ou interveniente. A Lei Uniforme, por exemplo, sem cuidar de saber qual tenha sido a subjectiva vontade daqueles, esclarece que, em caso de divergência de montantes, vale o montante indicado por extenso e se houver vários destes, prevalece o menor valor (artigo 6.º da LULL e 9.º da LUC). Assim, a literalidade do título impõe o sentido objectivo sobre a vontade dos autores ou intervenientes. Impõe-na “violentamente”⁴⁸ porque tal é fundamental para a circulabilidade.

Em relação a cada título de crédito, é a respectiva lei que estabelece os requisitos necessários à sua validade ou, dito de outro modo, o suporte da sua literalidade: cf., por exemplo, os artigos 1.º da LULL e também da LUC.

Este princípio da literalidade não nos aparece com a mesma força em todos os títulos de crédito: é muito mais forte nos títulos abstractos⁴⁹ e menos intensa nos causas (cf., *infra*, ponto 9.).

⁴⁶ “Quod non est in cambio, non est in mundo”.

⁴⁷ Cf. o artigo 373.º do C. Comercial, a propósito da guia de transporte.

⁴⁸ Nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial ...*, cit., págs. 11. como refere o autor: “...se qualquer dos obrigados, ao ser demandado, pudesse invocar contra o demandante estipulações desconhecidas deste último, o título acarretaria sempre excessivo risco para o portador subsequente a quem poderiam ser apostas excepções que este não estaria em condições de prever, nem de controlar e em relação às quais não teria possibilidade de se defender. Sem a literalidade, os títulos de crédito seriam demasiadamente inseguros e vulneráveis para poderem circular”. E acrescenta, agora a propósito dos vícios de vontade: “A razão de ser da literalidade trás implícita a ininvocabilidade dos referidos vícios: seria de facto inútil ou frustrante vedar as excepções fundadas na relação subjacente ou noutras estipulações extracontratuais se fosse possível atingir graus até superiores de risco para o portador de boa fé através da discussão do erro. Seria até contraditório com o regime da divergência de montantes. A ininvocabilidade do erro, que parece clara nos títulos abstractos (...)”.

⁴⁹ Nestes, as excepções extracartulares que podem ser invocadas são, tão só, as derivadas de convenções externas ao título que o ligam directamente com o portador (credor) e não com qualquer outro dos intervenientes. É aqui que se chama (quer na doutrina, quer na jurisprudência) “relação imediatas”, tema a que voltaremos com outro pormenor, bem como aos Assentos (22.11.1964 e 20.07.1978) que tratam desta temática ou, de algum modo, a pressupõem.

7.2 – Autonomia

O princípio da autonomia quer-nos dizer, em síntese, que o direito do título, ou seja, o direito emergente e incorporado no título é autónomo relativamente ao direito subjacente, ao direito que o originou.

O princípio da autonomia (em qualquer das suas duas modalidades, ou seja, enquanto autonomia do direito cartular relativamente ao negócio subjacente, mas igualmente enquanto autonomia do direito sobre o título) só ocorre enquanto o título de crédito circula em observância das suas regras próprias e não já segundo o regime geral da transmissão⁵⁰.

A primeira das modalidades, *autonomia do título em relação ao negócio subjacente*, vem a ter como consequência que:

- a) o direito incorporado no título tem uma configuração e um regime diversos do negócio fundamental ou subjacente, seja quanto ao modo de circulação, a prazos ou à prescrição;
- b) não podem ser apostas ao titular subsequente excepções oponíveis ao portador anterior e decorrentes de convenções extra-cartulares (artigo 17.º da LULL⁵¹). Este princípio, melhor dito, o princípio nesta sua consequência, comporta duas excepções ou limitações: – as excepções são invocáveis se o portador, ao adquirir o título, agiu conscientemente em detrimento do devedor (“exceptio doli”⁵²); são igualmente invocáveis entre os

⁵⁰ Pode dizer-se que não se verifica: na transmissão “mortis causa”; na aposição da cláusula “não á ordem” pelo sacador da letra; no endosso posterior ao protesto por falta de pagamento, nos casos do artigo 77.º da LULL, para a livrança e dos artigos 14.º e 24.º da LUC, para o cheque.

⁵¹ Que igualmente fundamenta a literalidade: “as pessoas accionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador as excepções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador, ao adquirir a letra, tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor”. Cf. artigo 77.º da LULL, quanto às livranças e artigo 22.º da LUC, no que respeita ao cheque. Por esta razão, é costume defender-se que os dois princípios (literalidade e autonomia) não são completamente distintos, que não são divergentes entre si, que um começa quando o outro termina.

⁵² Esta excepção, para funcionar, não se basta com o conhecimento, mas carece o conluio ou consciência do prejuízo ou, ainda, em situações de dolo eventual, isto é, quando o portador previu o prejuízo como uma consequência possível da sua conduta e não se absteve de a levar a cabo, conformando-se com a produção do resultado (p. ex.: o portador, ainda que não conluiado, sabia da inexistência da relação fundamental e da impossibilidade da acção de regresso, em virtude da falência do co-obrigado cedente e, mesmo assim, não deixou de adquirir o título). O momento que deve ser tido em conta para se aferir da existência de dolo é o momento da aquisição do título, sendo indiferente qualquer conhecimento posterior.

intervenientes nas convenções extra-cartulares e na relação fundamental em particular (“relações imediatas⁵³”).

A autonomia, ainda nesta vertente, verifica-se em relação a todos os intervenientes no título (estejam eles nas relações imediatas ou nas mediatas⁵⁴), mas quando os portadores são cumulativamente sujeitos da convenção extra-cartular funciona uma espécie de “compensação”, legalmente prevista, que pode estancar os efeitos típicos do título, nesse sentido, paralisar a sua autonomia: as acções opostas anulam-se, porque as partes são credoras e devedoras em duas relações que estão a funcionar em sentidos opostos.

Na segunda das modalidades, *autonomia do direito do portador sobre o título*, pretende essencialmente dizer-se que não é oponível ao terceiro portador do título a falta de titularidade de quem o transmitiu ou dos antecessores deste.

Esta vertente da autonomia deriva, directamente para a letra, do artigo 16.º, II da LULL⁵⁵ (aplicável às livranças por força do artigo 77.º) e, para o cheque, do artigo 21.º da LUC e (só) cede perante a má fé ou a falta grave na aquisição do título (artigo 16.º, II). Note-se que estes conceitos são diferentes da “exceptio doli”, referida supra: é suficiente o conhecimento pelo portador da falta de direito dos seus antecessores (má fé); a falta grave pode ocorrer quando ao portador médio seja suspeita a aquisição.

Além dos dois princípios antes enunciados, também é habitual falar-se da *abstracção* dos títulos de crédito. Tendo em conta o quanto já se disse antes, não nos parece necessário o seu desenvolvimento isolado. Este princípio, assim se considerando também, vem a significar, de modo singelo, que o direito cartular não se atém a uma causa ou função típica. Trata-se de uma característica que não é universal, já que, como se sabe, existem títulos de crédito causais.

⁵³ Relações imediatas (ou a mesma ideia, hoje mais traduzida na expressão dos “intervenientes nas convenções extra-cartulares”) são as que se estabelecem entre os intervenientes directos ou sucessivos no título (p. ex.: sacador e aceitante, sacador e tomador, endossante e (seu) endossado). Os intervenientes estão, quase sempre, em relações imediatas, mas pode acontecer que o não estejam e tenham participado na mesma convenção extra-cartular (p. ex.: A, que precisa de financiamento, pede ao amigo B que saque uma letra de favor e ao C que a aceite, sendo endossada ao A pelo B, que a desconta e a deve pagar no seu vencimento. Ora, se o A pagar a letra, não tem direito de regresso contra o C, embora ele não esteja em relação imediata com o A, porque ele, o C, pode invocar a convenção extra-cartular de favor.). Ou seja, essas relações podem ser invocadas entre todos os intervenientes nas convenções extra-cartulares, inclusive na relação fundamental.

⁵⁴ Não sendo, por isso, adequada a simplificada afirmação (mantida por alguns autores) que ela se não verifica nas relações imediatas.

⁵⁵ “Se uma pessoa foi por qualquer maneira desapossada de uma letra, o portador desta, desde que justifique o seu direito pela maneira indicada na alínea precedente, não é obrigado a restituí-la, salvo se a adquiriu de má fé ou se, adquirindo-a cometeu uma falta grave”.

8 – FUNÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Sem embargo de tudo quanto iremos referir a propósito de cada título de crédito que tratamos, individualmente considerados, podemos sintetizar as funções deles, em geral, dizendo que elas se traduzem numa atribuição de legitimação (passiva e activa: de satisfação do direito a quem apresente o título; de afirmação do direito a ser reconhecido como tal). Assim, um sujeito é qualificado ou legitimado para o exercício do direito pela posição ocupada em relação ao documento (José de Oliveira Ascensão).

Se ligarmos esta questão à própria natureza do título de crédito e, por outro lado, às diversas espécies em que eles se apresentam, podemos dizer – como já se foi adiantando e veremos infra – que os títulos de crédito abstractos não têm uma causa ou função típica, enquanto os causais, como o nome indica, a apresentam. Falamos aqui, então, da função sócio-económica dos títulos de crédito.

Naturalmente que, voltando à ideia do próprio título de crédito e indagando do seu porquê, devemos repetir que eles servem (isto é, têm como *função*) titular e incorporar direitos; e isso, de modo a permitir e facilitar a sua circulação e mobilização.

9 – ESPÉCIES DE TÍTULOS DE CRÉDITO

A divisão dos títulos de crédito em espécies é habitualmente feita do seguinte modo⁵⁶:

- **Abstractos**⁵⁷:

- *A Letra e a Livrança* – Lei Uniforme sobre Letras e Livranças (LULL), constante do Anexo I da Convenção de Genebra de 7 de Junho de 1930, aprovada pelo Dec.-Lei n.º 23.721, de 29.03.1934.

⁵⁶ Sem esquecer o que já se referiu a propósito da classificação decorrente da transmissão ou circulação do título. Por outro lado, muitas outras divisões ou classificações são possíveis: 1. Títulos públicos e privados (emitidos pelo estado ou entes no exercício de uma actividade pública e os restantes, como as letras, as livranças e os cheques); 2. Títulos em série e títulos individuais (os primeiros emitidos em massa, a fim de serem tomados por uma generalidade de pessoas, enquanto os segundos – como por exemplo, novamente, o são a letra, a livrança e o cheque – são emitidos singularmente); 3. Nominados e inominados (os primeiros encontram-se tipificados na lei e os segundos resultam da vontade dos interessados, para satisfação da sua vontade. Parece que o direito português impõe um sistema de “*numerus clausus*” – artigo 457.º do C. Civil – e, assim, não admite a criação de outros títulos além do já previsto pelo legislador).

⁵⁷ Títulos de crédito, em sentido restrito: incorporam exclusivamente direitos de crédito.

- O *Cheque* – Lei Uniforme relativa ao Cheque (LUC ou LUC^h)⁵⁸ constante do Anexo da Convenção de Genebra de 19 de Março de 1931, ratificada por carta de 10 de Maio de 1934.
- O *Extracto de factura*⁵⁹ – Dec.-Lei n.º 19.490, de 21 de Março de 1931.

- **Representativos**⁶⁰:

- *Guia de transporte terrestre e fluvial* – Respeitante ao contrato de transporte terrestre (rodoviário) e fluvial, previsto nos artigos 369.º e seguintes do C. Comercial. Cf., a propósito, artigos 370.º e 371.º (literalidade) e 374.º (endosso ou tradição e propriedade da mercadoria).
- *Conhecimento de carga (relativo ao transporte marítimo)*⁶¹ – relativo ao transporte de mercadoria por mar (nominativos, à ordem e ao portador)

⁵⁸ Ao longo do texto usamos quase sempre a designação mais genérica LU (lei Uniforme) que será a LULL ou a LUC consoante a temática que esteja a ser tratada.

⁵⁹ Trata-se de um título à ordem, que representa o crédito proveniente de uma venda mercantil a prazo, realizado entre comerciantes e obrigatoriamente emitido sempre que a transacção não seja efectuada por meio de uma letra. O comprador fica com a factura e o vendedor com o extracto, que será conferido (e aceite) pelo comprador, devendo ser devolvido ao vendedor dentro do prazo estabelecido na lei. o extracto de factura deve ser passado no acto de entrega das mercadorias e ao mesmo tempo das facturas, mas no caso de compras parcelarmente realizadas podem passar-se simples notas de remessa em dois exemplares (um que fica em poder do comprador e outro a ser devolvido ao vendedor, com a assinatura ou rubrica do primeiro), devendo o vendedor passar, no último dia do período respectivo, uma factura geral.

O extracto de factura (cujas semelhanças à letra são notórias, tanto mais que as disposições relativas a estas se lhe aplicam, desde que não contrariem o estabelecido no Decreto n.º 19.490) deve conter. O número de ordem da factura; a data de emissão; o nome e domicílio do vendedor; o nome e domicílio do comprador; o saldo líquido da factura original; o número do copião e respectivos fólios; a época de pagamento; o lugar onde este deve ser efectuado e a assinatura do vendedor.

O extracto de factura transmite-se por endosso (é sempre um título à ordem) e também – tal como a letra – é susceptível de protesto. Apresenta, de todo o modo, algumas diferenças em relação à letra: não pode ser substituído por outro com vencimento diferente (não é reformável), mas, sendo pago no seu vencimento pode ser substituído por letras; por outro lado, só pode ser passado entre comerciantes. Diga-se, finalmente, que o extracto de factura permite ao seu legítimo portador executar os bens do devedor: é um título executivo que serve de base a uma acção (executiva) judicial.

⁶⁰ Títulos causais, tal como os seguintes (os participativos): incorporam um direito real de disposição – ou penhor (warrants) – de mercadorias.

⁶¹ Assim chamado ou, mais simplesmente, “conhecimento”. O direito aplicável ao contrato de transporte de mercadorias por mão é o constante dos tratados e convenções internacionais vigentes no país e – subsidiariamente e em Portugal – as disposições constantes do DL. citado. Esquemáticamente, o transporte marítimo ocorre juridicamente da seguinte forma: o carregador deve entregar ao transportador uma declaração de carga, contendo diversos elementos legalmente estipulados; aquando da recepção da mercadoria para embarque, o transportador deve entregar ao carregador um recibo ou conhecimento de carga, com a menção expressa

- artigos 8.º e 11.º do Dec.-Lei n.º 352/86, de 21 de Outubro, diploma que disciplina o contrato de transporte de mercadorias por mar.
- *Guia de transporte aéreo* – Convenção de Varsóvia de 12.10.1929 e Dec.-Lei n.º 26.706 e Dec.-Lei 45.069.
- *Conhecimento de depósito em armazéns gerais e cautela de penhor (warrant)* – artigos 408.º e seguintes do C. Comercial. Transmissíveis em conjunto ou em separado, por endosso; só o conhecimento de depósito transmite a propriedade da mercadoria, sem prejuízo dos direitos do portador da cautela de penhor – à qual se chama também warrant⁶² – artigo 411.º, n.º 3 do C. Comercial.
- *Certificados de depósito* – certificados emitidos por instituições de crédito e transmissíveis por endosso (mas não endosso em branco) – Dec.-Lei n.º 74/87, de 13 de Fevereiro.

“para, embarque” e devendo conter outros elementos obrigatórios; após o início do transporte marítimo, o transportador deve entregar ao carregador um conhecimento de carga de acordo com o determinarem os tratados e convenções internacionais, podendo esse documento ser substituído pelo conhecimento que o transportador entregou ao carregador (referido supra), depois de ter sido aposta a expressão “carregado a bordo”. Só o transportador tem legitimidade para emitir o conhecimento de carga, que são títulos representativos das mercadorias neles inscritas e transmissíveis nos termos do regime geral dos títulos de crédito. Tem direito ao levantamento das mercadorias quem apresente o título no porto de destino, pois o conhecimento não leva inscrito o nome do destinatário (das mercadorias), nem a cláusula “à ordem”.

⁶² Esta palavra de origem inglesa é universalmente adoptada para designar o título representativo do depósito de mercadorias em armazéns-gerais. Note-se, no entanto, que em Inglaterra os armazéns-gerais emitem um único título (“warrant”), correspondente ao conhecimento de depósito; em Portugal há um duplo título e a palavra “warrant” é reservada para a “cautela de penhor”.

Mais em pormenor: os armazéns-gerais são estabelecimentos autorizados que guardam e conservam mercadorias depositadas, permitindo também a sua circulação e a utilização de crédito. A circulação das mercadorias efectiva-se pelo “conhecimento de depósito” e a utilização de crédito sobre as ditas mercadorias é conseguida através da “cautela de penhor” ou “warrant”, título emitido juntamente com o conhecimento de depósito. A transmissão de um e de outro efectua-se por endosso datado (artigo 411.º do C. Comercial) e os seus efeitos são variável, consoante se endossam ambos ou apenas um dos títulos. Se ambos, opera-se a transmissão da propriedade das mercadorias; se só a cautela de penhor, o endossado não fica com a propriedade, mas tem o direito de penhor sobre as mercadorias; se apenas se endossa o conhecimento de depósito, o endossado passa a ser proprietário das mercadorias, mas o portador do “warrant” mantém o direito de penhor sobre elas.

A utilização de crédito por meio do “warrant” é um claro benefício dos armazéns-gerais e, por isso, a lei atribui séria importância ao respectivo título de crédito: chegado o vencimento do empréstimo (garantido pelo penhor), pode protestar a cautela, como sucede com as letras e, decorridos dez dias, proceder à venda do penhor. No entanto, mesmo sem protesto, o portador da cautela nunca perde o seu direito em relação ao devedor, apenas em relação a outros endossantes, caso os haja – artigo 424.º do C. Comercial.

– *Warrants autónomos*⁶³ – títulos sobre activos mobiliários, transaccionados em bolsa – Dec.-Lei n.º 172/99, de 20 de Maio e Regulamento do Código Mercado dos Valores Mobiliários n.º 19/99, de 25 de Novembro.

• **Participativos:**

– *Acções nominativas e ao portador*⁶⁴ – artigos 298.º e seguintes do C. Sociedades Comerciais.

– *Obrigações das sociedades* – artigo 348.º do C. Sociedades Comerciais.

– *Títulos de participação* – Nominativos e ao portador – Dec.-Lei n.º 321/85, de 5 de Agosto.

– *Papel comercial* – semelhante a obrigação e obrigatoriamente nominativos (empréstimos a curto prazo) – Dec.-Lei n.º 181/92, de 22 de Agosto⁶⁵.

10 – RELAÇÕES MEDIATAS / RELAÇÕES IMEDIATAS

Relações meditas são estabelecidas entre os sujeitos cambiários mediatos e relações imediatas as estabelecidas entre os sujeitos cambiários imediatos. A importância da distinção entre estes dois tipos de sujeitos decorre do facto de a autonomia do direito cambiário só produzir efeitos no domínio das relações

⁶³ Trata-se de obrigações que dão direito a subscrição de acções, mas só podem ser emitidas desde que se encontrem cotadas em bolsa as acções da sociedade emitente. Podem ter como activo subjacente valores mobiliários cotados em bolsa, índices sobre valores mobiliários cotados em bolsa, taxas de juros, divisas ou outros activos de natureza análoga. Além das instituições de crédito, estes títulos podem ser emitidos pelas sociedades anónimas, quando se trate de warrants sobre valores mobiliários próprios e encontra-se sujeita a registo.

⁶⁴ A acção aqui pensada é parte do capital de certas espécies de sociedade, consubstanciada num documento representativo dessa participação no património social. Justamente, o próprio documento representativo é apelidado de “acção” e é um título de crédito. As acções são normalmente de valor baixo, podendo reunir-se várias acções no mesmo documento. Este documento, assinado por um ou mais directores ou administradores da sociedade, deve conter: a firma e a sede desta; data da escritura de constituição, cartório onde foi lavrada, data de publicação e número de pessoa colectiva; valor do capital social; valor nominal de cada acção e o valor liberado; o número de acções incorporadas no título e o seu valor nominal.

As acções podem ser nominativas ou ao portador. As primeiras são aquelas onde está consignado o nome dos seus proprietários; para a sua transmissão torna-se necessário uma declaração deste, escrita no título e que só produz efeitos depois do averbamento nos livros de registo da sociedade. As acções ao portador são as que não têm consignado o nome do proprietário e se presume pertencerem à pessoa que as tem em seu poder. São transmissíveis por simples tradição ou entrega. Sobre o tema, com profundo estudo de outros sistemas jurídicos e das opções possíveis do legislador português: Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Acções Nominativas e Acções ao Portador*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, números 175 a 178, Lisboa, 1968.

⁶⁵ Todos os diplomas citados constam do Anexo a este manual.

cambiárias mediatas, nas relações imediatas, o direito, ainda que também autónomo, comporta-se como se o não fosse, quer dizer, qualquer dos sujeitos (imediatos) pode opor ao outro as excepções resultantes da relação extra-cartular. Que sujeitos são esses, então?

Designa-se portador ou sujeito cambiário mediato por contraposição a imediato. Os imediatos são os que, ao mesmo tempo que são sujeitos da relação jurídica cambiária (por exemplo, na letra: sacador – sacado; tomador – primeiro endossado) são sujeitos de uma relação jurídica extracambiária (por exemplo: contrato de compra e venda; mútuo). Os mediatos, serão, em contraponto, os sujeitos apenas titulares da relação jurídica cambiária ou, dito de outro modo, todos aqueles que não sejam titulares de qualquer relação jurídica extracambiária⁶⁶.

Por defeito de normalidade, ou seja, porque habitualmente assim sucede, também se costuma dizer que os sujeitos cambiários mediatos são aqueles que se não seguem imediatamente um ao outro na cadeia cambiária; só que não é necessariamente assim: entre sacado e tomador não existe nenhum outro sujeito cambiário, mas eles são sujeitos mediatos; o sacado não pode opor ao tomador as excepções que eventualmente tenha perante o sacador.

11 – PREENCHIMENTO ABUSIVO

O preenchimento abusivo coloca-se com mais acuidade para a “letra em branco” (cf., infra), mas, de todo o modo, significa a violação do pacto de preenchimento, do acordo entre sujeitos cambiários em que se estipulava o completamento dos dizeres do título.

O preenchimento abusivo não é oponível ao portador, mas este pensado portador será o portador que não tenha sido interveniente no pacto de preenchimento. Assim, a doutrina do artigo 10.º é equívale à do artigo 17.º, ambos da LULL: as convenções extracartulares só podem ser opostas entre os respectivos intervenientes.

Num caso em que o título é pago ao portador não interveniente, o prejudicado só poderá demandar a pessoa com quem acordou o preenchimento e, nessa sede, discutir se o preenchimento foi, de facto, abusivo. Se o foi, haverá responsabilidade civil. Trata-se de uma responsabilidade civil contratual, onde se presume a culpa (artigo 799.º do C. Civil). Se a presunção de culpa for ilidida, vigora o regime do enriquecimento sem causa.

⁶⁶ Cf. Vasco Lobo Xavier, “o artigo 10.º do Código Comercial e as dívidas cambiárias”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1978, n.º s 1 e 2, ps. 80.

12 – DOS NEGÓCIOS CAMBIÁRIOS OU CARTULARES

Quer a propósito da letra, quer aquando do tratamento do cheque, vamos falar dos negócios cambiários ou cartulares. Por ser assim, e considerando que à livrança se aplicam as operações (declarações ou negócios) próprios da letra de câmbio (que com a natureza da livrança se não mostrem incompatíveis), remetemos o tratamento desta matéria para a Parte III, onde a mesma é olhada no prisma de cada um dos títulos de crédito (letras, livranças e cheques).

13 – EXTINÇÃO E REFORMA DE TÍTULOS: PROCESSO ESPECIAL

Nos termos do Código Civil (artigo 367.^o), podem reformar-se judicialmente os documentos escritos que por qualquer modo tenham desaparecido e o artigo 484.^o do C. Comercial prevê expressamente essa reforma⁶⁷ para as letras, acções, obrigações e demais títulos comerciais transmissíveis por endosso que tenham sido destruídos ou perdidos.

O Código do Processo Civil prevê o processo especial (e relativamente simples) de reforma de títulos de obrigações destruídos (artigos 1696.^o a 1073.^o). Funciona, sucintamente, do seguinte modo:

O interessado na reforma descreverá o título e as circunstância de desaparecimento ou destruição e justificará o seu interesse na reforma. O tribunal convoca quem tenha emitido o título ou nele se tenham obrigado para uma conferência e manda afixar editais nas bolsas onde eventualmente o título esteja cotado. Se todos estiverem de acordo ou for improcedente a oposição que algum haja deduzido, ordena-se a reforma, podendo o autor requerer que o emitente emita novo título (se o emitente o não fizer, a certidão de reforma valerá como título). Se o título não foi destruído, mas perdido, publicam-se anúncios com a descrição do título e convida-se qualquer pessoa que esteja na sua posse a apresentá-lo. Se o título não aparecer, o tribunal declara-o sem valor e ordena a reforma. Se o título for algum dos previstos no C. Comercial (letras, etc.) o requerente deve prestar caução, antes da entrega do novo. Se o título aparecer, é entregue ao autor, se nisso todos concordarem. Se houver litígio entre o detentor e

⁶⁷ Esta reforma não se deve confundir com outra “reforma”, própria do giro comercial e que consiste no pagamento total ou parcial de uma letra ou livrança, no vencimento, através da assunção de nova obrigação cambiária: chegada a data do vencimento o devedor, normalmente aceitante ou sacador, procede ao pagamento da letra enviando ao portador nova letra por si aceite de montante correspondente parcialmente à quantia a pagar e o remanescente em dinheiro, ou nos casos da chamada “reforma por inteiro”, que lhe envie uma letra pelo montante do total anterior. A letra original extingue-se por cumprimento e surge uma nova letra autónoma da primeira.

o requerente, os litigantes têm de lançar mão de uma acção comum para discutirem a propriedade e a titularidade do título (o processo de reforma só serve para reconstituir o título).

Se depois do trânsito da decisão que ordenou a reforma o título surgir em mãos de um terceiro que não haja sido processualmente ouvido, este não perde todos os direitos (1072.º, alínea c)), mas quase: não devendo haver duplicação de títulos, os direitos que ele mantém são os decorrentes da relação subjacente, se existir, ou da responsabilidade civil, se o requerente da reforma tiver actuado de má fé⁶⁸.

⁶⁸ Cf. artigo 680.º, n.º 2 do CPC.

III – CAPÍTULO I – (A LETRA)

1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS

1.1 – Definição sucinta

A **letra** é um dos mais importantes institutos do direito comercial e ultrapassa os limites das relações comerciais, *stritu sensu*, já que pode ser também usado pelos não comerciantes nos seus negócios, em geral. Neste sentido, desde logo, a letra é **um acto de comércio**, mas um acto de comércio objectivo.

A letra é usada nos negócios e tanto no comércio interno como no externo ou internacional. O seu uso além das fronteiras começou por suscitar inúmeros problemas de direito internacional privado e foi razão bastante para ser tentada uma unificação do seu regime jurídico.

Os esforços correspondentes a essa finalidade vieram a ter êxito com as três convenções assinadas em Genebra (7.06.1930): uma fixando a lei uniforme relativa a letras e livranças, outra com o fim de regular certos conflitos de leis nessas matérias e a terceira pertinente ao imposto de selo nesses títulos. Algum tempo depois, eram aprovadas mais três convenções, em perfeito paralelismo e agora relativas ao cheque⁶⁹.

Antes de mais, **o que é uma letra?**

(antes de entrarmos nas dificuldades que as letras mais atípicas podem traduzir – sejam as em branco ou preenchidas de modo incompleto – e nas complexidades que resultam da própria concepção da letra, devemos tentar uma definição mais simplificada e, de certo modo, consensual).

Assim, a letra:

- É um escrito; antes de qualquer outra coisa e fundamentalmente, é um escrito.
- É, agora num sentido muito geral, um documento.

⁶⁹ É interessante verificar que a unificação do regime da letra surgiu, um tanto paradoxalmente, numa época de entraves e de dificuldades no comércio internacional (contingentes de importação, controlo cambiário, alterações e desvalorização monetária). Estamos entre as duas guerras, caminhando a passo apressado – como vira a suceder – para a segunda delas.

Que:

- tem de obedecer a rígidas condições formais;
- tem a intervenção imprescindível de uma pessoa (o sacador) que nesse documento ou escrito ordena a uma outra (o sacado);
- ordene que (o tal sacado) pague, em determinado tempo e lugar, uma certa quantia;
- a pague a um terceiro (o tomador) ou à ordem deste.

Pela letra ou com a letra, a pessoa que a emite (que a cria, no sentido de criar o direito de crédito cambiário que ela nunca deixa de ser), o tal sacador, o que “saca”, o que faz “um saque”, dá uma ordem de (para) pagamento a uma outra (sacado), ordem em benefício de uma terceira (tomador) que, por seu turno, poderá indicar outra pessoa, a quem a letra será paga e todos os que forem sendo sucessivamente indicados no documento (na letra) como beneficiários desse (final) pagamento têm igual direito a ele, direito que, de todo o modo, se vai alterando na personalidade do beneficiário: o último portador, portador legítimo, será quem percebe, no vencimento, o valor patrimonial final.

Na letra, pelo que se disse, há uma relação de vários vectores, mas com três sujeitos típicos: o sacador que ordena; o sacado que paga; o beneficiário (tomador ou outro) que recebe.

Porque, logo na sua criação, o sacador admite que a letra seja paga a pessoa diversa do tomador, ainda que por este indicada; seja paga à ordem de outro ou por ordem deste, **a letra é um título à ordem**. Já aqui uma primeira cautela: o sacador pode dar a ordem para que o pagamento seja a si feito: o sacador saca uma letra à ordem do sacador.

1.2 – Apontamento histórico

Ainda que alguns tentem defender a existência da letra em tempos muito mais recuados, as opiniões mais admitidas colocam a sua origem na Idade Média, aí surgindo como instrumento do (chamado) “contrato de câmbio trajectício”, de troca de moeda entre praças diferentes.

Segundo alguns autores a letra teria sido um instrumento utilizado pelo gibelinos (expulsos de Florença em 1267) e/ou pelos judeus (expulsos de França em 1181) para reaverem os capitais que não conseguiram salvar, aquando da suas expulsões: por intermédio de viajantes e peregrinos, os refugiados enviavam aos depositários das suas riquezas *cartas em que davam ordem para entregarem certa*

quantia a um banqueiro ou comerciante que, tendo representante no local de exílio, contra a recepção da quantia ordenavam, por sua vez, ao seu correspondente, a entrega de quantia equivalente a quem havia dado a primeira ordem. O expediente servia os refugiados e igualmente todos os que pretendiam evitar o transporte real de numerário, com o risco inerente à falta de segurança desse transporte.⁷⁰

Sem embargo, a localização da origem da letra em época tão remota (e, não se esqueça, em época obscura e imprecisa) levanta dúvidas legítimas. O mais correcto será afirmar-se que a letra não surgiu de um modo repentino e logo conseguido, mas que as circunstâncias (sociais e comerciais) foram progressivamente arreigando certas práticas que vieram a condizer, parece que apenas no século XV, à fórmula que hoje consideraríamos apresentar a fisionomia da letra.

Ainda assim, a origem da letra dada pela versão supra avançada tem um relevante sentido jurídico: deixa transparecer a sua função inicial e como, por ela, se realizava o objectivo pretendido pelos interessados; em suma: a letra era um mecanismo de transferência de fundos, sem deslocação de numerário. Mais: como eram diferentes em cada praça as moedas de circulação, o mecanismo envolvia igualmente uma operação cambiário (de troca de moeda).

Revestindo uma forma claramente imperfeita, a letra era, ainda assim, uma forma adequada à função que se lhe pretendia dar: uma ordem de um cambista (campsor), que, recebendo uma determinada quantia, se obrigava a fazê-la pagar, isto é, a fazer pagar o seu equivalente em outra praça, por um terceiro (terceiro com que tinha relações comerciais, habitualmente um outro cambista)⁷¹.

⁷⁰ Por exemplo, um negociante da Lombardia que se dirigisse a França para aí realizar as suas operações comerciais e aí necessitasse de fundos, poderia recebê-los nesse local, recebendo-os dos depositários dos refugiados (judeus), a quem estes dessem uma ordem de pagamento a favor do aludido negociante, negociante esse que, para a obter, começaria por entregar na Lombardia o equivalente daquela quantia que queria receber em França.

⁷¹ O pagamento em outra praça envolvia, quase sempre e como se referiu, uma troca de moeda, justificando que aquele que a efectuava se reservasse uma percentagem como custo do serviço. aliás, era a diversidade das moedas a justificação do benefício reservado ao cambista (perante a severa repressão da usura que então existia). O preço era o da troca de moeda e não o juro do dinheiro emprestado. A letra reflectia, nesta altura, a forma de câmbio; de tal modo “que tinha indicadas, uma junto à outra, a importância do valor recebido e a soma cambiária, isto é, a quantia recebida pelo emitente numa certa moeda, e o contravalor a pagar noutra moeda”.

Em conformidade, eram condições essenciais da letra, além da diversidade de moedas (diversitas pecuniae), a distantia loci (o lugar de pagamento ser diverso do do saque), o valor recebido (importância que o tomador da letra entregava ao emitente, sacador e a provisão (a existência, em poder da pessoa a quem a ordem era dada e que devia pagar a letra, da importância suficiente para efectuar o pagamento ordenado).

As letras adquiriram o seu maior desenvolvimento inicial em Itália. Isso deve-se, por um lado, à grande expansão mercantil das cidades italianas; por outro, às importantes operações pecuniárias da Curia Romana (em resultado da cobrança de tributos à cristandade).

Nesta fase inicial, a letra só podia ser paga ao seu tomador (o beneficiário da ordem de pagamento)⁷². Posteriormente, o instituto foi-se aperfeiçoando; inicialmente, admitindo-se que o tomador fizesse indicar na letra pelo sacador outra pessoa com a qualidade de beneficiário, pessoa a quem a letra devia ser paga⁷³ e, desse modo, aumentando para quatro o número de intervenientes: sacador, sacado, tomador e portador.⁷⁴

Ainda nesta ocasião temporal, no período de grande importância das feiras e precisamente por causa delas, ocorreram mais inovações. Devemos saber que as feiras tinham lugar de tempos a tempos, periodicamente, e que duravam um curto período temporal. Por isso, veio a distinguir-se o aceite do pagamento (aquele realiza-se nos primeiros dias de feira e o pagamento ocorria nos últimos); acentuou-se a importância do prazo (*distantia temporis*) porque as letras teriam de ser pagas numa (outra) feira e, por outro lado, estabeleceu-se um excepcional rigor de execução, exactamente atendendo ao breve tempo de duração das feiras.

Com o desenvolvimento do comércio mundial subsequente à descoberta da América e, também por isso, ao deslocamento da importância das cidades italianas para as praças francesas, a letra passou a ser usada pela generalidade dos comerciantes (não, como antes, apenas pelos cambistas) como meio de realização, em geral, das transacções comerciais.

A letra, por isso, vai continuando a evoluir: admite-se o recebimento do seu valor em mercadoria, quando antes, necessariamente se trocava moeda por moeda. A função económica da letra deixou de apenas ser a de permuta de moeda (entre praças) e estendeu-se a muitas outras relações comerciais, nomeadamente como um modo de pagamento dos serviços dos comerciantes⁷⁵.

O desenvolvimento da letra, correspondente ao maior desenvolvimento comercial e industrial, é propulsionado com a introdução da “**cláusula à ordem**”. Com esta

⁷² Para outra pessoa poder receber o montante titulado, era necessário que o beneficiário lhe conferisse uma procuração autêntica.

⁷³ Assim, o tomador transferia o seu crédito para outra pessoa.

⁷⁴ Parece ser aqui que surge a semente do “endosso”, endosso que, verdadeiramente só aparecerá mais tarde, justamente quando a letra se separa do contrato de câmbio trajectício que esteve na sua origem.

⁷⁵ Os comerciantes, em troca do valor recebido, entregavam um escrito (documento) contendo a promessa de fazer pagar um certa quantia numa determinada data.

cláusula permite-se que o tomador ou beneficiário do pagamento afirmado pela letra indique ele mesmo (outra) pessoa a quem ele deva ser feito. Ou seja: a indicação do portador transfere-se do sacador para o tomador.

Como se opera? – o tomador “endossa⁷⁶” a letra a outro; este outro fica a ser o titular do crédito (o titular do direito a receber o pagamento no vencimento). Se a princípio se admitia apenas um endosso, logo breve se constatou que a mesma razão justificava endossos subsequentes, um número ilimitado deles. A letra passa a ser, então, o “papel-moeda” dos comerciantes, circulando cada vez com mais facilidade e com mais segurança, *com mais crédito*: este decorria do próprio crédito dos subscritores, já que todos os endossantes ficavam responsáveis pelo pagamento; um maior número de responsáveis vinha a significar uma maior aceitação e facilidade de transmissão do título.

A letra passava a ser, por isso, um meio de pagamento e um cómodo veículo de transmissão de créditos. A letra passa a servir, nacional e internacionalmente, a própria compensação de créditos: pode haver extinção de créditos sem ser necessário a remessa de numerário⁷⁷.

Por outro lado, a verdadeira “revolução” operada com o endosso mais veio salientar a possibilidade da letra ser utilmente utilizada por comerciantes e por não comerciantes; ela representa – tão só, mas relevantemente – um crédito sobre determinada pessoa (sacado) e responsabiliza pelo seu pagamento o “criador”, o sacador e todos quantos, pelo endosso, vão dando sucessivamente ordens de pagamento, confiando naturalmente que, no vencimento, esse pagamento ocorra.

É bem de ver como a letra serve na perfeição os interesses de quem carece de crédito ou, melhor dito, de quem, tendo crédito, carece de numerário: se pretende determinada quantia que reembolsará mais tarde, toma a posição de sacado (aceitante) na letra que o seu credor saca sobre ele.

Mas este sacador pode precisar do numerário antes do vencimento, isto é, pretende realizar logo o seu valor (actual): transmite-a, endossa-a a outra pessoa e

⁷⁶ O endosso é a declaração, a indicação, feita necessariamente do título pelo tomador ou sucessivos portadores, da pessoa a quem ou à ordem da qual a letra deve ser paga.

⁷⁷ A letra já não é criada para realizar uma operação de câmbio, mas continua a fazê-lo quando as relações comerciais se estabelecem entre praças de moeda diferente, sejam relações internacionais propriamente ditas, sejam as que aconteciam, por exemplo, ente a “metrópole” e os territórios de além mar, quando nestes, como sucedia, havia emissão de moeda própria: a par da letra enquanto operação comercial, ocorria uma operação de câmbio, apenas que não materializada na letra por esta ser emitida numa só moeda.

desta receberá o montante (... com a dedução ou **desconto** de um montante que corresponderá aos juros relativos ao período que falta decorrer até ao vencimento).⁷⁸ O “desconto” deixa descortinar, desde logo, outra eventual possibilidade na utilização da letra. Vejamos: com o aceite o sacado assume a obrigação (final) de pagamento; assume-a por ser devedor do sacador, de quem (já) tenha recebido, mas também a pode assumir sem nada ter recebido do sacador.

Para quê? – como meio de permitir ao sacador realizar fundos mediante o endosso do título (descontando a letra). O sacador-aceitante subscreveu a obrigação de pagar, ou seja, “aceitou a ordem” de pagamento, tomou a posição de pagador, no vencimento, ao portador da letra. Ele é, aliás, o principal devedor, o sacador “apenas” deu a ordem de pagamento. Neste caso, o sacado-aceitante assumiu uma posição semelhante à do fiador; em linguagem comercial, **assinou de favor**.

Podia operar o mesmo interesse, assumindo posição distinta: era ele quem sacava a letra e sacado passava a ser quem deseja a realização de fundos; sacada a letra, endossava-a ao banco e entregava ao sacado o produto do **desconto**.

O que é importante frisar é isto: em qualquer daqueles casos, um dos obrigados responsabiliza-se sem ter qualquer dívida anterior que funcione como **causa** da sua subscrição.

⁷⁸ É, neste caso, a operação de DESCONTO. Trata-se de uma operação, de um negócio jurídico que terá desenvolvimento em outro – e posterior – módulo. Nesta ocasião, deixamos pouco mais que uma definição. O DESCONTO é o contrato em que um banco (descontante, descontador) se obriga a antecipar ao seu cliente (descontário) a importância de um crédito, ainda não vencido e que esse cliente tem sobre terceiro, deduzindo no acto da antecipação o juro pelo tempo que falta para o vencimento do crédito, o qual lhe é cedido salvo boa cobrança. Trata-se de um contrato consensual, distinto do mútuo, atípico (diferentemente do que se passa em Itália, por exemplo) e que tem sido objecto de variadas divergências quanto à sua verdadeira natureza jurídica: simples endosso de um título de crédito; compra e venda de um título de crédito; contrato de mútuo; contrato misto de mútuo e dação “pró solvendo” e, sem mais, um contrato sui generis. Sem prejuízo de, quase sempre, ser possível defender que estamos perante um contrato “sui generis”, tem-se entendido maioritariamente que o contrato misto, de mútuo com dação “pró solvendo” é o negócio jurídico que melhor explica esta operação económica. O desconto pode ser não cambiário quando respeita a créditos não materializados em títulos cartulares e pode ser, como habitualmente sucede, cambiário, quando incide sobre créditos incorporados em títulos, nomeadamente, letra, livrança, extracto de factura, cautela de penhor (warrant) e cheque. Para terminar, dizemos que o desconto pode ser “simples” ou “por abertura de crédito”. No primeiro caso o banco desconta letras sem haver um compromisso anterior a essa operação; no último caso, o banco obriga-se a descontar letras que o cliente lhe entregue e até um determinado montante: cada operação de desconto passa a ser a execução desse contrato de abertura de crédito, verdadeira “convenção quadro” em que todas as operações se vão inserir – Cf. José Maria Pires, *Elucidário de Direito Bancário, As Instituições bancárias, A Actividade Bancária*, Coimbra Editora, 2002, ps. 644 a 647 e, em especial, p. 649

Porque passa a ser vinculado, porque passa a ser responsável? – pelo simples facto de ter **assinado o título**.

O que antes se referiu deixa-nos perante uma nova característica, das mais avançadas, em todo o evoluir da letra: esta não é o título, o documento, a representação material de uma qualquer obrigação anterior; de uma obrigação escondida ou subjacente. A letra é isso sim um direito de crédito cambiário, uma obrigação, mas abstracta, um valor de *per si*. É apenas a vontade (documentalmente manifestada) de criar e assumir a responsabilidade pelo pagamento final (no vencimento) de um determinado montante. A responsabilidade deriva formalmente da assinatura e nasce do acto criador (o saque) que é expressão de confiança na aceitação da ordem (de pagamento) e na honra a essa ordem.

O responsável cambiário obriga-se num título especial (obedecendo a uma forma característica) ... porque assina e só porque assina. E, se assina (criando) sabe que a ordem que dá será honrada e se assina (aceitando) honrá-la-á.

A obrigação do título é independente da causa, é formal, é abstracta. Por isso, a letra tem de ter uma forma rígida, tão simples que não exija mais que o necessário ao cumprimento da sua função, tão rigorosa para que a sua validade, nas palavras de Marnoco e Sousa, dependa apenas – mas necessariamente – da sua forma (seja nela, documentalmente nela, detectável) e não da causa material (comercial ou civil).

Além da rigidez da forma, e na evolução histórica que levou à consagração da letra como instituto comercial autónomo, a literalidade e a autonomia de cada um dos sucessivos possuidores do título são duas relevantes notas que patenteiam o rigor do seu regime jurídico especial.

1.3 – A letra, a livrança e o cheque. Diferenças e semelhanças

O C. Com. que ainda vigora – ainda que não nesta parte – tratava conjuntamente as três realidades, facto que não deixa de evidenciar a existência de diversos elementos comuns entre elas. Igualmente a LU respeita às letras e às livranças. Vejamos, então, algumas semelhanças e outras diferenças.

Entre a letra e a livrança as semelhanças são muitas. Têm semelhanças de natureza económica e do ponto de vista jurídico.

A diferença, a grande diferença, é que na livrança, contrariamente ao que sucede na letra, não há uma ordem a outra pessoa para pagar. É o subscritor que se

declara, ele mesmo, obrigado ao pagamento; ao pagamento da quantia titulada ao tomador ou à ordem deste. Na letra, como se intui, a ordem é dada pelo sacador ao sacado para que este último pague ao tomador ou à sua ordem.

Mas, tal como a letra, a livrança é um título à ordem (onde o emitente ou sacador se obriga para com o tomador e sucessivos portadores ao pagamento no vencimento); tal como a letra circula. Pode dizer-se que a livrança é – necessariamente – um saque sobre si próprio.

Na letra a obrigação é de fazer pagar, na livrança é de pagar. Na letra o sacador diz: “pagará”, na livrança o subscritor diz: “pagarei”.

No início da livrança só aparecem duas pessoas: subscritor e tomador; na letra (ressalvado o saque à ordem do sacador) logo de início figuram três: sacador, sacado e tomador. Na origem, a letra tem mais uma assinatura que a livrança.

Numa perspectiva económica, letra e livrança têm as mesmas finalidades: funcionam como instrumentos de crédito e diminuem a circulação de numerário, permitindo pagamentos em praças diferentes sem o seu transporte.

O *cheque*, por seu turno, já apresenta diferenças mais notórias. É certo que (também) envolve uma ordem de pagamento e também é um título adequado à movimentação de créditos, dispensando a circulação do numerário e o seu transporte. Igualmente pode corresponder a uma concessão de crédito do banqueiro (saque a descoberto⁷⁹).

Porém, o cheque pressupõe, em rigor, um depósito feito a um banqueiro pelo emitente da ordem de pagamento. É fundamentalmente um meio de levantamento (total ou parcial) do depósito, em benefício do depositante ou de terceiro. É, por isso, essencialmente um meio de pagamento; equivale a dinheiro, representa a disposição do depósito⁸⁰.

2 – A LETRA E O SEU REGIME JURÍDICO. A LEI UNIFORME

A Lei Uniforme sobre Letras e Livranças foi aprovada pela Convenção de Genebra de 7 de Junho de 1930, assinada por vinte e seis países e tendo como propósito “evitar dificuldades originadas pela diversidade de legislação nos vários países

⁷⁹ Artigo 3.º da LUCheque.

⁸⁰ Numa aproximação muito sucinta – e sem embargo do que oportunamente se referirá – o cheque pode indicar a pessoa a favor de quem a ordem de pagamento é dada, circulando por endosso e pode ser ao portador; neste caso o cheque circula em condições análogas às da nota de banco, podendo ser recebido em pagamento (assim haja confiança quanto à existência de provisões).

em que as letras circulam e aumentar assim a segurança e rapidez das relações do comércio internacional”.

Os Estados signatários obrigaram-se a adoptar nos seus territórios a LU (anexo I da Convenção), admitindo-se, de todo o modo, a adopção de certas reservas (escolhidas de entre as mencionadas no anexo II) a formular na ocasião da ratificação ou adesão.

Portugal tomou parte nos trabalhos da Conferência e aprovou a Convenção pelo DL. 23.721, de 29 de Março de 1934 (Diário do Governo n.º 73) e ratificou-a por carta de confirmação e ratificação de 10.05.34, depositada na Sociedade das Nações em 9.06.34. A convenção veio a ser publicada em suplemento do Diário do Governo de 21.06.34 e entraria em vigor noventa dias depois (8 de Setembro de 1934). Portugal adoptara uma única restrição (permitida no artigo 10.º) justamente a da Convenção não se aplicar aos territórios ultramarinos. A restrição veio a ser levantada, no entanto, com a Portaria 15.017, de 31.08.54, generalizando-se então a vigência da LU a todos os territórios que então se encontravam sob soberania portuguesa.

3 – REQUISITOS ESSENCIAIS E SECUNDÁRIOS DA LETRA

Os **requisitos essenciais** da letra decorrem do artigo 1.º da LU. São eles:

- a) a inscrição da palavra letra no próprio texto, de modo a evitar dúvidas acerca da natureza do título, expressa na língua em que este for redigido;
- b) o mandato puro e simples (incondicional) – a ordem – de pagamento de uma quantia certa, em moeda de uso corrente no país ou em moeda estrangeira, por extenso, em algarismos ou de ambos os modos. Para os casos de divergência na indicação dos montantes, o artigo 6.º da LU disciplina a questão. O mandato puro simples equivale, no fundo, ao saque: a letra é criada pelo saque. O saque é incondicional, é proibida qualquer condição;
- c) o nome do sacado (que pode ser o do próprio sacador), ou seja, o nome daquele que deve pagar;
- d) o nome do tomador ou beneficiário, ou seja, a pessoa a quem ou à ordem de quem deve ser paga. A letra ao portador é nula;
- e) a data em que é passada, a data de emissão ou, dito de outro modo, a data do saque;
- f) a assinatura ou assinaturas de quem passa a letra, isto é do(s) sacador(es), mediante nome completo ou abreviado, a rogo ou digital.⁸¹

⁸¹ Admitindo o Prof. Vaz serra o uso da rubrica, desde que o signatário a utilize habitualmente nos seus negócios – Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 110.º, ps. 250/251.

A falta dos requisitos antes referidos (requisitos essenciais) implica a nulidade da letra, que passará a valer como mero quirógrafo (artigo 2.º) ou, dito de outro modo, poderá valer, contanto que nele se verifiquem as condições necessárias segundo a lei civil, como documento probatório da relação jurídica fundamental.

A falta da assinatura do sacador, por exemplo, como requisito essencial que é, implica a nulidade da letra, mas sem prejuízo do regime estabelecido para a letra emitida em branco (artigo 10.º). Se a falta de assinatura for dos restantes intervenientes cambiários (aceitante, avalista ou endossante), ela apenas importa a nulidade dos actos cambiários em que tiveram intervenção, ou seja, não prejudica a validade das demais assinaturas (artigo 7.º).

Quanto aos **requisitos secundários**, devemos apontar os seguintes (artigos 1.º e 2.º da LU):

- a) a época de pagamento, que pode ser à vista, a certo termo de vista, em data fixa ou a certo termo de data (artigo 33.º). A letra à vista é aquela cujo pagamento se torna exigível no próprio momento em que, por livre iniciativa do portador, for apresentada a pagamento; a certo termo de vista, é a letra exigível uma vez expirado certo prazo, contado desde a apresentação em momento à escolha do portador; a certo termo de data, é a letra que se vence no termo de certo prazo expressamente estabelecido no texto da declaração de emissão; finalmente, a letra pagável num dia fixado é aquela na qual se designa o dia concreto do seu vencimento. Atenda-se que, na falta de qualquer indicação, presume-se que a letra é pagável à vista;
- b) o local de pagamento. Na falta dele, vale o local designado ao lado do nome do sacado. A letra pode ser pagável no domicílio de terceiro (artigo 4.º), é a chamada “letra domiciliária”;
- c) o local de saque ou emissão. Na falta deste local, considera-se como tal o designado ao lado do nome do sacador.

3.1 – A estipulação de juros

O artigo 5.º da LULL permite que, nos casos das letras pagáveis à vista ou a certo termo de vista, o sacador estipule o vencimento de juros. Só nesse tipo de letras. A taxa tem de ser indicada⁸² na letra e os juros contam-se, se outra não for a data indicada, desde a data da letra.

⁸² E deve respeitar os limites fixados no artigo 1146.º (ex. vi 559.º - A) do C. Civil e do artigo 102.º, § 2.º do C. Comercial.

Nas letras a certo termo de data e nas pagáveis num dia fixado não é admissível a estipulação de juros, o que, à primeira vista, parecerá incompreensível. Mas não: nestas, o sacador sabe de antemão qual o período exacto que medeia entre a ordem, o saque, e o pagamento e, assim, tem á sua mão fixar o montante da letra já com a inclusão dos interesses correspondentes, basta-lhe fazer as contas.

Os juros que aqui estão em causa são juros remuneratórios e não moratórios. Estes, são devidos a partir da data do vencimento da letra e nos termos previstos nos artigos 48.º, §2.º e 49.º, § 2.º da LULL.

4 – VIAS E CÓPIAS

Com realce ao tempo do seu nascimento, mesmo do seu nascimento jurídico, no sentido e aquando da unificação levada a cabo pela Lei Uniforme, mas hoje sem grande interesse ou uso, existe a possibilidade de emissão de saques em várias vias (também chamadas duplicatas) e, desse modo, a possibilidade de que uma letra de câmbio corresponda a mais que um documento, papel ou *instrumentum*.

Os saques em várias vias faziam sentido no tempo das dificuldades e das contingências dos meios de comunicação e garantia mais eficazmente o aceite e a circulação a longa distância, facilitando a própria negociação; hoje, como se compreende, é uma prática muito rara.

O saque em várias vias é permitido pelo artigo 64.º. As vias devem ser numeradas no próprio texto, sob pena de cada via ser considerada uma letra distinta. O pagamento de cada via é liberatório, mesmo que se não estipule que ele anula o efeito das restantes; o sacador fica responsável por cada via que tenha o seu aceite e que lhe não hajam sido restituídas (artigo 65.º)

Coisa distinta do saque em várias vias é a **cópia da letra**. O artigo 67.º permite que o portador tire cópias da letra e a cópia pode ser endossada e avalizada, produzindo os mesmos efeitos que o original. De todo o modo, a cópia é uma reprodução do documento, não identificada com este e que, sem ele, não permite exigir o pagamento.

Tem-se entendido que a letra deve ser dada à execução no próprio original,⁸³ não servindo cópias, fotocópias ou certidões dos títulos⁸⁴. A destruição ou extravio da

⁸³ Só perante razões muito ponderosas e específicas poderá admitir-se que uma certidão ou cópia venha a servir de título executivo. Assim sucederá, por exemplo, quando o título estiver apreendido em processo crime ou tenha sido junto a outro processo.

⁸⁴ STJ, 27.09.1994 e Rel. do Porto, 15.06.1998.

letra é coisa diversa: neste caso ela tem de ser reformada (artigo 484.º do C. Comercial), seguindo o processo especial previsto nos artigos 1069.º e segs. do CPC.

5 – A LETRA EM BRANCO⁸⁵

A letra em branco é uma espécie de contrato-promessa, melhor dito, serve no direito cartular os mesmos fins que este negócio jurídico desempenha no direito comum; é frequente, com efeito, que os sujeitos originários não queiram estabelecer, desde logo, todos os elementos da obrigação cambiária, mas desejem, ainda assim, estabelecer o mínimo necessário à emissão futura – e completa – de uma letra de câmbio.

A letra em branco é a letra que não está completamente preenchida⁸⁶. A lei expressamente prevê a possibilidade da letra ser sacada incompleta ou, dito de outro modo, a lei (Lei Uniforme, entenda-se) não exige que no momento da criação do título devam estar cumpridos todos os requisitos indicados no artigo 1.º.

A letra em branco, mormente aquela em que haja acordo para a criação do documento sem estarem preenchidos todos os requisitos, surge num clima de confiança entre os envolvidos. Com efeito, coloca o obrigado numa posição muito delicada face a um eventual preenchimento abusivo. Note-se que a excepção do preenchimento abusivo, se pode ser aposta ao subscritor que foi parte na convenção extra-cartular, não pode sê-lo ao portador mediato, excepto se este adquiriu com má fé ou culpa grave (parte final do artigo 10.º) e independentemente de ter recebido a letra já completada ou de ele mesmo a ter completado de acordo com as informações que lhe foram transmitidas pelo seu endossante.

A letra em branco exige, como mínimo, que o documento tenha a virtualidade, segundo a prática negocial, para incorporar obrigações cambiárias e isso pressupõe que contenha a palavra “letra” e uma assinatura feita com a intenção de assumir uma obrigação cambiária.

Jurisprudência: a letra em branco deve ser preenchida de acordo com o convencionado pelas partes (acordo expresso) ou com as cláusulas do negócio determinante da sua emissão (acordo tácito). No domínio das relações imediatas, é

⁸⁵ Cf. “preenchimento abusivo” – II Parte, n.º 11.

⁸⁶ há quem distinga, todavia, entre letra em branco e letra incompleta: a primeira (não completa) seria emitida na base de um acordo de preenchimento posterior; a segunda (não completa) seria emitida sem os requisitos insupríveis, mas sem ter por base qualquer acordo. A Lei Uniforme, porém, não faz esta distinção.

livremente oponível ao portador da letra a inobservância de algum daqueles acordos, cabendo o ónus de prova ao obrigado cambiário. Na acção executiva, a alegação e prova dos factos respeitantes ao preenchimento abusivo da letra deve ser feita nos embargos de executado – Ac. do STJ de 28.05.1996, BMJ n.º 457, ps. 401.

Diferentemente do preenchimento posterior da letra em branco (incompleta) são as **alterações supervenientes do texto** da letra. Estas estão previstas no artigo 69.º e só obrigam os signatários posteriores a elas; os anteriores só estão vinculados nos termos do texto original.

6 – SAQUE, ENDOSSO, ACEITE, AVAL

Ao que se vai tratar de seguida, também se chama “negócios cambiários”, “institutos jurídico-cambiários” ou “dinâmica da letra”. Já sabemos que a letra foi pensada e é criada para circular; as “operações” que vamos analisar acabam por ser modos de a fazer circular, de lhe dar vida e de a acompanhar ao longo da vida; são as vicissitudes, desde a emissão ao – o que é normal – pagamento.

6.1 – O Saque

O saque é a declaração cambiária de quem cria a letra (o sacador). É pelo saque ou emissão que a letra é criada e introduzida em circulação. O saque traduz-se numa ordem de pagamento (incondicional e de determinada soma pecuniária) dada ao sacado e a favor do tomador ou à sua ordem.

É uma declaração unilateral e formal, cuja validade depende da observância de certos requisitos, os previstos nos artigos 1.º e 2.º da LU.

O saque pode ocorrer numa de três modalidades (artigo 3.º):

- a) à ordem do próprio sacador;
- b) contra o próprio sacador;
- c) por ordem e conta de terceiro.

A responsabilidade do sacador está contemplada no artigo 9.º: “*é garante tanto da aceitação como do pagamento*” e embora se possa exonerar “*da garantia da aceitação, toda e qualquer cláusula pela qual ele se exonere da garantia do pagamento considera-se como não escrita*”⁸⁷. Pelo saque, o sacador torna-se o primeiro dos obrigados

⁸⁷ Ferrer Correia explica o preceito (*Lições de ...*, cit, ps.137): a garantia de pagamento é a contrapartida da sua promessa de que um terceiro pagará a letra. Quanto ao aceite, já se admite a exoneração e nisso haverá interesse do sacador, nomeadamente quando pensar que o sacado pagará a letra, mas duvidando que a aceite; é que não havendo aceitação, o portador pode logo reclamar do sacador, operando-se uma antecipação no pagamento.

cambiários, em última instância, o garante da confiança que o título encerra quanto ao assumir do pagamento pelo sacado. É uma obrigação de garantia: ele garante, ao beneficiário e a todos os eventuais portadores do título, que o sacado vai assumir a sua responsabilidade do (no) pagamento, que este vai aceitar a letra e também que a vai pagar

Poderá a mesma letra ser emitida por vários sacadores? – A Lei Uniforme nada diz (ao contrário do C. Comercial), mas a admissibilidade é unânime. Se forem vários os sacadores, a todos de aplica o artigo 9.º: todos são garantes do aceite (com a possibilidade de exclusão já referida) e do pagamento.

O **ressaque** é a possibilidade do portador que tenha direito de acção sacar uma letra à vista sobre um dos co-obrigados, pagável no domicílio deste – artigo 52.º, I.

Habitualmente, o saque pressuporá uma relação subjacente, pela qual o sacador seja credor do sacado, mas, entre nós,⁸⁸ não é forçoso que tal suceda, em virtude de se admitirem as chamadas “letras de favor”, em que alguém acorda em subscrever uma letra a fim de facilitar a sua negociação ao favorecido, mas não sendo obrigado em face deste por virtude de qualquer relação jurídica subjacente.

6.2 – O Aceite

O aceite é o negócio cambiário pelo qual o sacado (que pode ser o próprio sacador) assume a obrigação cambiária principal, ou seja, aceita pagar a letra no seu vencimento – artigo 21.º. Dito de outro modo, é a declaração cambiária pela qual o sacado assume a responsabilidade de cumprir a ordem incondicional de pagamento que lhe foi dada pelo sacador.

Antes de aceitar a letra, o sacado não é um obrigado cambiário (ninguém, ressalvando a representação voluntária, pode ser obrigado por vontade alheia); ele só se torna obrigado principal quando passa de sacado a aceitante. Assim, para que ele se torne obrigado cambiário, é forçoso que a letra lhe seja apresentada e ele a subscreva.

O aceite é escrito em qualquer parte do título e exprime-se pela palavra “ aceite” ou equivalente, podendo consistir a simples assinatura do sacado aposta na face anterior da letra. O aceite, no regime da Lei Uniforme, apenas pode ser dado na própria letra, mas não deve esquecer-se a previsão do artigo 29.º, II.

⁸⁸ Diferentemente em França, por exemplo. Aí, a jurisprudência considera nulas – mesmo que tal nulidade não possa ser aposta a terceiros de boa fé - as letras de favor (effets de complaisance).

Outros aspectos relativos ao aceite:

- nas letras a certo termo de vista, a data do vencimento determina-se pela contagem do termo a partir da data do aceite (o aceite deve ser datado) ou do protesto por falta deste;
- naquele caso, se o aceite for dado mas não datado, o portador deve lavrar protesto por falta de data de aceite, sob pena de perder os seus direitos de acção contra o sacador e demais obrigados de regresso;
- o aceite deve ser puro e simples: qualquer condição equivale a recusa de aceite;
- deve ser dado pela totalidade da dívida: embora o aceite parcial seja válido, em relação à parte restante tem os efeitos da recusa de aceite;
- se for introduzida qualquer outra modificação na letra pelo aceite, equivale a uma recusa de aceite, mas o “aceitante” fica obrigado nos termos do aceite dado⁸⁹.

Em princípio, a apresentação ao aceite é facultativa (o portador pode levar a letra ao aceite ou apenas apresentá-la a pagamento), mas há interesse nessa apresentação: se o aceite for dado, fica mais garantido; se o aceite for recusado, pode, desde que lavre o competente protesto, accionar imediatamente os obrigados em via de regresso, obtendo a antecipação legal do vencimento.

Em resumo (e considerando também o que já foi referido): o título é apresentado para aceite ...

- *Por quem?* – portador ou mero detentor – 21.º e 16.º;
- *A quem?* – ao sacado (que pode ser o próprio sacador);
- *Em que prazo?* – Até ao vencimento – 21.º. Nos casos em que o vencimento da letra é a certo termo de vista, deve ser apresentada a aceite dentro de um ano a contar da emissão – 23.º, I.
- *Sempre?* – Não. O sacador:
 - a) pode fixar prazo ou dilação para a apresentação ao aceite – 21.º, I e III;
 - b) aumentar ou reduzir o prazo para apresentação, nas letras a certo termo de vista – 23.º, II. Ainda não.

Os endossantes:

- a) podem fixar prazo para a apresentação a aceite (22.º, IV), salvo se a letra tiver sido declarada não aceitável pelo sacador;

⁸⁹ Por exemplo: o sacado aceita mas para uma data diversa da indicada na letra como época de pagamento; nesse caso, considera-se que houve recusa de aceite, mas o sacado fica obrigado nos termos do seu aceite, ou seja, para a data indicada por ele.

- b) reduzir o prazo (legal ou fixado pelo sacador), nos casos de letra a certo termo de vista – 23.º, III.
- *Em que lugar?* – domicílio do sacado – 21.º.
 - *É sempre apresentada a aceite?* – Não: a apresentação a aceite é facultativa, bastando que a letra seja apresentada a pagamento. Mas, como princípio, pode ser apresentada a aceite. Mas:
 - *Em todos os casos?* – Não: o sacador pode proibir a apresentação da letra a aceite (salvo nos casos do artigo 22.º, II) e pode tornar obrigatória a apresentação a aceite, fixando ou não o respectivo prazo (22.º, I). Por seu turno, os endossantes podem tornar obrigatória a apresentação da letra a aceite, fixando o prazo (salvo se o sacador tiver declarado a mesma como não aceitável) – 22.º, IV, mas os endossantes não podem proibir a apresentação a aceite.
 - *Que pode fazer o portador, em caso de recusa de aceite?* – A recusa de aceite permite ao portador que, após protesto (e ressalvando a dispensa deste, nos termos do artigo 46.º), demande de imediato o sacador e demais co-obrigados – 43.º, I e 44.º.
 - *Qual é a “forma completa” do aceite?* – Acontece quando se escrevem os dizeres, a palavra “ *aceite* ” ou outra expressão semelhante, seguidos da assinatura do sacado.
 - *E a “forma abreviada”?* – Quando simplesmente o sacado assina a letra. Neste caso terá de assinar na face anterior do título (habitualmente, do lado esquerdo e transversalmente).
 - *O sacado tem que ser a mesma pessoa que o aceitante?* – Assim é: é o princípio da identidade ou coincidência do aceitante e do sacado. Se tal não suceder, ocorre nulidade do aceite – 1.º, III; 21.º e 25.º
 - *Que efeitos tem o aceite?* – Com o aceite, o sacado torna-se obrigado cambiário; o aceitante é o devedor cambiário principal, fica obrigado a pagar a letra (no vencimento) ao portador – 33.º e segs.
 - *Pode haver aceite parcial?* – O aceite parcial, isto é, sobre parte da quantia sacada, é válido enquanto tal e nessa parte; na parte excedente equivale a recusa de aceite – 26.º, I.
 - *E condicional ou condicionado?* – Esse aceite é nulo, equivale à recusa de aceite, mas legitima o portador a exercer a acção de regresso, antes do vencimento da letra, contra os demais obrigados, depois do protesto (e salvo se este for dispensado) – 26.º, I.

- *Pode o aceite modificar a ordem?* – O aceite modificado (com alteração diversa das antes referidas) equivale igualmente a recusa de aceite. No entanto, obriga o aceitante nos termos do aceite que fez, nos termos do seu aceite e o portador pode lançar mão da acção de regresso contra os demais obrigados.

6.3 – O Endosso⁹⁰

O endosso é a declaração cambiária que torna efectiva a dinâmica da letra, a declaração que permite a circulação deste título. Como se sabe, a letra circula ... por endosso.

É a declaração que designa um novo beneficiário da ordem de pagamento, tendo o efeito de transmitir todos os direitos emergentes da letra, constituir o endossante em garante e legitimar o portador.

O primeiro endosso será feito pelo beneficiário (inicial) da ordem dada pelo sacado, ou seja, pelo tomador. O segundo endosso será feito pelo primeiro endossado e assim sucessivamente, indeterminadamente. O portador, para poder exigir o pagamento, deve demonstrar a sua legitimidade por uma série regular e ininterrupta de endosso (artigo 16.º, I). Um pouco simplisticamente: o guarda-redes saca a bola e endossa-a ao defesa; este ao médio e o médio ao avançado. O avançado marca golo, mas este só é regular se for regular a sua posse de bola e esta só o é se em cada passe, em cada endosso, não foi cometida falta.

O beneficiário do endosso pode ser um qualquer terceiro ou algum (já) co-obrigado (11.º, II). Se o endosso é feito a favor de um destes (sacador, endossante ou o próprio aceitante) chama-se **reendosso**. Os efeitos do reendosso são os de anular os endossos intermédios⁹¹. Quem recebe a letra por reendosso pode novamente endossá-la a um terceiro (11.º, III) e este terceiro endossado passa a ter direito contra todos os obrigados cambiários.

⁹⁰ Esta nota é uma advertência genérica, mas deixa-se aqui porque o “endosso” foi tratado com outro pormenor na temática relativa ao cheque. Como se vai vendo ao longo deste manual, muitos temas se repetem, pois muitos institutos, negócios ou operações são comuns aos diversos títulos de crédito. Ainda que nem sempre o consigamos, tentamos não ser demasiadamente repetitivos e acrescentar em cada local algo de útil, mas os “compartimentos” não são estanques: o manual deve ser lido globalmente, aproveitando, num lado ou noutro, tudo quanto se mostre útil, independentemente do nome de cada capítulo ou de, por vezes, referirmos mais especificamente um título de crédito ou outro.

⁹¹ O obrigado que recebe a letra em reendosso passa a ter acção contra todos os signatários do título, mas pelo seu prévio saque, endosso ou aceite já é obrigado perante todos os demais ou perante os que se lhe seguem na cadeia cambiária (se se trata de endosso). Quer dizer que, se mantiver a letra em seu poder até ao pagamento, só o pode pedir aos que o antecedem; se é sacador, só pode pedir o pagamento ao aceitante; se é aceitante, não o pode pedir a ninguém e se é um endossante apenas pode pedir àqueles que efectivamente o antecedem. Se o endosso for efectuado a favor do sacado que não tenha aceite, este tem direito contra todos os subscritores, porque, ao não ter aceitado, não é obrigado cambiário, tem a posição de terceiro.

6.3.1 – Formas e efeitos do endosso

Na definição de endosso, quando referimos que ele transmite, que ele constitui e que ele legitima, já estávamos a dizer quais os efeitos desta declaração cambiária. O endosso tem um efeito **translativo**⁹², porque transmite os direitos emergentes da letra; tem um efeito **constitutivo**, porque constitui o endossante em garante⁹³ e tem um efeito **de legitimação**⁹⁴, porque legitima o portador.

O *efeito translativo* do endosso liga-se à ideia da incorporação, já que a posse do documento (do título) é indispensável para se poder exercer e transferir o direito. Daí a proibição do endosso parcial, pois com ele, haveria direitos não transmitidos. O endosso tem a virtualidade de transmitir todos os direitos inerentes à letra e de os transmitir com autonomia, quer dizer, o endossado adquire esses direitos, independentemente do seu transmitente e de eventuais vícios que se tenham verificado em momento anterior à transmissão. Por isso é que as excepções (atinentes à obrigação cambiária, às convenções extra-cartulares, à convenção causal ou ao próprio título) que seriam oponíveis a qualquer portador anterior, não podem ser opostas ao endossado – 17.º e 16.º, I.

No fundo, o que aqui sucede, o que sucede no direito cartular (muito diferentemente do que acontece na transmissão de direitos própria do direito civil em que se não pode transmitir mais do que o que se tem, “*nemo plus juris ...*”), é que o endossado não é um representante do titular antecedente, tem um direito como que surgido de novo, um direito que não padece de qual pecado anterior. Um direito, por isso, que não pode ser paralisado em função de excepções relativas a outro – e anterior – titular.

Há, no entanto, que tomar em conta o seguinte: para que o endossado tenha esse direito autónomo e livre, não pode actuar conscientemente em detrimento do devedor⁹⁵ nem adquirir o título com má-fé ou culpa grave⁹⁶.

⁹² O endosso, acompanhado do título, transmite posse e propriedade deste (16.º) e o direito cartular nele inscrito (14.º, I)

⁹³ O endossante é garante tanto da aceitação como do pagamento do título – 15.º. Pode, de todo o modo, exonerar-se (15.º, I) e pode proibir novo endosso (15.º, II). Se o endossante proibir novo endosso, deixa de garantir o pagamento às pessoas a quem eventualmente a letra for (em contrário a essa proibição) posteriormente endossada (pelo anterior endossado e eventuais posteriores)

⁹⁴ artigo 16.º, I. Para que a legitimação ocorra é necessário, mas suficiente, que o portador justifique a posse por uma série regular e ininterrupta de endossos. Daí que o artigo 40.º, III considere que o devedor que paga ao portador formalmente legitimado fica exonerado da sua obrigação.

⁹⁵ Sempre que o portador tenha conhecimento da excepção e, ainda assim, aceite que a letra lhe seja endossada, só não estará a actuar conscientemente em detrimento do devedor se tiver confiado (mal ou bem, pouco importa) que o devedor renunciaria à invocação da excepção ou que esta seria entretanto sanada.

O efeito translativo comporta exceções que, no fundo, traduzem alguns dos endossos impróprios, sem prejuízo de outros destes serem exceções ao efeito constitutivo ou serem exceções a um e a outro. (ver infra, 6.3.2.).

Quanto à forma, o endosso pode ser *completo* ou *incompleto*. Este, por sua vez, pode ser *abreviado*, *em branco* ou *ao portador*.

Assim:

- O endosso completo (13.º, I) é quando se indica o beneficiário ou endossado. Exprime-se com a expressão, aposta na letra, “pague-se a ...” e é assinado pelo endossante. O endosso completo contém a ordem de pagamento, o nome do endossado e a assinatura do endossante.
- O endosso incompleto abreviado acontece quando contém a ordem de pagamento e a assinatura do endossante, mas é omissivo quanto ao nome do endossado.
- O endosso incompleto em branco ocorre quando só existe a assinatura do endossante. Este endosso pode ser apostado no verso da letra ou em folha anexa que se chama “alongue”. No endosso em branco, o portador pode completar o endosso apondo o seu nome ou o de outra pessoa, pode endossar novamente a letra e pode entregá-la, sem endosso, a terceiro: neste último caso não chega a figurar como obrigado cambiário.
- O endosso incompleto ao portador equivale a um endosso (incompleto) em branco – 12.º.

6.3.2 – Endossos impróprios

Já demos a perceber que os endossos impróprios são exceções aos efeitos (translativo e constitutivo) próprios do endosso. São exceções ao efeito translativo, o endosso em procuração, o endosso em garantia e o endosso posterior ao protesto por falta de pagamento. São exceções ao efeito constitutivo (porque o limitam ou porque o agravam), o endosso por procuração e o endosso posterior ao protesto por falta de pagamento, mas também o endosso com a cláusula “sem regresso”, o endosso com a cláusula “não à ordem” e o endosso com a cláusula “sem despesas”.

⁹⁶ Com má-fé se conhecia o desapossamento; com culpa grave, se se comporta com um grau de diligência que nem a um homem de nível inferior ao homem médio é desculpável (por exemplo: adquirir uma letra de valor elevado a um pedinte).

Assim:

- **O endosso em procuração (para cobrança ou por procuração)** resulta da aposição na letra da cláusula “para cobrança” ou “por procuração” ou semelhantes e traduz um negócio jurídico-cambiário de procuração, um simples mandato para cobrança. O endossado não tem direito à quantia e não é portador autónomo, podendo-lhe ser opostas as excepções que sejam oponíveis ao seu endossante. O endossante não garante o aceite e o pagamento, já que se trata de um simples mandato – artigo 18.º.
- **O endosso em garantia** resulta da aposição da cláusula “valor em garantia”, “valor em penhor” ou outra que demonstre tratar-se de uma caução. O endossado tem direito a proceder á cobrança da letra e guardar a quantia até ao vencimento do seu crédito, devolvendo o remanescente, se for caso disso, ao endossante. O endosso que eventualmente faça, só pode ser um endosso para cobrança – artigo 19.º.
- **O endosso posterior ao protesto por falta de pagamento**⁹⁷ traduz-se (tem os efeitos de) numa cessão ordinária de créditos, ou seja, o portador já não está a coberto das excepções que eventualmente possam ser opostas a um portador anterior. O endossante não garante o pagamento, mas apenas a existência e exigibilidade do crédito – artigo 20.º.
- **Endosso com a cláusula “sem regresso”, “sem garantia”** ou outra semelhante é aquele em que o endossante se exonera quer da garantia do aceite, quer da garantia do pagamento, quer de uma e de outra ao mesmo tempo – artigo 15.º, I⁹⁸.
- **O endosso com cláusula “endosso proibido” ou “não à ordem”** ou semelhantes é aquele em que o endossante proíbe um novo endosso. O endossante, neste caso, não garante o pagamento àqueles a quem a letra venha a ser endossada – 15.º, II. Neste caso, a letra é transmissível pela forma e com os efeitos de uma cessão de créditos. No domínio do contrato de concessão de crédito ao consumo, nos títulos de crédito utilizados com função de garantia, deve ser aposta a cláusula “não à ordem” ou outra equivalente – artigo 11.º do DL. n.º 359/91, de 21.09.

⁹⁷ A lei fala em “endosso posterior ao vencimento”, mas logo esclarece que o que é relevante, porque diferente, é o endosso posterior ao protesto por falta de pagamento.

⁹⁸ O endossante pode exonerar-se apenas parcialmente (por exemplo: “sem regresso quanto a metade da soma indicada”)? – o endosso parcial é nulo (12.º, II), mas tem a ver com a ideia de incorporação e aqui a questão prende-se com o efeito constitutivo (que não translativo) da letra. Parece que se o endossante se pode eximir completamente, deverá poder fazê-lo parcialmente, até por maioria de razão. Acrescenta-se que, ainda assim, é o melhor modo de facultar a circulação do título: o endossante, caso contrário, sempre se iria exonerar na totalidade.

- **O endosso com a cláusula “sem despesas”** ou outra semelhante, o endossante dispensa o portador do ónus do protesto para o poder accionar (46.º, I). Neste endosso, ao contrário dos restantes, fica agravada a responsabilidade do endossante. É inconveniente para o endossante porque, não lavrado protesto, pode o portador exercer os seus direitos contra ele e ele, por falta de protesto, não o pode exercer para com os demais co-obrigados, ressalvado o aceite. Mas para o portador também não tem interesse, porque garantiu os direitos de acção contra os demais co-obrigados.

6.4 – O Aval

O aval é o negócio cambiário pelo qual um terceiro ou um signatário cambiário (avalista), garante o cumprimento da obrigação por parte de um (outro) obrigado cambiário (avalizado). Como diz o artigo 30.º, “o pagamento de uma letra pode ser no todo ou em parte garantido por aval. Esta garantia é dada por um terceiro ou mesmo por um signatário da letra”⁹⁹.

O aval pode ser parcial ou total e deve ser escrito na letra ou na folha anexa pelas palavras “bom para aval” ou equivalentes, deve indicar a pessoa por quem se dá e ter a assinatura do dador¹⁰⁰. O aval que não indicar a pessoa a quem se dá é considerado dado a favor do sacado; presunção inilidível (Assento de 1.02.1966), mesmo no domínio das relações imediatas.

Quanto ao efeito: o avalista responde da mesma maneira que a pessoa avalizada. A LU diz que se torna “responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada” (39.º), mas “a sua obrigação mantém-se, mesmo no caso da obrigação que ele assumiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma” (32.º, II)¹⁰¹. Em conformidade, a invalidade formal da obrigação subjacente não afecta a validade do aval, mas a invalidade formal da obrigação cambiária avalizada

⁹⁹ Torna-se claro que, se alguém é obrigado na letra, só é útil que seja avalista por um subscritor antecedente, pois só assim reforça a situação em que já se encontrava; não há utilidade prática que o aceitante seja dados de aval ao próprio aceitante, ou que o sacador o seja a favor de um endossante (Pinto Furtado, *Títulos de Crédito*, cit., ps. 153). No entanto, como refere Ferrer Correia, nem sempre assim é, pois o aval dado pelo sacador pode agravar a responsabilidade deste quando dado ao aceitante.

¹⁰⁰ Trata-se, então, do “aval completo”. O “aval incompleto”, por sua vez, pode revestir duas modalidades: o “abreviado” que é dado em qualquer parte da letra ou no alongue através da expressão “bom para aval” ou equivalente, seguida da assinatura do avalista, mas sem a designação da pessoa avalizada e o “aval em branco”, que é dado mediante simples assinatura do avalista, mas só é válido se for aposto na face anterior do título, não sendo a assinatura do sacador ou do sacado. Presume-se dado ao sacado (31.º, III).

¹⁰¹ É por ser assim que se diz que o aval é uma obrigação materialmente autónoma e formalmente dependente.

importa a nulidade do aval. Se, porém, a obrigação avalizada tiver sido paga, opera a excepção do pagamento. O avalista é um obrigado solidário (47.º, I) que não pode invocar o benefício da excussão prévia e é responsável como o afiançado; caso venha a pagar a letra, pode pedir o reembolso ao avalizado e a todos os que o antecedem na cadeia cambiária (32.º, III).

7 – RESPONSABILIDADE DOS DIVERSOS OBRIGADOS CAMBIÁRIOS

A ordem de pagamento, como se viu, é dada ao sacado. Este, pelo aceite, torna-se um obrigado em primeira linha (obrigado directo, como a lei o designa). Mas quem se obrigou em garantia do sacado (avalista), vincula-se do mesmo modo que ele (não podendo opor excussão prévia do seu garantido) e como ele pode ser individualmente demandado.

Também o sacador, ao endossar a letra, e cada qual dos sucessivos endossantes ao repetirem a ordem de pagamento em benefício de novo tomador, tornam-se simultaneamente garantes do acatamento da ordem e, cada um de *per si*, responsável pelo pagamento, se a ordem não for cumprida, não for honrada.

Qualquer um deles pode ser indiferentemente accionado pelo portador, sem ter de respeitar qualquer ordem de precedência (seja a de obrigado directo em face de mero garante, seja a linha de sucessão temporal).

8 – VENCIMENTO E PAGAMENTO; DOS JUROS CARTULARES

A ordem de pagamento que está inscrita na letra surge, desde a sua origem, com uma dilação de vencimento, relativamente à data de emissão (o que se chamava “*distantia temporis*”).

Aquando do tratamento dos “**requisitos secundários**” da letra (supra, ponto 3., segunda parte) já referimos serem várias as modalidades de vencimento (época de pagamento) previstas na lei: vencimento à vista; a certo termo de vista; a certo termo de data e vencimento num dia fixo. Assim, sob pena de escusada repetição remetemos para aquele local¹⁰².

¹⁰² Sem prejuízo de se aproveitar a oportunidade para este esclarecimento (que, de todo o modo, terá mais a ver com a actual realidade jurídica portuguesa): a normalização do papel de letra foi introduzida pelas Portarias 148/88 e 545/88, mas mostra-se imaginada apenas para as letras com vencimento em dia fixo, o mesmo voltou a suceder com a normalização estabelecida pela Portaria 28/2000, que se encontra em vigor. Tudo isto porque a área destinada à inscrição do vencimento contém os dizeres de ano, mês, dia. Assim, quem quiser adoptar um vencimento à vista, acerto termo de vista ou a certo termo de data terá de aproveitar aquela mesma área e escrever nela a opção pretendida (por exemplo: “a noventa dias de data”).

O vencimento da letra é a sua época de pagamento, não precisamente este, e deve constar do título (requisito secundário – artigo 1.º, IV). Porque é um requisito secundário, a falta é suprível e será suprida nos termos do artigo 2.º, presumindo-se que a letra é pagável à vista. As letras com vencimentos diferentes ou com vencimentos sucessivos são nulas – 33.º.

Diferente do vencimento, é o **pagamento**.

O pagamento da letra, no fundo, dá execução, dá cumprimento, à ordem emitida pelo sacador. Encontra-se disciplinado nos artigos 38.º a 42.º da LULL. O obrigado, através do pagamento “liberta-se” da sua obrigação cambiária, fica validamente desobrigado “salvo se da sua parte tiver havido fraude ou falta grave”.

Importa realçar *alguns aspectos relativos ao pagamento*:

- a) Antes do vencimento, o portador não é obrigado a receber o pagamento (40.º, I) e o sacado que a pagar – antes do vencimento – fá-lo-á de sua responsabilidade (40.º, II).
- b) Logo que vencida a letra (ou dentro dos limites dos prazos previstos, se for à vista) cabe ao portador¹⁰³ “apresentar a pagamento” (38.º, I).
- c) Se a apresentação a pagamento não for feita, o aceitante, o avalista (e, segundo parece, o sacado não aceitante), podem proceder à consignação em depósito da importância da letra; consignação à custa do portador e sob responsabilidade deste (42.º).
- d) A apresentação deve ser feita ao sacado (28.º, I) ou ao avalista (32.º, I), ainda que o portador possa exercer o seu direito de acção contra os demais co-obrigados (43.º).
- e) A apresentação a uma câmara de compensação equivale a apresentação a pagamento (38.º, II).
- f) A apresentação deve ser feita no dia em que a letra se vence ou num dos dois dias úteis seguintes (38.º, I).
- g) Há casos especiais, porém, em que a apresentação deve ser antecipada (43.º, IV): se houver recusa total ou parcial de aceite; se houver falência do sacado (aceitante ou não), suspensão de pagamentos ou execução sobre os seus bens; se houver falência do sacador, no caso de ser uma letra “não aceitável”.

¹⁰³ O portador é, já se sabe, o portador legitimado, isto é, o que pode justificar o seu direito por uma série ininterrupta de endossos, ainda que o último seja em branco.

- h) A apresentação a pagamento deve ser realizada no lugar de pagamento (cf., supra).
- i) O sacado ou o avalista que pague a letra pode exigível que esta lhe seja entregue com a pertinente quitação (39.º, I); se essa entrega lhe não for feita, poderá legitimamente recusar o pagamento.
- j) Antes de efectuar o pagamento, é obrigado a verificar a regularidade dos endossos, mas já não a das assinaturas dos endossantes (40.º, III).
- k) Dentro de certos condicionalismos, é permitido o pagamento por intervenção – 59.º, I – que habitualmente tem em vista evitar a acção recursória de que o portador poderá lançar mão, em face do não pagamento do obrigado directo, poupando despesas e o descrédito do obrigado de regresso. Este pagamento tem de ser da totalidade da importância e até ao dia seguinte ao último em que é permitido fazer o protesto por falta de pagamento (59.º, II e III), podendo ser interveniente um terceiro, o sacado ou alguém já obrigado (55.º, III)¹⁰⁴.
- l) O pagamento por intervenção documenta-se por um recibo do portador, exarado na letra. O recibo deve mencionar a pessoa em favor de quem se interveio e, na falta dessa indicação, presume-se que o pagamento foi feito pelo sacador (62.º, I).

Os juros

Já se viu anteriormente que o sacador pode estipular juros em certos tipos de letras. Esclareceu-se que se trata de juros remuneratórios. O artigo 48.º, n.º 2, fala de outros juros: “desde a data do vencimento”. Agora, trata-se de juros moratórios e o preceito diz que o portador os pode reclamar (contra quem exercer o seu direito de acção) à taxa de 6%.

O problema da taxa aplicável foi questão muito discutida na jurisprudência portuguesa: seriam devidos os juros à taxa de 6%, conforme resulta da Convenção subscrita pelo Estado Português e – habitualmente bem superiores – ou os que resultam da lei interna, os chamados juros legais?

¹⁰⁴ Não o sacado aceitante, que já é obrigado directo. Por terceiro não pode entender-se o representante legal ou voluntário do obrigado a quem a letra deve ser apresentada a pagamento. O interveniente pode apresentar-se a pagar por sua iniciativa (a) ou por iniciativa do sacador (b) e, em qualquer dos casos, se o pagamento for recusado pelo portador, este perde o seu direito de acção “contra aqueles que ficariam desonerados” – artigo 61.º. Se se apresentarem várias pessoas desejando intervir no pagamento será interveniente aquela que desonerar mais obrigados (63.º). Cf. ainda os artigos 55.º, III (obrigação de participação do interveniente); 63.º, I (direitos do interveniente pagador) e 62.º, II (entrega da letra e instrumento de protesto, se o houver, ao interveniente).

Os juros legais foram sendo sucessivamente alterados e, nos anos mais recentes foram descendo de 10% para 7% e actualmente são de 4% (Portarias 1171/95, 263/99 e 291/2003). A questão, como se imagina, era mais premente quando havia uma grande divergência de taxas, mas, de todo o modo, a questão jurídica deve ser pensada independentemente da concreta variação da taxa. Os tribunais tiveram soluções contrapostas, mas o Assento n.º 4/92 veio dizer que, *nas letras e livranças emitidas e pagáveis em Portugal é aplicável, em cada momento, aos juros moratórios a taxa que decorre do disposto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, e não a prevista nos n.ºs 2 dos artigos 48.º e 49.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças.*

Independentemente do valor (ou desvalor, em rigor) actual dos Assentos, o que a interpretação feita assento quer dizer é isto. Nas letras e livranças emitidas e pagáveis aqui, vale o juro legal interno, qualquer que seja o seu valor.

9 – PROTESTO

O protesto é – no direito cambiário – um acto formal, lavrado por notário, pelo qual se atesta a recusa ou incumprimento de determinada pessoa indigitada enquanto obrigado cambiário. A Lei Uniforme dá uma breve noção do protesto ao dizer (44.º, I) que *“a recusa de aceite ou de pagamento deve ser comprovada por um acto formal (protesto por falta de aceite ou falta de pagamento)”*¹⁰⁵.

A função do protesto (25.º, in fine) é servir para o portador conservar o seu direito de recurso contra os endossantes e contra o sacador; a falta dele, à contrário, não fará perder os direitos contra o obrigado directo (sacador – aceitante).

O protesto deve ser feito no cartório notarial da área ou domicílio indicado no título para aceite ou pagamento ou, faltando essa indicação, na do domicílio da pessoa que a devia aceitar ou pagar, incluindo a que for indicada para aceitar em caso de necessidade (aceitante por intervenção) – artigo 120.º do Código do Notariado¹⁰⁶. Se for desconhecido o sacado ou o seu domicílio o protesto deve ser feito na área onde se encontra o apresentante ou portador no momento em que devia ser feito o aceite ou o pagamento: se a letra foi emitida em várias vias ou se

¹⁰⁵ A este respeito, a Convenção admitia (Anexo II) que os Contratantes determinassem que os protestos nos seus territórios pudessem ser substituídos por uma declaração datada, escrita na própria letra e assinada pelo sacado, salvo no caso do sacador exigir, logo no texto da letra, que se fizesse um protesto formal. Portugal ratificou a Convenção sem se aproveitar desta faculdade e tem conservado o rigor legal dos instrumentos notariais de protesto. Por isso, em Portugal, o acto formal continua a ter carácter público.

¹⁰⁶ A forma ou modo como se faz o protesto encontra-se prevista nos artigos 119.º a 130.º do C. do Notariado.

dela se tiraram cópias (cf., supra, “vias e cópias”), o protesto deve ser realizado num cartório do domicílio da pessoa que for indicada como detentora do original¹⁰⁷.

O protesto deve ser recusado quando: – falte à letra algumas das menções enumeradas no artigo 1.º, não suprível nos termos do artigo 2.º; – a letra esteja redigida em língua que o notário não domine, se não for acompanhada de tradução. A apresentação depois de expirado o prazo legal não é fundamento de recusa.

Quanto aos prazos de apresentação: artigos 44.º II e III e 66.º e 68.º da LULL, 122.º e 121.º da C. Notariado. Jurisprudência. “o prazo do protesto por falta de pagamento de letra com pagamento em dia fixo é contado do termo de dois dias imediatos ao dia fixado” – STJ, 8.01.1985, BMN 343, ps. 343.

Em resumo, são as seguintes as hipóteses em que deverá ocorrer o protesto:

- a) recusa de aceite;
- b) omissão de data no aceite que deva ser datado (letra a certo termo de vista ou em que haja estipulação especial de apresentação a aceite em determinada data);
- c) falta de pagamento;
- d) suspensão de pagamentos do sacado (ou do sacador, no caso de letra não aceitável);
- e) execução sem êxito contra os bens do sacado (ou do sacador, no caso de letra não aceitável);
- f) falta de entrega ao portador legítimo de uma via de letra da via apresentada ao aceite;
- g) falta de entrega ao portador legítimo de cópia da letra do original respectivo.

Dispensa de protesto:

- a) não é necessário o protesto para exercer a acção cambiária contra o aceitante (53.º, II);
- b) nem contra o avalista do aceitante (conforme doutrina e jurisprudência maioritárias) – v. 32.º e 53.º, II;
- c) o protesto pela falta de aceite dispensa a apresentação a pagamento e o protesto por falta de pagamento – 44.º, IV;

¹⁰⁷ Sem embargo, as normas referidas e decorrentes da LU, são algo inócuas, pois o C. do Notariado permite que, dentro da área da sua jurisdição, os notários pratiquem todos os actos da sua competência material, “ainda que respeitem a pessoas domiciliadas ou a bens situados fora dessa área” (artigo 4.º, n.º 3 do C. do Notariado).

d) quando existe cláusula de dispensa de protesto – 46.º - “sem despesas”, “sem protesto” ou equivalente, aposta por um sacador, endossante ou um avalista.

Quando o protesto é devido, mas não é feito. Nesse caso, importa a perda do direito cambiário contra os garantes (estando excluído o aceitante e o seu avalista) – 53.º. traduz um excepção peremptória própria (artigo 496.º do CPC), invocável por via de embargos.

10 – DA ACÇÃO CAMBIÁRIA DECLARATIVA E EXECUTIVA

Vencida e não paga a letra, resta ao portador recorrer aos meios judiciais para exercer o direito cartular conferido pelo título. A esse exercício corresponde a acção cambiária, que reveste duas modalidades: acção cambiária directa e acção cambiária de recurso ou recursória¹⁰⁸. É uma acção judicial, que pode ser declarativa ou executiva e que se destina a fazer valer o direito cartular. Ter direito de acção é, no fundo, ter direito a recorrer aos tribunais.

Não existe hoje um processo especial para a acção cambiária¹⁰⁹; será um processo comum (em sede declarativa) com a forma a variar de acordo com o valor do pedido (artigo 462, n.º 1 do CPC). Só podemos falar de algumas particularidades, ou seja, o pedido de citação dos réus, nos termos do artigo 473.º e o facto de se proferir condenação provisória, nos termos do n.º 2 do artigo 491.º

A letra de câmbio também é um título executivo. Por isso, a acção que deve ser intentada é a acção executiva, se se mostrarem reunidos os requisitos para tanto. No CPC de 1876, as letras, livranças, cheques e outros documentos particulares não eram títulos executivos e só o passaram a ser com o Decreto n.º 3, de 29.05.1907, desde que não excedessem determinados valores. Daí em diante, sempre foram considerados títulos com força executiva, mas os requisitos bastantes a tanto foram variando ao longo do tempo: na versão inicial do CPC de 1967¹¹⁰, para ser título executivo, a letra tinha de ter a assinatura reconhecida por notário, devendo o reconhecimento ser presencial se o montante titulado fosse

¹⁰⁸ A doutrina distingue, desse modo, entre o obrigado cambiário directo (aceitante) e os obrigados de regresso (os restantes signatários), que se tornaram solidariamente responsáveis para com o portador (47.º, I). Atenda-se, no entanto, que esta terminologia não é completamente correcta, porque não assenta num verdadeiro “direito de regresso”; neste sentido, seria preferível deixar a expressão “acção de regresso” para a que, de acordo com o artigo 49.º, um subscritor não obrigado directo exerça em virtude de ter pago a letra como garante do pagamento.

¹⁰⁹ Diferentemente do que sucedia no domínio do Código do Processo Comercial.

¹¹⁰ A este respeito, confrontar o mesmo tema no III Capítulo da III Parte (cheques).

superior à alçada do tribunal de comarca (artigo 51.º); como nem sempre este requisito era cumprido, havia necessidade de prévio recurso à acção declarativa¹¹¹.

A acção pode ser proposta pelo portador (legitimado por uma cadeia ininterrupta de endossos) e contra todos ou cada um dos obrigados, contra quem, enquanto subscritor, esteja obrigado pela letra (47.º, I e II)¹¹². A causa de pedir é um título de obrigação assinado pelo réu ou réus (Alberto dos Reis, CPC anotado, III, págs. 67) e ainda o título (executivo) na execução. O tribunal competente é o do lugar em que por lei ou convenção a obrigação devia ter sido cumprida.

Distingue-se da acção cambiária a “**acção causal**”. Esta última é a resultante do negócio subjacente, da relação subjacente e ao incumprimento desta última corresponde, naturalmente, uma acção.

A condenação provisória ocorre nas acções baseadas num título de obrigação assinado pelo réu. Nelas, o autor pode requerer que o réu seja citado para confessar ou negar a firma (artigo 471.º do CPC). Ao ser citado para esse efeito, o réu deve, na sua contestação, declarar se confessa ou nega a firma, entendendo-se que a confessa se não fizer qualquer declaração (artigo 491.º, n.º 1 do CPC). Consoante a sua sucederá o seguinte: se o réu confessar a firma e negar a obrigação, será condenado provisoriamente no pedido, aquando do despacho saneador; se confessa a firma e a obrigação será, no mesmo despacho, condenado definitivamente no pedido; se nega ambas, firma e obrigação, regem as regras dos artigos 489.º e 490.º; se confessa a firma e nada diz quanto à obrigação, deve ser condenado provisoriamente, aquando do despacho saneador e o processo continua; a condenação provisória fica sem efeito se o réu vier a ser absolvido da instância; se o réu toma uma atitude dúbia, não confessa nem nega a firma abertamente, a firma têm-se por confessada.

¹¹¹ Em Portugal, depois de 1976, começou por deixar de se exigir o reconhecimento presencial e, a partir de 1985, sequer se exige o reconhecimento por semelhança. A letra de câmbio, por isso, desde que vencida e não paga, é título executivo, não só contra o sacado e o seu avalista, mas contra todos aqueles perante os quais o portador tem direito de acção (46.º, IV e IX e 47.º). Contra todos, o portador tem título executivo.

¹¹² Os subscritores são “solidariamente” responsáveis, como diz a lei, mas, em rigor, não se trata de uma verdadeira solidariedade: na letra não há uma só obrigação cambiária com pluralidade de devedores, há tantas obrigações, todas autónomas, quantos os subscritores cambiários. Podendo demandar quem entenda, é natural que o portador utilize o seu direito de acção contra o subscritor que ofereça mais garantias, reduzindo as dificuldades processuais inerentes ao eventual aparecimento na mesma acção de uma grande quantidade de obrigados. Sobre a possibilidade de um demandado accionado pelo portador poder chamar à acção outro co-obrigado, resolveu o Assento de 28.07.1981 que “em acção cambiária proposta contra o sacador da letra, pode este chamar à demanda, nos termos do artigo 330.º, alínea c) do Código de Processo Civil, o respectivo aceiteante”

11 – PRESCRIÇÃO CAMBIÁRIA

Todas as acções contra o aceitante prescrevem em três anos a contar do vencimento da letra de câmbio – artigo 70.º. As acções do portador contra os endossantes e sacador prescrevem em um ano, a contar do protesto feito em tempo útil ou da data de vencimento (no caso de letra “sem despesas”). As acções dos endossantes uns contra os outros e contra o sacador prescrevem em seis meses, a contar do dia em que o endossante pagou a letra ou em que ele próprio foi accionado. A prescrição contra o avalistar jurisprudência divergente sobre se a prescrição da letra atingia a obrigação correspondente à relação subjacente. O Assento de 8.05.1936 veio a estabelecer que é idêntica à da pessoa por quem prestou a garantia cambiária.

Chegou a existi “a prescrição a que se refere o artigo 339.º do C. comercial não abrange a da obrigação constante da letra” e, assim, resolveu a questão no sentido negativo¹¹³.

Outra discussão jurisprudencial foi a de saber se o instituto previsto no artigo 70.º devia ser considerado “prescrição” ou “caducidade”. O Assento de 30.06.1962 veio resolver a controvérsia e entendeu que “os prazos fixados no artigo 70.º da Lei Uniforme sobre letras de câmbio são de prescrição, sujeitos a interrupção, nos termos do artigo 552.º do Código Civil”¹¹⁴.

Também houve controvérsia, finalmente, na questão de saber se a “prescrição cambiária”, sendo de curto prazo, tem natureza presuntiva. No entanto, com o novo – e actual – Código Civil, a prescrição presuntiva é estritamente aplicável aos casos contemplados nos artigos 312.º a 317.º. por isso, hoje, a prescrição cambiária é, sem margem para dúvidas ou controvérsia, uma *prescrição extintiva*.

12 – ALGUMA JURISPRUDÊNCIA

- 1 – Constitui dação “*pro sovendo*” a subscrição de uma letra para, através da sua cobrança, ser pago um crédito do sacador sobre o aceitante proveniente da celebração de um contrato de compra e venda. Sendo nulo, por carência de forma, esse contrato de compra e venda, não subsiste, nas relações imediatas, a obrigação cartular – STJ, 11.12.1980.
- 2 – A letra de favor é válida e exigível; as letras de favor podem ser aceites por procuração – Rel. de Lisboa, 29.09.1992.

¹¹³ Ainda que o Assento tenha sido produzido a respeito de uma disposição do Código Comercial, tem-se entendido que a sua doutrina é válida no domínio da Lei Uniforme, por serem os mesmos os princípios contidos no artigo 70.º.

¹¹⁴ Código de Seabra, naturalmente. Agora, artigo 325.º do C. Civil. BMJ n.º 118, ps. 313.

- 3 – A falta de indicação do tomador obsta a que o respectivo escrito possa valer como “letra”, por omissão de um dos seus requisitos essenciais; nesta hipótese, tal escrito não pode funcionar como título executivo.
- 4 – O contrato de desconto bancário tem natureza formal, para cuja validade e prova é exigida a existência de um escrito que contenha a assinatura do descontário, embora tal possa ter a natureza de documento particular – **Assento do STJ de 11.10.1994.**
- 5 – Recai sobre o devedor o ónus da alegação e prova relativamente ao abuso do preenchimento – Rel. do Porto, 14.06.1994.
- 6 – Em acção cambiária proposta contra o sacador da letra, pode este chamar à demanda, nos termos do artigo 330.º, alínea c) do Código de Processo Civil, o respectivo aceitante – **Assento do STJ de 28.07.1981.**
- 7 – Mesmo no domínio das relações imediatas, o aval que não indique o avalizado é sempre prestado a favor do sacador – **Assento do STJ de 1.02.1966.**
- 8 – No domínio das relações imediatas, pode discutir-se se as obrigações cambiárias, como a resultante de aval, têm ou não natureza comercial; o artigo 10.º do Código Comercial não é aplicável ao outorgante em relação ao qual o contrato de compra e venda não é mercantil – **Assento do STJ de 27.11.1964.**
- 9 – Nas execuções fundadas em títulos de crédito, o pagamento das dívidas comerciais de qualquer dos cônjuges, que tiver de ser efeito pela meação do devedor nos bens comuns do casal, só está livre da moratória estabelecida no n.º 1 do artigo 1696.º do C. Civil, ao abrigo do artigo 10.º do C. Comercial, mesmo no domínio das relações mediatas, se estiver provada a comercialidade substancial da dívida exequenda – **Assento do STJ de 13.04.1978.**
- 10 – Nas letras e livranças emitidas e pagáveis em Portugal é aplicável, em cada momento, aos juros moratórios a taxa que decorre do disposto no artigo 4.º do DL. 262/83, e não a prevista nos artigos 48.º e 49.º da LULL – **Assento do STJ 4/92, de 13 de Julho.**
- 11 – Os prazos fixados no artigo 70.º da LULL são de prescrição, sujeitos a interrupção – **Assento do STJ de 12.06.1962.**
- 12 – A renúncia da prescrição permitida pelo artigo 320.º do C. Civil só produz efeitos em relação ao prazo decorrido até ao acto de renúncia – **Assento do STJ de 14.07.1994**
- 13 – Por força do disposto no artigo 71.º da LULL, aplicável por via do artigo 78.º, a interrupção da prescrição da obrigação cambiária contra o subscritor de uma livrança não produz efeito em relação ao respectivo avalista – **Assento do STJ 5/95, de 28.03.1995.**

IV – CAPÍTULO II – (A LIVRANÇA)

1 – A IDENTIDADE DE REGIME ENTRE LETRAS E LIVRANÇAS

Tudo quanto se foi referindo relativamente à letra tem para a livrança um significado relevante: distinguidas facilmente na definição, as letras e as livranças comungam essencialmente do mesmo regime e são fonte, grosso modo, das mesmas questões jurídicas. Em rigor, e desde logo por força da LULL, a livrança “vai buscar” à letra os traços sintomáticos do seu regime e, daí, também a generalidade dos problemas jurídicos mais pertinentes.

A LULL torna patente a realidade antes realçada: essa Lei Uniforme que, por nome próprio, é tanto das letras como das livranças, dispensa às primeiras setenta e quatro artigos e deixa para as segundas apenas quatro (artigos 75.º a 78.º), um deles (artigo 77.º), sintomaticamente, esclarecendo que “são aplicáveis às livranças, na parte que não sejam contrárias à natureza deste escrito, as disposições relativas às letras e respeitantes a: endosso; vencimento; pagamento; direito de acção por falta de pagamento; pagamento por intervenção; cópias; alterações; prescrições e dias feriados, contagem de prazos e interdição de dias de perdão (...)”. Esta remissão significa a imediata aplicação de quarenta e cinco artigos, daqueles referidos setenta e quatro. Mas o mesmo preceito, acrescente-se, nos seus seguintes parágrafos, manda atender a mais nove preceitos.

Resulta do que antes foi dito que a LULL, além deste importante preceito remissivo e do artigo seguinte (78.º) que aborda a responsabilidade do subscritor, apenas guarda mais dois para especificamente pensar as livranças: o artigo 75.º que enumera os seus requisitos; o artigo 76.º que trata das consequências da falta de (daqueles) requisitos.

2 – DEFINIÇÃO DE LIVRANÇA, SEUS REQUISITOS E CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DESTES

De modo simples, a livrança é um título à ordem, obedecendo a formalidades certas, pelo qual uma pessoa se compromete, para com outra, a pagar-lhe um certa importância em determinada data. Trata-se de um título “à ordem”, transmissível, por isso, por endosso e que é comprovativo de uma dívida, em rigor, de uma obrigação de pagamento.

É (e seguimos agora os dizeres do Acórdão da Relação de Lisboa de 23.04.1996 – Colectânea de Jurisprudência, 1996, tomo II, págs. 114) um documento particular que integra uma promessa de pagamento e tem natureza formal.

Enquanto a letra é uma ordem de pagamento, a livrança é uma promessa de pagamento, uma promessa pura e simples de pagar uma determinada quantia. A criação da livrança incorpora, desde logo, o comprometimento, o compromisso de pagar; por isso, na livrança não há aceite.

Relativamente à letra, a livrança tem uma estrutura mais simples: em lugar do sacador, sacado e tomador, na livrança aparecem o promitente (habitualmente apelidado de subscritor e, em alguns casos mas sem tanta precisão, igualmente de sacador) e o beneficiário da promessa. Porque assim, é forçoso que a livrança contenha o nome da pessoa a quem ou à ordem de quem deve ser paga e presume-se que, uma vez emitida, ela lhe será entregue; entregue ao beneficiário que, por essa razão, igualmente se apelida tomador.

Como se referiu a livrança é um título à ordem. Daí que o beneficiário, o tomador, o portador, a possa fazer circular numa cadeia cambiária (de sucessivos endossos) que funciona em termos similares aos que acontecem com as letras. A diferença relevante, anote-se, é a inexistência da figura do sacador, ao menos no seu sentido mais preciso, da pessoa que dá a ordem. Na letra, o sacador assume um papel fundamental, não apenas por ser quem decide e opera a emissão do título, mas, muito relevantemente, por ter uma especial posição de garantia que assume perante todos os ulteriores subscritores e, de certo modo, condiciona a intervenção cambiária destes. Na livrança, perante a inexistência desse papel fulcral, toda a responsabilidade (responsabilização) se polariza em redor do subscritor.

A livrança deve conter (ou seja, os seus requisitos são) de acordo com o artigo 75.º da LULL:

- a) a palavra “livrança” inserta no próprio texto do título e expressa na língua empregada para a redacção desse título;
- b) a promessa pura e simples de pagar uma quantia determinada;
- c) a época de pagamento;
- d) a indicação do lugar em que se deve efectuar o pagamento;
- e) o nome da pessoa a quem ou à ordem de quem deve ser paga;
- f) a indicação da data em que e do lugar onde a livrança é passada;
- g) a assinatura de quem passa a livrança (o subscritor).

Como se constata, observando o artigo 1.º e pensando – comparando – as letras, os requisitos enunciados são comuns a ambos os títulos, com duas exceções (além de uma outra, óbvia: enquanto a livrança tem de conter a palavra “livrança”, a letra terá de conter a palavra “letra”):

- 1 – Na livrança uma promessa de pagamento; na letra uma ordem de pagamento;
- 2 – O nome do sacado, exigido na letra, não tem correspondência na livrança.

O escrito em que faltar alguns dos requisitos antes apontados (cf. artigo 76.º) não produz efeitos de livrança, ressalvando as seguintes exceções:

- a) sempre que se não indique a época de pagamento, a livrança considera-se pagável à vista;
- b) quando não se indique o local de pagamento, considera-se como tal o lugar onde o escrito foi passado e este considera-se igualmente o lugar do domicílio do subscritor da livrança;
- c) quando se não indique o local onde a livrança foi passada, considera-se como tal o lugar designado ao lado do nome do subscritor¹¹⁵.

¹¹⁵ Alguma jurisprudência relativa às consequências da falta dos requisitos previstos no artigo 75.º da LULL:

1. A livrança que não tem indicada a época de pagamento é pagável à vista e vence-se no dia da apresentação (a pagamento), de acordo com a vontade do portador – Rel. de Lisboa, 03.12.1992, BMJ n.º 422.º, págs. 418;
2. O vencimento de uma livrança determina-se segundo os preceitos da LULL; se o título for omisso quanto á data de vencimento, passa a constituir uma livrança à vista que é pagável na data da sua apresentação; a partir desse momento de apresentação inicia-se o prazo de prescrição de três anos relativamente ao seu subscritor – Rel. de Lisboa, 17.12.1992, BMJ n.º 422.º, págs. 418.
3. Celebrado um contrato de empréstimo, na forma de abertura de crédito, e subscrita em cumprimento dele uma livrança de montante igual ao da quantia mutuada, mas com a data de vencimento em branco, não se deve concluir de imediato, sem mais, que essa livrança é pagável à vista. Não, ao invés: - porque se pretendeu garantir, por via executiva, como resulta do contrato (de mútuo) o que se mostrasse em dívida, espalhando-se a obrigação, vencível em prestações, por vários anos; - porque no domínio das relações deixam de funcionar, nas obrigações cartulares, os princípios da literalidade, abstracção e autonomia; e – porque a livrança em que falta a indicação da época de pagamento só é pagável à vista se no contrato de preenchimento assim ficar convencionado (o que neste caso não acontece), há-se entender-se que a mesma não tem aqui de ser apresentada a pagamento no prazo de um ano, bem podendo tal acontecer depois quando o mutuante, por incumprimento das obrigações por parte do mutuário (obrigação fundamental), rescindir o contrato e fixar nessa altura a data do vencimento da livrança, o que foi comunicado por carta – Rel. de Lisboa, 24.06.1993, BMJ n.º 428.º, págs. 662.
4. Emitida em Portugal uma livrança em que o subscritor designa a lei alemã como a aplicável, não funciona o reenvio que esta determina para a lei portuguesa; intentada a execução em Portugal, é pela lei portuguesa que se afere a exequibilidade do título; se o título constar de duas folhas, a assinatura do subscritor não tem de constar também da primeira; a verificação dos requisitos formais do título é de conhecimento officioso; as exigências de forma resultantes (apenas) da

A LULL não dispõe de qualquer preceito regulador da forma, modelo, impressão e cores que deve revestir o documento comprovativo da livrança

Antes da Portaria n.º 142/88, de 4 de Março (que aprovou um modelo oficial para as livranças) prescrevia o Regulamento do Imposto de Selo (artigo 118.º) que as livranças fossem passadas (emitidas) no papel (modelo) das letras.¹¹⁶

Antes, o DL. n.º 387-G/87, de 30 de Dezembro, deu (no seu artigo 1.º) uma nova redacção àquele artigo 118.º que passou a determinar: “o modelo das letras e livranças e suas características serão estabelecidas em portaria do Ministério das Finanças...”.

regulamentação do imposto de selo são formalidades de natureza fiscal que não afectam a validade ou a eficácia da livrança – Rel. de Lisboa, 27.01.1997, BMJ n.º 473.º, págs. 552.

5. Vale como livrança o documento de duas folhas, escritas apenas na face de cada uma, assinado pelo aceitante apenas no final da segunda folha, onde não está identificado o título do qual constitui prolongamento através do nome do subscritor, nome do beneficiário, data e local de emissão, data do vencimento e montante a pagar; isto porque o documento contém a declaração de 2º abaixo assinado se compromete a pagar”, seguida de cláusulas, a assinatura do subscritor na segunda folha, que está numerada com “2” e o texto é seguido e coerente – STJ, 02.07.1998, Actualidade Jurídica, Ano II, n.º 22, págs. 18.
6. Não deixa de valer como livrança e de constituir válido título executivo tipificado no artigo 46.º, alínea c) do Código de Processo Civil o escrito exarado em impresso de letras, desde que ele esteja provido de todos os requisitos enunciados no artigo 75.º da LULL; isto porque os modelos de livranças, criados pelas portarias que executam o Regulamento do Imposto de selo não têm a natureza de requisito essencial nos termos e para os efeitos dos artigos 75.º e 76.º da LULL – STJ, 03.12.1998, BMJ n.º 482.º, págs. 250.
7. Existindo tão-só uma discrepância entre a designação da sociedade executada e identificada como subscritora da livrança e a que consta de um carimbo apostado no lugar destinado à assinatura da subscritora (“10 do Freixieiro – prestação de Serviços, Lda.” e “10 do Freixieiro – Empresa de Prestação de Serviços, Lda.”), mas existindo, por outro lado, uma quase total coincidência entre o núcleo caracterizador da sociedade subscritora com a identificação feita no carimbo apostado no lugar da assinatura da livrança, tudo aponta para, no caso, se estar perante uma questão formal de identificação da sociedade subscritora da livrança, que não é causa de nulidade da obrigação avalizada – Rel. do Porto, 06.07.2000, Colectânea de Jurisprudência, 2000, tomo IV, págs. 176.

¹¹⁶ Nessa altura, se se aditava – como era habitual – a expressão “aliás livrança” à palavra “letra” constante do impresso, entendia-se que estavam satisfeitos os requisitos formais do título. Assim o entendeu o Ac. da Rel. de Coimbra de 27.09.1988. Porém, a mesma Relação (em Ac. de 01.07.1988) entendeu que se se mantinha a fórmula impressa, isto é, “pagará”, em lugar de “pagarei”, já o título não podia valer, justamente por não obedecer aos requisitos do formalismo cambiário. Este último Acórdão foi publicado na *Revista de Direito e Economia* (ano 13.º, 1987, págs. 313 e segs.) com entendimento favorável de Vasco Xavier e Maria Ângela Coelho (que acentuaram a promessa como requisito essencial da livrança). Oliveira Ascensão, ao invés, considera aquela solução altamente duvidosa, “por não ter devidamente a conta a injunção interpretativa legal que resulta de se mandar utilizar o impresso de letra” (Direito Comercial, volume III, Títulos de Crédito, Lisboa, 1992, págs. 239).

A normalização operada pela citada Portaria 142/88, conforme resulta do seu próprio preâmbulo, teve por finalidade possibilitar o tratamento informático do título. Nesse diploma, veio a distinguir-se as livranças tomadas por instituições bancárias das não tomadas por essas instituições que deveriam ainda conter todos os elementos que constituíam os elementos enunciados na Lei Uniforme. Logo de seguida, a Portaria n.º 545/88, de 12 de Agosto, eliminaria o n.º 2.2 da Portaria antecedente e deixou de fazer a distinção entre livranças tomadas e não tomadas por instituições bancárias e, ao mesmo tempo, aprovando o modelo de livrança para preenchimento em computador.

Depois da Portaria 1042/98, de 19 de Dezembro, que voltou a aprovar um novo modelo de letras e de livranças, vigora actualmente no sistema português a Portaria n.º 28/2000, de 27 de Janeiro, a qual veio a aprovar os novos modelos de letras e livranças e o modelo de requisição, de emissão particular (previsto no n.º 7 do artigo 30.º do Código do Imposto de Selo), tudo em conformidade com o n.º 2 do artigo 30.º deste Código, aprovado pela Lei n.º 150/99, de 11 de Setembro¹¹⁷.

Sem requerermos ser repetitivos, voltamos a dizer, para finalizar, que o **regime da livrança** é desenhado sobre o regime da letra. O artigo 77.º faz a enumeração das disposições aplicáveis, expressamente declarando que o são as que versam sobre:

- a) endosso;
- b) vencimento;
- c) pagamento;
- d) direito de acção por falta de pagamento;
- e) pagamento por intervenção;
- f) cópias;
- g) alterações;
- h) prescrições;
- i) dias feriados;
- j) contagem de prazos;
- k) interdição de dias de prisão.

Claro que – já se disse – todas as disposições para onde se remete são (apenas) aplicáveis “na parte em que não sejam contrárias à natureza deste título”. Esta circunstância obriga-nos a indagar, disposição por disposição, se ele se apresenta ou não conforme com a natureza da livrança.

¹¹⁷ O modelo actual tem que ver com a entrada em circulação do Euro e prevê (artigo 2.º) um formato, um texto geral, um texto adicional (... num sector superior esquerdo: a designação, iniciais ou o logotipo da entidade emissora/tomadora, cuja inserção poderá ser feita por qualquer tipo de impressão ou através de carimbo; no canto inferior direito, limitado entre o espaço reservado ao nome e morada do subscritor e a margem direita: a designação, em letra reduzida, sem o respectivo logotipo, da entidade fabricante dos impressos), o modo de impressão, as cores, as tintas e o papel.

O artigo 78.º, II, contém uma regra especial: as livranças pagáveis a certo termo de vista devem ser presentes ao visto dos subscritores nos prazos fixados no artigo 23.º. Trata-se da aplicação do regime da letra, mas sem referência ao aceite, aqui inaplicável. Nos termos do mesmo preceito, o termo de vista conta-se desde a data do visto dado pelo subscritor e a recusa do subscritor a dar o seu visto é comprovada por um protesto (artigo 25.º), cuja data serve de início ao termo de vista.

Trata-se aqui de um novo protesto (Oliveira Ascensão, ob. cit., págs. 242), o protesto por falta de visto na livrança, equivalente (paralelo) com o protesto por falta de aceite, previsto para as letras no citado artigo 25.º.

A propósito da **responsabilidade do subscritor**, deixamos os dizeres do Ac. do STJ de 24.10.2002 (Colectânea de Jurisprudência/STJ, ano 2002, tomo III, págs. 122): “Antes de mais, dispõe o art. 78.º da LULL que o subscritor de uma livrança é responsável da mesma forma que o aceitante de uma letra. Assim, encontrando-se o sacado aceitante de uma letra obrigado a pagá-la à data do seu vencimento, também o subscritor da livrança se encontra obrigado a pagar esta à data do respectivo vencimento. São eles os devedores principais, respectivamente da letra e da livrança, pois são eles quem assume o compromisso inicial de efectuar o seu pagamento, não tendo, enquanto tais, direitos para com outrem, não podendo exigir de outrem qualquer pagamento com base em tais títulos. Por outro lado, o art. 77.º dispõe, além do mais, que são aplicáveis às livranças as disposições relativas ao aval e o art. 32.º determina que o dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada, acrescentando que, se o dador de aval paga a letra, fica sub-rogado nos direitos dela emergentes contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados para com esta em virtude da letra. É este último dispositivo que fixa os direitos do avalista que paga a letra ou a livrança. Assim, sendo o aval colectivo, face à lei cambiária nenhum direito de regresso cabe a um avalista de aceitante de letra ou de subscritor de livrança que a pague, em relação a algum seu co-avalista. Isto porque, pagando, apenas fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra ou da livrança contra o avalizado e contra os obrigados para com este em virtude do título. Ora, o avalizado, na hipótese dos autos, é a sociedade subscritora da livrança e não o réu; este, bem como os demais avalistas da subscritora, é mero garante desta, não sendo portanto obrigado para com ela mas para com os sucessivos portadores da livrança em relação aos quais a subscritora também fosse obrigada (ditos arts. 30.º e 32.º)”.

V – CAPÍTULO III – (O CHEQUE)

1 – INTRODUÇÃO

1.1 – A importância económica do cheque. A evolução histórica

O cheque é um título de crédito, mas, muitas vezes, é igualmente apelidado de “título bancário”, realçando-se claramente a ligação estreita que existe entre o título e a actividade bancária. A sua importância económica não deixa de estar interligada a essa realidade, seja em razão do crescente acesso dos particulares aos serviços bancários, nomeadamente permitindo o depósito e movimentação de dinheiro, seja por força das possibilidades de compensação entre bancos, permitindo a obtenção de liquidez sem necessidade de movimentação de numerário.

A primeira vantagem deste título é, com efeito, a comodidade e a segurança que resultam da possibilidade de se efectuarem pagamentos sem real entrega de numerário. Tal vantagem, sendo certo que beneficia, desde logo, o depositante particular, hoje em dia a generalidade dos cidadãos, constitui igualmente uma mais valia para o conjunto da actividade económica, desde logo pela velocidade que aquelas comodidade e segurança permitem.

Mas – igualmente se começou por dizer – o cheque apresenta-se também como vantajoso para a actividade bancária enquanto instrumento de compensação que possibilita, por efeito da mera escrituração de contas correntes, uma veloz liquidação de créditos e débitos entre os bancos. O cheque serve, desde modo, o propósito de o dinheiro não ter de “sair fora” dos bancos, concentra-o e, nessa concentração, permite a estas instituições o desenvolvimento dos seus variados serviços, mormente a possibilidade de intermediação de crédito.

É verdade que, neste último aspecto, outros meios, especialmente outros meios de pagamento, permitem alcançar o mesmo propósito (por exemplo a transferência bancária e, em moldes semelhantes o cartão de crédito), mas tal não afasta aquela utilidade e importância do cheque, apenas com ela concorre.

Naturalmente que, naquela concorrência, ou seja, perante a ampliação e difusão de outros meios e modos de pagamento, o cheque tenderá a perder alguma da sua importância anterior. Desde logo, será quantitativamente menos expressivo.

A propósito desses novos meios, os últimos tempos têm sido pródigos em novidade e em crescimento. Seguindo o exemplo português, que não tendo sido dos primeiros apresenta um desenvolvimento que o não coloca nos últimos, diremos que os pretéritos vinte anos representaram um crescimento e um desenvolvimento consideráveis: eles são consequência directa do progresso das telecomunicações e traduzem-se no uso das transferências bancárias, nos pagamentos automáticos, nos cartões de débito automático, nos cartões de crédito ou no porta moedas Multibanco. A compra na internet, a prestação de serviços bancários pelo telemóvel e muitas outras possibilidades já estão longe de serem meras hipóteses, são realidades do dia a dia e de uso cada vez mais frequente.

A propósito destas novas realidades, do comércio electrónico e deste mundo global, já se deixou escrita alguma coisa. Nesta ocasião, pretendemos realçar, tão só, o efeito que as novas realidades trazem ao valor (quantitativo) de circulação do cheque.

As transacções com cartões de débito e de crédito já ultrapassaram em larga escala as transacções feitas com cheques. É certo que a utilização dos cheques ainda atinge elevados números (dos mais elevados a nível europeu), mas de 1999 para 2000 emitiram-se menos 3,6 milhões de cheques (279,9 milhões em lugar de 283,5 milhões) e a tendência só tem sido essa: entre 1990 e 2000, os terminais de pagamento automático cresceram de 2.672 para 91.285 e no final daquele último ano já circulavam mais de 3 milhões de cartões de crédito¹¹⁸.

A título de exemplo, a importância percentual (relativa) dos meios de pagamento no ano de 1996, considerando Espanha, Reino Unido, Finlândia, Alemanha e Portugal e considerando, por outro lado, cheques, cartões, transferências e débitos directos, era a seguinte: Espanha – 13,5; 19,3; 15,2 e 44,1. Reino Unido – 33,1; 28,9; 19,9 e 18,1. Finlândia – 0,5; 35,9; 59,9 e 3,2. Alemanha – 6,4; 4,2; 49,2 e 40,2. Portugal – 44,6; 33,3; 9,3 e 10,7¹¹⁹.

A origem histórica do cheque não é uma certeza: temporalmente falando, a origem é mesmo bastante incerta; geograficamente pensando, a incerteza já não é tão grande e existe um relativo consenso em colocá-la em Itália, se não enquanto local de criação, pelo menos enquanto lugar de divulgação¹²⁰.

¹¹⁸ Seguimos as palavras de Grumecindo Dinis Bairradas, *O Cheque Sem Provisão, regime jurídico civil e penal*, Almedina, 2003, págs. 19 a 21.

¹¹⁹ Quadro constante da conferência de Diogo Leite de Campos, A importância do cheque como meio de pagamento no sistema jurídico-económico português, in. *Novo Regime Penal do Cheque Sem Provisão*, Instituto do Direito Bancário, 1999, págs. 10.

¹²⁰ Há autores que consideram a história do cheque mais antiga que a da letra. O relativo consenso que aponta a Itália como “pátria” deste título atende, em especial, aos antecedentes identificados com as “cedula di cartulario” emitidas pelo Banco Ambrosiano e que permitiam aos clientes retirarem as quantias depositadas. O cheque era, assim, um instrumento de levantamento de fundos (Cf. Paulo Olavo Cunha, *Estudos de Direito ...* págs. 244/245).

A Inglaterra, no entanto, é apresentada como o verdadeiro local de desenvolvimento do cheque, ao menos enquanto ordem de pagamento. Muitos consideram que a própria designação tem origem no termo “exchequer bill”, ordem de pagamento dada pelo governante ao tesoureiro (“exchequer”), mas outros entendem que a origem etimológica mais correcta se encontra na palavra francesa “échecs” (xadrez).

Parece que o mais antigo assento legislativo sobre o cheque é o Código Holandês de 1938 e, em França, foi a Lei de 14 de Junho de 1865 que primeiramente disciplinou especificamente este título, lei logo completada por uma de 19 de fevereiro de 1874¹²¹. Em Inglaterra, o Bill of Exchange Act de 1882 definia o cheque como letra de câmbio sacada á vista de um banqueiro.

1.2 – A definição de cheque e as funções do cheque

Usando as palavras de Sofia de Sequeira Galvão, “no mundo de hoje, toda a gente sabe o que é um cheque¹²². Iniciados ou leigos, identificam-no com facilidade e reconhecem-lhe uma função própria. Recorre-se-lhe generalizadamente, sem reservas ou suspeições evidentes”¹²³. A autora, no entanto, não deixa de apontar o problema crescente dos cheques sem cobertura como ameaça às próprias estruturas daquele hábito generalizado. Por outro lado, como decorre do ponto antecedentemente abordado, a importância do cheque, ao menos na sua relevância quantitativa, tem vindo a decrescer na precisa medida em que crescem e se desenvolvem outros meios de pagamento.

O cheque é uma ordem dada por uma pessoa (sacador) a um banco (sacado), para que pague certa quantia, por conta dos fundos disponíveis. Trata-se de um título de crédito; refere-se a uma prestação em dinheiro e comunga de traços identificadores bem determinados: a incorporação da obrigação, a literalidade, a autonomia e a abstracção. A moderna caracterização do cheque é, assim, essencialmente funcional; surge como um privilegiado meio de pagamento que, com vantagem¹²⁴, permite dispensar o recurso a numerário (Sofia Galvão).

¹²¹ Antes da lei francesa, os cheques tinham a forma de recibo ou quitação e não de ordem de pagamento, porque as ordens de pagamento a uma taxa fiscal elevada. Libertando-o dessa taxa (imposto de selo) a Lei de 1865 veio a permitir que o cheque assumisse a forma universal de ordem de pagamento.

¹²² Em Espanha, cheque; em França chèque; na língua inglesa, check; em alemão, Scheck e em Itália, assegno ou assegno bancario.

¹²³ *O Contrato de Cheque*, LEX, Lisboa, 1992.

¹²⁴ A diminuição de riscos, ou seja, a segurança e o aumento da comodidade, como já se referiu.

O cheque (ou cheque bancário, como muitas vezes também é chamado) é o escrito datado e assinado que leva a denominação de “cheque”, através do qual uma pessoa ordena incondicionalmente a um banco ou instituição de crédito a tanto autorizada e onde tem provisão, que desembolse à vista, a quantia nele inscrita (J. Pinto Furtado).

O cheque é um título à ordem, sujeito a certas formalidades, pelo qual uma pessoa, que tem qualquer importância disponível num banqueiro, dispõe dela total ou parcialmente (J. Pires Cardoso).

É um título de crédito que como as letras, livranças e extractos de factura é englobado na designação de “títulos comerciais”, por ser, como os restantes, utilizado no comércio com o fim de permitir (entre outras suas finalidades) a fácil mobilização e circulação de fundos com garantia do crédito que nesses títulos se consubstancia. O cheque, porém, além de título de crédito, é um documento que traduz uma ordem de pagamento de determinada quantia, ordem dada por um depositante (sacador) a uma instituição de crédito (sacado) onde possui fundos a favor de entidade designada ou não no cheque. Ao materializar essa ordem, o cheque constitui-se num modo de pagar transacções e de regularizar dívidas; traduz-se, por isso, num meio de pagamento (Rogério Fernandes Ferreira¹²⁵).

O cheque é um título formal, completo e autónomo. Formal, porque deve obedecer à forma legalmente prevista e daí decorre a sua existência, validade e eficácia jurídica. Completo, porque bastante, por si mesmo, para realizar as funções que se lhe atribuem, independentemente, em princípio, da causa que lhe deu origem. Autónomo, pois tem vida própria, sendo causa de relações jurídicas típicas. É uma ordem de pagamento à vista, que alguém (sacador ou emitente) dá a um banco ou a uma instituição financeira que lhe seja equiparada (sacado), em favor próprio ou de terceiro (tomador, beneficiário, favorecido ou portador). O emitente deve ter fundos disponíveis em poder do sacado e estar autorizado a sobre eles emitir essa ordem, em virtude de contrato expresso ou tácito (Francisco Amaral¹²⁶).

O cheque é uma ordem sobre um banco para que pague ao emitente ou à pessoa inscrita como (último) beneficiário uma certa importância em dinheiro, à custa de fundos para o efeito disponíveis é um meio de pagamento que – como outros (ordem de transferência, cheques de viagem, diversos cartões) – se destina a substituir o uso de numerário na execução de pagamentos. Trata-se de um título

¹²⁵ Instituições e Técnicas das Empresas e do Comércio (lições policopiadas), Centro de Estudos Fiscais, Lisboa.

¹²⁶ Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. “O cheque no sistema jurídico-económico brasileiro”, *Novo Regime ...*, págs. 19 e 21.

que se diferencia da letra, por esta ser à ordem, e da livrança, que é promessa (Paulo Olavo Cunha¹²⁷).

O cheque é um título de crédito cambiário formal e abstracto; um documento que contém uma ordem de pagamento em dinheiro dirigida pelo sacador a um banco que tenha fundos seus disponíveis em conta. É um título “à ordem”, ou seja, circula por endosso e deverá ser pago ao sacador ou à sua ordem, ou seja, a ele próprio ou a quem ele o endossar, mais exactamente, a quem for do cheque portador legitimado por uma série ininterrupta de endossos, podendo o último ser em branco (Pedro Pais de Vasconcelos).

O cheque é um título cambiário, à ordem ou ao portador, literal, formal, autónomo, contendo uma ordem incondicionada, dirigida a um banqueiro, no estabelecimento do qual o emitente tem fundos disponíveis, ordem de pagar à vista a soma nele inscrita (Giorgio de Semo¹²⁸).

O cheque é um título, título-valor, capaz de ser configurado pelo emitente como um título de crédito nominativo (nominativo individual, de legitimação directa ou única, por contraposição aos títulos nominativos de massa do mercado de valores mobiliários), à ordem (endossável, capaz de transmissão real, quando endossado em branco) ou ao portador (sem indicação de beneficiário da ordem de pagamento contida no cheque, com legitimação conferida pela posse do título – legitimação real). Quando é emitido à ordem de uma pessoa determinada é considerado suplectivamente (quer dizer, na falta de cláusula “não à ordem” ou semelhante) um título à ordem.

Traduz, na sua essência, uma ordem de pagamento dada pelo emitente, sacador ou criador a um banco (sacado), habitualmente a favor de um terceiro (o tomador)¹²⁹, sendo o pagamento garantido exactamente pelo sacador e, normalmente, por conta dele.

Sobre **as funções do cheque**, já algo se foi avançando, mormente quando se deu conta da sua importância actual e da sua evolução histórica¹³⁰. Importa agora, muito sucintamente, apontar mais claramente essas funções.

¹²⁷ “O cheque enquanto título de crédito: evolução e perspectivas”, in *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1999, págs. 243 e segs.

¹²⁸ Apud Ferrer Correia e António Caeiro, “Recusa de pagamento de cheque pelo banco sacado e responsabilidade do banco face ao portador” in *Revista de Direito e Economia*, 1978, n.º 2, págs. 457.

¹²⁹ Ainda que não seja o mais habitual, o cheque pode ser sacado a favor do próprio sacador, para levantamento de (seus) fundos ou para posterior utilização por endosso.

¹³⁰ É importante distinguir, de todo o modo, a função do cheque da importância do cheque: se é certo que os cartões de crédito e as transferências manuais, numa primeira fase e os meios electrónicos de pagamento, em fase posterior, retiraram ao cheque alguma da sua relevância, as funções deste título de crédito continuam a ser essencialmente as mesmas, mesmo que quantitativamente menos utilizado.

Como se viu, o cheque é, antes de tudo o mais, um meio de pagamento. Um meio de pagamento que evita a transferência ou utilização directa do numerário (notas e moedas metálicas).

O cheque tem uma função económica relevante e funciona como instrumento de:

1. *levantamento de fundos* – é o modo de disposição, total ou parcial e em condições previamente acordadas, das importâncias (valores ou quantias) depositadas;
2. *pagamento* – ainda que seja um documento, ele pode ser utilizado directamente enquanto substituto da moeda¹³¹;
3. *compensação* – através da chamada Câmara de Compensação, o cheque permite liquidações recíprocas.

Mas, além daquelas funções directas, a tendência progressiva foi para o cheque ir desempenhando (quer pela sua maleabilidade, quer pela ausência de encargos) outras funções. Serão funções acessórias do cheque.

O cheque pode, com efeito, ter (acessoriamente) uma função de garantia¹³² da obrigação e uma função creditícia. No primeiro caso, garante-se determinado

¹³¹ Deve ter-se em atenção que, em rigor, a entrega do cheque não equivale a pagamento e a extinção da dívida depende da boa cobrança. Com efeito, o artigo 840.º do C. Civil esclarece que “se o devedor efectuar uma prestação diferente da devida, para que o credor obtenha mais facilmente, pela realização do valor dela, a satisfação do seu crédito, este só se extingue quando for satisfeito e na medida respectiva”. O cheque constitui, melhor dito, a entrega do cheque constitui, neste sentido, uma “dação pro solvendo” (em função do pagamento). A ideia de equivalência directa entre o cheque e a moeda não deixa de ser resultado da obrigatoriedade legal de aceitação de cheques em pagamento e, por outro lado, da existência de consequências penais decorrentes da emissão de cheques sem provisão.

A questão pode ser vista em outro prisma, agora o da Economia Monetária: o cheque é um meio de pagamento, mas no sentido de instrumento de pagamento. Com efeito, enquanto as notas e moedas e os depósitos à ordem são moeda ou dinheiro, o cheque ou o cartão de débito já são instrumentos de pagamento. O cartão de crédito, por sua vez, na sua forma original de linha de crédito aberta automaticamente, é também moeda.

¹³² A função de garantia deve ser entendida, com mais rigor, em dois prismas que, apresentando semelhanças, não são idênticos: num sentido mais estrito, o cheque-garantia (ou cheque de garantia) é aquele que é emitido para ser restituído ao sacador (devedor) depois deste pagar, em prazo e validamente, a sua dívida ou para, no caso contrário, continuar na posse do credor (beneficiário, portador) enquanto título executivo; num sentido mais amplo (e abrangendo, nos dias de hoje as situações mais frequentes), o cheque é usado “com a função de garantia” e corresponde a uma concessão de crédito pelo tomador pelo tempo correspondente ao deferimento da apresentação a pagamento. Os cheques de garantia ou como garantia são realidades que a LU não disciplina, pois sequer prevê. De algum modo, eles traduzem uma desvirtuação ou uma desconformidade à realidade pensada pela Lei Uniforme. Sem prejuízo de um melhor esclarecimento desta realidade, devemos deixar, desde já, duas notas: 1. quando a dilação do pagamento consubstanciada na colocação no cheque de uma data posterior se contém, ainda, dentro do prazo legal de apresentação do cheque, não há ou é irrelevante a falsificação dessa data, já que esta é de todo desnecessária; 2. nem sempre a colocação no cheque de uma data posterior significa o seu uso com funções de crédito (envio pelo correio, pagamento de mercadoria ainda não recebida ...)

pagamento através de um cheque antedatado; na segunda situação, o cheque é usado como meio de obtenção de crédito, permitindo a sua antecipação.

A utilização do cheque como meio de obtenção de crédito, de modo diverso ao pensado pela LU e de maneira em que se assemelha à letra, é uma realidade actual e que ocorre em muitos países. Negar essa sua nova função, seria não querer ver a realidade¹³³. No fundo, o mercado, o comércio e a generalidade dos utilizadores, transformam um determinado instrumento jurídico, adaptam-no a novas e diversas funções sempre que tal corresponde a uma necessidade social e sempre que essa transformação se revela vantajosa, seja por razões estritamente económicas ou por causa de uma maior comodidade de utilização. A facilidade de obtenção de cheques, a comodidade e simplicidade do seu uso e o menos rigor tributário, por comparação à letra, fazem ter como razoável a sua crescente utilização como modo de obtenção de crédito. Nessa (nova) utilização, o cheque substitui a letra (especialmente se estão em causa valores – totais ou parcelares – de menor monta) e realça a cada vez maior utilização desta (apenas) nos casos em que se pretende um “desconto” bancário.

Acresce que a própria utilização do cheque como instrumento de desconto bancário é cada vez mais habitual: hoje em dia, a concessão de crédito com a utilização do cheque pode acontecer (e acontece, frequentemente) no momento da emissão do título com a colocação de data posterior, mas também aquando da sua apresentação a pagamento, através de uma operação de desconto correspondente à imediata disponibilidade para o cliente do valor do cheque, antes de efectiva cobrança.

¹³³ Paulo Olavo Cunha considera, de modo expresso, que o cheque pós-datado (cf. nota 52, *infra*) foi introduzido na actividade social e económica “para substituir títulos de crédito adequados a titular créditos a prazo”. Lembrando que a letra não beneficia de tutela penal específica e que a sua utilização é agravada pelo imposto de selo (de que o cheque está isento), o autor dá conta da sua generalização ter encontrado especial justificação em ocasião de fortes limitações às vendas a prestações (estabelecidas no final da década de oitenta com vista a restringir um consumo que ameaçava disparar). E prossegue (Estudos de Direito, cit, págs. 252/253): “não importa aqui discutir até que ponto servem de instrumentos de prática de actividades de natureza criminosa, tais como a usura (crime de) e (de meios de) coacção desproporcionada sobre o devedor. E o que é um facto é que até muito recentemente, era prática corrente dos próprios bancos procederem ao desconto (adiantamentos sobre os cheques), gerindo directamente ou por sociedades com esse objectivo (factoring) a sua apresentação a pagamento”. O autor, dando conta do novo regime penal do cheque (vigorante em Portugal na sequência do DL. 454/91 e alterações operadas pelo DL. 316/97) ter retirado tutela ao cheque utilizado como garantia da obrigação, acrescenta que, na LU, nada impede a aceitação de um cheque pós-datado e a sua apresentação a pagamento antes da data nele aposta: nos termos do artigo 28.º da LU, recorde-se, o cheque é pagável á vista e, por isso, a data aposta no cheque como sendo a da sua emissão não tem (qualquer) relevância para efeitos de pagamento.

As novas utilizações do cheque são o resultado das aptidões nele encontradas pelo comércio e pela sociedade, em geral. Muitas delas, e mormente o seu uso para aquisição de crédito, foram apreendidas em momentos jurídicos (e históricos) onde, nem sempre com completo rigor, se criminalizava a utilização do cheque com data posterior. Hoje em dia, essa censura criminal não sucede em Portugal, como em outros países e tem tendência a não acontecer na generalidade deles. Com efeito, a lógica punitiva do crime de emissão de cheque sem provisão coaduna-se pouco (e, pensamos, cada vez menos) com uma utilização de garantia ou para pagamento em prestações. Libertado o cheque antedatado da censura penal, o seu desenvolvimento enquanto instrumento apto a novas realidades depende, como sempre, da actuação dos agentes económicos e da sociedade, naturalmente se os poderes públicos não decidirem disciplinar a nova utilização ou, ao invés, afastá-la, reconduzindo o título à pureza da pensamento da LU.

A este propósito, é interessante verificar que diversos países encararam de frente a realidade, ou seja, a existência e uso dos cheques pós-datado¹³⁴ e legislaram sobre o seu regime. A América Latina é um exemplo flagrante: O Uruguai, por lei de 1975, reconheceu e legalizou o cheque pós-datado (definindo-o como um instrumento que serve para documentar um crédito concedido ao sacador), mas concedeu-lhe protecção criminal. Essa protecção é manifestamente criticável (e, de facto, foi sendo criticada pelos juristas uruguaios) porque redundava na punição penal de um incumprimento obrigacional. A Argentina, por sua vez, por lei de 1995, mas já sujeita a alterações posteriores que dificultaram o respectivo uso,

¹³⁴ Cada autor usa a expressão que melhor considera. O seu uso, com efeito, depende apenas da perspectiva tomada: o cheque é pós-datado porque a data aposta é “posterior” à data (real) de emissão; o cheque é antedatado porque a data (real) de emissão é anterior à data aposta no título. Paulo Olavo Cunha (loc. cit) dá conta desta indeterminação terminológica que, além da doutrina, também ocorre na jurisprudência dos nossos tribunais superiores. Pretende, no entanto, que haja uma maior precisão terminológica, havendo que fazer a distinção destes cheques relativamente aos que levam aposta data anterior à da sua efectiva emissão. Propõe, por isso, que se use como critério de referência a emissão (efectiva) do cheque e, fundamentalmente, a sua colocação em circulação. Citamos: “Cheque pós-datado significa que a data inserida (constante) como data de emissão é posterior à data em que o cheque foi efectivamente sacado (por ex., em 26 de Novembro é emitido um cheque, entregue a terceiro, com a data de 16 de Dezembro). Cheque antedatado ou pré-datado significa que o saque é posterior à data constante do título como data de emissão (e consequentemente de vencimento). É um cheque cuja data nele aposta é anterior à da própria emissão. Por exemplo, no dia 26 de Novembro é sacado um cheque com a data de 6 de Novembro. Num caso e noutro, a emissão do cheque constitui a referência ou denominador comum (...). No cheque pós-datado o sacador pretende que o cheque só venha a ser apresentado a pagamento na data nem constante como data de emissão, não obstante esta ter ocorrido efectivamente em data anterior, no cheque pré-datado o sacador terá, eventualmente, a intenção de esgotar o prazo de apresentação a pagamento, se inserir uma data de tal modo anterior á do saque que venha a impedir que o título venha a ser apresentado ao banco até ao final do prazo de apresentação a pagamento” (*Estudos de Direito ...*, págs. 251, nota 26).

mormente em razão da necessidade de registo, admitiu o “cheque de pagamento diferido”¹³⁵. No Brasil, para finalizar, a utilização do cheque pré-datado como instrumento de crédito é frequente e é interessante observar como o mundo jurídico acompanha esse uso: sem nunca o disciplinar, o Banco Central do Brasil decidiu proibir, em 27 de Abril de 1995, a realização de operações de crédito garantidas com cheques e de desconto de cheques. Tratou-se da Resolução n.º 2.154 que, sem nunca referir esse nome, inequivocamente se referia aos cheques pós-datados (pré-datados ou antedatados). Só que, em 23 de Janeiro de 1997, através da resolução n.º 2.352, o banco central revogou a Resolução n.º 2.154¹³⁶. E o Banco Central do Brasil, sem o dizer ... reconheceu os cheques pré-datados. Mesmo a terminar: quer a doutrina quer a jurisprudência brasileiras entendem que o cheque pré-datado, mesmo que o seu pagamento não seja honrado, não constitui tipo legal de crime, não tem censura penal.

1.3 – Tipos de Cheques

Independentemente das particularidades de cada país que assumem especial relevo na perspectiva penal ou, mais recentemente, nos modos de compreender as novas utilizações do cheque, este título encontra-se regulado pelo Mundo fora nos moldes previstos na Convenção de Genebra (LUch).

Mas, cada vez mais, os cheques assumem formas diversas, especiais ou particulares. Essas formas não são só diferentes modos de emitir, sacar ou fazer circular o título (à ordem, ao portador, etc.), mas também verdadeiros “tipos” de cheque. Vamos dar alguns dos exemplos mais frequentes:

- a) Traveller`s check (cheques de viagem) – cheque emitido por um banco ou grupo de bancos de um país, de quantia certa e em moeda de outro país de modo a que o comprador do cheque (que, ao comprá-lo, o assina) o possa mobilizar fora do país de emissão, cobrando-o através de nova assinatura que, para efeitos de controle, é comparada com a inicial;
- b) Cheque bancário – cheque sacado por uma instituição de crédito sobre outra, eliminando os riscos decorrentes de uma eventual recusa de pagamento e funcionando como uma via mais segura (mais segura que o cheque vulgar) para pagamentos fora do país;

¹³⁵ Definindo-o como a ordem de pagamento sacada a dias de vista, a contar da sua apresentação para registo numa entidade autorizada, contra a mesma ou outra na qual o sacador na data de vencimento deve ter depositados fundos suficientes à sua ordem em conta corrente ou autorização para girar a descoberto, dentro dos limites autorizados pelo sacado.

¹³⁶ Luiz Vicente Cernicchiaro, “cheque “pré-datado” no Brasil”, in. *Novo Regime ...* págs. 54 a 56.

- c) Cheque documentário – é normalmente um cheque bancário que constitui uma forma de pagamento à vista de transacções (habitualmente com o estrangeiro) a pagar contra a entrega de certos documentos (factura, conhecimento de embarque, apólice de seguro ...);
- d) Cheque postal (ou vales de correio) – é um cheque cobrável através dos serviços dos correios e que tem predominância em países como a Alemanha, a França ou a Áustria. O interessado deposita determinada importância numa estação dos correios e esta emite um título que se remete ao beneficiário, ficando este habilitado a levantar, por meio dele, a importância correspondente, no estabelecimento postal da sua localidade.
- e) Cheque cruzado – é um cheque que tem por finalidade evitar os riscos do extravio, já que, com o cruzamento, fica determinado que o pagamento é feito por lançamento em conta do beneficiário contra o depósito do cheque. O cruzamento do cheque opera-se na forma de duas barras paralelas que são traçadas no cheque. Existem duas espécies de cruzamento de cheque:
 - f) no “cruzamento geral” existem apenas as duas barras paralelas e o cheque (só) pode ser pago a um outro banco ou a um cliente do banco sacado;
 - g) no “cruzamento especial” o pagamento só pode ser efectuado ao banco indicado e este banco é o identificado entre (no interior de) as barras traçadas no cheque;
- h) Cheque visado – trata-se de um cheque previamente apresentado no banco sacado para que este o “vise”, assinalando que o cheque é “bom para pagamento”. O banco sacado actua, desde logo, cativando a importância constante do título e o beneficiário passa a ter a certeza que o cheque lhe será necessariamente pago quando for, mais tarde, apresentado à cobrança.
- i) Eurocheque – é um cheque cambiariamente igual a qualquer outro, mas que traduz uma convenção extracambiária entre sacador e sacado, pela qual o banco pagará o cheque até um montante determinado, desde que no seu verso tenha sido mencionado o número correspondente ao respectivo cartão e nas demais condições da convenção de eurocheque¹³⁷.
- j) Cheque avisado (parecido, mas diferente do cheque visado) – trata-se do que em que o sacador solicita ao banqueiro que avise determinada

¹³⁷ A convenção de eurocheque, tal como a convenção de visto, constitui um contrato a favor de terceiro e é irrevogável – Pedro Pais de Vasconcelos, “Garantias extracambiárias do cheque e negócios unilaterais: o cheque visado e o eurocheque”, in *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1999, págs. 285.

dependência para efectuar o pagamento do cheque, sem reservas. Os modernos meios de comunicação informática relegaram esta prática bancária: as despesas de correio e as facilidades concedidas pelos computadores facilitam o pagamento de qualquer cheque, sem ser avisado ou até sem ser visado, nos casos vulgares de comércio.

- k) Cheque normalizado – trata-se do cheque (documento) de uso corrente, com típico formato e iguais dizeres e tem em vista um melhor tratamento informatizado com a consequente melhoria de circulação, de registo e de controle.

Além destes casos que a prática tornou correntes (com maior ou menor desuso, de todo o modo), podiam ainda indicar-se outros cheques distinguíveis pelas suas particularidades:

- l) Cheques judiciais – trata-se de cheques bancários, no sentido corrente, emitidos pelos tribunais, mas que têm de ser recebidos até uma determinada data (fim do mês) neles indicada e sempre na Caixa Geral de Depósitos (no caso português, naturalmente);
- m) Cheque saque (moeda estrangeira) – trata-se de um cheque emitido sempre por um banqueiro, para liquidação directa em qualquer país. Mantém a facilidade do endosso vulgar e representa comodidade e segurança. Se o moeda for homónima, presume-se que se faz referência à moeda do lugar de pagamento;
- n) Cheque saque (moeda nacional) – cheque também emitido por um banqueiro sobre uma das suas filiais ou agências. Admite o vulgar endosso e concretiza uma transferência de fundos;
- o) Outros cheques de aquisição com finalidades específicas (cheque-refeição¹³⁸; cheque auto ...). este último, por exemplo, é um meio de pagamento eficiente e seguro e destina-se ao abastecimento da viatura.

Além dos já referidos e com directa previsão na própria Lei Uniforme, podemos acrescentar os seguintes:

- p) Cheque nominativo – não à ordem – artigo 5.º;
- q) Cheque nominativo – para levar em conta (só pode ser liquidado por lançamento de escrita) – artigo 39.º;

¹³⁸ Título que legitima o seu portador a pagar, com ele, o preço de uma refeição, tornando o fornecedor credor da respectiva importância junto do emitente que, pelo título, se obrigou a satisfazê-la.

- r) Cheque nominativo (pagável à pessoa mencionada ou à sua ordem);
- s) Cheque ao portador (identificando a pessoa à ordem de quem é passado e acrescentando-se a expressão “ou ao portador”) – artigo 5.º;
- t) Cheque ao portador (deixando em branco o destinatário) – artigo 5.º

2 – CONVENÇÃO DO CHEQUE E RELAÇÃO DE PROVISÃO

O cheque, como se sabe, é um título de crédito e, nesse sentido, é, além do mais, abstracto. Mas na base das relações abstractas encontram-se situações jurídicas causais. E o cheque supõe várias realidades:

- a) que existam fundos, ao dispor do sacador, num determinado banco;
- b) que (pré) exista um acordo (entre banco e sacador) pelo qual o banco permite a um seu cliente dispor dos (seus) fundos através de cheque;
- c) que exista (ainda) um acordo pelo qual fica estabelecido que a cobrança do cheque, pelo seu possuidor, se faça através de um banco.

À realidade referida em a) – existência de fundos em certo banco – chama-se **“relação de provisão”**.

A relação de provisão pode revestir formas bem diversas:

- depósito;
- abertura de crédito;
- conta corrente;
- desconto¹³⁹,

mas sempre tem de se caracterizar como uma disponibilização de fundos que estão na posse do banco.

Porque o cheque constitui um meio de pagamento, a provisão é um seu requisito interno e é pressuposto do seu normal desempenho. O banco paga ... porque há provisão.

¹³⁹ Trata-se de “Contratos Bancários”, realidades jurídicas que serão elucidadas em pormenor numa fase posterior desta acção de formação.

A hipótese mais corrente de constituir a provisão é, sem margem a dúvidas, pelo contrato de depósito, pelo depósito bancário que, em rigor, não sendo um verdadeiro depósito, já que a obrigação de devolver não o é de exactamente o que foi depositado, sim de outra soma da mesma espécie e quantidade e, por outro lado, permite a utilização pelo banqueiro, tem sido apelidado de “depósito irregular”.

Em termos económicos, toda a emissão de um cheque supõe a possibilidade do seu pagamento, pressupõe que o banco assegura o direito de crédito do sacador, disponibilizando os fundos bastantes ao pagamento do título¹⁴⁰.

A provisão é um pressuposto do normal funcionamento do cheque, mas não um pressuposto da sua existência ou da sua validade. Daí que a falta de provisão não invalide o cheque, independentemente do sacador poder incorrer em responsabilidade civil mesmo em responsabilidade penal. Dito de outro modo: o cheque sem provisão é – continua a ser – um cheque. Um cheque válido¹⁴¹.

No sentido antes apontado – e defendido – a provisão é (apenas) um requisito do cheque e pressuposto do seu normal funcionamento, mas não um elemento do seu conceito (no entendimento de seu pressuposto jurídico material), a relação de provisão é, isso sim, uma condição económica do cheque (entendido e explicado este como meio de pagamento).

Coisa diversa é a “**convenção de cheque**”, realidade também apelidada de “**contrato de cheque**”.

Primeira nota: convenção de cheque e “contrato de cheque”¹⁴² têm sido usados bastas vezes com o mesmo sentido e significado e só precisa de distinguir quem entenda que a convenção, em rigor, mais não é que uma simples estipulação, sem consubstanciar o conteúdo de um (novo) contrato autónomo¹⁴³.

Segunda nota: a convenção de cheque não se confunde (embora tal suceda muitas vezes) com o próprio cheque.

¹⁴⁰ Seguimos aqui (como, posteriormente, na abordagem da convenção ou contrato de cheque) e muito de perto, a lição de Sofia de Sequeira Galvão, *Contrato de Cheque*, cit, págs. 26 a 28 e 29 e segs.

¹⁴¹ Ainda que irregular. Note-se que a falta de um requisito substancial não afecta a validade do cheque, mas afecta apenas a sua regularidade. A existência e validade do cheque deve continuar a ocorrer, mesmo perante uma situação de falta de provisão, precisamente porque a tal obriga a tutela da confiança própria da circulação dos títulos e igualmente a protecção da boa fé do adquirente.

¹⁴² Em Itália chama-se-lhe “convenzione di assegno”, em França apelida-se “convention préalable” e em Espanha é chamada “pacto de disponibilidad”. Na Alemanha, por sua vez, é usada a palavra “Scheckvertrag” para se designar a mesma realidade.

¹⁴³ Assim entende, por exemplo, J. Pinto Furtado (*Títulos de Crédito – Letra – Livrança – Cheque*, Almedina, 2000, págs. 233 e 234). Diz o seguinte: “... no mais rigoroso enquadramento da realidade, a susceptibilidade de levantamentos por meio de cheque, não forma, portanto, o conteúdo de um novo contrato autónomo, mas uma simples estipulação (“convenção”) que corresponde a um elemento natural do contrato de abertura de crédito.

Sofia Galvão, ao invés (e conforme resulta do texto) usa expressamente “contrato de cheque” e Menezes Cordeiro não deixa de salientar a autonomia desta figura (Manual do Direito Bancário, 1998, págs. 488).

A convenção de cheque é, com efeito, o contrato (negócio jurídico), expresso ou tácito¹⁴⁴, pelo qual o depositante adquire o direito de dispor da provisão por meio de cheque, obrigando-se o banco a pagar cheques até ao limite da quantia disponível. O artigo 3.º da LU vem dizê-lo de modo claro: “o cheque é sacado sobre um banqueiro que tenha fundos à disposição do sacador e em harmonia com uma convenção expressa ou tácita, segundo a qual o sacador tem o direito de dispor desses fundos por meio de cheque. A validade do título como cheque não fica, todavia, prejudicada no caso de inobservância destas prescrições”.

A convenção de cheque é, do ponto de vista do seu regime jurídico, um acto complexo ou multifacetado, apresentando um conteúdo que se desdobra em variados direitos e deveres. Em moldes sucintos, poderíamos dizer que o cliente do banco (sacador ou emitente do cheque) tem:

- a) o direito de sacar, ou seja, o direito de dispor dos fundos por meio de cheque, o direito de sacar fundos, emitindo cheques;
- b) o dever de diligência, traduzindo-se no dever de verificar a conta e, por outro lado, no dever (de custódia) de conservação dos cheques e dar pronto conhecimento da sua perda, roubo ou extravio.

Por seu turno, o banco tem:

- a) o direito de lançar em conta a quantia paga e o direito a uma eventual remuneração pelo serviço que presta;
- b) o dever de pagamento (considerado o seu dever principal);
- c) os deveres de informação¹⁴⁵, de fiscalização¹⁴⁶, de rescisão da própria convenção (nos casos de indevida utilização dos cheques), dos deveres de verificação dos cheques, de não pagamento dos cheques “para levar em conta”, de informação específica sobre o tratamento dos cheques (especialmente sobre a pessoa do apresentante) e, ainda, o dever de observar a revogação do cheque (feita pelo cliente) e, em alguns casos, o dever de sigilo.

¹⁴⁴ A convenção ou contrato é, na maioria dos casos, tácito: traduz-se, na prática, na requisição pelo cliente de um ou mais módulos de cheques e na subsequente entrega destes pelo banco.

¹⁴⁵ Tanto a jurisprudência como a doutrina têm vindo a dar relevância à “pessoa da contraparte”. Tal dever, necessariamente maleável, significa que ele mesmo se intensifica e se torna mais extenso quanto mais inexperiente ou ignorante for o outra parte contratante.

¹⁴⁶ Tem-se entendido que o banco cumpre o seu dever contratual de fiscalização sempre que se convence, de modo que corresponda às exigências do trânsito em massa, que o título, na sua aparência externa, dá a impressão de ser verdadeiro. Atenta a configuração deste dever, é exigível que o exame da assinatura seja mais apurado quando estamos perante um cheque ao portador.

A convenção de cheque – repita-se – é um acordo celebrado entre o cliente e o banco; só por ele o banco fica obrigado a pagar os cheques aos eventuais beneficiários. Tudo se passa entre sacado e sacador; são eles as partes no contrato. Significa que qualquer incumprimento por parte do banco funda um direito de acção *apenas e só* por parte do cliente (sacador). O beneficiário não tem, por isso, qualquer direito face ao banco.

Tem, isso sim, porque a convenção de cheque se distingue do cheque, propriamente dito, a possibilidade de accionar o sacador (além de eventuais endossantes e avalistas).

Como contrato, negócio jurídico ou simples estipulação, a convenção de cheque pressupõe – e implica – um encontro de vontades. No entanto, o processo formativo deste acordo apresenta especificidades e uma delas, lodo à cabeça, traduz-se na habitual inexistência de uma verdadeira fase negocial preliminar. O contrato de cheque é um verdadeiro “contrato de adesão”.

Já se disse que a provisão era a condição económica do cheque. Pode afirmar-se, agora, que a convenção de cheque é a sua condição jurídica. Igualmente já se repetiu que se não deve confundir o cheque com a convenção de cheque. Com efeito, a propósito da natureza jurídica desta convenção, a maioria das vezes, vão-se buscar teorias que só têm razão de ser para a explicação do cheque, propriamente dito¹⁴⁷.

Quanto à convenção de cheque, parece que a sua natureza jurídica encontrará cabal significado em uma destas duas hipóteses: teoria do *contrato a favor de terceiros*; teoria do *contrato de mandato*.

No primeiro caso, o banco assumiria perante o seu cliente a obrigação de efectuar a prestação a favor do beneficiário (apresentante do cheque), estranho ao acordo. Nos termos do artigo 443.º do C. Civil, o banco seria o promitente e o sacador (cliente) o promissário¹⁴⁸.

Seguindo a segunda das teorias, entende-se que com a celebração do acordo o banco (mandatário) fica obrigado perante o mandante (cliente) a, por conta deste, praticar actos jurídicos, a pagar os cheques que lhe sejam apresentados¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Teorias como da cessão de créditos, da delegação, teoria da autorização e do mandato de pagamento. Cf. Sofia Galvão, *Contrato de ...*, cit., págs. 57.

¹⁴⁸ Críticas: o banco não assume qualquer obrigação perante o beneficiário do cheque; a teoria não consegue explicar cabalmente o pagamento de cheques ao próprio sacador; a faculdade de revogação não encaixa nas possibilidades de revogação da promessa, prevista no artigo 448.º do C. Civil.

¹⁴⁹ Cf. artigo 1157.º do C. Civil.

Esta construção – sem embargo das críticas que também lhe são feitas¹⁵⁰ – parece apresentar a vantagem de se ver o banco como um prestador de serviços. Serviços prestados no interesse do cliente, sendo que é essa actuação no interesse de outrem que melhor caracteriza a figura do mandato. Mandato sem representação, já se vê (artigo 1180.º do C. Civil): é o banco quem paga os cheques; por força da convenção de cheque, o banco obriga-se a pagar os cheques emitidos, mas é em nome próprio que o faz.

3 – A REVOGAÇÃO DO CHEQUE

A propósito da convenção do cheque e, com base nela, dos deveres do banco, já se referiu a revogação do cheque (dizendo-se que o banco deve observar a revogação). Por outro lado, esta figura também será melhor entendida se partirmos da ideia antecedente, a ideia de a convenção de cheque ser, juridicamente falando, um mandato sem representação.

A revogação de um cheque é a proibição do seu pagamento.

A Lei Uniforme refere, de modo claro, que “a revogação do cheque só produz efeito depois de findo o prazo de apresentação¹⁵¹” (artigo 32.º). Porque o refere, deixam de existir dúvidas quanto à viabilidade da revogação, naturalmente decorrido aquele prazo; sendo assim, a questão da revogação coloca-se em relação ao momento em que opera (ou pode operar).

Pode, então – pergunta-se – o sacador de um cheque ordenar ao banco de que é cliente para que não proceda ao pagamento do cheque emitido? E quando pode fazê-lo?

A questão mais pertinente, depois de lido o artigo 32.º da LU e a faculdade nele consentida é, mais precisamente, se pode revogar eficazmente o cheque mesmo no decurso do prazo para a sua apresentação.

¹⁵⁰ Não sendo a menor a de que o sacado, enquanto mandatário do sacador, contrata consigo mesmo.. parece, no entanto, que a crítica olvida a distinção entre mandato e representação e a existência, frequente no mundo empresarial, de figuras que são típicos mandatos sem representação (por exemplo, a comissão – artigo 266.º do C.. Comercial)

¹⁵¹ O cheque deve ser apresentado a pagamento dentro do prazo legalmente previsto (artigo 29.º da LU), ou seja, para os sacados e apresentados no espaço nacional, oito dias, não se contando o próprio dia da apresentação (cf. artigo 56.º).

Note-se a necessidade de não confundir a apresentação a pagamento com o depósito em conta. Este só corresponde àquela se o beneficiário depositar o cheque em conta aberta no banco sacado; de outra forma, o cheque terá de ser objecto de compensação e só esta operação corresponde á apresentação a pagamento.

Abram-se três possibilidades, pensando sempre que estamos durante o prazo de apresentação a pagamento:

- a) o banco está vinculado às instruções do cliente;
- b) o banco está vinculado ao cumprimento da obrigação decorrente da posição cambiária;
- c) o banco pode optar (optar por seguir ou por não seguir as instruções dadas pelo seu cliente).

A doutrina e a jurisprudência maioritárias seguem a possibilidade referida em a). Dito de outro modo, admitem a revogabilidade do cheque mesmo durante o prazo de apresentação a pagamento e ao contrário do que parece dizer o artigo 32.º, supra referido.

António Ferrer Correia e António Caeiro foram os relevantes obreiros dessa tese (em argumentação desenvolvida na anotação ao Ac. do STJ de 20.12.1977¹⁵²) e várias decisões jurisprudenciais a seguem:

- Ac. do STJ de 20.12.1977, BMJ n.º 272, págs. 217;
- Ac. do STJ de 10.05.1989, BMJ n.º 387, págs. 589;
- Ac. da Rel. de Coimbra de 16.02.1993, CJ, 1993, tomo I, págs. 51.

A ideia fundamental daqueles autores (seguida na sua posterior aceitação jurisprudencial) é a de que o banco não se obriga perante o portador, pois este (artigo 40.º) só tem acção contra o sacador, endossante e avalista. O portador não tem acção, direito de acção contra o sacado (banco), nem cambiária, nem de responsabilidade civil por facto ilícito. É que – e é mais um argumento – o beneficiário não participa na convenção de cheque e – finalmente – o cliente, o titular da conta – mantém plena disponibilidade sobre a provisão e pode dispor dela, sem embargo da sua responsabilidade pela falta de pagamento do cheque.

¹⁵² “Recusa do pagamento do cheque pelo Banco sacado; responsabilidade do Banco face ao portador”, in *Revista Direito e Economia*, 1978, tomo II, págs. 447 e segs. Em rigor, a ideia destes autores iniciou-se num parecer encomendado pelo Banco Nacional Ultramarino, parecer depois adaptado à anotação antes referida.

Alberto Luís (“o problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, tomo III, págs. 898 e segs.) entende que esta maneira de ver as coisas se tornou num arquétipo que tem durado, como se tivesse nascido cheia de razão, quando “não relevou o papel da actividade bancária de intermediação no crédito, nem a função de pagamento dos cheques que incumbe aos bancos sacados, nem o sentido da disciplina dos títulos de crédito que é o resultado de um mais intenso *favor creditoris* e de um correspondente sacrifício do devedor”

Crítica:

- o próprio texto do artigo 32.º: não impedindo, é certo, a revogabilidade do cheque no período de apresentação a pagamento, determina a sua ineficácia durante esse período;
- o artigo 16.º do Anexo II à Convenção que permitia a qualquer Estado ter-se reservado “a faculdade de, no que respeita aos cheques pagáveis no seu território, admitir a revogação do cheque mesmo antes de expirado o prazo de apresentação”;
- Portugal não fez aquela reserva, aceitando o sistema do artigo 32.º/1.

A hipótese referida em c) é defendida num Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (Parecer n.º 39/88, de 7 de Março de 1991, da autoria de Eduardo Lucas Coelho). Segundo este Parecer (inspirado na posição de Gian Antonio Micheli / Giorgio De Marchi, “L’assegno bancario”, in AAVV, Enciclopedia del Diritto, vol. III), o banco sacado não se encontra vinculado à revogação unilateral da ordem de pagamento, atento o disposto no artigo 32.º da Lei Uniforme, mas, por outro lado, não fica obrigado a pagar o cheque, uma vez que o portador não pode exigir dele (sacado) o pagamento com base no título de crédito “de que o sacado não é subscritor nem obrigado cartular”.

Sendo certo que a posição antecedente tem claro apoio na lei, diversamente da defendida por Ferrer Correia, igualmente está sujeita a críticas:

- não é certo que o sacado não seja um obrigado cartular, mesmo que a sua situação jurídica esteja condicionada à disponibilidade de fundos que cabe ao sacador assegurar;
- tal como na primeira hipótese, esquece-se que no cheque está sempre presente a tutela da confiança, a confiança de num meio de pagamento de uso generalizado e na sua circulação.

Finalmente, a possibilidade referida em b) leva em conta as críticas que já se assinalaram à hipótese precedente, pondera a letra da Lei Uniforme, seja o artigo 32.º, seja o artigo 16.º do Anexo II e acentua a necessidade de tutelar a confiança da circulação do crédito e a confiança que deve estar presente no cheque, enquanto meio de pagamento generalizado.

Neste entendimento (defendido de modo expresso por Paulo Olavo Cunha, *Estudos de Direito Bancário*, cit., págs. 258 e 259), o cheque, enquanto título de crédito, é irrevogável durante o prazo de apresentação a pagamento. Por isso, mesmo contra ordem expressa do cliente, o pagamento do cheque constitui uma obrigação do banco, se o título for apresentado no prazo e não houver (outra) causa que justifique comportamento diverso do sacado. Depois do prazo de apresentação, o cheque poderá ser pago (desde que não revogado).

Algumas decisões jurisprudenciais responsabilizariam o banco que se recuse, com fundamento em revogação, ao pagamento do cheque, dentro do prazo legal para este efeito:

- Ac. da Rel. do Porto de 24.04.1990, CJ, 1990, tomo II, págs. 238;
- Ac. da Rel. de Lisboa de 17.12.1992, CJ, 1992, tomo V, págs. 150.

Ainda dentro desta temática da revogação do cheque é oportuno referir que o sacado pode ser responsabilizado independentemente dela, nos casos em que injustificadamente se recuse ao pagamento e quando proceda ao pagamento de cheques irregulares. Já sabemos que o sacador é o primeiro responsável pelo pagamento do título; o banco, não sendo obrigado cambiário, deve, no entanto, pagar o cheque que lhe seja apresentado, salvo se provar que o portador não tem o direito de que se arroga. Relativamente às cautelas que deve ter para não pagar cheques falsificados, deve valer o parecer que não chegou a ser Assento: “A responsabilidade pelos danos resultantes do pagamento pelo sacado de um cheque em que foi falsificada a assinatura do sacador determina-se segundo os princípios gerais da responsabilidade civil, sendo assim, responsáveis por esse pagamento o sacador, o sacado ou mesmo os dois, consoante a culpa tenha sido daquele, deste ou de ambos”¹⁵³.

4 – A LEI UNIFORME RELATIVA AO CHEQUE – LUch

A LU (LUC ou LUch) regula de modo primordial o cheque enquanto título de crédito circulante. Conformam os cheques à ordem e ao portador como títulos circulantes e submete-os a um regime especial de tutela e rigor, permitindo a sua qualificação como títulos de crédito em sentido estrito, títulos dotados de fé pública¹⁵⁴.

O cheque tem funcionado e continua a ser considerado fundamentalmente, pela lei mas igualmente pelo comércio, um meio de pagamento. Um meio de pagamento a pronto ou imediato.

4.1 – Requisitos do cheque

Seguindo de perto a Lei Uniforme, enunciaremos na seguinte sequência os chamados “requisitos” do cheque:

- a) Inserção da palavra “cheque”. Trata-se de uma palavra sacramental, não deve ser substituída por qualquer outra e deve ser expressa na língua

¹⁵³ Mário de Brito, Cheques falsificados: responsabilidade pelo seu pagamento, BMJ, 205, ps. 104.

¹⁵⁴ Sem embargo, o regime cambiário igualmente se aplica, mesmo que parcialmente, ao cheque nominativo (emitido em nome de um tomador), igualmente se compreendendo no conceito de título de crédito que o C. Com. adoptou. No direito penal, por maioria de razão, este cheque acaba por ter a característica de documento dotado de fé pública.

utilizada para a redacção do documento. É inserta no próprio texto. É habitual que corresponda a uma fórmula “pague-se contra este cheque” e a moeda utilizável (“pague por este cheque Escudos”, em Portugal, antes do Euro; agora: “Pague por este cheque a utilizar em Euros”) – artigo 1.º/1 e artigo 1.º do Anexo II;

- b) Mandato puro e simples de pagar uma quantia determinada. O termo “mandato” significa ordem, ordem de pagamento (pague-se, pague, pagará, queira pagar ...). A ordem tem de ser pura e simples. Que significa? – que tem de ser incondicionada e incondicionável, que não pode conter qualquer condição, suspensiva ou resolutiva; tem de ser incondicional e independente de qualquer prestação. A ordem de pagamento é de uma soma determinada: expressa em dinheiro e em um montante explicitamente fixado¹⁵⁵ – artigo 1.º/2;
- c) Indicação do nome do sacado. Sacado¹⁵⁶ é quem deve pagar o cheque. É a quem se dá a ordem de (para) pagamento. A indicação do nome do sacado pode fazer-se em qualquer lugar do título, desde que não haja possibilidade de dúvidas; desde que fique claro a quem se dirige a ordem. É a lei de cada país que determina quem pode ser sacado;
- d) Indicação do lugar de pagamento. A indicação do local de pagamento pode ocorrer de um de dois modos: indicação directa, quando se designa no texto o lugar em que ele deve ser pago; indirecta, quando, por não haver indicação explícita, se considera lugar de pagamento o lugar designado ao lado do nome do sacado¹⁵⁷ – artigo 1.º/4 e artigo 3.º do Anexo II;

¹⁵⁵ Não pode ordenar-se o pagamento da factura tal, da dívida para com o senhor António, do saldo que a conta corrente apresenta em tantos dos tantos, etc. Atendendo ao disposto no artigo 36.º, o montante pode ser designado em moeda nacional ou em moeda estrangeira e por ser escrita por algarismos e por extenso (artigo 9.º). Note-se, por outro lado, que nem sempre o beneficiário tem direito a receber a importância constante do cheque: a LU permite que o sacador ou o portador proibam o seu pagamento em numerário. A importância inscrita no cheque só pode ser, neste caso, creditada, lançada em conta. Trata-se da cláusula “para levar em conta” ou outra equivalente – artigo 39.º.

¹⁵⁶ Quem pode ser sacado – artigos 5.º e 6.º. Pessoas fictícias – artigo 10.º

¹⁵⁷ Transcrevemos, desde já, o artigo 2.º da Lei Uniforme: “O título a que faltar qualquer dos requisitos enumerados no artigo precedente não produz efeito como cheque, salvo nos casos determinados nas alíneas seguintes.

Na falta de indicação especial, o lugar designado ao lado do nome do sacado considera-se como sendo o lugar de pagamento. Se forem indicados vários lugares ao lado do nome do sacado, o cheque é pagável no lugar primeiro indicado.

Na ausência destas indicações ou de qualquer outra indicação, o cheque é pagável no lugar em que o sacado tem o seu estabelecimento principal.

O cheque sem indicação de lugar da sua emissão considera-se passado no lugar designado ao lado do nome do sacador”.

- e) Indicação da data e do lugar onde o cheque é passado. Sem indicação de data o cheque é nulo (artigo 2.º), mas o cheque em branco é admissível (artigo 13.º). Não se pode indicar no cheque uma data impossível (31 de Junho, 30 de Fevereiro...)¹⁵⁸ – artigo 1.º/5;
- f) Assinatura de quem passa o cheque. Quem passa o cheque é quem o emite. É o sacador¹⁵⁹. Nos termos do artigo 6.º, o sacador pode passar um cheque à sua ordem ou por conta de terceiro, mas o sacador não pode sacar um cheque sobre si mesmo, “salvo no caso em que se trate de um cheque sacado por um estabelecimento sobre outro estabelecimento, ambos pertencentes ao mesmo sacador”. É permitido assinar o nome abreviado e os comerciantes devem assinar com a firma.

Algumas outras considerações¹⁶⁰ que de modo directo ou indirecto se ligam aos requisitos do cheque:

- pagamento do cheque em qualquer domicílio, desde que seja o do banqueiro – artigo 8.º;
- em caso de divergência de quantias escritas no cheque, vale a designada por extenso – artigo 9.º/1;
- se a importância for expressa várias vezes, valerá a menor das quantias – artigo 9.º/2;
- não transmissão aos outros signatários da invalidade de assinaturas – artigo 10.º;
- assinatura a rogo e título executivo – artigo 51.º, n.º 3 do CPC;
- cheque em branco – artigo 13.º.

4.2 – Transmissão do cheque

A transmissão do cheque encontra-se prevista no Capítulo II da Lei Uniforme e abrange os artigos 14.º a 24.º. Se nos lembrarmos das funções do cheque, da sua qualificação como meio de pagamento de uso generalizado e da sua propensão para a circulação, logo concluímos ser profundamente relevante aspecto. Aspecto que, mesmo de forma necessariamente sucinta, vamos de seguida considerar.

¹⁵⁸ Calendários diferentes: artigo 30.º.

¹⁵⁹ Cf. artigo 10.º. Cheques assinados por procurador – artigo 11.º.

¹⁶⁰ Para que o cheque seja considerado “cheque em branco” será necessário:

- a) a falta de algum requisito (que pode deixar de ser essencial);
- b) a assinatura de um obrigado cambiário, feita com a intenção de contrair uma obrigação cambiária;
- c) essa assinatura deve constar de um título que contenha a designação expressa de “cheque”.

Sinteticamente, os cheques, nos precisos termos do artigo 14.º, são transmissíveis:

- a) por via de endosso e
- b) com os efeitos de uma transmissão de créditos¹⁶¹.

São transmissíveis por via de endosso, os cheques estipulados pagáveis a favor de uma determinada pessoa, com ou sem cláusula expressa “à ordem”; são transmissíveis pela forma e com os efeitos de cessão de créditos, os estipulados pagáveis a favor de uma determinada pessoa, (mas) com a cláusula “não à ordem” ou outra equivalente.

O que é o endosso?

- é a declaração, expressa ou implicitamente exarada no título pelo transmitente (endossante) pela qual o ele (transmitente/endossante) transfere ao transmitendo (endossado) os direitos emergentes desse título;
- endossar é transferir para outro a propriedade do cheque com todas as suas garantias;
- Pelo endosso, quem transmite dá ao endossado – e posteriores portadores do título – uma garantia que se traduz numa responsabilidade subsidiária e solidária: a primeira porque fica obrigado ao pagamento no vencimento (caso ele não ocorra pelo devedor principal) e solidária porque o portador, verificada a hipótese de recusa de pagamento (pelo devedor principal) tem direito a exigir o pagamento a qualquer outro subscritor, escolhendo, apenas a algum ou a todos conjuntamente.

O endosso:

- não pode ser feito pelo sacado – artigo 15.º;
- pode ser feito a favor de qualquer pessoa, designadamente o sacador ou outro co-obrigado – artigo 14.º;

¹⁶¹ A cessão de créditos está prevista nos artigos 577.º e seguintes do C. Civil. Traduz-se, resumidamente, no contrato pelo qual o credor (cedente) transmite a terceiro (cessionário) a totalidade ou parte do seu crédito, independentemente do consentimento do devedor e desde que a cessão não seja interdita por lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor. Regime aplicável à cessão – artigo 578.º;

Proibição de cessão de direitos litigiosos – artigo 579.º (sanção aplicável – 580.º e excepções à proibição – 581.º).

A cessão de créditos implica a transmissão para o cessionário das garantias e outros acessórios do direito transmitido, desde que estes sejam separáveis da pessoa do cedente e na falta de convenção em contrário – artigo 582.º

Efeitos da cessão em relação ao devedor – artigo 583.º;

Garantias da existência do crédito e da solvência do devedor – artigo 587.º.

Além do endosso e da cessão, os cheques podem ser transmitidos por sucessão “mortis causa”, trespasse de estabelecimento, por doação e por execução forçada.

Penhora de títulos de crédito – cf. artigo 857.º do CPC.

- o endosso tem de ser puro e simples (sem qualquer condição suspensiva ou resolutiva que, a existir, se considera não escrita; tem de ser incondicionado e incondicionável) – artigo 15.º;
- o endosso parcial é nulo – artigo 15.º¹⁶²;
- o endosso ao portador pode valer como quitação. Nos termos do artigo 15.º, “o endosso ao portador só vale como quitação, salvo no caso de o sacado ter vários estabelecimentos e de o endosso ser feito em benefício de um estabelecimento diferente daquele sobre o qual o cheque foi sacado;
- o endosso deve ser escrito no cheque ou numa folha ligada a este (anexo)¹⁶³ e deve ser assinado pelo endossante – artigo 16.º;
- o endosso pode ser “completo”, quando se designa o nome do beneficiário do endosso e, neste caso, pode escrever-se em qualquer parte do cheque – artigo 16.º;
- o endosso pode ser “em branco” ou “incompleto”, numa de duas modalidades:
 - a) sem designação do beneficiário, quando se faz no título uma declaração de endosso, mas se omite a indicação do beneficiário;
 - b) consistente apenas na assinatura do endossante – é obrigatório, apenas neste caso, que a assinatura do endossante se escreva no verso do cheque ou no verso do anexo. O cheque endossado em branco converte-se num verdadeiro cheque ao portador – cf. artigo 16.º;
- existem casos em que o endosso não produz a sua normal eficácia transmissiva:
 - a) endosso por procuração – artigo 23.º;
 - b) endosso posterior ao protesto – artigo 24.º.
- o efeito do endosso consta do artigo 17.º:
 - a) transmite todos os direitos resultantes do cheque (ou seja, os direitos cambiários “incorporados” no cheque)¹⁶⁴;

¹⁶² Igualmente, a cessão parcial não é permitida.

¹⁶³ O anexo (também chamado “alongue”) é uma folha de papel que se cola ao cheque, habitualmente no sentido do comprimento, com a finalidade de nela escrever o que se mostrar necessário e quando o espaço do cheque (propriamente dito) já se encontra todo utilizado. Por ser um prolongamento do cheque, está sujeito às regras aplicáveis a este.

¹⁶⁴ O preenchimento pode ter lugar depois da morte, da falência ou da insolvência do endossante. Se o portador faz o preenchimento com o nome de uma terceira pessoa, a quem transmite o cheque, sai definitivamente do circuito cambiário (não figura no cheque como endossante). O portador só pode preencher o último endosso em branco (que o legitima), mas não outros endossos em branco, deixados por preencher em lugar anterior na cadeia de endossos (Cf. A. Vaz Serra, BMJ n.º 61, págs. 213).

- b) o portador do cheque com endosso em branco pode preencher o título, no seu espaço em branco, quer com o seu nome, quer com o de outra pessoa;
- c) pode endossar novamente o cheque: em branco ou a favor de outra pessoa, ou seja, pode exarar um endosso, completo ou incompleto, sem preencher a seu favor o anterior;
- d) pode, ainda, transferir o cheque a um terceiro sem preencher o espaço em branco nem o endossar.

Responsabilidade do endossante:

Salvo cláusula (estipulação) em contrário, o endossante garante o pagamento. Pode, no entanto, proibir um novo endosso. Neste caso, já não garante o pagamento às pessoas a quem o cheque for posteriormente endossado. A proibição de novo endosso pode ser feita pela cláusula “não à ordem” ou outra equivalente¹⁶⁵.

Além da (típica) cláusula proibitiva de novo endosso, antes apreciada, o endossante pode apor outras cláusulas no título cambiário (no cheque). Assim, por um lado, é-lhe possível exonerar-se do pagamento do cheque, utilizando a fórmula “sem garantia” ou outra fórmula a esta equivalente¹⁶⁶. Pode também apor no título a cláusula “sem protesto”, “sem despesas” ou outra equivalente. Não é uma cláusula privativa do endosso, mas pode ser aposta e igualmente modifica as consequências ou efeitos (normais) do endosso¹⁶⁷.

Outras notas:

- o **portador legítimo** (de um cheque endossável) é todo o detentor que justifique o seu direito por uma série ininterrupta de endossos, ainda que o último seja em branco – artigo 19.^o¹⁶⁸;

¹⁶⁵ Se a cláusula “não à ordem” é colocada logo pelo sacador fica proibido qualquer endosso (cf. artigo 14.^o). quando a cláusula é aposta por um endossante, o endosso fica vedado ao endossado imediato (e, por isso, aos “posteriores” que, em rigor, não existem ... por via de endosso); note-se, no entanto que mesmo com o endosso proibido, pode haver a transmissão do cheque segundo as regras da cessão.

¹⁶⁶ A cláusula “sem garantia” (ou, usando outras terminologias igualmente habituais, “sem responsabilidade”, “sem obrigação”) apenas aproveita ao endossante que a após e a exclusão dá-se em relação a todos os subseqüentes possuidores do cheque.

¹⁶⁷ Cf. artigo 43.^o.

¹⁶⁸ Trata-se de uma legitimação formal que faz concluir (presumir) que a pessoa legitimada é o portador jurídico do título, dito de outro modo, que é o verdadeiro titular do direito nele incorporado. A legitimação é de enorme importância na circulação cartular: por ela, o portador do título não precisa de provar o seu direito (admitindo-se, no entanto, prova em contrário).

- os endossos riscados são tidos como não escritos e não produzem qualquer efeito – artigo 19.^o¹⁶⁹;
- quando o endosso em banco é seguido de um outro endosso, presume-se que o signatário deste adquiriu o cheque pelo endosso em branco – artigo 19.^o. Pereira Coelho entende (no comentário ao artigo 16.^o da LULL) que se trata de uma presunção “*juris et de jure*”, que não admite prova em contrário. Vaz Serra é do mesmo entendimento¹⁷⁰.
- O endosso de um cheque ao portador torna o endossante responsável nos termos das disposições que regulam o direito de acção, mas não converte o título num cheque à ordem – artigo 20.^o.

Desapossamento e má-fé. Artigo 21.^o

Diz o artigo 21.^o: *“Quando uma pessoa foi por qualquer maneira desapossada de um cheque, o detentor a cujas mãos ele foi parar – quer se trate de um cheque ao portador, quer se trate de um cheque endossável em relação ao qual o detentor justifique o seu direito pela forma indicada no artigo 19.^o - não é obrigado a restituí-lo, a não ser que o tenha adquirido de má fé, ou que, adquirindo-o, tenha cometido uma falta grave”*.

Inoponibilidade de excepções ao portador. Artigo 22.^o

Segundo o artigo 22.^o: *“As pessoas accionadas em virtude de um cheque não podem opor ao portador as excepções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador ao adquirir o cheque tiver procedido conscientemente em detrimento do devedor”*.

5 – APRESENTAÇÃO A PAGAMENTO E ACÇÃO POR FALTA DE PAGAMENTO

Como se sabe, o cheque é pagável à vista. Qualquer menção em contrário deve considera-se como não escrita: artigo 28.^o. O mesmo preceito, no seu segundo parágrafo, diz que *“o cheque apresentado a pagamento antes do dia indicado como data da emissão é pagável no dia da apresentação”*. Ser pagável à vista significa, justamente, que é pagável logo que apresentado a pagamento.

O cheque é apresentado a pagamento pelo portador (cf., no entanto, artigo 35.^o) e é apresentado a pagamento ao sacado (artigo 3.^o) ou a uma Câmara de Compensação (artigo 31.^o).

¹⁶⁹ O endossante que pagou o cheque por recusa do sacado tem direito a riscar o seu endosso e os subsequentes, limitando assim a acção de regresso contra os endossantes anteriores – cf. artigo 47.^o.

¹⁷⁰ Cf. BMJ n.º 61, págs. 180 (nota 931).

Prazos de apresentação (artigo 29.º):

1. Cheque passado no país onde é pagável – oito dias;
2. Cheque passado em país diferente daquele em que é pagável:
 - a) os dois países situam-se no mesmo continente: vinte dias;
 - b) situam-se em continentes diferentes: sessenta dias;
 - c) passados num país europeu e pagáveis num país à beira do Mediterrâneo ou vice-versa consideram-se passados e pagáveis no mesmo continente (vinte dias).

A apresentação só pode fazer-se em dia útil (artigo 55.º). Se o último dia do prazo for feriado legal, o prazo prorroga-se até ao primeiro dia útil a seguir – artigo 55.º, II.. os dias feriados intermédios, note-se, já são compreendidos na contagem do prazo. A contagem do prazo para apresentação não compreende o dia que marca o seu início – artigo 56.º. Não são admitidos dias de perdão (artigo 57.º), no sentido de dias de graça, de favor ou de cortesia.

A acção por falta de pagamento (prevista no artigo 40.º).

Diz o seguinte, aquele preceito: *“O portador pode exercer os seus direitos de acção contra os endossantes, sacador e outros co-obrigados, se o cheque, apresentado em tempo útil, não for pago e se a recusa de pagamento for verificada:*

- 1.º - *Quer por um acto formal (protesto);*
- 2.º - *Quer por uma declaração do sacado, datada e escrita sobre o cheque, com a indicação do dia em que este for apresentado;*
- 3.º - *Quer por uma declaração datada duma câmara de compensação constatando que o cheque foi apresentado em tempo útil e não foi pago”.*

Ter direito de acção é, no fundo, ter direito a recorrer aos tribunais. O portador de um cheque não pago tem esse direito. Tem esse direito contra qualquer das pessoas obrigadas. Pode proceder contra elas, todas elas ou qualquer delas; individual ou colectivamente e sem necessidade de observar a ordem pela qual elas se obrigaram.

A acção cambiária – é dela que falamos - segue o processo comum: a lei adjectiva (o Código de Processo Civil) não tem nenhum processo especial para as causas baseadas em títulos cambiários. Sequer algumas particularidades dessa “acção cambiária” lhe conferem natureza especial. As particularidades são:

- a) o pedido de citação dos réus, nos termos do artigo 473.º;
- b) o facto de se proferir condenação provisória, nos termos do n.º 2 do artigo 491.º

Atendamos ao seguinte, no que a esta acção respeita:

- A acção pode ser proposta – pelo portador.
- A acção pode ser proposta – contra os endossantes, sacador e outros co-obrigados (todos os signatários do cheque capazes de se obrigar, ou, nos casos de procuração na assinatura, os mandantes ou dadores da ordem por conta de quem o cheque foi assinado).
- O pedido: artigo 45.º;
- A causa de pedir é um título de obrigação assinado pelo réu (Alberto dos Reis, CPC anotado, III, págs. 67); é a assinatura (STJ – 13.21950, BMJ n.º 84, págs. 156);
- O tribunal competente é o do lugar em que por lei ou convenção a obrigação devia ter sido cumprida;
- Forma do processo: comum (STJ – 11.03.1960, BMJ n.º 95, págs. 273).
- Prescrição – artigo 52.º.

Distingue-se da acção cambiária a “**acção causal**”. Esta última é a resultante do negócio subjacente; do negócio que determinou a obrigação (autónoma) cambiária. A não apresentação a pagamento do cheque, em tempo útil, bem como a falta de verificação da recusa de pagamento, faz com que o portador perda a acção cambiária. Conserva, no entanto, as que têm como fundamento a obrigação fundamental (subjacente) e a (acção) de não enriquecimento¹⁷¹ o mesmo sucede se a acção cambiária estiver prescrita ou se faltar ao cheque algum requisito essencial.

Igualmente se distingue a “**acção executiva**”.

A acção executiva deve ser usada sempre que o título tenha força executiva (artigo 46.º, al. c) do CPC). Para que o cheque tenha força executiva é preciso que a assinatura do devedor esteja reconhecida por notário:

- a) com reconhecimento por semelhança se o montante do cheque é igual ou inferior à alçada do tribunal de comarca;
- b) com reconhecimento presencial, nos casos em que a quantia é superior;
- c) nos casos de assinatura a rogo “quando o termo de reconhecimento da assinatura do rogado contiver, em especial, a menção de que o rogante sabia e podia ler o documento ou de que este lhe foi lido e o achou conforme a sua vontade”.

A imposição de reconhecimento, antes referida, resulta do artigo 51.º, na redacção anterior ao DL. 242/85, de 9 de Julho e que, em Portugal, teve início de vigência em

¹⁷¹ Artigo 473.º e segs. do C. Civil.

1.10.1985. Com este diploma legal, foi eliminado, como requisito de exequibilidade, a necessidade de reconhecimento notarial da assinatura do devedor nas letras, livranças e cheques, mesmo quando o montante da dívida constante do título exceda a alçada da Relação, assim se evitando numerosas acções declarativas, que se tornaram desnecessárias. Note-se que ao executado fica sempre aberta a possibilidade de deduzir embargos.

A “condenação provisória”

Nas acções baseadas num título de obrigação assinado pelo réu, o autor pode requerer que o réu seja citado para confessar ou negar a firma (artigo 471.º do CPC). Ao ser citado para esse efeito, o réu deve, na sua contestação, declarar se confessa ou nega a firma, entendendo-se que a confessa se não fizer qualquer declaração (artigo 491.º, n.º 1 do CPC).

Consoante a atitude do réu, sucederá o seguinte:

- a) se o réu confessar a firma e negar a obrigação, será condenado provisoriamente no pedido, aquando do despacho saneador;
- b) se confessa a firma e a obrigação será, no mesmo despacho, condenado definitivamente no pedido;
- c) se nega ambas, firma e obrigação, regem as regras dos artigos 489.º e 490.º;
- d) se confessa a firma e nada diz quanto à obrigação, deve ser condenado provisoriamente, aquando do despacho saneador e o processo continua; a condenação provisória fica sem efeito se o réu vier a ser absolvido da instância;
- e) se o réu toma uma atitude dúbia, não confessa nem nega a firma abertamente, a firma têm-se por confessada.

O preceito em apreço (artigo 491.º do CPC) deixou de vigorar em Portugal, com a última reforma do processo civil.

6 – PROTESTO POR FALTA DE PROVISÃO E POR IRREGULARIDADE DE SAQUE

Já se disse anteriormente que o direito de acção do portador (contra endossantes, sacador e outros co-obrigados) depende do não pagamento do cheque apresentado em tempo útil e da verificação da recusa de pagamento. Esta verificação pode ser feita, além do mais, por um acto formal: o protesto.

O protesto (declaração que acautela ou proclama um certo comportamento, nos dizeres de Manuel de Andrade) é o acto pelo qual se faz comprovar e certificar a falta de pagamento. Este acto formal conserva, no direito português, o seu carácter de acto público, de acto autêntico, já que tem de ser realizado por notários.

O protesto:

- deve ser feito antes de expirar o prazo para apresentação (o que inclui o dia útil seguinte, quando o cheque é apresentado no último dia do prazo);
- a dispensa de protesto pode acontecer de dois modos:
 - a) legalmente – no caso de força maior que se mostre impeditivo e que se prolongue além de quinze dias – artigo 48.º IV;
 - b) voluntariamente – em consequência da cláusula “sem despesas” que pode ser aposta por sacador, endossante ou por avalista – artigo 43.º I.
- O cheque deve ser protestado na repartição notarial da área indicada para pagamento ou, na falta dessa indicação, na da área do domicílio de quem deve pagar;
- Independentemente da data em que é lavrado o pertinente instrumento de protesto, este produz efeito desde a data da apresentação.
- O código do Notariado determina o modo de apresentação a protesto e os requisitos do instrumento de protesto (que deve ter a data e a assinatura do notário).

7 – CHEQUE SEM PROVISÃO. SÍNTESE DO REGIME PENAL

A protecção penal do cheque no direito português foi introduzida pelo Decreto n.º 13.004, de 12 de Janeiro de 1927. Este diploma, anterior à Lei Uniforme, disciplinava o cheque na generalidade das valências e dos efeitos, mas interessa-nos, aqui e agora, o seu aspecto incriminador. O diploma, nos artigos 23.º e 24.º, diz-nos o seguinte:

- 23.º: *é considerada criminoso a emissão de um cheque que, apresentado a pagamento no competente prazo do artigo 12.º do presente decreto¹⁷², não for integralmente pago por falta de provisão;*
- 24.º: *ao sacador de um cheque cujo não pagamento, por falta de provisão, tiver sido verificado nos termos e no prazo prescritos nos artigos 21.º e 22.º do presente decreto¹⁷³, será aplicada, a pedido do portador do cheque, a pena de seis meses a dois anos de prisão correcional.*

¹⁷² De acordo com o artigo 12.º, os cheques passados e pagáveis na República e nas ilhas adjacentes, devem ser apresentados ao sacado, para pagamento, dentro de dez dias, ser pagáveis no lugar onde foram passados, e vinte dias em todos os outros casos.

¹⁷³ Os artigos 21.º e 22.º determinam o modo como o portador deve verificar a apresentação e o não pagamento (sob pena de perder o direito e acção).

Este artigo 24.º veio a ser alterado (apenas) em Maio de 1974 (DL. 182/74, de 2.05), quando se determinou a obrigatoriedade de aceitação de cheques. Nos termos do diploma, “o crime de emissão de cheque sem cobertura, previsto no Decreto n.º 13.004, de 12 de Janeiro de 1927, passa a ser punido com pena de dois a oito anos de prisão maior”¹⁷⁴.

Mais tarde, com o DL. n.º 530/75, de 25.09, criou-se a medida de “inibição do uso do cheque”¹⁷⁵, sem que tenha havido alteração da moldura penal.

A alteração veio a ocorrer, isso sim, com a Lei 25/81, de 21.08, que diminui a pena aplicável: o cheque cujo valor não ultrapasse os 50.000\$00 passou a ser punido com prisão até dois anos e multa, mantendo, no restante a incriminação anterior. Este mesmo diploma veio a consagrar a possibilidade de isenção de pena, em relação ao sacador que procedesse ao pagamento ou depósito, em trinta dias, do valor do cheque, juros de mora e indemnização¹⁷⁶.

Com a aprovação do Código Penal de 1982 (artigo 5.º do DL. n.º 400/82, de 23.09), o artigo 24.º do Decreto 13.004 passou a ter uma nova redacção. Essa redacção dizia-nos o seguinte:

“1. O sacador do cheque cujo não pagamento por falta de provisão tiver sido verificado nos termos e prazo prescritos nos artigos 28.º e 29.º da Lei Uniforme relativa ao cheque, a pedido do respectivo portador, será punido com prisão até 3 anos.

A pena será de um a dez anos se:

a) o agente se entregar habitualmente à emissão de cheques sem provisão;

¹⁷⁴ Esta agravação da pena e a obrigatoriedade de aceitação dos cheques foram justificados pela necessidade e utilidade de intensificar o uso do cheque como meio de pagamento, a fim de impedir a saída abusiva de fundos do sistema bancário. Tendo-se considerado que a obrigatoriedade de aceitação de cheques foi provocadora de comportamentos perturbadores do mercado, logo de imediato (ainda em Maio de 1974) se restringiu essa obrigatoriedade a cheques superiores a 500\$00 e, ainda no mesmo mês de Maio, alterou-se o montante para 1.000\$00, tendo este, no final de 1979, passado a ser de 5.000\$00.

¹⁷⁵ Por se ter considerado, desde logo, e conforme resulta do preâmbulo do diploma, que a obrigatoriedade de aceitação de cheques veio a aumentar “de forma preocupante o número de cheques emitidos sem provisão”.

¹⁷⁶ É importante assinalar o seguinte:

Esta Lei 25/81 veio a fazer referência expressa à verificação do não pagamento nos termos e prazos dos artigos 28.º e 29.º da Lei Uniforme. Perante esta redacção, e concretamente, perante a referência ao artigo 28.º que refere o “pagamento à vista”, alguma jurisprudência (numa corrente que já se vinha a formar) considerou que tal remissão tinha por propósito tomar partido na controvérsia respeitante aos cheques pós-datados e pretendia firmar o entendimento da sua punição. E essa posição – note-se que os prazos estão previstos no artigo 29.º e, por isso, não se descortina outra razão para a referência ao artigo 28.º – foi-se tornando cada vez mais dominante.

- b) a pessoa directamente prejudicada ficar em difícil situação económica;
- c) o quantitativo sacado for consideravelmente elevado”.¹⁷⁷

Posteriormente, o DL. 14/84, de 11.01 (novamente reconhecendo o aumento do número de cheques sem provisão) veio estabelecer novas regras procedimentais e criou a “medida de restrição ao uso do cheque”, de natureza administrativa e da competência do Banco de Portugal.

7.1 – As alterações posteriores. O regime actual

Depois de todo o caminho legislativo, antes percorrido, chegou o sistema português a um enquadramento da punibilidade da emissão de cheque sem provisão que revelou novos elementos e ideias.

A alteração mais sonante foi produzida pelo DL. n.º 454/91, de 28.12, diploma que se mantém actualmente em vigor, ainda que com as alterações decorrentes de diploma posterior, o DL. n.º 316/97, de 19.11.

Sendo de crer que estes últimos diplomas não vigoram no território dos países destinatários desta acção de formação (nem neles vigora outro sistema que se possa considerar semelhante), as ideias que seguidamente deixamos pretendem transmitir uma imagem da evolução deste problema e da percepção legislativa que dele se foi tendo. Esta análise, necessariamente sucinta, pode, desta forma, vir

Relacionado com esta questão – e na necessidade sentida pela jurisprudência de afirmar a confiança devida ao cheque – veio a ser proferido o Assento n.º 1/81 (DR, I série, de 13.04.1981) que firmou a seguinte orientação: “O crime de emissão de cheque sem cobertura é um crime de perigo, para cuja consumação basta a consciência da ilicitude da conduta e da falta de provisão para a ordem de pagamento dada”. O que o Assento diz, no fundo, é que o crime fica consumado, independentemente de qualquer resultado, pois logo fica “criado o perigo de circular fiduciariamente como título de crédito transmissível...”. Em conformidade, o STJ considerou que “a apresentação do cheque a pagamento no prazo legal e a aposição da nota da falta ou insuficiência de provisão são actos posteriores à consumação do crime. A actividade do emitente do cheque cessou com a entrega dele ao tomador”.

Sobre a questão (defendendo que a falta de pagamento do cheque já integrava os elementos do crime), Figueiredo Dias, em Parecer publicado na CJ, ano de 1992, tomo III, págs. 65 e segs.

Deve notar-se – ainda – que as alterações legislativas operadas em 1981, 1982 e 1984, todas elas, acentuaram a importância dos aspectos patrimoniais na definição do crime. Sem embargo, parece que esse acentuar passou despercebido à comunidade jurídica e, em especial, à judiciária, já que, até à publicação do DL. 454/91, de 28.12, não foi posta em causa a orientação do citado Assento n.º 1/81, antes ela foi sucessivamente invocada nas decisões proferidas pelos tribunais.

¹⁷⁷ Este diploma veio a punir o crime de emissão de cheque sem provisão com as penas correspondentes ao crime de burla e não deixando de trazer dificuldades interpretativas bastantes (fica uma, que decorre do citado n.º 2, alínea b): a de saber como pode alguém já com muitas dívidas dar causa ao agravamento da pena do sacador?!)

a ser útil à compreensão de futuras reformas¹⁷⁸, mas também ao entendimento mais completo do regime vigente em cada Estado.

O DL. 454/91, que consideramos peça basilar da reforma da punição do cheque sem provisão, veio a manter, no entanto as penas aplicáveis, penas que vinham desde o CP de 1982, remetendo expressamente, agora, para o crime de burla (ainda que ambos os crimes continuem autónomos). Na mesma ocasião foi revogado o diploma, datado já de 1974, que obrigava à aceitação de cheques. A primeira ideia que se retirava desta atitude reformadora era a de que o legislador estava bem consciente de que o agravamento constante das sanções não foi prevenção suficiente e não evitou o aumento dramático dos comportamentos tipificados como crime, mormente pela proliferação dos chamados pós-datados.

O diploma em referência, já se disse, aproximou o cheque à burla e alterou a construção do crime, introduzindo na sua definição um elemento que veio a fazer correr muita tinta e a ser objecto das mais variadas interpretações.

Falamos do “prejuízo patrimonial”. A (nova) consideração deste prejuízo como elemento do crime, transformando o crime, em todas as suas previsões, num crime de dano, colocou, desde logo, a questão de se saber se estávamos perante uma simples sucessão de leis penais ou perante um regime completamente novo e, nesse sentido, revogador do regime precedente¹⁷⁹. Com efeito, só depois da lei falar no “prejuízo patrimonial” é que se tornou premente descortinar se, antes de 1991, esse prejuízo já se encontrava, por qualquer modo, no tipo de crime, pois, assim não sendo, seria legítimo concluir que a nova lei era descriminalizadora das

¹⁷⁸ É interessante verificar que a legislação relativa ao cheque e, de um modo geral, o enquadramento punitivo da emissão de cheque sem provisão, tem sido objecto de múltiplas alterações e em diversos ordenamentos jurídicos. A título meramente exemplificativo (e depois do que já se deixou dito a propósito das legislações da América Latina e da compreensão que estas fazem dos cheques pós-datados) deixamos duas ou três referências:

- a) Em França, a emissão de cheque sem provisão é apenas incriminada se a conduta integrar a burla, ou seja, se a emissão do cheque for acompanhada de artifícios fraudulentos destinados a convencer outrem a aceitar o título (artigo 313.º do C. Penal francês de 1994).
- b) Em Itália a punição penal (aqui no sentido prisional) é de 1933 e só em 1990 foi alterada para uma construção que passou a ser entendida como a consagração de um crime de resultado. Em 1999 (decreto-lei n.º 507), finalmente, a Itália veio a despenalizar este tipo de condutas que passaram a ser punidas com sanções de natureza administrativa. Em conformidade, só haverá punição de natureza penal, se o comportamento integrar o crime de burla (de for acompanhado de comportamento enganoso).
- c) Em Espanha, também a emissão de cheque sem provisão foi despenalizada, aqui com a reforma penal de 1995. o comportamento em causa só será punido criminalmente, por isso, quando traduza um meio destinado ao cometimento do crime de burla.

¹⁷⁹ Já se referiu, em nota anterior, que no regime precedente o crime se tinha por consumado com a simples emissão do título e a sua entrega ao tomador (Assento 1/81), funcionando o não pagamento apenas como condição de punibilidade.

condutas anteriores. Num primeiro momento, a jurisprudência inclinou-se para uma alteração da natureza do crime (crime que passou de perigo para dano). As posições não eram, de todo o modo, consensuais e, por isso, veio a proferir-se o famoso Assento¹⁸⁰ 6/93. Este Assento veio a considerar que a tónica do legislador no prejuízo patrimonial não tinha nascido em 1991, vinha já de 1927 e muito especialmente desde a redacção do artigo 24.º do Decreto 13.004 dada pela Lei 25/81: de acordo com a redacção de 1981, o crime era punido de maneira diferente conforme o cheque fosse ou não de valor superior a 50.000\$00¹⁸¹. Em conformidade, o A.F.J 6/93 conclui o seguinte: *“o artigo 11.º, n.º 1, alínea a) do DL. n.º 454/91, de 28.12, não criou um novo tipo legal de crime de emissão de cheque sem provisão nem teve o efeito de despenalizar as condutas anteriormente previstas e puníveis pelo artigo 24.º do Decreto 13.004, de 112.01.1927, apenas operando essa despenalização quanto aos cheques de valor não superior a 500\$00 e quanto aos cheques de valor superior a esse montante em que não se prove que causaram prejuízo patrimonial”*¹⁸². A redacção dada ao Assento veio a motivar o pedido de esclarecimento do Ministério Público que pretendia que a conclusão fosse, além do mais que (a nova lei) *“apenas opera a descriminalização nos casos em que se prove a inexistência de prejuízo”*, mas o STJ entendeu que nada havia a esclarecer¹⁸³.

¹⁸⁰ Em rigor, Acórdão de Fixação de Jurisprudência (depois do CPP) em 27 de Janeiro de 1993 (DR., IA, de 27 de Abril de 1993).

¹⁸¹ O Assento, considerando que a isenção de pena decorria objectivamente do pagamento do cheque ou do depósito do valor, juros e indemnização, entende que, *“mesmo contra a vontade do ofendido, onde não houvesse prejuízo patrimonial não havia pena e que o prejuízo era condição de punibilidade”*. A mesma orientação (segundo o referido Assento) ficou reforçada com o DL. 14/84 que determinava a extinção do procedimento com o pagamento do cheque e juros indemnizatórios e compensatórios e, ainda mais, com o DL. 400/82, que considerou o prejuízo patrimonial como condição de punibilidade e agravante da pena – cf. nota 96.

¹⁸² A fundamentação deste conclusão era assim delineada: 1 – o bem jurídico essencialmente protegido pelo tipo legal é a confiança na circulação do cheque, dada a sua função de meio de pagamento; 2 – Pelo menos desde a Lei 25/81 que o elemento prejuízo patrimonial passou a integrar uma condição objectiva de punibilidade e, portanto, a fazer parte do tipo legal de crime; 3 – o legislador de 1991, ao incluir o *“prejuízo patrimonial”* (e ao consagrar este como elemento estrutural do tipo), não introduziu elemento novo que não estivesse contido no tipo legal do crime de emissão de cheque sem provisão. Embora o interesse da polémica e, nesse sentido, a razão jurídica do Assento, seja hoje escassa (depois do DL. 316/97), será adequado, para melhor compreensão das posições, deixar-se transcrito um pouco do voto de vencido do Conselheiro Pinto Bastos: *“... este novo diploma legal não acrescentou de forma expressa este novo elemento típico ao tipo legal para converter o que era implícito em exposto, mas sim para modificar a orientação anteriormente seguida (...) sucederam dois regimes jurídicos diversos, para punição do mesmo crime de emissão de cheque sem provisão: até à publicação do Decreto-Lei 454/91 (...) não era exigida, como elemento típico do crime, a verificação ou existência de prejuízo patrimonial; a partir deste diploma, um novo regime (...) não se pode falar em nova lei a descriminalizar ou a não conduzir à despenalização, mas sim de uma nova lei que pode levar à descriminalização ou não de certa conduta concreta, consoante os seus elementos típicos se mostrem também preenchidos face a ela, já que ela contém os da lei anterior à qual acrescenta um novo”*.

¹⁸³ Acórdão do STJ de 25.02.1993.

Uma das razões que o preâmbulo do diploma posterior de 1991 (316/97) apontou como motivadora das alterações operadas com aquele foi a utilização dos pós-datados como meios de garantia e a injustiça que implicava o seu tratamento penal nos mesmos moldes dos cheques, propriamente ditos, já que o cheque pós-datado não era merecedor de qualquer tratamento especial: era punível desde que no momento da emissão o agente tivesse consciência de que não tinha provisão.

Ora, depois de 1991, fica claro que o prejuízo patrimonial é um elemento do crime de emissão de cheque sem provisão e todo este entendimento dos cheques de garantia passa a ser diferente: o crime é de dano e se não chega a causar prejuízo, falta um elemento essencial para que a conduta possa ser punida. Como refere Nuno Ribeiro Coelho, “o bem jurídico válido passará a ser, de modo prevalecente, explícito ou, pelo menos imediato (pois subjazem à incriminação, incontornavelmente, os outros valores inerentes à segurança do tráfego deste título comercial), o património de quem quer que se situe na posição de beneficiário da emissão ou da transmissão de um cheque sem provisão”¹⁸⁴.

Com efeito, na realidade, muitas vezes o cheque não causa qualquer prejuízo ao seu portador, melhor dito, a falta de pagamento não lhe acarreta qualquer prejuízo, apenas não permite, isso sim, o seu (indevido) enriquecimento. Se o cheque é um meio de pagamento e se o prejuízo é o dano sofrido por causa do não pagamento, é necessário (para que o prejuízo aconteça) que o portador “tenha o direito” de receber o valor em causa. Em conformidade, se alguém aceita um cheque pós-datado e o apresenta a pagamento antes da data aposta (o que a LU lhe permite: é um título pagável à vista), não merece tutela penal, pois não há prejuízo.

Simplesmente, a questão da tutela penal do cheque pós-datado não se coloca apenas com a sua antecipada apresentação a pagamento (resolvida em 1991), mas levanta profundos problemas relativos ao dolo. Se o sacador só tem de assegurar o pagamento na data (posterior) aposta no cheque, mas preenche o cheque em data anterior, o dolo poderá ser apenas eventual¹⁸⁵. O que acarreta (e acarretou) sérias

¹⁸⁴ “Crime de emissão de cheque sem provisão – sucessão de leis no tempo”, CJ, ano de 1992, tomo III, págs. 88.

¹⁸⁵ O sacador, em rigor, “compromete-se” a ter fundos bastantes na data futura e o portador aceita só apresentar a pagamento o título nessa data. Mas o cheque foi já emitido. As vicissitudes que ocorrem entre a data da emissão e a data aposta no cheque podem ser muitas e variadas e demonstrar que o emitente não teve qualquer intenção de se furtar ao pagamento. Não se esqueça que entre a data de emissão do cheque e a data aposta como de emissão (entre a real não aposta e a futura aposta) podem ocorrer longos tempos. A indagação das circunstâncias capazes de afastar o dolo, mormente quando ele se apresenta, nos seus contornos primeiros, como meramente eventual, torna-se numa tarefa muito delicada para o julgador e leva – como, de facto, sucedeu – a decisões muito diversas para situações (de facto) muito semelhantes.

dificuldades de julgamento e não deixar de justificar a alteração legislativa posterior¹⁸⁶.

Com o DL. 316/97, de 19.11, ocorrem algumas pertinentes alterações e fixa-se o regime actual¹⁸⁷. Assim:

- a) o crime tem sempre natureza semipública;
- b) o regime de rescisão da convenção de cheque encontra-se regulamentado em pormenor e aquela pode ser evitada através de um mecanismo de regularização (artigo 1.º - A), concretamente pelo pagamento ou depósito do valor do cheque e juros moratórios à taxa legal do Código Civil, acrescida de dez pontos percentuais;
- c) existe obrigatoriedade de pagamento pelo sacado de cheques de valor não superior a € 62,35;
- d) previsão de outros casos de obrigatoriedade de pagamento de cheques (artigo 9.º), com o fundamento na prática, pelo sacado, de algum acto violador dos deveres que a lei lhe impõe;
- e) ficam excluídos de tutela penal os cheques emitidos com data posterior à sua entrega ao tomador (como já impunha a Lei de Autorização Legislativa – Lei 114/97, de 16.09). Com efeito, o n.º 3 do artigo 11.º veio dizer que “o disposto no n.º 1¹⁸⁸ não é aplicável quando o cheque seja emitido com data posterior à da sua entrega ao tomador”.

Para finalizar, deixamos a redacção actual da norma incriminadora das condutas ilícitas (artigo 11.º, n.º 1 do DL. 454/91, na redacção dada pelo DL. 316/97, de 19.10):

¹⁸⁶ A necessidade de (nova) alteração legislativa resultava de várias constatações: 1) a lei obrigava ao pagamento dos cheques até 5.000\$00, criando a falsa ideia de estes equivalerem a dinheiro e levando a prática comercial ao desdobraimento das quantias superiores àquele valor; 2) mas os recusavam o pagamento por outros motivos (cancelamento da conta, irregularidade do saque ...), fugindo à obrigatoriedade decorrente do valor; 3) o sacador, mesmo querendo honestamente pagar, ao tempo da emissão do título, via a sua vida modificar-se drasticamente e ...não pagava; o comerciante, que cuidava ter vendido mais com a estratégia do cheque como meio de crédito ... acabava por não receber; 4) por tudo, havia o que podia ser tido como verdadeiras “prisões por dívidas”, algumas de muitos anos!

¹⁸⁷ Ressalvando a alteração produzida pelo DL. n.º 83/2003, de 24 de Abril que apenas, alterando o artigo 3.º do 454/91, vem conceder a todas as instituições de crédito acesso à informação disponibilizada pelo Banco de Portugal relativa aos utilizadores de cheques que oferecem riscos. Por outro lado, a obrigatoriedade de pagamento de cheques é hoje referida ao Euro, que passou a ser a moeda corrente (concretamente, cheques de montante não superior a € 62,35) – DL. n.º 323/2001, de 17.12.

¹⁸⁸ Justamente o preceito definidor do crime de emissão de cheque sem provisão.

“1 – Quem, causando prejuízo patrimonial ao tomador do cheque ou a terceiro:

- a) Emitir e entregar a outrem cheque para pagamento de quantia superior a € 62,35 que não seja integralmente pago por falta de provisão ou por irregularidade do saque;
- b) Antes ou após a entrega a outrem do cheque sacado pelo próprio ou por terceiro, nos termos e para os fins da alínea anterior, levantar os fundos necessários ao seu pagamento, proibir à instituição sacada o pagamento desse cheque, encerrar a conta sacada ou, por qualquer modo, alterar as condições da sua movimentação, assim impedindo o pagamento do cheque; ou
- c) Endossar cheque que recebeu, conhecendo as causas de não pagamento integral referidas nas alíneas anteriores;

se o cheque for apresentado a pagamento nos termos e prazos estabelecidos pela Lei Uniforme Relativa ao Cheque, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se o cheque for de valor elevado, com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 – Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se valor elevado o montante constante do cheque não pago que exceda o valor previsto no artigo 202.º, alínea c) do Código Penal”.¹⁸⁹

8 – ALGUMA JURISPRUDÊNCIA RELATIVA AO CHEQUE

8.1 – Jurisprudência mais antiga

1 – Não há cheques a prazo, pois todos são pagáveis à vista, considerando-se como não escrita qualquer menção em contrário – STJ, 16.01.1942.

2 – O cheque, tendo a natureza jurídica de uma ordem de pagamento à vista, perde a sua virtualidade quando é sacado como garantia de cumprimento de uma obrigação contratual – Rel. de Lisboa, 29.06.1955.

3 – A data de emissão do cheque é a data nele aposta, embora a sua entrega se faça antes de tal data. Rel. do porto, 20.07.1956.

4 – O portador do cheque não tem direito de acção cambiária nem de responsabilidade civil por facto ilícito contra o sacado que, obedecendo a recomendações posteriores do sacador, o não paga no prazo de apresentação – STJ, 22.10.1943.

¹⁸⁹ Sendo manifestas as alterações produzidas no regime punitivo português (com clara diminuição da pena e dos cheques criminalizáveis), ainda se defende que, mais cedo ou mais tarde, a tutela penal será eliminada, pois não existem “razões de política criminal” que a justifiquem (Germano Marques da Silva, *Regime Jurídico-Penal dos Cheques sem Provisão*, Princípia, 1997, págs. 37).

5 – Sendo o cheque entregue com a data em branco, é de presumir o acordo das partes para ser datado pelo portador, o que, aliás, é permitido pelo artigo 13.º da Lei Uniforme.

6 – O cheque é um título de crédito literal, autónomo e completo, representativo de numerário e de que se lança mão para se fazer um pagamento imediato – Rel. do Porto, 3.02.1956.

7 – Não estabelece a lei nenhum prazo para o sacador fazer a provisão – Rel. de Lisboa, 12.07.1944.

8 – A acção proposta pelo sucessor do legítimo beneficiário de um cheque que foi falsamente endossado, para haver do banqueiro que o pagou a respectiva importância e juros, não está sujeita à prescrição estabelecida no artigo 52.º da Lei Uniforme, por não ser a acção cambiária a que este artigo se refere – STJ, 29.07.1941.

9 – A emissão de um cheque sem provisão estabelece contra o sacador a presunção de dolo (!!), que pode todavia ser ilidida por prova em contrário – STJ, 9.01.1942.

10 – O banqueiro responde sempre pelo pagamento do cheque em que foi falsificada a assinatura do depositante. O pagamento do cheque assim feito não exonera o depositante da obrigação da entrega do depósito, que, portanto, não deixou de existir e, conseqüentemente, dos respectivos juros – STJ, 27.11.1934.

11 – Tendo sido endossados alguns cheques furtados a uma casa bancária que os pagou ao falsificador, e sendo depois apresentados por esta na Câmara de Compensação e aí feita a liquidação por encontro de contas, não é, quanto a esses, responsável o banco sacado para com o dono deles – STJ, 20.10.1939.

12 – O documento que, satisfazendo todos os requisitos do artigo 1.º da Lei Uniforme relativa ao cheque, foi todavia datado com data posterior àquela em que foi escrito e entregue ao beneficiário, não deixa, em razão desta inexactidão, de revestir a natureza de cheque a partir do dia correspondente a essa data – STJ, 9.01.1942.

13 – O avalista não comete, nessa qualidade, o crime do artigo 24.º do Decreto 13.004, e para que possa considerar-se co-autor ou cúmplice do mesmo crime, é indispensável que por qualquer dos modos referidos nos artigos 20.º e 22.º do Código Penal (antigo), tenha contribuído para que o sacador não faça a provisão – STJ, 12.07.1944.

8.2 – Jurisprudência mais recente

14 – O cheque com data posterior à da sua emissão é sempre meio de pagamento e não de simples garantia – Rel. do Porto, 27.02.1963.

15 – Vale como cheque, para o efeito dos artigos 23.º e 24.º do Decreto 13.004, de 12 de janeiro de 1927, o título a que falta a indicação do lugar onde é passado – **Assento de 5.12.1973.**

16 – A assinatura de um só gerente de sociedade comercial não a obriga, quando o respectivo pacto social estipula que só pela assinatura de dois gerentes a sociedade fica obrigada – STJ, 10.12.1957.

17 – São essenciais todos os requisitos referidos no artigo 1.º. Os requisitos essenciais são requisitos de eficácia, no sentido de que o título não pode sair das mãos do emitente sem estar preenchido. Um cheque incompleto por falta da data do saque é válido, ainda que ineficaz, podendo ser completado até ao pagamento – Rel. de Lisboa, 7.05.1980.

18 – É suficiente para integrar o elemento subjectivo no crime de cheque sem cobertura o dolo genérico, ou seja a consciência da falta de provisão e da ilicitude da conduta (pelo que o chamado cheque de garantia não goza de isenção penal quando verificados os elementos essencialmente constitutivos do referido crime) – STJ, 24.06.1970

19 – Não há dolo genérico se, emitido o cheque sem provisão, o emitente estava seriamente convencido de que tinha fundos bastantes no banco – Rel. de Lisboa, 9.05.1962.

20 – Basta a existência de dolo genérico, sendo desnecessário o específico (intuito de defraudar o credor). É irrelevante que o portador do cheque saiba da falta de provisão – Rel. de Luanda, 2.06.1970.

21 – O cheque não é um meio de garantia de dívidas, mas uma ordem de pagamento destinada à circulação – Rel. de Lisboa, 4.10.1972.

22 – O crime consuma-se com a emissão do título; a apresentação a pagamento e a aposição da nota de falta de provisão são condições objectivas de punibilidade – STJ, 13.02.1974.

23 – Os crimes de emissão de cheque sem cobertura e de burla não se confundem, antes têm autonomia própria – STJ, 10.01.1979.

24 – O crime de emissão de cheque sem cobertura é um crime de perigo, para cuja consumação basta a consciência da conduta e da falta de provisão para a ordem de pagamento dada – **Assento de 20.11.80.**

25 – No crime de emissão de cheque sem provisão cometido antes da entrada em vigor do C. penal de 1982 a desistência de queixa, verificada após essa entrada em

vigor, extingue a responsabilidade criminal do réu, excepto se já tiver transitado em julgado a respectiva decisão condenatória – **Assento de 16.12.1987.**

26 – Nos termos do artigo 9.º do DL. n.º 14/84, o tribunal competente para conhecer do crime de emissão de cheque sem provisão é o da comarca onde se situa o estabelecimento de crédito em que o cheque foi inicialmente entregue para eventual pagamento, e não a do estabelecimento bancário sacado ou a da câmara de compensação – **Assento de 16.11.1988.**

27 – No domínio das relações imediatas, pode discutir-se se as obrigações cambiárias, como a resultante do aval, têm ou não natureza comercial. O artigo 10.º do C. Comercial não é aplicável ao outorgante em relação ao qual o contrato de compra e venda não é mercantil – **Assento de 27.11.1964.**

28 – Nas execuções fundadas em títulos de crédito, o pagamento das dívidas comerciais, de qualquer dos cônjuges, que tiver de ser feito pela meação do devedor nos bens comuns do casal, só está livre da moratória estabelecida no n.º 1 do artigo 1696.º do Código Civil, ao abrigo do disposto no artigo 10.º do C. Comercial, mesmo no domínio das relações mediatas, se estiver provada a comercialidade substancial da dívida exequenda – **Assento de 13.04.1978.**

8.3 – Jurisprudência contemporânea

29 – Não produz efeito como cheque o título que contém, no verso, a declaração assinada pelo sacador de que “(...) destina-se única e exclusivamente a garantir o pagamento do aceite n.º (...)” e que assim foi aceite pelo tomador, em virtude da ordem de pagamento que o título encerra ficar condicionada ao não pagamento ou à não regularização da letra de câmbio – Rel. do Porto, 24.04.1996.

30 – Não prejudica a validade do título como cheque a inobservância das prescrições estabelecidas no contrato ou convenção entre os titulares da conta, não sendo, por isso, obstáculo à imputação do crime de emissão de cheque sem provisão a falta de alguma das assinaturas que, face à convenção, serão necessárias para a validade do saque – Rel. do Porto, 15.05.1996.

31 – O cheque entregue em branco só é válido desde que completado nos termos dos acordos realizados, nada na lei fazendo presumir que a simples entrega do cheque contém em si a anuência para o seu preenchimento – Rel. de Coimbra, 16.05.1996.

32 – Comete o crime de emissão de cheque sem provisão aquele que entregue a outrem cheques sacados sobre uma conta bancária, cujo saldo contabilístico,

embora de montante superior, não permitia o respectivo pagamento, em virtude dele fazem parte valores dependentes de boa cobrança – Rel. de Évora, 18.05.1995.

33 – Um cheque datado de 30 de Fevereiro é de considerar como datado no último dia desse mês – Rel. de Coimbra, 21.12.1994.

34 – Integra a declaração de falta de provisão (a que alude o artigo 11.º do DL. 454/91), qualquer expressão que revele um comportamento de onde resulte a inexistência de provisão – Rel. do Porto, 08.11.1995.

35 – O cheque de garantia destina-se a garantir o cumprimento de uma obrigação futura. Dele não resulta, ao menos directamente, aquele “prejuízo patrimonial” – Rel. de Coimbra, 25.02.1993.

36 – O cheque pode não ter provisão e pode não haver crime, pois o prejuízo criminalmente relevante só existe se o tomador tiver direito a receber a quantia em causa e o cheque não lhe for pago – Rel. do Porto, 01.03.1995.

37 – Se, face ao ordenamento jurídico, a relação jurídica subjacente à emissão de cheque for ilícita, não poderá ser geradora de obrigações próprias ou alheias e portanto, tal título não merece tutela penal, se não for pago por falta de provisão ou por o sacador ter proibido, à instituição sacada, o respectivo pagamento – Rel. de Lisboa, 16.06.1996.

38 – É de autorizar a revisão da sentença condenatória por crime de emissão de cheque sem provisão pós-datado, cometido antes da entrada em vigor do DL. 316/97, de 19.11 – STJ, 10.05.2001 (com dois votos de vencido – em cinco – que entenderam “não se verificarem os pressupostos da revisão, na medida em que a descriminalização do cheque pós-datado é uma alteração da lei e que a decisão revidenda não pode considerar-se injusta, dado que, quando foi proferida, o cheque naquelas condições, sem provisão, constituía ilícito criminal”).

39 – O artigo 11.º, n.º 1, alínea a) do DL. 454/91, não criou um novo tipo legal de crime de emissão de cheque sem provisão nem teve o efeito de despenalizar as condutas anteriores (...), apenas operando essa despenalização quanto a cheques de valor não superior a cinco mil escudos e quanto aos cheques de valor superior a esse montante em que não se prove que causaram prejuízo patrimonial – **Assento n.º 6/93**.

40 – No domínio do C. penal de 1982, o crime de emissão de cheque sem provisão (previsto e punido pelo artigo 11.º, n.º 1 do DL.454/91) tinha a natureza pública, sendo ineficaz a desistência de queixa pelo ofendido, sem prejuízo do disposto nos artigos 313.º, n.º 2 e 303.º do mesmo Código – **Assento (Ac. Fix. Jurisp.) de 4.02.1999**.

Bibliografia

- Abel Pereira Delgado – *Lei Uniforme sobre Cheques* – 1.ª edição – Edição do autor.
- Abel Pereira Delgado – *Lei uniforme sobre cheques (anotada)*, 5.ª edição, Petrony.
- Adelino Lopes Aguiar – *O Dinheiro de Plástico*, Rei dos Livros, 1990.
- Adriano Vaz Serra – *Títulos de Crédito*, B.M.J. n.º 60, ps. 5 e segs. e B.M.J. n.º 61, ps. 5 e segs.
- Adriano Vaz Serra – *Ações Nominativas e Ações ao Portador*, Separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, números 175, 176, 177 e 178, Lisboa, 1968.
- Amadeu José Ferreira – *Valores Mobiliários Escriturais – Um novo modo de representação e circulação de direitos*, Almedina, 1997.
- Américo Bacelar – *Regime Jurídico dos Cheques sem Provisão*, 4.ª edição, Rei dos Livros, 1998.
- Américo Taipa de Carvalho – *Crime de emissão de cheque sem provisão*, Coimbra Editora, 1998.
- António Ferrer Correia – *Lições de Direito Comercial*, volume III - A letra de câmbio, Universidade de Coimbra, 1975.
- António Pereira de Almeida – *Direito Comercial – Títulos de Crédito*, Associação Académica da faculdade de Direito, Lisboa, 1988.
- António Menezes Cordeiro – *Manual de Direito Comercial*, volume I, Almedina, 2001.
- Carlos Osório de Castro – *Valores Mobiliários – Conceito e Espécies*, 2.ª edição, Universidade Católica, Porto, 1998.
- Diogo Leite de Campos e outros – *Novo Regime Penal do Cheque sem Provisão* – Instituto do Direito Bancário, 1999.
- Diogo Leite de Campos, Amadeu José Ferreira e outros – *Titularização de Créditos* – Instituto do Direito Bancário, 2000.
- Germano Marques da Silva – *Regime Jurídico dos Cheques sem Provisão*, 2.ª edição, Príncipia, 1997.
- Grumecindo Dinis Bairradas – *O cheque sem provisão – regime jurídico Civil e Penal*, Almedina, 2003.
- Evaristo Mendes – *O actual sistema de tutela da fé pública do cheque*, Direito e Justiça, 1999, tomo I, ps. 199 e segs.
- Evaristo Mendes – *Anotação ao Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 1998*, RDES, 1999.
- Evaristo Mendes – *Documento particular de dívida endossável*, RDES, 1993, ps. 283 e 296 e segs.

- Fernando Gama Lobo – *Legislação sobre o cheque, Notas, Remissões e Jurisprudência*, Quid Juris, 2003.
- França Pitão – *Letras e Livranças, Lei Uniforme Anotada*, 2.ª edição actualizada, Almedina, 2002.
- Francisco J. Correia Gomes – *A Responsabilidade civil dos bancos pelo pagamento de cheques falsos ou falsificados*, studia, Vislis Editora, 2003.
- J. Pires Cardoso – *Noções de Direito Comercial*, Rei dos Livros, 2002.
- Jorge Henrique Pinto Furtado – *Títulos de Crédito*, Almedina, 2000.
- José de Oliveira Ascensão – *Direito Comercial, volume III – Títulos de Crédito*, Faculdade de Direito, Lisboa, 1992.
- José Gabriel Pinto Coelho – *Lições de Direito Comercial*, 1.º e 2.º volume, 2.ª edição, Almedina, 1955.
- José Manuel Santos Quelhas – *Sobre a Evolução Recente do Sistema Financeiro*, Separata do BFDUC, 1996.
- José Maria Pires – *Elucidário de Direito Bancário*, Coimbra Editora, 2000.
- José Marques Fernandes – *Cartões Bancários*, Estar Editora, 1998.
- Luís Serpa Oliveira – *Legislação comercial, fiscal, laboral – 1.º volume (direito comercial)*, Rei dos Livros, 1991.
- Maria Helena Brito – *Direito do Comércio Internacional*, Almedina, 2004.
- Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé – *Fundos de Investimento Mobiliário Abertos*, Almedina, 1997.
- Maria Raquel Guimarães – *As transferências electrónicas de fundos e os cartões de crédito*, Almedina, 1999.
- Nuno Gomes da Silva – *Recusa de Aceitação de Cheques (parecer)*, CJ, 1986, tomo IV, ps. 41 e segs.
- Paula Ponces Camanho – *Do Contrato de Depósito Bancário*, Almedina, 1998.
- Paula Quintas – Helder Quintas – *Regime Jurídico dos Títulos de Crédito (anotações e jurisprudência)*, Almedina, 2000.
- Paulo Melero Sendin, Evaristo Mendes – *A Natureza do Aval e a questão da necessidade ou não de protesto (...)*, Almedina, 1991.
- Paulo M. Sendin, Evaristo Mendes – *Letras e Livranças, Cheque, Extracto de Factura e Crédito Documentário*, 2.ª edição, Almedina, 2002.
- Paulo Melero Sendin – *Letra de Câmbio – Lei Uniforme de Genebra – I e II volume – Universidade Católica – Almedina*, 1990.
- Paulo Melero Sendin – *Nulidade do aval por vício de forma (parecer) Direito e Justiça*, tomo I, 1999.
- Pedro Pais de Vasconcelos – *Direito Comercial – Títulos de Crédito*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

Raul José Leite de Campos – *A jurisprudência portuguesa e o cheque, o extracto de factura, a letra e a livrança*, Edições Ática, Livraria Petrony.

Sofia Sequeira Galvão – *Contrato de Cheque*, Lex, 1992.

Revista da Banca: números 18, 20, 21, 26 e 31.

Crime de emissão de cheques sem provisão – *Legislação e Jurisprudência obrigatória* – CEJ, Dezembro de 1996.

Coimbra/Lisboa, Junho de 2004.

Parte 2

DOS NEGÓCIOS BANCÁRIOS E DOS CONTRATOS FINANCEIROS

**Locação Financeira (*leasing*) e Contrato de Cessão
Financeira (Contrato de *factoring*)**

Dr. Manuel Tomé Gomes

Sub-índice

<i>Área Temática 3 – DOS NEGÓCIOS BANCÁRIOS</i>	133
I – ASPECTOS GERAIS	133
1 – Da Actividade Bancária	133
1.1 – Preliminar	133
1.2 – Linhas gerais da génese e evolução da actividade bancária	134
1.2.1 – Da evolução da moeda	134
1.2.2 – Do crédito	138
1.2.3 – Da Evolução da Banca em Geral	140
1.2.4 – Da Evolução da Banca em Portugal	144
1.2.5 – Panorâmica dos sistemas financeiros dos PALOP	148
1.2.6 – Das Instituições Financeiras Internacionais	148
2 – Âmbito do Direito Bancário	151
3 – Das Fontes do Direito Bancário	153
3.1 – Preliminar	153
3.2 – Fontes Internacionais	154
3.3 – Fontes Internas	155
3.3.1 – Normas Constitucionais	155
3.3.2 – Da Legislação Ordinária	156
3.3.3 – Dos Usos Bancários	157
3.3.4 – Dos Códigos de Conduta	158
4 – Princípios Informadores do Direito Bancário	159
5 – Tipologia das Operações Bancárias	160
5.1 – Quadro Geral	160
5.2 – Natureza Jurídica das Operações Bancárias em Geral	162
5.3 – Atipicidade Legal dos Negócios Bancários e a Contratação Mitigada	164
5.4 – Desformalização /consensualismo	167
II – DAS OPERAÇÕES ACTIVAS	169
6 – Do Contrato de Mútuo Bancário	169
6.1 – Noção e natureza do mútuo civil	169
6.2 – Da forma do contrato de mútuo civil	171
6.3 – Do prazo para a restituição da coisa mutuada	172
6.4 – Falta de cumprimento do contrato pelo mutuário	172
6.5 – Especialidades do mútuo bancário	173
6.5.1 – Quanto à sua natureza	173
6.5.2 – Quanto à forma	174

6.5.3 – Mútuo bancário de escopo	175
6.5.4 – Do anatocismo	175
7 – Empréstimo Mercantil	176
8 – Desconto Bancário	176
8.1 – Noção	176
8.2 – Natureza	177
9 – Contrato de Abertura de Crédito	178
10 – Descoberto em Conta	179
11 – Antecipação Bancária	180
12 – Emissão de Cartão Bancário	180
13 – Contrato de Crédito ao Consumo	181
III – DAS OPERAÇÕES PASSIVAS	183
14 – Depósito Regular	183
15 – Depósito Irregular	183
15.1 – Noção	183
15.2 – Modalidades	183
15.3 – Natureza e Regime	184
16 – Contratos de Abertura de Conta e de Giro Bancário	184
IV – DOS JUROS	187
17 – Nota Histórica	187
18 – Noção Jurídica de Juro	189
18.1 – Definição	189
18.2 – Factores Determinativos do Juro	190
18.3 – Espécies de Juro	191
18.3.1 – Segundo a Fonte	191
18.3.2 – Segundo a Função	191
V – DAS GARANTIAS BANCÁRIAS	195
19 – Fiança Bancária	195
20 – Penhor Bancário	196
21 – Garantia Bancária Autónoma	197
<i>Área Temática 4 – DOS CONTRATOS FINANCEIROS</i>	<i>199</i>
I – DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA	199
1 – Noção	199
2 – Prazo	199

3 – Conteúdo Obrigacional	200
3.1 – Obrigações do locador	200
3.2 – Obrigações do locatário	200
3.3 – Direitos do locatário	200
3.4 – Transferência do Risco	201
3.5 – Resolução do Contrato	201
3.6 – Providência cautelar para entrega judicial da coisa locada	201
II – DO CONTRATO DE CESSÃO FINANCEIRA (Factoring)	202
1 – Caracterização	202
2 – Conteúdo Obrigacional	203
2.1 – Obrigações do aderente	203
2.2 – Obrigações do <i>factor</i>	203

Área Temática 3 – DOS NEGÓCIOS BANCÁRIOS

I – ASPECTOS GERAIS

1 – DA ACTIVIDADE BANCÁRIA

1.1 – Preliminar

O domínio dos negócios bancários inscreve-se numa área normativa mais vasta que se tem vindo a perfilar sob a designação de Direito Bancário. Daí que importe, em primeira linha, definir o objecto desta área normativa, atentar nas suas características essenciais e identificar os vários segmentos em que ela se desdobra, por forma a melhor delimitar e compreender o alcance e o conteúdo daquela esfera negocial.

Como afirma Thierry Bonneau, “o comércio do dinheiro está no coração do direito bancário”¹. E nas palavras do Prof. Menezes Cordeiro, “o Direito bancário é o Direito especializado no tratamento do dinheiro (...) seja das instituições vocacionadas para tratar com ele ... seja das operações a ele relativas”².

É sabido que *a actividade bancária* se desenvolveu, tradicionalmente, como **uma actividade económica de intermediação financeira, traduzida na captação de poupança**, sob a forma de depósitos ou de outros fundos reembolsáveis, **por parte de entidades especializadas, com vista a proceder à sua aplicação, sob a forma de concessão de crédito a terceiros, mediante remuneração**³.

Porém, com o evoluir da sociedade pós-industrial, a actividade bancária exorbitou claramente desse núcleo duro, alcançando um leque cada vez mais amplo de operações, que inclui:

- **uma multiplicidade de prestações de serviço mediante co-missão** – nomeadamente, cobranças e pagamentos por conta alheia, operações cambiais, prestação de informações comerciais, serviços de gestão e de consultadoria, emissão de cartões de crédito e de débito, operações financeiras por conta de outrem;

¹ *Droit bancaire*, Editions Montchrestien, Paris, 1994, pag. 1.

² *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 1998, pag. 15.

³ A este propósito, *vide* Gameiro Lopes, *Introdução ao Direito Bancário*, Cadernos de Direito Bancário, Volume I, VISLIS Editores, 2000, pag. 45; Augusto de Athayde e outros, *Curso de Direito Bancário*, Vol. I, Coimbra Editora, 1999, pag. 35; Thierry Bonneau, *ob. cit.*, pag. 2.

– bem como **um naipe de operações financeiras mediante a aplicação de capital por sua conta e risco.**

Mais recentemente a evolução tecnológica verificada no campo da informática e da telemática tem conduzido à criação de novos serviços bancários postos à disposição da clientela e contribuído para a expansão do mercado financeiro em correspondência com a globalização da economia⁴.

1.2 – Linhas gerais da génese e evolução da actividade bancária

Os sistemas financeiros, que compreendem instituições sociais e jurídicas, trazem sempre a marca peculiar da sua concreta formação histórica, o que permite diferenciá-los, não obstante as afinidades que possam porventura revelar. Na sua base, destacam-se três instituições fundamentais: **a moeda, o crédito e a banca.**

Assim, para uma adequada compreensão, estrutural e funcional, de determinado sistema financeiro e, por conseguinte, da actividade bancária que ele tem por objecto, torna-se útil atentar nas linhas gerais da evolução histórica dessas instituições. Por isso, aqui se deixa um breve esboço dessa tripla evolução.

1.2.1 – Da evolução da moeda

A melhor forma encontrada para **definir a moeda**⁵ tem sido ainda a de apelar às **funções económicas** para que está vocacionada e que consistem em servir de:

- a) **meio legal de pagamento e instrumento geral de troca;**
- b) **unidade de conta ou medida-padrão do valor dos bens e serviços;**
- c) **reserva de valor, como meio de entesouramento ou de poupança.**

Nas sociedades humanas primevas baseadas numa economia de auto-suficiência, não se fazia sentir qualquer necessidade de utilizar moeda; quando muito, ocorria a permuta directa de bens.

Com o desenvolvimento da produção excedentária de bens e do crescente fluxo das trocas comerciais, surgiu então a moeda, como padrão de valor e meio de

⁴ A este propósito, *vide* Prof. João Calvão da Silva, *Direito Bancário*, Almedina, 2001, pags. 55 e segs.

⁵ A palavra **moeda** deriva, etimologicamente, do vocábulo latino *moneta*, participio passado feminino do verbo *monere* – *que significa anunciar, advertir*; era o epíteto de deusa romana Juno, que lhe terá sido atribuído por ser a divindade que advertia os humanos dos acontecimentos futuros. O emprego do vocábulo deveu-se ao facto de a moeda do Império ser cunhada no **Templo de Juno Moneta**. De qualquer modo, a utilização da moeda é muito anterior aos Romanos, pois já era usada pelos povos da Antiguidade Oriental – no Egipto, na Mesopotâmia, na Palestina, na Ásia Menor, na Grécia Arcaica.

pagamento, associada a determinada mercadoria que representasse um bem escasso e de ampla aceitação social no respectivo mercado. Os exemplos são variados, desde objectos simbólicos (*conchas, adereços*) a mercadorias como o gado⁶, peles, cereais, sal (*daí a palavra salário*), marfim, chá, tabaco. É a chamada *moeda-mercadoria* ou *moeda natural*. Contudo, esta forma monetária apresentava graves inconvenientes, em particular como instrumento de troca, visto que nem sempre seria facilmente divisível ou manuseável, para além de nem sequer oferecer uma base estável quanto ao respectivo valor.

Com a vulgarização dos metais, mormente a partir da Idade do Bronze, passou a ser utilizada como meio de pagamento a *moeda-mercadoria metálica, não cunhada*, tendo-se introduzido, nomeadamente, o uso de lingotes padronizados dos metais mais raros – *ouro, prata, cobre, bronze* –, que eram pesados e gravados com marca ou selo indicativos do seu peso e valor. Apesar disso, não era uma moeda facilmente reconhecível e nem sempre era fácil identificar a sua proveniência. Era normalmente usada em pagamentos internacionais pelos soberanos e nos templos, mas sem grande utilidade prática no quotidiano das trocas. Cerca de 1.500 a.n.e., os lingotes terão sido substituídos, em Tróia, em Creta e em Micenas, por discos metálicos estampados⁷.

Em fins do século VII ou princípios do século VI a.n.e., no quadro do desenvolvimento comercial das cidades gregas da Ásia Menor, foi introduzida a *moeda metálica cunhada*, mediante a amoedação de peças de metal (em ouro, prata ou liga de ouro e prata, sob a forma arredondada), contendo a inscrição do seu valor e das insígnias ou da efígie do soberano⁸ que a emitia⁹. A cunhagem de moeda generalizou-se, depois, durante os impérios romano e bizantino.

Mais tarde, no século XIX, acentuou-se o papel das moedas metálicas, com o fim de conseguir a estabilização monetária, levando à criação dos conhecidos sistemas metalistas – bimetalismo francês e monometalismo-ouro inglês.

Sucedeu que o risco que envolvia o transporte de moeda fez com que se vulgarizasse, na Europa, para os pagamentos à distância, a utilização de *cartas de créditos* e de *letras de câmbio*, que titulavam os valores que os respectivos portadores depositavam junto do emitente de tais documentos, uso que veio a verificar-se desde o século XII e que acabou por conduzir à circulação dos títulos de crédito mediante endosso.

⁶ Daí o termo *pecunia* (dinheiro), derivado do vocábulo latino *pecus* (gado, rebanho); ou a *rupia* indiana, que deriva de *rupa* (gado).

⁷ A este propósito, vide Pierre Vilar, *O Ouro e a Moeda Na História*, Europa-América, 1974, pag. 30.

⁸ Certas designações das moedas são dadas por referência a esses sinais – *v.g. coroas, escudos, reis*.

⁹ Reza a lenda que a cunhagem da moeda teria sido inventada ou por Mídas, rei da Frígia, ou por Cresos, rei da Lídia executado por Ciro o Grande.

Já no século XVII, excepcionalmente nos casos em que as espécies metálicas rareavam, fazia-se circular como moeda alguns títulos de crédito emitidos por particulares ou por *casas da moeda* correspondentes aos valores depositados, o que se tornou mais frequente desde o início do século XVIII, originando a chamada *moeda-papel representativa*.

Porém, enquanto os títulos de crédito à ordem eram transmissíveis por endosso e venciam juros de mora, **a moeda-papel passou a ser transmissível por mera tradição manual e deixou de vencer juros**, tomando a designação de *notas de banco*.

De início, o valor da moeda-papel emitida correspondia à totalidade das quantias depositadas no emitente, mas como os depositantes normalmente não recorriam ao levantamento desses valores, os banqueiros começaram a emitir moeda-papel em montantes superiores ao valor depositado, tornando-se habitual a regra de manter o encaixe de 1/3 do valor da moeda emitida, pelo que a circulação desta se operava numa base de confiança, donde tomara então a designação de *moeda-papel fiduciária*.

A circulação da moeda-papel fiduciária veio permitir que os bancos aplicassem os depósitos dos seus clientes na concessão de crédito a terceiros e que, por sua vez, remunerassem os depositantes, mediante o pagamento de juros, em vez de serem estes a remunerar o depositário pela guarda dos valores depositados, como sucedia dantes. Nasce assim o **negócio bancário** e afirma-se o papel do banqueiro como intermediário financeiro entre a poupança e o crédito.

Por fim, dada a importância e alcance da circulação da moeda-papel, os Estados acabaram por determinar **o seu curso forçado**, ou seja, a sua **inconvertibilidade**, e por cometer a determinados bancos a incumbência da respectiva emissão – **bancos emissores** –, acabando por se generalizar, já em pleno século XX, a circulação do chamado *papel-moeda*.

Em complemento do papel-moeda, circulam também espécies monetárias, fabricadas em diversas ligas metálicas, cujo valor facial não tem qualquer correspondência com o seu valor real, que é insignificante. São utilizadas nas pequenas transacções e designam-se por **moedas de trocos** ou **moedas de bilhão**.

Tanto o **papel-moeda (notas de banco)** como as **moedas de trocos nacionais têm curso legal forçado** no respectivo país. Porém, enquanto **às notas de banco é atribuído poder liberatório ilimitado** – isto é, é obrigatória a sua aceitação em qualquer pagamento, seja qual for o montante –, em regra, **as moedas de trocos têm poder liberatório limitado**, consoante cada espécime – ou seja, só é obrigatório aceitar em pagamento determinada moeda metálica até determinados montantes.

Entretanto, surgiu uma nova modalidade de moeda – *a moeda escritural ou moeda bancária*. Esta forma de moeda não implica a utilização de espécies monetárias, mas apenas o registo de valores, a crédito e a débito, mediante a movimentação das contas bancárias, e que actualmente vem sendo tratada, em regra, por via electrónica¹⁰.

Por fim, já se fala hoje em *moeda electrónica*, a qual, não se confundindo com a moeda escritural ou bancária tratada electronicamente, será emitida em suporte electrónico – *por exemplo, num cartão inteligente, ou por via do software de um computador* –, por empresas autorizadas que recebem depósitos e outros fundos reembolsáveis, tendo, para o efeito, de ser aceite como meio geral de pagamento no mercado cibernético, em substituição de notas de banco ou moedas. Em suma, a verdadeira moeda electrónica só terá essa valência quando for de uso generalizado, não podendo ser considerado como tal o uso de cartão ou de portamoedas electrónicos apenas em relação à empresa emitente¹¹.

Em **Portugal**, predominou o sistema de troca directa, ou de economia natural, até meados do século XIII. Porém, os monarcas da 1ª dinastia cunharam e introduziram moeda em ouro e prata – sistema bimetalista –, com várias designações, tais como, além de outras, os *morabitinos* ou *maravedis* em ouro, *marcos* e *cruzados* de ouro e prata, e *reais*. Desde o reinado de D. João I até 1911, a unidade monetária foi o **real**, o qual foi substituído pelo **escudo-ouro**, então equivalente a 1.000 réis, nos termos de um decreto de 22-5-1911. A primeira emissão de moeda-papel em Portugal ocorreu em 1687, quando se determinou que os escritos da Casa da Moeda circulassem como “dinheiro de contado”.

Com o ingresso de Portugal no **Sistema Europeu de Moeda Única (EURO)**, o escudo foi substituído pelo **euro**, com a equivalência de Esc. 200\$482, tendo sido postas em circulação, em 1-1-2002, notas de banco em euros e moedas metálicas também em euros, que vieram substituir as espécies monetárias nacionais.

Cada um dos **Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP)**, após a sua independência, adoptou moeda própria:

- a **República Popular de Angola**: o *kwanza*;
- a **República de Cabo Verde** – o *escudo*;

¹⁰ Para uma síntese sobre a evolução geral da moeda, *vide* Prof. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 1998, pags. 49 a 52.

¹¹ A este propósito, *vide* João Calvão da Silva, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002, pags. 101 a 103; Sobre a criação das chamadas Instituições de Moeda Electrónica, importa referir a Directiva 2000/46/CE.

- a **República da Guiné-Bissau** – o peso¹²;
- a **República Popular de Moçambique** : o metical;
- a **República Democrática de São Tomé e Príncipe** : a dobra.

1.2.2 – Do crédito

O **crédito**, que semanticamente se associa à ideia de **confiança**, constitui uma das modalidades em que se podem decompor as operações de troca¹³.

Existem, pois, **três tipos de operações de troca**:

- a) **As trocas a pronto ou de contado** – nos casos em que as prestações se realizam simultaneamente no presente – *v.g. o vendedor entrega a mercadoria e o comprador paga logo o respectivo preço (compra a pronto pagamento)*;
- b) **As trocas a termo** – quando as prestações recíprocas devam ser efectuadas simultaneamente no futuro – *v.g. entrega da mercadoria contra o pagamento, em simultâneo, do preço respectivo*;
- c) **As trocas a crédito** – nas transacções em que a realização de cada uma das prestações recíprocas é separada no tempo, ou seja, quando uma prestação é logo efectuada (entrega do bem) e a outra é diferida no tempo (pagamento do preço dentro de certo prazo), mediante uma determinada remuneração correspondente aquele diferimento.

Assim, na operação de crédito, uma das partes concede à outra a disponibilidade do bem transaccionado, mediante o pagamento de um juro ou de um preço mais elevado; a operação de crédito tem sempre carácter oneroso.

O crédito pode ser também classificado quanto ao fim e à sua duração.

Quanto ao fim visado, o crédito pode ser destinado:

- **à produção** – quando é obtido para ser aplicado em factores produtivos, traduzindo-se em investimento – *por exemplo na compra de máquinas, de matérias-primas, equipamentos, pagamento de mão-de-obra*;
- **ao consumo** – quando se destina a ser aplicado na aquisição de bens para satisfação imediata das necessidades de quem a ele recorre - *empréstimo para aquisição de casa, de um automóvel ou para férias*.

¹² Actualmente, com a integração da Guiné-Bissau, a moeda oficial é o franco.

¹³ Sobre a classificação das operações de crédito, *vide* Prof. Teixeira Ribeiro, *Economia Política (Moeda)*, Coimbra, 1962-63, pags. 53 e segs.

Relativamente à sua duração, o crédito pode ser:

- **crédito de curto prazo** – em regra, até um ano, como sucede nos casos em que se destina a financiar o consumo ou a ser aplicado em capital circulante das empresas (*v.g. compra de matérias-primas, para regularização de salários*);
- **crédito de médio prazo** – de um a cinco anos, como acontece nas vendas a prestações por mais de um ano e menos de cinco (*v. g. compra de um automóvel a prestações*), ou no crédito para ser aplicado como capital de uma empresa, quando o ciclo de produção exceda um ano e não vá além de cinco anos (*v.g. compra de equipamento*);
- **crédito de longo prazo** – superior a cinco anos, como nos casos de investimento em capital de uma empresa com um ciclo produtivo dessa duração, ou nos casos de crédito imobiliário.

É costume reportar:

- o crédito a médio e longo prazo ao **mercado de capitais**;
- as transacções de moeda e o crédito de curto prazo, ao **mercado monetário**, incluindo neste o **mercado cambial** (relativo à compra de moeda estrangeira).

Um e outro integram o chamado **mercado financeiro** em sentido amplo.

A par disso, existe ainda o **mercado de valores mobiliários**, que tem por objecto a transacção de acções, obrigações ou outros títulos.

O crédito exige :

- **confiança**, na solvabilidade e honestidade do devedor;
- **segurança jurídica**, na definição dos direitos e prestações;
- **celeridade** nas transacções comerciais;
- **eficiência** na circulação dos bens.

Um dos meios técnico-jurídicos tradicionais de agilizar o crédito com base nos princípios enunciados é o recurso **aos títulos de crédito** que, pelas suas características e regime, oferecem fiabilidade, segurança e rapidez na circulação da riqueza.

Ora, a intermediação na concessão de crédito por via do desconto de títulos de crédito é umas das áreas tradicionais da actividade bancária.

Mas, para além deste quadro tradicional, o crédito tem vindo a evoluir para novas modalidades (*por exemplo, o leasing mobiliário e imobiliário*), para aplicações mais

ajustadas às estratégias dos investidores, com uma crescente especialização das instituições financeiras pelos vários segmentos do mercado (fundos de investimento), e com o recurso às novas tecnologias no domínio informático (cartão de crédito, comércio electrónico de serviços financeiros).

Tem vindo mesmo a verificar-se uma progressiva **expansão da Banca para o investimento mobiliário**, seja a título de prestação de serviços de investimento a clientes (intermediação financeira), seja como bancos operadores na Bolsa por conta própria dos fundos neles depositados, seja ainda a título de participação no capital de sociedades gestoras de bolsa. Igual expansão tem ocorrido na **comercialização de seguros** pelo sector bancário¹⁴.

Ainda no plano da concessão de crédito aos particulares, um dado importante a reter é a projecção que o **crédito ao consumo** tem vindo a assumir e o seu reflexo na melhoria da qualidade de vida que tem proporcionado a estratos da população com menos desafogo económico, muito embora com o risco de poder gerar níveis de endividamento das famílias, que se podem tornar preocupantes em caso de recessão económica¹⁵.

1.2.3 – Da Evolução da Banca em Geral

Alguns autores vêem remotos vestígios da actividade bancária nalgumas operações comerciais e financeiras já praticadas na Antiguidade Oriental e Clássica, nomeadamente na Babilónia, na Grécia e em Roma; e ainda na própria actividade dos prestamistas (*casas de penhores*) e dos cambistas da Idade Média.

Todavia, **a actividade bancária**, no sentido actualmente perfilhado, **irrompe com o aparecimento de agentes económicos profissionalizados no mercado financeiro** – sob a designação de banqueiros –, nomeadamente recebendo depósitos à ordem e a prazo, concedendo crédito a médio e longo prazo, com ou sem garantias, intermediando pagamentos, descontando títulos de crédito, efectuando câmbios, emitindo ou fazendo circular moeda.

Ora, **os primeiros bancos modernos surgem, nos séculos XVII e XVIII, na Holanda e na Inglaterra**, sendo que **o núcleo tradicional da actividade bancária manteve uma linha de continuidade, sem alterações significativas, até meados do século XX**.

¹⁴ Para uma panorâmica sobre a expansão da Banca no mercado dos valores mobiliários e no mercado dos seguros, *vide* Prof. Calvão da Silva, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, pags. 14 e segs.

¹⁵ Sobre a problemática do endividamento dos consumidores, *vide* Prof^ª Maria Manuel Leitão Marques e outros, *O Endividamento dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000.

A vocação da maioria dos bancos era para a generalidade das operações bancárias (**bancos universais**), embora alguns deles optassem pela especialização, nomeadamente em gestão de patrimónios privados, em financiamento de actividades comerciais (**bancos comerciais**), aplicação de capitais próprios em financiamento de empreendimentos (**bancos de investimento**), captação de pequenas poupanças (**bancos de retalho**).

A Grande Depressão de 1929 veio revelar a fragilidade do sistema financeiro, em especial nos Estados Unidos da América, verificando-se forte pressão da opinião pública, a reclamar a adopção de medidas de maior exigência e controlo das instituições financeiras, por forma a acautelar os riscos inerentes à aplicação das poupanças.

Em consequência disso, a evolução dos sistemas financeiros foi no sentido da **crecente especialização das suas instituições**, fosse por imposição legal, fosse por opção dos próprios grupos financeiros, muito embora se mantenha o *modelo do banco universal*, em paralelo com um maior ou menor leque de instituições especializadas.

Nos últimos anos, os sistemas financeiros, nas economias de mercado, têm sofrido *profundas inovações* algumas delas ainda em curso.

De salientar, em primeira linha, o fenómeno conhecido por *bancarização*, que consiste na expansão do comércio bancário não só no sentido do crescimento do volume das operações de crédito tradicionais, mas particularmente do alargamento da actividade bancária a uma multiplicidade e variedade de serviços, nomeadamente, a recepção de valores à cobrança e a realização de pagamentos por ordem de clientes, no tráfego comercial corrente – o chamado “serviço de caixa”.

Outro fenómeno verificado, desde os finais do século XX, foi o da *globalização da economia* e a conseqüente *internacionalização* da actividade bancária, em especial nas áreas geográficas de integração económica regional. Este vector tem sido assaz favorecido pela implantação da “sociedade de informação” contemporânea, com a disponibilização das redes de telecomunicações, que viabilizam o comércio à distância por via das tecnologias da informática e da telemática, e que conduziram ao incremento das transferências bancárias nos pagamentos internacionais.

Por sua vez, a actual linha de **liberalização da economia**, com a inerente redução da intervenção do Estado, tem conduzido à chamada *desregulamentação jurídica* das instituições e da actividade financeiras, proporcionado uma maior fluidez do mercado. Essa desregulamentação é, porém, compensada por uma maior *racionalização e padronização de procedimentos*, conseguida, além do mais,

através da adopção de **códigos de conduta**, que assegurem elevados níveis de competência técnica e padrões deontológicos exigentes, por parte das instituições financeiras, e bem assim mediante o recurso ao estabelecimento de **cláusulas contratuais gerais** e a **contratos de adesão**.

De referir, por fim, o reforço dos mecanismos de supervisão e de controlo das instituições financeiras, bem como a adopção de *normas prudenciais* para garantir níveis adequados de liquidez e de solvabilidade dessas instituições.

Nessa linha de evolução, tem-se assistido, nos diversos países, a um esforço de estruturação dos sistemas financeiros, em detrimento da regulamentação dispersa verificada em épocas anteriores, bem com à preocupação, à escala internacional, de afinar os procedimentos para uma supervisão bancária efectiva, como decorre dos princípios adoptados pelo Comité de Basileia¹⁶.

Para se ter uma ideia aproximada da diversidade dos *sistemas financeiros dos Países economicamente mais desenvolvidos*, será útil reter algumas das notas características de que, a esse propósito, nos dá notícia o Prof. Menezes Cordeiro¹⁷.

Assim, diz-nos esse autor que, nos *Estados Unidos*, se verificou, inicialmente, “uma separação...entre bancos vocacionados para a poupança das pessoas e bancos de negócios, cabendo as operações mais diferenciadas, a instituições especializadas”; mas que, posteriormente, tem vindo a implantar-se uma **tendência para a banca universal** e que existem numerosos bancos, derivado ao facto de os Estados Federados proibirem as filiais. E salienta que os bancos podem optar por se submeter à concessão do Estado (*state banks*) ou à concessão federal (*national banks*), que estão sujeitos à autorização do serviço federal de superintendência. Na topo do sistema financeiro, está o *Federal Reserve System* estribado em doze Bancos Federais de Reserva, integrados, por sua vez, por bancos comerciais. Observa o mesmo autor que “o ponto quente das reformas” se prende com a limitação dos riscos e a segurança dos bancos e que se tem procedido a uma regulamentação de cariz prudencial.

No **Japão**, tem-se verificado, por efeito do funcionamento do mercado, uma concentração em poucas instituições de elevada dimensão. A superintendência dos bancos comerciais é da competência do Ministro das Finanças.

¹⁶ Para uma perspectiva comparada sobre os sistemas financeiros dos Países da União Europeia, *vide* Augusto de Athayde e outros *Curso de Direito Bancário*, Vol. 1º, Coimbra Editora, 1999, pags. 112 a 212. Sobre os princípios essenciais do Comité de Basileia, *vide* Prof. Calvão da Silva, *Direito Bancário*, Almedina, 2001, pags. 45 e segs. .

¹⁷ *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 1998, pags. 54 a 57.

No **Reino Unido**, verificou-se uma divisão entre bancos e instituições não bancárias, não imposta por lei, mas fruto da respectiva evolução histórica. A partir da década de 1970, **houve uma tendência para a liberalização e desregulamentação e para a banca universal**. A superintendência dos bancos é da competência do Banco de Inglaterra – *Bank of England* –, que é o banco central, o qual foi criado como instituição privada em 1694 e nacionalizado em 1946. Os bancos ingleses distribuem-se pelas seguintes categorias: grandes bancos de retalho; bancos grossistas; bancos de investimento; outros bancos de estrutura variada (muitos deles filiais dos grandes bancos de retalho); bancos exteriores à União Europeia; sociedades de desconto (intermediárias entre o Banco de Inglaterra e o sector bancário); sociedades de construção de natureza mutualista, sujeitas ao controlo da Comissão das Sociedades de Construção; outras instituições financeiras exteriores ao sector bancário¹⁸.

Na **França**, o sistema financeiro compreende estabelecimentos de crédito, sociedades de bolsa, companhias de seguro e organismos afins. Por seu turno, os estabelecimentos de crédito integram: bancos com vocação universal; caixas de poupança e previdência; bancos mutualistas e cooperativos; caixas de crédito municipal; instituições especializadas de crédito; fundos de investimento. A partir de 1984, a supervisão dos bancos é exercido por um conjunto complexo de instituições profissionais¹⁹. De registar que, **a partir da década de 1960, se verificou uma tendência para a universalização**.

Na **Holanda**, país de longa tradição bancária, as instituições financeiras distribuem-se por: estabelecimentos de crédito, sujeitos à fiscalização do Banco Central da Holanda, que incluem bancos universais, instituições cooperativas, caixas de poupança, bancos hipotecários, correctoras; instituições que não são de crédito; sociedades de investimento. O Banco Central tem grande autonomia, recebendo apenas instruções do Ministério das Finanças em casos de absoluta necessidade de conformação com a política económica definida pelo governo²⁰.

Na **Itália**, existem: bancos sob a forma de sociedades por acções; instituições sob a forma cooperativa (bancos populares, caixas rurais e artesanais, estabelecimentos de empréstimos sobre penhores); institutos “de categoria” ou de sector; institutos de crédito especializados (v.g. bancos de investimento). A supervisão está repartida por diversas instituições, não constituindo um sistema integrado.

¹⁸ A este propósito, *vide* também Augusto de Athayde, *ob. cit.*, pags. 197 a 207.

¹⁹ *Vide* Augusto de Athayde, *ob. cit.*, pags. 158 a 168.

²⁰ *Vide* Augusto de Athayde, *ob. cit.*, pags. 173 a 178.

Na **Suécia**, as instituições financeiras distribuem-se por: instituições de crédito, que incluem os bancos comerciais/universais, os bancos de poupança e os bancos cooperativos; companhias de intermediação ou de crédito especializadas por sector ou por tipo de operações (*leasing, factoring*). A supervisão, em geral, do sistema financeiro é da incumbência do Banco Central da Suécia.

1.2.4 – Da Evolução da Banca em Portugal

A evolução da banca em **Portugal** passou por várias etapas.

Apesar dos Descobrimentos terem proporcionado algumas práticas bancárias avulsas e o fluxo de metais preciosos com procedência do Brasil, o certo é que o primeiro banco em Portugal só surgiu com a implantação do liberalismo. Com efeito, **por Carta de Lei de 31-12-1821, foi criado o Banco de Lisboa**, ao qual foi atribuída a exclusividade de emissão de notas, a par da qualidade de banco comercial com as funções de aceitar depósitos e conceder crédito. Em 1835, foi criado o Banco Comercial do Porto com igual prerrogativa de banco emissor, seguindo-se um período até 1891, em que essa prerrogativa chegou a ser atribuída a nove bancos.

Entretanto, 19 de Novembro de 1846, foi criado o **Banco de Portugal**, por fusão do Banco de Lisboa com a Companhia Confiança Nacional, que tinha sido criada em 1841; mas só em 1887 é que o Estado elevou àquele Banco à categoria de banco central, com poder para regular os mercados monetário e cambial e como banco do Estado. Em 1891 foi conferido ao Banco de Portugal o exclusivo de emitir moeda, mas ficaram reservados os monopólios da emissão conferidos ao Banco de Angola e ao Banco Nacional Ultramarino, para Angola e para os então restantes territórios ultramarinos, respectivamente.

Em 1894, e após sucessivas crises de cariz político, económico e monetário, **foi instituído o primeiro quadro regulador do sistema bancário**, em que figuram:

- o Banco de Portugal;
- a Caixa Geral de Depósitos;
- vários bancos comerciais e casas bancárias;
- algumas caixas económicas.

Porém, só em 1957, já em pleno Estado Novo, é que ocorre a primeira grande reforma do sistema bancário português, através do Decreto-Lei nº 41.403, de 27-11.

No quadro desse sistema, as instituições de crédito compreendiam:

- Os institutos de crédito do Estado, nomeadamente a Caixa Geral de Depósitos;
- Os bancos emissores – o Banco de Portugal, o Banco de Angola e o Banco Nacional Ultramarino;
- Os bancos comerciais;
- Os estabelecimentos especiais de crédito, que incluíam os bancos de investimento, as caixas económicas, as cooperativas de crédito e a Companhia Geral de Crédito Predial Português.

A actividade bancária centrava-se então nas operações clássicas de captação de poupança e concessão de crédito.

Em pleno período revolucionário, mais precisamente em Março de 1975, ocorreu a **nacionalização generalizada da banca**, deixando de fora apenas os bancos estrangeiros, as caixas económicas e as caixas de crédito agrícola mútuo.

Só em meados da década de 80 é que foi reaberta a actividade bancária à **iniciativa privada** e em 1989 foram reprivatizados os bancos que tinham sido nacionalizados.

Em 1992, foi reestruturado todo o sistema financeiro contido no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Dec.-Lei nº 298/92, de 31-12.

Segundo esse regime, o sistema financeiro português é integrado por dois grandes tipos de instituições financeiras:

- a) as instituições de crédito
- b) as sociedades financeiras.

A – As *instituições de crédito* são legalmente definidas como sendo “as empresas cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito”. O núcleo central da sua actividade incide sobre as chamadas operações de crédito activas e passivas.

Compreendem as seguintes instituições:

- Os **bancos**, de vocação universal, que estão autorizados a exercer a generalidade das operações bancárias;

- **A Caixa Geral de Depósitos**, que, desde 1993, deixou de ser pessoa colectiva de Direito Pública, passando a instituição de crédito do Estado, sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, sujeita ao direito privado quanto às suas actividades e relações laborais;
- **As Caixas Económicas**, com um âmbito de actividade bancária restrita, podendo receber depósitos que aplicam em empréstimos e outras operações sobre títulos e prestando serviços, em conformidade com legislação própria;
- **As Caixas de Crédito Agrícola Mútuo**, que consistem em cooperativas de responsabilidade limitada, tendo por objecto a concessão de crédito agrícola a favor dos seus associados, além dos actos inerentes à actividade bancária; em regra, não podem operar com não associados; tem legislação própria;
- **A Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo**, que é um organismo central das caixas de crédito agrícola mútuo, suas associadas; pode conceder crédito para actividades produtivas nos sectores da agricultura, silvicultura, pecuária, pesca e indústrias extractivas;
- **As Sociedades de Investimento**, anteriormente qualificadas como “sociedades parabancárias”, que têm o seu âmbito de actividade confinado às operações financeiras e prestação de serviço com elas conexas; podem conceder crédito a médio e longo prazo, que não destinado a consumo, e prestar serviços relacionados, em especial, com investimentos;
- **As Sociedades de Locação Financeira (*sociedades de leasing*)**, que têm por objecto exclusivo a locação financeira mobiliária e imobiliária, podendo acessoriamente alienar, ceder a exploração e locar os bens que lhe tenham sido restituídos, em caso de resolução contratual ou do não exercício da opção de compra pelo locatário; não podem receber depósitos, obtendo o seu financiamento no mercado de capitais e interbancário;
- **As Sociedades de Cessão Financeira (*ou sociedades de factoring*)**, que são especializadas na aquisição de créditos a curto prazo, decorrentes da venda de produtos ou da prestação de serviço nos mercados interno e externo; não podem receber depósitos, financiando-se através da emissão de obrigações e junto de outras instituições de crédito;
- **As Sociedades Financeiras para Aquisição a Crédito (SFAC)**, que têm por objecto o financiamento de aquisição ou de fornecimento de bens ou serviços determinados, concedendo crédito aos adquirentes ou aos fornecedores, prestando garantias e podendo, para o efeito, descontar e negociar títulos de crédito; não podem receber depósitos.

B – As sociedades financeiras distinguem-se das instituições de crédito por lhe estar vedada a actividade de recepção de depósitos ou de outros fundos reembolsáveis. Com efeito, aquelas sociedades só podem efectuar as operações permitidas pelas normas legais e regulamentares que regem a respectiva actividade, podendo exercer, a título principal, uma ou mais das actividades financeiras, à excepção da recepção de depósitos ou de outros fundos reembolsáveis, como foi dito.

As sociedades financeiras podem ser classificadas em:

- **Sociedades de Intermediação**, que têm por objecto principal operar nos diversos mercados financeiros por conta própria ou alheia, actuando nos mercados bolsistas, nos mercados de câmbio e em mercados monetários. Distribuem-se em: sociedades financeiras de corretagem; sociedades correctoras; sociedades mediadoras dos mercados monetário ou de câmbio; agências de câmbio.
- **Sociedades de Gestão**, que têm por objecto gerir e representar um ou mais fundos de investimento mobiliários ou imobiliários. Repartem-se em: sociedades gestoras de fundos de investimento; sociedades emitentes ou gestoras de cartões de crédito; sociedades gestoras de património; sociedades administradoras de compras em grupo.
- **Sociedades de Fomento**, especializadas na promoção do investimento para certas finalidades. Existem: as sociedades de desenvolvimento regional; as sociedades de capital de risco; as sociedades de garantia mútua (vacionadas para o apoio às pequenas, médias e micro-empresas); a Finangeste – Empresa Financeira de Desenvolvimento, S.A..

C – A supervisão do sistema financeiro está cometida:

- a) Ao **Banco de Portugal**, que, segundo o artigo 102º da Constituição da República Portuguesa, é o banco central nacional, o qual consiste numa **pessoa colectiva de direito público**, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, regendo-se pela respectiva lei orgânica, aprovada pelo Lei nº 5/98, de 31-1, alterada pelo Dec.-Lei nº 118/2001, de 17-4. O Banco de Portugal integra o Sistema Europeu dos Bancos Centrais (SEBC); tem a incumbência de, em conformidade com a legislação comunitária, emitir notas com curso legal e poder liberatório, bem como requisitar e pôr em circulação as moedas metálicas; tem, além do mais, competência para adoptar providências genéricas, mediante **avisos**, em particular em matéria de taxas de juro e de câmbios; dos actos

praticados pelos seus órgãos, no exercício de funções públicas de autoridade, **cabem as acções ou os recursos previstos na legislação do contencioso administrativo;**

- b) À **Comissão do Mercado de Valores Mobiliários**, abreviadamente **CMVM**, **pessoa colectiva de direito público**, a quem compete regular os mercados de valores mobiliários e exercer as funções de supervisão e de fiscalização dos mesmos.

A supervisão dos mercados monetário, financeiro e cambial incumbe ao Ministério das Finanças.

1.2.5 – Panorâmica dos sistemas financeiros dos PALOP

A tratar no decorrer do curso com o levantamento pelos participantes de cada País.

1.2.6 – Das Instituições Financeiras Internacionais

1.2.6.1 – Preliminar

Embora, o Direito Bancário tenha como espaço privilegiado cada umas ordens jurídicas nacionais, não se poderá ignorar a teia das relações financeiras internacionais, aliás, em progressiva expansão, fruto do já referido fenómeno de globalização da economia que perpassa por toda a comunidade internacional contemporânea.

Daí que importa dar uma panorâmica geral, ainda que breve, das instituições de maior alcance do sistema financeiro internacional.

1.2.6.2 – Fundo Monetário Internacional (FMI)

O **Fundo Monetário Internacional (FMI)**, criado no âmbito dos Acordos de Bretton Woods, assinados em 22-7-1944, é uma instituição, agência da ONU, que administra o sistema monetário internacional e que funciona como banco central relativamente aos bancos centrais nacionais. Cada país membro participa com uma quota preenchida por $\frac{1}{4}$ em divisas estrangeiras ou direitos de saque especiais (d.s.e.) e por $\frac{3}{4}$ em moeda do próprio país.

Uma das funções principais do FMI consiste em **conceder crédito a curto prazo**, sob a forma de direitos de saque, a países membros, **com vista a superarem as dificuldades nas respectivas balanças de pagamento**. Assim, o país em

dificuldade poderá adquirir junto do Fundo, com a sua própria moeda, divisas de outros países ou direitos de saque especiais, ficando obrigado a repor tais divisas ou direitos de saque, contra a recuperação da moeda nacional aplicada, num prazo que, em regra, será de três ou cinco anos. O FMI estabelece regras destinadas a evitar que o país auxiliado acumule sucessivos débitos e propõe recomendações tendentes a debelar a situação de desequilíbrio²¹.

1.2.6.3 – Banco Mundial

O **Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD)**, também designado por **Banco Mundial** foi igualmente constituído no âmbito dos Acordos de Bretton Woods, com sede em Washington, e tem, actualmente, por objectivo **conceder empréstimos a longo prazo para projectos de reconstrução e desenvolvimento** em países que deles necessitem. Os empréstimos podem ser realizados com base no capital próprio que os estados membros subscrevem, mas também com base em fundos provenientes de emissão de obrigações ou obtidos por via de concessão de empréstimos. Quando os empréstimos se tornem incobráveis, os prejuízos são cobertos, em primeira linha, pelos rendimentos do Banco e, a final, repartir-se-ão por todos os estados membros²².

Os empréstimos concedidos pelo Banco Mundial têm permitido dirigir fluxos financeiros das economias mais desenvolvidas para países mais carenciados e, desse modo, proporcionar o desenvolvimento económico internacional.

1.2.6.4 – Sociedade Financeira Internacional

Em 1955, por iniciativa do Banco Mundial, foi criada a **Sociedade Financeira Internacional** com vista a promover o desenvolvimento económico dos estados membros, em particular das regiões menos desenvolvidas, com o recurso a investimentos privados.

1.2.6.5 – Banco de Pagamentos Internacionais

O **Banco de Pagamentos Internacionais (Bank for International Settlements – BIS)** constituído na década de 30 pelos bancos centrais dos vários países mais desenvolvidos (G-10), com sede em Basileia, Suíça, tem por objectivos: promover a cooperação entre os bancos centrais dos estados membros em operações internacionais; administrar empréstimos internacionais; servir de agente na

²¹ Vide Vasco Soares Veiga, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 1997, pags. 40-43.

²² Vide Vasco Soares da Veiga, ob. cit., pags. 38-40.

execução de operações financeiras derivadas de acordos intergovernamentais, receber depósitos de bancos centrais, conceder empréstimos e comprar ouro aos produtores e aos bancos centrais.

Em 1974, os Governadores dos Bancos Centrais do G-10 criaram o **Comité de Supervisão Bancária** (*Committee on Banking Supervision*), conhecido pelo **Comité de Basileia**, com vista à **coordenação e convergência internacional da regulamentação bancária**. O Comité não detém poderes formais de supervisão supranacional, mas pode emitir recomendações com peso junto das instituições a que são dirigidas²³.

Em 1988, o Comité de Basileia aprovou uma *ratio* solvabilidade e níveis mínimos de capitalização dos bancos internacionais, que acabaram por ser adoptados pela Comunidade Europeia. Em 1997, o mesmo Comité publicou um documento de que constam os “*Princípios Essenciais para uma Supervisão Bancária Efectiva*”. Em 2002, finaliza um novo acordo sobre a adequação do capital, para ser aplicado em 2005, assente em três vertentes: o capital mínimo a adoptar pelos bancos necessário à cobertura de risco; revista da supervisão; reforço da disciplina de mercado por via da publicação de informações pelos bancos que permita aos agentes económicos conhecer os riscos e a adequação do capital das instituições financeiras²⁴

1.2.6.7 – GATT /OMC

Em 1947, foi concluído em Genebra o *General Agreement on Tariffs and Trade* (**Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio**), designado abreviadamente por **GATT**, que tinha por objectivos promover a cooperação multilateral no plano das trocas internacionais dos produtos industriais e comerciais, na base da aplicação alargada da cláusula da nação mais favorecida, da redução de tarifas, da redução e remoção das restrições quantitativas.

Após sucessivas conferências (*rounds*) de redução das tarifas aduaneiras e da conseqüente redução de barreiras comerciais, os países membros do GATT acabaram por criar, nos termos do Acordo de Marraquexe, em Janeiro de 1995, a **Organização Mundial do Comércio (OMC)**, com sede em Genebra, e que substituiu o GATT. Um dos objectivos da OMC é prosseguir na liberalização dos serviços bancários e de outros serviços financeiros.

²³ Vide Prof. Calvão da Silva, *Direito Bancário*, pags. 43 e segs.

²⁴ Calvão da Silva, *ob. cit.*, pags. 44-49.

1.2.6.8 – Sistema Monetário Europeu

No quadro da União Europeia foi instituída a **União Económica e Monetária**, que se prolongou por três fases:

- a) Na 1ª fase, iniciada em 1-7-1990, foi estabelecido o calendário e as modalidades para concretizar a liberalização do movimento de capitais no espaço comunitário CE;
- b) Na 2ª fase, que começara em 1-1-1994, iniciou-se o procedimento para o controlo dos défices públicos, com vista à convergência do comportamento das economias dos Estados membros;
- c) Na 3ª fase, com início em 1 de Janeiro de 1999, foi criada a moeda única, sob a designação de **euro**, fixando-se as taxas de conversão entre as moedas dos países participantes, tendo entrado em circulação, em 1-1-2002, notas de banco e moedas metálicas emitidas na nova unidade monetária, que vieram substituir as espécies monetárias nacionais.

Para tal efeito, foram instituídos o **Banco Central Europeu (BCE)** – com o direito exclusivo de autorizar a emissão de notas de banco com curso legal na Comunidade e de aprovar o volume de emissão das moedas metálicas a emitir pelos Estados membros –, bem como o **Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC)**, constituído pelo BCE e pelos bancos centrais dos Estados membros.

2 – ÂMBITO DO DIREITO BANCÁRIO

Tanto a actividade bancária como o sistema que a suporta são objecto de regulamentação jurídica própria, ajustada à sua especificidade material, técnica e institucional, de modo a assegurar os interesses de terceiros que, confiadamente, acedem aos diversos segmentos do comércio bancário, a garantir a estabilidade do sistema financeiro e a acautelar o interesse público subjacente à actuação financeira do Estado.

Em função disso, alguns autores portugueses têm procurado sintetizar uma noção formal e abrangente do Direito Bancário, que convém destacar.

Augusto de Athayde e outros propõem como noção do Direito Bancário “o conjunto de normas jurídicas cujo objecto é o de estabelecer o regime das instituições financeiras (em sentido amplo) ..., regulando a sua fiscalização e controlo pela Administração Pública, a sua disciplina institucional e a respectiva actividade que se traduza em operações tipicamente bancárias, quer se trate de normas especificamente

destinadas a reger a matéria – normas específicas –, quer de normas genéricas ou comuns que, embora se apliquem também a entidades e actividades de outra natureza, disciplinem – conjuntamente ou não com as primeiras – negócios jurídicos típicos e habituais dessas instituições”²⁵.

Bastante mais sintética é a ideia esboçada por Fernando Conceição Nunes, segundo a qual *“O Direito Bancário português é um conjunto estruturado de normas especificamente aplicáveis às instituições que constituem o Sistema Financeiro e à actividade por elas desenvolvida”²⁶.*

Por sua vez, Gameiro Lopes define o Direito Bancário como *“um complexo estruturado e sistematizado de normas, que regulam as operações jurídicas realizáveis no exercício da actividade bancária e as entidades às quais é reconhecida a faculdade e a idoneidade para as executarem”* ou, de forma mais objectiva, como *“um conjunto ordenado de normas e princípios que regulam a estrutura e caracterização das instituições legalmente vocacionadas para o exercício da actividade bancária e as relações e situações jurídicas que se podem estabelecer entre tais instituições, e estas com quaisquer outros sujeitos jurídicos”²⁷.*

Posto isto, e muito embora o recorte da definição de **Direito Bancário**, tenha de ser perspectivado à luz de cada ordenamento jurídico em concreto, poder-se-á concluir que, em geral, ele se consubstanciará **no conjunto estruturado de princípios e normas que regulam as instituições autorizadas a exercer a actividade bancária e que disciplinam as relações ou situações jurídicas que, nesse âmbito, essas instituições podem desenvolver entre si ou estabelecer com os particulares.**

À luz das noções dadas, e segundo o ensinamento do Prof. Menezes Cordeiro²⁸, o Direito Bancário distende-se em duas vertentes fundamentais:

- a) uma área que versa sobre a organização e funcionamento institucional do sistema financeiro, mais precisamente sobre o regime das condições de acesso à actividade bancária, da sua super-visão e da sua fiscalização, constituindo o ***Direito Bancário Institucional***;
- b) outra área que respeita às relações desenvolvidas entre as instituições bancárias e entre estas e os particulares – ***Direito Bancário Material***.

²⁵ *Curso de Direito Bancário, Vol. I, pag. 44.*

²⁶ *Direito Bancário, Vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, pag. 21-22.*

²⁷ *Introdução ao Direito Bancário, pag. 46.*

²⁸ *Manual de Direito Bancário, pag. 14.*

Como é sabido, o Direito Bancário não oferece uma coesão interna muito consistente, nem apresenta um corpo normativo globalmente estruturado. Emerge de um núcleo normativo do Direito Comercial, integrado no Título IX do Código Comercial de 1888, com a epígrafe “*Das Operações de Banco*”, compreendendo os artigos 362º a 365º, e é tributário de diversos ramos do Direito.

No plano do **Direito Bancário Institucional**, domina o Direito Público no que respeita ao regime da função e actuação financeira do Estado, às atribuições, competências e funcionamento do Banco Central, aos mecanismos de supervisão e fiscalização do sistema financeira, bem como aos mecanismos sancionatórios de natureza penal e contra-ordenacional. Quanto ao regime das instituições de crédito e das sociedades financeiras, aplica-se o Direito das Sociedades Comerciais. A matéria relativa aos códigos de conduta rege-se pelo Direito Privado, com particular destaque para a legislação específica.

No domínio do **Direito Bancário Material** estão compreendidos:

a) O regime dos negócios bancários;

- 1) **as operações de crédito activas** (concessão de crédito, descontos de títulos de créditos, abertura de crédito, etc.);
- 2) **as operações de crédito passivas** (depósitos em dinheiro e em outros fundos reembolsáveis);
- 3) **operações financeiras;**
- 4) **operações de pagamento e de prestações** (guarda de valores, cobranças por conta alheia, emissão e pagamento de cheques, pagamentos por conta alheia);

b) A responsabilidade bancária pré-contratual e extracon-tractual.

Nesta área, domina o **Direito Privado**, aplicando-se, em primeira linha, a legislação bancária específica; depois, os institutos pertinentes do Direito Comercial; por fim, as regras do Direito Civil, nomeadamente, no campo do Direito das Obrigações, quer na esfera contratual, quer em geral.

3 – DAS FONTES DO DIREITO BANCÁRIO

3.1 – Preliminar

As fontes do Direito Bancário consistem nos modos de criação e de revelação das normas jurídicas que regulam as instituições financeiras e disciplinam a respectiva actividade.

Como **fonte imediata** figura a **lei**, enquanto disposição genérica escrita, de proveniência estadual, conforme o consignado no artigo 1º, nº 1 e 2, do Código Civil (CC), compreendendo quer as normas de direito interno, quer as normas de direito internacional recebidas na ordem jurídica interna (costume e princípios gerais de direito internacional, convenções internacionais). No plano das **fontes mediatas**, relevam em particular os **usos bancários** que não forem contrários aos princípios da boa fé, quando a lei o determine, nos termos do artigo 3º do CC.

De assinalar que o Direito Bancário se distendem numa **malha bastante diversificada de fontes**, em particular, no que concerne ao Direito Material, em confluência com outros ramos de direito, a ponto de fazer duvidar da sua autonomia.

3.2 – Fontes Internacionais

Neste domínio, figuram:

- A **Convenção de Genebra, de 30-6-1930, que aprovou a Lei Uniforme sobre Letras e Livranças;**
- A **Convenção de Genebra, de 19-3-1931, que aprovou a Lei Uniforme sobre Cheques.**

De referir que a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 1988, a *Convenção sobre Letras de Câmbio e Livranças Internacionais*, sujeita à subscrição de vários países, para entrar em vigor no ano subsequente ao do depósito do décimo instrumento de ratificação ou de adesão.

Por sua vez, a **Câmara de Comércio Internacional (CCI)**, sediada em Paris, em conjugação com a **Federação Bancária da União Europeia** têm adoptado um conjunto de mecanismos destinados à **normalização e uniformização de práticas no domínio das operações bancárias internacionais**.

Nesse contexto, foram adoptados os chamados *INCOTERMS – International Commercial Terms* –, que se traduzem em regras internacionais para a interpretação uniforme de termos comerciais.

A CCI elaborou também:

- a) as *“Regras e Usos Uniformes relativos aos Créditos Documentários”*, créditos estes que respeitam a contratos internacionais, de estrutura trilateral, envolvendo um exportador, um importador e uma (ou mais) instituição bancária que garante o pagamento da transacção comercial subjacente, contra a entrega do documento que a titula;

- b) as “*Regras e Usos relativos às Cobranças*”, designadas por *remessas documentárias* ou *remessas bancárias*, respeitantes a operações segundo as quais um banco procede à cobrança junto de um importador, a solicitação de um exportador, de valores titulados por documentos comerciais.

Como escreve Vasco Soares da Veiga, “estas práticas internacionais unificadas não são fontes de direito propriamente ditas: a sua força obrigatória é a dos contratos entre particulares; só se aplicam a uma operação determinada na medida em que o banqueiro e o cliente o decidam, pelo menos tacitamente. Todavia, os Bancos tomam a responsabilidade de aplicar tais normas e é excepcional que um cliente se oponha a tal prática”²⁹.

Ainda no âmbito da “UNIDROIT” – organização internacional intergovernamental que tem por fim uniformizar o Direito Privado dos Estados –, foram aprovadas convenções sobre o *leasing* e o *factoring* internacionais.

3.3 – Fontes Internas

3.3.1 – Normas Constitucionais

As constituições de alguns países contêm directivas e normas de base sobre a estruturação do sistema financeiro.

Assim, a **Constituição da República Portuguesa** consigna, no seu artigo 101º, que “o sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social”. E o artigo 102º dispõe que “o Banco de Portugal é o banco central nacional e exerce as suas funções nos termos da lei e das normas internacionais a que o Estado Português se vincule”. Compete ao Governo legislar, nesse domínio; mas a matéria relativa ao sistema monetário é da reserva relativa da Assembleia da República, de acordo com o prescrito no artigo 165º, nº 1, alínea o).

Segundo o artigo 89º, alínea k), da **Constituição da República de Angola**, a competência legislativa sobre a matéria do sistema monetário é da reserva absoluta da Assembleia Nacional.

A **Constituição da República de Cabo Verde** dispõe, no seu artigo 92º, que “o Banco de Cabo Verde é o banco central, detém o exclusivo da emissão de moeda, colabora na definição das políticas monetária e cambial do Governo e executa-as de forma autónoma, exercendo as suas funções nos termos da lei e das normas e

²⁹ Ob. cit. pag. 58.

compromissos internacionais a que o Estado de Cabo Verde se vincule.” E o artigo 176º, nº 1, alínea g), consagra como reserva relativa da Assembleia Nacional a competência para legislar em matéria do sistema monetário.

O artigo 202º da **Constituição da República de Moçambique** estatui que a moeda nacional é o Metical.

A **Constituição da República Democrática de S. Tomé e Príncipe**, no seu artigo 87º, alínea j)), prevê como competência exclusiva da Assembleia Nacional legislar sobre o sistema monetário.

3.3.2 – Da Legislação Ordinária

No plano do **Direito Bancário Institucional**, há que atentar na legislação especial que regula o Banco Central e as diversas instituições financeiras, bem como os mecanismos de supervisão, de fiscalização e sancionatórios da actividade financeira.

No domínio do **Direito Bancário Material**, para além da legislação avulsa (*por exemplo, em matéria de juros bancários, de concessão de crédito, de depósitos bancários*), importa ter presente os seguintes normativos:

a) No âmbito do Código Comercial de 1888:

- 1) o regime embrionário das **operações de banco** previsto nos artigos 362º a 365º;
- 2) o regime do **contrato de conta corrente** previsto nos artigos 344º a 350º;
- 3) as disposições contidas nos artigos 394º a 396º sobre o **contrato de empréstimo mercantil**;
- 4) o regime previsto nos artigos 397º a 401º sobre o **penhor mercantil** e o disposto no artigo 402º que ressalva a legislação especial quanto a **empréstimos sobre penhores feitos por bancos**;
- 5) o disposto no artigo 407º sobre os **depósitos bancários**;
- 6) o regime do **mandato comercial** previsto nos artigos 231º e seguintes, subsidiariamente aplicáveis às prestações de serviço financeiro;
- 7) o preceituado no artigo 10º e 15º, quanto às **dívidas comerciais de um dos cônjuges**;
- 8) o artigo 100º que consagra a **solidariedade passiva nas obrigações comerciais**;
- 9) o artigo 101º que estabelece a **responsabilidade solidária do fiador comercial**;
- 10) o artigo 102º que dispõe sobre **juros comerciais**.
- 11) os artigos 366º a 393º e 425º e seguintes, relativos a contratos de transporte e a contratos de seguro, na medida em que se apliquem aos créditos documentários.

b) **No âmbito do Código Civil de 1966**, relevam, além de outros mais gerais, os seguintes institutos:

- 1) a culpa na formação do contrato – art. 227º;
- 2) os institutos da interpretação e integração da declaração negocial – arts. 236º a 239º;
- 3) a representação – arts. 258º a 269º;
- 4) a prescrição – arts. 300º a 327º;
- 5) o regime da prova documental – arts. 362º e segs.;
- 6) a liberdade contratual e a reserva de propriedade – arts. 405º e 409º;
- 7) o regime geral da responsabilidade civil – arts. 483º e segs.;
- 8) o regime geral da obrigação de juros – arts. 559º a 561º;
- 9) os meios de conservação da garantia patrimonial, com especial realce para a impugnação pauliana (arts. 610º a 618º do CC) e para o arresto (arts. 619º a 622º do CC);
- 10) as garantias especiais das obrigações – prestação de caução, fiança, consignação de rendimentos, penhor, hipoteca, privilégios creditórios – arts. 627º a 753º;
- 11) o regime do contrato de mútuo civil – arts. 1142º a 1151º;
- 12) os regimes dos contratos especiais de prestação de serviço, de mandato e de depósito – arts. 1154º a 1206º;
- 13) o regime de bens na constância do matrimónio (arts. 1678º a 1689º do CC) e a responsabilidade pelas dívidas dos cônjuges (arts. 1690º e segs. do CC);
- 14) a responsabilidade pelas dívidas da herança (arts. 2068º, 2071º, 2091º, 2097º e 2098º do CC).

c) **No domínio da legislação avulsa, destacam-se aqui:**

- 1) o regime do penhor em créditos bancários previsto nos Dec.-Leis nº 29.833, de 17-8-1939 e nº 32.032, de 22-5-1942;
- 2) o regime especial do mútuo bancário, quanto à forma, previsto no Dec.Lei nº 32.765, de 29-4-1943.

3.3.3 – *Dos Usos Bancários*

Os **usos bancários**, como práticas sociais reiteradas que são, podem projectar-se em três dimensões:

- a) como **factores de modelação das relações contratuais**, sendo a sua juridicidade reportada, em última análise, ao âmbito alargado da autonomia da vontade e da liberdade contratual do banqueiro e dos clientes;

- b) como **elementos de interpretação e integração dos negócios bancários**, complementando assim as manifestações de vontade de recorte mais simplificado, de menor densidade estipulativa ou de cariz sincopado.
- c) como **fonte mediata de Direito**, quando não forem contrários aos princípios da boa fé e a lei remeta para eles, nos termos preconizados no artigo 3º do CC. Exemplos de tais remissões normativas podem ser encontrados nos artigos 232º, § 1º, 238º e 269º, § 2, (mandato comercial) e 407º (na parte em que remete o regime dos depósitos bancários para os estatutos das instituições bancárias) do Código Comercial; 560º, nº 3 (Anatocismo), do CC.

É certo que os usos bancários não são significativos enquanto fontes mediatas de direito; mas já assumem particular importância como elementos de interpretação e de integração das declarações negociais das partes.

3.3.4 – *Dos Códigos de Conduta*

Uma outra fonte normativa importante é a relativa a **Códigos de Conduta** que tenham sido adoptados pelas instituições de crédito e aprovadas pelas entidades competentes, em consonância com eventual legislação-quadro especial sobre essa matéria.

No Direito português, o Regime Geral das Instituições Financeiras, aprovado pelo Dec.Lei nº 298/92, de 31-12, contém um título sobre “Regras de Conduta”, onde se prescrevem deveres gerais das instituições de crédito e seus agentes para com os clientes, a saber:

- a) o dever de assegurar **elevados níveis de competência técnica** por parte dessas instituições (73º);
- b) o **dever de diligência, neutralidade, lealdade, discrição e respeito consciencioso** dos interesses confiados (art. 74º), com particular ênfase para a matéria do **sigilo bancário** (art. 78º e segs.);
- c) o **dever de informar os clientes** sobre a remuneração que oferecem pelos fundos recebidos e sobre o preço dos serviços prestados e outros encargos (art. 75º);
- d) o **dever de diligência**, por parte dos membros dos órgãos de administração das instituições de crédito, bem como das pessoas que nelas exerçam cargos de direcção, gerência ou chefia, segundo o **padrão de um gestor criterioso e ordenado**, de acordo com o princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações, tendo em conta o interesse dos depositantes, dos investidores e dos demais credores (art. 76º).

Além disso, o artigo 77º do mesmo diploma prevê que:

- a) o Banco de Portugal possa estabelecer, por aviso, regras de conduta que considere necessárias para complementar e desenvolver as ali fixadas ;
- b) as associações representativas das instituições de crédito elaborem códigos de conduta, a submeter à aprovação do Banco de Portugal, os quais, depois de aprovados serão publicados na 2ª série do jornal oficial, entrando em vigor após essa publicação e nos prazos que neles se determinarem;
- c) o Banco de Portugal determine, quando julgue conveniente, às associações representativas a elaboração de códigos de conduta e emita instruções orientadoras para esse efeito.

As normas assim emitidas serão obrigatórias para os intermediários financeiros submetidos à autoridade do Banco de Portugal, os quais podem ser sancionados disciplinarmente, em caso de violação das mesmas. Há quem considere tais normas de deontologia profissional como resultantes de um poder de auto-regulação, e que, por isso, se qualificariam como normas corporativas com valor de fontes imediatas de Direitos, nos termos do artigo 1º do CC³⁰.

4 – PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO BANCÁRIO

Como já foi referido, o Direito Bancário não se consubstancia num corpo normativo formalmente unificado, mas manifesta-se vertebrado em áreas polares com alcances distendidos por vários ramos do Direito, de que é tributário. Por isso mesmo não se lhes reconhecem princípios estruturantes ou ordenadores, mas quando muito princípios explicativos ou orientadores que, nas palavras do Prof. Menezes Cordeiro, “proporcionam um melhor conhecimento da matéria e um entendimento mais rápido das figuras onde emergem”, mas frágeis no sua valência normativa³¹.

Segundo aquele insigne Professor, destacam-se três categorias de princípios:

- o princípio da simplicidade;
- o princípio da ponderação bancária ;
- o princípio da eficácia.

a) O princípio da simplicidade desdobrar-se-á nos sub princípios:

- 1) da *desformalização* dos actos bancários, que dispensam, em regra, formalidades especiais;

³⁰ Nesse sentido, vide Gameiro Lopes, *Introdução ao Direito Bancário*, pag. 78.

³¹ *Manual de Direito Bancário*, pag. 28.

- 2) da *unilateralidade*, no sentido de aligeirar o esquema clássico da contratação mediante proposta e aceitação, sobrepondo-se os comportamentos tácitos subseqüentes às solicitações habituais dos clientes;
 - 3) da *celeridade* no giro bancário, com recurso à elaboração prévia de cláusulas gerais e a subseqüente adesão dos clientes às mesmas, ou à adopção de tipos de contratos ou de formulários já sedimentados na prática bancária corrente.
- b) O *princípio da ponderação bancária*, que apela à ideia de flexibilização dos esquemas formais em relação à materialidade, nomeadamente económica, dos actos subjacentes. Nesse âmbito, relevam os subprincípios:
- 1) da *prevalência das realidades*, segundo o qual o banqueiro atende mais à situação económica em evidência do que à sua regularidade formal subjacente;
 - 2) da *abrançência*, no sentido de considerar que o Direito Bancário tem um carácter molecular, já que a relação bancária se desenvolve, normalmente, em situação jurídicas complexas e sucessivas, não se confinando a actos isolados;
 - 3) da *flexibilidade* nos tipos de respostas normativas às situações novas e evolutivas;
 - 4) do *primeiro entendimento* perante os actos correntes, destacando-se aqui a importância dos usos bancários e da tutela da aparência.

Há que ter também em linha de conta a elevada **tecnicidade das operações bancárias**, postulando a modelação de procedimentos que, por sua vez, dêem garantias de segurança jurídica.

No plano da **eficácia**, o operador bancário tende a minimizar os riscos da transacção, optando, em situações patológicas de falta de cumprimento, por soluções de menor prejuízo do que por esquemas sancionatórios formais de eficácia duvidosa ou retardada. Preferirá antes cortar o crédito, conceder uma moratória ou exigir um reforço de garantias ao faltoso do que demandá-lo em acção de cumprimento.

5 – TIPOLOGIA DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS

5.1 – Quadro Geral

O artigo 362º do Código Comercial considera como comerciais:

- a) em geral, todas as operações de bancos tendentes a realizar lucros sobre numerário, fundos públicos ou títulos negociáveis;

- b) em especial, as operações de câmbio, os arbritrios, empréstimos, descontos, cobranças aberturas de crédito, emissão e circulação de notas ou títulos fiduciários pagáveis à vista e ao portador.

Em face do referido normativo, **as operações bancárias revestem a natureza de actos de comércio objectivos**, muito embora essa matriz lhes advenha da qualidade profissional de um dos sujeitos da relação jurídica – os bancos.

A comercialidade objectiva das operações de banco tem especial relevo no que concerne à aplicação do regime da solidariedade passiva previsto no artigo 100º do Código Comercial. Assim, no âmbito das operações de banco, **os convededores responderão solidariamente**, mesmo que não sejam comerciantes, na medida em que se trata de actos comerciais por natureza, embora tipicamente estribados na qualidade de uma das partes (o banco)³².

No que respeita à tipologia das operações bancárias, segundo Ramos Pereira³³, tais operações podem agrupar-se em três categorias essenciais³⁴:

- a) **Operações comerciais**³⁵: que integram a actividade bancária consistente na execução de pagamentos e cobranças, bem como na colocação e administração de capitais, por conta e ordem dos clientes, na recepção de valores em depósito (depósito regular), normalmente mediante a contrapartida de uma *comissão* pelo serviço prestado, designada por prémio de cobrança, prémio de transferência, comissão de guarda ou de colocação de valor;
- b) **Operações financeiras**: que consistem na aplicação de capitais pelo banco por sua conta e risco, emissão de títulos de dívida a médio e longo prazo, podendo diferenciar-se as operações de rendimentos, de especulação e para obtenção de fundos;
- c) **Operações de crédito**: que compreendem a actividade mediante a qual o banco cede ou recebe fundos por crédito, recebendo ou pagando uma contrapartida, normalmente um *juro*.

³² No sentido exposto, *vide* Ac. do STJ, de 2-5-1979, *BMJ* n.º 287, pag. 337; Ac. do STJ, de 13/12/2000, *CJ* Acs. do STJ, Ano VIII, 3.º, pag. 174.; Ac. da Relação de Lisboa, de 23-5-1991, *CJ* Ano XVI, Tomo III, pag. 149.

³³ In *O Sistema de Crédito e a Estrutura Bancária em Portugal*.

³⁴ Sobre o âmbito da actividade bancária no Direito português, *vide* artigo 4.º, n.º 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 298/92, de 31-12; este diploma foi sucessivamente alterado pelos: Dec.-Lei n.º 246/95, de 14-9; Dec.-Lei 232/96, de 5-12; Dec.-Lei n.º 222/99, de 22-6; Dec.-Lei n.º 250/2000, de 13-10.

³⁵ Actualmente essa categoria de operações bancárias é preferencialmente designada por “*operações de pagamento e de prestação de serviço*”.

Por seu turno, **as operações de crédito** podem desdobrar-se em:

- a) **Operações activas**, em que o banco cede fundos por crédito, nomeadamente por via de:
 - desconto de títulos de crédito (letras, livranças, *warrants*);
 - aquisição de cheques emitidos por outras instituições de crédito ou sacados sobre elas;
 - aberturas de crédito, concessão de empréstimos, em conta corrente ou não, sem garantia especial ou caucionados por letra ou livrança;
 - concessão de crédito por garantia bancária autónoma, fiança ou aval;
 - emissão de cartão de crédito.

- b) **Operações passivas**, através das quais o banco recebe fundos, designadamente por via de:
 - **depósitos de numerário**, designado por *depósito irregular*³⁶, a que são aplicáveis as normas relativas ao contrato de mútuo, como decorre do preceituado nos artigos 1205º e 1206º do CC; em Portugal, nos termos do Dec.Lei nº 430/91, de 2-11, os depósitos bancários podem revestir as modalidades de: depósitos à ordem; depósitos com pré-aviso; depósitos a prazo; depósitos a prazo não mobilizáveis; depósitos em regime especial;
 - **depósitos noutros fundos reembolsáveis**;
 - **empréstimos obrigacionistas** amortizáveis a médio e longo prazo, captados junto do público;
 - **empréstimos e créditos** angariados pelas instituições de crédito mediante operações de refinanciamento, de financiamento externo junto de outros bancos ou no mercado interbancário.

5.2 – Natureza Jurídica das Operações Bancárias em Geral

A noção de operação bancária ou de operação de banco é de carácter empírico e compreende uma variedade de ocorrências da actividade bancária, dos actos mais elementares, como sejam as meras operações de caixa realizadas ao balcão, às situações de teor complexo, nomeadamente de abertura de conta, da contracção de um empréstimo ou da realização de um investimento. Não lhe corresponde, pois, uma definição precisa lapidada pela dogmática. Daí que seja legítimo questionar qual a categoria jurídica a que se pode reconduzir a generalidade das operações de banco.

³⁶ O *depósito irregular*, que o art. 1205º do CC define como aquele que tem por objecto coisas fungíveis, é um **contrato de natureza mista** integrado por **elementos do depósito e do mútuo**, aplicando-se-lhe o regime deste último, nomeadamente quanto à forma, transferência da propriedade (art. 1144º do CC) e prazo de restituição – vide Prof. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 1998, pag. 472 a 474.

Para alguns autores, as operações bancárias, como relações sociais reguladas pelo direito, podem enquadrar-se no **esquema tradicional da relação jurídica**, permitindo uma análise estrutural dos respectivos elementos, a saber:

- a) os sujeitos;
- b) os factos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos;
- c) o conteúdo (conjunto de direitos e de obrigações que comporta);
- d) o objecto mediato (as prestações inerentes aos vínculos assumidos);
- e) a garantia (meios de coercibilidade).

Tal enfoque poderá ainda proporcionar uma perspectiva dinâmica, e portanto fenomenológica, da vida das relações jurídicas duradouras e complexas, desde a sua constituição à sua extinção, passando pelas vicissitudes modificativas que sofrem no seu *iter*.

Falar-se-ia, por conseguinte, em relação jurídica bancária.

Porém, os críticos da teoria da relação jurídica, argumentam que se trata de uma visão técnica fortemente redutora do fenómeno jurídico, que deixa de fora ocorrências relevantes para o direito. E, em sua substituição, propõem a **categoria de situação jurídica**, que seria bem mais abrangente e dúctil.

Assim, nas palavras do Prof. Menezes Cordeiro, “a situação jurídica bancária pode ser classificada em função do facto constitutivo ou do seu conteúdo, de acordo com as classificações das situações jurídicas e dos negócios jurídicos”. Teríamos então “quanto ao conteúdo, situações simples e complexas, uni e plurissubjectivas, absolutas e relativas, patrimoniais e não patrimoniais, activas e passivas e analíticas e compreensivas”. No plano dos factos constitutivos, poder-se-ia apontar “situações uni e plurilaterais ou contratuais, formais e consensuais, reais *quoad constitutionem*, obrigacionais e reais *quoad effectum*, causais e abstractas, típicas e atípicas, onerosas e gratuitas e de administração e de disposição”³⁷.

Ora, considerando que uma teoria é sempre um modo de contemplar os fenómenos que pretendemos compreender, e sem pretender aqui discutir o rigor científico das categorias dogmáticas em confronto, talvez seja mais útil tomá-las antes como métodos operativos de análise, no sentido de:

- a **teoria da relação jurídica** nos proporcionar uma abordagem mais estrutural, esquemática e sintética da relação bancária;
- a **teoria da situação jurídica** de nos conduzir a uma aproximação de pormenor e portanto mais compreensiva e analítica dos diversos conteúdos, momentos e vicissitudes das ditas relações complexas.

³⁷ *Manual de Direito Bancário*, 1998, pags. 285-286.

De qualquer modo, a generalidade das operações bancárias desenvolve-se em relações jurídicas patrimoniais, entre o banco e o seu cliente, decorrentes de negócios jurídicos onerosos, *maxime* de contratos bancários, diversificados por tipos, pelo menos, socialmente assumidos.

5.3 – Atipicidade Legal dos Negócios Bancários e a Contratação Mitigada

Apesar do artigo 362º do Código Comercial nomear várias categorias de operações bancárias, estas não se subsumem a tipos legais de contratos, embora possam corresponder a figurinos negociais sedimentados na prática bancária. Vigora assim, neste domínio, o princípio da liberdade contratual proclamado no artigo 405º do CC, segundo o qual as partes tem a faculdade de estipular o conteúdo negocial que pretenderem, de escolher o tipo social de contrato que, segundo os usos e práticas bancárias, melhor se adequar à situação concreta, ou ainda de reunir, no mesmo contrato, elementos combinados de vários tipos legais de contrato.

Todavia, essa plasticidade de estipulação não é coadunável com as exigências de normalização e de celeridade, nem com a elevada tecnicidade, do tráfego bancário, na medida em que contribuiria para adensar o processo de negociação preliminar e para ofuscar a previsão dos resultados práticos pretendidos. De resto, como é sabido, as operações bancárias são realizadas, em termos correntes, por funcionários das instituições, segundo instruções pré-determinadas em função das modalidades técnicas de cada tipo de operação, sem poderes estipulativos, os quais estão, em regra, reservados aos órgãos da administração, que só intervêm nas operações de maior envergadura.

Assim sendo, a tendência é para seguir modelos negociais já experimentados e uniformizados, mediante a adopção de cláusulas pré-formuladas pelas instituições de crédito. Recorre-se então aos chamados **contratos de adesão ou a cláusulas contratuais gerais** contidas em formulários.

Convém notar que *a noção de contrato de adesão (ou contrato por adesão)* é mais alargada do que a de **cláusulas contratuais gerais** ou de **condições negociais gerais**, já que aquela primeira noção compreende:

- tanto os casos de cláusulas gerais a utilizar sem discussão na generalidade dos contratos;
- como a hipótese de cláusulas previamente redigidas, sem negociação individual, integradas em contratos singulares, a que o destinatário da proposta só pode aderir ou deixar de contratar³⁸.

³⁸ Calvão da Silva, *Direito Bancário*, pag. 351.

A adopção de cláusulas ou de condições gerais pré-formuladas veio responder à necessidade de racionalizar os procedimentos da contratação massificada, reduzindo o custo do crédito e imprimindo celeridade à negociação. Todavia, trazem consigo o risco de apanhar desprevenida a parte mais fraca e de permitir que a parte mais forte exerça o seu predomínio, para mais em terrenos de alguma complexidade técnica.

O Prof. Menezes Cordeiro dá-nos notícia de que, historicamente, as primeiras cláusulas contratuais gerais utilizadas no tráfego jurídico têm a sua génese remota na actividade bancária, mais precisamente nas “condições” impressas nos livros de cheques que definiam os deveres e as cautelas do cliente. Terão, pois, surgido na década de 80 do século XIX e foram desenvolvidas, posteriormente, pelos bancos alemães.

Desde 1985 que vigora em Portugal um regime geral das cláusulas contratuais gerais, que consta do Dec.Lei nº 446/85, de 25-10, cuja última reformulação foi introduzida pelo Dec.Lei 249/99, de 7-7, e foi motivada pela necessária adequação à Directiva Comunitária 93/13/CEE do Conselho, de 5-4-1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados pelos consumidores. Porém, a lei portuguesa não se cinge a esse vector, alcançando ainda os contratos celebrados entre empresas ou entidades equiparadas.

No referido diploma, elencam-se, exemplificativamente, cláusulas contratuais gerais absolutamente proibidas (*as chamadas listas negras*) – arts. 18º e 21º – e cláusulas relativamente proibidas, ou seja, consoante o quadro negocial padronizado (*listas cinzentas*) – arts. 19º e 22º –, mas consagra-se, como princípio geral, a proibição de cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé (arts. 15º e 16º).

As cláusulas proibidas inseridas nos contratos singulares são consideradas nulas (art. 12º), mas o aderente pode optar pela subsistência do contrato singular que, na parte afectada, se passará a reger pelas normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração do negócio jurídico (art. 13º), a não ser que tal conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, podendo, nesse caso, haver lugar à redução do negócio (art. 14º).

No mesmo diploma, prevê-se ainda (art. 8º) a exclusão das cláusulas gerais inseridas nos contratos singulares, quando:

- essas cláusulas não tenham sido comunicadas ao aderente em determinados termos previstos na lei;
- ou tenham sido comunicadas com a violação do dever de informação, de molde a que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo;

- se trate de cláusulas que, pelo seu contexto, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real;
- sejam inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes.

A exclusão das cláusulas em referência não prejudicam a subsistência dos contratos singulares, aplicando-se, na parte afectada, as normas legais supletivas, com o recurso, se necessário, às regras de integração do negócio, a não ser que ocorra uma indeterminação insuprível dos elementos essenciais do contrato ou um desequilíbrio das prestações gravemente atentatório da boa fé, casos em que tais contratos serão nulos (art. 9º).

Na interpretação das cláusulas gerais ambíguas, recorrer-se-á à doutrina da impressão do destinatário normal (art. 236º do CC) e, em caso de dúvida, prevalecerá o sentido mais favorável ao aderente – art. 11º.

De assinalar que recai sobre o contratante que submeta a outrem as cláusulas gerais o ónus de provar que lhe fez uma comunicação adequada e efectiva (art. 5º, nº 3).

As cláusulas proibidas estão sujeitas a controlo judicial prévio, por via de acção inibitória (25º).

Assim se mostra que a tutela do dever de informação pré-contratual está melhor assegurada nos ordenamentos jurídicos que disponham de uma lei-quadro que permita o controlo prévio ou *a posteriori* das cláusulas contratuais gerais abusivas ou consideradas proibidas.

Mas, na falta dessa lei-quadro, se estivermos perante a celebração de um contrato de adesão, haverá que atentar nas condições concretas em que foi celebrado o contrato e na observância do dever de informação, por parte da instituição bancária, quanto ao clausulado proposto ao cliente, em termos de a inobservância desse dever poder ser equacionada na perspectiva de eventuais vícios da vontade, nos termos gerais dos artigos 246º e seguintes do CC, e de desencadear porventura a anulação ou a mera redução (art. 292º do CC) do contrato viciado, com recurso, se necessário, à vontade integrativa e/ou aos ditames da boa fé, conforme o previsto no artigo 239º do CC. Poderá ainda recorrer-se à aplicação do regime dos negócios usurários previsto no artigo 282º do CC.

Por outro lado, há que ter presente que os usos bancários conhecidos da generalidade da clientela poderão ser atendidos na interpretação e integração de comportamentos tácitos (*comportamentos concludentes*) de aceitação das propostas contratuais formuladas pelo banco, ao abrigo do disposto no artigo 217º do CC.

Nesse contexto, ganha particular relevo o **dever pré-contratual de informação**, que recai sobre a instituição financeira na formação do contrato, à luz do princípio da boa fé, nos termos previstos no artigo 227º do CC.

Daqui se infere também o grande relevo do processo relativo à formação dos contratos bancários, o qual pode assumir configurações diversificadas, que vão desde as meras negociações preliminares às situações da chamada **contratação mitigada**.

Como ensina o Prof. Menezes Cordeiro³⁹, o universo da contratação mitigada pode reconduzir-se a três tipos de situações:

- a) **as cartas de intenção** (*letters of intent*), que consubstanciam uma vontade já sedimentada, mas que obriga ao prosseguimento de determinadas negociações para a conclusão do negócio;
- b) **os acordos de base** (*heads agreement*) em que, no âmbito de negociações complexas, se consigna o consenso sobre as cláusulas essenciais, mas em que se deve prosseguir na pormenorização de aspectos técnicos secundários;
- c) **os protocolos complementares** (*side letters*) – convénios de natureza acessória que regulamentam ou completam contratos nucleares.

Questão melindrosa será saber qual a consequência jurídica do incumprimento das obrigações assumidas no âmbito da chamada contratação mitigada. Mormente a questão de saber em que medida é que a parte não faltosa pode exigir a execução específica do contrato em formação ou então limitar-se à mera indemnização compensatória.

Não se afigura viável uma solução paradigmática, havendo que ponderar as soluções em consonância com a singularidade das situações concretas, nomeadamente em função do estágio e da densificação do conteúdo negocial a que se chegou.

5.4 – Desformalização / Consensualismo

É sabido que a celeridade das relações comerciais postula o abandono das formas solenes na celebração dos contratos e o predomínio do **princípio da consensualidade**, aliás, proclamado no artigo 219º do CC.

Também assim seria de supor no âmbito do tráfego bancário.

³⁹ *Direito Bancário*, pags. 407 a 409.

Sucedem, porém, que a elevada tecnicidade da actividade bancária e a já referida atipicidade legal dos contratos bancários, colocam particulares exigências de segurança jurídica, por forma a acautelar as partes quanto a uma adequada previsão dos conteúdos obrigacionais assumidos, bem como relativamente aos efeitos que podem decorrer do não cumprimento dessas obrigações.

Só que a fluidez das operações bancárias não se compadeceria com delongas negociais nem com uma formalização solene dos contratos, como já acima foi referido.

Por isso mesmo, os negócios bancários tendem a ser reduzidos a escrito particular, embora sem formalidades especiais, com recurso a cláusulas contratuais gerais, previamente elaboradas, a que os clientes aderem, ou a formulários já impressos com o conteúdo típico da operação, no qual o cliente se limita a preencher algumas quadrículas e a assinar. Aliás, como refere o Prof. Menezes Cordeiro⁴⁰, **a assinatura do cliente é um elemento-chave do procedimento bancário**, pois é através da assinatura, conservada em ficheiro, e tecnicamente reconhecível, que a instituição bancária identifica o seu cliente nas múltiplas operações que com ele realiza. Ademais, é um elemento fundamental para imputar ao cliente a autoria dos actos por eles praticados.

A par disso, verifica-se também, como já acima foi dito, uma tendência para a simplificação, por via da adopção de instrumentos escritos unilaterais, em detrimento do esquema formal clássico de proposta/ aceitação. Com efeito, os contratos são, frequentemente, formalizados através de um escrito – *v.g. carta* – assinado pelo cliente e dirigido ao banco. O contrato poderá assim consubstanciar-se numa proposta formal do cliente e numa aceitação tácita do banco.

Neste domínio, terá ainda larga aplicação o disposto no artigo 458º do CC, no sentido de fazer presumir a relação causal subjacente a uma declaração formal de reconhecimento de dívida ou de promessa de cumprimento.

⁴⁰ *Manual de Direito Bancário*, pags. 380.

II – DAS OPERAÇÕES ACTIVAS

6 – DO CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO

6.1 – Noção e natureza do mútuo civil

Começaremos por definir o contrato de mútuo civil e as linhas gerais do seu regime, uma vez que constituem a base e o quadro supletivo do contrato de mútuo bancário.

O artigo 1142º do Código Civil de 1966 define o contrato de mútuo como sendo “... o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade”.

Já o velho Código Civil de Seabra definia, no seu artigo 1506º, o empréstimo como consistindo “na cedência gratuita de qualquer coisa, para que a pessoa a quem é cedida se sirva dela, com a obrigação de a restituir em espécie ou em coisa equivalente”.

E o artigo 1507º do mesmo Código classificava o empréstimo em duas espécies: o contrato de comodato, quando versasse sobre coisa que devesse ser restituída na mesma espécie (*o chamado empréstimo de uso*); e o contrato de mútuo, quando versasse sobre coisa que devesse ser restituída por outra do mesmo género, qualidade e quantidade (*empréstimo de consumo*).

Por sua vez, o artigo 1508º consignava que o empréstimo era essencialmente gratuito, mas que, quando retribuído, tomava a natureza de aluguer, em caso de comodato; e de usura, em caso de mútuo.

Será curioso notar que há quem faça remontar a origem do mútuo ao sentimento de solidariedade social, que leva uma pessoa a ceder a outra, a título gratuito, algo de que esta necessita; o vocábulo mútuo teria, pois, a mesma raiz da palavra mutualidade. **Mútuo** significaria, assim, etimologicamente, “*aquilo que de meu faço teu*” (*quod de meo tuum fit*); mas há também quem reporte o vocábulo à raiz de *movere* e de *mutare*⁴¹

⁴¹ A este propósito, *vide* Prof. Antunes Varela, *RLJ* Ano 124, pag. 253.

No Código Civil de 1966, figura também o contrato de comodato, que o artigo 1129º define como sendo aquele em que uma das partes entrega à outra certa coisa, móvel ou imóvel, para que se sirva dela, com a obrigação de a restituir.

Assim, o que continua a distinguir o contrato de comodato do contrato de mútuo é a natureza do seu objecto material: o comodato versa sobre coisa infungível (móvel ou imóvel); enquanto que o mútuo tem por objecto coisa fungível, definida no artigo 207º do CC como aquela que é determinada em função do seu género, qualidade ou quantidade.

Porém, hoje o comodato é sempre de natureza gratuita. Se a concessão temporária do gozo de uma coisa infungível, for retribuída, estamos perante um contrato de locação, que será de arrendamento ou de aluguer, consoante se trate de imóvel ou de móvel, respectivamente (artigos 1022º e 1023º do CC).

Por seu lado, o mútuo civil pode ter carácter oneroso ou gratuito, conforme for ou não retribuído, mas, em caso de dúvida presume-se oneroso, nos termos do artigo 1145º do CC. A retribuição do mútuo relativo a dinheiro designa-se por **juro remuneratório**, a que se aplicam as disposições constantes dos artigos 559º a 561º e 1146º do CC.

O termo **usura** deixou de estar conotado com o mútuo oneroso, para passar a referir, pejorativamente, a prática de juros acima dos limites legalmente permitidos (art. 1146º CC) e a estar associado aos negócios usurário nos termos definidos no artigo 282º do CC.

O contrato de mútuo, tal como se encontra tipificado no artigo 1142º do CC, tem a natureza de um **contrato real quoad constitutionem**, o que significa que a entrega da coisa mutuada é um elemento essencial do próprio contrato e não uma mera obrigação dele emergente. Nessa medida, o contrato de mútuo não se concluirá enquanto não tiver sido entregue a coisa ao mutuário, não fazendo, por isso, sentido suscitar a questão do cumprimento contratual, perante o mutuante, no caso de falta de entrega da coisa, já que, nesta hipótese, nem sequer existe contrato.

Tal caracterização coloca, no entanto, o problema de saber como tratar juridicamente as situações decorrentes dos contratos de abertura de crédito, em que o banco apenas se compromete a conceder ao mutuário um crédito a realizar por depósitos de fundos na conta deste, situação que a seu tempo abordaremos.

Dado que o contrato de mútuo tem por objecto coisa fungível e que o mutuário fica obrigado a restituir coisa do mesmo género, qualidade e quantidade, um dos

efeitos típicos do contrato é a transferência da propriedade da coisa mutuada – com a sua entrega – para o mutuante, como, aliás, se encontra estatuído no artigo 1144º do CC; o mesmo é dizer que a propriedade da coisa mutuada transfere-se para a titularidade do mutuário, ficando o mutuante com o direito de crédito à restituição de coisa do mesmo género, qualidade e quantidade e ao pagamento da retribuição eventualmente devida – por exemplo, juros remuneratórios correspondentes ao prazo estabelecido para a disponibilização de capital mutuado.

Em suma:

a) *Os elementos estruturantes do contrato de mútuo* são:

- 1) **o acordo das partes;**
- 2) **a entrega da coisa ao mutuário.**

b) *As obrigações típicas do mutuário* são:

- 1) **a do pagamento da retribuição**, em caso de mútuo oneroso – que, no mútuo de dinheiro, se designa por juro remuneratório;
- 2) **a de restituir coisa do mesmo género, qualidade e quantidade** – o *tantundem*.

Na falta de cumprimento da obrigação de restituir a coisa mutuada, tratando-se de dinheiro, o mutuário incorre em mora, ficando a partir daí obrigado ao pagamento dos juros de mora, a título de indemnização, nos termos do artigo 806º do CC.

6.2 – Da forma do contrato de mútuo civil

O contrato de mútuo civil só está sujeito a forma escrita - escritura pública ou documento particular assinado pelo mutuário -, se tiver por objecto, conforme o caso, valores superiores aos fixados no artigo 1143º do CC. Até ao limite do valor mais baixo, o mútuo civil é consensual; acima dele, é um negócio formal.

Com efeito, a forma escrita exigida pelo referido normativo constitui uma formalidade *ad substantiam*, que visa levar as partes a uma maior reflexão e ponderação na celebração do negócio, e que implica a nulidade do contrato, obrigando a que seja restituído tudo o que tiver sido entregue, nos termos dos artigos 220º, 286º e 289º do CC.

No caso, por exemplo, de mútuo de dinheiro, apesar da invalidade do contrato alcançar a própria cláusula estipulativa dos juros remuneratórios, mesmo assim o

mutuante poderá exigir juros, a título de frutos civis, pela posse presumidamente de má fé do capital, por parte do mutuário, a coberto do disposto nos artigos 1259º, 1260º, nº 2, e 1271º, aplicáveis por via da norma remissiva do nº 3 do artigo 289º, todos do CC.

6.3 – Do prazo para a restituição da coisa mutuada

As partes podem convencionar o prazo para a restituição da coisa mutuada, o qual, em caso de mútuo oneroso, se presume estabelecido a favor de ambas; mas o mutuário pode antecipar a restituição, desde que pague os juros remuneratórios por inteiro – artigo 1147º do CC.

Não tendo sido estipulado prazo:

- se *o mútuo for gratuito*, a obrigação de restituir a coisa mutuada só se vence 30 dias após a interpelação do mutuário para cumprir, como se preceitua no nº 1 do artigo 1147º do CC; porém, o próprio mutuário pode restituir a coisa a todo o tempo, nos termos gerais do artigo 777º, nº 1, 2ª parte, do CC;
- se *o mútuo for oneroso*, qualquer das partes pode pôr termo ao contrato, mediante denúncia com a antecedência de 30 dias – nº 2 do artigo 1148º do CC.

6.4 – Falta de cumprimento do contrato pelo mutuário

Nos casos em que o mutuário deixe de pagar os juros remuneratórios no seu vencimento, ao mutuante assiste o direito de resolver o contrato, por via extrajudicial, nos termos dos artigos 432º a 436º e 1150º do CC, sem necessidade de fixar ao mutuário o prazo essencial suplementar a que se refere o artigo 808º, nº 1, do CC. É um dos casos especiais em que a simples mora dá logo acesso à imediata resolução do contrato, sem necessidade de prévia conversão em incumprimento definitivo.

Em consequência disso, o mutuante tem o direito de exigir, para além dos juros remuneratórios em dívida, a restituição do capital mutuado, bem como o pagamento de juros de mora sobre esse capital, a partir da data da resolução do contrato, à taxa estipulada para a falta de cumprimento; na falta dessa estipulação, poderá exigir os juros moratórios à taxa legal ou à taxa do juro contratual, se esta for mais elevada – artigos 433º, com referência ao artigo 289º, e artigo 806º do CC.

Na hipótese de ter sido estipulada a restituição do capital em prestações, a falta de pagamento de qualquer delas confere ao mutuante o direito de exigir o cumprimento antecipado de todas as prestações vincendas, nos termos do artigo 781º do CC, ou seja, a exigir a imediata amortização do capital remanescente.

Nesta hipótese, coloca-se, porém, a questão de saber se, face ao preceituado no artigo 781º do CC, o vencimento dessas prestações opera, automaticamente, logo que ocorra uma falta de cumprimento das prestações vencidas, ou se apenas se verifica uma mera situação de exigibilidade imediata, a concretizar mediante interpelação do mutuário.

Não obstante a letra do normativo em referência, a larga maioria da doutrina e da jurisprudência portuguesas têm vindo a entender que o vencimento antecipado das prestações vincendas só ocorre após a interpelação do mutuário, para tal efeito; assim, só a partir dessa interpelação é que serão devidos os juros moratórios sobre o capital integrado nessas prestações.

Todavia, tal entendimento não obsta a que as próprias partes convencionem previamente no contrato, dentro da esfera da liberdade contratual, o vencimento automático das prestações vincendas em caso de simples mora no cumprimento das prestações entretanto vencidas.

Em tal caso, logo que ocorra a falta de pagamento de qualquer das prestações já vencidas, o mutuante pode, desde então exigir a restituição de todo o capital ainda não amortizado e os respectivos juros de mora, sem prévia interpelação.

Outra questão problemática será saber se, em caso do vencimento antecipado das prestações futuras, nos termos do artigo 781º do CC, o mutuante terá direito aos juros por inteiro, tal como nos casos de antecipação voluntária por iniciativa do mutuário, conforme o previsto no artigo 1147º do CC.

6.5 – Especialidades do mútuo bancário

6.5.1 – Quanto à sua natureza

O mútuo bancário assume estrutura e natureza geral idêntica ao contrato de mútuo civil de que é tributário. A sua diferença específica radica no facto de ser celebrado por um banqueiro, na qualidade de mutuante, agindo no âmbito da sua actividade profissional.

Acresce que, à luz do disposto no artigo 362º do Código Comercial, o mútuo ou empréstimo bancário reveste a natureza de acto objectivamente comercial, como decorre do consignado no artigo 2º do mesmo diploma. Além disso, o facto de o banqueiro agir como profissional na concessão do empréstimo faz presumir, obviamente, o seu carácter oneroso, sendo devidos juros remuneratórios de acordo com as taxas convencionados, nos limites permitidos por lei, ou

supletivamente à taxa do juro comercial, em conformidade com o disposto no artigo 102º do C.Com., salvo se estiver legalmente prevista taxa de juro supletiva especial.

6.5.2 – Quanto à forma

O mútuo bancário, seja qual for o seu valor, **pode provar-se por escrito particular**, ainda que a outra parte contratante não seja comerciante, como prescreve o artigo único do Dec. Lei nº 32.765, de 29-4-1943.

De qualquer modo a taxa de juro convencionada, em valor diferente da legal (superior ou inferior), porque tem natureza comercial, terá de ser reduzida a escrito por força do preceituado no artigo 102º, & 1º, do Código Comercial.

Será, no entanto, de ressaltar que os **empréstimos bancários em que se estabelece garantia hipotecária** terão, em regra, de ser formalizados por **escritura pública**, por força do preceituado no art. 714º do CC.

Porém, a doutrina e a jurisprudência portuguesas têm vindo a entender que os **contratos de empréstimo hipotecário celebrados por estabelecimento de crédito devidamente autorizados** poderiam, independentemente do valor, constar de **documento particular**, valendo para todos os efeitos como escritura pública, por estar em vigor, nesta matéria, a **Carta de Lei de 16-4-1874** e o **Dec. De 7-1-1876**⁴².

Tal questão perdeu hoje muita da sua importância, em Portugal, com a entrada em vigor do Dec.-Lei nº 255/93, de 15-7, que passou a permitir a celebração por **documento particular da compra e venda com mútuo, com ou sem hipoteca**, referente a prédio urbano destinado a habitação, ou fracção autónoma para o mesmo fim, desde que o mutuante seja uma instituição de crédito autorizada a conceder crédito à habitação.

A exigência de documento particular para o mútuo bancário resultante do Dec.-Lei nº 32.765, de 29-4-1943, constitui uma formalidade *ad probationem*, cuja inobservância não implicará a nulidade do contrato, mas que só pode ser substituída, para efeitos probatórios, pela confissão expressa, judicial ou extrajudicial, contanto que, neste último caso, a confissão conste de documento de igual ou de superior valor probatório, nos termos do nº 2 do artigo 364º do CC.

⁴² A este propósito, *vide* Pareceres dos Profs. Antunes Varela e Menezes Cordeiro, in CJ Ano XVI, Tomo 3º, pags. 45 e segs. e 55 e segs., respectivamente, bem como o Ac. da Relação de Lisboa, de 20-4-989, CJ Ano XIV, Tomo 2º, pag. 147.

6.5.3 – *Mútuo bancário de escopo*

Quando o mútuo bancário seja concedido para certo fim de aplicação, designa-se por mútuo de escopo. O fim específico para que é concedido pode estar relacionado com a especificidade da linha de crédito e ter influência decisiva na duração do prazo e na respectiva taxa de juro, a que não serão alheias porventura razões relativas à política de crédito.

Coloca-se então a questão de saber se, sendo a aplicação do capital desviada do fim contratual, assiste ao mutuante o direito de resolver o contrato e de exigir a imediata restituição desse capital.

Uma das orientações seguidas é a de que a faculdade de resolução do contrato por desrespeito do escopo deverá ser estipulada no contrato, prática que, normalmente, é seguida pelos bancos.

Não sendo, no entanto, estipulada cláusula resolutória, poder-se-á entender que o mutuante pode, mesmo assim, resolver o contrato nos termos gerais previstos no artigo 802º, nº 1, do CC.

6.5.4 – *Do anatocismo*

O artigo 560º, nº 1, *a contrario sensu*, do CC proíbe a prática do anatocismo ou usura, que consiste na estipulação de juros sobre juros.

No entanto, tal proibição acaba por ser temperada com a admissibilidade de juros sobre juros nas seguintes hipóteses:

- a) por convenção posterior ao vencimento dos juros;
- b) por capitalização dos juros vencidos, correspondentes ao período mínimo de um ano (nº 2 do art. 560º), a partir da notificação judicial feita ao devedor para tal fim ou para proceder ao seu pagamento, sob pena de capitalização;
- c) quando existam regras ou usos particulares do comércio em contrário (nº 3 do art. 560º).

Paralelamente ao sobredito regime geral, existem domínios específicos em que são admitidos juros sobre juros, ou seja, juros compostos.

No Direito português, no **domínio dos juros bancários**, o artigo 7º, nº 3, do Dec.Lei nº 344/78, de 17/11, na redacção introduzida pelo artigo 2º do Dec.Lei nº

83/86, de 6-5, consigna que: *Os juros de mora incidem sobre o capital já vencido, podendo incluir-se neste os juros capitalizados correspondentes ao período mínimo de um ano.*

E o nº 6 do artigo 5º do citado Dec. Lei nº 344/78, na redacção dada pelo Dec. Lei nº 204/87, estatui que *não podem ser capitalizados juros correspondentes a um período inferior a três meses.*

A este propósito, tem-se suscitado a questão de saber se a prática do anatocismo constitui um uso bancário relevante para os efeitos do artigo 560º, nº 3, do CC, sendo que a doutrina e a jurisprudência predominantes – segundo cremos – vão no sentido de não reconhecer a existência tal uso, mesmo no comércio bancário⁴³.

Mais problemático será saber se a capitalização dos juros bancários está sujeita ainda aos requisitos previstos no artigo 560º, nº 1, do CC.

7 – EMPRÉSTIMO MERCANTIL

Nos termos definidos pelo artigo 394º do Código Comercial, o empréstimo mercantil ocorre quando a coisa cedida se destine a qualquer acto mercantil.

Especificamente, o empréstimo mercantil:

- é sempre retribuído (art. 395º Cod. Com.);
- quando celebrado entre comerciantes, admite qualquer meio de prova (art. 396º do C. Com.).

8 – DESCONTO BANCÁRIO ⁴⁴:

8.1 – Noção

Na sua forma mais típica, o desconto bancário consiste num contrato mediante o qual:

- um banco – *descontador*;
- entrega ao seu cliente – *descontário* ;

⁴³ Nesse sentido, *vide* Diogo Leite de Campos, *Anatocismo – Regras e Usos Particulares do Comércio*, in Revista da Ordem dos Advogados nº 48, 1988, pags. 39 a 62.

⁴⁴ Vide Prof. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, pag. 543 e segs.

- uma determinada quantia;
- recebendo deste, em contrapartida, um crédito, ainda não vencido, sobre terceiro, crédito este normalmente consubstanciado num título de crédito (v.g. *letras de câmbio ou livranças*).

8.2 – Natureza

Apesar do artigo 362º do Cod. Comercial se referir ao desconto bancário, o certo é o nosso ordenamento jurídico não nos dá qualquer noção deste contrato nem contém regras específicas sobre o mesmo. Daí que a doutrina se encontre dividida quanto à sua caracterização, o que é ainda favorecido pelo facto de assumir diversas configurações práticas.

Assim, há quem sustente a tese de que estamos perante uma modalidade de mútuo⁴⁵; outros, defendem que se trata de uma compra e venda de um crédito; outros ainda pugnam pela tese do contrato *sui generis*⁴⁶.

A tese dominante vai no sentido de que o contrato de desconto se configura como um **contrato misto integrado por um mútuo retribuído e por uma *datio pro solvendo*** ⁴⁷.

Nessa linha de entendimento, o banco descontador empresta ao seu cliente – o descontário – um determinado capital, recebendo um título de crédito, através do qual pode satisfazer a prestação de amortização do capital no respectivo prazo de vencimento. Neste contexto, a entrega do título de crédito ao banco não é logo liberatória da obrigação da restituição do capital, mas visa apenas vir a satisfazê-la em tempo oportuno. Só a cobrança eficaz do título é que extingue a obrigação de restituição do capital, nos termos do artigo 840º do CC; daí trata-se de uma dação em função do cumprimento (*datio pro solvendo*).

Quanto à **forma** que deve revestir o contrato de desconto, na jurisprudência portuguesa, importa ter presente o Assento nº 17/94 do STJ, de 11/10/94,

⁴⁵ Costa Pinheiro e Adelino da Palma Carlos citados por Pinto Furtado, “Obrigação Cartular e Desconto Bancário”, in *Temas de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1986, pag. 154.

⁴⁶ Vide Pinto Furtado, elemento citado, pag. 156.

⁴⁷ Vide, a este propósito, Fernando Olavo, *Desconto Bancário*, 1955, pag. 256 e segs., e Acs. do STJ, de 30-5-978, BMJ nº 277, pag. 286, da Relação do Porto, de 31-1-1978, CJ Ano III, Tomo 1º, pag. 155 e Tomo 4º, pag. 1258, da relação de Lisboa, de 12-1-1982, CJ Ano VII, Tomo 1º, pag. 148; Relação do Porto, de 18-11-1986, CJ Ano XI, Tomo 5º, pag. 221, entre muitos outros. Esta tese parece ser a dominante como se alcança da inúmera jurisprudência citada por Menezes Cordeiro, in *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 1998, pag. 544.

actualmente com o valor de acórdão uniformizador, no qual se fixou doutrina no sentido de que o referido contrato deve ser reduzido a escrito particular como formalidade *ad substantiam*. Trata-se de uma decisão assaz controversa, que suscitou, aliás, vários votos de vencido.

9 – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO⁴⁸

A abertura de crédito, que assim vem designada no artigo 362º do Código Comercial, consiste num contrato através do qual um banco se obriga a colocar à disposição de um cliente uma soma de dinheiro, de uma só vez (*abertura de crédito simples*) ou por parcelas ou fatias (*em regime de conta corrente*), por certo prazo ou até por tempo indeterminado, mediante o pagamento de juros e eventualmente de uma comissão de imobilização.

A abertura de crédito pode ser acompanhada de uma garantia pessoal (fiança, aval, livrança de favor) ou real (hipoteca), sendo prática frequente o recurso à chamada *conta corrente caucionada*, em que o cliente beneficiário – normalmente uma sociedade comercial – subscreve e entrega ao banco uma livrança em branco, avalizada – em regra pelos sócios da sociedade subscritora –, acompanhada de uma autorização de preenchimento quanto ao montante e à data de vencimento.

A partir de determinado saldo negativo, o banco preencherá a livrança pelo montante que for devido e poderá accionar os obrigados cartulares.

A lei não define nem regulamenta o contrato de abertura de crédito, o qual também pode assumir diversas modalidades práticas.

Na doutrina tem-se perfilado duas teses fundamentais:

- **a tese da conversão em contrato-promessa de mútuo** – Prof. Gabriel Pinto Correia, R.L.J. Ano 82º, pags. 193 e segs; Prof. Antunes Varela, Anotações ao Ac. do STJ, de 21/4/1980, in R.L.J. Ano 114º, pags. 105 e segs. (mais precisamente pags. 115 e segs.) e ao Ac. do STJ, de 10-12-1985, in R.L.J. Ano 124º, pags. 241 e segs; Ac. do STJ, de 8-6-93, CJ dos Acs. do STJ Ano I, Tomo 3º, pags. 5 e segs. ;
- **a tese do contrato de mútuo legalmente atípico, consensual e definitivo**: Prof. Vaz Serra, in RLJ Ano 93º, pags. 65 e segs.; vide ainda Ac. do STJ, de 2-5-979, BMJ nº 287, pag. 337; Ac. do STJ, de 13-12-2000, CJ Acs. do STJ Ano VIII, Tomo 3º, pag. 174; e em especial Sofia Gouveia Pereira, *O Contrato de*

⁴⁸ Vide Prof. Menezes Cordeiro, ob. cit., pags. 537 a 541.

Abertura de Crédito Bancário, Principia, 2000, segundo a qual o contrato de abertura de crédito se traduz num “contrato-quadro *sui generis*, o qual não se esgota numa mera estrutura de enquadramentos de futuros actos jurídicos, ainda que não autónomos, mas tem uma função sócio-económica específica”.

A doutrina dominante parece orientar-se no sentido da última tese enunciada, segundo a qual o contrato de abertura de crédito, em conformidade com os usos bancários, se reconduz a um contrato de mútuo consensual, ou seja, cuja conclusão do contrato ocorre logo com a aceitação do banco em conceder o crédito, independentemente de o banco depositar as importâncias a que se comprometeu.

Na verdade, afigura-se-nos um pouco artificioso o entendimento segundo o qual as partes teriam relegado a conclusão do negócio para o momento em que o banco coloca o capital à disposição do seu cliente; nem cremos que, segundo as regras da experiência, o banco assim proceda na convicção de que está a concluir o contrato, mas sim na de que está a cumprir o acordo firmado.

10 – *DESCOBERTO EM CONTA*⁴⁹

O descoberto em conta consiste no contrato bancário em que o banco permite, mediante acordo prévio ou consentimento posterior, informal (*eventualmente sem documentos – clean credit*) ou expresso, que o seu cliente saque importâncias sobre conta com saldo negativo, até determinado limite e durante certo período, com carácter eventual, temporário ou rotativo, consoante o fim estabelecido.

Quando se traduz em *crédito pessoal*, é normalmente sujeito a taxas de juros mais onerosas, já que envolve maior risco, nomeadamente nos casos em que não exista qualquer caução, tendo como única garantia a solvabilidade do devedor.

Neste âmbito, importa destacar o chamado *crédito de tesouraria, facilidade de caixa*, ou *overdraft* (*sacar a descoberto*), que se traduz na simples tolerância do banco, permitindo que o cliente movimente a conta com saldo negativo, por curtos períodos, para acorrer a dificuldades pontuais de tesouraria.

O descoberto em conta reconduz-se, ao fim e ao cabo, ao mútuo bancário, regendo-se, prioritariamente, pelo que tiver sido clausulado em particular ou

⁴⁹ Vide Prof. Menezes Cordeiro, ob. cit., pags. 541 e 542; Ac. do STJ, de 2-2-93, CJ dos Acs. do STJ, Ano I, Tomo 1º, pag. 121; sobre a caracterização do descoberto em conta como relação factual sustentada na confiança gerada entre o banco e o cliente, vide Ac. do STJ, de 16-3-2000, *BMJ* nº 495, pags. 32

através da adesão a cláusulas gerais, pelos usos bancários e, subsidiariamente, pelas regras do mútuo.

Nas hipóteses de *facilidades de caixa ou descoberto ad nutum*, na falta de outras disposições, entende-se estarmos perante uma mera tolerância do banco, sem a emergência de direitos para o cliente.

11 – ANTECIPAÇÃO BANCÁRIA

A antecipação bancária, segundo o ensinamento do Prof. Menezes Cordeiro, consiste num contrato consensual em que **o banco concede ao seu cliente um crédito mediante a constituição de um penhor** de títulos, dinheiro ou outros bens (arts. 666º e 623º, nº 1, do CC), em valor proporcional à referida garantia. Trata-se de **um contrato misto de mútuo com penhor**⁵⁰.

12 – EMISSÃO DE CARTÃO BANCÁRIO ⁵¹

Os cartões bancários podem assumir duas modalidades: *cartões de levantamento* e *cartões de crédito*.

A emissão de *cartões de levantamento ou de débito* (*Multibanco*) ocorre no quadro de um acordo celebrado entre o banco e o cliente, nos termos do qual é concedido a este o direito a proceder a levantamentos de dinheiro (notas de banco), com limites máximos diários, através de terminais automáticos e mediante a utilização de um cartão electrónico dotado de um número pessoal (PIN – *personal identification number*), podendo ainda facultar o acesso ao pagamento de diversos serviços.

A emissão de *cartões de crédito* (*Visa*) ocorre no âmbito de um contrato celebrado entre o banco, o seu cliente e um terceiro – fornecedor de bens ou serviços – e que permite ao cliente utilizar o cartão electrónico para efectuar pagamentos ao fornecedor, os quais serão debitados na conta do cliente. O banco receberá uma *comissão* a cargo do fornecedor e (ou) do cliente.

Em Portugal, o regime da emissão e utilização dos cartões bancários rege-se por cláusulas contratuais gerais, conforme o preconizado no artigo 3º do Dec.Lei nº

⁵⁰ Prof. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, pag. 542.

⁵¹ Sobre a génese, caracterização e regime dos cartões bancários, vide Prof. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, 1998, 513 a 524, bem como os elementos de doutrina e jurisprudência ali referenciados.

166/95, de 15-7, observando-se ainda o Regulamento constante do Aviso nº 4/95, de 28-7, do Banco de Portugal, publicado no D.R. Série II, nº 173, Supl., de 28-7, ao abrigo do disposto no artigo 4º do citado Dec.Lei.

No domínio da utilização de cartões bancários tem-se suscitado a questão de saber como se reparte a responsabilidade pelos prejuízos derivados do furto ou extravio do cartão.

A doutrina e a jurisprudência portuguesas⁵² têm-se inclinado para o entendimento de que:

- o titular do cartão será responsável na medida do incumprimento das suas obrigações relativas à segurança do mesmo e do código de acesso que lhe foi atribuído, estendendo-se tal responsabilidade até ao momento em que comunicar ao banco o extravio ou o furto do cartão;
- a instituição bancária, por sua vez, responderá pelos danos causados posteriormente, quando já podia e devia ter accionado todos os mecanismos necessários de modo a evitar novas utilizações.

13 – CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMO ⁵³

O contrato de crédito ao consumo consiste num contrato mediante o qual um credor – *pessoa singular ou colectiva que, no exercício da sua actividade comercial ou comercial, concede crédito* – concede ou promete conceder a um consumidor – *pessoa singular que actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional* – um crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartões de crédito ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante mediante um custo total, que inclui juros e outras despesas, expresso em percentagem anual do montante do crédito concedido, designada por taxa anual de encargos efectiva global (TAEG).

É um contrato nominado e típico que, no Direito português, se encontra regulado, nos seus aspectos essenciais, pelo Dec.Lei nº 359/91, de 21-9, no qual se define o âmbito de aplicação (arts. 1º, 2º e 3º), se estabelece o regime geral do contrato (arts. 4º a 12º) e regimes especiais (arts. 13º a 16º).

⁵² Vide, a título de exemplo, o acórdão do STJ, de 19-11-2002, CJ dos Acs. do STJ, Ano X, Tomo III, pag. 135-139.

⁵³ Para mais desenvolvimentos, vide estudo de Fernando de Gravato Morais, "Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumo", in *Scientia Iuridica*, Tomo XLIX, 2000, n.ºs 286/288, pags. 375 a 411; vide ainda Prof. Menezes Cordeiro, ob. cit., pags. 547/549.

Na medida em que reveste a forma de mútuo, é um *mútuo de escopo*, isto é, um mútuo em que o mutuário fica contratualmente adstrito a dar um determinado destino à quantia mutuada.

De salientar o reforço do dever de informação por parte do mutuante (arts. 4º e 5º do Dec.-Lei nº 359/91), a sujeição do contrato a escrito particular com determinados requisitos (art. 6º do Dec.-Lei nº 359/91), o período de reflexão (art. 8º) e outras medidas de reforço da tutela do consumidor, nomeadamente quanto ao regime da invalidade (art. 7º), à utilização de títulos de crédito como garantia – letras e livranças “não à ordem” – (art. 11º), à invocação de excepções por parte do consumidor respeitantes ao contrato a que se destina o financiamento (art. 12º).

Aliás, no que toca à articulação do contrato de crédito ao consumo com o contrato financiado, colocam-se algumas dificuldades na sua caracterização, qual seja a de saber se estamos perante um *contrato unitário, trilateral e complexo*, ou ante uma *união de dois contratos*, consubstanciada num contrato de consumo – celebrado entre o fornecedor do bem ou serviço e o consumidor – e num contrato de crédito – celebrado entre o financiador e o consumidor –, formal e juridicamente separados, mas ligados por um vínculo de natureza económica em que pontua a dependência funcional do contrato de crédito em relação ao contrato de consumo que lhe serve de escopo. Esta última orientação parece mais conforme com o regime legal, mormente com o disposto no artigo 12º do Dec.-Lei nº 359/91.

III – DAS OPERAÇÕES PASSIVAS

14 – DEPÓSITO REGULAR

Noção: O contrato de depósito bancário regular é aquele em que um cliente entrega a um banco uma coisa infungível para que a guarde com o dever de a restituir quando lhe for exigido, o qual se presume oneroso (art. 1158º *ex vi* do art. 1186º do CC). Pode tratar-se de guarda de valores mobiliários ou de aluguer de caixas ou cofres fortes.

Regime: O contrato em referência rege-se pelo disposto nos artigos 1185º e segs. do CC e pelos usos bancários nos termos do art. 407º do Código Comercial.

15 – DEPÓSITO IRREGULAR⁵⁴

15.1 – Noção:

Na noção dada pelo artigo 1205º do CC, o contrato de depósito irregular consiste no depósito que tem por objecto coisas fungíveis. O depósito bancário irregular ocorre quando um cliente deposita uma determinada quantia de dinheiro junto de um banco, ali abrindo uma conta de depósito com direito a movimentá-la nos termos acordados.

15.2 – Modalidades:

Os depósitos bancários revestem, em regra, as seguintes modalidades:

- a) **Depósitos à ordem** – em que a mobilização dos fundos pode ser exigida pelo depositante a todo o tempo;
- b) **Depósitos com pré-aviso** – quando a mobilização dos fundos só pode ser exigida depois de prevenido o depositário, por escrito, com a antecipação fixada na cláusula do pré-aviso, livremente acordada entre as partes;
- c) **Depósitos a prazo** – só exigíveis no fim do prazo por que foram constituídos, podendo, todavia, as instituições de crédito conceder aos seus depositantes, nas condições acordadas, a sua mobilização antecipada;

⁵⁴ Sobre o depósito bancário, vide Prof. Menezes Cordeiro, in ob. cit, pags. 467, donde foram colhidos os elementos aqui esquematicamente expostos.

- d) **Depósitos a prazo não mobilizáveis antecipadamente** – quando exigíveis apenas no fim do prazo por que foram constituídos, não podendo ser reembolsados antes do decurso desse mesmo prazo;
- e) **Depósitos constituídos em regime especial**, destacando-se os seguintes:
- **conta poupança-reformados** ;
 - **conta poupança-emigrante** ;
 - **conta poupança-habitação** ;
 - **conta poupança-condomínio**.

15.3 – Natureza e Regime:

Os depósitos bancários irregulares conectionam-se com a abertura de conta, traduzindo-se em contratos mistos integrados por elementos do contrato de depósito e do contrato de mútuo, aplicando-se-lhe o regime deste último, nomeadamente quanto à forma, transferência da propriedade do dinheiro depositado (art. 1144º do CC) e prazo de restituição.

Assim sendo, o banco adquire a propriedade do capital depositado, podendo aplicá-lo por sua conta e risco e ao depositante assiste o direito ao levantamento do equivalente à quantia depositada (*restituição do tantundem*), a todo o tempo (contas à ordem) ou nos prazos e termos convencionados, consoante a modalidade do depósito. Além disso, ao depositante assiste o direito a juros remuneratórios.

No que se refere ao regime de movimentação das contas, podem ser:

Quanto à *natureza do depósito bancário a prazo e ao levantamento antecipado por um contitular*, vide Ac. do STJ, de 5-3-1987, anotação de Vasco da Gama Lobo Xavier e Maria Ângela Coelho Bento Soares, in Revista de Direito e Economia, Ano XIV, 1988, pags. 281 a 315, e, em sentido contrário a esta anotação, o parecer do Prof. Antunes Varela, in Revista da Banca nº 21, Jan/Março de 1992, pags. 41 a 75.

16 – CONTRATOS DE ABERTURA DE CONTA E DE GIRO BANCÁRIO

A **abertura de conta** será, sem dúvida, um dos actos mais comuns da actividade bancária. É a partir dele que normalmente se inicia uma relação bancária estável e duradoura entre o banco e o seu cliente.

Consiste num contrato celebrado entre uma instituição de crédito e o cliente, nos termos do qual aquela instituição se obriga a abrir uma conta em nome do

cliente e a receber e escriturar os fundos líquidos que este ali for depositando, bem como a permitir a mobilização desses fundos pelo titular da conta, de acordo com a modalidade de depósito convencionada.

O contrato de abertura de conta pode ter diversas funções, nomeadamente de:

- custódia ou guarda dos valores depositados;
- investimento ou aplicação de poupança;
- utilização na satisfação de múltiplas prestações pecuniárias a terceiros (*pagamentos a terceiros por transferência bancária, por cheque ou por cartão bancário*).

A celebração desse contrato não requer formalidades especiais, bastando a identificação civil e fiscal do cliente, a recolha da sua assinatura que fica a constar de ficheiro, a atribuição do número da conta, a consignação da modalidade de depósito adoptada e a troca da documentação comprovativa. Em regra, no acto de abertura da conta, o cliente efectua a primeira entrega de fundos, mas pode ser celebrado o contrato com referência a uma primeira entrega futura de fundos, nomeadamente por transferência bancária.

Trata-se, pois, de um **contrato consensual simplificado** a que não corresponde um regime legal específico, regendo-se normalmente por cláusulas contratuais gerais, a que o cliente adere, e pelos usos bancários (art. 407º do Cod. Com.).

Os depósitos efectuados na alimentação da conta constituem depósitos irregulares a que se aplicam as normas relativas ao contrato de mútuo, por via da remissão editada no artigo 1206º do CC. Por isso, a propriedade dos fundos depositados transfere-se para o depositário, nos termos do artigo 1144º do CC, que os poderá aplicar no âmbito da sua actividade bancária, mormente no domínio concessão de crédito que está autorizado a realizar.

Mas em contrapartida, ao titular da conta assiste o direito de crédito de mobilizar valores correspondentes aos fundos depositados, nomeadamente por levantamentos ou por transferências bancárias, em conformidade com o regime de conta adoptado.

O contrato de abertura de crédito podem ser integrado por **estipulações acessórias** sobre o modo de mobilização dos fundos, sendo as mais frequentes: **a convenção de cheque e a emissão de cartões de crédito ou de débito.**

Pode também ser estipulada **a concessão de crédito por descoberto em conta**, nos termos já anteriormente referidos.

As contas bancárias à ordem não estão, em princípio, sujeitas a prazo legal ou convencional, pelo que, durante a sua vigência, é sempre admissível apurar os respectivos saldos, e os titulares podem exigir o seu levantamento. Os registos da movimentação dessas contas fazem-se segundo o regime da conta corrente contabilística.

Segundo o Prof. Menezes Cordeiro, a abertura de conta é um contrato bancário nuclear que traça o quadro de base de uma relação bancária mais extensa, complexa e mutável, a qual se prolonga no tempo e se alarga a prática de novos e mais complexos negócios.

Nas palavras daquele Prof., *“desde o momento em que o cliente e o banqueiro concluem um primeiro negócio significativo – normalmente a abertura de conta – estabelece-se entre eles uma relação social e económica...”*. Essa relação é sustentada numa base de confiança mútua entre as partes, da qual decorrem para o banqueiro deveres de segredo, de informação, de acompanhamento, prevenção e de acautelamento dos interesses do cliente. E como observa o mesmo Prof. *“o banqueiro existe, justamente, para desenvolver a sua actividade e, por isso, tem uma vontade explícita ... de celebrar novos negócios bancários, enquanto o cliente, estando satisfeito, pretende precisamente obter do banqueiro os inúmeros produtos do tipo bancário que hoje se mostram imprescindíveis, no dia a dia”*.

Nessa medida, o contrato de abertura de conta desemboca numa relação bancária mais abrangente que o referido autor crisma, na doutrina portuguesa com a designação de **“contrato de giro bancário”**.

À luz desse entendimento, o **contrato de giro bancário** assume-se como um contrato-moldura ou como um contrato-quadro, que emerge, expressa ou tacitamente, da abertura de conta e se desenvolve em operações bancárias subsequentes, como sejam: transferências bancárias simples ou internacionais, pagamentos e cobranças por conta bancária, outras operações de transferência de fundos.

Nesse contexto, por exemplo, as ordens de transferência são actos de execução do contrato de giro bancário.

Aos singulares contratos de execução do contrato-quadro do giro bancário serão aplicáveis os regimes jurídicos conaturais à sua especificidade, designadamente do contrato de prestação de serviço e do contrato de mandato. Há mesmo que doutrine que o contrato de giro bancário configuraria uma variante de mandato sem representação, na medida em que o banqueiro pratica determinados actos jurídicos por conta do seu cliente⁵⁵.

⁵⁵ Vide Prof. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, pags. 494-500.

IV – DOS JUROS

17 – NOTA HISTÓRICA

Nas sociedades humanas mais antigas, o mútuo ou empréstimo era tido como um acto de entre-ajuda e de solidariedade social; daí que exigir remuneração fosse considerado como uma forma de explorar a necessidade alheia e portanto um comportamento imoral.

Na linha dessa tradição, já a lei judaica proibia a cobrança de juros entre os próprios judeus, muito embora admitisse essa prática no comércio com os estrangeiros.

Por seu lado, o pensamento grego clássico, segundo a doutrina aristotélica, considerava que o dinheiro – ao contrário do gado e das espécies vegetais – não tinha virtualidade reprodutiva, não podendo, por isso, originar juro. E também o Novo Testamento apela à ideia de gratuitidade do empréstimo, no que foi seguido pelo pensamento cristão primitivo.

Na decorrência desse pensamento cristão e do pensamento aristotélico, o Direito Canónico proscreeu a prática do juro, desde o concílio de Niceia (em 325) e em sucessivos concílios posteriores, chegando-se a cominar a pena de excomunhão para quem violasse tal proibição.

Foi assim que, na Idade Média, “ comércio bancário” acabou por se concentrar nas comunidades judaicas, já que estas estavam fora da alçada das prescrições da “Republica Christiana”.

Sucedem que a ideia de liberalização do juro irrompe, no Norte da Europa, com a Reforma Protestante, à luz da qual se defendia a legitimidade do juro como rendimento próprio da actividade humana.

Em consonância com o espírito da época, o Livro IV das Ordenações Filipinas proibia os contratos usurários, isto é, o mútuo remunerado.

Só em 1757 é que uma Lei de 15 de Janeiro veio permitir a estipulação de juros até à taxa anual de 5%. E já em pleno liberalismo, o Código Comercial Português de 1833 (Código de Ferreira Borges) veio proclamar a liberdade completa na fixação de juros.

Posteriormente, o Código Civil Português de 1867 (Código de Seabra) fixou a taxa legal de juro em 5% (arts. 720º e 1640º). A par disso, o artigo 1640º consagrava a plena liberdade de estipulação do juro do mútuo. Por seu turno, o Código Comercial de 1888 (Código de Veiga Beirão), no seu artigo 102º, § 2º, fixava a taxa legal do juro comercial em 5%, o que estava em sintonia com a taxa legal estabelecida no Código Civil de 1867.

Mais tarde, o Dec. Nº 19.126, de 16-12-1930, veio alterar o artigo 720º, § único, do Código Civil de 1867, no sentido de fixar a taxa legal de juro, quer civil, quer comercial, em 6%.

Todavia, até 1932 manteve-se a plena liberdade na estipulação de juro consagrada no artigo 1640º do Código Civil de 1867, o que levou a que se chegasse a praticar taxas de juro na ordem dos 60% com penhor.

Só o Dec. Lei nº 20.983, de 7-3-1932, veio estabelecer um limite da taxa de juro para os empréstimos bancários. E o Dec. Lei nº 21.730, de 14-10-1932, impôs como limite máximo à estipulação do juro no contrato de mútuo as taxas de 8% e 10%, consoante existisse ou não garantia real, acrescida de 4% para a cláusula penal.

O Código Civil de 1996 fixou a taxa legal do juro civil em 5% (art. 559º, nº 1) e adoptou, no seu artigo 1146º, os limites do juro convencional então estabelecidos no Dec. Lei nº 21.730.

Assim, a partir de 1-6-1967 (data da entrada em vigor do CC), a taxa legal do juro civil passou a ser de 5% e a do juro comercial continuou em 6%, o que se manteve até 4-8-1980. Com efeito, o Dec. Lei nº 200-C/80, de 24-6, veio introduzir um sistema de fixação flutuante, por via administrativa, através de Portarias, da taxa legal do juro civil e comercial; esta taxa foi sucessivamente alterada, mas desde 1-5-2003 que se mantém em 4% (Portaria nº 291/03, de 8-4).

A par disso, foi criada uma taxa supletiva especial de juro moratório relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais singulares ou colectivas.

Também, em Portugal, os limites de estipulação de juros estabelecidos no artigo 1146º do CC foram alterados, sendo actualmente os seguintes:

- 3% e 5% acima dos juros legais consoante exista ou não garantia real;
- 7% e 9% acima dos juros legais para a fixação de cláusula penal indemnizatória pela falta de restituição do empréstimo, conforme exista ou não garantia real.

Os juros fixados acima desses limites máximos consideram-se reduzidos a tais limites, ainda que seja outra a vontade das partes, por força do preceituado no n.º 3 do artigo 1146.º do Código Civil (redução legal).

Ainda no âmbito do ordenamento jurídico português, desde 21-5-1993, vigora a livre estipulação das taxas de juro das operações activas realizadas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras, ficando assim à mercê do livre jogo da oferta e da procura, ressalvados os casos em que sejam fixados limites por disposição especial.

Resta saber se essa livre estipulação se deverá conter dentro dos limites máximos fixados no artigo 1146.º do Código Civil. A jurisprudência vem alinhando na tese da inteira liberalização dos juros bancários, sem prejuízo do que dispõem os artigos 282.º a 284.º do CC quanto aos negócios usurários.

Ainda no que respeita aos juros bancários, o artigo 7.º do Dec.Lei n.º 344/78, de 17-11, na redacção dada pelo Dec.Lei n.º 83/86, de 6-5, agrava a taxa legal do juro moratório em 2% e permite que as partes fixem cláusula penal com um agravamento quatro pontos percentuais.

18 – NOÇÃO JURÍDICA DE JURO

18.1 – Definição

O **juro** é um **fruto civil** que se traduz no rendimento – constituído por coisas fungíveis – de uma **obrigação de capital**.

Os **frutos** traduzem-se em tudo o que uma coisa produz, periodicamente, sem prejuízo da sua substância – Art. 212.º, n.º 1, do C. Civil.

Espécies de Frutos (Art. 212.º, n.º 2, CC):

Podem ser:

a) **Frutos Naturais**

Género próximo: – rendimentos ;

Diferença específica: – **directamente** provenientes da coisa;

b) **Frutos Civis:**

Definição:

– *Género próximo:* – rendimentos ou interesses que a coisa produz;

– *Diferença específica:* – em consequência de uma relação jurídica.

Espécies de Frutos Cíveis:

- a) **Renda ou aluguer**: – tratando-se de **coisa infungível**, o fruto civil, de harmonia com o estabelecido nos arts. 1023º e 1038º, al. a), do CC, assume a designação de:
- **renda**, quando relativo a imóveis;
 - **aluguer**, quando se reporte a móveis;
- b) **Juro**: tratando-se de rendimento periódico de **coisa fungível** – *v.g. cereal, dinheiro, etc.* –, o fruto civil denomina-se juro - art. 1142º do CC.

A relação jurídica de que emerge o juro tem por conteúdo uma **obrigação de capital**: *capital pecuniário* ou *capital de coisa fungível* que não dinheiro.

Problemático será saber se, no nosso sistema legal, tem cabimento um juro emergente de *obrigação de capital não fungível* ou melhor se se admite que o capital seja constituído por coisas infungíveis.

Veamos o seguinte exemplo: “A” é proprietário de uma casa de veraneio que entrega a “B” para que este a arrende a outrem, no Verão, pagando a “A” 5% do valor do prédio, quer consiga arrendá-la quer não.

Ora, parece que a nossa lei tem em conta fundamentalmente:

- o juro proveniente de **capital pecuniário**, nos arts. 806º, nº 1, e 1142º do CC;
- o juro proveniente de **capital de coisa fungível** – arts. 1142º e 1145º, nº 2, CC.

Por isso, alguns autores *negam* a possibilidade de capital constituído por coisa infungível.

Porém, outros **admitem-na** com base no princípio da liberdade contratual e na ausência de um conceito rígido de capital ⁵⁶.

18.2 – Factores Determinativos do Juro

São factores determinativos do juro:

- O **valor do capital** cedido;
- O **tempo de duração** da cedência do capital ao devedor, sendo fixado, em regra, em **dias, meses** ou **anos**;

⁵⁶ A este propósito, vide CORREIA das NEVES, *Manual de Juros*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 1989, pags. 21 e segs., bem como os autores aí citados.

- A *taxa de remuneração*, que se traduz no coeficiente do rendimento do capital e que, normalmente, é expressa em percentagem anual (v.g. 7%, 10% ao ano), mas que também pode ser referida ao mês – v.g. a taxa de juro mensal 1,5%, aplicável à mora no pagamento das custas judiciais e em direito tributário.

18.3 – Espécies de Juro:

18.3.1 – Segundo a Fonte:

18.3.1.1 – Legais

Definição

Designam-se por **juros legais** os que têm por fonte imediata a lei, isto é, aqueles cuja obrigação resulta directamente da lei – “*ex lege*”; mas também se emprega a designação de *juros legais* (vide art. 806º, nº 2, do CC) para referir a taxa de juro fixada na lei, ou seja, a *taxa legal de juro* (art. 559º CC).

Algumas hipóteses de juros legais:

- na gestão de negócios – art. 465º, al. e), CC;
- no enriquecimento sem causa – art. 480º, proémio, CC;
- mora nas obrigações pecuniárias – art. 806º, nº CC e 2, do CC;
- sanção pecuniária compulsória – art. 829º-A, nº 4, do CC;
- no mandato – art. 1167º, al. c), CC;
- no depósito – art. 1199º, al. b), do CC.

18.3.1.2 – Juros Voluntários ou Negociais

Juros voluntários ou negociais são os que decorrem de:

- negócio unilateral (v.g. de testamento);
- ou de contrato, designados então por juros convencionais ou contratuais – arts. 806º, nº 2, e 1145º do CC.

18.3.2 – Segundo a Função

18.3.2.1 – Juros Remuneratórios

Noção

Dizem-se *remuneratórios* os juros estipulados para remuneração da cedência do capital, como **retribuição do mútuo**, nos termos do art. 1145º do CC; no que respeita ao **empréstimo mercantil**, veja-se o art. 395º do Cod. Comercial.

Momento de vencimento

Os juros remuneratórios vencer-se-ão findo o período por que foram convencionados, mas podem as partes estipular o vencimento antecipado:

Assim, os juros podem ser:

- **juros antecipados** ou “à cabeça”;
- **juros postecipados**.

A este propósito, convém ter presente, quanto aos *juros bancários*, existem normalmente regime especiais.

18.3.2.2 – Juros Moratórios

Noção

Os *juros moratórios* são os devidos pela mora no cumprimento de obrigação pecuniária, nos termos do art. 806º, nº 1 e 2, do C. Civil, os quais correspondem a uma **indenização** “à forfait”, em que é irrelevante a prova do dano efectivo⁵⁷.

Porém, é permitida a *prova de dano efectivo superior*, quando se trate de responsabilidade por *facto ilícito ou pelo risco*, para efeitos de indemnização suplementar, nos termos do art. 806º, nº 3, do Cod. Civil.

Modalidades

Os juros moratórios corresponderão:

- a) **ao juro moratório anteriormente convencionado** a taxa diferente da legal (superior ou inferior), ao abrigo do art. 806º, nº 2, do C.C.;
- b) **ao juro contratual (remuneratório)** anteriormente devido, mas só quando este seja superior à taxa supletiva – art. 806º, nº 2, CC;
- c) **à taxa legal de juros supletiva** aplicável à mora – nos termos combinados dos arts. 559º, nº 1, e 806º, nº 2, do CC.

Momento de vencimento

Os juros moratórios legais **vencer-se-ão dia a dia**, salvo se a lei estabelecer critério especial diferente.

⁵⁷ Vide Prof. ANTUNES VARELA, anotação ao Ac. do STJ de 12-3-1968, *RLJ Ano 102º*, pags. 84 e segs. (90).

Havendo alteração da taxa legal de juro, salvo disposição em contrário, a nova taxa passará a vigorar desde o dia da entrada em vigor do diploma de alteração, aplicando-se às situações de mora subsistentes.

18.3.2.3 – Juros Compensatórios

Noção

Não existe um conceito jurídico uniforme de juros compensatórios, pois trata-se de uma designação que tem vindo a ser empregue com sentidos diferentes em diversos diplomas legais. Por vezes, é utilizada para referir os juros indemnizatórios; outras vezes, parecendo mesmo reportar-se a juros remuneratórios.

Apesar de tudo, alguma jurisprudência e doutrina autorizadas vêm considerando como *juros compensatórios* aqueles que correspondem à reparação efectiva dos danos, ou seja, “*juro de somas que o lesado sacrificou, ou a que teve de renunciar, mas que ele cobraria, se não fora o facto ilícito do devedor ou do agente*”, como, por exemplo, para cobrir a desvalorização da moeda ou os efeitos erosivos da inflação⁵⁸. Registe-se, porém, que, se a actualização da prestação devida for feita tomando como factor os juros compensatórios, não será então cumulável com eles a aplicação das taxas de inflação⁵⁹.

Em suma, na *indemnização moratória*, os juros são fixados à *forfait*, independentemente de ter ocorrido prejuízo, ou melhor, como se o prejuízo fosse sempre presumido; na *indemnização compensatória*, é indispensável a prova do prejuízo que, nesse caso, consistirá nos juros que o lesado teve de pagar (dano emergente) ou deixou de receber (lucro cessante)⁶⁰.

18.3.2.4 – Forma de cálculo e de pagamento dos juros bancários

Os juros remuneratórios relativos às operações de abertura de crédito, empréstimos em conta corrente ou outras de natureza similar são, em regra, calculados em função dos períodos e montantes de utilização efectiva dos fundos pelo beneficiário;

⁵⁸ Vide anotação do Prof. ANTUNES VARELA ao Ac. do STJ, de 12-3-1968, *RLJ Ano 102º*, pags. 84 e segs. (90);

⁵⁹ Neste sentido vide, entre outros, os Acs. do STJ, de 21-9-1993, *CJ dos Acs. do STJ, Ano I*, Tomo 3º, pags. 13 e segs. (juros de mora nos acidentes de viação); de 9-1-1996, *CJ dos Acs. do STJ, Ano IV*, Tomo 1º, pags. 40 e segs. (42); sobre a questão de saber desde quando são devidos os juros moratórios em caso de actualização monetária, vide Ac. do STJ, de 9-12-1993, *CJ Acs. do STJ, Ano I*, Tomo 3º, pags. 174 a 178; Ac. STJ de 12-5-1994, *CJ dos Acs. do STJ Ano II*, Tomo 2º, pag. 98 (*juros moratórios desde a citação quando os montantes se reportam aos elementos da petição inicial*); Ac. da Rel de Coimbra, de 6-12-1995, *CJ Ano XX*, Tomo 5º, pags. 72 (*juros moratórios devidos desde a sentença na 1ª instância, se nesta se operou a correcção monetária; caso contrário, serão devidos desde a citação*).

⁶⁰ Vide anotação do Prof. VAZ SERRA, in *RLJ Ano 99º*, pag. 315; *CJ. Ano IX*, Tomo 2º, pag. 184; *BMJ nº 347*, pag. 328.

No que respeita à data de vencimento, no Direito Português, desde há longos anos que a prática dos designados *juros à cabeça* estava institucionalizada no sistema bancário. Porém, o **Dec. Lei nº 204/87, de 16-5**, reconhecendo que estavam criadas as condições para eliminar tal prática, veio alterar a redacção do artigo 5º do Dec. Lei nº 344/78, consignando o seguinte:

- 1 – *Nas operações de desconto de letras, extractos de factura e warrants, as instituições de crédito poderão cobrar a importância dos juros antecipadamente, por dedução ao valor nominal dos efeitos.*
- 2 –
- 3 – ***Nas restantes operações, o pagamento dos juros será efectuado no termo do respectivo prazo, podendo, no caso de operações a médio e longo prazo, ocorrer no termo de cada período anual ou outro acordado pelas partes.***
- 4 – *Os juros referentes às operações descritas no número anterior serão calculados sobre o montante em dívida no início de cada período convencionado para contagem de juros.*
- 5 – *Não é considerada cobrança antecipada de juros o desconto, ao valor nominal dos títulos, dos juros calculados segundo o estabelecido no nº 4.*

Desse modo, consagrou-se **a regra da proibição de juros à cabeça** para a generalidade das operações de crédito bancárias.

V – DAS GARANTIAS BANCÁRIAS

19 – FIANÇA BANCÁRIA

A fiança constitui uma garantia especial das obrigações, pela qual alguém, assumindo a qualidade de fiador, garante o cumprimento de uma obrigação alheia, ficando pessoalmente vinculado perante o credor (art. 627º do CC).

As características da fiança são:

- a **acessoriedade, que lhe é essencial;**
- a **subsidiariedade, que é apenas tendencial.**

A obrigação do fiador é acessória da obrigação afiançada, mormente quanto: ao objecto da obrigação (art.634º CC), aos requisitos formais (art. 628º do CC) e aos meios de defesa (art. 637º do CC).

A subsidiariedade significa que o fiador beneficia, em regra, do benefício da excussão, nos termos previstos no artigo 638º e segs. do CC, ou seja, que pode opor-se à execução dos seus bens enquanto não forem executados os bens do afiançado. Todavia, trata-se de uma característica tendencial, já que o fiador pode assumir-se como devedor principal ou renunciar ao referido benefício, ficando a responder solidariamente com o devedor afiançado (arts. 640º e 641º do CC).

Porém, o fiador comercial não goza do benefício da excussão, como decorre do disposto no artigo 101º do Cod. Com..

A fiança bancária ocorre quando um banco (fiador), no âmbito da sua actividade creditícia, garante, sem o benefício da prévia excussão, a satisfação de um crédito que um seu cliente (credor) tem sobre outra pessoa (devedor principal). Assim, implica uma renúncia, pelo menos tácita, ao referido benefício. De qualquer forma, os contratos, normalmente incluem expressamente essa renúncia.

Tratando-se de fiança bancária para garantir obrigação mercantil, o banco fiador responde como principal obrigado, nos termos do já citado artigo 101º do C.Com.

A fiança bancária é um contrato oneroso, já que o banco exige como remuneração uma *comissão de garantia*.

Tem-se discutido a questão da validade da fiança geral ou *omnibus* que visa garantir obrigações futuras.

Nesse domínio, o STJ de Portugal fixou doutrina no sentido de que “é nula, por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha – acórdão uniformizador nº 4/2001, de 23-1-2001.

20 – PENHOR BANCÁRIO

O penhor é um direito real de garantia constituído, mediante contrato, sobre móveis não sujeitos a registo ou sobre direitos.

Nos termos do artigo 669º, nº 1, do CC, o penhor de coisas só produz efeitos pela entrega da coisa empenhada, ou de documento que confira a exclusiva disponibilidade dela ao credor ou a terceiro. A entrega da coisa é assim um elemento constitutivo do contrato.

Todavia, no domínio bancário vigoram os regimes especiais previstos no Dec.-Lei nº 29.833, de 17-8-1939, cujo artigo 1º dispõe que:

“O penhor que for constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados produzirá os seus efeitos, quer entre as partes, quer em relação a terceiros, sem necessidade de o dono do objecto empenhado fazer entrega dele ao credor ou a outrem.”

Mas, de acordo com o artigo 2º do mesmo diploma “o contrato de penhor constará de documento autêntico ou de documento autenticado. Este regime não é, no entanto, extensível ao penhor bancário de créditos, de títulos de crédito, de quotas e de coisas imateriais.

Por seu turno, o artigo único do Dec.-Lei nº 32.032, de 22-5-1942, estabelece que “para que o penhor constituído em garantia de estabelecimentos bancários autorizados produza efeitos em relação a terceiros basta que conste de documento particular, ainda que o dono do objecto empenhado não seja comerciante”.

Em suma, no Direito Bancário é dispensada a entrega dos bens dados empenhados.

21 – GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA

Nas palavras do Prof. Galvão Telles, *a garantia autónoma é a garantia pela qual o banco que empresta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato*⁶¹.

A garantia bancária autónoma ocorre, assim, no quadro de uma relação complexa triangular polarizada em três contratos:

- **um contrato base**, fonte da relação principal, pela qual alguém (*o mandante*) se obriga a executar determinada obra ou a fornecer bens ou serviços a outrem (*beneficiário*);
- **um contrato de mandato**, pelo qual uma das partes do contrato base encarrega um banco (*garante*) de estipular uma garantia ao seu credor;
- **um contrato de garantia**, mediante o qual o banco se compromete a pagar, a favor do beneficiário, determinadas quantias, à primeira solicitação deste
 - a denominada *cláusula de pagamento à primeira solicitação ou interpelação ou “on first demand”* – sem que possa invocar objecções sobre a existência ou validade do crédito garantido⁶².

Trata-se de uma figura atípica, não expressamente prevista no nosso ordenamento jurídico, mas com cada vez mais utilização no comércio bancário e acolhida à luz do princípio da liberdade contratual, latitudinariamente traçado no artigo 405º do CC.

Ao invés da fiança que se caracteriza pela acessoriedade, a garantia bancária autónoma gera uma obrigação própria do garante, desligada do contrato base que lhe serve de escopo e funciona com independência das vicissitudes da relação principal. Como salientam Os Profs. Almeida Costa e Pinto Monteiro ... *tudo se passa, tratando-se de uma garantia autónoma à primeira solicitação, como se o banco, no momento em que se obrigou perante o beneficiário, tivesse depositado à ordem deste o montante estipulado na garantia*. E acrescentam que a referida garantia funciona como substituto de um depósito de dinheiro ou de valores à ordem do credor/beneficiário, sem os inconvenientes que a imobilização do dinheiro acarretaria,

⁶¹ In *Garantia Bancária Autónoma*, pag. 22 ; vide do mesmo autor o estudo *Garantia Bancária Autónoma* publicado na revista *O Direito* Ano 120º, III-IV (Julho-Dezembro de 1988), pags. 275 a 293.

⁶² Vide parecer dos Profs. Almeida Costa e Pinto Monteiro, *Garantias Bancárias – O contrato de garantia à primeira solicitação*, in *CJ* Ano XI, Tomo 5º, pags. 15 a 34.

*não podendo essa substituição, porém, prejudicar o credor*⁶³. Em suma, ante uma garantia autónoma à primeira solicitação, *paga-se e depois discute-se*, salvo, evidentemente, quanto a questões formalmente decorrentes do próprio título da garantia, em especial relativas às condições do seu accionamento e nomeadamente em casos de inexistência de relação subjacente, de ilicitude do negócio-base e de recurso abusivo ou de má fé à garantia pelo beneficiário⁶⁴.

⁶³ Parecer citado, in CJ cit, pag. 20; no mesmo sentido, vide Prof. Galvão Telles, ob. cit. pag. 19.

⁶⁴ Neste sentido, vide Ac. da Rel. de Lisboa, de 7/12/94, CJ Ano XIX, Tomo 5º, pag. 125.

Área Temática 4 – DOS NEGÓCIOS FINANCEIROS

I – DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

1 – NOÇÃO

O contrato de locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o prazo acordado, por um preço determinado ou determinável mediante critérios fixados no contrato.

São elementos caracterizadores desse contrato:

- a cedência do gozo temporário de uma coisa ao locatário;
- a retribuição do gozo e amortização do financiamento mediante a fixação de uma renda a cargo do locatário;
- a opção de compra do bem locado que assiste ao locatário, no termo do contrato, mediante o pagamento do valor residual.

Trata-se de um contrato nominado e tipificado no ordenamento jurídico português sujeito a regime próprio estabelecido no Dec.-Lei nº 149/95, de 24-6, com as últimas alterações introduzidas pelo Dec.-Lei nº 285/2001, de 3-11.

A locação financeira pode assumir diversas configurações, mesmo sob o ponto de vista económico.

Desconhece-se a legislação dos PALOPS neste domínio, pelo que deixamos aqui os traços mais relevantes do regime legal português, por forma a dar uma panorâmica do instituto.

2 – PRAZO

O prazo da locação financeira de coisas móveis não deve ultrapassar o que corresponde ao período presumível da utilização económica do bem. E nunca pode ter uma duração superior a 30 anos, considerando-se reduzida a este limite, quando superior.

Não havendo estipulação de prazo, o contrato considera-se celebrado pelo prazo de 18 meses ou de 7 anos, consoante se trate de móveis ou de imóveis.

3 – CONTEÚDO OBRIGACIONAL

3.1 – Obrigações do locador

O locador está obrigado perante o locatário:

- a adquirir ou mandar construir o bem a locar;
- a conceder o gozo desse bem para os fins a que se destina;
- a vender o bem locado, findo o contrato, em caso de ser essa a opção do locatário.

3.2 – Obrigações do locatário

O locatário está obrigado a:

- pagar as rendas estipuladas, nas respectivas datas de vencimento;
- facultar ao locador o exame da coisa;
- não aplicar o bem para fim diverso daquele a que se destina ou a movê-lo para local diferente do contratualmente previsto, salvo autorização do locador;
- assegurar a conservação do bem e não fazer dele utilização imprudente;
- realizar as reparações, urgentes ou necessárias, bem como quaisquer obras ordenadas pela autoridade pública;
- não proporcionar a outrem o gozo total ou parcial da coisa, por meio de cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato, excepto se a lei o permitir ou o locador o autorizar;
- comunicar ao locador, dentro de 15 dias, a cedência do gozo do bem, quando permitida ou autorizada;
- avisar imediatamente o locador, sempre que tenha conhecimento de vícios do bem ou saiba que o ameaça algum perigo ou que terceiro se arroga de direitos em relação a ele, desde que o facto seja ignorado pelo locador;
- efectuar o seguro do bem locado, contra o risco da sua perda ou deterioração e dos danos por ele provocados;
- restituir o bem locado, findo o contrato, em bom estado, salvo as deteriorações inerentes a uma utilização normal, quando não opte pela sua aquisição.

3.3 – Direitos do locatário

O locatário goza do direito de:

- usar e fruir a coisa locada;
- defender a integridade da mesma e o seu gozo, mediante o recurso à tutela possessória, mesmo contra o locador;
- adquirir o bem locado.

3.4 – Transferência do Risco

Salvo estipulação em contrário, o risco de perda ou deterioração da coisa corre por conta do locatário.

3.5 – Resolução do Contrato

Em caso de incumprimento do contrato assiste às partes o direito de resolução, nos termos gerais, mediante declaração extrajudicial, sem as restrições relativas à locação, bem como nos casos específicos de dissolução ou liquidação da sociedade locatária e quando se verifique qualquer dos fundamentos de declaração de falência do locatário.

3.6 – Providência cautelar para entrega judicial da coisa locada

Em caso de caducidade ou de resolução do contrato, se o locatário não proceder à restituição do bem, o locador pode requer, em sede cautelar, a restituição do mesmo, presumindo-se o risco de lesão grave.

Decretada a providência, e independentemente de interposição do recurso, o locador pode dispor logo do bem, nomeadamente vendendo-o ou dando de novo em locação financeira ao anterior locatário ou a terceiro, sem prejuízo da indemnização a que o locatário tenha direito, se a providência vier a ser julgada injustificada ou caducar.

II – DO CONTRATO DE CESSÃO FINANCEIRA (*Factoring*)

1 – CARACTERIZAÇÃO

O contrato de *factoring*, designado na lei portuguesa por contrato de cessão financeira caracteriza-se como um contrato de natureza duradoura, celebrado entre uma instituição financeira (*factor*) e o titular de uma empresa fornecedora de bens ou prestadora de serviços (o aderente), tendo por objecto a aquisição de créditos comerciais a curto prazo, derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços a terceiro (devedor).

Os protagonistas no fenómeno jurídico do *factoring* são:

- o **factor ou cessionário** – bancos e as sociedades de *factoring*;
- o **aderente ou cedente** – o titular dos créditos “factorizados”;
- os **devedores** – os terceiros devedores dos créditos cedidos à *factor*.

O referido contrato desdobra-se em duas vertentes:

- a) um **contrato-quadro** que regula o conjunto das relações do factor com o aderente, no qual se estipula a venda dos créditos futuros e, nomeadamente, a assunção do risco pela sociedade factor e a prestação de diversos serviços;
- b) a **posterior cessão dos créditos**.

Trata-se de um **contrato atípico de natureza mista**, tido como de execução duradoura e de eficácia sucessiva, reclamando a aplicação subsidiária dos regimes próprios dos contratos que lhe servem de ingrediente, em particular da compra e venda, do mandato, da agência e da cessão de créditos.

Segundo Calvão da Silva, o contrato em foco assume três funções:

- a) **uma função de financiamento**: a sociedade *factor* antecipa à empresa cedente ou valores ou grande parte dos valores dos créditos, assim a financiando;
- b) **uma função administrativa**, na medida em que a *factor* administra e cobra os créditos adquiridos, assim facilitando aos aderentes (cedentes) a

correspondente mobilização da sobrecarga administrativa; de referir que a *factor* pode elaborar estudos do risco do crédito e dar apoio jurídico, comercial e contabilístico à gestão dos serviços transaccionados;

- c) **uma função de seguro de crédito:** a sociedade *factor* assume o risco de cobrança dos créditos cedidos e o risco da insolvência do devedor.

2 – CONTEÚDO OBRIGACIONAL

2.1 – Obrigações do aderente

Ao aderente incumbe:

- a exclusividade perante um único *factor*, obrigando-se a ofertas periódicas ou não de todos os seus créditos, acompanhados das respectivas facturas;
- notificar os devedores da celebração do contrato de factoring;
- pagar uma comissão como remuneração pelo risco de crédito e pelos serviços prestados pela sociedade *factor*.

2.2 – Obrigações do *factor*

O *factor* assume:

- o risco de insolvência dos devedores dos créditos cedidos;
- a obrigação de creditar o montante de cada proposta de cessão na conta corrente do aderente, com a data-valor do vencimento dos créditos ou a do vencimento médio presumido estipulado no contrato;
- assegurar ao aderente a prestação de serviços de contencioso e outros complementares de contabilidade e de estudo dos riscos;
- antecipar o pagamento dos créditos cedidos ;
- proceder à cobrança dos créditos cedidos.

Parte 3

DIREITO SOCIETÁRIO

Dr. António Geraldes

Sub-índice

NOTA PRÉVIA	209
ABREVIATURAS	211
I – DA CONSTITUIÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS	213
1 – Noções Fundamentais	213
2 – Elementos Essenciais do Contrato de Sociedade	215
2.1 – Elemento pessoal	215
2.2 – Elemento patrimonial	216
2.3 – Elemento teleológico	216
2.4 – Elemento formal	217
3 – Distinção Relativamente a outras Figuras	217
3.1 – Sociedades civis	217
3.2 – Sociedades civis sob forma comercial	218
3.3 – Cooperativas	218
3.4 – Associações	219
3.5 – Fundações	219
4 – Processo Formativo das Sociedades Comerciais	220
4.1 – Forma do contrato	220
4.2 – Conteúdo do contrato	220
4.3 – Registo e publicações	220
5 – Sociedades Irregulares	221
5.1 – Delimitação da figura	221
5.2 – Regime jurídico	222
6 – Regime Actual, Face ao Código das Sociedades Comerciais	225
II – DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS	227
1 – Consideração	227
1.1 – Introdução	227
1.2 – Direito ao Voto	227
1.3 – Convocação da assembleia geral	228
1.4 – Limites aos poderes da assembleia	229
2 – Vícios das Deliberações Sociais	231
2.1 – Considerações gerais.....	231
2.2 – Deliberações inexistentes.....	232
2.3 – Deliberações ineficazes.....	233
2.4 – Deliberações nulas e anuláveis.....	235
3 – Impugnação Judicial das Deliberações Sociais	238
3.1 – Competência territorial	239

3.2 – Legitimidade activa e passiva	239
3.3 – Prazo	240
3.4 – Tramitação processual	240
3.5 – Sentença	240
4 – Renovação de Deliberação Social Viciada	241
5 – Suspensão de Deliberações Sociais	241
5.1 – Introdução	242
5.2 – Âmbito subjectivo	243
5.3 – Âmbito objectivo	244
5.4 – Deliberações não executadas	248
6 – Prazo	250
7 – Pressupostos Processuais	252
8 – Tramitação	254
9 – Produção de Prova	257
10 – Decisão	260
11 – Acção Principal	266
12 – Casos Práticos Apreciados na Jurisprudência Portuguesa	267
III – DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE POR DECLARAÇÃO DE FALÊNCIA	271
1 – Aspectos Essenciais do Processo de Falência	271
1.1 – Introdução	271
1.2 – Linhas gerais da evolução no direito português	271
1.3 – Processo de falência no CPC de 1961	276
1.3.1 – Natureza jurídica e objectivos	276
1.3.2 – Distinção entre falência e insolvência	277
2 – Meios Preventivos da Declaração de Falência	278
3 – Declaração de Falência	282
3.1 – Pressupostos substantivos	282
3.2 – Prazo para ser requerida a falência	284
3.3 – Pressupostos processuais	285
3.3.1 – Legitimidade	285
3.3.2 – Competência	285
3.4 – Tramitação	286
3.4.1 – Requerimento inicial ou participação	286
3.4.2 – Despacho liminar	287
3.4.3 – Oposição	289
3.4.4 – Audiência de julgamento	289
3.4.5 – Sentença	290
3.4.6 – Reacção do requerido contra a falência	291
3.5 – Efeitos da falência	292
3.6 – Providências conservatórias	293
4 – Verificação do Passivo	293
5 – Venda dos Bens	296

Nota Prévia

O presente trabalho insere-se no âmbito de uma acção de formação contínua para magistrados dos P.A.L.O.P., envolvendo, por isso, magistrados de Angola, Cabo Verde, Guiné, Moçambique e São Tomé e Príncipe.

A área temática – “*Direito Societário*” – e cada um dos módulos que a integram – “*Constituição de Sociedades Comerciais*,” “*Deliberações Sociais*” e “*Falência das Sociedades*” - sofreram, no que concerne ao direito português, profundas alterações que passaram, por exemplo, pela aprovação do Código das Sociedades Comerciais de 1986 (revogando a parte correspondente do Código Comercial de 1888 e a Lei das Sociedades por Quotas de 1901) e pela revogação da parte do Código de Processo Civil que regulava o processo de falência, a qual foi substituída, em 1993, pelo Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falências (entretanto substituído pelo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 53/04, de 18-3, para vigorar a partir de Setembro de 2004).

Relativamente aos regimes jurídicos que em cada um dos países vigora, o signatário apenas pôde confirmar a recente aprovação em Angola da Lei das Sociedades Comerciais aprovada pela Lei n.º 1/04, de 13-2, e a publicação, relativamente à Guiné-Bissau, do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades (no âmbito da OHADA).

Atribuindo, assim, ao texto que se segue o carácter provisório, que demandará as modificações que se mostrarem ajustadas e sem prejuízo das alusões aos regimes específicos de cada um dos países e ao regime que agora vigora em Portugal, o texto subsequente segue fundamentalmente o regime jurídico que vigorava em Portugal em 1974.

Abreviaturas

BFDUL – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça (jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Administrativo, do Tribunal Constitucional e dos Tribunais da Relação).

CC – Código Civil (*Portugal-1966*).

Cód. Com – Código Comercial (*Portugal – 1888*).

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (*Portugal – 2004*).

CJ – Colectânea de Jurisprudência das Relações (da Associação Casa do Juiz).

CJSTJ – Colectânea de Jurisprudência do STJ (da Associação Casa do Juiz).

CSC – Código das Sociedades Comerciais.

CRC – Código de Registo Comercial (*Portugal*).

CPC – Código de Processo Civil (*Portugal - 1961*).

CPEREF – Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falências (*Portugal -1993*).

LSQ – Lei das Sociedades por Quotas (*Portugal – 1901*).

OAHTDA – Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios.

Rel. – Tribunal da Relação.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça.

I – DA CONSTITUIÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

1 – NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1.1 – O direito das sociedades comerciais é o sub-ramo do direito comercial que fundamentalmente regula ou estuda as sociedades comerciais e as questões conexas.

O Código Comercial não define o *conceito de sociedade*.¹ Adoptou-se nele uma metodologia diversa da que foi empregue no art. 1º, n.º 2, do actual Cód. das Sociedades Comerciais português (e seguido também nos arts. 1º e 2º do Código das Sociedades de Angola), segundo o qual “*são sociedades comerciais aquelas que tenham por objecto a prática de actos de comércio e adoptem o tipo de sociedade em nome colectivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por acções*”.

Na falta de um preceito semelhante, a doutrina comercial recorreu subsidiariamente ao que dispõe o art. 980º do Código Civil, que define o contrato de sociedade como “*aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade*”.

Deste modo, tendo em conta a especial natureza dos actos que são adstritos à actividade da sociedade “*comercial*”, esta acaba por ser um género dentro da categoria mais ampla de “*sociedade*”.

Como qualquer sociedade, a sociedade comercial deve reunir os seguintes requisitos fundamentais, cuja presença permite distinguir tal figura de outras entidades ou realidades (fundações, associações, relações de comunhão, etc.):

¹ Para o efeito, deve ter-se em conta, designadamente, o teor do art. 104º do Cód. Comercial de 1888, segundo o qual “*são condições básicas para que uma sociedade se considere comercial: 1º - que tenha por objecto praticar um ou mais actos de comércio; 2º - que se constitua em harmonia com os preceitos deste Código*”. Tal preceito deve ser conjugado com o art. 2º do mesmo diploma, nos termos do qual “*serão considerados actos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código, e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar*”. Também no art. 4º do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades (da OHADA), se refere que: “*a sociedade comercial é constituída por duas ou mais pessoas que, por contrato, acordam afectar determinados bens, em dinheiro ou em espécie, ao exercício de uma actividade com o objectivo de partilhar o lucro ou beneficiar da economia que dela possa resultar*”.

- a) O elemento pessoal (pluralidade de partes);
- b) O elemento patrimonial (obrigação de contribuir com bens ou serviços);
- c) O elemento teleológico (exercício de actividade económica e o objectivo de repartição dos lucros);
- d) O elemento formal (forma de constituição e adopção de um dos tipos legais).²

1.2 – Em relação às *sociedades civis*, a sociedade comercial define-se pelo seu *objecto* e pela sua *forma*.

O *objecto* é integrado pelas operações que os contraentes se propõem realizar. Tem necessariamente natureza comercial, incidindo sobre actos objectivamente comerciais, nos termos da definição (aliás, pouco clara) do art. 2º do Cód. Comercial, o que permite distinguir as sociedades comerciais das sociedades civis ou mesmo das sociedades civis sob forma comercial.

Quanto à *forma*, as sociedades comerciais devem ser constituídas nos termos prescritos pela lei, o que pressupõe a outorga de escritura pública e o cumprimento das formalidades complementares ao nível da publicidade e do registo comercial.

Já no que concerne ao seu *modelo*, vigora o princípio da tipicidade, razão pela qual no respectivo pacto social os sócios devem adoptar uma das modalidades previstas na lei: sociedade em nome colectivo, sociedade em comandita, sociedade por quotas ou sociedade anónima.

1.3 – Consoante a prevalência dada a cada um dos aspectos, a sociedade, designadamente a sociedade comercial, pode ser encarada como fruto de um negócio jurídico, o *contrato de sociedade*, ou como pessoa colectiva dotada de *personalidade jurídica* que a torna susceptível de ser titular de direitos e de obrigações com plena autonomia relativamente aos respectivos sócios.

Trata-se, em todo o caso, de uma figura cuja caracterização se mostra instável, variando no tempo e no espaço (em cada um dos ordenamentos jurídicos). Tendo

² **Menezes Cordeiro**, *Manual de Direito Comercial*, vol. II, pág. 142.

Adopta-se o elenco de elementos proposto por este autor, em lugar daquele que é apontado por **Brito Correia**, que omite o elemento formal (*Direito Comercial*, II vol. – *Sociedades Comerciais* – 1989, págs. 9 e 10), ou do que é referido por **Ferrer Correia** (*Lições de Direito Comercial*, vol. II, 1968, pág. 5), segundo o qual os elementos definidores da sociedade são (1) a obrigação de contribuir com bens ou serviços para o exercício de certa actividade; (2) a natureza económica da actividade, que não pode ser de mera fruição; (3) e a intenção de repartir entre os sócios os lucros resultantes da actividade.

Ainda que tratando da sociedade civil regulada nos arts. 980º e segs. do CC, **Antunes Varela** enuncia também os seguintes requisitos; contribuição dos sócios, exercício em comum de certa actividade económica que não seja de mera fruição e a repartição dos lucros (*Cód. Civil anot.*, vol. II, 2ª ed., pág. 276).

ganho no séc. XIX o estatuto de verdadeira *pessoa jurídica*, ainda que de natureza colectiva, a sua inserção na actividade económica passou para segundo plano o elemento contratualista, o que levou a admitir a sobrevivência de sociedades, mesmo que reduzidas apenas a um sócio, ou a privilegiar a vertente da organização jurídica da empresa comercial.³

2 – ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE SOCIEDADE

2.1 – Elemento pessoal

Considerando o regime jurídico decorrente do Código Comercial de 1888, a *pluralidade de partes* constitui um requisito imprescindível à constituição de sociedades comerciais, tal como, aliás, sucede com as sociedades civis, nos termos do art. 980º do CC.

Com efeito, posto que a redução dos sócios à unidade não determine, por si só, a extinção da sociedade, podendo, apesar disso, subsistir, é recusada a constituição de sociedades unipessoais.⁴

Na base de uma tal exigência encontram-se razões de ordem histórica ligadas à natural pluralidade de pessoas cujos esforços conjugados visam o exercício de uma actividade lucrativa, através de uma entidade distinta de cada um dos elementos integrantes. A natureza contratual do acto constitutivo, a exigir a confluência de declarações de vontade, arreda a possibilidade de surgir, *ex novo*, uma pessoa jurídica cujo substracto pessoal não reúna mais do que um indivíduo.

³ A evolução mais recente, onde se insere Portugal, levou a admitir até a constituição de sociedades comerciais unipessoais, a par do estabelecimento comercial de responsabilidade limitada.

⁴ A regra ainda se mantém no actual regime vigente em Portugal, embora o art. 488º do CSC admita a constituição de sociedades anónimas unipessoais, cujas acções pertençam a uma outra sociedade com sede em Portugal, tal como se admite a constituição de sociedades unipessoais por quotas nos termos que vêm regulados nos arts. 270º-A a 270º-G do CSC.

Assim, as situações especiais não afectam a regra geral, pois que, afora tais situações, a redução da sociedade a um único sócio é encarada como facto anómalo que pode determinar a dissolução judicial, nos termos que constam do art. 142º, nº 1, do CSC (quando, por período superior a um ano, o número de sócios seja inferior ao mínimo exigido por lei, excepto se um dos sócios for o Estado ou entidade a ele equiparada por lei para esse efeito).

Note-se que, em tais circunstâncias, a dissolução pode ser evitada se entretanto for regularizada a situação dentro de um prazo fixado pelo tribunal, nos termos do art. 143º do CSC.

Nos termos do art. 8º, nº 2, do respectivo CSC de Angola, “*salvo disposição em contrário, o número mínimo de partes de um contrato de sociedade é de dois*”.

No art. 5º do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades (OHADA), admite-se que “*nos casos previstos no presente Acto Uniforme, a sociedade comercial pode igualmente ser constituída, por acto escrito, por uma só pessoa, denominada «sócio único»*”.

Ainda que no direito moderno se tenda para privilegiar a *vertente organizativa* da empresa comercial (o que leva a admitir a possibilidade de uma só pessoa ser titular de todo o capital social), continua a prevalecer a exigência de uma *pluralidade de sócios* que, no que concerne às sociedades anónimas regidas pelo 162º do C. Comercial de 1888 deve ser, no mínimo, de 10.⁵

O elemento pessoal associado, em regra, à pluralidade de interessados detentores do capital social é que explica a autonomia do Direito Societário e, afinal, justifica a existência de uma série de normas reguladoras de interesses: direitos e obrigações dos sócios, direito de informação, direito aos lucros, administração, fiscalização, liquidação e partilha, etc.

2.2 – Elemento patrimonial

A constituição de uma qualquer sociedade exige ainda que as pessoas que se congregam se obriguem a contribuir com bens ou serviços (estes nas sociedades em nome colectivo e nas sociedades em comandita) para o exercício de uma actividade comum.

Essa obrigação resulta expressamente do art. 118º do C. Com., podendo a contribuição em bens ser feita mediante entregas em dinheiro ou em espécie, sem exclusão sequer das entradas com direitos, como ocorre quando é transferido para a sociedade comercial um estabelecimento comercial em prédio arrendado (trespasse).

2.3 – Elemento teleológico

Estamos face ao elemento dinâmico da sociedade integrado pelo exercício de uma determinada actividade económica que não seja de mera fruição e que permite distinguir a sociedade de outras figuras como a compropriedade ou a contitularidade de direitos decorrentes de herança indivisa.

No âmbito da actividade económica que constitui o objecto societário insere-se não apenas a actividade produtiva, mas ainda aquelas que se inscrevem no sector secundário (tal como a indústria e a construção) e no sector terciário (que engloba, por exemplo, os transportes, comunicações, comércio e serviços).⁶

Já se excluem do objecto específico de sociedades comerciais as actividades culturais, políticas ou religiosas, as quais, porém, podem ser enquadradas noutras formas de organização plural (associações ou fundações).

⁵ Número esse que é de 5 nos termos do art. 273º, nº 1, do CSC de Portugal (e art. 304º do CSC de Angola).

⁶ **Pinto Furtado**, *Curso de Direito das Sociedades*, pág. 28.

Outro dos aspectos que integra este elemento é o fim lucrativo que preside à constituição e ao exercício da actividade societária, assim se distinguindo a sociedade de outras figuras em que esse objectivo não constitui o fulcro da organização, com o ocorre com as associações.

2.4 – Elemento formal

Ao invés do que resulta do art. 981º do CC, para as sociedades civis, em que a existência de forma apenas é imposta em determinadas situações, as sociedades comerciais implicam sempre o respeito de uma maior solenidade, nos termos do art. 113º do C. Com., em conjugação com o art. 89º, al. e), do anterior Cód. de Notariado.

É de notar que na redacção primitiva daquele preceito bastava que o acto constitutivo fosse reduzido a escrito, passando a exigir-se, depois do Dec. Lei n.º 363/77, de 2-9, a sujeição a escritura pública.

Já quanto às sociedades, a exigência de uma tal formalidade resulta do art. 2º da LSQ.

A exigência de escritura pública consta igualmente do art. 8º do actual CSC de Angola.

3 – *DISTINÇÃO RELATIVAMENTE A OUTRAS FIGURAS*

3.1 – Sociedades civis

- a) As sociedades civis são as constituídas nos termos e para efeitos do que se dispõe no art. 980º do CC, diferenciando-se das sociedades comerciais fundamentalmente pelo seu objecto que consiste na prática de actos civis, e não de actos comerciais. Outra diferença assenta no elemento formal, já que a forma de constituição não envolve necessariamente a outorga de escritura pública, a qual apenas será necessária se e na medida em que as entradas dos sócios envolvam bens cuja transferência esteja legalmente sujeita a tal forma solene (art. 981º do CC).⁷
- b) A contribuição dos sócios será normalmente feita em bens que passarão a integrar o fundo comum gerido em termos possibilitar o exercício da actividade lucrativa. Mas pode ser feita também ou exclusivamente mediante a prestação de serviços, como sucede, por exemplo, quando dois ou mais profissionais liberais (médicos, médicos e enfermeiros, engenheiros, etc.) se associam no exercício da sua profissão.

⁷ Nos termos deste preceito, “o contrato de sociedade não está sujeito a forma especial, à excepção da que for exigida pela natureza dos bens com que os sócios entram para a sociedade”.

- c) Para além do elemento teleológico ligado à obtenção de lucros, à sociedade civil importa ainda o acordo de repartição dos lucros pelos respectivos sócios (art. 992º do CC).
- d) Quanto ao seu estatuto jurídico, a diferença fundamental entre sociedades comerciais regularmente constituídas e sociedades civis reside na atribuição àquelas da personalidade jurídica que a estas é negada.

Efectivamente, apesar de uma e outra pressuporem a existência de um contrato (pacto social), a maior solenidade associada às sociedades comerciais e a par da função e relevo que desempenham na vida económica levaram a que a autonomia jurídica ficasse reservada para as sociedades comerciais, mediante a atribuição de um estatuto que permite distinguir, com clareza, o património societário do património dos respectivos sócios, e diferenciar a responsabilidade societária da responsabilidade de cada um dos sócios.

Consequentemente, enquanto pelas dívidas das sociedades comerciais (com ressalva das sociedades em nome colectivo que apresentam um regime muito próximo das sociedades civis) respondem exclusivamente os bens da sociedade, sendo a responsabilidade dos sócios restrita às entradas para o respectivo capital, já pelas dívidas das sociedades civis responde “a sociedade e, pessoal e solidariamente, os sócios”, ainda que estes possam exigir, nos termos do art. 997º do CC, a excussão prévia dos bens que integram o património societário.

3.2 – Sociedades civis sob forma comercial

Como a designação o indicia, estamos face a sociedades civis, ainda que o seu processo de formação seja idêntico ao prescrito para as sociedades comerciais, nos termos do art. 106º do Cód. Com.⁸

Como refere Ferrer Correia, trata-se de um *tertium genus*: sociedades civis, atento o seu objecto; sociedades comerciais, atenta a forma de constituição.

3.3 – Cooperativas

Reconduzidos apenas ao Cód. Com. de 1888,⁹ as cooperativas estão reguladas nos arts. 207º e segs., sendo entidades caracterizadas pela variabilidade do capital social e pela não limitação do número de sócios, admitindo o ingresso de qualquer pessoa que reúna as condições previstas no acto constitutivo.

⁸ Norma semelhante à que agora consta do art. 1º, nº 4, do CSC, segundo o qual “as sociedades que tenham exclusivamente por objecto a prática de actos não comerciais podem adoptar um dos tipos referidos no nº 2 [em nome colectivo, por quotas, anónimas ou em comandita], sendo-lhes, neste caso, aplicável a presente lei”.

⁹ Em Portugal a matéria é actualmente regulada pelo Cód. Cooperativo aprovado pela Lei nº 51/96, de 7-9.

Apresentam um escopo mutualístico, tendo de particular, em relação às sociedades, o facto de os respectivos lucros apurados não serem distribuídos em função do capital subscrito por cada um dos sócios, mas da participação de cada um para a empresa comum, como produtor, consumidor ou fornecedor de matérias primas.

Visam suprimir os intermediários no ciclo económico (cooperativas agrícolas, cooperativas de habitação, cooperativas de distribuição, etc.).

3.4 – Associações

O ordenamento jurídico permite a criação de pessoas colectivas (pessoas colectivas morais) com uma finalidade diversa da que preside ao contrato de sociedade.

Sem prejuízo de outros diplomas que especificamente regulem determinado tipo de associações (por ex. sindicatos, associações patronais, etc.), é no CC que se encontra a respectiva regulamentação.

Assim, quanto à forma de constituição exige-se a formalização através de escritura pública, a que se seguirá a comunicação à autoridade administrativa competente e ao Ministério Público, para efeitos de controlo da legalidade, devendo ainda proceder-se à publicitação dos estatutos, nos termos do art. 168º do CC.

A principal distinção relativamente às sociedades assenta no elemento teleológico, pois que enquanto nas sociedades o objectivo prioritário é a obtenção do lucro para a sua posterior distribuição pelos detentores do capital social, nas associações está frontalmente arredado tal objectivo, visando tais entidades fins desinteressados, altruísticos ou ideais (art. 157º do CC).

Sendo regularmente constituídas, também gozam de personalidade jurídica, nos termos do art. 158º.

3.5 – Fundações

Quer sejam constituídas por acto entre vivos (escritura pública) ou por testamento, as fundações diferem das associações e das sociedades em diversos aspectos elementares.

Por um lado, são emanações da vontade do instituidor, mediante a afectação a um certo fim de determinados bens (art. 185º do CC). Por outro lado, a sua personalidade jurídica depende do acto de reconhecimento por parte da autoridade administrativa competente (art. 158º, n.º 2, do CC).

4 – PROCESSO FORMATIVO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

4.1 – Forma do contrato

Atenta a obrigatória sujeição a uma forma especial,¹⁰ o contrato de sociedade constitui um acto jurídico formal.

4.2 – Conteúdo do contrato

A escritura pública obedece aos requisitos previstos no art. 114º do C. Com., devendo conter obrigatoriamente os requisitos essenciais (nomes ou firmas e domicílios dos sócios, a firma ou denominação social e indicação da sede e o objecto social) e certos requisitos específicos que servem para caracterizar cada tipo societário.

Quanto aos restantes requisitos (duração, forma de liquidação) podem ser supridos mediante recurso supletivo à respectiva regulamentação geral.

A matéria encontra-se regulada expressamente no art. 10º do CSC de Angola.

4.3 – Registo e publicações

Se a obrigatoriedade de sujeição do acto constitutivo a escritura pública dá a garantia de que o notário fiscalizará a legalidade do acto, outros interesses implicam que lhe seja dada publicidade feita através das publicações referidas no art. 193º do Cód. Com. (ou, em relação às sociedades por quotas, do art. 44º da LSQ) e da sujeição ao registo comercial, mediante a respectiva matrícula e inscrição no registo, nos termos do art. 2º Cód. de Registo Comercial, aprovado pelo Dec. Lei n.º 42.644.

Relativamente a Angola a obrigatoriedade de registo constando art. 20 do respectivo CSC.

¹⁰ A escritura pública é exigida nos termos do art. 8º, nº 1, do CSC de Angola.

Também no art. 10º do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais (OHADA) se exige que *“os estatutos devem constar de escritura pública ou de qualquer documento com garantia de autenticidade acompanhado do reconhecimento da letra e assinatura de cada uma das partes”*.

De acordo com o art. 97º do mesmo diploma, *“com excepção da associação em participação, as sociedades devem ser inscritas no registo do comércio e do crédito mobiliário”*. E nos termos do art. 98º que *“As sociedades gozam de personalidade jurídica a partir da sua inscrição no registo do comércio e do crédito mobiliário, salvo se o presente Acto Uniforme dispuser diferentemente”*.

Assim, dispõe o art. 114º que *“os sócios podem decidir que a sociedade não seja registada. A sociedade é então denominada «associação em participação» e não tem personalidade jurídica”*. E de acordo com o art. 115º, *“se, contrariamente ao disposto no presente Acto Uniforme, o contrato de sociedade ou negócio jurídico unilateral não for escrito e, em consequência disso, a sociedade não puder ser inscrita, a sociedade é então denominada «sociedade de facto» e não tem personalidade jurídica”*.

5 – SOCIEDADES IRREGULARES

5.1 – Delimitação da figura

A figura das sociedades (comerciais) irregulares é daquelas que mais polémica levantou no domínio do C. Com. de 1888. Para isso contribuiu a formulação normativa onde se usou uma terminologia que não primando pelo rigor, suscita dificuldades de interpretação.

Vejamos:

Nos termos do art. 107º do Cód. Com., *“ter-se-ão por não existentes as sociedades com um fim comercial que se não constituírem nos termos e segundo os trâmites indicados neste Código, ficando todos quantos em nome delas contratarem obrigados pelos respectivos actos, pessoal, ilimitada e solidariamente”*.

Já no art. 61º da LSQ se considerou que *“é nulo o contrato social ... quando não constar de escritura pública”* e que *“respondem pelos respectivos actos, pessoal e ilimitada e solidariamente, todos quantos contraírem obrigações em nome da sociedade, enquanto não estiver registada a sua constituição”*.

Posteriormente, consignou-se no art. 9º no Dec. Lei n.º 42.644, que aprovou o CRC, que *“as sociedades não matriculadas não poderão prevalecer-se da qualidade de comerciante em relação a terceiros, mas não poderão invocar a falta de matrícula para se subtraírem às responsabilidades e obrigações inerentes a essa qualidade”*.

Como bem se evidencia, tanto a terminologia utilizada na definição do vício, como as consequências previstas para a imperfeição ou incompletude do processo formativo tornam difícil a integração e qualificação das situações concretas.

Todavia, pesem embora as dúvidas que a tal respeito se suscitaram, pode afirmar-se como mais segura a tese segundo a qual existe uma sociedade irregular quando o respectivo processo formativo não tenha revestido a forma duma escritura pública ou quando, apesar dessa formalidade, a sociedade não tenha sido matriculada.¹¹

¹¹ Nos termos do art. 105º do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais (OHADA), *“entre a data de constituição da sociedade e a da sua inscrição no registo do comércio e do crédito mobiliário, as relações entre os sócios são regidas pelos estatutos da sociedade e pelas regras gerais de direito aplicáveis aos contratos e às obrigações”*.

5.2 – Regime jurídico

Malgrado as dúvidas suscitadas a respeito da qualificação jurídica dos vícios tanto pelo art. 107º do C. Com. (*inexistência*) como pelo art. 61º da LSQ (*nulidade*), a realidade que perpassa pelas sociedades irregulares não permite a sua total desconsideração. O mero facto de não poder ignorar-se que subjaz a essas figuras um acordo de vontades, ainda que não formalizado ou publicitado pela forma devida, implica que se extraiam efeitos diversos daqueles que resultariam da integração pura e simples nas regras da inexistência jurídica ou da nulidade absoluta, de acordo com a delimitação de tais conceitos face ao direito civil.

O facto de o art. 8º do CPC reconhecer a essas entidades personalidade judiciária passiva (ou seja, a susceptibilidade de serem judicialmente demandadas) não pode deixar de ser ponderado quando se trata de encontrar a melhor e mais coerente integração jurídica.

Assim, vejamos quais as consequências de ordem substantiva ou processual que decorrem da existência de uma sociedade irregular:

a) Falta de personalidade jurídica:

Nos termos do art. 108º do C. Com. a personalidade jurídica é conferida às sociedades comerciais, o que conjugado com o disposto no art. 107º leva a concluir que tal requisito não existe quando se está perante uma sociedade irregular.

Assim, a sociedade comercial (por ausência de escritura pública ou por falta de matrícula) não goza de personalidade jurídica, não sendo, por isso, susceptível de ser titular de direitos e de obrigações.

É a solução que também resulta do art. 5º do CSC de Angola.

Decorre desta falha a ausência de autonomia jurídica que a permite distinguir dos respectivos sócios.

b) Não qualificação como comerciante:

A qualidade de comerciante é reconhecida apenas às “*sociedades comerciais*”, nos termos do art. 13º do C. Com. Por seu lado o art. 104º define as condições para que uma sociedade se considere “*comercial*”, exigindo-se que se constitua em harmonia com os preceitos do Código.

Por isso uma sociedade irregularmente constituída não tem a qualidade de comerciante.

c) Responsabilidade pelas dívidas

Um dos aspectos mais importantes a considerar gira em torno da determinação da responsabilidade externa pelas obrigações contraídas no âmbito do funcionamento de uma sociedade irregular.

Tanto do art. 107º do C. Com como do art. 61º da LSQ resulta que, face a uma realidade configurada como sociedade irregular, que, como se disse, não permite a autonomização de responsabilidades e de patrimónios relativamente às responsabilidades e patrimónios dos sócios individualmente considerados, os sócios respondem pessoal, solidária e ilimitadamente pelas dívidas contraídas em nome da sociedade.

Na perspectiva do direito substantivo, impôs-se, assim, a tutela dos interesses de terceiro que, acreditando na aparência societária, não devem ser prejudicados pelo simples facto de integrarem uma relação jurídica em que a contraparte não é uma sociedade legalmente constituída, mas antes uma sociedade irregular.

Essa protecção é conseguida através da responsabilidade solidária dos sócios pelas obrigações contraídas, sem prejuízo da possibilidade de ser demandada a própria sociedade que, nos termos do art. 8º do CPC, não pode excepcionar a falta de personalidade judiciária.

Assim, a sociedade irregular é tratada nos mesmos termos em que o é a sociedade civil: pelas dívidas contraídas responde o património societário e ainda o património daqueles que se associaram, de forma solidária e ilimitada.

É o regime que acaba por estar consagrado também nos arts. 38º e segs. do CSC de Angola.

d) Personalidade judiciária:

Segundo a definição dada pelo art. 5º do CPC, a personalidade judiciária consiste na susceptibilidade de ser parte num processo de natureza civil. Utiliza o legislador o conceito de "parte" no sentido formal, de modo a abarcar aquele que requer ou contra quem é requerida determinada providência judiciária a que tende a acção.¹²

¹² Cfr. **Manuel de Andrade**, *Noções Elementares de Processo Civil*, pág. 75, e **Anselmo de Castro**, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. II, págs. 97 e segs.

Todo o nosso sistema processual civil, com especial realce para o processo de jurisdição contenciosa, assenta na necessidade de existência de partes processuais bipolarizadas, integrando, juntamente com o princípio do contraditório, o núcleo de princípios que **Teixeira de Sousa** apelida de "essenciais", por contraposição aos restantes princípios meramente instrumentais (*Introdução ao Processo Civil*, pág. 38).

De entre os pressupostos processuais relativos às partes (personalidade e capacidade judiciárias, legitimidade, interesse em agir, patrocínio judiciário), a personalidade judiciária ocupa lugar de destaque, de tal modo que, na expressão do processualista Castro Mendes, constitui o “pressuposto dos restantes pressupostos processuais subjectivos”.¹³

De facto, só se compreende a apreciação da legitimidade ou da capacidade judiciária activas ou passivas de entidades que, independentemente da personalidade jurídica, gozem da prerrogativa de serem sujeitos processuais.¹⁴

Considerando que o processo civil constitui o instrumento criado para a definição de direitos e obrigações na esfera do direito privado (direito civil ou direito comercial), é natural que o beneficiário ou aquele que é atingido na sua esfera jurídica pelos efeitos da decisão judicial sejam entes ou entidades capazes de suportar tais consequências.

A personalidade judiciária tende a acompanhar a personalidade jurídica, que consiste na susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações. Por conseguinte, aquele que tiver personalidade jurídica tem necessariamente personalidade judiciária (art. 5º, n.º 2, do CPC). Tal pressuposto é automaticamente atribuído às pessoas colectivas regularmente constituídas (por isso, dotadas de personalidade jurídica).

Assim, a regra que determina o automatismo entre a personalidade jurídica e a personalidade judiciária é absoluta, embora não afaste a possibilidade de concessão de personalidade judiciária a determinadas entidades, apesar de não gozarem da susceptibilidade de serem titulares de direitos e obrigações.

Esta extensão resulta de um compromisso que o sistema jurídico deve procurar entre o excessivo dogmatismo, conceptual e formal, e a necessidade de atender a realidades que decorrem da vida corrente e que ficariam a descoberto se não houvesse um tal desvio.

Por isso, sem prejuízo da manutenção, como regra geral, daquela correspondência entre a personalidade judiciária e a personalidade jurídica, a vida ou os factos nesta ocorridos reclamam que o direito não deixe de integrar, ainda que em termos de excepcionalidade, tais realidades.

¹³ Cfr. *Direito Processual Civil*, vol. II, pág. 18, ed. AAFDUL, de 1987.

¹⁴ Como refere **Antunes Varela**, *Manual de Processo Civil*, pág. 107, nota 1, “é entre as partes identificadas na petição inicial, sejam elas ou não titulares da relação litigada, que se estabelece a *relação processual*. É em função delas que se determina a *personalidade e a capacidade judiciária* dos sujeitos da acção, bem como a competência do tribunal, sempre que a sua determinação esteja ligada às partes ...”.

A concessão excepcional de personalidade judiciária correspondeu a uma clara prevalência atribuída aos direitos subjectivos, desta forma conferindo ao direito processual a função primordial para que foi criado e que nunca deve perder, ou seja, a de constituir um meio para alcançar a tutela de direitos subjectivos e nunca o fim em si mesmo.

A terminologia empregue no art. 107º do C.Com., designadamente a indicação da consequência legal, a “*inexistência*”, associada à falta de clarificação dos actos cuja falta ou irregularidade implica a referida consequência (ao nível do pacto social, do seu registo ou da sua publicação), foram causa de um sem-número de questões doutrinárias e que se repercutiram nos tribunais.¹⁵

Os manuais de direito comercial, tal como as colectâneas de jurisprudência demonstram o verdadeiro pântano que se criou a respeito da figura das sociedades irregulares, com implicações diversas tanto ao nível da determinação das condições de responsabilização pelas dívidas assumidas como da susceptibilidade de tais entidades serem demandadas em processos judiciais para execução do respectivo património.

Considera-se que a sociedade irregular constitui um património autónomo, dotado de personalidade judiciária, podendo, assim, ser demandada como sujeito processual, conjuntamente ou não com os sócios que sejam responsáveis pelas obrigações em nome dela constituídas, nos termos do art. 8º do CPC.

e) Acção de declaração judicial da não existência:

Através do Ministério Público, atribui-se a legitimidade para requerer a declaração de invalidade das sociedades irregulares, nos termos do art. 147º do C. Com.

Relativamente a Angola a questão deve ser resolvida por aplicação dos arts. 43º e segs.

6 – REGIME ACTUAL, FACE AO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

Mais perfeita é a formulação que agora se encontra no CSC de Portugal (e CSC de Angola) tanto a respeito da definição do processo constitutivo, como da determinação das consequências emergentes de determinados vícios.

¹⁵ Nos termos do art. 101º do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais (OHADA), “a sociedade considera-se constituída a partir da assinatura dos estatutos. Antes da sua inscrição no registo, a existência da sociedade não é oponível a terceiros. No entanto, estes podem invocá-la”.

Assim, para além da necessária sujeição ao processo formativo previsto em tal diploma, nos termos do art. 1.º, o art. 5.º condiciona a atribuição da personalidade jurídica à efectivação do registo do pacto social. Por fim, nos arts. 36.º e segs. regula-se o regime jurídicos a que ficam sujeitas as sociedades irregulares e aqueles que em seu nome agirem de acordo com cada uma das situações verificadas.

De tais disposições resulta, por um lado, que apenas pode ser considerada a existência de uma sociedade irregular em face de uma realidade que não se confunda com meras “*sociedades-fantasma*”, isto é, com meras designações a que não subjaz qualquer substracto pessoal e patrimonial. Para tais situações o art. 36.º, n.º 1, limita-se a determinar a responsabilidade solidária e ilimitada dos indivíduos que criem a falsa aparência da existência de uma sociedade pelas obrigações contraídas nesses termos.

Já para as restantes situações se prevê um regime diferenciado, consoante o vício que se verifique ou o estágio do processo formativo.

Assim:

- a) Antes da escritura pública, nos termos do art. 36.º, n.º 2, do CSC (equivalente ao art. 38.º, n.º 2, do CSC de Angola), aplica-se o regime prescrito para as sociedades civis, ou seja, nos termos do art. 997.º do CC, prevê-se a responsabilização pessoal e solidária dos sócios, embora com possibilidade de exigirem a execução prévia do património social;
- b) Entre a escritura pública e o registo, o regime varia consoante a natureza da sociedade (em nome colectivo, em comandita, por quotas ou anónima), nos termos dos arts. 38.º, 39.º e 40.º do CSC (e arts. 39.º a 42.º do CSC de Angola).

II – DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS

1 – CONSIDERAÇÃO

1.1 – Introdução

Atento o substracto patrimonial das sociedades comerciais e o fim que se propõem atingir, o seu funcionamento implica a previsão de mecanismos específicos de actuação capazes de exteriorizar a vontade colectiva dos sócios detentores do respectivo capital social.

Tal exteriorização é, em geral, feita em *assembleias-gerais*, através das deliberações sociais que, como refere Pinto Furtado, representam a afirmação da vontade normativa da sociedade, como pessoa distinta das pessoas dos seus sócios.¹⁶

As *deliberações sociais* tomadas em assembleia-geral dos sócios são o resultado do concurso das declarações de vontade dos respectivos sócios expressa através do voto, constituindo, por regra, o corolário de um processo que integra as seguintes etapas:

- Convocação
- Debate
- Votação
- Documentação.

Quanto às sociedades em nome colectivo, veja-se o disposto no art. 151º do C. Com. Quanto às sociedades por quotas, a matéria das deliberações sociais vem regulada nos arts. 35º e segs. da LSQ. Já quanto às sociedades anónimas, regulam os arts. 179º e segs. do Cód. Com.

1.2 – Direito ao Voto

Em princípio todos os sócios têm *direito de voto*, sendo dois os critérios de distribuição dos votos:

- Nas *sociedades de pessoas* (em nome colectivo e em comandita simples), cada sócio dispõe de um voto (art. 151º do C. Com.);

¹⁶ *Curso de Direito das Sociedades*, pág. 236.

- Já nas *sociedades de capitais* (sociedades por quotas – art. 39º § 2 da LSQ -, sociedades em comandita por acções e sociedades anónimas – art. 183º do C. Com.), a cada fracção do capital (quota ou acção) corresponde, em regra, um voto.¹⁷

Sem prejuízo dos casos em que se exija a unanimidade, as deliberações são tomadas de acordo com a maioria dos votos obtidos na assembleia-geral (*princípio maioritário*), bastando nuns casos a maioria simples (v. g. art. 183º § 2º do C. Com. e art. 39º da LSQ) e exigindo-se noutros a maioria qualificada (v. g. art. 41º da LSQ).

1.3 – Convocação da assembleia-geral

- a) No que concerne às *sociedades em nome colectivo*, são menos rigorosas as regras respeitantes à tomada de deliberações, o que decorre da especial relação de confiança ou de proximidade que existe entre os respectivos sócios.

A norma do art. 151º do C. Com. confere prioridade ao pacto social no que respeita ao processo de tomada das decisões que interessam à sociedade. Por isso, nem sequer é legalmente necessária a realização de uma verdadeira assembleia-geral.

As reuniões de sócios não apresentam, assim, a mesma complexidade que é inerente às sociedades de capitais, sendo dada preferência ao regime prescrito pelo pacto social, ainda que, na ausência de previsão, deva recorrer-se supletivamente à regulamentação legal constante dos arts. 179º e segs.

- b) No que respeita às *sociedades anónimas*, em que o capital se encontra, em regra, mais disseminado e em que o elemento pessoal (confiança, proximidade, etc.) adquire menor relevo, a lei é mais rigorosa quanto à regulamentação do processo deliberatório (arts. 179º e segs.).

As deliberações serão tomadas em *assembleia-geral* convocada pelo respectivo presidente.

A convocação será anunciada por meio de anúncios publicados com pelo menos 15 dias de antecedência (art. 145º), sem prejuízo de outras formalidades previstas no pacto social, devendo mencionar-se o respectivo objecto (art. 181º).

¹⁷ Nos termos do art. 125º do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais (OHADA), “salvo disposição em contrário do presente Acto Uniforme, todos os sócios têm o direito de participar nas deliberações. Qualquer cláusula estatutária em contrário considera-se não escrita”.

As deliberações devem cingir-se ao respectivo objecto, sob pena de invalidade (art. 181º, § único).¹⁸

Na assembleia-geral têm assento, em regra, todos os sócios, ainda que os estatutos possam introduzir algumas restrições quanto ao exercício do direito de voto, fazendo-o depender, por exemplo, de um determinado número de acções (art. 183º § 5º). Todavia, ainda que sem direito a voto, poderão assistir à assembleia (art. 185º).

- c) No que concerne às *sociedades por quotas*, as mais comuns de entre as sociedades, a regulamentação do processo deliberativo encontra-se nos arts. 35º e segs. da LSQ.

Aí se prevê a possibilidade de serem tomadas deliberações por escrito, desde haja unanimidade quanto a este modo de decisão.

A assembleia-geral, quando necessária, deve ser convocada pelos gerentes ou pelo conselho fiscal, devendo indicar-se o seu objecto (art. 181º do C. Com., aplicável por via do art. 38º da LSQ).

As deliberações são tomadas à pluralidade de votos, correspondendo um voto a uma determinada parcela do capital social.

1.4 – Limites aos poderes da assembleia

- a) A assembleia-geral não pode deliberar validamente contra disposições legais de natureza imperativa (art. 186º do C. Com.).
- b) Também estão fora do âmbito das deliberações os direitos extracorporativos, os direitos corporativos especiais e os direitos gerais inderrogáveis.

São *direitos extracorporativos* aqueles de que os sócios são titulares enquanto terceiros, como ocorre quando o sócio celebra com a sociedade um contrato de mútuo ou contrato de compra e venda.

Têm a mesma natureza os direitos que, conquanto tenham emergido da qualidade de sócio, se autonomizaram e radicaram na sua esfera jurídica, como acontece com o direito a dividendos definitivamente aprovado pela sociedade, momento a partir do qual tal direito se integra no património do sócio beneficiário, não podendo ser unilateralmente prejudicado por nova deliberação. Em qualquer das situações, os referidos direitos encontram-se subtraídos ao poder de disposição da sociedade.

¹⁸ Apenas excepcionalmente se admite a validação de deliberações sociais tomadas sobre assuntos alheios à convocatória: comunicação das deliberações aos sócios não presentes e inércia destes, nos termos do § único do art. 181º.

São *direitos corporativos especiais* aqueles que, apesar de não encontrarem assento directo na lei, resultam dos estatutos, conferindo aos respectivos titulares uma vantagem especial relativamente a outros sócios.

Assim acontece quando o pacto social prevê para determinado sócio um quinhão especial nos lucros ou quando lhe atribui voto de qualidade ou o direito a utilizar as coisas da sociedade.

Em tais circunstâncias, tais direitos apresentam uma génese contratual, não podendo ser unilateralmente derogados, sendo exigido o consentimento do respectivo titular.

Assim foi entendido, a respeito do art. 41º da LSQ, pelo Assento do Supremo Tribunal de Justiça (Portugal) de 26-5-61, segundo o qual: “*para a alteração dos direitos especiais do sócio, concedidos no pacto de uma sociedade por quotas, não basta a maioria referida no art. 41º da LSQ, sendo ainda indispensável o consentimento do respectivo sócio*”.

Trata-se de doutrina que veio consagrar aquilo que, para as sociedades civis, consta do art. 982º, n.º 2, do CC.

São *direitos corporativos gerais* os inerentes à qualidade de sócio e que, por isso, se mantêm enquanto se mantiver tal estatuto jurídico, não podendo ser negados ou restringidos pela sociedade.

Assim acontece com o direito de participar na administração da sociedade, através do voto nas assembleias gerais, o direito de ser eleito para cargos sociais, o de promover a realização de assembleias gerais, o de obter informação sobre o funcionamento da sociedade, o de impugnar as deliberações sociais ou de quinhão nos dividendos da sociedade.¹⁹

- c) Apesar de não encontrar expressa previsão legal, a doutrina tem considerado ainda um outro limite ao poder deliberativo das sociedades: quando importar em *abuso do direito de voto*.²⁰

¹⁹ Já se admite a derrogação do direito à distribuição periódica dos dividendos.

²⁰ Trata-se de uma situação que se encontra expressamente prevista no art. 58º, al. b), do CSC de Portugal (e art. 63º, nº 1, al. b), do CSC de Angola), segundo o qual são anuláveis as deliberações que “*sejam apropriadas para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir, através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si ou para terceiros em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou simplesmente de prejudicar aquela ou estes, a menos que se prove que as deliberações teria, sido tomadas sem os votos abusivos*”. Também no art. 130º do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais (OHADA), onde se refere que “*as deliberações podem ser anuladas por abuso de maioria ...*”, ou seja, “*quando os sócios maioritários votam uma deliberação no seu exclusivo interesse, contra os interesses dos sócios minoritários e desde que a deliberação não possa ser justificada pelo interesse da sociedade*”.

Verifica-se uma tal situação quando, apesar de a deliberação respeitar uma regra de direito positivo, importar na violação manifesta dos princípios da boa fé, dos bons costumes ou do fim social ou económico desse direito, nos termos do art. 334º do CC, quer essa violação afecte os interesses da sociedade ou os interesses dos sócios.

2 – VÍCIOS DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS:

2.1 – Considerações gerais:

Como actos jurídicos, as deliberações sociais podem estar afectadas por determinados vícios de ordem *formal* ou *substancial*: aqueles relacionados com o modo como a deliberação foi tomada; estes ligados ao direito material que sai violado.

Valem aqui as regras do direito civil, onde, para além das clássicas figuras da nulidade e da anulabilidade, podemos encontrar ainda a ineficácia e a inexistência jurídica.²¹

Deve, no entanto, notar-se que nem sempre a terminologia assumida nas normas do C. Com. confere com a conceptualização mais rigorosa constante do CC.

A delimitação que é feita no CC entre a nulidade a anulabilidade pressupõe, para cada situação um regime diverso, de onde se destaca, por exemplo, o facto de a nulidade ser de conhecimento oficioso e poder ser declarada a todo o tempo, ao passo que a anulabilidade carece de ser arguida pelo interessado e só dentro de um determinado prazo, sob pena de caducidade.

É por isso que, apesar de em determinadas normas do C. Com. se aludir à “inexistência” ou à “nulidade”, deve averiguar-se qual a realidade que subjaz a tais vícios e qual o regime jurídico que em concreto foi prescrito, a partir do que se procede à respectiva qualificação.

²¹ Como se refere no Ac. do STJ, de 31-10-1989, no BMJ390º/419, é dominante o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que as deliberações sociais quando contrárias à lei e ou ao contrato social podem ser nulas, anuláveis ou apenas ineficazes em relação a terceiros.

Tal doutrina já havia sido produzida a respeito do regime constante do C. Com., pelo Ac. do STJ, de 11-6-71, BMJ 208º, pág. 169.

Nos termos do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais (OHADA) “a invalidade de qualquer acto, decisão ou deliberação que não modifique os estatutos da sociedade só pode resultar de uma disposição imperativa do presente acto, dos textos legais que regem os contratos ou dos estatutos da sociedade” (art. 244º).

Assim, apesar de no art. 181º § único se considerar “nula” a deliberação tomada sobre objecto estranho ao que foi designado para a assembleia geral e de no art. 146º se aludir ao pedido de declaração de “nulidade” da deliberação social, pelo respectivo regime jurídico estamos perante situações de anulabilidade, tendo em conta que o seu exercício, ao contrário da nulidade, está sujeito a um determinado prazo.

Outro tanto se diga da norma do art. 107º quando comina com a “inexistência” as sociedades cujo processo constitutivo não obedeça ao regime prescrito na lei, devendo interpretar-se tal disposição em termos hábeis, de modo a distinguir as diversas situações que se podem configurar, como se referiu anteriormente.

Deve notar-se que o actual regime constante do CSC de Portugal (assim como o CSC de Angola) é caracterizado por um maior rigor terminológico.

Para além da alusão expressa às deliberações “ineficazes”, nos termos do art. 55º (art. 60º do CSC de Angola), estabelece-se nos arts. 56º e 58º (arts 61º e 63º do CSC de Angola) a distinção entre as “deliberações nulas” e as “deliberações anuláveis”.

2.2 – Deliberações inexistentes

2.2.1 – A *inexistência jurídica* constitui um vício que não encontra expressa previsão na legislação civil. Tão pouco a encontra na legislação comercial. Ainda que nos arts. 107º e 147º do C. Com. se aluda à figura da inexistência, reportada a sociedades irregulares, tal expressão não traduz com rigor o regime jurídico aplicável.

De todo o modo, aquele vício tem sido autonomizado dos restantes que afectam as deliberações sociais por forma a abarcar situações a cuja gravidade ou carácter anómalo nem sequer se adapta o regime da nulidade.

Transposto para a sede das deliberações sociais, a “*inexistência jurídica*” é susceptível de abarcar as situações em que nem sequer existe a aparência de uma deliberação social. A imperfeição é de tal ordem que nem sequer se pode identificar com uma deliberação social

Como se refere no Ac. do STJ, de 4-10-96, na CJSTJ, III, pág. 35, a deliberação social é “*inexistente*” quando não se verifiquem os requisitos mínimos necessários para que possa ser juridicamente eficaz, de forma a vincular a sociedade, ou quando não seja adequada nem sequer na sua aparência material a responsabilizar aquele.

Como exemplos, podem apontar-se as que se apresentam destituídas de qualquer elemento essencial à sua existência ou aquelas que não são rodeadas das formalidades minimamente indispensáveis para que se possa concluir pela existência de um acto vinculativo para a sociedade, resultante da tomada de posição dos respectivos sócios.

2.2.2 – Atenta a gravidade do vício, o conteúdo de uma deliberação qualificável como “*inexistente*” pode ser pura e simplesmente ignorado pelos destinatários. De facto, daquilo que para o direito é “*inexistente*” não poderão extrair-se quaisquer efeitos jurídicos.

Todavia, nem sempre a realidade se ajusta a uma tão fácil maneira de superar a questão. Malgrado a inexistência que vicia uma deliberação, dela podem decorrer determinados efeitos práticos que interferem na estabilidade das relações jurídicas, suscitando dúvidas ou despoletando situações litigiosas.

Em tais situações, nada obsta a que o interessado suscite a intervenção do tribunal com vista a declarar aquele vício, impedindo, por exemplo, a sustentação de quaisquer pretensões que nelas se pretendam fundar.

A acção de simples apreciação prevista no art. 4º do CPC permite precisamente enquadrar pretensões que se destinem a declarar a existência ou a inexistência de um direito ou de um facto.

2.3 – Deliberações ineficazes

2.3.1 – O Cód. Comercial não prevê expressamente a figura das deliberações *ineficazes*.²²

A *ineficácia* constitui uma figura do direito civil que foi transposta para as relações societárias reguladas pelo Cod. Comercial, de modo a cobrir situações em que a vontade dos sócios, ainda que manifestada em assembleia-geral, é insusceptível de produzir, por si, os efeitos pretendidos.

São, assim, ineficazes as deliberações que, conquanto sejam aprovadas em assembleia geral, com respeito pelo formalismo necessário à sua convocação, se mostram insusceptíveis de produzir efeitos, na medida em que afectam direitos de

²² A ineficácia encontra-se agora expressamente autonomizada no art. 55º do CSC de Portugal (equivalente ao art. 60º do CSC de Angola), segundo o qual “*salvo disposição legal em contrário, as deliberações tomadas sobre assunto para o qual a lei exija o consentimento de determinado sócio são ineficazes para todos enquanto o interessado não der o seu acordo, expressa ou tacitamente*”.

terceiros ou direitos de sócios que não podem ser atingidos por deliberações sociais, por se tratarem de direitos extracorporativos.²³

Estamos face a uma situação bem menos grave do que a que caracteriza a inexistência. É ainda menos grave do que a figura da nulidade, na medida em que esta pode ser oficiosamente conhecida e não pode ser convalidada mediante o assentimento do interessado.

2.3.2 – Tal como ocorre com a inexistência, também o vício da *ineficácia* pode determinar pura e simplesmente que a deliberação seja ignorada pelo destinatário, recusando, por exemplo, o cumprimento de qualquer obrigação que formalmente dela decorra.

Perante uma deliberação qualificada como ineficaz, poder-se-ia ser tentado a rejeitar a possibilidade de ser intentada qualquer acção ou procedimento cautelar com vista à sua declaração, com um argumento, de cariz conceptualista, que obstaria a que fosse requerida a suspensão ou a invalidação dos “efeitos” de uma deliberação que, por ser “ineficaz”, seria insusceptível de os produzir.

Porém, esta opção mostra-se incapaz de satisfazer exigências de ordem prática no sentido de obstar à efectiva perturbação da esfera dos interessados e de eliminar as consequências provocadas por semelhantes deliberações.

Efectivamente, a simples existência de uma deliberação, ainda que ineficaz, dá a aparência de um vínculo jurídico, sendo, por isso, susceptível de perturbar o funcionamento da sociedade ou o relacionamento entre os respectivos sócios ou entre estes e a sociedade. É por isso que assentando os juízos numa base essencialmente pragmática, que se mostre coerente com o papel desempenhado pelos instrumentos processuais na resolução dos problemas da vida real, se foi sedimentando a ideia de admitir com mais latitude a figura da ineficácia relativamente às deliberações sociais, encontrando nas acções ou nos procedimentos cautelares a energia capaz de repelir os efeitos práticos que, apesar de tudo, possam emergir da sua execução.

²³ Como refere **Moitinho de Almeida**, *Anulação e Suspensão de Deliberações Sociais*, pág. 45, ineficazes relativamente aos sócios serão, por exemplo, as deliberações que interfiram no direito aos lucros anteriormente definidos em assembleia geral e que, por isso, já passaram a integrar a sua esfera jurídica, enquanto créditos opostos à sociedade. No mesmo local se cita **Ferrer Correia** que, a respeito de direitos creditórios ou extracorporativos, defende que “toda a deliberação social que suprima ou restrinja um desses direitos sem o consentimento do respectivo titular, deve, portanto, considerar-se *ineficaz*”.

Deste modo, o sócio afectado por deliberação juridicamente ineficaz pode demandar os tribunais no sentido da declaração da ineficácia, deste modo permitindo a clarificação de uma situação irregular e cuja manutenção é susceptível de provocar litígios.²⁴

A interposição da acção (acção de simples apreciação, nos termos do art. 4º do CPC, visando a declaração da ineficácia da deliberação) não é obrigatória, considerando-se o sócio liberto de quaisquer efeitos que de tal deliberação possam emergir. Mas constitui uma faculdade que o interessado poderá accionar se acaso a intervenção do tribunal lhe trazer vantagens para superar situações litigiosas.

2.4 – Deliberações nulas e anuláveis

2.4.1 – Tal como ocorre com a generalidade dos actos jurídicos, a *invalidade* das deliberações sociais pode decorrer de vícios de forma ou procedimentais ou de vícios de conteúdo ou de ordem substancial.

Ainda que ambos os vícios determinem os mesmos efeitos, existem diferenças de regime que resultam dos arts. 286 e segs. do CC e que incidem nos seguintes aspectos:

- A nulidade é de *conhecimento officioso*; a anulabilidade apenas pode ser apreciada se acaso for *arguida*;
- A nulidade é invocável por *qualquer interessado*, ao passo que anulabilidade apenas pode ser invocada pelo *interessado legalmente designado*;
- A arguição ou conhecimento da nulidade *não está sujeita* a qualquer prazo, enquanto a anulabilidade deve ser arguida dentro de um *determinado prazo* fixado na lei, sob pena de caducidade;
- A nulidade é *insanável*, mas a anulabilidade é susceptível de *confirmação*.

2.4.2 – O actual regime constante do art. 56º do CSC (e o art. 61º do CSC de Angola) é claro quanto aos vícios que podem determinar a *nulidade das deliberações*, diferenciando-os daqueles que podem ser causa de anulabilidade, nos termos do art. 59º do CSC (e art. 63º do CSC de Angola).

Deste modo, atento o actual direito português, são *nulas* as seguintes deliberações:²⁵

²⁴ Ferrer Correia, ob. cit., pág. 368.

²⁵ Nulas são as deliberações que atingem direitos “inderrogáveis” e direitos “especiais” dos sócios, e bem assim as que, respeitando embora à vida interna da sociedade, à sua organização e às relações travadas entre a sociedade e os sócios como tais, ofendem normas protectoras do interesse público e disposições imperativas visando a tutela dos próprios associados;

Caracteriza a nulidade da deliberação o facto de com ela se visar proteger interesses de terceiros ou dos respectivos sócios, que o contrato social acautela, e não dizer respeito a regras de procedimento (Ac. do STJ, de 26-4-95, CJSTJ, tomo II, pág. 49).

- a) As tomadas em assembleia-geral não convocada, salvo se todos os sócios tiverem estado presentes ou representados;
- b) As tomadas mediante voto escrito sem que todos os sócios com direito de voto tenham sido convidados a exercer esse direito;
- c) As deliberações cujo conteúdo não esteja, por natureza, sujeito a deliberações dos sócios;
- d) As deliberações cujo conteúdo seja ofensivo dos bons costumes ou de preceitos legais que não possam ser derogados.

Com a mesma clareza resultante de uma diversa metodologia, consideram-se *anuláveis*, nos termos do art. 59º (e art. 63º do CSC de Angola), as seguintes deliberações:

- a) As que violem disposições legais ou o contrato de sociedade, quando não lhe caiba a nulidade, nos termos do art. 56º;
- b) As que se mostrem apropriadas a satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir vantagens especiais, a menos que se prove que seriam tomadas mesmo sem os votos abusivos (deliberações abusivas);
- c) As deliberações que não tenham sido precedidas do fornecimento ao sócio dos elementos mínimos de informação.

2.4.3 – Menos clara é a identificação dos vícios face ao disposto no Cód. Com. (*v.g.* art. 146º) e na LSQ (*v.g.* art. 46º).

A redacção de tais preceitos, um aludindo a um determinado prazo para a propositura da acção de anulação, outro a exigir um acto de protesto do sócio, parece indiciar que as invalidades se reconduziriam sempre a anulabilidades.

Todavia, como já se disse, existem outros vícios susceptíveis de afectar as deliberações sociais (inexistência e ineficácia). Por outro lado, para determinadas situações mais graves, ajusta-se melhor a sanção da nulidade (invocável a todo o tempo e de conhecimento officioso).

Por isso, a doutrina e jurisprudência consideraram que a qualificação dos vícios segue, em linhas gerais, os seguintes parâmetros:

- Quando esteja em causa *vício de estrutura*, ou seja, vício de procedimento ou formal, em princípio a deliberação é anulável.
- Estando em causa, naqueles casos, meras *irregularidades formais* (que se não reconduzam a situações de pura inexistência jurídica), a anulabilidade é a

consequência que mais se ajusta, na medida em que impede o conhecimento oficioso e legitima a convalidação por iniciativa dos sócios. Assim acontece quando existam irregularidades na convocação.

- Mas poderão ser qualificadas como nulas as deliberações não precedidas de qualquer convocação ou em que a convocação foi feita por quem não tenha competência para o efeito. O mesmo se diga das deliberações tomadas fora de qualquer assembleia-geral.
- Serão também anuláveis as deliberações que violem o pacto social, salvo se simultaneamente violarem disposições imperativas. A anulabilidade das deliberações sociais resulta do art. 146º do C.Com e do art. 46º da LSQ.²⁶ São simplesmente anuláveis as que respeitam à vida interna da sociedade, à sua organização e às relações travadas entre a sociedade e os sócios como tais.

Já quando a deliberação esteja afectada por *vícios de conteúdo* ou vícios de fundo, a consequência será a da *nulidade* ou da *anulabilidade* conforme a situação aferida, designadamente, através de outras normas do ordenamento jurídico.

Deste modo, por corresponderem à previsão geral do art. 280º do CC, serão *nulas* as deliberações cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei, à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes. Nulas serão também as deliberações que violem disposições legais de natureza imperativa, nos termos do art. 294º do CC.

Assim, são *nulas*, designadamente, as seguintes deliberações:

- As que violem preceitos legais que se destinam a proteger os credores ou o interesse público;
- As de carácter imoral ou ofensivas dos bons costumes;
- As que violem direitos irrenunciáveis dos sócios, ou seja, aqueles que estão subtraídos à sua disponibilidade.

2.4.4 – Sem consideração pelos vícios que afectam as deliberações, a análise da jurisprudência que em Portugal se foi firmando em sede de aplicação do regime anterior, revela que as acções de anulação das deliberações sociais incidiam essencialmente sobre as seguintes questões isoladas ou em conjunto:²⁷

- Ausência de convocação regular (arts. 36º e segs. da LSQ e 171º, 179º e 181º do C. Com.);

²⁶ Nos termos do art. 130º do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais (OHADA), “as deliberações podem ser anuladas por abuso de maioria e constituir em responsabilidade os sócios que as tenham votado em relação aos sócios minoritários. Existe abuso de maioria quando os sócios maioritários votam a deliberação no seu exclusivo interesse, contra os interesses dos sócios minoritários e desde que a deliberação não possa ser justificada pelo interesse da sociedade”.

²⁷ Cfr. **Moitinho de Almeida**, *Anulação e Suspensão de Deliberações Sociais*, pág. 13.

- Irregularidade da constituição e do funcionamento da assembleia (art. 184º do C. Com.;
- Deliberações sobre assunto não constante da ordem do dia (arts. 181º do C.Com e 38º da LSQ);
- Violação de direitos intangíveis dos sócios ou de terceiros (arts. 183º § 3º do C.Com e 20º da LSQ);
- Deliberações com abuso de direito (art. 334º do CC);
- Destituição de gerentes de sociedades por quotas ou de administradores de sociedades anónimas (arts. 231º, 244º a 255º do C. Com. e 28º da LSQ);
- Exclusão de sócio (arts. 221º e 22º do C. Com. e 12º e 19º da LSQ);
- Amortização de quotas em consequência da morte de sócio ou de penhora (art. 25º da LSQ).

3 – *IMPUGNAÇÃO JUDICIAL DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS*

a) Tipo de acção:

Já anteriormente se disse que para deliberações inexistentes ou ineficazes é ajustado o recurso a acções de simples apreciação.

A *acção de simples apreciação* é ainda adequada a suportar o pedido de declaração de nulidade, ainda que possa ser cumulado com outros pedidos, designadamente o de condenação, se da nulidade decorrer alguma obrigação de prestação (entrega de dinheiro, entrega de coisa ou prestação de facto).

Já relativamente às acções de anulabilidade se ajusta a *acção constitutiva*, pois que a deliberação anulável produzirá efeitos se porventura a invalidade não for judicialmente declarada. Pode, por isso concluir-se que é a sentença que reconheça o vício conducente à anulabilidade que determina a alteração da ordem jurídica.

b) Forma de processo:

Não deve confundir-se o tipo de acção adequado, de entre as previstas no art. 4º do CPC, com a forma de processo idónea.

Mais do que a tipologia da acção, é a forma de processo que determina a tramitação processual a seguir correspondente ao processo ordinário ou ao processo sumário.

A aplicação de uma ou outra das referidas formas de processo depende unicamente do valor do processo o qual, por seu lado, decorre do disposto no art. 310º, n.º 2, conjugado com o art. 305º do CPC.

c) **Articulados:**

Para além da formulação do pedido ajustado ao vício que se tiver verificado (declaração de nulidade, declaração de anulabilidade, condenação em determinada prestação, etc.), cabe ao autor alegar na petição inicial os factos de onde decorre não apenas a sua legitimidade processual (em geral a qualidade de sócio), como ainda os factos determinantes do vício ou vícios que afectam a deliberação.

Mais do que o uso de conceitos que reproduzam os textos legais, a causa de pedir é integrada por factos da vida real que integrem esses mesmos conceitos e de onde emerge o direito que se pretende fazer valer (art. 498º do CPC).

3.1 – Competência territorial

A aferição deste pressuposto resulta da aplicação do art. 86º do CPC, sendo competente para a acção o tribunal da sede da administração da sociedade demandada.

3.2 – Legitimidade activa e passiva

Na falta de normas que se reportem inequivocamente à legitimidade activa ou passiva, como a que agora consta do art. 60º do CSC de Portugal (e art. 65º do CSC de Angola), tal pressuposto deve ser detectado mediante o uso do critério geral decorrente do art. 26º do CPC.

Assim, a *legitimidade activa* pertence àquele que, de acordo com a relação material controvertida (afirmada na petição), seja titular do interesse que visa defender: quanto à nulidade, a titularidade de um interesse directo na demanda; quanto à anulabilidade a posição que, nos termos legais, lhe confere a possibilidade de arguir o vício, nos termos do art. 287º do CC.²⁸

Obviamente que a anulabilidade não pode ser requerida pelo sócio que tenha votado a deliberação, como agora consta expressamente do art. 59º, n.º 1, do CSC (e art. 63º, n.º 3, do CSC de Angola).²⁹

A *legitimidade passiva* pertence à sociedade e não aos sócios que aprovaram a deliberação. Efectivamente, aferindo-se a legitimidade pelo prejuízo decorrente da procedência da acção, nos termos do art. 26º do CPC, quem é directamente afectado é a sociedade em cujo seio foi aprovada a deliberação, sendo os sócios meros interessados indirectos ou reflexos.

²⁸ Por isso se considerou no Ac. da Rel. do Porto, de 13-4-99, CJ, tomo II, pág. 196, que a credora da sociedade não teria legitimidade para arguir a anulabilidade.

²⁹ No mesmo sentido decidiu o Ac. do STJ, de 24-6-49, BMJ 13º/334. No mesmo sentido **Moitinho de Almeida**, ob. cit., pág. 43.

3.3 – Prazo

As deliberações sociais nulas ou inexistentes podem ser impugnadas sem dependência de prazo.³⁰

Ao invés, quanto às deliberações anuláveis, tanto o art. 146º do C. Com. como o art. 46º § 1º da LSQ prevêem um *prazo* de 20 dias (30 dias segundo o art. 64º, n.º 3, do CSC de Angola).

No que concerne ao direito de requerer a suspensão das deliberações sociais vale o que resulta do art. 397º do CPC (*redacção anterior*) que fixa o prazo em 5 dias quer se trate de deliberação nula ou de deliberação anulável.

Em qualquer dos casos estamos face a prazos de caducidade, isto é, contados de acordo com as regras prescritas pelo CC (arts. 279º e 328º e segs. do CC). O seu decurso faz extinguir o direito, mas tal excepção peremptória deve ser arguida pela parte interessada, não podendo ser oficiosamente conhecida pelo tribunal, uma vez que a matéria não é excluída da disponibilidade das partes.

3.4 – Tramitação processual

A acção declarativa segue os termos do processo ordinário ou sumário, consoante o valor, o qual é determinado em função do valor do acto jurídico, nos termos do art. 310º do CPC.³¹

A acção terá que ser registada, nos termos do art. 5º, als. d) e e), do Dec.-Lei n.º 42644, de 14-11-59.

3.5 – Sentença

Não existe qualquer especificidade relativamente às regras prescritas para as restantes acções: a actividade do tribunal está em geral delimitada pela matéria de facto alegada pelas partes, nos termos do art. 664º. No que concerne ao pedido, também está vinculado à pretensão que tenha sido deduzida.

³⁰ Nos termos do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais (OHADA) “*as acções de invalidade dos actos, decisões ou deliberações da sociedade prescrevem no prazo de 3 anos a contar do dia em que a invalidade ocorreu, salvo se a invalidade tiver como fundamento a ilicitude do objecto social e com reserva da extinção prevista no art. 248 do presente Acto Uniforme*”.

³¹ Nos termos do art. 247º do Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais (OHADA) “*o tribunal que receber a acção de invalidade pode, oficiosamente, fixar um prazo para permitir regularizar a invalidade. O tribunal não pode declarar a nulidade antes de decorridos dois meses após a data da interposição da acção*”.

Mas a vinculação temática não abarca a qualificação jurídica das situações retratadas pela matéria de facto alegada de modo que, por exemplo, nada obsta a que apesar de ter sido invocada a anulabilidade, o tribunal decrete a nulidade e vice-versa, tal como nada obsta a que, apesar de ter sido invocada e pedida a declaração de nulidade de uma deliberação social, seja decretada a sua ineficácia se esta consequência jurídica for aquela que melhor corresponde à realidade emergente dos factos apurados.³²

A sentença deve ser levada ao registo comercial.

4 – RENOVAÇÃO DE DELIBERAÇÃO SOCIAL VICIADA

4.1 – Nos termos do actual regime constante do art. 62º do CSC de Portugal (e art. 67º do CSC de Angola), determinadas deliberações nulas (as tomadas em assembleia geral não convocada e as tomadas mediante voto escrito sem que todos os sócios tenham sido convidados a fazê-lo) podem ser renovadas mediante uma outra deliberação que não contenha os referidos vícios.

Trata-se, assim, de uma solução que não respeita inteiramente o regime geral das nulidades, além de que permite que à nova deliberação seja atribuído efeito retroactivo.

Também podem ser convalidadas mediante nova deliberação aquelas que estejam afectadas por anulabilidade.

4.2 – O regime constante do C. Com. não apresenta tal clareza.

Ainda assim, recorrendo ao regime geral do art. 288º do CC, é possível defender que as deliberações afectadas por anulabilidade podem ser convalidadas mediante nova deliberação que não esteja afectada pelos vícios da primeira. O mesmo se diga relativamente às deliberações cuja nulidade emerge de vícios que possam ser superados mediante nova deliberação social, como ocorre quando a nulidade provenha de vício formal.

5 – SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÕES SOCIAIS

Quanto à suspensão das deliberações sociais, o regime actualmente vigente em Portugal pouco difere daquele que estava em vigor em 1975. Por isso, sem embargo das devidas adaptações, ajusta-se aquilo que o signatário destas notas escreveu na obra intitulada “*Temas da Reforma do Processo Civil – Procedimentos Cautelares Especificados*”,

³² Neste sentido cfr. o Ac. da Rel. de Lisboa de 20-1-94, CJ, tomo I, pág. 102.

2ª ed., Coimbra, págs. 69 a 98, e que a seguir se reproduz:

(.../...)

Art. 396º

(Pressupostos e formalidades)

1 – Se alguma associação ou sociedade, seja qual for a sua espécie, tomar deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato, qualquer sócio pode requerer, no prazo de dez dias, que a execução dessas deliberações seja suspensa, justificando a qualidade de sócio e mostrando que essa execução pode causar dano apreciável.

2 – O sócio instruirá o requerimento com cópia da acta em que as deliberações foram tomadas e que a direcção deve fornecer ao requerente dentro de vinte e quatro horas; quando a lei dispense a reunião de assembleia, a cópia da acta será substituída por documento comprovativo da deliberação.

3 – O prazo fixado para o requerimento da suspensão conta-se da data da assembleia em que as deliberações foram tomadas ou, se o requerente não tiver sido regularmente convocado para a assembleia, da data em que ele teve conhecimento das deliberações.

Art. 397º

(Contestação e decisão)

1 – Se o requerente alegar que lhe não foi fornecida cópia da acta ou o documento correspondente, dentro do prazo fixado no artigo anterior, a citação da associação ou sociedade é feita com a cominação de que a contestação não será recebida sem vir acompanhada da cópia ou do documento em falta.

2 – Ainda que a deliberação seja contrária à lei, aos estatutos ou ao contrato, o juiz pode deixar de suspendê-la, desde que o prejuízo resultante da suspensão seja superior ao que pode derivar da execução.

3 – A partir da citação, e enquanto não for julgado em primeira instância o pedido de suspensão, não é lícito à associação ou sociedade executar a deliberação impugnada.

5.1 – Introdução:

A suspensão de deliberações sociais constitui uma providência específica que permite antecipar certos efeitos derivados da sentença declarativa da nulidade ou da anulabilidade, obstando à execução de uma deliberação formal ou substancialmente inválida, mas que, apesar disso, poderia ter repercussões negativas na esfera do sócio ou da pessoa colectiva.

A amplitude que é reconhecida ao direito de acção em geral e, em particular, ao direito de acção com função cautelar, transporta o risco da sua utilização abusiva ou injustificada.³³ No caso concreto, procurou o legislador evitar, tanto quanto possível, a perturbação injustificada da actividade societária, através de uma ajustada ponderação dos valores da segurança e da celeridade que convivem nos procedimentos cautelares.

5.2 – Âmbito subjectivo:

5.2.1 – O campo de aplicação do procedimento é definido através da natureza jurídica das entidades cujas deliberações podem ser suspensas.

Dirige-se fundamentalmente às sociedades e às associações,³⁴ estando excluídas as pessoas colectivas de direito público (sujeitas a regulamentação específica) ou as empresas públicas, também submetidas a um regime próprio introduzido pelo Dec. Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, posteriormente modificado.

Já no âmbito das sociedades comerciais, não se estabelece qualquer distinção, abarcando tanto as sociedades anónimas como as sociedades por quotas, em comandita ou em nome colectivo.

No que respeita às associações, cujo processo de formação da vontade, através de deliberações dos respectivos órgãos, resulta dos arts. 171º e 172º do CC, os fundamentos da respectiva anulabilidade constam dos arts. 174º, n.º 2, 176º e 177º.

Quanto às cooperativas, estão subsidiariamente sujeitas ao regime prescrito para as sociedades comerciais.³⁵ Por essa via se torna fácil detectar o apoio legal necessário a aceder ao procedimento de suspensão das respectivas deliberações.

³³ Para isso alerta **Oliveira Ascensão** quando alude “à actual tendência de empolar os meios preliminares, travando aí as batalhas mais importantes – o que é anómalo, e só parcialmente justificado pela lentidão dos meios definitivos” (*Direito Comercial*, 1992, vol. IV, pág. 301).

³⁴ Como se decidiu no Ac. da Rel. do Porto, de 16-3-98, CJ, tomo II, pág. 203, entre as associações podem destacar-se as instituições privadas de solidariedade social. E o Ac. da Rel. do Porto, de 28-9-00, CJ, tomo IV, pág. 195, avança mesmo para a inclusão de uma Fundação de Solidariedade Social.

Excluem-se as deliberações tomadas em assembleias gerais ou órgãos equivalentes de instituições de previdência ou de associações sindicais, todas elas sujeitas à jurisdição laboral, cujo mecanismo cautelar de suspensão vem regulado no art. 168º do Código de Processo do Trabalho, sem autonomia formal, inserido na tramitação do processo especial de impugnação das referidas deliberações.

³⁵ Nos termos do art. 9º do Cód. Cooperativo, aprovado pela Lei nº 51/96, de 7-9. Para além disso, o art. 43º, nº 8, do mesmo diploma, também é claro quando se refere ao “recurso para os tribunais” das deliberações da assembleia geral.

No Ac. da Rel. de Lisboa, de 17-12-92, CJ, tomo V, pág. 159, limitou-se a providência de suspensão às deliberações tomadas no âmbito da assembleia geral da cooperativa.

5.2.2 A solução já não é tão clara quando se trata de definir o modo de acautelar provisoriamente interesses feridos por deliberações tomadas no seio de entidades que, apesar de externamente se apresentarem com características semelhantes às daquelas pessoas colectivas, são destituídas de personalidade jurídica, como sucede com as associações de facto, as sociedades civis ou as sociedades irregulares.

Tendo tais entidades um substracto patrimonial ou pessoal, não estão livres da ocorrência de conflitos no âmbito do processo de formação da vontade atinente ao desempenho das respectivas actividades.

Quanto às associações de facto, a legitimidade do recurso à providência cautelar de suspensão de deliberações resulta da norma do art. 195º do CC e da remissão aí feita para as regras sobre associações. As dúvidas que poderiam derivar da susceptibilidade de serem partes em processos (ou procedimentos) judiciais foram pragmaticamente solucionadas pelo art. 6º, al. b), do CPC, que lhes atribuiu personalidade judiciária.

Também no que concerne às sociedades civis são várias as normas que se reportam às suas deliberações (arts. 985º, n.º 4, 986º, n.º 3, ou 1005º do CC), prenunciando a existência de mecanismos que, a par da arguição da respectiva invalidade, comportem o pedido de suspensão da sua execução. A ponte para as normas reguladoras das associações encontra-se no art. 157º do CC.³⁶

Por fim, no âmbito das sociedades comerciais irregulares (antes de completado o processo de formação, através do acto constitutivo e do registo do pacto social),³⁷ a remissão que nos arts. 36º, n.º 2, e 37º do CSC é feita para os regimes aplicáveis às sociedades civis ou às sociedades comerciais também é esclarecedora quanto à susceptibilidade de as respectivas deliberações poderem ser alvo da providência suspensiva.

Para culminar, sempre se dirá que a redacção do n.º 1 do art. 396º do CPC, quando se reporta à *“associação ou sociedade ... seja qual for a sua espécie”*, tem amplitude suficiente para integrar todas as entidades anteriormente mencionadas.

5.3 – Âmbito objectivo:

5.3.1 – No quadro do direito das sociedades e das associações podem ser diversas as circunstâncias a exigir a adopção de medidas preventivas de natureza conservatória ou antecipatória, como passo fundamental para tornar eficaz a

³⁶ Neste sentido **Lebre de Freitas**, *CPC anot.* vol. II, pág. 85, **Moitinho de Almeida**, *Anulação e Suspensão de Deliberações Sociais*, 2ª ed., pág. 12, e **Antunes Varela**, *CC anot.*, vol. II, 4ª ed., pág. 321, contrariando a posição assumida por **Alberto dos Reis**, *CPC anot.*, vol. I, pág. 676.

³⁷ Cfr. o Ac. da Rel. de Coimbra, de 24-2-93, CJ, tomo I, pág. 54.

actividade jurisdicional a desenvolver na acção principal. Mas a simples designação dada à medida cautelar (“*suspensão de deliberações sociais*”) logo permite identificar o seu objecto e estabelecer a distinção quanto a outras situações.

A providência de suspensão exerce uma função instrumental relativamente às acções de declaração de invalidade de deliberações sociais. Por isso, apenas faz sentido o seu uso quando a situação litigiosa tenha origem numa deliberação cuja execução se pretenda evitar, com a alegação dos prejuízos que daí possam decorrer.

5.3.2 – A delimitação do objecto da providência faz-se ainda pela via da qualificação jurídica do modo pelo qual se forma e exterioriza a vontade da pessoa colectiva.

No âmbito da anterior legislação era corrente o entendimento de que a providência estava limitada às deliberações tomadas em reuniões ou assembleias gerais dos sócios. A nova legislação sobre sociedades integra nas “*deliberações sociais*” não apenas as deliberações dos sócios, em assembleia geral (ou, certas vezes, por escrito), mas também as decisões tomadas por outros órgãos sociais, como o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal das sociedades anónimas, ou a Direcção nas sociedades por quotas, e que anteriormente assumiam a designação de resoluções ou de decisões.³⁸

Deste modo, é pertinente questionar se na delimitação do objecto do procedimento deve fazer-se a respectiva actualização, por forma a acompanhar aquela evolução normativa, ou se, pelo contrário, a providência deve manter-se apegada ao núcleo correspondente à anterior terminologia.

5.3.3 – Um determinado sector da doutrina e da jurisprudência seguiu aquela primeira via, conferindo ao procedimento cautelar de suspensão a capacidade de absorver pretensões que, de outra forma, deveriam enquadrar-se no procedimento cautelar comum (*infra*, 27.2).³⁹

³⁸ Cfr. **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais – Suspensão e Anulação (Textos - Sociedades Comerciais*, ed. do CEJ, 1994/95), pág. 87.

³⁹ Cfr. a resenha feita por **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais* cit., pág. 98, onde menciona, além do mais, o Ac. do STJ, de 29-4-92, segundo o qual, estando em causa uma deliberação do Conselho de Administração duma sociedade, não é adequada a providência cautelar não especificada. Cfr. ainda os Acs. da Rel. de Lisboa, de 3-10-95, CJ, tomo IV, pág. 99, e de 23-2-89, CJ, tomo I, pág. 131, o Ac. da Rel. do Porto, de 23-2-89, CJ, tomo I, pág. 131, e **Pinto Furtado**, *Deliberações dos Sócios*, pág. 466. No mesmo sentido, relativamente a deliberação da direcção de uma cooperativa, cfr. o Ac. da Rel. de Lisboa, de 17-12-92, CJ, tomo V, pág. 159. E relativamente a uma deliberação da Mesa da Assembleia Geral de uma associação, o Ac. da Rel. do Porto, de 8-1-01, CJ, tomo I, pág. 175.

Outros assumem uma interpretação restritiva que limita o seu campo de aplicação às deliberações da sociedade ou que lhe possam ser imputadas, usando um argumento extraído do art. 396º do CPC, cujo texto apenas se reporta a “*deliberações da sociedade*”, apesar da respectiva epígrafe (“*Suspensão de deliberações sociais*”).⁴⁰

Na sequência dessa interpretação, a medida cautelar específica fica reservada às deliberações da sociedade tomadas em assembleia-geral (ou, quando a lei o prevê, às que tenham revestido a forma escrita) e às deliberações de outros órgãos que possam ainda ser imputadas à sociedade, por serem reflexo de competência delegada decorrente do contrato de sociedade.

Todavia, a exclusão do âmbito do procedimento específico não coarcta a possibilidade de aceder à tutela cautelar. O que sucede é que, nesse caso, deve recorrer-se ao procedimento cautelar comum, ficando a providência não especificada dependente da prova dos respectivos pressupostos, nos termos dos arts. 381º e 387º.

5.3.4 – Tradicionalmente, a providência suspensiva servia essencialmente o direito potestativo de anulação de deliberações sociais.⁴¹ Mas ainda que a esse respeito não existisse unanimidade, consideravam-se também abarcadas as deliberações afectadas por nulidade, igualmente carentes de medidas suspensivas capazes de anteciper os efeitos da sentença declaratória.⁴²

A questão encontra-se ultrapassada pela actual redacção do art. 396º, n.º 1, onde se adoptou um conceito amplo de ilegalidade susceptível de englobar tanto as deliberações contrárias à lei, como aquelas que firmam os estatutos ou o contrato de sociedade.⁴³

⁴⁰ Cfr. **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais* cit., pág. 100, **Lobo Xavier**, *Rev. de Legislação e Jurisprudência*, ano 120º, pág. 317, **Oliveira Ascensão**, *Direito Comercial*, 1992, vol. IV, pág. 302, e o Ac. da Rel. de Coimbra, de 3-12-91, CJ, tomo V, pág. 73. Anote-se ainda **Alberto dos Reis**, *CPC anot.*, vol. I, pág. 675, e o Ac. da Rel. de Lisboa, de 14-10-93, CJ, tomo IV, pág. 149.

⁴¹ Refere **Anselmo de Castro**, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. I, pág. 133, nota 1, que a suspensão de deliberações visa garantir “o direito potestativo à anulação da deliberação respectiva (acção constitutiva)”.

⁴² A nulidade pode ser de natureza formal, assente em vícios do processo, ou substancial, ligada ao conteúdo da própria deliberação.

Sobre a distinção entre anulabilidade e nulidade das deliberações sociais cfr. **Carneiro da Frada**, *Deliberações Sociais Inválidas no Novo Código das Sociedades*, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, págs. 315 a 336, e **Salinas Monteiro**, *Critério de Distinção entre a Anulabilidade e a Nulidade de Deliberações Sociais no CSC*, in *Direito e Justiça*, vol. VIII, tomo 2, 1994, págs. 211 a 259.

⁴³ Cfr. **Carlos Olavo**, CJ, 1988, tomo II, págs. 21 e segs., e o Ac. da Rel. do Porto, de 15-11-93, CJ, tomo V, pág. 208.

5.3.5 – Todavia, não se mostram superadas todas as dúvidas quando se trazem à colação outras situações de desconformidade com a lei ou com o contrato que devam configurar-se como deliberações ineficazes ou afectadas por inexistência jurídica.

Perante uma deliberação qualificada como ineficaz, designadamente por falta do consentimento exigido para o efeito, nos termos do art. 55º do CSC,⁴⁴ poder-se-ia ser tentado a rejeitar a providência cautelar, com um argumento conceptualista, assente numa aparente contradição dos próprios termos, que obstaría à suspensão de “efeitos” de uma deliberação que, por ser “ineficaz”, seria incapaz de os produzir.

Tratar-se-ia, acima de tudo, de uma construção *engenhosa*, ao gosto dos amantes dos silogismos, que, no entanto, se mostraria incapaz de satisfazer exigências reveladas pela prática no sentido de obstar à efectiva perturbação da esfera dos interessados decorrente de deliberações que, numa perspectiva puramente jurídica, são insusceptíveis de produzir qualquer resultado. Com efeito, essa constatação seria insuficiente para eliminar as consequências de ordem prática provocadas por semelhantes deliberações.

É por isso que, assentando os juízos numa base essencialmente pragmática, coerente com o papel que os instrumentos processuais devem desempenhar na resolução dos problemas da vida, tem vindo a sedimentar-se a ideia de admitir com mais latitude a figura da ineficácia deliberativa e de encontrar nas providências cautelares a energia capaz de repelir os efeitos práticos que, apesar de tudo, possam emergir da sua execução.

Contudo, não existe uniformidade acerca da identificação da providência idónea, encontrando-se a doutrina e a jurisprudência divididas entre os que advogam a inserção no *cone de sombra* da suspensão de deliberações sociais e os que, ao invés, reputam mais apropriada a cobertura genericamente consentida pelo procedimento cautelar comum.⁴⁵

⁴⁴ Como refere **Moitinho de Almeida**, *Anulação e Suspensão* cit., pág. 45, ineficazes relativamente aos sócios serão, por exemplo, as deliberações que interfiram no direito aos lucros anteriormente definidos em assembleia geral e que, por isso, já passaram a integrar a sua esfera jurídica, enquanto créditos opostos à sociedade. No mesmo local se cita **Ferrer Correia** que, a respeito de direitos creditórios ou extracorporativos, defende que “toda a deliberação social que suprima ou restrinja um desses direitos sem o consentimento do respectivo titular, deve, portanto, considerar-se *ineficaz*”. Sobre a figura da ineficácia e sua exemplificação cfr. ainda **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais* cit., pág. 123.

⁴⁵ No sentido da afirmação do procedimento específico **Pinto Furtado**, *Deliberações Sociais*, págs. 467 e 472, **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais* cit., pág. 93, **Carlos Olavo**, CJ, 1988, tomo III, pág. 21, e os Acs. do STJ, de 10-4-84, BMJ 336º/442, e de 31-10-89, BMJ 390º/418.

Lobo Xavier, na RLJ, ano 123º, pág. 376, e **Moitinho de Almeida**, *Anulação e Suspensão* cit., pág. 142, propendem para o procedimento cautelar comum.

5.3.6 – Tudo quanto se disse sobre as deliberações ineficazes pode ser transposto para o domínio das deliberações que devam ser reputadas como inexistentes, mas cuja execução, apesar disso, possa repercutir-se negativamente na esfera jurídica dos interessados.⁴⁶

5.4 – Deliberações não executadas:

5.4.1 – Para além dos efeitos antecipatórios que algumas providências cautelares comportam, a sua função primária está ligada ao impedimento de danos futuros que podem resultar de comportamentos activos ou omissivos de outrem, através da conservação da situação existente. Também à suspensão de deliberações sociais não escapa a consideração de que, mais do que restaurar provisoriamente situações pregressas, interessa prevenir danos futuros.

Esta condição negativa não se encontra expressa em qualquer norma reguladora do procedimento de suspensão. Apesar disso, a denominação específica da providência (“*suspensão*”), a par da aplicação supletiva das regras do procedimento cautelar comum e da natureza e objectivos da tutela cautelar, impõem a restrição às deliberações ainda não executadas.

Quanto às outras, ou seja, quanto às deliberações executadas antes da instauração do procedimento, a negação da providência cautelar é resultado da falta de verificação de uma condição de procedência; para as executadas integralmente entre a propositura do procedimento e a citação da requerida melhor se ajustará a figura da inutilidade superveniente da lide. Em qualquer dos casos, o resultado reconduzir-se-á à inviabilidade da pretensão.⁴⁷

5.4.2 – Mas nem sempre as circunstâncias são conformes com a formulação de um juízo reducionista a respeito das deliberações susceptíveis de suspensão. A complexidade da vida corrente afecta sobremaneira as sociedades. Daí que possam surgir situações que, escapando ao simplismo da execução imediata ou instantânea das deliberações inválidas, se projectam no tempo, através da repetição dos actos executivos ou da persistência dos seus efeitos, ou que se traduzem num encadeamento de actos que se prolongam. Pode, aliás, asseverar-se que as deliberações de execução complexa, duradoura ou de efeitos prolongados predominam sobre as que se revelam através de actos de execução instantânea.

⁴⁶ Neste sentido **Pinto Furtado**, *Deliberações Sociais*, pág. 467, contrariando a posição assumida por **Vaz Serra**, na RLJ, ano 110º, pág. 371. Nos Acs. do STJ, de 4-12-96, BMJ 462º/441, e de 4-10-96, CJSTJ, tomo III, pág. 34, defendeu-se para semelhantes situações a inserção das pretensões suspensivas no leque de providências cautelares não especificadas.

⁴⁷ Cfr. **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais* cit., pág. 107.

Como é óbvio, tratando-se de deliberações não passíveis de execução, também não se justifica a suspensão, como defende **Teixeira de Sousa**, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., pág. 241, e resulta do Ac. da Rel. de Coimbra, de 19-12-89, CJ, tomo V, pág. 64.

Por isso, mais uma vez, torna-se legítimo questionar se, relativamente ao mencionado requisito negativo, devem ponderar-se os efeitos que se vão produzindo ou repetindo, bastando a sua constatação para justificar o decretamento da medida cautelar solicitada, ou se, pelo contrário, deve usar-se um critério mais rígido e impeditivo da suspensão de deliberações que, de algum modo, já foram executadas e produziram efeitos.

5.4.3 – Como é natural, a jurisprudência e a doutrina têm respondido sem uniformidade a esta questão.

Apesar das divergências que continuam a notar-se,⁴⁸ parece avolumar-se o número dos arestos que, privilegiando a função instrumental do direito, como sistema que deve responder às exigências da vida, dão maior realce aos efeitos práticos, para justificar a utilidade da medida, ainda que restrita aos eventos futuros.

Isso permite formular a conclusão de que a suspensão da deliberação social não deve entender-se no seu sentido mais restrito, como simples impedimento da actividade dos órgãos sociais destinada a executá-la, antes deve estender-se à paralisação dos efeitos jurídicos que seja susceptível de produzir.⁴⁹

⁴⁸ Atendendo apenas aos efeitos típicos ou imediatos, considerou-se ser inviável suspender os efeitos da deliberação que elegeu os corpos sociais (Ac. da Rel. de Coimbra, de 20-10-87, CJ, tomo IV, pág. 82), da que determinou a exoneração de um sócio (Ac. da Rel. de Coimbra, de 1-6-82, CJ, tomo III, pág. 45) ou da que motivou a suspensão de um sócio (Ac. da Rel. de Coimbra, de 26-10-99, CJ, tomo IV, pág. 42). Nega ainda a possibilidade de suspender os efeitos **Rodrigues Bastos**, *Notas ao CPC*, II vol., 3ª ed., pág. 181.

⁴⁹ Neste sentido **Pinto Furtado**, *Deliberações Sociais*, pág. 478, **Pereira de Almeida**, *Sociedades Comerciais*, pág. 93, **Teixeira de Sousa**, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., pág. 241, **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 88, **Carlos Olavo**, CJ, 1998, tomo III, pág. 31, e **Soveral Martins**, *ROA*, ano 58º, pág. 1384.

Também **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais* cit., pág. 109, depois de indicar como exemplo de deliberação de execução imediata, sem efeitos reflexos, a que se traduza na atribuição de uma gratificação que já tenha sido paga ao beneficiário, apresenta como exemplos de situações inversas, que continuam a justificar a suspensão, a deliberação de aumento da remuneração mensal dos membros dos órgãos sociais, a deliberação de privação de rendimentos decorrente da destituição de gerente ou aquela de que resultem efeitos desprestigiantes no nome da sociedade.

Segundo a tese mais corrente, podem ser suspensas as deliberações de execução contínua ou permanente ou que, apesar de executadas através de acto único, continuem a produzir efeitos (Ac. do STJ, de 12-11-87, BMJ 371º/378). O mesmo sucede com as deliberações que, apesar de terem sido imediatamente executadas, perdurem no tempo, sendo causa de dano apreciável, como sucede com a eleição de membros dos órgãos sociais (Ac. da Rel. do Porto, de 12-2-96, CJ, tomo I, pág. 219).

A mesma solução já foi adoptada para as seguintes situações:

- Destituição de gerente ou de administrador (Acs. do STJ, de 16-5-95, CJSTJ, tomo II, pág. 85, e de 29-6-93, CJSTJ, tomo II, pág. 169, Ac. da Rel. de Lisboa, de 23-1-96, CJ, tomo I, pág. 100, e Acs. da Rel. do Porto, de 26-1-78, CJ, tomo I, pág. 147, e de 18-4-94, BMJ 436º/445);
- Proclamação de uma lista vencedora em eleições para os órgãos sociais, mesmo que empossados (Ac. da Rel. do Porto, de 23-5-89, CJ, tomo III, pág. 206);
- Amortização da quota ainda não concretizada (Ac. da Rel. do Porto, de 15-6-93, BMJ 428º/682);
- Destituição de gerente ainda não registada (Ac. do STJ de 6-6-91, BMJ 408º/445);

Nesta base, enquanto não estiver totalmente executada ou enquanto se protraírem no tempo os respectivos efeitos, directos, laterais, secundários ou reflexos, suficientemente graves para serem causadores de dano apreciável, será viável obter a suspensão da sua execução através da específica providência criada pelo legislador.

6 – PRAZO:

6.1 – Prevê a lei um prazo de 10 dias para a instauração do procedimento cautelar. Juntamente com o embargo de obra nova, é este um dos poucos casos em que, independentemente do exercício do direito subjectivo através da acção principal, se estabelece um prazo específico para solicitação da tutela cautelar.

As razões ligadas à suspensão de deliberações são de fácil apreensão. Com efeito, nas sociedades (e nas restantes entidades abarcadas), as deliberações constituem o modo privilegiado de formação e de exteriorização da vontade, dependendo da sua execução a gestão dos assuntos que interessam às respectivas actividades. O excessivo arrastamento de questões ligadas à regularidade formal ou substancial das deliberações, motivado pela falta de previsão de um prazo de actuação ou pela sujeição ao prazo eventualmente previsto para o exercício do direito potestativo através da acção principal, suscitaria uma instabilidade incompatível com a natureza e objectivos que tais entidades prosseguem.

Daí toda a conveniência em abreviar a resolução de litígios atinentes às deliberações sociais. Para além de se estabelecer um curto prazo de caducidade para a instauração da acção de anulação de deliberação, reduziu-se, até aos limites do razoável, o prazo para ser requerida a suspensão das deliberações.

A redução é ainda justificada pelos efeitos que andam associados à citação da pessoa colectiva, nos termos do art. 397º, n.º 3.

6.2 – Não tem sido questionada a natureza do prazo para instauração do procedimento. Malgrado estar previsto na lei adjetiva, é seguro que se trata de um prazo de caducidade,⁵⁰ cujo decurso determina a extinção do direito de acção cautelar, sem prejuízo da manutenção do direito a fazer valer na acção principal.

- Designação de nova administração e prática dos “actos que encontrem o seu fundamento na deliberação” (**Soveral Martins**, *Rev. da Ordem dos Advogados*, ano 58º, pág. 1384).

Sobre a matéria cfr. ainda os pareceres de **Ribeiro Mendes** e **Antunes Varela**, CJ, 1990, tomo I, respectivamente, a págs. 57 e segs. e 72 e segs.

⁵⁰ Afirmando a natureza substantiva do prazo **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 92, **Rodrigues Bastos**, *Notas ao CPC*, vol. II, 3ª ed., pág. 181, o Ac. do STJ, 26-2-91, BMJ 404º/381, os Acs. da Rel. de Lisboa, de 22-2-96, CJ, tomo I, pág. 124, e de 29-7-82, BMJ 325º/602, os Acs. da Rel. de Coimbra, de 2-3-99, CJ, tomo II, pág. 13, de 26-1-88, CJ, tomo I, pág. 70, e de 7-7-87, BMJ 369º/617, e o Ac. da Rel. do Porto, de 3-6-82, CJ, tomo III, pág. 325.

Antes da recente alteração do art. 144º do CPC, entendia-se que, tendo tal prazo natureza substantiva e não existindo para a sua contagem regra diversa da que constava do art. 279º do CC, era esta a norma que deveria aplicar-se, de onde derivava a contagem seguida, sem interrupção em período de férias judiciais.⁵¹ Porém, aquele preceito foi modificado e, nos termos da nova redacção do art. 144º, n.º 4, do CPC, o critério adoptado relativamente à contagem dos prazos judiciais foi estendido aos “*prazos de propositura de acções*” previstas no CPC.

Deste modo, a partir da reforma do processo civil, conquanto se mantenha a natureza substantiva do prazo e a sua sujeição ao regime da caducidade constante do CC, a sua contagem está sujeita ao disposto no art. 144º do CPC.⁵²

Considerando que se trata de acto a praticar em processo que, de acordo com o art. 382º, n.º 1, é qualificado como urgente, o mencionado prazo não se suspenderá em período de férias judiciais, atento o disposto no n.º 1 do art. 144º.⁵³

6.3 – Objectar-se-á, porventura, que os procedimentos, *maxime* os que tendem a obter a suspensão das deliberações, não são verdadeiras “*acções*”,⁵⁴ antes constituem meios processuais acessórios, estando afastados do âmbito de aplicação do art. 144º, n.º 4, do CPC, que apenas às acções previstas nesse Código se reporta.

⁵¹ Neste sentido **Pinto Furtado**, *Deliberações Sociais*, pág. 497, **Moitinho de Almeida**, *Anulação e Suspensão* cit., pág. 141, **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais* cit., pág. 105, citando ainda o Ac. da Rel. de Lisboa, de 11-10-83, CJ, tomo IV, pág. 123, e o Ac. da Rel. de Coimbra, de 26-1-88, CJ, tomo I, pág. 70.

⁵² No mesmo sentido **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 92.

⁵³ Neste sentido **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. I, pág. 249, e vol. II, pág. 92, tese contrária à assumida no Ac. da Rel. de Coimbra, de 2-3-99, CJ, tomo II, pág. 13, e no Ac. do STJ, de 26-6-01 (Rel. Armando Lourenço).

A sequência do prazo em período de férias judiciais encontra plena justificação na necessidade de impedir o arrastamento excessivo de situações litigiosas susceptível de perturbar seriamente a actividade da pessoa colectiva.

⁵⁴ Isso não impediu **Moitinho de Almeida** de qualificar os procedimentos cautelares como verdadeiras acções (*Anulação e Suspensão* cit., pág. 149).

A indefinição terminológica encontra alguma justificação no Preâmbulo do Dec. Lei nº 329-A/95, onde se alude à “*acção cautelar geral*”. É ainda evidenciada pela leitura de diferentes normas atinentes à providência de suspensão de deliberações sociais: as do arts. 168º, nº 5, 2ª parte, do CSC, e 89º, nº 1, al. d), da LOFTJ, que aludem a “*acções de suspensão de ... deliberações*”, e a do art. 9º, al. e), do Código de Registo Comercial, que estabelece a diferença entre “*acções de declaração de nulidade ou anulação de deliberações sociais*” e os “*procedimentos cautelares de suspensão destas*”.

Perante tão evidente falta de critério, parece mais acertado que o intérprete não extraia daí ilações que determinem a inaplicabilidade aos procedimentos cautelares do regime prescrito pelo art. 144º do CPC. O que parece ganhar relevo, numa perspectiva racional, mais profunda do que a fundada em argumentos de cariz meramente formal, é que os motivos que determinaram a opção do legislador tanto servem para as acções como para os mencionados instrumentos processuais acessórios. Neste sentido **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 92.

Apesar de algum apoio que esta objecção poderá encontrar no elemento literal, cremos que não se mostra suficiente para imputar ao legislador a intenção de excluir da norma em causa os prazos legais de propositura de procedimentos cautelares.⁵⁵

6.4 – Consideramos extensiva ao prazo referido a prorrogação automática prevista no art. 145º, com base em argumentos idênticos aos que utilizámos para os prazos a que se reporta o art. 389º.

6.5 – O *dies a quo* depende das circunstâncias.

O prazo contar-se-á a partir da data da realização da assembleia, se o sócio tiver sido regularmente convocado. Não o tendo sido, será contado a partir do conhecimento da deliberação, nos termos do n.º 3 do art. 396º.⁵⁶

Atenta a redacção do preceito, o que interessa para o início de contagem do prazo é o conhecimento da deliberação, independentemente do conhecimento do respectivo processo formativo.⁵⁷

Quanto ao ónus da prova do decurso do prazo, é de aplicar a regra geral do art. 343º, n.º 2, do CC, que o faz recair sobre a requerida, tanto nos casos em que tenha existido convocação regular como na situação inversa.⁵⁸

7 – PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS:

7.1 – Em regra, existe coincidência entre o critério de aferição do pressuposto processual da legitimidade activa para as providências e para as acções, o que está de acordo com o nexo de dependência entre um e outro dos meios processuais.

⁵⁵ É claro que não se põe em dúvida a sua aplicabilidade ao prazo para propositura da acção previsto no art. 389º, na sequência do deferimento da providência.

⁵⁶ Cfr. o Ac. da Rel. de Lisboa, de 22-11-90, CJ, tomo V, pág. 121, e **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 92.

No entanto, no Ac. da Rel. de Coimbra, de 28-4-98, BMJ 476º/499, considerou-se que, recusando o sócio o recebimento da carta remetida para a sua convocação, o prazo dever-se-ia contar a partir da data da realização da assembleia, e não do conhecimento do conteúdo da deliberação.

O mesmo se concluiu para uma situação em que o sócio, devidamente convocado, compareceu na assembleia de onde posteriormente se ausentou (Ac. da Rel. de Lisboa, de 22-2-96, CJ, tomo I, pág. 124).

⁵⁷ Cfr. o Ac. da Rel. de Lisboa, de 13-1-94, CJ, tomo I, pág. 88.

⁵⁸ Neste sentido **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 92, e o Ac. da Rel. de Lisboa, de 13-1-94, CJ, tomo I, pág. 88, solução que é rejeitada por **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais cit.*, pág. 106, e pelo Ac. da Rel. de Coimbra, de 23-3-93, CJ, tomo II, pág. 19.

Cremos que não existem razões para distinguir qualquer das situações, além de que a requerida estará em melhores condições para provar a regularidade da convocação (facto positivo), do que o requerente no que concerne à prova da irregularidade ou da falta de convocação (facto negativo).

No entanto, ao nível das deliberações sociais, essa regra não foi inteiramente acatada. A declaração de nulidade pode ser obtida mediante solicitação de qualquer interessado directo, seja ou não sócio. Por seu lado, a anulabilidade pode ser arguida pelos sócios que não tenham votado favoravelmente a deliberação e pelo órgão de fiscalização, nos termos do art. 59º do CSC. Já para a instauração do procedimento cautelar impõe a lei a qualidade de sócio, nos termos do art. 396º, n.º 1, do CPC.⁵⁹

Para quem não detenha essa qualidade e pretenda, ainda assim, impugnar a deliberação prejudicial restará o recurso ao procedimento cautelar comum, verificados que sejam os respectivos requisitos.⁶⁰

A legitimidade passiva para a acção ou para a suspensão pertence unicamente à sociedade, atento o disposto no art. 60º, n.º 1, do CSC.

7.2 – Quanto à competência internacional, deve ter-se em consideração que cabe exclusivamente aos tribunais nacionais a apreciação da validade das deliberações sociais de pessoas colectivas ou sociedades sediadas em território nacional, nos termos do art. 65º-A, al. c), do CPC.

⁵⁹ Ainda que tenha simultaneamente a qualidade de gerente, como se decidiu no Ac. da Rel. de Évora, de 9-12-88, BMJ 382º/548; e mesmo que, face à lei ou aos estatutos, não seja conferido ao sócio direito de voto, como se decidiu no Ac. do STJ, de 20-5-97, CJSTJ, tomo II, pág. 99. Neste aresto entendeu-se também que deveria existir actualidade relativamente à qualidade de sócio.

A respeito ainda da legitimidade singular afirma **Pinto Furtado** que “é unicamente preciso ser sócio para poder requerer o *procedimento cautelar*, seja qual for a sua participação no *capital social* e tenha ou não *direito de voto*, seja sócio de *capital* ou um simples sócio de *indústria*” (*Deliberações Sociais*, pág. 497). Mais adiante (com a concordância de **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 90) admite a coincidência entre a legitimidade activa para qualquer acção e para o procedimento de suspensão, conferindo legitimidade a terceiros quando as providências tenham por objecto deliberações afectadas por nulidade (págs. 501 e 502)

A qualidade de sócio é imposta como factor legitimador na interpretação de **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais* cit., pág. 90, embora admita situações de legitimidade plural, como sucede com participação integrada em herança indivisa ou na contitularidade de diversos sujeitos. A admissibilidade incidental para efeitos de suprir a ilegitimidade litisconsorcial foi defendida no Ac. do STJ, de 8-11-88, BMJ 381º/701, e, com limitações, no Ac. da Rel. do Porto, de 20-12-90, CJ, tomo V, pág. 217. Já **Pinto Furtado** admite a intervenção individual de cada um dos herdeiros ou de um representante comum, que pode ser o cabeça-de-casal (*Deliberações Sociais* cit., pág. 500).

Sobre a matéria cfr. **Rodrigues Bastos**, *Notas ao CPC*, vol. II, 3ª ed., pág. 180.

⁶⁰ Assim sucederá quando o gerente ou o administrador, que não detenha a qualidade de sócio, pretenda atacar a deliberação da sua destituição de gerente, como refere **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais* cit., pág. 91.

Sem embargo da competência material atribuída aos tribunais de comércio, nos termos do art. 89º, n.º 1, al. d), da LOFTJ,⁶¹ a apreciação das situações caberá aos tribunais de competência genérica ou aos tribunais especialmente adstritos às matérias de direito civil e comercial.

Por fim, a competência territorial resulta da aplicação do art. 83º, n.º 1, al. c), do CPC, pertencendo ao tribunal onde deva ser instaurada a acção, por seu lado, dependente do disposto no art. 86º (sede da administração principal).

8 – TRAMITAÇÃO:

8.1 – No que concerne aos requisitos formais, cumpre apenas realçar a necessidade de apresentação de cópia da acta (ou de documento que a substitua) da assembleia em que tenha sido tomada a deliberação inválida.⁶²

O valor do procedimento rege-se pelo disposto no art. 313º, n.º 3, al. c), correspondente ao valor do dano, sendo de notar que o requerente não poderá deixar de alegar factos de onde possa concluir-se que a execução da deliberação lhe causará “*dano apreciável*”. Se o dano invocado não se mostrar quantificável, designadamente por se traduzir na violação de interesses de natureza não patrimonial, haverá que recorrer a outro critério, *maxime* ao resultante do art. 312º.⁶³

8.2 – A causa de pedir será integrada pelos factos de cujo apuramento sumário o tribunal possa concluir, com o grau de probabilidade necessário, pela verificação dos requisitos legais da providência de suspensão.

Para além da justificação da qualidade de sócio, cumpre ao requerente alegar o conteúdo da deliberação, as razões da sua invalidade e os factos de onde resulte o perigo de ocorrência de dano apreciável provavelmente causado pela futura execução da deliberação.

⁶¹ Cfr. o Ac. da Rel. do Porto, de 23-10-00, CJ, tomo IV, pág. 221.

No Ac. da Rel. do Porto, de 24-5-01, CJ, tomo III, pág. 204, tal como no Ac. do STJ, de 5-2-02, CJSTJ, tomo I, pág. 68, considerou-se que os tribunais de comércio são incompetentes para conhecer da providência de suspensão das deliberações tomadas por cooperativas, tese que, relativamente a deliberação adoptada por associação de natureza desportiva, foi assumida pelo STJ em aresto publicado na ROA, ano 62º, pág. 201.

⁶² Ainda que a acta apenas tenha sido assinada pelo presidente da assembleia geral, como se decidiu no Ac. da Rel. de Lisboa, de 3-10-95, CJ, tomo IV, pág. 99.

⁶³ A par do valor processual, pode ser ainda autonomizado o valor tributário aferido através do “*interesse patrimonial prosseguido*”, mas nunca inferior a 40 UC (art. 7º, al. c), do Cód. de Custas Judiciais).

8.3 – O pedido a formular corresponde à qualificação da providência e traduz-se na suspensão dos efeitos da deliberação não executada ou não integralmente executada.

A infungibilidade da prestação de facto negativo correspondente à paralisação da execução da deliberação inválida pode justificar a formulação de um pedido acessório de condenação no pagamento de sanção pecuniária compulsória, nos termos do art. 384º, n.º 2.

8.4 – Cumpre ao juiz avaliar, face aos elementos revelados pelos autos, em que medida deve ou não ser respeitado o contraditório prévio, atentos os factores previstos no art. 385º, n.º 1.

Na maior parte das situações justificar-se-á a audiência, susceptível de introduzir na decisão final um factor que lhe confere maior segurança. Outras vezes, a audiência necessária será corolário da alegação da falta de cópia da acta, documento que se mostra necessário para a prova da existência e conteúdo da deliberação alegadamente viciada. Por fim, determinadas situações podem ser prevenidas pelo efeito que, nos termos do n.º 3, anda associado à realização da citação.

Ainda assim, não está de todo em todo afastado um quadro factual, ainda que residual, em que só uma actuação imediata do Tribunal é susceptível de eliminar o grave risco que possa resultar da natural ou anormal demora na concretização da citação.

8.5 – Consoante as circunstâncias, assim serão os meios de defesa a utilizar, podendo passar pela impugnação da qualidade de sócio, negação da invalidade da deliberação, arguição da caducidade do direito de suspensão ou de anulação, alegação de que a deliberação já se encontra totalmente executada ou de que da sua execução não emergem danos apreciáveis, invocação da existência de deliberação renovatória que tenha suprido eventuais irregularidades da anterior, etc.

Com especial relevo, para efeitos de indeferimento da medida cautelar, tem a sociedade o ónus de alegar que a suspensão comporta prejuízos quantitativa ou qualitativamente superiores àqueles que se pretendem esconjurar.

8.6 – Como efeito especialmente associado à citação, uma vez efectuada esta diligência, não é lícito à sociedade executar a deliberação (ou aquilo que da mesma falte executar), nos termos do art. 397º, n.º 3.

Trata-se de uma solução que foi introduzida na reforma de 1961, sob o pretexto de se evitarem situações de inutilidade superveniente decorrente da execução

integral das deliberações, malgrado a pendência do procedimento de suspensão. Com tal medida se procurou satisfazer uma exigência directamente ligada ao *periculum in mora* que só a execução da decisão cautelar, em regra, permite salvaguardar.

Discutem-se na doutrina os efeitos emergentes da citação: ineficácia da execução da deliberação ou sujeição do órgão executivo à responsabilidade civil. As teses são, respectivamente, encabeçadas por Pinto Furtado e por Lobo Xavier, e a controvérsia tem-se estendido à jurisprudência.⁶⁴

Note-se que houve uma modificação legislativa quanto à perduração do efeito acessório da citação. Diversamente do que resultava da anterior redacção, o impedimento à execução da deliberação cessa com a prolação da decisão em primeira instância, em vez de aguardar pelo respectivo trânsito em julgado.

Assim, sendo deferida a providência, o efeito pré-cautelar derivado da citação é substituído pelo emergente da decisão, ainda que não transitada em julgado. Ao invés, mostrando-se aquela desfavorável ao requerente, ainda que este interponha recurso, deixará de subsistir a limitação executiva, ficando a sociedade com liberdade de movimentos a esse respeito.

Com tal modificação legal pretendeu o legislador obviar a que o simples facto de ser intentado um procedimento cautelar provocasse o arrastamento irrazoável da eficácia inibitória, procurando, por esta via, uma razoável compatibilização dos interesses contrapostos.⁶⁵

8.7 – Se, porventura, a deliberação tiver sido executada depois de requerida a suspensão e antes de a sociedade ter sido citada, verificar-se-á a inutilidade superveniente da lide e a consequente extinção da instância cautelar, atenta a inviabilidade da suspensão de efeitos já produzidos.⁶⁶

⁶⁴ A solução defendida por **Pinto Furtado**, *Deliberações dos Sócios*, pág. 503, e por **Oliveira Ascensão**, *Lições de Direito Comercial*, vol. IV, pág. 304, foi a seguida no Ac. do STJ, de 11-10-95, CJSTJ, tomo III, pág. 60, no Ac. da Rel. de Coimbra, de 26-1-93, CJ, tomo I, pág. 26, e no Ac. da Rel. de Lisboa, de 22-11-90, CJ, tomo V, pág. 125.

Aderindo à tese de **Lobo Xavier**, defendida na *Rev. de Direito e Estudos Sociais*, ano XII, págs. 276 e segs., cfr. **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 96, **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais cit.*, pág. 112, e o Ac. da Rel. do Porto, de 28-7-83, CJ, tomo IV, pág. 235.

⁶⁵ Sobre os efeitos da suspensão em relação a terceiros de boa fé, cfr. **Soveral Martins**, *ROA*, ano 58º, págs. 1385 e segs.

⁶⁶ Neste sentido cfr. o Ac. da Rel. de Coimbra, de 30-11-99 (inédito, relatado por Nuno Cameira).

9 – PRODUÇÃO DE PROVA:

9.1 – Antes da reforma do processo civil, resultava do art. 397º, n.º 3, que deveriam realizar-se as diligências de prova consideradas “*indispensáveis*”.

Tal expressão foi retirada da regulamentação da suspensão de deliberações, o que permite concluir que o juiz se deve orientar pelo critério genericamente definido no art. 386º, n.º 1, tendo em consideração que o objectivo da actividade jurisdicional é a formulação dos juízos de probabilidade e de suficiência previstos no art. 387º, n.º 1.

Malgrado a natural complexidade de algumas das questões que podem suscitar-se em matéria de apreciação da validade de deliberações sociais, não se pode correr o risco de importar para o procedimento toda a actividade instrutória que deva ser realizada no âmbito da acção principal.

À semelhança da generalidade dos procedimentos, impõe-se a adopção de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade quanto ao nível quantitativo e qualitativo das diligências, que podem desembocar no afastamento das que, embora potenciadoras de um mais elevado grau de segurança, determinem uma demora irrazoável do procedimento.

9.2 – Não existe qualquer restrição quanto aos meios probatórios, embora, como é natural, ganhe relevo a prova documental, designadamente a necessária a comprovar o teor da deliberação, a qualidade de sócio, o conteúdo do pacto social e as formalidades que antecederam a realização da assembleia onde a deliberação foi tomada, ou as provas ligadas à demonstração dos danos que se pretendem acautelar ou aos reflexos negativos que podem emergir da deliberação.

9.3 – Neste contexto, a acta constitui um elemento probatório fundamental.

O legislador, prevendo e prevenindo a impossibilidade ou a dificuldade da sua comprovação, impulsionou, por duas vias, a colaboração da sociedade:

- Atribuiu ao sócio o direito de, num curto prazo de 24 horas, obter o fornecimento de uma cópia (art. 396º, n.º 2);
- Perante uma eventual recusa, previu ainda a possibilidade de a sociedade ser citada com a especial cominação constante do n.º 1 do art. 397º, ou seja, de que a apresentação desse documento constitui condição da aceitação do articulado de contestação (art. 397º, n.º 1).⁶⁷

⁶⁷ Decidiu-se no Ac. da Rel. de Coimbra, de 23-4-85, CJ, tomo II, pág. 61, que a cominação deve expressamente reportar-se ao efeitos derivados do incumprimento da obrigação de junção de cópia da acta, não bastando a simples entrega do duplicado da petição. No mesmo sentido **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 93.

9.4 – Este regime melhor se compreende quando lhe associamos normas consignadas no Código das Sociedades Comerciais ligadas ao relevo jurídico da acta.

De acordo com o disposto no art. 63º desse diploma, as deliberações apenas podem provar-se através das actas ou, quando admitidas as deliberações por escrito, através dos documentos que as contenham.

Estamos perante formalidades *ad probationem* (diz a lei que as deliberações “só podem provar-se”)⁶⁸ e não *ad substantiam*. Isso determina reflexos ao nível dos meios de prova substitutivos, uma vez que as últimas rejeitam outro género de prova que não tenha valor superior, ao passo que as primeiras admitem a substituição por confissão, nos termos do art. 364º, n.º 2, do CC.

No entanto, não existe plena compatibilidade entre o rigor formal resultante das normas de direito substantivo e o regime de direito processual, o que pode gerar uma situação de impasse quando a sociedade, apesar de intimada para comprovar a acta da assembleia, não coopere.

Na verdade, como conciliar a exigência formal da acta com os efeitos que resultam da sua não exibição? Ou seja, como poderá o requerente ver satisfeita a sua pretensão, se não lhe for possível obter documento comprovativo da deliberação e se a sociedade, malgrado a especial cominação, se recusar a entregar cópia da acta?

9.5 – Antes da revisão do CPC a questão obtinha resposta directa na letra do art. 397º, segundo o qual a falta de apresentação da acta implicava, para a sociedade, o efeito cominatório pleno, ou seja, o imediato decretamento da suspensão, sem necessidade de outras diligências.

Tal solução foi modificada. Continuando a prever-se a rejeição da contestação, a situação em que agora fica a sociedade reconduz-se apenas ao efeito cominatório semi-pleno, nos termos da regra geral do art. 385º, n.º 4.

Ora, tratando-se de factos que exigem a apresentação de prova documental, constata-se que a situação de revelia é insuficiente para considerar assentes os factos respectivos, nos termos dos arts. 484º e 485º, al. d). Quer tenha sido omitida a contestação, quer tenha sido recusado o seu recebimento por falta de

⁶⁸ Cfr. **Pinto Furtado**, *Deliberações Sociais*, pág. 661, **Pereira de Almeida**, *Sociedades Comerciais*, pág. 82, o Ac. do STJ, de 15-2-00, CJSTJ, tomo I, pág. 101, e o Ac. da Rel. de Coimbra, de 23-3-93, CJ, tomo II, pág. 19, diversamente do que resulta do Ac. da Rel. de Coimbra, de 14-4-93, BMJ 426º/542.

apresentação da acta, a tarefa de integração jurídica da matéria de facto está sempre dificultada pela ausência de prova do conteúdo da deliberação impugnada.

9.6 – Não se mostra fácil *desfazer o nó* formado pelas disposições legais mencionadas. Mas, a par disso, não pode deixar de se observar que a falta de colaboração da requerida, que coloque o requerente numa situação de impasse, não deve reverter contra este, que pretende a suspensão de uma deliberação, antes contra aquela que, contra os ditames processuais, dificulta o desenlace do caso.

Naturalmente, não poderão ser razões desta estirpe a motivar uma decisão prejudicial ao requerente que, sem culpa sua, se visse impedido de provar documentalmente factos de que o tribunal carecesse para apreciar a sua pretensão cautelar.

Reportando-se a igual problema surgido no âmbito da acção principal, Pinto Furtado defende que a norma do art. 63º, n.º 1, do CSC, deve compatibilizar-se com a do art. 59º, n.º 4, do mesmo diploma. Assim, em último caso, admite que a acção seja decidida sem junção aos autos da acta integradora da deliberação, quando a sociedade, apesar de notificada para a sua junção, não a apresentar. Conclui que a acta será indispensável para demonstrar a validade ou a eficácia da deliberação, mas que será uma mera formalidade *ad probationem* quando se pretenda o efeito inverso.⁶⁹

Concordando inteiramente com esta tese, não podemos deixar de observar, no entanto, que se mostra ainda insuficiente para resolver satisfatoriamente as dificuldades assinaladas quanto ao procedimento cautelar.

Como se disse, apesar de ser correcta a sua qualificação como formalidade *ad probationem*, verifica-se que a simples confissão ficta ou tácita emergente da situação de revelia não é capaz de superar a falta do documento, a exigir, nos termos do art. 364º, n.º 2, do CC, a confissão expressa, judicial ou extrajudicial.

9.7 – A solução que propugnamos, em sede do procedimento cautelar, passa por considerar que a falta de apresentação da acta por parte da sociedade determina uma situação de impossibilidade prática no que respeita à prova da deliberação cuja execução se pretenda suspender.

Assim, independentemente das consequências jurídico-processuais que possam emergir da aplicação do disposto no art. 519º, n.º 2, do CPC, sendo exclusivamente

⁶⁹ *Deliberações Sociais*, pág. 674.

imputável à requerida a situação que se traduz numa impossibilidade de prova, deve considerar-se invertido o ónus da prova, nos termos do art. 344º, n.º 2, do CC, assumindo-se a existência da deliberação social nos termos configurados pelo requerente, restando ao juiz proceder à respectiva subsunção normativa.⁷⁰

10 – DECISÃO

10.1 – A decisão apenas será proferida depois de documentalmente demonstrado o pedido de registo da providência na competente conservatória.

As regras do registo comercial e os interesses de publicitação que lhes subjazem, nomeadamente em relação a terceiros, justificaram a aposição desta especial condição à emissão da decisão de suspensão da deliberação, nos termos do art. 168º, n.º 5, do CSC, e do art. 15º, n.º 4, *in fine*, do CRC.⁷¹

10.2 – Já anteriormente fizemos referência à delimitação objectiva do procedimento, tendo em conta os vícios das deliberações que podem determinar a respectiva suspensão preventiva (*supra*, 21.3).

Quer o art. 396º, n.º 1, quer o art. 397º, n.º 2, referem-se às deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato, abarcando, em primeira linha, as deliberações nulas ou anuláveis, mas consentindo na sua extensão às deliberações ineficazes ou afectadas de inexistência jurídica. Ponto é que, a esse respeito, possa verificar-se a existência do pressuposto conatural das providências, isto é, o *fumus boni juris*, correspondente, no caso, à probabilidade da verificação de um desses vícios.⁷²

10.3 – Quanto ao *periculum in mora*, supõe a lei a verificação, em termos de probabilidade, do perigo de ocorrência de dano apreciável decorrente da execução da deliberação inválida.

Dentro da *paleta de cores* que o legislador utilizou para configurar, em abstracto, as situações da vida real carentes de tutela cautelar, considerou desnecessário que se evidenciem danos irreparáveis ou de difícil reparação, como sucede no

⁷⁰ Trata-se de uma solução a que também adere **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 94.

⁷¹ Sobre a matéria do registo do procedimento e da acção cfr. o Ac. do STJ, de 11-10-95, CJSTJ, tomo III, pág. 60. E sobre a justificação do interesse do registo do procedimento instaurado e da subsequente decisão de suspensão da deliberação nas relações com terceiros de boa fé cfr. **Soveral Martins**, *ROA*, ano 58º, págs. 1385 e segs.

⁷² Cfr. **Alberto dos Reis**, *CPC anot.*, vol. I, pág. 678. No Ac. do STJ, de 11-1-01 (Rel. Araújo de Barros), aponta-se para um juízo de certeza ou, ao menos, de probabilidade muito forte quanto à verificação do vício que justifica a providência suspensiva.

procedimento cautelar comum. Mas, ao contrário do que ocorre com outros procedimentos, não prescindiu da demonstração, em concreto, de um certo perigo de ocorrência de consequências prejudiciais. Ou seja, não dispensou a verificação de danos, nem presumiu a sua existência, antes impôs ao requerente o ónus de convencer o tribunal de que a suspensão da deliberação é condição essencial para impedir a verificação de um “*dano apreciável*”.⁷³

Esta expressão integra um conceito indeterminado, carecido de densificação através da alegação e prova de factos de onde possa extrair-se que a execução do deliberado no seio da pessoa colectiva acarretará um prejuízo significativo, de importância relevante, muito longe dos danos irrisórios ou insignificantes, embora sem se confundir com as situações de irrecuperabilidade ou de grave danosidade.

O modo como está architectada a suspensão de deliberações sociais revela que o legislador pretendeu compatibilizar os interesses contrapostos do requerente e da sociedade requerida: aquele a exigir a suspensão da deliberação, invocando o risco de ocorrência de dano apreciável; esta a reclamar a menor interferência jurisdicional na sua actividade, de modo a evitar a suspensão de deliberações quando, apesar de feridas de algum dos vícios atendíveis, os efeitos da suspensão sejam superiores aos da execução.⁷⁴

Como factor impeditivo da providência não se exige, como no procedimento cautelar comum, um excesso “*considerável*” entre o prejuízo decorrente do seu decretamento e aquele que se pretende esconjurar (art. 387º, n.º 2); basta que aquele seja “*superior*”.⁷⁵

⁷³ “*Dano apreciável*” não se confunde com “*dano irreparável*” ou “*dano de difícil reparação*” (Teixeira de Sousa, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, pág. 240, Lebre de Freitas, *CPC anot.*, vol. II, pág. 91, e Alberto dos Reis, *CPC anot.*, vol. I, pág. 675, e os Acs. da Rel. do Porto, de 15-11-93, CJ, tomo V, pág. 208, e de 23-5-89, CJ, tomo III, pág. 206).

Segundo o Ac. do STJ, de 25-6-98 (Rel. Lúcio Teixeira), “o art. 396º do CPC satisfaz-se com o *dano apreciável* para a depreciação das deliberações sociais, demonstrada que esteja a aparência do direito a proteger. *Dano apreciável* é o dano visível, de aparente dignidade, estimável; *dano irreparável* é o dano incompensável. Não se tendo demonstrado factos susceptíveis de integrar o requisito *dano* e, consequentemente, não havendo dano provado, é absurdo ponderar se ele é *apreciável* ou não, se ele é *reparável* ou *irreparável*”.

E de acordo com o Ac. do STJ, de 16-3-99 (Rel. Aragão Seia), “na providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, a regra é a suspensão da deliberação que, por ilegal, corre o risco de, na acção, vir a ser declarada nula ou anulada - o que contém implícita a existência de prejuízo. Porém, só quando o prejuízo decorrente da suspensão for superior ao prejuízo advindo da execução da deliberação ilegal (prejuízo que deve ser apreciável e certo ou, pelo menos, muito fortemente provável) é que esta permanecerá eficaz enquanto não for declarada nula” – *www.dgsi.pt*.

⁷⁴ Pretende-se compatibilizar o funcionamento normal da sociedade e a segurança jurídica com o direito de impugnação, como se decidiu no Ac. da Rel. de Lisboa, de 28-10-93, CJ, tomo V, pág. 103.

⁷⁵ Cfr. Lebre de Freitas, *CPC anot.*, vol. II, pág. 95, e o Ac. da Rel. do Porto, de 26-1-78, CJ, tomo I, pág. 147.

É este um dos segmentos do quadro normativo regulador da providência que o legislador deixou em aberto, conferindo aos tribunais o poder de integração casuística, a partir da análise das situações concretas da vida real, de acordo com padrões de razoabilidade.

É claro que, atribuindo prioridade a critérios de natureza objectiva, não está eliminada a necessidade de ponderar os efeitos que, em concreto, podem ser provocados na esfera jurídica do interessado. Por exemplo, circunscrevendo-nos apenas aos danos de natureza patrimonial causalmente imputáveis a uma deliberação inválida, será diverso o reflexo na esfera jurídica do interessado consoante a respectiva capacidade económica ou financeira para absorver as consequências resultantes da deliberação durante o período de pendência da acção.

Na avaliação da natureza do dano deve ser usado um critério de verosimilhança semelhante ao que vigora para o procedimento cautelar comum.⁷⁶

10.4 – Os danos serão normalmente de natureza patrimonial.

Mas a suspensão de deliberações não está delimitada pela patrimonialidade da situação de perigo, como sucede com o arresto, com o embargo de obra nova ou com o arrolamento.

Assim, não está excluída a suspensão de deliberações para evitar danos de outra natureza que possam ser provocados na esfera jurídica do requerente ou da sociedade.⁷⁷

Quer na perspectiva do sócio requerente, quer na da sociedade cujos interesses se pretendam acautelar com a suspensão da deliberação podem, por vezes, sobrelevar os danos de natureza não patrimonial em relação a outras situações potenciadoras de prejuízos materiais.

10.5 – Quanto à pessoa do sócio não se duvida que certas deliberações podem ferir a respectiva personalidade, por ofenderem o seu bom nome ou por se repercutirem na degradação da sua imagem ou da sua consideração. Já relativamente à pessoa colectiva será questionável se essas entidades merecem ver acauteladas situações susceptíveis de causar danos morais.

⁷⁶ Cfr. **Abrantes Geraldês**, *Temas da Reforma* cit., vol. III, págs. 218 e segs., o Ac. do STJ, de 16-5-95, CJSTJ, tomo II, pág. 85, e o Ac. da Rel. do Porto, de 12-2-96, CJ, tomo I, pág. 219.

Decidiu-se no Ac. da Rel. de Lisboa, de 28-10-93, CJ, tomo V, pág. 103, que não se justifica a suspensão quando a deliberação seja relativa a dividendos de pequeno montante. **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 91, exige uma probabilidade muito forte.

⁷⁷ Neste sentido cfr. **Taveira da Fonseca** segundo o qual, a par dos danos patrimoniais e quase patrimoniais, devem ainda ser considerados certos danos morais, desde que sejam apreciáveis, no sentido de significativos (*Deliberações Sociais* cit., pág. 105).

O acolhimento de uma perspectiva reducionista implicaria uma resposta negativa, com a asserção de que tais danos se repercutem na personalidade jurídica e que esta apenas seria tutelada quando os danos morais se reportassem a pessoas singulares. Dir-se-ia ainda, para culminar um tal raciocínio, que as pessoas colectivas, *maxime* as sociedades, não têm “*alma*” que justifique uma tutela de danos de natureza eminentemente pessoal.

Só que se nos afastarmos de uma corrente puramente conceptualista e fizermos uma aproximação à realidade facilmente constatamos que um tal caminho cerceia a defesa de posições que inquestionavelmente são merecedoras de tutela, em paralelo com danos de natureza puramente patrimonial.

Dúvida alguma se pode suscitar quanto ao facto de que os danos ligados à “*imagem*” da empresa, ao “*bom nome no mercado*”, à defesa de uma marca ou à manutenção de um certo grau de prestígio, ao mesmo tempo que afectam a personalidade da pessoa colectiva, podem também ser causa de danos de natureza patrimonial, reduzindo os lucros da actividade.⁷⁸ Salienta-se ainda que certas pessoas colectivas (*v. g.* associações) não visam propriamente a realização de lucros, antes se dedicam a outras actividades e defendem outros interesses, de maneira que jamais se poderia retirar a tais entidades a possibilidade de acederem à providência de suspensão para evitar danos significativos de natureza não patrimonial.

Por conseguinte, independentemente do sujeito visado com a protecção cautelar, desde que a deliberação seja determinante de dano que, à face dos critérios legais, possa ser qualificado como “*apreciável*”, sempre merecerá a tutela preventiva conferida pela providência de suspensão.

10.6 – Na falta de distinção legal, é indiferente para o decretamento da suspensão se o perigo de dano afecta apenas o sócio requerente ou se influi em primeira linha na sociedade derivando depois para a esfera jurídica do sócio.⁷⁹

10.7 – Como é natural, exige-se a actualidade do perigo, excluindo-se as deliberações executadas ou que já esgotaram todos os seus efeitos (*supra*, 22.).

Do mesmo modo, atenta a designação da providência, apenas se abarcam deliberações já tomadas, e não as que se apresentem como meramente eventuais.⁸⁰

⁷⁸ Cfr. **Lebre de Freitas**, *CPC anot.*, vol. II, pág. 91, e os Acs. do STJ, de 15-6-94, CJSTJ, tomo II, pág. 148, e de 17-11-98, CJSTJ, tomo III, pág. 124.

⁷⁹ Cfr. **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais cit.*, pág. 105, o Ac. da Rel. do Porto, de 11-10-93, CJ, tomo IV, pág. 222, o Ac. da Rel. de Coimbra, de 19-12-89, CJ, tomo V, pág. 64, e o Ac. da Rel. de Lisboa, de 12-11-87, CJ, tomo V, pág. 101. Sobre a matéria cfr. ainda o Ac. do STJ, de 18-6-96, CJ, tomo II, pág. 134.

⁸⁰ Cfr. o Ac. da Rel. de Lisboa, de 14-10-93, CJ, tomo IV, pág. 149.

Também não está afastada a necessidade de serem ponderados os efeitos que, porventura, resultem da comprovação de uma segunda deliberação da qual, nos termos do art. 62º do CSC, tenha resultado a renovação da anterior e a sanação dos vícios. Sem embargo da verificação das situações em que a providência de suspensão (e a acção de invalidade) revele ainda alguma utilidade, ao menos no que concerne a terceiros, ou relativamente ao período anterior à deliberação renovatória, deve ponderar-se a inutilidade superveniente do procedimento emergente daquela actuação da sociedade.⁸¹

Pode também tornar-se necessário ponderar o decurso do prazo de caducidade. Independentemente da verificação dos requisitos específicos da providência, o decurso do prazo de 10 dias para a apresentação da respectiva petição determina a improcedência da pretensão, desde que essa excepção peremptória de caducidade seja suscitada na sua oposição.

Do mesmo modo, se se verificar a ocorrência da caducidade de exercício do direito de anulação da deliberação, devido ao decurso do prazo legalmente estipulado, tal facto determinará igualmente a improcedência da providência, atenta a relação de instrumentalidade que se verifica entre o procedimento e a acção.⁸²

10.8 – Deferida a providência, incide ainda sobre o requerente o ónus de promover o registo da decisão final, nos termos do art. 15º, n.º 5, do Código de Registo Comercial, passo fundamental para que a decisão possa ser oposta a terceiros.⁸³

10.9 – Quanto à substituição da medida cautelar por caução, podem transpor-se para esta área as considerações que oportunamente fizemos a respeito do art. 387º⁸⁴ e que retomámos na anotação ao art. 394º (*supra*, 15.1).

Como refere Taveira da Fonseca, no sistema anterior não estava prevista a possibilidade de substituição por caução da providência de suspensão, sendo restrita a casos tipificados.⁸⁵

⁸¹ Sobre a problemática **Pinto Furtado**, *Deliberações dos Sócios*, págs. 565 e segs., e **Carneiro da Frada**, *Deliberações Sociais Inválidas no Novo Código das Sociedades*, inserido na obra *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, págs. 315 e segs., *maxime*, pág. 334.

⁸² Cfr. o Ac. da Rel. de Lisboa, de 24-1-73, BMJ 223º/276.

⁸³ Cfr. **Soveral Martins**, *ROA*, ano 58º, págs. 1385 e segs.

⁸⁴ Cfr. **Abrantes Geraldês**, *Temas da Reforma* cit., vol. III, págs. 231 e segs.

⁸⁵ Na busca das razões que levavam o legislador a afastar a caução substitutiva, esse autor apresentava as maiores garantias conferidas à sociedade requerida no âmbito do procedimento cautelar e a inidoneidade da caução relativamente à “maior parte dos casos” em que ficaria irremediavelmente comprometido o exercício do direito cuja tutela provisória o requerente buscara (*Deliberações Sociais...cit.*, pág. 138).

Só que as circunstâncias de ordem normativa alteraram-se, e com essa alteração cumpre debater se terá de obedecer-se ao mesmo regime de total exclusão da caução ou se, ao invés, a aplicação remissiva do disposto no art. 387º, n.º 3, derivada do art. 392º, n.º 1, possibilita a análise casuística de cada situação, e autoriza, mediante certas condições, tal substituição.

No seguimento do que referia o mesmo autor, a caução substitutiva mostra-se incapaz de prevenir ou de reparar integralmente a lesão que, derivada da execução da deliberação, atinja direitos sociais de conteúdo não patrimonial, por natureza não quantificáveis, como sucede quando está em causa o direito à informação, o direito de participar nas assembleias gerais ou o direito de ser eleito para cargos sociais.⁸⁶ No entanto, não via qualquer obstáculo à sua admissibilidade, *de jure constituendo*, designadamente quando estivesse em causa apenas a violação de direitos de conteúdo meramente patrimonial.

E, em boa verdade, não encontramos obstáculos generalizados à admissibilidade da caução substitutiva. O argumento de ordem sistemática que se extrai da conjugação dos arts. 392º, n.º 1, e 387º, n.º 3, é favorável a uma solução que, em abstracto, admita a caução. A sua aplicação em concreto dependerá, como é de regra, do preenchimento dos requisitos mencionados nesta última norma.

De facto, em determinadas situações, a deliberação ilegal apenas é susceptível de produzir efeitos patrimoniais, sem que afecte interesses de outra natureza. E sendo aqueles danos quantificáveis, desde que não exista qualquer outro impedimento, não pode eliminar-se de todo a possibilidade de compatibilizar os interesses contrapostos por intermédio de uma medida capaz de prevenir a lesão ou de repará-la integralmente.⁸⁷

Assim, tudo passa por avaliar se, depois de ordenada a suspensão da deliberação e de ser requerida a sua substituição por caução, esta, pela sua forma e valor, se mostra adequada e suficiente para reparar, na íntegra, a lesão do direito eventualmente resultante da execução daquela medida.

Note-se que, no art. 387º, n.º 3, os requisitos da substituição foram colocados em alternativa, e não cumulativamente, bastando, por isso, que, atenta a natureza e o valor da caução que a requerida se proponha prestar, a mesma seja ajustada a defender os interesses que o requerente visa salvaguardar.

⁸⁶ *Deliberações Sociais* cit., pág. 116.

⁸⁷ Cfr. **Teixeira de Sousa**, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, pág. 251.

Assim, se a caução se mostra incapaz de assegurar os direitos postos em causa por deliberações que ferem a personalidade, que põem em causa o bom nome ou que prejudicam a imagem da sociedade, já não se antolham impedimentos liminares perante situações que se traduzam simplesmente em danos de natureza material, como ocorre quando a deliberação respeita ao modo de divisão dos lucros ou à recusa da sua distribuição, desde que os prejuízos na esfera jurídica do visado possam ser compensados através da caução prestada pela sociedade.

11 – ACÇÃO PRINCIPAL

De acordo com a regra geral que vigora em sede dos procedimentos cautelares, os efeitos da suspensão ficarão condicionados pela decisão que seja proferida na acção principal.⁸⁸

Tratando-se de deliberações afectadas pelo vício da anulabilidade, a instauração do procedimento não dispensa o interessado de propor, em tempo oportuno, a acção de anulação.

Quando a lei prevê um prazo de caducidade para o exercício de um direito, como sucede relativamente à anulabilidade de deliberações sociais, tal prazo não se suspende nem interrompe com a apresentação do pedido de suspensão; antes implica a formulação oportuna do pedido na acção principal, atento o disposto no art. 328º do CC.⁸⁹

Esta solução tem plena justificação no caso concreto, atenta a celeridade que se impõe na apreciação definitiva da situação litigiosa e a instabilidade que as acções anulatórias poderão causar na vida societária.

A par disto, há que ter ainda em consideração o prazo autónomo de 30 dias para a propositura da acção contado a partir da notificação feita ao requerente do deferimento da providência, nos termos do art. 389º, n.º 1, al. a).⁹⁰

(.../...).

⁸⁸ Sobre a matéria **Soveral Martins**, *ROA*, ano 58º, págs. 1389 e 1390.

⁸⁹ Neste sentido **Taveira da Fonseca**, *Deliberações Sociais* cit., pág. 117, e o Ac. do STJ, de 11-5-99, BMJ 487º/289, e o Ac. da Rel. de Coimbra, de 19-2-02, CJ, tomo I, pág. 34.

Em sentido contrário **Pinto Furtado**, *Deliberações Sociais*, págs. 508 e segs.

⁹⁰ Cfr. **Abrantes Galdes**, *Temas da Reforma* cit., vol. III, págs. 271 e segs.

12 – CASOS PRÁTICOS APRECIADOS NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

- É *nula*, por ofensiva dos *bons costumes*, a deliberação de uma sociedade por quotas constituída por dois sócios, um com uma quota de 980 contos e o outro de 20 contos, tomada por unanimidade, no sentido de vender, por 500 contos, ao sócio maioritário e a uma irmã deste, o único imóvel da sociedade, por um valor muito inferior ao real.

Ac. da Rel. do Porto de 13-4-99, CJ, tomo II, pág. 196.

- É *nula* a deliberação social, mesmo com maioria superior a 3/4, que atribua a três gerentes de uma sociedade formada por quatro sócios gratificações traduzidas na distribuição a cada um dos lucros do exercício apurados e computando o remanescente para reservas legais. Tal deliberação viola o princípio da distribuição dos lucros pelos sócios, por si mesmo inderrogável. E reveste, ainda, *carácter abusivo*, já que a gratificação tem de ser atribuída por deliberação dos sócios, e não dos próprios gerentes.

Ac. da Rel. de Coimbra, de 11-3-98, BMJ 475º/787

- São *nulas* as deliberações sociais que violem preceitos que visem exclusiva ou predominantemente a protecção dos credores ou do *interesse público* ou que violem *direitos irrenunciáveis* do sócio, por isso subtraídos à sua disponibilidade

Ac. do STJ, de 3-6-1986 BMJ 358º/553

- Dispondo o art. 36º da LSQ que as deliberações dos sócios serão tomadas em assembleia geral, é da própria essência da formação da vontade social, e portanto de *natureza imperativa*, que à votação preceda discussão oral dos sócios e que os dois actos se efectuem na assembleia. Uma deliberação tomada depois de um dos sócios ter ficado impossibilitado, intelectual e fisicamente, de continuar a participar na assembleia e de tomar parte na discussão oral, em consequência de uma agressão a soco, está ferida de *nulidade*, nos termos do art. 280º do CC, por ser contrária a uma exigência da lei.

Ac. do STJ, de 18-4-85, BMJ 346º/261

- Não obstante o disposto no art. 56º, n.º 1, do CSC, nem sempre a violação de normas imperativas gera nulidade das deliberações; tal efeito só ocorre, em princípio, quando a contrariedade àquelas normas se traduza no “conteúdo” e não no procedimento, no modo ou processo de formação da deliberação.

Assim, o facto de uma deliberação para aumento de capital social não ter sido votada pela maioria de 3/4 dos votos correspondentes ao capital social, implica a simples *anulabilidade* daquela.

O aviso convocatório para assembleia deliberativa de aumento de capital social deve conter como informação mínima a prestar aos sócios a referida no art. 87º do CSC, sob pena de anulabilidade, prevista no art. 58º, n.º 1, al. c).

A mera desproporção ou desigualdade das quotas não é, só por si, motivo de anulabilidade fundada no abuso de direito.

Ac. da Rel. de Coimbra de 2-12-92, CJ, tomo V, pág. 69.

- A deliberação da assembleia geral da sociedade por quotas pela qual se amortizou determinada quota não enferma de *ineficácia*, pois em lugar de respeitar a direitos extracorporativos do autor, refere-se antes a um direito que se situa e desenvolve no puro âmbito das relações sociais existentes entre ele e a ré.

A mesma deliberação tomada por uma das causas de amortização previstas no pacto social (art. 25º da LSQ), não se reporta a direitos inderrogáveis ou especiais, mas a direitos de natureza privada, disponíveis e renunciáveis, nem contende com normas destinadas à protecção do interesse público ou dos próprios sócios, pelo que está isenta de vício ou irregularidade determinante de nulidade.

Os vícios que porventura afectem a deliberação em causa apenas podem, assim, produzir *anulabilidade*, estando nessa medida o direito de propositura da acção de impugnação subordinado ao prazo de 20 dias previsto nos arts. 146º do C. Com. e 46º, § 1º, da Lei das Sociedades por Quotas.

Ac. do STJ, de 6-10-87, BMJ 370º/567

- A falta de apresentação do relatório de gestão à Assembleia-Geral implica a *anulabilidade* da deliberação, independentemente de os sócios serem ou não gerentes.

É anulável a deliberação de afectação dos lucros ao capital social se for anulada a deliberação que os aprova e a transformação da sociedade por quotas em anónima, sem o relatório de gestão.

Caracteriza a nulidade da deliberação o facto de com ela se visar proteger interesses de terceiros ou dos respectivos sócios, que o contrato social acautela, e não dizer respeito a regras de procedimento.

É nula a deliberação que limite o poder dos gerentes duma sociedade por quotas de que são sócios ao nível representativo.

Ac. do STJ, de 26-4-95, CJ, tomo II, pág. 49.

- O facto de uma deliberação para aumento de capital social não ter sido votada pela maioria de 3/4 dos votos correspondentes ao capital social, implica a simples anulabilidade daquela.

O aviso convocatório para assembleia deliberativa de aumento de capital social deve conter como *informação mínima* a prestar aos sócios a referida no art. 87º do CSC, sob pena de *anulabilidade*, prevista no artigo 58º, n.º 1, alínea c). A mera desproporção ou desigualdade das quotas não é, só por si, motivo de anulabilidade fundada no abuso de direito.

Ac. da Rel. de Coimbra de 2-12-92, CJ, tomo V, pág. 69.

- A deliberação de destituição da gerência de um sócio tomada em assembleia geral de uma sociedade constituída apenas por dois sócios é *anulável*, pois só pelos tribunais pode ser decretada.

Assim, não tendo sido requerida a sua anulação, a deliberação subsiste, pelo que o sócio destituído carece de legitimidade para propor acção de investidura no cargo que ocupava.

Ac. da Rel. do Porto de 26-2-91, CJ, tomo I, 255.

- A *falta absoluta de convocatória* para uma assembleia-geral de sociedade comercial, gera *nulidade* da deliberação tomada nessa circunstância.

Mas a omissão de uma formalidade não essencial exigida pelo contrato social, no caso, o não envio de carta registada com aviso de recepção, para convocar a assembleia-geral, gera apenas a anulabilidade da deliberação tomada.

As deliberações tomadas em assembleia-geral irregularmente convocada, nos termos da conclusão anterior, são *anuláveis*, sendo o exercício do direito de propositura da acção anulatória subordinado ao prazo de 20 dias, previsto nos arts. 146º do C. Com. e art. 46º § 1º da LSQ, devendo aquele prazo ser contado a partir do conhecimento pelos autores das deliberações impugnadas, por aplicação do art. 396º, n.º 3, do CPC.

Ac. do STJ, de 31-10-89, BMJ 390º/419.

- A deliberação social que traduz o exercício abusivo de um direito, não enferma de nulidade mas de *mera anulabilidade*, como decorre dos prazos de caducidade estabelecidos nos arts 46º, § 1º, da LSQ, e 146º do C. Com.

Do mesmo modo é *anulável* a convocação duma assembleia-geral feita de forma vaga e genérica ou a deliberação estranha à ordem do dia, em face de ressalva temporal constante do § único do art. 181º do C. Com. e § 1º do art. 46º da LSQ.

Ac. do STJ, de 7-10-86, BMJ, 360º/621.

- São *anuláveis* as deliberações sociais que violem normas legais ou contratuais derogáveis com consentimento do sócio, podendo ser impugnadas só por este, isto é, as que violem direitos simplesmente inderrogáveis, mas não também irrenunciáveis.

Ac. do STJ de 3-6-86, BMJ 358º/553

- A falta de apresentação do relatório de gestão à Assembleia-Geral implica a *anulabilidade* da deliberação, independentemente de os sócios serem ou não gerentes. É anulável a deliberação de afectação dos lucros ao capital social se for anulada a deliberação que os aprova e a transformação da sociedade por quotas em anónima, sem o relatório de gestão.

Caracteriza a *nulidade* da deliberação o facto de com ela se visar proteger interesses de terceiros ou dos respectivos sócios, que o contrato social acautela, e não dizer respeito a regras de procedimento.

É nula a deliberação que limite o poder dos gerentes duma sociedade por quotas de que são sócios ao nível representativo.

Ac. do STJ, de 26-4-95, CJ, tomo II, pág. 49.

- As deliberações sociais são *ineficazes* quando violam direitos de terceiros, nestes se englobando os direitos dos sócios estranhos a esta qualidade, os denominados direitos extracorporativos.

Nulas são, por seu turno, as deliberações que atingem direitos inderrogáveis e direitos especiais dos sócios, e bem assim as que, respeitando embora à vida interna da sociedade, à sua organização e às relações travadas entre a sociedade e os sócios como tais, ofendem normas protectoras do interesse público e disposições imperativas visando a tutela dos próprios associados. *Anuláveis* e sujeitas, portanto, ao aludido prazo de caducidade, são todas as demais deliberações que não se enquadram em alguma das outras duas categorias.

Ac. do STJ, de 6-10-87, BMJ 370º/567.

- As deliberações sociais podem ser *nulas, inexistentes ou anuláveis*:
 - São *nulas* as que violam normas legais ou contratuais subtraídas à disponibilidade dos sócios;
 - São *inexistentes* as que são simuladas ou destituídas de qualquer elemento essencial à sua existência;
 - São simplesmente *anuláveis* as que respeitam à vida interna da sociedade, à sua organização e às relações travadas entre a sociedade e os sócios como tais.

Tratando-se de deliberação nula, e não simplesmente anulável, o facto de não ter sido proposta acção de anulação no prazo de vinte dias, fixado no § 1º do art. 46º da citada Lei, não implica que fique sem efeito a suspensão da mesma deliberação.

Ac. do STJ, de 10-4-84, BMJ 336º/442.

III – DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE POR DECLARAÇÃO DE FALÊNCIA

1 – ASPECTOS ESSENCIAIS DO PROCESSO DE FALÊNCIA

1.1 – Introdução

As empresas, sejam da titularidade de pessoas singulares ou de sociedades, estão naturalmente sujeitas a diversas vicissitudes, quer as decorrentes da normal evolução dos ciclos económicos, quer as provocadas por factores de índole externa ou interna, passíveis de, em certos momentos, as conduzirem a uma situação de fragilidade ou de incapacidade para assumirem as obrigações perante terceiros, quer ainda quando se verificam fenómenos de descapitalização voluntária ou de gestão ruínosa.

A falência começou por constituir um instituto privativo dos comerciantes, com uma elevada carga de reprovação e com objectivos de sancionamento, mas evoluiu para um figurino em que era realçado o papel concursal, através do chamamento de todos os credores, ganhando agora terreno a prevalência de soluções que privilegiem os meios preventivos que evitem a declaração de falência mediante a cooperação dos credores.

Falhando tais meios preventivos, é o processo de falência que permitirá, a par da convocação da generalidade dos credores (*“par conditio creditorum”*), a apreensão dos bens que constituem o activo para que, através do produto da sua venda, se proceda ao pagamento dos créditos reconhecidos e graduados.

1.2 – Linhas gerais da evolução no direito português

Em *Portugal*, é possível detectar, na *história mais recente*, três fases claramente demarcadas a respeito da regulamentação da situação das empresas em situação de insolvência, ou seja, das empresas cuja situação económica ou financeira se caracteriza pela impossibilidade de cumprimento dos respectivos compromissos de natureza obrigacional.⁹¹

⁹¹ Sobre as linhas de evolução cfr. **Luís Carvalho Fernandes**, *Direito e Justiça*, vol. IX, 1995, tomo I, págs. 11 e segs. Cfr. ainda **Pinto Furtado**, *Tribuna da Justiça*, nº 6, págs. 63 e segs., e *Rev. da Banca*, nº 11, págs. 63 e segs., sobre a evolução histórica do direito de falências em Portugal e análise do direito comparado.

a) *O direito falimentar face ao CPC de 1961*

O processo de falência regulado no CPC de 1961 inscreve-se no sistema que frequentemente é apelidado de "falência-liquidação".

Como a designação o revela, tal sistema coloca em primeira linha a necessidade de declarar a falência de empresas que, perante certos pressupostos legais, revelam incapacidade de cumprir as respectivas obrigações.

Em tal sistema, a falência funciona, assim, como sanção aplicável aos agentes económicos que, por qualquer razão, independentemente de dolo ou de culpa mais ou menos grave, se colocam objectivamente naquela situação. Simultaneamente, todos os bens da empresa (a chamada "*massa falida*") devem ser liquidados, a fim se proceder à distribuição do produto da venda pelos credores universalmente chamados a reclamar os respectivos créditos.

Resulta das opções legais consagradas no CPC que a satisfação dos credores se sobrepõe, ao menos em teoria, aos restantes interessados.

É verdade que em tal sistema, à semelhança do que se passa no direito penal, também se prevê a possibilidade de se aplicarem medidas alternativas à declaração de falência (*concordata* e *acordo de credores*). Porém, a *concordata*, envolvendo a redução dos créditos ou a fixação de uma moratória, apenas poderia ser decretada nos casos em que é o próprio devedor a apresentar-se à falência, e pressupões já um *estado de falência* (art. 1140º). Tal medida não poderia ser autonomamente requerida nos casos em que a situação económica ainda permitisse a inversão do processo de falência entretanto iniciado. Também não era acessível aos credores que estivessem mais interessados na recuperação da empresa do que na declaração de falência.

Esta a razão por que, durante a vigência de tal sistema em Portugal, poucos foram os pedidos de falência que se iniciaram com a apresentação dos comerciantes. Consequentemente, raras foram as situações remediadas através da adopção daquela medida alternativa à declaração de falência.

Mais raras ainda foram as situações de falência por apresentação do comerciante resolvidas através da medida de *acordo de credores*, cujo conteúdo constava do art. 1167º e que implicava a constituição por parte dos credores de uma sociedade por quotas destinada a prosseguir o giro comercial do falido.⁹²

⁹² Como refere **Abílio Morgado**, *Ciência e Técnica Fiscal* nº 370º, pág. 72, na prática, os meios preventivos da falência eram utilizados "como expedientes meramente dilatatórios de uma falência inevitável". Por outro lado, não gozavam de autonomia em relação ao processo de falência, constituindo, antes, uma fase normal do respectivo processo (Ac. do STJ, de 9-1-70, BMJ 193º/301).

Nestas circunstâncias, em regra, quer nos casos em que havia apresentação do comerciante, quer nas situações despoletadas por requerimento de algum credor, desde que ficassem provados os requisitos da falência, esta teria de ser decretada pelo tribunal, com a consequente apreensão dos bens, nomeação de administrador da massa falida, convocação universal dos credores, liquidação dos bens e pagamento dos créditos.

Outra característica deste sistema era a de prever, a par do *processo de falência*, exclusivo dos devedores comerciantes, o *processo de insolvência* destinado a liquidar o património de devedores não comerciantes (art. 1313º).

A evolução social e a consequente necessidade de o Estado adoptar uma posição mais interventora fez evoluir o direito falimentar de modo a encarar as *empresas* como agentes impulsionadores do progresso económico e do bem-estar social. Daí que tenha deixado de se olhar para o direito falencial como um mero mecanismo de liquidação de empresas em benefício dos credores, evoluindo-se para um sistema denominado de "*falência-saneamento*".

b) Período subsequente a 1974

A mudança operada no *regime político* em Portugal não poderia deixar de se repercutir na economia que era caracterizada pelo elevado protecção concedido às empresas nacionais, fruto de um sistema de economia fechada.

A conjuntura internacional afectada pela crise do petróleo tornou-se desfavorável ao desenvolvimento do tecido económico. A instabilidade interna desincentivava o investimento produtivo, proporcionando um ambiente que levou à descapitalização das empresas e fuga de capitais. O acréscimo do índice de desemprego foi uma das consequências mais visíveis e com maior impacto social.

Neste contexto sócio-económico, para além de medidas que foram adoptadas ao nível da *nacionalização*, o Estado foi levado a intervir nas empresas cuja exploração era deficitária, mas que eram susceptíveis de recuperação.

Fê-lo através do Dec. Lei n.º 864/76, de 23-12, e do Dec. Lei n.º 353-H/77, de 29-8, que vieram permitir a declaração de empresas "*em situação económica difícil*". Através do Dec. Lei n.º 124/77, de 1-4, foram regulamentados os "*contratos de viabilização*".

Em qualquer dos casos estávamos perante mecanismos que visavam alcançar a regeneração do tecido empresarial do país. Porém, na realidade,

o que se obteve foi a manutenção, quantas vezes artificial, de um certo número de empresas e dos respectivos postos de trabalho, em grande medida à custa do sector público do Estado.

Outro dos aspectos críticos deste sistema resultava do facto de a declaração de empresa em “*situação económica difícil*” não ter qualquer intervenção do tribunal, enquanto que nos “*contratos de viabilização*” apenas intervinham as instituições de crédito, excluindo os demais credores.⁹³

c) *Período subsequente a 1986*

O excessivo *proteccionismo* do Estado não poderia eternizar-se devido aos custos que acarretava, aos compromissos resultantes da *integração europeia* e à necessária prevalência das regras da *economia de mercado*.

Impôs-se, deste modo, a modificação do sistema falimentar, passando do já referido sistema da “*falência-liquidação*” para um outro mais apostado na recuperação das empresas viáveis, como factor de desenvolvimento (o sistema da “*falência-saneamento*”).

A transição de um sistema para o outro partiu da constatação de que, como refere Pinto Furtado, “*o direito de falência estava em falência*”, significando que o esquema tradicional não acautelava todos os interesses que giravam em torno das empresas.⁹⁴

Essa modificação foi assinalada pela publicação do Dec. Lei n.º 177/86, de 2-7, que pela primeira vez previu a adopção de medidas tendentes a permitir a *recuperação de empresas* impossibilitadas de cumprir as suas obrigações, conferindo *legitimidade activa* à própria empresa ou a qualquer credor e, em certos casos, ao Ministério Público.

Este diploma constituiu, na verdade, um marco significativo no direito falimentar português.⁹⁵ De facto, pela primeira vez a *empresa* foi encarada como objecto de medidas tendentes à sua recuperação, quando fosse reversível a situação de debilidade económica ou financeira, apelando à intervenção activa de todos os interessados, com especial destaque para os seus donos, trabalhadores e credores, intervenção essa que se inseria num

⁹³ Carvalho Fernandes, *Direito e Justiça* cit., pág. 13.

⁹⁴ *Rev. da Banca*, n.º 11, pág. 70, e *Tribuna da Justiça*, n.º 6, pág. 64.

⁹⁵ Como refere Abílio Morgado, ob. cit., pág. 65, neste diploma “foram encarados, sem inibições, os interesses dos credores, do titular da empresa, dos trabalhadores, dos fornecedores, dos consumidores, da sociedade, do Estado, que na empresa pululam e se entrecruzam”.

processo judicial, e não apenas num processo administrativo, com todas as garantias proporcionadas por tal meio de tutela.⁹⁶

A opção entre a recuperação da empresa ou a declaração de falência ficou dependente, por um lado, das conclusões acerca da sua recuperabilidade e, por outro, do empenhamento efectivo de todos os interessados na decisão sobre a adopção de uma qualquer medida capaz de servir de suporte à sobrevivência de uma empresa viável.

Para além da *concordata* e do *acordo de credores*, já anteriormente previstos no CPC, previu-se a possibilidade de ser aprovada pelos credores uma medida de *gestão controlada* susceptível de permitir a sua intervenção na gestão da empresa, com vista a alcançar, dentro de um prazo relativamente curto (de 2 ou 3 anos), a efectiva recuperação.

O respectivo processo permitia, na realidade, que os credores se pronunciassem sobre as medidas a adoptar, intervindo ainda no diagnóstico da situação um administrador judicial nomeado pelo juiz, com prévia audição dos interessados. Para os casos em que se apurasse que a empresa não tinha viabilidade ou quando fosse excedido um prazo razoável (8 meses) para ser tomada uma qualquer decisão, previa-se a *convolação* do processo de recuperação em processo de falência.

Na prática, porém, tal como já ocorrera com as medidas preventivas de falência previstas no CPC, o processo foi frequentemente utilizado como meio de evitar a declaração de falência ou de criar dificuldades aos credores nos processos de execução, devido ao facto de o despacho judicial de prosseguimento determinar a suspensão de todas as execuções (art. 11^o).⁹⁷

⁹⁶ Numa outra perspectiva, de cariz sociológico, um estudo intitulado "*As Dívidas na Litigação Cível*", realizado pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, concluiu que no direito falimentar, "em vez de acelerar a cobrança, introduzem-se diversas moratórias, funcionando estas como aceleradores de actividade, ou, na maioria dos casos, como amortecedores do choque de uma falência rápida que assim é dilatada no tempo. Privilegia-se a estabilidade económica, com níveis de eficiência baixos, ao funcionamento do mercado".

⁹⁷ Segundo **Soares da Veiga**, as principais críticas apontadas relacionavam-se com a dispersão, por vários diplomas, da matéria relativa ao processo falimentar, com a confusão entre algumas providências de recuperação e os meios preventivos previstos no CPC, sem esquecer o facto de o processo de recuperação ser frequentemente usado "não para protecção dos credores, mas sim, contra os credores", através dos *efeitos suspensivos* que provocava nas execuções pendentes - *Direito Bancário*, pág. 292.

O mesmo aproveitamento ilegítimo dos mecanismos de recuperação de empresas já fora detectado noutros países, como se concluiu numa conferência intergovernamental europeia referida por **Pinto Furtado** *Rev. da Banca*, nº 11, pág. 76, segundo o qual os mecanismos de "concordata, adiamento e moratória ... aproveitam mais aos devedores desonestos do que ao empresário honesto que enfrenta dificuldades passageiras".

A percepção destas dificuldades e a necessidade de unificar num diploma autonomizado do CPC o regime a aplicar a empresas em situação económica ou financeira carecidas de medidas de recuperação ou, em caso de inviabilidade, de declaração de falência, estiveram na base da publicação do Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência (CPEREF).⁹⁸

Mas ainda mais recentemente, para entrar em vigor a partir de Setembro de 2004, foi publicado o Código de Insolvência e da Recuperação de Empresa (Dec. Lei n.º 53/04, de 18-3) com os seguintes objectivos:

- Afirmar a primazia da vontade dos credores a quem caberá decidir a liquidação da empresa ou a sua manutenção em actividade;
- Potenciar a resolução célere e eficaz dos processos judiciais;
- Satisfazer de forma mais eficiente os direitos dos credores;
- Acabar com a dualidade existente entre processo de recuperação e processo de falência, evitando ainda a duplicação de reclamação de créditos;
- Acentuar a desjudicialização do processo, reservando a intervenção do juiz apenas para os aspectos em que se justifique e valorizando a vontade dos credores.

1.3 – Processo de falência no CPC de 1961

1.3.1 – *Natureza jurídica e objectivos:*

O *processo de falência* constitui um mecanismo que visa, por um lado, a apreensão da globalidade dos bens do falido, evitando a sua dissipação ou extravio, e, por outro, a convocação universal de todos os credores, possibilitando-lhes a reclamação dos respectivos créditos, a fim de serem atendidos na liquidação final.

Tem de comum com os *processos de execução*, a intromissão do Estado na esfera patrimonial do devedor, através de medidas coercitivas que visam a apreensão efectiva dos bens passíveis de responder pelas dívidas. Deles se diferencia na medida em que o *processo de execução comum* visa fundamentalmente tutelar os interesses do exequente e, complementarmente, dos credores privilegiados (isto é, daqueles que detêm créditos dotados de garantia real), enquanto que ao processo

⁹⁸ Obedece a semelhantes objectivos o Acto Uniforme para a Organização dos Processos Colectivos de Apuramento do Passivo (OHADA) que condensa as normas relativas ao “*pagamento preventivo*”, com vista à obtenção de concordata, à “*recuperação judicial*” e à “*falência*”.

de falência são chamados todos os credores comuns e privilegiados, sendo apreendidos todos os bens do falido (*processo de execução universal*) que passam a integrar a massa falida liquidada em benefício dos credores, com respeito pelas prioridades conferidas aos credores privilegiados.

O processo de falência apresenta-se com *natureza mista*.

Inicia-se com uma *fase declarativa* onde, normalmente mediante contraditório, se apreciam os pressupostos da declaração de falência, passando pela emissão da sentença declaratória da falência. A partir daqui evolui para a *fase executiva* que inclui a apreensão e venda dos bens, ao mesmo tempo que se garante a convocação dos credores para efeitos de deduzirem a respectiva reclamação de créditos sujeita a verificação e gradação.

1.3.2 – *Distinção entre falência e insolvência:*

De acordo com o regime previsto no CPC, a *falência* constitui uma medida exclusivamente destinada a *comerciantes*, sejam eles pessoas singulares ou sociedades (art. 1135º). Prevê-se um regime processual mais abreviado para as falências relativas aos *pequenos comerciantes* (arts. 1303º e segs.). Para além das *sociedades comerciais*, a qualidade jurídica de comerciante é ainda atribuída a todo aquele que tendo capacidade para praticar actos de comércio, faça disso a sua *profissão* (art. 13º do C. Com).

Quanto aos *devedores não comerciantes* ficam submetidos ao processo de insolvência, nos termos dos arts. 1313º e segs. do CPC.

Apesar da diferença conceptual, é comum a ambas as formas de processo a *situação de insolvência* revelada pela incapacidade de o devedor solver as suas obrigações, situação que tanto afecta os comerciantes como os não comerciantes.

Depois, para além das diferenças quanto aos pressupostos subjectivos (qualidade de comerciante ou de não comerciante) ou objectivos (fundamentos que podem despoletar um e outro dos mecanismos processuais), o processo de insolvência segue de muito perto a tramitação prescrita para o processo de falência.

Por isso mesmo se advogava a extinção da distinção entre falência e insolvência,⁹⁹ objectivo que veio a concretizar-se com a aprovação em 1993 do CPEREF.

⁹⁹ Pinto Furtado, *Tribuna de Justiça*, nº 6, pág. 72.

2 – MEIOS PREVENTIVOS DA DECLARAÇÃO DE FALÊNCIA

2.1 – A *apresentação* para efeitos de convocação de credores constitui um dever do comerciante que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações comerciais (art. 1140º, n.º 1).¹⁰⁰

Tal dever deve ser cumprido ainda antes de cessar efectivamente os pagamentos ou nos 10 dias subsequentes (prazo que a partir de 1986 passou para 30 dias). Tem como objectivo evitar a declaração de falência com todo o rol de efeitos que dela decorrem, quer ao nível da extinção das sociedades e respectiva liquidação, quer dos efeitos que se projectam nos credores, nos trabalhadores e no tecido social que envolve as actividades económicas.

2.2 – Para o efeito, deve o comerciante apresentar *requerimento inicial* (art. 1141º), onde exponha as *causas* determinantes do seu estado de falência, devendo indicar a *data da cessação de pagamentos* ou aquela em que os pagamentos irão cessar e juntar *prova documental* dos factos alegados:

- Inventário e balanço do activo e do passivo,
- Relação de credores,
- Relação das acções executivas pendentes
- E a escrita relativa aos 3 últimos anos ou ao período em que tiver sido exercida a actividade, se for inferior (a partir de 1986, passou a existir ainda o dever de indicar os administradores, gerentes ou directores da sociedade que fosse requerente).

2.3 – Estamos perante um *processo preparatório* ou cautelar que pode terminar com uma *concordata* ou com um *acordo de credores*. Na falta desses resultados, por desinteresse dos credores em qualquer dessas medidas alternativas, pode desembocar na *declaração de falência* (art. 1173º).

É um procedimento *urgente*. Por isso que o juiz deve dar-lhe natural prioridade, a fim de evitar efeitos mais gravosos, o que só se conseguirá com a colaboração oportuna dos credores da requerente que para o efeito serão convocados.

Assim, dentro de 48 horas, deve o juiz designar uma *reunião* para verificação dos créditos, a realizar entre 20 e 60 dias, com publicação de anúncios e afixação de editais (art. 1142º, n.º 2).

¹⁰⁰ Nos arts. 5º e segs. do Acto Uniforme para a Organização dos Processos Colectivos de Apuramento do Passivo (OHADA) também se regula o “*pagamento preventivo*”, medida que visa “*evitar a cessação de pagamentos ou a cessação da actividade da empresa e a permitir o apuramento do seu passivo através de uma concordata*” (art. 2º, nº 1).

Deve ainda o juiz designar um *administrador* e um ou mais *credores* que o coadjuvem (art. 1142º, n.º 1, al. a)).

Ao *administrador* caberá auxiliar e fiscalizar a acção do devedor, nos termos do art. 1143º, assegurar a convocação dos credores (através do envio de circulares), elaborar o relatório que será apresentado aos credores na assembleia geral e promover as diligências destinadas a evitar a dissipação ou o extravio dos bens do devedor, sem exclusão sequer dos procedimentos cautelares que forem ajustados, como o procedimento de arresto.

Ao credor ou aos credores designados competirá coadjuvar o administrador (art. 1143º, n.º 2).

2.4 – Como efeito imediato do *despacho liminar* que designe dia para a reunião de credores, devem ser *suspensas as execuções* pendentes contra o devedor, com ressalva daquelas em que sejam reclamados créditos dotados de garantias reais que possam ser invocadas no processo de falência (art. 1142º, n.º 3).¹⁰¹

Pretende-se com esta medida preventiva evitar que, na pendência do processo falimentar, os processos de execução corram os seus termos normais, levando à venda dos bens do devedor que se mostrem imprescindíveis para evitar a declaração de falência, com todo o rol de efeitos negativos para o próprio ou para terceiros que determina.

Ao mesmo tempo evita-se que uns credores saiam beneficiados com a execução individual do património do devedor, em detrimento de outros, efeito que é evitado no processo de falência em que todos os credores podem ser contemplados, ainda que respeitando as prioridades decorrentes das garantias reais sobre determinados bens.

2.5 – O despacho liminar não determina desde logo a inibição do devedor, o que só acontecerá se vier a ser decretada a falência.

Por isso, continua a ser o devedor a gerir os seus negócios e a administrar os seus bens, ainda que com o auxílio e fiscalização do administrador judicial (art. 1144º).

Todavia, sem embargo desses poderes, o devedor está inibido de praticar actos que diminuam o activo (*v. g.* alienação de bens, efectuação de pagamentos a determinados credores) ou que modifiquem a situação dos credores (*v. g.* constituição de garantias reais a favor de determinados credores), nos termos do art. 1144º.

¹⁰¹ Também assim nos termos do art. 9º do Acto Uniforme para a Organização dos Processos Colectivos de Apuramento do Passivo (OHADA).

As execuções podem ainda ser suspensas noutra ocasião, mediante a prova da pendência de um processo de declaração de falência, nos termos do art. 870º, nº 2.

2.6 – Durante o período que medeia entre o despacho liminar do juiz e a realização da reunião de credores estes podem *examinar* livremente os livros e documentos do devedor e informar-se sobre os seus negócios (art. 1145º, n.º 1).

Os credores que não tenham sido indicados pelo devedor e que, apesar disso, tenham tido conhecimento da reunião convocada, designadamente através das circulares remetidas pelo administrador, nos termos do art. 1143º, n.º 1, al. a), ou do anúncio ou editais referidos no art. 1142º, n.º 2, podem *reclamar os seus créditos*, indicando a sua origem e natureza e apresentando as provas, sujeitando-se à impugnação por qualquer credor (art. 1146º).

O administrador deve ainda *elaborar o relatório* que deve ser apresentado aos credores, no qual analisará a situação do falido, verificará a exactidão do balanço apresentado, apreciará a situação dos negócios e se pronunciará sobre a viabilidade ou sobre as causas do estado de falência.

Deve ainda ser emitido pelo administrador parecer sobre cada um dos créditos indicados pelo devedor ou que tenham sido reclamados (art. 1148º).

2.7 – A *reunião de credores* é presidida pelo juiz e nela podem estar presentes ou representados todos os credores.

Inicia-se como *assembleia provisória* que delibera sobre a aprovação ou não dos créditos impugnados (art. 1149º), podendo votar os credores cujos créditos não tenham sido impugnados pelo administrador.

É a *assembleia definitiva* de credores que irá debruçar-se sobre as questões fundamentais, ou seja, sobre a eventual aprovação de uma proposta de *concordata* apresentada pelo devedor ou por algum credor ou de uma proposta de *acordo de credores*.

Efectivamente, como se disse anteriormente, como alternativa à *declaração de falência*, o processo pode desembocar na aprovação de uma *concordata* ou de um *acordo de credores*.

A *concordata* é uma proposta feita aos credores pelo apresentante ou por um ou mais credores no sentido de evitar a declaração de falência, sob condição de o devedor pagar pelo menos uma parte das dívidas dentro de um certo prazo ou de se estabelecer uma moratória para a satisfação dos créditos comuns (art. 1153º). Não é permitido o perdão total das dívidas (art. 1153º, n.º 2) e são nulos os acordos particulares com determinados credores (art. 1161º)

Já o *acordo de credores* constitui uma medida que pode ser adoptada quando não tenha sido apresentada ou aprovada proposta de concordata (art. 1167º), podendo consistir na constituição de uma sociedade por quotas que prossiga a actividade do falido.

Para que uma e outra das medidas possam ser aprovadas é necessário que obtenha o voto favorável da *maioria absoluta* dos credores que representem, pelo menos 75% dos créditos.

Se não for aprovada a concordata ou o acordo de credores, é *declarada a falência* do devedor (art. 1173º).

2.8 – A *concordata* que tenha sido aprovada pode ser impugnada, através de *embargos*, pelos credores que a não tenham aprovado.

Se não houver impugnação, a concordata será judicialmente *homologada* (art. 1158º), a partir do que o comerciante prosseguirá a sua actividade, devendo respeitar os seus termos e sujeitar-se à fiscalização pelo credor ou credores designados pela assembleia (art. 1154º). Todavia, cessam as inibições que resultaram da apresentação, nos termos do art. 1162º.

Uma vez homologada a concordata é *obrigatória* para todos os credores, mesmo para os que votaram contra a sua aprovação ou para aqueles que nem sequer compareceram ou tiveram conhecimento da marcação da assembleia de credores (art. 1160º, n.º 1). Mas os credores podem exigir do devedor o aceite de letras ou a subscrição de livranças pelos valores e condições resultantes da concordata (art. 1163º).

Relativamente às *acções ou execuções* pendentes e que tenham ficado suspensas com a prolação do despacho liminar, operar-se-á uma *modificação objectiva*, de modo que apenas poderão prosseguir para cumprimento dos créditos na medida resultante da concordata (art. 1160º, n.º 2).

Por outro lado, após a aprovação da concordata, a *falência* apenas pode ser declarada nos casos previstos no art. 1164º, ou seja, em situações de fuga ou ausência do comerciante, de dissipação ou extravio de bens ou de falta de cumprimento das obrigações fixadas na concordata.

2.9 – Quanto ao *acordo de credores*, a sua aprovação obedece a regras semelhantes às da concordata (art. 1167º, n.º 2). Implica a *constituição de uma sociedade*, com todos ou com parte dos credores ou de outras pessoas.

Mas relativamente aos credores que o não aceitarem deve a sociedade satisfazer os créditos privilegiados e a percentagem dos créditos comuns fixada no acordo (art. 1167º, n.º 1, al. d)).

O acordo pode ser *impugnado*, em embargos, pelo devedor e pelos credores que tiverem votado contra a sua aprovação (art. 1169º, n.º 1).

Se não for aprovado o acordo de credores e também não tiver sido aprovada concordata, é *declarada a falência* do devedor (art. 1173º).

3 – DECLARAÇÃO DE FALÊNCIA

3.1 – Pressupostos substantivos

Nos termos do art. 1135º o *estado de falência* depende da verificação de uma situação de impossibilidade do devedor de cumprir as suas obrigações.

Como refere Pinto Furtado, “a base mais profunda e genuína em que a falência se apoia, a noção nuclear à volta da qual toda a sua regulamentação se desenrola, é de devedor que está incapacitado de cumprir com pontualidade as suas obrigações”.¹⁰²

Mas não basta a verificação daquele estado. É necessário que o mesmo seja *declarado* pelo tribunal, o que ocorre face a uma das circunstâncias previstas no art. 1174º do CPC:

- Cessaçã de pagamentos;¹⁰³
- Fuga ou ausência do devedor do seu estabelecimento sem deixar quem o represente na respectiva gestão;
- Dissipação ou extravio de bens ou adopção de comportamentos que façam crer que não cumprirá as suas obrigações.

Relativamente às *sociedades* de responsabilidade ilimitada (sociedades em nome colectivo), existe ainda um fundamento específico que se verifica quando o activo é manifestamente insuficiente para satisfazer o passivo (art. 1174º, n.º 2).

¹⁰² *Tribuna da Justiça*, nº 6, pág. 68.

¹⁰³ Decidiu-se no Assento do STJ nº 9/94, de 20-5, que a cessação de pagamentos só justifica a declaração de falência desde que haja incapacidade financeira.

Mediante o Dec. Lei nº 177/86, de 2-7, concretizou-se este pressuposto mediante a exemplificação seguinte: dívidas ao Fisco, à Segurança Social e aos trabalhadores, desde que suficientemente significativa de uma incapacidade financeira.

Deve ainda ter-se em atenção a norma do art. 870º que prevê a *convolação* do processo de execução em processo de falência quando na execução se constate que o património do devedor é insuficiente para pagamento dos créditos, isto é, do crédito do exequente e, se for o caso, dos créditos dos credores que, por beneficiarem de garantia real sobre os bens penhorados, tenham apresentado a respectiva reclamação, nos termos dos arts. 864º e segs.¹⁰⁴

A cada uma das referidas situações subjazem *factos-índices* que integram presunções legais (*juris tantum*) relativas a um estado de falência, determinando a sua declaração se acaso não forem ilididas.

O recurso a tais presunções legais reveladas por cada um dos referidos factos-índices tem subjacente a dificuldade de averiguar, em concreto, a situação em que se encontra o devedor, a exigir a invasão da sua esfera privada. Por isso, como ocorre noutras situações da vida, o legislador previu, em abstracto, uma série de situações que, sem prejuízo da demonstração do contrário, permitem inferir, de acordo com as *regras da experiência*, a existência de um estado de insolvência determinante da declaração de falência.¹⁰⁵

– Quanto à *falta de cumprimento de obrigações*, pode não ser significativa de uma situação de falência, podendo ser imputada a razões explicáveis pela conjuntura ou por quaisquer circunstâncias.

Por isso, o tribunal deve apreciar as circunstâncias que, de acordo com as regras da experiência, permitam fazer o retrato da situação: atendibilidade dos quantitativos em dívida, carácter ocasional ou crónico da situação, razões do incumprimento, situação de simples atraso (*mora*) ou de incumprimento definitivo, etc.

– Outro tanto se diga dos casos em que o *activo é inferior ao passivo*, pois que, apesar disso, o comerciante pode ter crédito na praça ou na banca que lhe permita desenvolver a sua actividade, obtendo lucros que permitam satisfazer os seus compromissos.

Trata-se, aliás, de um pressuposto alvo de severas críticas, pois que a mera comparação dos referidos elementos dificilmente tanto pode comprovar uma situação de solvência como uma situação de insolvência. Por isso mesmo Pinto Furtado advogava a sua revogação.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Apesar daquilo que a letra do preceito parece sugerir, não se verifica um efeito automático na referida convolação da execução singular em execução universal, devendo apreciar-se no processo de falência emergente da conversão os pressupostos da declaração do estado de falência.

¹⁰⁵ Pinto Furtado, *Tribuna da Justiça*, nº 6, pág. 74.

¹⁰⁶ *Tribuna da Justiça*, pág. 76.

- Já quanto à *fuga injustificada* do comerciante (ausência para o estrangeiro ou ida para parte incerta sem deixar responsável que o substitua) ou quanto à prática de actos de *dissipação, extravio ou ocultação de bens* (tal como a descapitalização da empresa, a alienação dos bens fundamentais, o desvio para sociedades *off shore*, etc.) constituem fortes indícios de que o comerciante não pretende cumprir os compromissos que decorrem do exercício da sua actividade.¹⁰⁷ O mesmo se diga da prática de *comportamentos abusivos*, com o objectivo de o devedor se colocar em situação de não poder cumprir as obrigações, como ocorre quando favorece alguns credores (através do pagamento discriminatório ou da constituição de garantias).
- No que concerne aos *não comerciantes*, a situação de insolvência presume-se nas seguintes situações: quando o *activo é inferior ao seu passivo* (art. 1313º), quando contra o mesmo se encontrem pendentes duas ou mais execuções não embargadas e quando tiver sido decretado arresto dos seus bens sem que o devedor tenha provado, nos respectivos embargos, a suficiência dos mesmos para suportar as suas dívidas (art. 1314º).

3.2 – Prazo para ser requerida a falência:

Nos termos do art. 1175º, a falência deve ser requerida dentro do *prazo* de 2 anos (elevado para 3 anos pelo Dec. Lei n.º 177/86, de 2-7).

Trata-se de um prazo de *caducidade*.

Como a matéria de falência se inscreve no leque de *direitos indisponíveis*, tal significa que a caducidade é de conhecimento oficioso, nos termos do art. 333º do CC.

Por isso, desde que seja visível o decurso de tal prazo, a partir da mera alegação constante da petição ou da documentação junta, deve o juiz indeferir liminarmente a petição (art. 474º, n.º 1, al. c)).

Essa excepção peremptória pode ser ainda invocada pelo requerido no articulado de oposição ou, sendo a falência decretada sem respeito do contraditório (art. 1178º), nos embargos à falência (art. 1184º, n.º 1, al. c)).

Deve ainda atentar-se que, a respeito da caducidade, foi fixada pelo Assento do STJ, publicado no D.R., I Série de 30-6-84, a doutrina de que o respectivo prazo deve ser observado em todas as situações de falência previstas no art. 1174º, quer o requerido se mantenha no exercício do comércio, quer tenha deixado de o exercer ou tenha falecido.

¹⁰⁷ Pinto Furtado, *Tribuna da Justiça*, n.º 6, pág. 75.

A partir do momento em que se inicie a instância no processo de falência pode ser requerida por qualquer credor a suspensão das execuções pendentes contra o falido, nos termos do art. 870º, n.º 2, deste modo antecipando os efeitos que se produzem com a declaração de falência, nos termos dos arts 1198º e 1205º.

3.3 – Pressupostos processuais

3.3.1 – Legitimidade

A declaração de falência pode ser requerida por algum dos seguintes interessados (art. 1176º):

- a) Qualquer credor comum ou privilegiado, decorrido que seja o prazo previsto no art. 1140º após a cessação de pagamentos;
- b) Pelo Ministério Público, nos casos de fuga ou ausência do comerciante;¹⁰⁸
- c) Por apresentação do comerciante que não se tenha apresentado no prazo do art. 1140º (tratando-se de sociedade deve ter-se em conta o disposto no art. 1290º).
- d) Pode ainda resultar do processo preliminar de convocação de credores, caso não seja aprovada uma concordata ou um acordo de credores (art. 1173º).

No que concerne à *legitimidade passiva*, a falência é um instituto exclusivo dos comerciantes, sejam pessoas singulares (que fazem do comércio a sua profissão), sejam sociedades comerciais (constituídas de acordo com as regras do C. Com).

Para os não comerciantes é aplicável o *processo de insolvência* (arts. 1313º e segs.).

Deve notar-se ainda que a falência de uma sociedade comercial envolve ainda a falência dos respectivos *sócios de responsabilidade ilimitada*, ou seja, dos sócios de sociedades em nome colectivo e dos sócios comanditados das sociedades em comandita (arts. 105º, §§ 1º e 3º e 201º do C. Com), nos termos do art. 1291º, devendo proceder-se à sua identificação no requerimento inicial.¹⁰⁹

3.3.2 – Competência

No que respeita à competência em razão da matéria, sem embargo das questões ligadas ao apuramento das consequências criminais decorrentes de situações de falência culposa ou fraudulenta (arts. 1274º e segs.), cumpre aos tribunais com competência na área cível a tramitação e decisão do processo de falência.

¹⁰⁸ Pelo Dec. Lei nº 177/86, de 2-7, foram ainda aditados os casos em que a falência se funde no não pagamento de salários e de dívidas ao Fisco ou à Segurança Social.

¹⁰⁹ Já a inversa não é verdadeira, como decorre do art. 1288º

É de notar que se estabelece uma distinção entre falências comuns e falências de pequenos comerciantes ao nível do respectivo julgamento: aquelas são da competência de tribunal colectivo; estas de juiz singular (art. 1304º).

A competência territorial vem definida no art. 82º, cabendo ao tribunal do lugar onde se encontra o principal estabelecimento do falido ou aquele onde o arguido tem o seu domicílio.

3.4 – Tramitação

3.4.1 – *Requerimento inicial ou participação*

A entrega do requerimento inicial subscrito pelos credores ou pelo Ministério Público ou o momento da apresentação do comerciante marcam o *início da instância* no processo de falência (art. 1136º).

Este momento interessa para diversos efeitos.

Desde logo, para efeitos de aferição da *competência do tribunal*, já que, nos termos do art. 63º, são indiferentes as modificações de facto que ocorram posteriormente.

Depois, para efeitos de determinação do *valor da causa*, ainda que, relativamente ao processo de falência, como processo de liquidação, tal valor possa ser modificado (arts. 308º, n.º 3, e 1303º, n.º 2).

É ainda a data da apresentação do requerimento relevante para efeitos de verificação do cumprimento do *prazo de caducidade*, atento o disposto nos arts. 331º do CC e 1175º do CPC.

Nos termos do art. 1177º do CPC, o *conteúdo* da petição inicial varia consoante o sujeito que requer a falência.

Sendo requerida por *qualquer credor*, deve este justificar o respectivo crédito e alegar os factos de que decorre a situação de falência em que se encontra o devedor. Deve ainda justificar, se for o caso, por que razão pretende que se decida a falência *sem audiência do requerido*, alegando os factos que tornem inconveniente tal audiência, designadamente quando haja o risco de ocultação ou de dissipação dos documentos ou dos bens que ainda existam no seu património (arts. 1177º, n.º 1, e 1178º, n.º 1).

Sendo requerida pelo *Ministério Público*, por referência ao fundamento previsto no art. 1174º, n.º 1, al. b), fora dos casos em que assuma a qualidade de representante do Estado-credor, deve o mesmo alegar na petição os factos demonstrativos da fuga ou da ausência injustificada do comerciante.

Se acaso a falência for requerida pelo *próprio comerciante*, basta que seja feita a participação escrita, com indicação da sua identidade, da qualidade de comerciante e dos elementos documentais respeitantes ao balanço, ao inventário e à relação de credores e respectivos créditos (art. 1177º, n.º 2).

Assim, com maior ou menor desenvolvimento, de acordo com as circunstâncias, deve o requerimento inicial ou a participação integrar dois pressupostos fundamentais:

- A indicação do *pedido*;
- E a justificação do mesmo (*causa de pedir*).

Todos os *meios de prova* demonstrativos dos factos alegados devem ser imediatamente juntos com o requerimento inicial (art. 1177º, n.º 1).

Complementarmente deve constar ainda do requerimento ou da participação o *valor do processo* determinado de acordo com o disposto no art. 308º, n.º 3 (em regra o valor do activo, como decorre do art. 1303º, n.º 2), o qual será actualizado de acordo com os elementos que forem fornecidos pelo processo.

Sem prejuízo do disposto quanto a *custas* e quanto ao *patrocínio judiciário* (art. 36º, n.º 1, al. a)), o *valor do processo* é determinante para verificar qual a *forma de processo* a seguir: a forma ordinária ou a forma sumária regulada nos arts. 1303º e segs., cuja diferença fundamental se situa ao nível da intervenção ou não de tribunal colectivo na audiência de julgamento (art. 1304º).

O processo de falência é *urgente* pelo menos até que seja decretada a falência e acautelados os interesses da massa falida (art. 1179º).¹¹⁰

Além disso, obedece ainda à regra constante do art. 1138º no que respeita ao seu carácter sigiloso ou reservado.

3.4.2 – *Despacho liminar*:

- a) Cumpre ao juiz *indeferir liminarmente* a petição caso se verifique alguma das situações abstractamente referidas pelo art. 474º, ou seja:
 - Ineptidão da petição inicial, nos termos do art. 193º, *maxime* quando falte a indicação do *pedido* ou da *causa de pedir* ou exista contradição entre um e outro desses elementos;

¹¹⁰ Neste sentido **Mota Salgado**, *Falência e Insolvência*, 2ª ed., pág. 16.

- Quando se apresente manifesta (isto é, evidente, insofismável) a incompetência absoluta do tribunal, ou seja, a competência em razão da nacionalidade (art. 65º), da matéria (art. 66º) e da hierarquia (arts. 70º e segs.),
- Quando se apresente manifesta a falta de personalidade (arts. 5º e segs.), de capacidade judiciária (arts. 9º e segs.) ou de legitimidade (arts. 26º e segs.);
- Quando seja evidente a caducidade do direito (art. 1175º);
- Quando por outro motivo for evidente que a pretensão não pode proceder, o que pode envolver aspectos relacionados com a matéria de facto ou com a matéria de direito.

Deste modo se visa evitar o prosseguimento de pretensões que, à partida, se revelem totalmente inviáveis, ainda que deva ser utilizado para a sua aferição um critério objectivo e não meramente o critério subjectivo do próprio juiz.

- b) Para situações de menor gravidade, em que as falhas se mostrem superáveis, impõe-se a formulação de um despacho de *convite ao aperfeiçoamento* da petição inicial, nos termos do art. 477º, o que acontece quando exista a falta de requisitos legais da petição ou quando não sejam apresentados documentos que a devam necessariamente apresentar (*despacho vinculado*).

Se acaso o requerente não acatar o convite o juiz, deverá proferir despacho de *indeferimento liminar mediato* (porque sequencial a um despacho de aperfeiçoamento), o que se justifica pelo tipo de irregularidades que, nos termos do art. 477º, n.º 1, impede o recebimento da petição.

Outro tanto se diga quando se verifiquem irregularidades ou deficiências que ponham em causa a procedência da acção caso não sejam imediatamente superadas (*despacho discricionário*).

- c) Outra decisão que cumpre proferir na fase liminar respeita à *dispensa do contraditório* que porventura tenha sido requerida, nos termos do art. 1178º, n.º 1.

Com efeito, a regra no processo civil é a de que qualquer questão apenas poderá ser decidida pelo tribunal depois de a cada uma das partes ter sido facultada a oportunidade para se pronunciar (art. 3º).

Tal princípio praticamente não encontra excepções no processo civil. E quando existem limitam-se a dispensar, num primeiro momento, a audiência da parte contrária, passando para uma fase posterior o exercício do direito de defesa.

Assim acontece com o processo de falência.

A regra geral determina que os factos e as provas apresentados pelo requerente apenas podem ser apreciados depois de se ouvir o requerido. Mas quando exista grave inconveniente em que essa audiência se faça, pelos prejuízos que pode importar para a defesa dos interesses dos credores, pode o juiz dispensar a audiência do devedor (art. 1178º, n.º 1), seguindo-se imediatamente a audiência de julgamento.

O contraditório será então exercido por via do recurso de apelação (insurgindo-se quanto à declaração de falência com base nos pressupostos assumidos pelo tribunal, nos termos do art. 1182º) ou por via dos embargos (art. 1184º).

3.4.3 – Oposição

Uma vez citado o requerido, nos termos do art. 1178º, n.º 1, pode apresentar oposição.

A lei não coloca qualquer entrave ao exercício do direito de defesa, podendo ser invocados pelo requerido quaisquer factos ou ser suscitadas quaisquer questões.

Assim, para além da invocação de quaisquer *excepções dilatórias* (v.g. incompetência do tribunal, ilegitimidade do requerente ou do requerido, falta de personalidade, ineptidão da petição, etc.) ou de *excepções peremptórias* (v.g. prescrição do direito de crédito invocado pelo requerente, outra forma de extinção da obrigação, caducidade do exercício do direito de requerer a falência, etc.), cabe na resposta a defesa por *impugnação*, isto é, a alegação de factos que representem uma defesa directa que contrarie os que foram invocados pelo requerente ou que integrem uma versão diversa.

A falta de resposta não produz efeito cominatório, devendo realizar-se o julgamento no qual, mediante a apreciação das provas, o tribunal certificará a existência ou não dos factos alegados por uma e outra das partes.

3.4.4 – Audiência de julgamento

A urgência associada ao processo de falência levou a que na tramitação processual se tivesse adoptado uma sequência diversa da prevista para o processo comum. Para além de não haver lugar a réplica, também não foi dispensada a fase autónoma destinada ao saneamento e à condensação.

A audiência de julgamento deve ser agendada para um curto prazo (máximo de 8 dias), nos termos do art. 1179º, n.º 1. Será na audiência que se procederá à selecção da matéria de facto controvertida (formulação dos quesitos), depois de produzida

a prova (art. 1180º), seguida de resposta à matéria de facto, considerando aquela que se encontra provada ou não provada, sem prejuízo sequer das respostas restritivas ou explicativas, com respeito pelo disposto nos arts. 653º e 664º.

3.4.5 – Sentença

A sentença pode ser proferida imediatamente após o final da audiência de julgamento. Como alternativa, para os casos em que essa opção não seja viável (v.g. atenta a dificuldade das questões suscitadas) a sentença deve ser proferida dentro do prazo de 5 dias (art. 1180º, n.º 2).

A mesma obedece, em linhas gerais, à *estrutura* referida no art. 659º.

Para além da identificação das partes e do resumo das posições assumidas por cada uma delas, impõe-se a enunciação da matéria de facto provada, aqui se inserindo não apenas a que resultar das respostas aos quesitos, como ainda os factos que se encontravam provados por documentos ou que forem confessados expressa ou tacitamente.

Será ao conjunto de factos provados que deverá aplicar-se o direito, verificando o preenchimento dos pressupostos de que depende a declaração de falência.

Antes, porém, considerando a ausência de uma fase autónoma destinada ao saneamento do processo, impõe-se que o juiz afira da existência dos pressupostos processuais, apreciando as excepções invocadas ou aquelas que sejam de conhecimento oficioso.

Não se verificando quaisquer excepções impeditivas do conhecimento do mérito, a falência será decretada se se constatar que os factos apurados integram algum dos respectivos fundamentos legais, face ao disposto no art. 1174º.

Sendo *declarada a falência*, deve o juiz atentar ainda nos seguintes aspectos:

- Determinar a notificação da sentença ao requerente e ao requerido (isto é, aos respectivos advogados, se os houver);
- Designar administrador da falência;
- Fixar um prazo, entre 30 e 90 dias, para que os credores reclamem os seus créditos;
- Determinar a entrega ao Ministério Público de certidão da sentença para efeitos de registo comercial (art. 1181º, n.º 2);
- Determinar a efectivação das publicações e a afixação de editais (art. 1181º, n.º 2);

- Fixar residência ao requerido (art. 1192º);
- Determinar a comunicação à administração dos correios da declaração de falência e da designação do administrador (art. 1216º);
- Determinar a apreensão dos bens e da escrituração do falido (art. 1205º);
- Determinar a apensação dos processos pendentes contra o falido, nos termos do art. 1198º, designadamente daqueles em que tenham sido realizadas apreensões de bens do falido (art. 1205º, n.º 2).¹¹¹

3.4.6 – Reacção do requerido contra a falência

O requerido pode interpor *recurso de apelação* se apenas pretender impugnar os efeitos jurídicos que o tribunal extraiu dos factos considerados provados (art. 1142º).

O recurso de apelação terá efeito meramente devolutivo, isto é, não suspende os efeitos da sentença de declaração de falência, como resulta do art. 1181º, n.º 2, devendo, assim, ser imediatamente executada.

Tendo em conta esse efeito, deve subir imediatamente e em separado.

Os *embargos à falência* constituem outro dos meios de defesa que se ajusta à invocação de factos de cuja prova resulte a revogação da sentença, nos termos do art. 1184º (*v.g.* falta da qualidade de comerciante, falta de legitimidade do requerente, caducidade do direito, impugnação dos factos que se consideraram provados).

Certo é que, de acordo com o art. 1183º, n.º 3, não é permitido reproduzir num dos meios os fundamentos invocados no outro (art. 1183º, n.º 3).

Os embargos apenas *suspendem* o processo de falência a partir da sentença de verificação e de graduação de créditos (art. 1187º).

É este um dos motivos da excessiva demora dos processos de falência que, no direito português, determinou a modificação do regime de modo a impedir este efeito suspensivo que acaba por prejudicar os credores e os interesses da massa falida, face ao risco de desvalorização dos bens que a integram.

¹¹¹ Mesmo ainda antes da declaração de falência pode operar-se a suspensão dos processos de execução que se encontrem pendentes contra o falido, com vista a evitar que os bens sejam efectivamente liquidados em benefício exclusivo dos respectivos credores, em vez de o serem em benefício da universalidade dos credores. Para tanto qualquer credor pode requerer a referida suspensão, nos termos do art. 870º, n.º 2.

3.5 – Efeitos da falência

A falência é *imediatamente executada*, independentemente da interposição de recurso de apelação ou da dedução de embargos (art. 1181º, n.º 2).

a) *Relativamente ao falido:*

- Fica *inibido* de administrar e de dispor dos seus bens que serão objecto de apreensão (art. 1189º);
- Os seus interesses patrimoniais passam a ser *representados* pelo administrador (n.º 3);
- Relativamente às *acções pendentes* relacionadas com interesses da massa falida, seja o falido autor ou réu, dá-se a *substituição processual*: em seu lugar passa a ficar a massa falida, dotada de personalidade judiciária que é distinta da do falido, sendo esse património autónomo representado pelo administrador de falência (art. 1189º, n.º 3);
- O falido fica *inibido* de exercer o comércio (art. 1191º);
- O falido deve assinar *termo de residência* (art. 1192º), sendo obrigado a apresentar-se ao tribunal sempre que o juiz ou o síndico da falência (isto é, o agente do Ministério Público junto do tribunal) solicite a sua presença (art. 1193º);
- Pode haver necessidade de serem fixados *alimentos* ao falido (art. 1195º);
- A falência de *sociedade de responsabilidade ilimitada* (v. g. sociedade em nome colectivo) importa a falência de todos os sócios de responsabilidade ilimitada (art. 1291º).

b) *Relativamente aos credores:*

- A declaração de falência determina o *encerramento de todas as contas* e a *suspensão de juros* contra a massa falida, salvo se estiverem cobertos por garantia real, nos termos do art. 1196º;
- Provoca o *vencimento imediato* de todas as dívidas do falido (art. 1196º);
- No que concerne aos *contratos bilaterais*, a falência não implica necessariamente a sua resolução, devendo o administrador verificar qual das soluções legalmente possíveis se revela mais conveniente para os interesses da massa falida, cumprindo ou não cumprindo os contratos consoante a avaliação que faça (art. 1197º).

c) *Outros efeitos:*

- A generalidade dos *processos pendentes* contra o falido onde se discutam interesses patrimoniais devem ser *apensados* ao processo de falência (art. 1198º); excluem-se as acções a que se refere o art. 73º (ou seja, acções

- reais, como a acção de reivindicação ou acção de despejo), as acções sobre o estado das pessoas (como por exemplo a acção de divórcio ou de investigação da paternidade) e as acções em que existam outros réus;
- Não podem ser instauradas *novas execuções* contra o falido; os respectivos créditos devem ser reclamados para serem verificados e graduados no processo de falência (art. 1198º, n.º 3);
 - As execuções que se encontrem pendentes unicamente contra o falido devem ser apensadas ao processo de falência (arts. 1198º, n.º 3, e 1205º, n.º 2); mas se houver outros executados a falência determina quanto ao falido a extinção da instância, por *impossibilidade superveniente*, devendo o credor reclamar o seu crédito na falência (art. 1198º, n.º 3)
 - São *ineficazes em relação à massa falida* os actos realizados pelo falido depois da declaração de falência (art. 1190º, n.º 1);
 - São *resolúveis em benefício da massa falida* os actos referidos no art. 1200º¹¹² e ainda os actos referidos nos arts. 1202º, presumindo a lei a existência de má fé para efeitos de impugnação pauliana prevista nos arts. 610º e segs. do CC.

3.6 – Providências conservatórias

Com a declaração de falência todos os bens do falido são *apreendidos* passando a integrar a massa falida (art. 1205º).

A par disso, devem ser apreendidos os documentos (art. 1205º) que poderão servir não apenas para identificar a situação económica do falido como ainda para demonstrar as causas da falência, designadamente se se está perante *falência fraudulenta* (arts. 1274º e segs.).

Os bens passarão a ser administrados pelo *administrador da falência*, sob a orientação do síndico, até ao momento em que se proceda à sua alienação (arts. 1210º e segs.).

Deve o administrador proceder ainda à *cobrança dos créditos*, podendo para o efeito interpor acções em representação da massa falida (art. 1213º).

4 – VERIFICAÇÃO DO PASSIVO

4.1 – A obtenção de uma sentença em acção declarativa ou a posse de um título executivo extrajudicial apenas legitima o respectivo interessado a pôr em marcha os mecanismos processuais com vista a obter o seu cumprimento coercivo.

¹¹² Sobre a al. b), que se reporta à fiança, decidiu-se no Acórdão do STJ para Uniformização de Jurisprudência nº 8/97, no D. R., de 9-4-97 (figura que a partir de 1-1-97 sucedeu aos Assentos), que não abarca os avales das dívidas.

O processo de execução comum é, assim, marcado pela *singularidade*, apenas atenuada pela possibilidade de serem convocados os credores privilegiados, ou seja, aqueles que sobre os bens penhorados sejam detentores de garantias reais (hipoteca, penhor, direito de retenção ou consignação de rendimentos).

Além disso, uma vez satisfeita a obrigação exequenda (depois de terem sido atendidos os créditos privilegiados), a execução cumpriu o seu objectivo, seguindo-se a declaração de extinção, nos termos do art. 919º, sem embargo da sua renovação da instância se acaso algum credor privilegiado não tiver conseguido obter o pagamento do seu crédito, nos termos do art. 920º.

4.2 – O processo de falência também se apresenta com a natureza de um processo de execução, ainda que dependente de um único título executivo: a *sentença declaratória da falência*.

No entanto, o seu objectivo é bem mais vasto do que o processo de execução singular. Atenta a gravidade da situação em que o devedor se encontra, revelada pela manifesta inferioridade do activo relativamente ao passivo, pela dissipação de bens, pelo abandono da empresa ou pela cessação de pagamentos, o legislador não se ficou pela tutela do interesse do credor requerente e dos interesses dos credores privilegiados.

Atribuindo maior relevo ao *interesse público*, com vista a sanar uma situação patológica grave, a falência tem como objectivo a *liquidação total do activo* e o *apuramento total do passivo*, sendo chamados a defender os seus interesses não apenas os credores privilegiados, mas *todos os credores*, independentemente da natureza ou do montante dos créditos.

Esse chamamento é feito imediatamente a seguir à declaração de falência, tendo os credores o *onus* de deduzir a oportuna reclamação dos créditos.

4.3 – Dentro do *prazo* fixado pelo juiz na sentença de falência (entre 30 e 90 dias), a contar da data da sua publicação, devem os credores *reclamar* os respectivos créditos (arts. 1181º, n.º 1, e 1218º, n.º 1 e 2).

Estamos face a um *apenso de natureza declarativa*.

A reclamação de créditos inicia-se com uma verdadeira petição, onde o credor deve justificar o seu crédito e formular o pedido da sua verificação (art. 1218º, n.º 1).

Segue-se a fase do contraditório, sendo chamados a pronunciar-se todos os interessados e bem assim o administrador de falências (arts. 1225º e 1226º).

Poderão ser ainda atendidos os créditos que, não tendo sido reclamados, sejam indicados pelo administrador (art. 1224º).

Pode ser apresentada contestação e resposta (art. 1228º), seguindo-se o mapa das reclamações elaborado pela secretaria (art. 1230º).

O juiz procede ao saneamento do processo (art. 1231º), onde poderá conhecer das excepções dilatórias ou peremptórias que tenham sido invocadas ou que sejam de conhecimento officioso.

É ainda nessa fase que deve fazer-se a separação entre os créditos que devem considerar-se reconhecidos, por não terem sido impugnados pelos credores ou pelo administrador, e aqueles sobre que incide controvérsia, relativamente aos quais será elaborada a especificação e o questionário (art. 1231º) a que se seguirá, para apuramento dos factos controvertidos, a audiência de julgamento (art. 1234º).

4.4 – A sentença de verificação e de graduação de créditos será elaborada de modo a serem respeitadas as garantias reais que incidam sobre determinados bens e que produzam efeitos apesar da declaração de falência (art. 1235º).

Note-se que na sentença pode haver necessidade de se estabelecer uma *graduação autónoma* quanto a certas espécies de bens.

O tratamento privilegiado de que beneficiam os credores com *garantia real* que seja atendível em processo de falência torna necessário que, relativamente a tais bens, se proceda a uma graduação autónoma que respeite as prioridades emergentes do direito substantivo.

Com efeito, as garantias de que podem beneficiar os credores podem variar consoante incidam sobre *bens móveis* ou *imóveis* (existem privilégios creditórios mobiliários gerais e especiais e privilégios imobiliários especiais) ou consoante exista ou não uma garantia real que abarque exclusivamente um determinado bem (p. ex. o penhor de um estabelecimento comercial ou a hipoteca de um imóvel) ou uma generalidade de bens (p. ex., os privilégios creditórios mobiliários).

É importante realçar ainda que nem todas as garantias reais invocáveis no processo de execução singular persistem no processo de falência, pois que nos termos do art. 1235º, não são atendidas no processo de falência a *hipoteca judicial* (ou seja, aquela que foi constituída pelo próprio credor, depois de ter obtido sentença condenatória transitada em julgado) ou a *penhora* (art. 1235º, n.º 2).

Mas já devem ser especialmente atendidas as seguintes garantias:

- Hipoteca voluntária;
- Hipoteca legal;
- Penhor;
- Direito de retenção;
- Consignação de rendimentos;
- Privilégios creditórios imobiliários;
- Privilégios creditórios mobiliários especiais;
- Privilégios creditórios mobiliários gerais.

4.5 – A lei reconhece a possibilidade de serem apresentadas reclamações fora do prazo que foi fixado na sentença, nos termos do art. 1241º. Porém, em tal situação, a reclamação já não é feita nos termos normais, através de requerimento apresentado no processo de falência, mas mediante a instauração de acção contra a massa falida que correrá por apenso e onde a massa falida será representada pelo seu administrador.

5 – VENDA DOS BENS

No art. 1214º prevê-se a possibilidade de se realizar a venda antecipada de bens em situações de urgência.

Salvo essa excepção, a venda apenas pode ser realizada, face à redacção originária do art. 1245º (alterado em 1986, de modo a possibilitar a venda depois da declaração de falência), depois de verificado o passivo.

A venda é feita pelas vias previstas para o processo de execução (art. 1247º), devendo ser depositado o respectivo produto, a fim de ser oportunamente distribuídos pelos credores de acordo com a sentença de graduação de créditos.