



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

ASPETOS NOTARIAIS E REGISTAIS NA VIDA DAS EMPRESAS

ATAS

ORGANIZAÇÃO

ANA LAMBELHO

JORGE BARROS MENDES

MARISA DINIS

Edição:

Instituto Politécnico de Leiria
Escola Superior de Tecnologia e Gestão

www.cicje.ipleiria.pt

Abril de 2017

Instituto Politécnico de Leiria
Escola Superior de Tecnologia e Gestão
Morro do Lena - Alto do Vieiro
2411-901 Leiria
Apartado 4163

ISSN: 2183-5330

NOTA DE PUBLICAÇÃO

O VIII CICJE decorreu na Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria no dia 6 de Dezembro e foi subordinado ao tema “Aspetos Notariais e Registais das Empresas”.

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

Leiria, abril de 2017
Os organizadores,

Ana Lambelho
Jorge Barros Mendes
Marisa Dinis

Índice

NOTA DE PUBLICAÇÃO	5
REGISTRO DE COOPERATIVAS EN EL ESTADO ESPAÑOL: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS	7
DO SENTIDO E ALCANCE DA OBRIGATORIEDADE DE REGISTO E COMUNICAÇÃO DE ACORDOS PARASSOCIAIS	24
A IMPORTÂNCIA DO REGISTO NOS PROCESSOS DE FUSÃO E DE CISÃO	53
A PROBLEMÁTICA (DO REGISTO) DA RESERVA DE PROPRIEDADE A FAVOR DE UM TERCEIRO (FINANCIADOR): O FUNDING DAS EMPRESAS E O SEMPRE CRIATIVO UNIVERSO DOS ESQUEMAS/MODELOS NEGOCIAIS DE CRÉDITO E FINANCIAMENTO	72

REGISTRO DE COOPERATIVAS EN EL ESTADO ESPAÑOL: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

FRANCISCO JOSÉ TORRES PÉREZ¹

RESUMEN

En la comunicación me centraré ciertas cuestiones del proceso registral de las sociedades cooperativas en el estado español. Para ello parto de una **breve referencia introductoria al prolijo marco normativo aplicable a este tipo de sociedades (I)**. A las 16 normas autonómicas y a la ley estatal, tenemos que sumar numerosas disposiciones que reglamentan el proceso registral de las cooperativas en los registros existentes.

Tras esta visión inicial, querría detenerme en el análisis de ciertos aspectos problemáticos del citado proceso registral. Entre otras cuestiones, abordaría cuál es el **criterio a efectos de determinar cuál es el registro competente en el caso de que la actividad cooperativizada se lleve a cabo en varias comunidades autónomas (II)**. Para ello analizaré si existe una total coordinación entre la normativa estatal básica en esta materia (Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas) y las diversas normas autonómicas. En esta línea, procede analizar el criterio establecido en el art. 2 de la citada norma.

Por otra parte, también intentaré analizar si existe o no una verdadera **coordinación entre tales registros y el Registro Mercantil (III)**. Al respecto, no hay que obviar que cierta doctrina es partidaria de unificar ambos registros. Además, a los efectos de inscripción de determinados actos relativos a las cooperativas (véase, denominación social), éstas sociedades sí que pueden acceder al Registro Mercantil Central.

Finalmente, apuntaré cuál es la **tendencia actual (IV)**, en particular, me centraré criterio ha utilizado el legislador español para el registro de una Sociedad Cooperativa Europea radicada en España y en el anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

ÍNDICE: I.- Introducción: marco legal. II.- Criterios para determinar el registro competente. III.- La coordinación inter-registral. IV.- Tendencia actual.

¹ Profesor área Derecho Mercantil. Universidade de Vigo. Fac. Ciencias Xurídicas e do Traballo. Despacho D208. Lagoas Marcosende s/n 36310 Vigo. Tlfno: +34 986 812023. E-mail: ftorres@uvigo.es. Skype: ftorres986

I.- Introducción: marco legal

El desarrollo de la normativa referente a las sociedades cooperativas en España parte de la previsión contenida en el artículo 129. 2 de la Constitución donde se dice que: “Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

Sin embargo, en esta materia, no se puede obviar el reparto competencial diseñado por el texto constitucional. Dada la previsión específica del artículo 149.3 “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”. Por tal razón, y debido que entre el elenco de competencias exclusivas del Estado no figura la legislación cooperativa, todos los legisladores autonómicos a excepción del de Canarias, han ido promulgado normas sobre cooperativas.

Esta verdadera “competición atlético-normativa”² nos ha llevado, en palabras de COSTAS COMESAÑA, a un “tupido bosque legal”³ sin parangón en Europa y que está configurado a día de hoy por la Ley 27/1999 de Cooperativas (estatal), la Ley, también estatal, que regula las Cooperativas de Crédito⁴, y 16 leyes autonómicas.

Pero esto no es todo. Como complemento a lo anterior hemos de puntualizar que: i) en algunas autonomías se han regulado tipos especiales de cooperativas en razón a su dimensión (por ejemplo, entre otras, en el País Vasco⁵, Extremadura⁶ o

² PANIAGUA ZURERA, M., *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, en AA.VV., *Tratado de Derecho Mercantil* (Dirs. Olivencia, Fernández-Nóvoa, Jiménez de Parga), Marcial Pons, 2005, Madrid, p. 51.

³ COSTAS COMESAÑA, J., “Panorama da Lexislación Cooperativa en España”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Insituto Politécnico do Porto, núm. 7, 2006, p. 12.

⁴ Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito. BOE de 31 de Mayo de 1989.

⁵ Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi, BOPV núm. 127 de 04 de Julio de 2008 y BOE núm. 212 de 03 de Septiembre de 2011.

Navarra⁷); ii) en otros territorios se han dictado normas reglamentarias en desarrollo de la correspondiente Ley (valga como ejemplo el detallado Reglamento de la Ley de Sociedades de Cooperativas de Andalucía⁸); y, además, iii) que en prácticamente todos los territorios autonómicos se han creado los oportunos Registros de Cooperativas con su correspondiente reglamentación.

Pues bien, como fácilmente se comprenderá, el reparto competencial en materia de legislación cooperativa ha sido objeto de crítica desde el punto de vista doctrinal⁹. Además, algunas normas autonómicas fueron puestas en entredicho por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como bien diremos a continuación.

Al respecto, por su mayor conexión con esta comunicación, hemos de resaltar que entre las competencias estatales figura que la ordenación de los registros e instrumentos públicos es una competencia estatal (art. 149.1, 8º). Éstos, como fácilmente puede concluirse, otorgan a los actos inscritos efectos jurídico privados sea una mera eficacia declarativa o, en determinados casos, constitutiva. Por tal motivo, en una primera aproximación, algunos autores concluyen que el citado título competencial estatal se conculca, o cuando menos resulta afectado por la organización de los diferentes registros de cooperativas autonómicos¹⁰. No obstante, parte de la doctrina ha considerado que los registros de cooperativas tendrían la naturaleza de meros registros de carácter administrativo más que de registros jurídicos o públicos. Los primeros son creados por la Administración Pública para controlar la constitución y actividad de ciertos operadores; mientras que los segundos, con normas de

⁶ Ley 8/2006, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura. DOE núm. 153 de 30 de Diciembre de 2006 y BOE núm. 24 de 27 de Enero de 2007.

⁷ Ley Foral 2/2015, de 22 de enero, de microcooperativas de trabajo asociado. BON N.º 21 de 2 de febrero de 2015

⁸ Aprobado por Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, BOJA,186 de 23/09/2014; y en desarrollo de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas.

⁹ Para una certera visión de esta realidad normativa, véase, por todos: VICENT CHULIÁ, F., "El Futuro de la Legislación Cooperativa", *Cooperativismo e Economía Social*, núm. 24 (2001/2002), pp. 7-42; o, más recientemente, VARGAS VASSEROT, C., "El sistema de publicidad legal de las cooperativas. Un problema pendiente de resolución", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 33, 2009, pp. 129-140.

¹⁰ PANIAGUA ZURERA, M., *La sociedad...*, op.cit. p. 57.

funcionamiento similares al Registro mercantil, tienen como objetivo fundamental la protección de aquella persona que se ampara en los datos registrales¹¹. En esta tesitura, y teniendo en cuenta el devenir histórico de la normativa cooperativa española, los registros de cooperativas se configurarían a modo de registros de régimen administrativo y de publicidad legal o jurídico-privada, que tiene por objeto crear seguridad jurídica mediante la inscripción de las entidades cooperativas y de los negocios, actos y hechos jurídicos que afectan a su existencia, modificaciones y actividad, en los supuestos exigidos por la ley¹².

Con todo, la posible inconstitucionalidad del sistema de registros de cooperativas se cerró con la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 72/1983, de 29 de julio¹³, en la que se declaraba al respecto que las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) podrán constituir los registros públicos que resulten necesarios para el desarrollo de la actividad cooperativa. Así, en base a lo que COSTAS denomina “pacto constitucional implícito” entre la administración central y autonómicas, se permitió este reparto competencial reservando la competencia sobre la legislación cooperativa a las CCAA y la configuración de los registros autonómicos como registros de publicidad jurídico-privada¹⁴.

En consecuencia, el “mapa” organizativo de los registros de cooperativas en el estado español estaría compuesto por (i) dos registros de competencia estatal y (ii) 17 registros autonómicos.

- i) En cuanto a los registros de competencia estatal en materia de cooperativas, diferenciaríamos entre el Registro Mercantil al que por imperativo legal han de acceder, por una parte y por razones de materia, las Cooperativas de crédito, las mutas y las cooperativas de seguros (art. 81.1 d) del RD 1784/1996, de 19 de

¹¹ COSTAS COMESAÑA, J., “O rexistro de cooperativas”, *Cooperativismo e Economía Social*, núm. 16, xullo-diciembre 1997, p. 175.

¹² VICENT CHULIÁ, F., en AA.VV., *Comentarios al Código de Comercio y legislación Mercantil especial* (Dir. Fernando Sánchez Calero y Manuel Albadalejo), Tomo XX, Ley General de Cooperativas, Vol. 3º, Madrid, 1994, p. 393.

¹³ BOE núm. 197, de 18 de agosto.

¹⁴ COSTAS COMESAÑA, J., “O rexistro...”, *op.cit.* p. 177.

julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil –en adelante RRM-) ¹⁵; y, por otra, tal y como desarrollaremos en el epígrafe IV –vid. infra- también accederían las Sociedades Cooperativas Europeas domiciliadas en España. En segundo lugar, existe el Registro de Cooperativas central o estatal cuyo ámbito está circunscrito a aquellas sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en el territorio de varias CCAA, cuando no lo haga con carácter principal en ninguno de tales territorios, así como aquellas cooperativas que desarrollen su actividad en las Ciudades de Ceuta y Melilla.

- ii) Por otro lado, tendríamos los registros de cooperativas que son competencia de las comunidades autónomas. En cuanto a la organización de estos registros autonómicos, destacaríamos varias cuestiones previas. En primer lugar, que todas las 17 CCAA, incluso la de Canarias que, como avanzamos, no dispone de una ley propia de cooperativas, han asumido competencias sobre esta materia y, por tanto, disponen de un registro propio de sociedades cooperativas ¹⁶. En segundo lugar, que tales registros dependen usualmente desde un punto de vista administrativo de las Consejerías u Organismos autonómicos competentes en materia de empleo (con la excepción de Andalucía y Castilla La Mancha). Finalmente, una tercera cuestión introductoria, es que en algunas comunidades autónomas el registro de cooperativas se estructura con una unidad o registro central y varios registros de carácter provincial. Se trataría, en suma, de una organización descentralizada tanto desde el punto de vista territorial como competencial ¹⁷. Al respecto, ponemos como ejemplo el caso de Galicia donde de acuerdo con el Decreto 430/2001, de 18 de diciembre, por el que se

¹⁵ También, como acertadamente se ha señalado, “si la cooperativa emite obligaciones o valores negociables, (...) para poder inscribir la emisión se tienen que inscribir ella primero en el Registro Mercantil”; VARGAS VASSEROT, C., “El sistema de publicidad...”, op.cit. p. 133.

¹⁶ Un listado actualizado de tales registros y de su adscripción funcional, puede encontrarse en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/Regsociedades/contenidos/cooperativas.htm (fecha consulta 27/09/2016)

¹⁷ COSTAS COMESAÑA, J., “O rexistro...”, op.cit. p. 179.

aprueba el Reglamento del Registro de Cooperativas de Galicia (en adelante RRCG), tal Registro se estructura en un registro Central con sede en Santiago de Compostela y cuatro registros provinciales. El Registro central sería el competente respecto de las sociedades cooperativas de ámbito superior al de una provincia, que realicen principal y mayoritariamente su actividad cooperativizada con sus socios dentro del territorio de la CCAA. Además, tal registro central tiene competencias respecto a las cooperativas de créditos y seguros, las cooperativas de segundo grado y las asociaciones de cooperativas. Por su parte, los Registros provinciales de cooperativas serán competentes respecto de las restantes clases de cooperativas, cuyo ámbito territorial donde desarrollen las actividades cooperativizadas con sus socios no sea superior al de la respectiva provincia.

II.- Criterios para determinar el registro competente

En relación con la última materia tratada, comprobamos que la clave para establecer cuál es el registro competente estará en discernir el carácter principal y mayoritario de la actividad cooperativizada dado que de ello dependerá la competencia del Registro Central o del correspondiente registro provincial. Similar problemática la encontramos en la distribución de competencias entre el Registro de cooperativas estatal (cuya competencia se determinaba sobre la base de que una sociedad cooperativa no realizara la actividad cooperativizada de forma principal en una CCAA) y los correspondientes registros autonómicos.

Procede, pues, analizar cuál ha sido la solución legal por la que ha optado el legislador estatal. En concreto, en el art. 3.2 del Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas (en adelante RRC), se puntualizan varias cuestiones que pasamos a extractar. Primero, aquello que se entiende por actividad cooperativizada que se define como “la correspondiente a la actividad societaria por cualquiera de las fórmulas establecidas a que se refiere la Ley de Cooperativas, con independencia del domicilio social y de otras

relaciones con terceros”. En segundo lugar, se determina qué significa “carácter principal”. Así, el legislador estatal considera que dicha actividad se realiza principalmente en el territorio de una determinada Comunidad Autónoma, cuando dicha actividad en la misma resulte ser superior a la realizada en el conjunto de los demás territorios.

Por último, el artículo 3.2 citado, finaliza con una cláusula donde se mantiene que: “En la inscripción inicial de la sociedad, dichas circunstancias se deducirán de sus estatutos, sin perjuicio de que con posterioridad procediera modificar el fuero registral a consecuencia de variación en tales circunstancias, que se acreditará mediante certificación de la sociedad comprensiva de su actividad efectiva, por el contenido de modificación estatutaria, o por cualquier medio de prueba válido en derecho”.

Al hilo de este precepto, hay que realizar varias matizaciones. De inicio, se ha de resaltar su trascendencia para determinar el ámbito de aplicación de la legislación estatal de cooperativas. Como acertadamente ha indicado MORILLAS, tal ámbito está conectado con la delimitación del Registro correspondiente en particular con la concreción legal de los términos “actividad cooperativizada” y “principalmente”¹⁸. En efecto, si tomamos como referencia el art. 2 de la norma estatal, comprobaremos que el ámbito de aplicación de dicha norma pivota sobre los citados términos que, como se ha avanzado, son objeto de concreción en el Reglamento¹⁹.

No obstante la concreción de tal desarrollo normativo, de una primera lectura del reglamento surgen una serie de dudas. De una primera aproximación al concepto de actividad cooperativizada previsto en la norma, deducimos que ésta se deberá

¹⁸ MORILLAS JARILLO, M^a J., “El ámbito de aplicación de las Leyes de Sociedades Cooperativas”, AA.VV., *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V., McGraw Hill, Madrid, 2002, p. 4790.

¹⁹ Así, en el art. 2 de la LC y bajo la rúbrica de “Ámbito de aplicación” se dice que: “La presente Ley será de aplicación: A) A las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal. B) A las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla”.

circunscribir a la prevista en el objeto social y realizada con los cooperativistas prescindiendo del domicilio social (estatutario) de la propia sociedad y otras relaciones que la cooperativa pueda llevar a cabo con terceros. Por tanto, el dato fundamental sigue siendo la actividad societaria desarrollada por la cooperativa con sus propios socios sean éstos cooperativistas, socios de capital (dada la posibilidad de constituir cooperativas mixtas); o incluso, si se realiza una interpretación amplia de actividad societaria, también se podría tener en cuenta la actividad desarrollada con personas ajenas a la cooperativa pero que proveen de recursos financieros a la misma (participaciones especiales u otras financiaciones –obligaciones por ejemplo-) tal y como permite la legislación vigente.

Además de esta indeterminación, otro de los interrogantes es cómo interpretar el calificativo “superior” que incorpora el precepto. Esto es fundamental para fijar el ámbito de aplicación del registro de cooperativas competente. Como avanzamos, de acuerdo con tal precepto, se entendería que la actividad cooperativizada se lleva a cabo “principalmente” en el territorio de una CCAA cuando dicha actividad resulte ser superior a la realizada en el conjunto de los demás territorios. El sentido común lleva a concluir que primaría un parámetro objetivo, esto es, un criterio meramente cuantitativo pese a que el adjetivo “superior” puede tener un significado cualitativo²⁰. Sin embargo el problema sigue existiendo dado que la normativa no hace referencia al parámetro a tener en cuenta.

En este sentido, por ejemplo, a nivel autonómico parece concretarse algo más esta cuestión. Así, el art. 3 del Decreto 430/2001, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Cooperativas de Galicia (en adelante RRCG), hace referencia al volumen de operaciones de orden interno cooperativo realizadas por la cooperativa con sus socios, para determinar el carácter principal y mayoritario de la actividad cooperativizada. No obstante la concreción, también podrían generarse dudas sobre si tal volumen hace referencia al dato contable de la facturación, el

²⁰ MORILLAS JARILLO, M^a. J., “El Reglamento del Registro de Cooperativas de la Administración General del Estado”, AA.VV., *O Rexistro de Cooperativas de Galicia* (Coords. Tato Plaza, Costas Comesaña), Cooperativismo e Economía Social Monografías, Vigo, 2003, p. 59.

beneficio ulterior que genera esa actividad o, incluso, las cantidades de materia prima que una persona socia entrega a la cooperativa. Es más, sea cuál sea el parámetro elegido (parece que la facturación podría ser el más adecuado) como fácilmente se podrá deducir, dichas circunstancias son difícilmente constatables en el momento de la constitución de la cooperativa y, evidentemente, pueden variar de un ejercicio económico a otro.

Conscientes de esta dificultad los legisladores estatal y autonómicos matizan lo siguiente. En el caso de una cooperativa de nueva creación, el territorio en el cuál se vaya a realizar de forma principal y mayoritaria la actividad cooperativizada se deducirán: de los estatutos de la propia sociedad –donde han de constar necesariamente el domicilio y el ámbito territorial de actuación de la cooperativa- (art. 2.2 RRC); o, con mayor concreción, del “domicilio que se fije estatutariamente, así como de las previsiones de actividad cooperativizada referidas al primer ejercicio económico” (art. 3 RRCG). La forma de llevar a cabo un eventual cambio del “fuero” registral también se prevé legalmente. Y esto procederá si, una vez registrada la cooperativa, i) existe una variación de tales circunstancias, ii) si se modifican estatutos o, por último, iii) si se comprueba la inexactitud de las mismas. Estas variaciones se acreditarán mediante una certificación de la sociedad comprensiva de su actividad efectiva, por el contenido de la modificación estatutaria o por cualquier medio de prueba válido en derecho. Parece claro que en los dos primeros supuestos señalados la comunicación ha de realizarse a instancia de la propia sociedad, mientras que la última hipótesis se origina en una función inspectora que, entendemos, el Registro debería realizar de oficio antes que recurrir a otros organismos (véase Ministerio de trabajo en el caso de las cooperativas inscritas en el Registro Estatal; o la correspondiente Consejería de la CCAA de la que dependa el Registro). Es por tal motivo, por lo que en el art. 44.2 del RRC se determina que: “Si el Registro de Sociedades Cooperativas comprobare, por cualquier medio, indicios de incumplimiento en materia de su competencia, se dirigirá a la correspondiente sociedad requiriéndole de subsanación o para aclaración de situaciones, con carácter previo a proceder conforme al apartado 1

de este artículo”. En consecuencia, antes de la intervención de cualquier órgano administrativo ajeno al Registro sería necesario un efectivo control por parte de éste. Y esta cuestión tiene su relevancia, por cuanto, derivar directamente tal función a otros organismos ajenos al Registro mermaría la competencia inspectora que dicha institución ha de tener sobre las sociedades inscritas.

III.- La coordinación inter-registral.

Como bien se puede deducir de lo hasta ahora expuesto, la verdadera eficacia de un sistema registral tan complejo, dependerá en gran medida de una correcta coordinación entre todos los registros citados. Procede, pues, hacer una breve referencia a aquellas soluciones comunes que se prevén en la normativa y analizar si realmente son efectivas en la práctica.

Como punto de partida en esta materia hemos de partir de la declaración que el legislador estatal realiza en el art. 3.2 RRC, donde se dispone que: “El Registro de Sociedades Cooperativas colaborará con los demás Registros públicos y, en especial, con los Registros Mercantiles y con los demás Registros de Sociedades Cooperativas, en la forma dispuesta por este Reglamento”. En particular en la legislación gallega, el art. 104.4 RRCG, dispone que la coordinación y colaboración con el registro de cooperativas dependiente de la Administración general del Estado o con los de otras comunidades autónomas, así como con el Registro Mercantil, se ha de realizar a través del Registro Central de cooperativas de Galicia.

Las medidas concretas de colaboración que cita la normativa estatal en su artículo 41, se diferencian entre: i) previsiones específicas de colaboración con los otros (16) registros autonómicos; ii) medidas de coordinación con el Registro Mercantil y colaboración con otros organismos públicos. De una forma similar, en lo que concierne a coordinación con otros registros, la normativa autonómica suele incorporar medidas de colaboración/coordinación con los otros registros autonómicos

similares a las previstas en la normativa estatal²¹. Por ello, en esta comunicación nos centramos en la legislación estatal.

Esta regulación, que acertadamente ha sido catalogada de optimista y superficial²², prevé las siguientes hipótesis. Primera: Supuestos en los cuáles, una vez solicitada la inscripción en el registro estatal, se deduzca que la competencia puede ser de otro Registro (autonómico). En tales casos, de oficio, el Registro estatal se dirigirá al registro (autonómico) que se estime que es competente. Una vez aceptada la competencia por el Registro de cooperativas autonómico, éste informará de la inscripción practicada al Registro de Sociedades Cooperativas estatal a los oportunos efectos. Segunda: supuestos en los que una cooperativa inscrita en un Registro autonómico solicita su inscripción en el Registro (estatal) por modificación de ámbito de actividades. En este supuesto, el Registro (estatal) se dirigirá al autonómico correspondiente donde hubiere figurado inscrita la sociedad para que le sea remitida la certificación literal de los asientos registrales de la sociedad. En caso de que procediera dicha inscripción, también se inscribirán los antecedentes registrales previos al asiento correspondiente, si se hubieren remitido, y se comunicará la inscripción al Registro de origen. Tercera: colaboración específica en materia de denominaciones. Al respecto, el Registro estatal solicitará información a los

²¹ Al respecto traemos a colación la norma básica en la materia contenida en el artículo 100 RRCG que con la rúbrica "Competencia a favor de otro registro de cooperativas" establece que "1. Cuando un acuerdo de la cooperativa determine la competencia de un registro de cooperativas distinto al registro en el que figure inscrita la entidad, el registro que resulte competente, debido a la modificación, pasará a ejercer respecto de la cooperativa todas las funciones registrales desde el momento en el que se inste ante él la inscripción del acuerdo.

Esta competencia afectará, incluso, a la calificación previa y a las inscripciones y demás trámites registrales necesarios para la inscripción de la escritura pública correspondiente.

2. La solicitud de inscripción del acuerdo deberá presentarse ante el registro que resulte competente,

acompañada de la documentación preceptiva según lo dispuesto en el presente reglamento y certificación de los antecedentes registrales de la sociedad, expedida por el registro de origen, en la que conste la transcripción literal de los asientos que deban quedar vigentes.

El registro de origen expedirá el certificado a petición de la cooperativa y a la vista de la escritura de elevación a público del acuerdo, practicando la correspondiente anotación preventiva".

²² MORILLAS JARILLO, M^a. J., "El Reglamento...", op.cit. p. 60.

autonómicos que ostente competencia en materia de denominaciones, a efectos de emisión de certificaciones de denominación.

La coordinación con el Registro Mercantil se plasma en dos tipos de medidas:

- i) En lo que respecta a legalización de libros y depósito de cuentas anuales, se establece una previsión genérica que no ha sido objeto de desarrollo reglamentario (tal y como declara la disposición final tercera de la Ley estatal de cooperativas). Ante esta carencia, y en lo que respecta a esta materia, la única previsión expresa la encontramos en el art. 28.3 donde se determina que el Registro estatal deberá de comunicar al Registro Mercantil el depósito de las cuentas de las sociedades que estuvieran también obligadas a ello en el Registro Mercantil.

- ii) Por otra parte, en relación con la emisión de la certificación negativa de denominación, ésta se realizará por el Registro estatal de cooperativas previa información al Registro Mercantil Central. En este sentido, se puntualiza que “transcurridos cinco días sin que dicha información fuera facilitada, se tendrá por evacuado el trámite y procederá a la emisión de la certificación correspondiente”. En esta materia cabe puntualizar que en la sección de denominaciones y entidades inscritas que es competencia del Registro Mercantil Central podrán incluirse las denominaciones de otras entidades cuya constitución se halle inscrita en otros Registros públicos (por ejemplo, el Registro estatal de cooperativas o los autonómicos) aunque no sean inscribibles en el Registro Mercantil (tal y como sucede con las sociedades cooperativas) cuando así lo soliciten sus legítimos representantes. En tales casos, la solicitud dirigida al Registro Mercantil central, deberá ir acompañada de certificación que acredite la vigencia de la inscripción en los registros correspondientes (al respecto, vid. art. 396 del RRM). No obstante, lo cierto es que los problemas de coordinación legislativa aconsejarían un tratamiento unificado de esta cuestión. En particular debido a que no todas las normas autonómicas exigen que la

certificación negativa de denominación sea expedida por el Registro estatal de cooperativas de modo que nos podríamos encontrar con denominaciones coincidentes de cooperativas que pertenezcan a diferentes comunidades autónomas²³.

En lo que respecta a la coordinación con otros organismos (art. 43 RRC), se establece de una forma obvia y quizás innecesaria, que el Registro estatal de cooperativas libraré las certificaciones que le sean requeridas por organismos de las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales; y, de una forma un tanto críptica, que tal Registro emitirá los informes que le sean requeridos por organismos públicos

A todo lo anterior hay que añadir que en las “especialidades” del sistema de tramitación telemática del registro de sociedades cooperativas, conviven leyes autonómicas y la normativa estatal en la materia, sin que el sistema esté del todo coordinado²⁴.

De lo que se ha expuesto -que es una breve remisión a las normas básicas de coordinación contenidas en la normativa estatal- se puede concluir que el nivel de

²³ Esta diversidad legislativa ha sido puesta de manifiesto doctrinalmente, diferenciando entre aquellos legisladores autonómicos que exigen que la certificación negativa de denominación se expida, únicamente, por el registro de cooperativas autonómico; los que supeditan que tal certificación se expida teniendo en cuenta la información de registro central de cooperativas; y, finalmente, los que prohíben la utilización de una denominación idéntica a cualquier cooperativa o sociedad mercantil preexistente lo que, de facto, supondría tener que acreditar con tres certificaciones negativas diferentes (la del Registro de cooperativas autonómico competente, la del Registro estatal de cooperativas y la del Registro Mercantil). Al respecto, vid. VARGAS VASSEROT, C., “El sistema de publicidad...”, op.cit. pp. 136-137.

²⁴ En lo que respecta a la legislación estatal, vid. Real Decreto 44/2015, de 2 de febrero, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la puesta en marcha de sociedades cooperativas, sociedades civiles, comunidades de bienes, sociedades limitadas laborales y emprendedores de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática. Entre las normas autonómicas, vid.: Orden de 26 de julio de 2012, por la que se regula la tramitación telemática de los procedimientos de inscripción y de certificación relativos al Registro de Cooperativas de Andalucía y al Registro de Sociedades Laborales de Andalucía; Orden. EMO/316/2015, 6 octubre, por la que se aprueban los modelos de estatutos sociales que establece el artículo 20 de la Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas de Cataluña para inscribirlas por el procedimiento exprés D.O.G.C., de 14 octubre, que regula un procedimiento abreviado para determinados tipos de cooperativas que no superen las 10 personas socias.

seguridad jurídica que aporta el sistema registral en su conjunto es adecuado pero mejorable. La eficacia del mismo se pone en entredicho por la dispersión de registros existentes; y, del mismo modo, la seguridad jurídica queda mermada por una cuestión muy relevante: el sistema de recursos. Claro está que las normas autonómicas prevén un sistema de recursos que se podrán interponer contra la resolución de la autoridad administrativa que ponga fin al procedimiento de inscripción. No obstante, el sistema “cooperativo” adolece de la unidad y seguridad jurídica que aporta el sistema del Registro Mercantil. Al respecto, hay que puntualizar que las personas interesadas estarán legitimadas activamente para recurrir las calificaciones negativas de los Registradores ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) en la forma y según los trámites previstos en la Ley Hipotecaria. Las resoluciones de la DGRN que estimen el recurso, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y tendrá carácter vinculante para todos los Registradores. Como fácilmente se puede deducir, al hilo de tales resoluciones se va creando una verdadera doctrina interpretativa del sistema registral que dota de unidad y, sobre todo, de seguridad jurídica al mismo²⁵.

IV.- Tendencia actual.

En directa conexión con lo anterior, haremos una breve referencia a la inscripción de la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España. Esta figura societaria se crea por el Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE)²⁶ (en adelante RSCE); y, a su vez, por la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España (en adelante LSCE).

Por mandato contenido en el art. 11.1 del RSCE, toda Sociedad Cooperativa Europea deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social, en el

²⁵Las Resoluciones de la DGRN, por meses, se pueden consultar en el siguiente enlace: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/documentacion-publicaciones/boletin-ministerio-justicia/seccion-informativa/resoluciones-direccion/nacionalidad-estado-civil?tipo=ResolucionDGRN>

²⁶ Diario Oficial n° L 207 de 18/08/2003 p. 0001 - 0024

registro que señale la legislación de ese Estado miembro de conformidad con la legislación aplicable a las sociedades anónimas. Es más, el art. 11.5 del RSCE establece que se aplicará la legislación de las sociedades anónimas del domicilio social en todo lo relativo a la publicidad de actos y datos de una SCE. En esta línea, el art. 3 LSCE determina que la sociedad cooperativa europea se inscribirá en el Registro Mercantil que corresponda a su domicilio en España. En consecuencia, por una parte, la SCE pasa a formar parte de los sujetos inscribibles en el Registro Mercantil dada la formulación abierta el art. 81.1, m) del RRM que considera también como sujetos inscribibles: “Las demás personas o entidades que establezcan las leyes”; y, por otra, se consideraría derogado el art. 2.4 del RRC de acuerdo con el cual: “Las Sociedades Cooperativas Europeas se inscribirán en el Registro a que se refiere este Reglamento, en Libro especial a tal efecto”²⁷.

Desde el punto de vista doctrinal, se ha considerado que el sistema diseñado por el RSCE tiene su fundamento en la “protección de los intereses de los socios y, sobre todo, de los terceros relacionados con una SCE”²⁸. Para ello se opta por la uniformidad siguiendo el patrón marcado por el régimen de sociedades de capital. No obstante, la doctrina también ha considerado que la solución por la que ha optado el legislador europeo es un paso más dentro de proceso de “mercantilización” de las sociedades cooperativas²⁹.

Sea como fuere, la aludida solución vuelve a plantear la conveniencia de integrar el proceso registral de todo tipo de cooperativas (sean SCE o no) en el Registro Mercantil. Este debate, de amplia raigambre entre la doctrina cooperativista española,

²⁷ Nótese, como acertadamente ha puntualizado la mejor doctrina, que el legislador español se atribuía competencias registral en el año 2002 sobre una figura (la SCE) que todavía no poseía una regulación sustantiva (el RSCE es de 2003). Al respecto, vid. FARIAS BATTLE, M., “Personalidad jurídica, inscripción registral y publicidad de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España”, en AA.VV., *La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España* (Dir. Rosalía Alfonso Sánchez), Thomson-Aranzadi, 2008, p. 158.

²⁸ FARIAS BATTLE, op.cit. p. 159.

²⁹ MARTÍNEZ SEGOVIA, J.F., “Primera aproximación al estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea”, *Revesco*, núm. 80, 2003, p. 89

parte del diseño competencial y al “pacto constitucional implícito” al que aludíamos al principio de esta comunicación (vid. supra. epígrafe I). Entre la doctrina, autores de referencia como VICENT CHULIÀ o COSTAS COMESAÑA, propugnaban tres soluciones para “imponer” la inscripción de las cooperativas en el RM sin que, por ello, se cercenara la competencia exclusiva que las autonomías tienen en materia de legislación cooperativa³⁰.

Dicho esto, la cuestión sigue abierta y más de actualidad que nunca dado que, en el art. 211.1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (en adelante ALCM) se considera a las sociedades cooperativas como sociedades mercantiles por razón de forma. Esto significa que cualquier sociedad cooperativa sería mercantil prescindiendo, para definir tal mercantilidad, del objeto que lleven a cabo. Por tal motivo, las cooperativas deberían de inscribirse en el RM (art. 140.2, 1º b) del ALCM). En la propia Exposición de motivos del ALCM, se justifica esta novedosa solución por tratarse de una forma social (al igual que las mutuas y las sociedades de garantía recíproca) que “que dan cobertura jurídica, con estructura corporativa, a actividades empresariales organizadas con base mutualista, con independencia de que su regulación esté contenida en legislación propia fuera del Código, habida cuenta de que, tanto la especialidad tipológica, como otras consideraciones de índole competencial, no aconsejaban su inclusión en él” (Exposición de Motivos, III-11, ALCM). En suma, tal y como se ha declarado, de promulgarse el Código Mercantil sin variaciones con respecto al ALCM, incluso aquellas cooperativas que únicamente produzcan bienes para uso y consumo exclusivo de los cooperativistas, serían catalogadas por ley como mercantiles³¹.

³⁰ Se apuntaban, como soluciones, básicamente tres: a) regulación en las leyes cooperativas autonómicas de registros de cooperativas gestionados por el cuerpo nacional de registradores; b) un pacto entre Estado y CCAA para suprimir el Registro de Cooperativas, tanto en las leyes autonómicas como en la estatal, y que por ley se imponga su inscripción en el RM; c) que el Estado promulgue una Ley que, ejerciendo la competencia exclusiva prevista en el 149.1.8 o del 153 de la Constitución, impusiera la inscripción en el RM. Al respecto vid. VICENT CHULIÀ, Comentarios..., op.cit. pp. 382-383; COSTAS COMESAÑA, J., “O rexistro...”, op.cit. p. 177 (nota 25); VARGAS VASSEROT, C., “El sistema de publicidad...”, op.cit. p. 140.

³¹ Al respecto vid. Dictamen del Consejo de Estado sobre el ALCM, Número de expediente: 837/2014 (JUSTICIA) de 29/01/2015. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>

Do sentido e alcance da obrigatoriedade de registo e comunicação de acordos parassociais

Rita Almeida

1. Considerações gerais

O presente estudo almeja uma análise em torno do sentido e alcance da obrigatoriedade de registo de acordos parassociais no Banco de Portugal e Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (doravante ASF), e da sua comunicação à Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, conforme previsão no artigo 111.º, n.º 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, no artigo 46.º do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora, e no artigo 19.º do Código dos Valores Mobiliários, respectivamente. E sem ter a pretensão de esgotar a temática em apreço, a reflexão dirige-se à menção e problematização de alguns daqueles que pensamos ser os seus aspectos essenciais, indicando, do mesmo passo, os resultados que foram sendo avançados pela doutrina nacional, mais relevante neste domínio.

Pese embora acreditarmos ter-se constatado um desenvolvimento expressivo em matéria de acordos parassociais, quer no plano da vida prática, quer no plano da reflexão teórica, não se olvida que a investigação em torno da temática em apreciação constitui ainda uma matéria de inquestionável interesse e relevância, tendo em conta a importância que os acordos parassociais assumem na prática dos negócios em geral e na vida das sociedades em particular, assim como pela complexidade que a problemática encerra, reclamando uma profunda e apurada compreensão dos mecanismos de construção jurídica da sociedade comercial, onde estes acordos ocupam um lugar cimeiro¹. Esta circunstância é logo indiciada pela frequência com que

¹ GIUSEPPE SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli: Jovene, 1985, p. 2; PIER GIUSTO JAEGER, *Introduzione al problema della validità dei sindacati di voto*, in FRANCO BONELLI e PIER GIUSTO JAEGER, *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 5; M. LEITE SANTOS, *Contratos parassociais e acordos de voto nas sociedades anónimas*, Lisboa: Edições Cosmos, 1996, p. 10; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas sobre a parassocialidade no direito português*, *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, ano I, n.º 1 (Mar. 2009), p. 138; RITA BAIRROS, *Os acordos parassociais – breve caracterização*, *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, ano II, n.ºs 1-2 (2010), p. 356.

são celebrados e utilizados no tráfego jurídico², daí resultando mesmo a standardização social de cláusulas³.

Não obstante a sua relevância e frequência, a investigação em torno da figura depara-se com obstáculos relativos ao escrutínio da verdadeira extensão do fenómeno, o que se compreende perante práticas de carácter reservado, senão mesmo sigiloso, traduzidas na usual inclusão de cláusulas de confidencialidade⁴ que obrigam as partes a guardar segredo sobre o seu conteúdo e mesmo existência. Por outro lado, o escrutínio da verdadeira extensão do fenómeno é igualmente prejudicado pela escassez de decisões jurisprudenciais na matéria, resultado da usual inclusão de cláusulas compromissórias e preferência pela resolução extrajudicial dos litígios, que eventualmente surjam⁵.

² M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais sobre o exercício do direito de voto*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 14; PAULO CÂMARA, *Parassocialidade e transmissão de valores mobiliários*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996, p. 18.

³ PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 18; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 138.

⁴ Tendo em conta o seu carácter sigiloso, estas convenções foram primeiro designadas de “pactos secretos” ou “reservados”. Cf. RAÚL VENTURA, *Acordos de voto; algumas questões depois do Código das Sociedades Comerciais*, in *Estudos vários sobre sociedades anónimas: comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, reimp. da ed. de 1992, Coimbra: Almedina, 2003, p. 15 e 51; PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 19-20; J. PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2004, p. 168; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 138, nt. 8. Porém, e como bem adverte CAROLINA CUNHA, in J. M. COUTINHO DE ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 292, “o carácter reservado do pacto não significa a celebração de um mero compromisso de honra ou *gentlemen’s agreement*”. Note-se, os acordos parassociais almejam a produção de determinados efeitos jurídicos, assim se distinguindo dos denominados *acordos de cavalheiros*, que sendo extra-jurídicos, se caracterizam pela mera delimitação de uma estratégia comum sem intuito vinculativo, logo, assentes na mera honorabilidade de quem os celebra. Neste sentido, RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 23; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, *Sociedades Comerciais – Parte Geral*, Lisboa: Dislivro, 2000, vol. IV, p. 292; M.ª GRAÇA TRIGO, *Acordos parassociais – síntese das questões jurídicas mais relevantes*, in A. SOVERAL MARTINS *et al.*, *Problemas do Direito das Sociedades*, 2.ª reimp., Coimbra: Almedina, 2008, p. 170; RITA BAIROS, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 338. A respeito da oportunidade do acordo parassocial, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 173, é mesmo de opinião que a sua real justificação se prende com o objectivo de os sócios regularem matérias que pretendem não ver reveladas e que não querem que o público, em geral, conheça. Repare-se ainda na circunstância de a violação da confidencialidade obrigar a indemnizar. Neste sentido, A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades – Parte Geral*, 3.ª ed. ampliada e actualizada, vol. I, Coimbra: Almedina, 2011, p. 706; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 292, nt. 24.

⁵ PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 20; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 139; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 292-293; RITA BAIROS, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 354 e 357.

Distintos do contrato de sociedade, os acordos parassociais são contratos de natureza civil⁶ celebrados entre todos ou alguns dos sócios⁷ de uma sociedade⁸, “nessa

⁶ FERNANDO GALVÃO TELES, União de contratos e contratos para-sociais, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 11, n.ºs 1-2 (1951), p. 82; M.ª GRAÇA TRIGO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 169.

⁷ Numa perspectiva, que é de saudar, os negócios a que artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais se refere constituem somente uma fracção dos acordos parassociais, não esgotando o universo da parassocialidade, neles podendo também intervir, ao lado dos sócios, terceiros ou mesmo a própria sociedade. No sentido de admitir a intervenção de terceiros, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, cit., p. 294; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, 4.ª ed., vol. II, Coimbra: Almedina, 2011, p. 156, nt. 151; RITA BAIROS, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 346-347. No sentido de incluir a sociedade e os órgãos sociais como potenciais credores das obrigações assumidas pelos sócios, FERNANDO GALVÃO TELES, *União de contratos...*, cit., p. 73-74, 76-77, 79-81. Incluindo terceiros estranhos à sociedade, sócios “sem essa qualidade”, membros de órgãos sociais que não sejam eles próprios sócios e, por fim, a própria sociedade, M. LEITE SANTOS, *Contratos parassociais...*, cit., p. 7; M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 20 e 141; Id., *Acordos parassociais...*, cit., p. 174; PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 179; Id., *Acordos parassociais: estrutura e delimitação*, in PAULO OTERO, FERNANDO ARAÚJO e J. TABORDA DA GAMA (org.), *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 817; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 147-148; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 289; A. MENEZES LEITÃO, *Acordos parassociais e corporate governance*, in AA.VV., *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2012, p. 576; HELENA MORAIS, *Acordos parassociais: restrições em matéria de administração das sociedades*, reimp., Coimbra: Almedina, 2014, p. 16, nt. 2; RITA G. FIALHO D’ ALMEIDA, *Acerca das restrições dos acordos parassociais em matéria de administração*, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Braga: Universidade do Minho (Escola de Direito), tomo LXIV, n.º 339 (Set./Dez. 2015), p. 377, nt. 6. Por seu turno, A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, cit., p. 711; Id., *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2012, p. 126, é de opinião que os acordos “parassociais” em que intervêm não-sócios e/ou os subscritos pela própria sociedade são “figuras mistas ou atípicas”, cuja validade haverá que averiguar casuisticamente, enquanto PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 66, sustenta ser “típico dos acordos parassociais que a própria sociedade não seja deles parte”. No sentido de considerar que o conceito de acordos parassociais somente abarca os negócios celebrados entre todos ou alguns sócios, EDUARDO LUCAS COELHO, *Direito de voto dos accionistas nas assembleias gerais das sociedades anónimas*, Lisboa: Rei dos Livros, 1987, p. 85 e 93; J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2002, p. 503, nt. 973 e p. 569, nt. 1112; A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 340; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 172. Na jurisprudência, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.03.1999 (FRANCISCO LOURENÇO), proc. n.º 1274/98, *CJ – ASTJ*, VII (1999), tomo I, p. 160-163, decidiu no sentido de que os acordos parassociais “só podem ser celebrados entre sócios de uma sociedade; e não entre sócios e não sócios, como acontece no caso presente”. Embora os elementos de facto que figuram da decisão judicial sejam escassos, afigura-se que existe um contrato-promessa de transformação de uma sociedade por quotas em sociedade anónima, celebrado com a intervenção de sócios da primeira e de terceiros que, mediante esse contrato, se obrigavam a subscrever o capital social da nova sociedade anónima. Corresponde, quanto a nós, a uma situação clara de parassocialidade. Maiores reservas de qualificação como acordo parassocial suscita o caso relatado no acórdão da Relação do Porto, de 24.05.2001 (ALVES VELHO), *CJ*, ano XXVI, tomo III (2001), p. 201 e s., e cujo sumário pode ser consultado em <http://www.dgsi.pt/>, onde se aprecia um contrato celebrado entre um membro da Direcção de uma sociedade anónima e o Conselho Geral dessa mesma sociedade, pelo qual a sociedade se obriga a pagar, àquele, uma remuneração extraordinária igual ao custo salarial total do último ano de colaboração, no caso de deixar de exercer funções. Chamado a pronunciar-se o Tribunal decidiu no sentido da nulidade do acordo, com fundamento na contrariedade à lei e ao interesse social, por aí estar em causa “uma remuneração sem fonte ou causa justificativa juridicamente relevante, assemelhando-se àquilo que é conhecido como “luvas”, embora com pagamento diferido”. Como logo se vê, a generalidade da doutrina portuguesa perfilha uma concepção mais ampla de acordo parassocial, a que depois,

qualidade”, no exacto momento da constituição da sociedade, em época posterior, ou mesmo ainda antes da constituição do próprio ente social, tendo em vista a salvaguarda do interesse das partes sobre matérias atinentes à vida societária nas relações que estabelecem com a sociedade, os órgãos sociais ou terceiros.

Sendo os acordos parassociais “celebrados entre todos ou entre alguns sócios”, a qualidade de sócio há-de verificar-se, no mínimo, em relação a uma das partes intervenientes no negócio⁹. Repare-se, a qualidade de sócio não se basta aqui com a indicação formal no acordo, antes exige que o mesmo conserve uma ligação com a sociedade em face da matéria¹⁰.

predominantemente, aplica o regime do artigo 17.º, seja reconduzindo-a hermeneuticamente ainda ao campo de aplicação da disposição em apreço – como o propugna J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, cit., p. 294 –, seja por recurso à analogia, atenta a similaridade das *rationes* que presidem à regulamentação das situações legalmente previstas e aquela subjacente às situações omissas (artigo 2.º do Código das Sociedades Comerciais e artigo 10.º, n.º 2 do Código Civil). Neste último sentido, M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 141; Id., *Acordos parassociais...*, cit., p. 174; PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 84, 190 e 234; J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 156, nt. 151; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 148; RITA BAIROS, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 346-347; HELENA MORAIS, *Acordos parassociais...*, cit., p. 16, nt. 2. Contra, RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 13, assinalando embora “Não quer[er] isto dizer que acordos entre sócios e estas outras entidades sejam inválidos, mas apenas que a sua validade – e bem assim a extensão da sua eficácia relativamente à sociedade – não depende deste n.º 1”.

⁸ Embora a relevância prática dos acordos parassociais, designadamente dos de voto, assumam maior acuidade nas sociedades de capitais, particularmente nas anónimas, por aí se fazerem sentir especialmente as novas e reais exigências da prática societária, nada obsta a que estes acordos surjam numa sociedade de tipologia diversa, afirmação que é, desde logo, indiciada agora, entre nós, pela inserção do artigo 17.º na parte geral do Código das Sociedades Comerciais. Neste sentido, FERNANDO GALVÃO TELES, *União de contratos...*, cit., p. 75; V. G. LOBO XAVIER, *A validade dos sindicatos de voto no direito português constituído e constituindo*, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 45, vol. III (Dez. 1985), p. 639; RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 49; M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 141, nt. 546; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, cit., p. 291.

⁹ M. LEITE SANTOS, *Contratos parassociais...*, cit., p. 25-26; PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 179, 190 e 462; Id., *Acordos parassociais...*, cit., p. 816; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 149; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 159; DAVID PÉREZ MILLÁN, *Pactos parasociales con terceros*, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* [em linha], n.º 42 (2011), p. 4 [acedido a 21 Set. 2016], in <http://eprints.ucm.es/14076/>.

¹⁰ RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 14; M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 142; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 149; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 288; RITA G. FIALHO D’ ALMEIDA, *Acerca das restrições...*, cit., p. 377, nt. 7. Por essa mesma razão, FERNANDO GALVÃO TELES, *União de contratos...*, cit., p. 78-79, assinala não poder ser considerado como verdadeiro contrato parassocial, o acordo entre um sócio e um terceiro cessionário associado na participação do gozo da quota social do cedente, nomeadamente “porque longe de incidir sobre a esfera da sociedade, nem sequer representa para esta um simples facto”.

Esta qualidade de sócio, nos termos *supra* descritos, apresenta-se como condição necessária e suficiente para o reconhecimento da parassociedade¹¹, e cuja *ratio* se prende com o conteúdo das obrigações que são admissíveis. Concretizando melhor, a possibilidade de os sócios se vincularem entre si tem como limite as atribuições que possuam enquanto sócios, excluindo-se por este meio quaisquer outras que aqueles circunstancialmente detenham, mas se afigurem independentes da qualidade de sócio¹².

Podendo revestir uma diversidade de funções¹³, os acordos parassociais não vinculam, em regra, a sociedade¹⁴, antes apenas os seus intervenientes, não se

¹¹ PAULO CÂMARA, *Parassociedade...*, cit., p. 179 e 462; Id., *Acordos parassociais...*, cit., p. 816.

¹² Pense-se, por exemplo, na circunstância de um sócio cumular esta qualidade com a de gerente e pretender vincular-se a uma determinada conduta típica desta última condição.

¹³ Utilizando a expressão de PAULO CÂMARA, *Parassociedade...*, cit., p. 113, a diversidade de funções e construções classificatórias confirmam a *polifuncionalidade* dos acordos parassociais, reconhecendo-se-lhes relevância organizativa (p. 121). Pese embora o reconhecimento da insuficiência das construções classificatórias no esclarecimento da determinação do âmbito e natureza da parassociedade, bem como da dificuldade, senão mesmo impossibilidade, da determinação de parâmetros uniformes para o seu tratamento e, por conseguinte, enumeração das várias hipóteses de acordos parassociais ou mesmo a definição de categorias entre eles – até porque, recorde-se, estamos no domínio, por excelência, da autonomia privada – é possível ensaiar um esboço de classificação, meramente exemplificativa, numa tentativa de agrupar em categorias, os mais usuais acordos parassociais, por se afigurarem, em todo o caso, inquestionáveis, as especiais vantagens de simplificação e sistematização que o seu “agrupamento em classes” proporciona. Na esteira de Giorgio Oppo, FERNANDO GALVÃO TELES, *União de contratos...*, cit., p. 76-82, 94-103, e RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 10-11, começaram por dividir os acordos parassociais em três categorias, tendo em conta os seus reflexos em relação à sociedade e, porventura, em relação a outros sócios ou terceiros. Assim sendo, distinguem entre os acordos parassociais que incidissem sobre os direitos e obrigações dos sócios, cujos efeitos e acção se restringiam aos seus subscritores, daí derivando para a sociedade, para os outros sócios e para terceiros uma repercussão meramente factual, que os não favorece nem prejudica; os acordos parassociais dirigidos à obtenção de vantagens particulares a favor da sociedade a cargo dos sócios; por fim, os acordos parassociais que, por interferirem na vida e na acção da sociedade ou invadirem a sua esfera jurídica ou a competência dos seus órgãos, seriam susceptíveis de, de facto ou de direito, acarretar um prejuízo para a sociedade, para os outros sócios ou para terceiros. Identicamente, a doutrina espanhola distingue entre os pactos de relação, que regulam as relações internas de forma directa entre os sócios, sem a intervenção da sociedade; os pactos de atribuição, dirigidos à obtenção de vantagens particulares para a própria sociedade a cargo dos sócios; os pactos de organização que, incidindo directamente sobre a vida interna da sociedade, colocam maiores dificuldades, por poderem afectar a imperatividade das normas societárias ou o estipulado nos estatutos. Neste sentido, CÁNDIDO PAZ-ARES, *El enforcement de los pactos parasociales*, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez* [em linha], n.º 5 (2003), p. 19-20 e 31-32 [acedido a 21 Set. 2016], in <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>; M.ª L. APARICIO GONZÁLEZ, *Los pactos parasociales*, in J. M.ª ÁLVAREZ ARJONA e ángel carrasco perera (dir.), *Adquisiciones de empresas*, 3.ª ed., Cizur Menor: Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, p. 614-616; MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, *Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares*, in CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO *et al.*, *Régimen jurídico de la empresa familiar*, 1.ª ed., Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, 2010, p. 65-66. De todo o modo, a generalidade da doutrina parece optar por dividir os acordos parassociais em função dos interesses prosseguidos pelas partes, distinguindo entre três grupos, quais sejam o dos *acordos relativos ao regime das participações sociais*, o dos *acordos relativos ao exercício do direito de voto* e o dos *acordos relativos à organização da sociedade*. Neste sentido, LUIGI FARENGA, *I contratti parasociali*,

reflectindo o seu incumprimento societariamente (“com base neles não podem ser impugnados actos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade”, nos dizeres do artigo 17.º, n.º 1, *in fine*, do Código das Sociedades Comerciais). E isto, de resto, em conformidade com o princípio da eficácia relativa dos contratos, plasmado no artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil, corolário básico do princípio da autonomia privada, à luz do qual igualmente se fundamenta a admissibilidade dos acordos parassociais e a sua heterogeneidade¹⁵.

A construção doutrinária tem colocado em evidência que a essência dos acordos parassociais radica em terem como objecto situações jurídicas que provêm do contrato de sociedade sobre que incide uma regulamentação autónoma. Em correspondência, autonomia e acessoriedade funcional são duas características usualmente apontadas aos acordos parassociais na sua relação com o pacto social¹⁶.

Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 37 e ss.; A. MENEZES CORDEIRO, Acordos parassociais, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, vol. II (Abr. 2001), p. 540; Id., *Direito das sociedades*, cit., p. 704-706; ANA FILIPA LEAL, Algumas notas..., cit., p. 142-143; A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, cit., p. 340; A. MENEZES LEITÃO, Acordos parassociais..., cit., p. 585; HELENA MORAIS, *Acordos parassociais...*, cit., p. 18-20. Por seu turno, M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 19 e s.; Id., *Acordos parassociais...*, cit., p. 171, opta por dividir os acordos parassociais segundo outros critérios, como sejam o critério de ordem temporal; o critério da identidade das partes; o critério da matéria regulada pelo acordo; o critério do fim prosseguido; o critério da autonomia ou dependência do acordo em relação a outro contrato; o critério da sua estrutura interna.

¹⁴ Não é vedada, porém, a possibilidade de um acordo parassocial, celebrado entre um ou mais sócios ou entre sócios e terceiros, constituir um contrato a favor de terceiro (cf. artigos 443.º a 451.º, e artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil), *in casu*, a sociedade, nomeadamente em vista de um financiamento. Neste sentido, FERNANDO GALVÃO TELES, *União de contratos...*, cit., p. 98-99; GIUSEPPE SANTONI, *Patti parasociali*, cit., p. 5, embora com dúvidas acerca desta qualificação; LUIGI FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., p. 292-296; M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 227; PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 428-429; CÁNDIDO PAZ-ARES, *El enforcement...*, cit., p. 31; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 176-177; MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, *Estatutos sociales...*, cit., p. 66; M.ª L. APARICIO GONZÁLEZ, *Los pactos parasociales*, cit., p. 615; DAVID PÉREZ MILLÁN, *Pactos parasociales...*, cit., p. 11; A. SOVERAL MARTINS, *Notas sobre os acordos parassociais relativos à transmissão de acções (em especial, os acordos ditos «de bloqueio»)*, in PAULO OTERO, FERNANDO ARAÚJO e J. TABORDA DA GAMA (org.), *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 39. Outro caso excepcional em que se admite que os efeitos de um acordo parassocial possam igualmente estender-se à própria sociedade, ainda que a mesma não seja dele parte, é o da celebração de um acordo omnilateral (ou seja, aquele que inclua ou englobe *todos* os sócios de uma sociedade), se não estiverem em causa outros interesses, além dos dos subscritores de tal acordo. Para maiores desenvolvimentos, M. CARNEIRO DA FRADA, *Acordos parassociais “omnilaterais” – um novo caso de “desconsideração” da personalidade jurídica?*, *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. II (Out. 2009), p. 97-135.

¹⁵ PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 23, 42, 74, 230 e s.; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 154; A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, cit., p. 687.

¹⁶ FERNANDO GALVÃO TELES, *União de contratos...*, cit., p. 74-75 e 83; V. G. LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1998, p. 80, nt. 44, reportando-se

Independência, na medida em que constituem negócios jurídicos com autonomia própria, pautados por regras que lhes são peculiares e que se distinguem do contrato de sociedade, tendo em conta a natureza individual e pessoal das obrigações que deles emergem em contraposição com o carácter social dos vínculos das relações societárias. E acessoriedade funcional, traduzida essencialmente numa especial conexão que decorre entre o acordo parassocial e o contrato de sociedade, retirando deste último aspecto, alguns autores, a ideia de subordinação normativa do acordo parassocial ao contrato de sociedade¹⁷.

aos acordos parassociais a propósito da conexão negocial; GIUSEPPE SANTONI, *Patti parasociali*, cit., p. 21 e ss.; LUIGI FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., p. 5; RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 10-11; M. LEITE SANTOS, *Contratos parassociais...*, cit., p. 25; M.^a GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 13 e 144; Id., *Acordos parassociais...*, cit., p. 169; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 63; Id., *Contratos atípicos*, cit., p. 224, aludindo, a propósito, a uma “relação de dependência funcional unilateral”, na medida em que o contrato de sociedade pode subsistir sem o acordo parassocial, mas este não tem sentido sem o primeiro; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 145; A. MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, p. 127; HELENA MORAIS, *Acordos parassociais...*, cit., p. 17. Para maiores desenvolvimentos, ver M. LEITE SANTOS, *Contratos parassociais...*, cit., p. 53 e s. Este autor refere-se à existência de uma relação de subordinação ou acessoriedade, de ordem funcional. Mais concretamente, a conexão entre o pacto social e o parassocial é, em razão da sua própria natureza e, por princípio, a de coligação de tipo unilateral no plano jurídico, o que significa que apenas o primeiro influencia juridicamente o segundo, cuja validade e efeitos podem depender das vicissitudes por que aquele passe. E embora as partes possam, no exercício da sua autonomia contratual, entender conferir relevância jurídica às vicissitudes do acordo parassocial sobre o contrato de sociedade, essa é uma hipótese que, na prática, se revela de difícil concretização, na medida em que o ordenamento societário se encontra, *grosso modo*, subtraído à livre disposição dos sócios (p. 60). Pese embora quanto se expôs, o autor considera ser de reconhecer uma verdadeira influência de facto que os acordos parassociais exercem sobre o desenvolvimento da relação societária, ou sobre situações jurídicas daí providas, aludindo, a propósito, a uma coligação de tipo bilateral no plano das incidências de facto, por contraposição à coligação de tipo unilateral no plano jurídico. Senão vejamos: em consequência da sua celebração e cumprimento, determinadas pessoas podem vir a ocupar cargos sociais; o capital da sociedade pode vir a ser aumentado ou diminuído e outras modificações importantes na estrutura jurídica da sociedade podem suceder; a política de distribuição de dividendos pode ser influenciada e sobretudo pode ficar condicionada em dado sentido o estado e evolução da estrutura de accionistas e o seu equilíbrio de forças e de influência (p. 61). Ainda relativamente ao nexa que decorre entre o acordo parassocial e o contrato de sociedade, o mesmo autor, diante o reconhecimento do aludido nexa de acessoriedade, considera ser de aceitar, em princípio, estarmos perante uma hipótese de coligação necessária. E, assinala, pese embora a união decorrer do próprio modo de ser dos contratos, independentemente da vontade das partes directamente endereçada a estabelecê-la, o elemento volitivo mantém relevância, por ser a vontade das partes que introduz o elemento funcional que confere unidade à *fattispecie* (p. 65). Em consequência, é sobre este elemento funcional que a interpretação deve incidir, a fim de se determinarem os efeitos jurídicos que resultam da combinação dos contratos (p. 66). Neste contexto, os efeitos jurídicos correspondentes à intenção concreta das partes são, em princípio, tutelados pelo ordenamento. Para tanto, a tarefa que se põe ao intérprete é a da selecção dos elementos psicológicos subjacentes à declaração da vontade, com relevância para o direito, seguida da avaliação, pela ordem jurídica, do mérito do resultado final que as partes intentam realizar (p. 68-69). Na jurisprudência, cf. o acórdão da Relação Lisboa, de 25.10.2001 (FERNANDA ISABEL PEREIRA), *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo IV (2001), p. 130-134.

¹⁷ Cf., *infra*, as referências em nota 31.

“[V]itória do pragmatismo sobre a dogmática”, o mesmo é dizer, “triumfo das necessidades da vida empresarial moderna sobre o puritanismo dos conceitos académicos”¹⁸, a consagração, entre nós, da regra geral de admissibilidade dos acordos parassociais e, em particular, dos acordos de voto, assim como a superação da querela doutrinal e jurisprudencial em torno desta figura, aqui e além-fronteiras¹⁹, mais não são senão o ponto de partida, não encerrando o seu expresso reconhecimento a discussão em torno de determinadas questões, como seja a da definição dos limites ao conteúdo daqueles convénios, assim como as diversas dificuldades que a temática suscita²⁰. Nem tão-pouco significa que a sua utilização seja isenta do risco de, mediante a sua celebração, se defraudarem regras societárias e os estatutos²¹, o que, a par da

¹⁸ R. G. DOS SANTOS DO VALE, *As assembleias gerais e os acordos parassociais*, *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, ano II, n.ºs 1-2 (2010), p. 372.

¹⁹ Para maiores desenvolvimentos acerca de evolução histórica, aqui e além-fronteiras, em torno da compreensão dos acordos parassociais, em particular daqueles sobre o exercício do direito de voto, tanto no plano legal, como no plano doutrinal e jurisprudencial, cf., entre outros, V. G. LOBO XAVIER, *A validade dos sindicatos de voto...*, cit., p. 640, 642 e s.; THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, *Acordo de accionistas*, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 47, vol. I (Abr. 1987), p. 181 e s., em referência ao ordenamento brasileiro; EDUARDO LUCAS COELHO, *Direito de voto...*, cit., p. 82 e s.; RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 15 e s.; M. LEITE SANTOS, *Contratos parassociais...*, cit., p. 81 e s.; M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 41 e s.; PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 33 e s.; A. MENEZES CORDEIRO, *Acordos parassociais*, p. 529-538; Id., *Direito europeu das sociedades*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 735 e s.; Id., *Direito das Sociedades*, cit., p. 689 e s.; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 136-137, nt. 3; RITA BAIROS, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 339 e s.; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 296-298; A. MENEZES LEITÃO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 581 e s.

²⁰ Para RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 65, e M. LEITE SANTOS, *Contratos parassociais...*, cit., p. 196, a enunciação positiva das regras jurídicas, resultado do amadurecimento de soluções e de uma tradição cultural e científica consolidada no tempo, não torna ultrapassadas as referências doutrinárias ou jurisprudenciais anteriores, na medida em que estas se apresentam como tópicos indispensáveis para a boa compreensão da solução legislativa, revelando as suas diversas facetas e favorecendo a sua operacionalidade prática. No sentido de se não encontrar resolvida a discussão em torno de determinadas questões, pese embora o reconhecimento expresso dos acordos parassociais, ver EDUARDO LUCAS COELHO, *Direito de voto...*, cit., p. 85; M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 131; Id., *Acordos parassociais...*, cit., p. 172, aí assinalando poder afirmar-se, sem exagero, que “os verdadeiros problemas começam precisamente onde termina a redacção do art. 17.º”; PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 46; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 157; R. G. DOS SANTOS DO VALE, *As assembleias gerais...*, cit., p. 368, para quem a regulamentação legislativa dos acordos parassociais teve o condão de deslocar a doutrina dos problemas relacionados com a sua validade, ora incontestável, para se centrar na investigação do regime legal vigente.

²¹ FERNANDO GALVÃO TELES, *União de contratos...*, cit., p. 75, assinala que, correspondendo embora a celebração dos acordos em causa a um “instrumento útil” para acorrer a deficiências da lei e às necessidades emergentes da prática, em vista da protecção dos legítimos interesses das partes no seio da sociedade, os mesmos não deixam “de representar um risco grave que resulta tanto da circunstância de efectiva e realmente vigorar um regulamento da sociedade diferente daquele que a publicidade imposta pela lei tornou conhecido, como da desconformidade entre esse regulamento, por um lado, e a

entorse que representa a multiplicação destes acordos para o sistema em que assenta a constituição e funcionamento das sociedades²² (não só por não estarem sujeitos ao controlo da legalidade pelo notário ou conservador, como também por lograrem modificar a distribuição interna dos poderes societários, nomeadamente, com a retirada das decisões das estruturas e órgãos societários e consequente erosão dos poderes da assembleia geral²³) e da circunstância de traduzirem, muitas vezes, esquemas de controlo de poder à margem dos sócios minoritários²⁴, explica o cauteloso regime delineado pelo artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais.

Por tudo o exposto, a consagração daquela regra não representa a admissão da validade de todo e qualquer acordo, nem tão-pouco significa que se possa estabelecer um critério unitário de avaliação de validade, mas antes que o conteúdo de cada um há-de ser avaliado casuisticamente²⁵.

No nosso ordenamento, os limites à liberdade de produção de efeitos jurídicos através de acordos parassociais devem ser perspectivados a partir do preceituado no artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais, o qual reconhece directamente a existência de limites legais à sua celebração (“condutas não proibidas por lei”). Recordem-se, desde logo, os requisitos gerais do objecto e do fim do negócio jurídico (artigos 280.º e 281.º do Código Civil²⁶), quais sejam a possibilidade física e legal, a licitude e a determinabilidade do objecto, assim como a conformidade à ordem pública e aos bons costumes, e cuja inobservância acarreta a nulidade do acordo (artigo 294.º Código Civil), por aplicação do regime geral de invalidade dos negócios jurídicos; o

própria regra legal e os princípios em que esta se inspira, por outro”. Em idêntico sentido, ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 140; A. MENEZES CORDEIRO, *Acordos parassociais*, cit., p. 529; Id., *Direito das Sociedades*, cit., p. 688.

²² ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 141.

²³ A. MENEZES LEITÃO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 577, reconhece, neste aspecto, “uma inegável dimensão de *corporate governance*”.

²⁴ A. MENEZES LEITÃO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 585.

²⁵ J. MAGALHÃES CORREIA, *Notas breves sobre o regime dos acordos parassociais nas sociedades cotadas*, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* [em linha], n.º 15 (Dez. 2002), p. 92 [acedido a 21 Set. 2016], in <http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Documentos/0654cf3c9eae4af18f5a5bc858867f8fJMCorreia.pdf>; HELENA MORAIS, *Acordos parassociais...*, cit., p. 21; RITA G. FIALHO D’ ALMEIDA, *Acerca das restrições...*, cit., p. 380.

²⁶ No sentido de que a expressão “condutas não proibidas por lei” parece mais não ser do que uma reiteração da remissão para os requisitos gerais do objecto e do fim do negócio jurídico, RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 14; M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 173; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 156-157; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 306-307; MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, 12.ª ed. revista e actualizada, Lisboa: Ediforum, 2011, p. 189; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 171.

princípio da boa-fé; os comandos imperativos dirigidos indistintamente a cláusulas contratuais posicionadas dentro ou fora dos estatutos, a apurar casuisticamente por via interpretativa²⁷. E isto, sem prejuízo da possibilidade de os acordos parassociais disporem diferentemente do conteúdo de normas societárias, desde que de carácter supletivo²⁸, assim como do estatuído no contrato de sociedade.

Neste contexto, o cumprimento do acordo parassocial não pode ser recusado a pretexto do respeito de norma dispositiva (supletiva) que as partes quiseram afastar²⁹. Tão-pouco a invocação da incompatibilidade de obrigações entre o contrato de

²⁷ Ao contrário do que sugerido por alguns autores, afigura-se-nos que a proibição imposta pelo n.º 1 do artigo 17.º se limita a cominar a nulidade dos acordos parassociais que violem normas injuntivas, não se encontrando os mesmos, *prima facie*, sujeitos aos imperativos próprios do direito societário. No mesmo sentido, ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 157-159. No sentido de subordinar, sem mais, o conteúdo dos acordos parassociais aos imperativos próprios do Direito societário, FERNANDO GALVÃO TELES, *União de contratos...*, cit., p. 94; RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 83; M. LEITE SANTOS, *Contratos parassociais...*, cit., p. 69-73; M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 173-174 e 188; Id., *Acordos parassociais...*, cit., p. 176, autora que, depois de assinalar a circunstância de a vinculação parassocial poder colidir com disposições legais do ordenamento societário, sejam as mesmas absolutamente inderrogáveis, sejam supletivas em relação ao contrato de sociedade, e de, numa e noutra situação, estarem em causa regras imperativas para os sócios (e também para terceiros), daí retira que os acordos parassociais originariamente contrários às regras legais de direito societário sejam nulos; PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 105-107, 246, 251, nt. 513, 314 e 451; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 307; RITA BAIROS, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 347; A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, cit., p. 341-343; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 177, para quem, “se o acordo parassocial puser em causa, ainda que indirectamente, um princípio fundamental do direito societário, como seja o da igualdade de tratamento dos accionistas, então este princípio ir-se-á impor relativamente à cláusula parassocial que se deverá ter por não escrita”; A. MENEZES LEITÃO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 576, aí propugnando pela necessidade de averiguação da possibilidade de os acordos parassociais contrários a normas imperativas do direito societário valerem como acordos de cavalheiros; HELENA MORAIS, *Acordos parassociais...*, cit., p. 22. Segundo esta perspectiva, a natureza obrigacional dos acordos parassociais não arreda a eventualidade de, através deles, se afectarem princípios imperativos do direito societário, mesmo que de forma indirecta, ao invés do que se poderia pensar numa análise superficial do problema. Segundo os autores *supra* citados, o que se pretende é impedir que, mediante a celebração de acordos parassociais, se consiga defraudar a lei, assim se alcançando um fim que a lei procurou impedir, ainda que mediante o recurso a meios distintos daqueles que a mesma expressamente proíbe. Quanto a nós, a ser esse o sentido daquela expressão do artigo 17.º teria sido, porventura, desejável que se acolhesse os ensinamentos da disposição do Projecto Vaz Serra, cujo artigo 34.º, n.º 2 (correspondente ao artigo 41.º, n.º 2 do articulado intercalar) determinava a invalidade dos contratos que violassem “um princípio de direito das sociedades por acções”. Cf. A. VAZ SERRA, *Assembleia geral, Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 197 (1970), p. 86-86.

²⁸ Embora a determinação da natureza de uma norma dispositiva (supletiva) possa suscitar dificuldades, sempre se dirá que, estando em causa apenas um problema de interpretação, serão normas supletivas aquelas que, na respectiva previsão, tenham, explícita ou implicitamente, como pressuposto “a ausência de estipulação em contrário”. Neste sentido, ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 156.

²⁹ A. MENEZES LEITÃO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 588; RITA G. FIALHO D’ ALMEIDA, *Acerca das restrições...*, cit., p. 381. Contra, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 177.

sociedade e o acordo parassocial como causa de justificação que exclui a ilicitude se afigura possível para quem, como nós, considera inexistir uma situação de desconformidade com um acto jurídico hierarquicamente superior, ressalvados naturalmente os casos em que as cláusulas do contrato de sociedade reproduzam comandos imperativos dirigidos indistintamente a cláusulas contratuais posicionadas dentro ou fora dos estatutos. Partindo do princípio de que a parte de um acordo parassocial se vincula voluntariamente, ela pôde, aliás, o mais das vezes, antecipar o aparecimento de obrigações incompatíveis³⁰. Assim sendo, em existindo contrariedade entre o conteúdo das cláusulas sociais e das cláusulas parassociais e só uma das obrigações puder ser cumprida, a solução será a de considerar as duas vinculações de fonte contratual como quaisquer outros casos de incompatibilidade entre compromissos contratuais assumidos pela mesma pessoa. Nestas circunstâncias, o devedor deverá optar pelo cumprimento de uma das estipulações, assumindo as consequências decorrentes do incumprimento da outra, como seja a da sujeição às pretensões ressarcitórias do credor parte num dos contratos^{31/32}.

³⁰ ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 172, nt. 168; RITA G. FIALHO D' ALMEIDA, *Acerca das restrições...*, cit., p. 382.

³¹ Neste sentido, ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 171-172, para quem o acordo social mais não é do que a *base negocial* do acordo parassocial, daí que a ideia de *subordinação normativa* não seja um *a priori*, mas antes dependerá da interpretação concreta do acordo parassocial e da vontade manifestada pelas partes contratantes; M. CARNEIRO DA FRADA, *Acordos parassociais "omnilaterais"...*, cit., p. 127, sem prejuízo de que, quando seja de afirmar uma prevalência do acordo parassocial omnilateral sobre as regras jussocietárias, o sócio deverá optar pela conduta conforme com aquele; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 313; A. MENEZES LEITÃO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 588-589, aludindo, a propósito do posicionamento recíproco das regras societárias e dos acordos parassociais, a um "concurso de determinações jurídicas que não se resolve por um critério hierárquico ou de preferência temporal", mas antes segundo o reconhecimento de um "sistema móvel", não correspondente sempre à ideia do carácter acessório e secundário dos últimos em relação ao contrato de sociedade; HELENA MORAIS, *Acordos parassociais...*, cit., p. 23; RITA G. FIALHO D' ALMEIDA, *Acerca das restrições...*, cit., p. 381. No sentido de o sócio dever cumprir a obrigação emergente do contrato de sociedade, com base numa ideia de *subordinação normativa* das regras parassociais às regras sociais, por seu turno, resultante da circunstância de as vinculações parassocietária e societária não serem independentes uma da outra, existindo entre ambas uma conexão traduzida no facto de a dimensão parassocial estar funcionalmente ligada à dimensão social, ver M. LEITE SANTOS, *Contratos parassociais...*, cit., p. 61 e 215, sustentando existir uma situação concreta de inexigibilidade da prestação; M.^a GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 188-191; Id., *Acordos parassociais...*, cit., p. 177-178, para quem a problemática pode ser posicionada no âmbito da designada "colisão de deveres", por vezes invocada como causa justificativa; PAULO CÂMARA, *Parassocialidade...*, cit., p. 261 e s., 454 e 463, assinalando primeiro que o problema se coloca apenas em relação às cláusulas materialmente estatutárias, por a oposição com cláusulas formalmente estatutárias se solucionar mediante a aplicação das regras de direito contratual para, num segundo momento, concluir no sentido da invalidade do acordo parassocial que tenha por objecto a derrogação de uma estipulação estatutária (alteração *contra contractus*) e pela validade daquele que se limite a preencher ou desenvolver um aspecto não regulado no contrato de sociedade (*praeter contractus*). Por seu turno, A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, cit., p. 340-

Além das restrições gerais *supra* enunciadas acrescem ainda limites específicos à celebração de acordos parassociais, a saber: as restrições em matéria de administração e de fiscalização previstas no n.º 2 do artigo 17.º e as restrições aos acordos de voto consagradas no n.º 3 da mesma disposição³³.

Tecidas algumas considerações gerais, dirigidas a uma melhor compreensão da realidade em causa, cumpre agora entrar, sem mais delongas, naquela que é a questão objecto do presente estudo.

Dissemos que a investigação em torno dos acordos parassociais se depara com obstáculos relativos ao escrutínio da verdadeira extensão do fenómeno, resultado de práticas de carácter reservado, senão mesmo sigiloso, traduzidas na usual inclusão de cláusulas de confidencialidade que obrigam as partes a guardar segredo sobre o seu conteúdo e mesmo existência. Se essa afirmação se afigura correcta, não é menos verdade serem cada vez mais usuais as disposições legais que impõem a divulgação da existência e conteúdo de acordos parassociais (em especial, de vinculações de voto), particularmente em sectores sensíveis da economia ou em relação a sociedades com determinadas características, tendo em conta razões de transparência do mercado^{34/35}.

341, e PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 177, afirmando embora a prevalência das cláusulas estatutárias em relação a uma cláusula parassocial, não tomam posição quanto às consequências da contrariedade da última em relação às primeiras.

³² Questão interessante é, aliás, a de se configurar a hipótese como uma declaração tácita de não-cumprimento das vinculações previstas no pacto social por parte do sócio, interveniente em ambos os contratos. Alertando para este aspecto, ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 171.

³³ Dispõe o n.º 2 do artigo 17.º: “Os acordos referidos no número anterior [acordos parassociais] podem respeitar ao exercício do direito de voto, mas não à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização”. E no seu n.º 3: “São nulos os acordos pelos quais um sócio se obriga a votar: a) Seguindo sempre as instruções da sociedade ou de um dos seus órgãos; b) Aprovando sempre as propostas feitas por estes; c) Exercendo o direito de voto ou abstendo-se de o exercer em contrapartida de vantagens especiais”. Trata-se, nesta última situação, do tema clássico da denominada *compra e venda* de votos.

³⁴ Para J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, cit., p. 293, “Chegamos assim ao resultado paradoxal de a lei mandar dar a conhecer acordos cuja origem era seguramente reservada”, o que leva a que se questione acerca dessa mesma “política de publicidade”. Conclui o autor no sentido de que “Muitas vezes as partes preferirão manter o acordo secreto, arriscando-se à sanção da perda de eficácia jurídica”, que, como veremos, é consequência da ausência de publicidade. Quanto a nós, embora não se olvide que os sócios possam recorrer a estes acordos precisamente com o objectivo de regularem matérias que pretendem não ver reveladas e que não querem que o público, em geral, conheça, não se vislumbram razões que aconselhem ao secretismo da generalidade dos acordos parassociais, não nos repugnando que se defenda mesmo, de *jure constituendo*, a consagração neste âmbito do princípio de publicidade, ou mais exactamente, da obrigação de comunicar à sociedade a existência de um acordo parassocial, assim como do conteúdo da vinculação, enquanto instrumento de optimização da figura.

Dissemos também que a consagração, entre nós, da regra geral de admissibilidade dos acordos parassociais e a superação da querela doutrinal e jurisprudencial, aqui e além-fronteiras, a respeito da sua celebração, mais não são que o ponto de partida, não encerrando as dificuldades que a temática suscita, bem como a discussão em torno de determinadas interrogações. Poder-se-á, designadamente, questionar sobre se o registo obrigatório de acordos parassociais no Banco de Portugal e na ASF lhes confere ou não oponibilidade a terceiros em derrogação da norma do n.º 1 do artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais, que, recorde-se, vem estabelecer que “com base neles [nos acordos parassociais] não podem ser

Este entendimento é, de resto, corroborado pelas disposições em referência. Não se aceita o argumento em sentido contrário assente no receio de o eventual conhecimento do acordado por uma qualquer pessoa ser prejudicial aos intervenientes. Na realidade, a previsão por parte do direito societário de um amplo conjunto de mecanismos dirigidos à protecção da sociedade no caso de uma utilização abusiva das suas informações internas há-se ser também aqui chamado à colação e ser capaz de dar uma resposta eficaz à necessidade de alguns acordos parassociais não deverem ser de conhecimento geral (acerca desta temática, cf. A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, cit., p. 521-522). Ademais, a obrigatoriedade de dar conhecimento, pelo efeito persuasor que encerra, poderia constituir um instrumento eficaz de fiscalização da licitude em concreto dos acordos parassociais, pois se é verdade que a nulidade de um acordo parassocial só pode ser decretada pelo Tribunal, a prática demonstra também que o recurso à tutela judicial só se verifica em casos de incumprimento. No mesmo sentido, H. LANÇA SILVA, *Os acordos parassociais no direito português* [em linha], 2000, p. 35-36 [acedido a 21 Set. 2016], in <http://www.verbojuridico.net/doutrina/comercial/acordoparassocial.html>. Chamando igualmente a atenção para as disposições legais que impõem a divulgação da existência e conteúdo de acordos parassociais (em especial, de vinculações de voto), particularmente em sectores sensíveis da economia ou em relação a sociedades com determinadas características, tendo em conta razões de transparência do mercado, J. CALVÃO DA SILVA, *Fusão de sociedades, acordo de voto e obrigatoriedade de OPA*, *Estudos jurídicos [Pareceres]*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 44; J. J. DE AVILIZ OGANDO, *Os deveres de informação permanente no mercado de capitais*, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados* [em linha], ano 64, vol. I/II (Nov. 2004), p. 29-30, disponível em http://www.sgfc-law.pt/xms/files/Outras_Publicacoes/DeveresDeInformacaoPernamenteNoMercadoDeCapitais.pdf; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, cit., p. 66, autor que assinala a tendência, por parte das entidades reguladoras, no sentido de conhecer e tornar públicos os acordos parassociais celebrados entre sócios de sociedades sujeitas à sua supervisão, sugerindo mesmo a distinção entre acordos parassociais *patentes* e *confidenciais*, consoante o regime de revelação obrigatória do acordo; ANA FILIPA LEAL, *Algumas notas...*, cit., p. 139; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 315; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 173-174; A. MENEZES LEITÃO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 585, que vê no artigo 19.º do Código dos Valores Mobiliários uma “regra de transparência acrescida de *corporate governance*”.

³⁵ Também noutros ordenamentos jurídicos europeus, nomeadamente espanhol e italiano, normas existem que impõem a publicidade dos acordos parassociais. Veja-se, em Espanha, o disposto nos artigos 530.º a 535.º do *Real Decreto Legislativo 1/2010*, de 2 de Julho, e no *Real Decreto 171/2007*, de 9 de Fevereiro, diploma que regula a publicidade dos *protocolos familiares*, assim denominados por constituírem documentos de natureza obrigacional em que se especificam as relações entre os vários membros de determinada sociedade com um carácter familiar; em Itália, o disposto no artigo 2341-ter do Código Civil italiano, e nos artigos 122.º e 123.º do *Texto Unico della Finanza*. Cf. ainda, a propósito, a compilação de textos de contratos constitutivos de sindicatos de voto e de bloqueio de participações sociais, não apenas em Itália, como em outros países, publicada em apêndice in *Sindacati di voto e Sindacati di blocco*, cit., p. 497 e s. e p. 951 e s.

impugnados actos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade”, de resto, em consonância com o princípio da eficácia relativa dos contratos, plasmado no artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil. Mais longe ainda vai o regime prescrito pelo Código dos Valores Mobiliários, pois não só impõe a comunicação à Comissão de Mercado de Valores Mobiliários de determinados acordos parassociais, como autoriza aquela entidade a determinar, integral ou parcialmente, a sua publicação e, sobretudo, torna anuláveis as deliberações sociais tomadas com base em votos expressos em execução dos acordos não comunicados ou não publicados, salvo em se provando que a deliberação teria sido tomada sem aqueles votos. *Quid juris?*

2. Obrigatoriedade de registo de acordos parassociais no Banco de Portugal e na Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões

Na linha de uma corrente, já antes iniciada, de preceitos contra a natureza reservada dos acordos parassociais³⁶, o artigo 111.º, n.º 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras³⁷ determina que “Os acordos parassociais entre accionistas de instituições de crédito relativos ao exercício do direito de voto estão sujeitos a registo no Banco de Portugal, sob pena de ineficácia”. E no seu n.º 2: “O registo pode ser requerido por qualquer das partes do acordo”. A mesma solução vale para as sociedades financeiras, empresas de investimento, sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário e para a tomada de participações nestas mesmas empresas, por remissão expressa dos artigos 196.º e 199.º-I do diploma em apreço³⁸. Repare-se ainda que “O exercício de actividade com inobservância das normas sobre registo no Banco de Portugal” é, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 210.º, “punível[!] com coima de (euro) 3000 a (euro) 1 500 000 e

³⁶ Cf. RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 16, em nota; RUI PINTO DUARTE, O controlo da identidade dos sócios das instituições de crédito e das sociedades financeiras, *Revista da Banca*, n.º 26 (Abr./Jun. 1993), p. 85.

³⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

³⁸ Cf. também o artigo 2.º-A, sob a epígrafe “definições”.

de (euro) 1000 a (euro) 500 000, consoante seja aplicada a ente colectivo ou a pessoa singular”.

Como logo se vê, o controlo da estrutura accionista pela entidade de supervisão, instituído com o objectivo de salvaguardar os interesses dos clientes que recorrem aos serviços prestados pelas instituições em causa, poderia ser facilmente contornado, de entre outras formas, mediante o recurso à celebração de acordos parassociais. Assim sendo, e em termos genéricos, a obrigatoriedade de registo de acordos parassociais no Banco de Portugal tem como objectivo sindicar o cumprimento das regras que traduzem uma dada detenção ou controlo de participações sociais e impedir a intervenção (não oficialmente autorizada) de sujeitos de reputação duvidosa³⁹.

Repare-se que nem todos os acordos parassociais estão sujeitos a registo, antes apenas os relativos ao exercício do direito de voto. Alerta-nos RUI PINTO DUARTE para as dificuldades interpretativas de uma tal restrição⁴⁰.

A primeira delas prende-se com a questão de saber quando é que um acordo é “relativo ao exercício do direito de voto”, pois acordos existem que não se referem ao exercício de voto, mas para cujo cumprimento os sócios têm de exercer o direito de voto. Pense-se, por exemplo, num acordo que fixe uma política de dividendos.

Segunda dificuldade é a de saber se estão compreendidos – ou se o deveriam ser – os acordos relativos ao exercício do direito de voto mas que não sejam qualificados de parassociais ou em que “tal qualificação seja secundária”. Uma hipótese é a de acordos subjacentes à emissão de procurações para o exercício do direito de voto em que o próprio mandatário tenha interesse quanto ao sentido desse mesmo exercício. Outra situação é a de acordos entre contitulares de acções ou quotas – recorde-se que essa contitularidade poderá ter como desígnio impedir e restringir a transmissão de acções e quotas, assim como regular o exercício dos respectivos direitos, de entre os quais o direito de voto⁴¹.

³⁹ C. MARTINS DA SILVA, Os grupos bancários no regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, vol. III (Dez. 1997), p. 1091; J. MAGALHÃES CORREIA, Notas breves..., cit., p. 94-95; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 315; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 173.

⁴⁰ Seguimos, de perto, RUI PINTO DUARTE, O controlo da identidade dos sócios das instituições de crédito e das sociedades financeiras, *Revista da Banca*, n.º 26 (1993), p. 85-86.

⁴¹ Cf. RAÚL VENTURA, *Acordos de voto...*, cit., p. 64.

Finalmente, diante um acordo parassocial que em parte é relativo ao exercício do direito de voto e noutra parte o não é, a dúvida que se coloca é a de saber se está sujeito a registo todo o acordo ou simplesmente a parte relativa ao exercício do direito de voto.

À semelhança do artigo 111.º, n.º 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, o artigo 46.º do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora⁴² determina que “Os acordos parassociais entre accionistas de empresas de seguros e de resseguros sujeitas à supervisão da ASF, relativos ao exercício do direito de voto, devem ser registados na ASF, sob pena de ineficácia” (n.º 1); “Sem prejuízo do regime aplicável às participações qualificadas, o registo [...] pode ser requerido por qualquer das partes no acordo ou pela empresa de seguros ou de resseguros até 15 dias após a sua celebração” (n.º 2)^{43/44}. Repare-se ainda que o incumprimento do dever de requerimento à ASF do registo de acordos parassociais, nos termos *supra* descritos, configura uma contra-ordenação simples [artigo 369.º, alínea b)].

Também aqui o legislador respondeu a uma preocupação de supervisão, no sentido de melhor apurar se os detentores de participações qualificadas [cf. artigo 6.º, n.º 1, alínea f), 166.º, e 167.º] reúnem condições adequadas à garantia de uma “gestão sã e prudente”⁴⁵.

Delineados os traços gerais do regime prescrito pelas disposições acima indicadas, cumpre retomar a questão, objecto do presente estudo, qual seja a de saber

⁴² Aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro.

⁴³ Aplicável, *mutatis mutandis*, às sociedades gestoras de fundos de pensões, por remissão do artigo 38.º, n.º 2, alínea e), do Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de Janeiro. Veja-se ainda o artigo 96.º-N, alínea a) do mesmo diploma.

⁴⁴ Idêntica solução encontrava-se já antes prevista no Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, que regulava as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora, cujo artigo 55.º determinava que “Os acordos parassociais entre accionistas de empresas de seguros sujeitas à supervisão do Instituto de Seguros de Portugal, relativos ao exercício do direito de voto, devem ser registados no Instituto de Seguros de Portugal, sob pena de ineficácia” (n.º 1); “O registo [...] pode ser requerido por qualquer das partes do acordo até 15 dias antes da assembleia em que se pretenda exercer os direitos de voto que são objecto do acordo” (n.º 2). A mesma solução seria aplicável, com as devidas adaptações, às empresas de resseguros, por remissão expressa do artigo 58.º-D.

⁴⁵ J. MAGALHÃES CORREIA, *Notas breves...*, cit., p. 94; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 316.

se o registo obrigatório de acordos parassociais no Banco de Portugal e na ASF lhes confere ou não oponibilidade a terceiros em derrogação da norma do n.º 1 do artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais.

Quanto a nós, a resposta há-de ser negativa⁴⁶. Na realidade, o registo obrigatório de acordos parassociais no Banco de Portugal ou na ASF parece dirigir-se apenas à verificação, por parte das entidades supervisoras, da existência de determinados requisitos, nomeadamente pessoais, por parte dos accionistas subscritores de acordos parassociais, destinando-se a um “mero efeito de notícia”, não lhes conferindo, por isso, oponibilidade a terceiros que constitui o efeito típico da publicidade declarativa. Desta feita, a sanção de ineficácia prevista na parte final daquelas disposições respeita exclusivamente às relações entre as partes; o mesmo é dizer que um acordo de voto celebrado entre accionistas de uma sociedade que é simultaneamente uma instituição de crédito não produzirá efeitos entre os celebrantes enquanto o acordo não for registado no Banco de Portugal. Algo similar se pode afirmar, *mutatis mutandis*, em relação ao artigo 46.º, n.º 1, do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora⁴⁷.

3. Regime do artigo 19.º do Código dos Valores Mobiliários

⁴⁶ Revendo embora mais tarde a sua posição, M.ª GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., p. 139-140, 194-195 e 225-226, era de opinião de que a atribuição de eficácia a estes acordos de voto significava que o seu conteúdo seria oponível à sociedade e aos demais sócios e mesmo que a mesa da assembleia geral teria de dar cumprimento às vinculações de voto por ocasião da votação da correspondente deliberação social, fazendo assim imperar os termos da vinculação sobre possíveis declarações divergentes do próprio sócio vinculado. Exceptuava aqui as situações em que o conteúdo das vinculações de voto se encontrasse sujeito a uma determinação posterior (*v.g.*, através de uma deliberação tomada no seio de um acordo de estrutura sindical). Segundo a autora, o sócio ou sócios credores teriam, nestes casos, o ónus de informar a mesa da assembleia geral do sentido em que aquelas vinculações se haviam concretizado, já que o mero conhecimento da existência de um acordo de voto não se afiguraria bastante. Como corolários da atribuição de eficácia a estes acordos de voto, a autora apontava a faculdade de, em caso de incumprimento da vinculação de voto, o credor impugnar a deliberação social em causa, desde que, feita a prova de resistência, se concluísse que a deliberação não teria sido aprovada sem aquele voto; a possibilidade de recurso à acção de cumprimento ou à execução específica, a interpor não apenas contra o sócio vinculado, como contra a própria sociedade; por fim, a possibilidade de recorrer a medidas cautelares (*v.g.*, adiamento da reunião da assembleia geral; providência cautelar correspondente à acção de execução específica), no sentido de impedir a frustração do seu direito.

⁴⁷ J. MAGALHÃES CORREIA, *Notas breves...*, cit., p. 95; M.ª GRAÇA TRIGO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 179, revendo a posição inicialmente defendida; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 316; A. SOVERAL MARTINS, *Notas sobre os acordos parassociais...*, cit., p. 40, pronunciando-se no sentido de que “a eficácia que resulta do registo é a que é própria dos acordos parassociais e nada mais”.

Mais longe vai o regime prescrito no artigo 19.º do Código dos Valores Mobiliários⁴⁸, pois não só impõe a comunicação à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários dos acordos parassociais “que visem adquirir, manter ou reforçar uma participação qualificada em sociedade aberta [o mesmo é dizer, sociedade com o capital aberto ao investimento do público, nos termos do artigo 13.º] ou assegurar ou frustrar o êxito de oferta pública de aquisição” num prazo de três dias após a sua celebração (n.º 1), como autoriza aquela entidade a determinar, integral ou parcialmente, a sua publicação, na medida em que “seja relevante para o domínio sobre a sociedade” (n.º 2) e, sobretudo, torna anuláveis as deliberações sociais tomadas com base em votos expressos em execução dos acordos não comunicados ou não publicados, salvo em se provando que a deliberação teria sido tomada sem aqueles votos (n.º 3).

Repare-se ainda na circunstância de a omissão de comunicação à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários de acordos parassociais relativos ao exercício de direitos sociais em sociedade aberta constituir, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 390.º do Código dos Valores Mobiliários, uma contra-ordenação grave.

Embora a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários aconselhe também a divulgação ao público dos acordos parassociais relativos ao exercício de direitos sociais ou à transmissibilidade de acções, quando relevantes para a organização das sociedades⁴⁹, a verdade é que a disposição em apreço não impõe o dever de divulgar directamente ao mercado os acordos de voto entre accionistas com posições relevantes. Com efeito, dela decorre expressamente não compreender todos os

⁴⁸ Aprovado pelo Decreto-lei n.º 486/99, de 13 de Novembro.

⁴⁹ Cf. as *Recomendações da CMVM sobre o Governo de Sociedades Cotadas* [em linha], I, ponto 5. [acedido a 21 Set. 2016], in http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/C%C3%B3digoGoverno%20das%20Sociedades/AncXosGovSoc/Pages/99_1.aspx. Aí se assinala também a circunstância de “Em todo o espaço financeiro europeu, o apuramento da situação de controlo obriga[r] a ter em conta, não apenas a participação social, mas também os acordos parassociais celebrados em relação a direitos sociais”. Por conseguinte, “Os acordos parassociais relativos às sociedades abertas ao investimento do público devem [...], de acordo com a transparência do mercado, ser objecto de divulgação na parte em que denotem alcance organizativo [...]”. A título exemplificativo de acordos parassociais com reflexos organizativos na sociedade, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários aponta os sindicatos de voto e os acordos parassociais de defesa contra ofertas públicas de aquisição.

acordos parassociais relativos às sociedades abertas, mas somente aqueles que visem adquirir, manter ou reforçar uma participação qualificada nessas sociedades ou assegurar ou frustrar o êxito de oferta pública de aquisição⁵⁰. Como adverte A. MENEZES CORDEIRO, “torna-se, assim, operação de engenharia jurídica ladear esses âmbitos”⁵¹.

Para J. MAGALHÃES CORREIA, a imposição de um dever de os aderentes informarem directa e imediatamente o público constitui uma solução que oferece ao mercado uma informação mais transparente sobre a existência e conteúdo dos acordos, sobretudo por não depender da prévia formulação de um juízo de relevância por parte da autoridade de controlo. Segundo o mesmo o autor, o crescente recurso à celebração de acordos parassociais, a par da “necessidade de tornar a informação relevante acessível aos investidores em termos imediatos e paritários, *reduzindo o risco de utilização de informação privilegiada* e assegurando igualdade de oportunidades nas decisões de investimento”, certamente recomendaria “um sistema baseado no dever de publicação directa, por estrato ou cópia integral, de todos os acordos que tenham

⁵⁰ Segundo o preceituado no n.º 1 do artigo 187.º do Código dos Valores Mobiliários, “Aquele cuja participação em sociedade aberta ultrapasse, directamente ou nos termos do n.º 1 do artigo 20.º, um terço ou metade dos direitos de voto correspondentes ao capital social tem o dever de lançar oferta pública de aquisição sobre a totalidade das acções e de outros valores mobiliários emitidos por essa sociedade que confirmam direito à sua subscrição ou aquisição”. Quer dizer, o facto constitutivo do dever de lançamento de oferta pública de aquisição consiste na ultrapassagem de um terço ou metade dos direitos de voto correspondentes ao capital social de sociedade aberta. Para esse efeito – o de verificar se há ultrapassagem de um terço ou metade dos direitos de voto em sociedade aberta – contam a participação directa e a participação indirecta, definida nos termos do n.º 1 do artigo 20.º do Código dos Valores Mobiliários. Ora, no elenco de participações indirectas, consideradas por lei no cômputo das participações qualificadas, inclui-se precisamente o acordo de voto. Diz-nos o artigo 20.º, o seguinte: “1 – No cômputo das participações qualificadas consideram-se, além dos inerentes às acções de que o participante tenha a titularidade ou o usufruto, os direitos de voto: c) Detidos por titulares do direito de voto com os quais o participante tenha celebrado acordo para o seu exercício, salvo se, pelo mesmo acordo, estiver vinculado a seguir instruções de terceiro”. Como nos ensina J. CALVÃO DA SILVA, Fusão de sociedades..., cit., p. 45-46, “Em causa, pois, uma *técnica de imputação de votos: para saber se existe ultrapassagem de um terço ou metade dos direitos de voto em sociedade aberta, a impor o dever de lançamento de OPA, contam-se, não só os votos inerentes às acções de que o participante seja titular ou usufrutuário, mas também os direitos de voto inerentes a acções detidas por accionistas com quem aquele tenha celebrado acordo para o seu exercício*”. Em sentido divergente, o anterior Código do Mercado de Valores Mobiliários, que contava como do oferente os direitos de voto das pessoas singulares ou colectivas que tivessem com aquele um contrato de *sindicato de voto* relativo à sociedade visada, conforme estatuído no artigo 530.º, n.º 1, alínea b), e 525.º, n.º 2, alínea g) do diploma em causa. Ora, diz-nos ainda J. CALVÃO DA SILVA, “*em face da alteração legislativa ocorrida – exigência de sindicato de voto substituída por simples acordo de voto – , não pode deixar de entender-se que no perímetro da alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do novo Código dos Valores Mobiliários cabem, não só os sindicatos de voto, sensu proprio, em que os accionistas se vinculam a exercer o direito de voto concertadamente (num sentido unitário) e na generalidade das deliberações sociais, mas ainda os acordos de voto confinados a algumas deliberações, nomeadamente as relativas à eleição dos órgãos sociais*” (p. 46).

⁵¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, cit., p. 706.

por objecto o exercício do direito de voto”, desde que preenchidos “requisitos expressivos da respectiva relevância, a definir por via regulamentar”⁵². Embora preconizemos idêntica solução, a mesma não resulta ainda do regime em vigor⁵³.

Por “não pode[r] deixar de ser reconhecida a grande importância dos acordos parassociais na estrutura de controlo das sociedades abertas, como sustentáculo de participações qualificadas ou de defesas anti-OPA”⁵⁴, a preocupação primeira do legislador terá sido a de assegurar a divulgação dos acordos que, podendo constituir instrumentos de controlo accionista, pusessem em causa os princípios da igualdade de tratamento dos investidores⁵⁵ e da transparência⁵⁶, preservando embora, ao mesmo tempo, a autonomia privada dos sócios outorgantes de tais acordos na auto-regulação dos seus interesses⁵⁷.

Como vimos, o n.º 3 do artigo 19.º do Código dos Valores Mobiliários vem admitir a impugnação de deliberações sociais tomadas com base em votos expressos na execução de acordos não comunicados ou publicados, assim contradizendo a ideia

⁵² J. MAGALHÃES CORREIA, *Notas breves...*, cit., p. 93.

⁵³ Também no sentido de a disposição em causa não compreender todos os acordos parassociais relativos às sociedades abertas, CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 316; A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, cit., p. 706. Contra, J. J. DE AVILLES OGANDO, *Os deveres de informação permanente...*, cit., p. 30, sustenta estar em causa uma obrigação extensível a quaisquer outros acordos cuja validade a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários pretenda questionar, na circunstância de tomar conhecimento da existência de quaisquer acordos não tornados públicos que considere relevantes para o controlo da gestão da sociedade emitente.

⁵⁴ J. J. DE AVILLES OGANDO, *Os deveres de informação permanente...*, cit., p. 29.

⁵⁵ Como nos ensina PAULO CÂMARA, *Parassociedade...*, cit., p. 347, entre a tutela dos investidores e a tutela societária das minorias assomam, desde logo, duas diferenças fundamentais: *em relação ao objecto da tutela*, a tutela das minorias relaciona-se, por definição, com os accionistas – titulares actuais de acções –, enquanto a tutela do investidor dirige-se à protecção do mercado, constituído por todos os titulares, *efectivos ou potenciais*, de qualquer valor mobiliário; *em relação aos meios de tutela*, a tutela do investidor é particularmente reforçada em termos de organização administrativa, por contar com a intervenção da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, entidade com poderes de supervisão no mercado de valores mobiliários.

⁵⁶ Neste sentido, J. MAGALHÃES CORREIA, *Notas breves...*, cit., p. 93, para quem a obrigação de comunicação permite, em primeira linha, à entidade de supervisão averiguar das imputações de direitos de voto para cômputo das participações qualificadas, obviando a que os acordos sejam utilizados como meio de detenção oculta dessas mesmas participações; a posterior publicação possibilita, por seu turno, a aferição, pelo público, das relações de influência ou domínio sobre as sociedades em causa; J. J. DE AVILLES OGANDO, *Os deveres de informação permanente...*, cit., p. 30; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 316; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 173-174. Cf. também Cons. 8 do texto preambular do Código dos Valores Mobiliários.

⁵⁷ J. MAGALHÃES CORREIA, *Notas breves...*, cit., p. 92; J. J. DE AVILLES OGANDO, *Os deveres de informação permanente...*, cit., p. 30.

de eficácia relativa presente no artigo 17.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais⁵⁸. Trata-se, porém, de uma mera *oponibilidade negativa* dos acordos parassociais não comunicados ou não publicados, donde se não podem retirar consequências mais amplas, como sejam as da *oponibilidade positiva* do conteúdo dos acordos parassociais comunicados e publicados em relação à sociedade, aos demais sócios ou a terceiros; a de um dever de respeito desse conteúdo, nomeadamente no âmbito societário e, em especial, no funcionamento da assembleia geral da sociedade em causa; ou a da impugnabilidade dos actos contrários ao acordo, designadamente das deliberações sociais⁵⁹.

Na realidade, tudo aponta no sentido de que as normas em apreço se dirigem a garantir o dever de informação dos investidores, proporcionando-lhes o conhecimento de relações de influência ou domínio por detrás de acordos parassociais, e não já a conferir a estes qualquer eficácia acrescida⁶⁰.

Para além de eventuais críticas de fundo à quebra do princípio da eficácia relativa dos acordos parassociais, o regime coloca ainda outras interrogações pertinentes, a respeito da sua interpretação e aplicação, entre as quais a de saber como invocar a “prova de resistência” prevista na parte final do preceito.

Questiona-se, mais concretamente, se os votos emitidos por sócios vinculados através de acordos de voto não deverão ser contados ou, pelo contrário, se deverá averiguar se aqueles votariam em igual sentido na circunstância de não estarem

⁵⁸ Como assinala J. MAGALHÃES CORREIA, *Notas breves...*, cit., p. 94, quer a sociedade, quer os sócios não aderentes ao pacto, e mesmo terceiros, podem ser afectados pela circunstância de as deliberações sociais tomadas com base em votos expressos em execução de acordos não comunicados ou publicados serem anuláveis. O autor mostra preferência, “no plano da estética do sistema”, pela solução da suspensão do exercício dos direitos de voto como sanção para o incumprimento da obrigação de comunicação; o exercício fáctico do direito suspenso, quando relevante para a tomada da deliberação, seria fundamento de anulação nos termos gerais. Sob o “ponto de vista da supervisão financeira”, assinala, porventura fosse suficiente tratar a ausência de comunicação como um ilícito de mera ordenação social ou, quando muito, cominar a sanção da ineficácia para o acordo parassocial (ineficácia em sentido estrito e relativa), assim respondendo, mais adequadamente, aos objectivos de transparência e completude de informação almejados pela lei, até pela circunstância de facilitar a sanção sucessiva ou a realização tardia da comunicação.

⁵⁹ M.ª GRAÇA TRIGO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 180; CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais...*, cit., p. 317; A. SOVERAL MARTINS, *Notas sobre os acordos parassociais...*, cit., p. 39. No mesmo sentido parece apontar o Cons. 8 do texto preambular do Código dos Valores Mobiliários, ao imputar à divulgação dos acordos parassociais a função de reforço da transparência da direcção e controlo das sociedades abertas, de resto, na linha das modernas tendências relativamente ao seu governo. Na doutrina espanhola, CÁNDIDO PAZ-ARES, *El enforcement...*, cit., p. 43

⁶⁰ M.ª GRAÇA TRIGO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 180.

vinculados. Ambas as situações suscitam dúvidas⁶¹: a primeira porque introduziria, na prática, um novo impedimento de voto; a segunda porque sempre os sócios vinculados confirmariam a intenção de votar “livremente” no mesmo sentido.

Noutra perspectiva, deve estabelecer-se um paralelo entre a “prova de resistência” que se encontra prevista neste n.º 3, para a *deliberação* viciada de *anulabilidade*, e aquela cominada pelo artigo 58.º, n.º 1, alínea b), do Código das Sociedades, para as *deliberações abusivas*, com a seguinte diferença: enquanto nestas a “prova de resistência” é “aritmeticamente impossível” (sem maioria de *votos abusivos* não há *deliberação abusiva*), aqui a “prova de resistência” revela-se possível. Bastará, para tanto, que “a *deliberação* tenha sido aprovada maioritariamente por *votos* que não tenham sido expressos em *acordos* ou em *acordos* que, esses, tenham sido *comunicados e publicados*”^{62/63}.

Assinale-se também que o regime em apreço se reporta aos acordos parassociais que não foram comunicados à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ou que não foram publicados por esta nos termos do n.º 2 do artigo 19.º.

⁶¹ M.ª GRAÇA TRIGO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 180; A. MARGARIDA DOS SANTOS COSTA, *Parassocialidade e transmissão de participações sociais – as cláusulas de tag along e de drag along*; dissert. Mestrado sob a orientação do Prof. Pedro Maia, Coimbra: Faculdade de Direito, 2010, p. 58, nt. 129, para quem se está diante uma situação de conflito de interesses, reconduzível ao artigo 251.º (impedimento de voto): “O sócio não pode votar [...] quando, relativamente à matéria da deliberação, se encontre em situação de conflito de interesses com a sociedade”.

⁶² J. PINTO FURTADO, in *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 453.

⁶³ Como alerta J. J. DE AVILLES OGANDO, *Os deveres de informação permanente...*, cit., p. 30-31, a disposição em apreciação apresenta ainda dificuldades que se prendem com a sua concatenação com a disciplina compreendida nos arts. 16.º, 20.º e 21.º do CVM, pois “se é verdade que por um lado, as soluções para situações de falta de transparência previstas para a aquisição de participações qualificadas e para os acordos parassociais são diferentes entre si, não é menos certo que os próprios acordos parassociais podem fundamentar uma imputação de direitos de voto ao abrigo do artigo 20.º”, assim “caindo [...] no âmbito de abrangência do dever de comunicação de participações qualificadas previsto no artigo 16.º do CVM”. Quer dizer, “o normativo em vigor apresenta consequências diferentes para situações de falta de transparência, aplicáveis a realidades potencialmente coincidentes”. Em consequência, e segundo o mesmo autor, dois tipos de problemas podem aqui surgir: por um lado, “ao nível da compatibilização das cominações previstas – a da suspensão do exercício de direitos inerentes à participação social em causa, e a da eficácia relativa das deliberações tomadas com base em votos cujo exercício encontra-se condicionado por acordo parassocial”; por outro lado, “ao nível dos possíveis expedientes encontrados pelos outorgantes de tais acordos para se prevalecerem do regime menos gravoso ou mais conveniente, sendo certo que contrariamente ao que acontece com os acordos parassociais, os outorgantes de outros acordos que impliquem imputação de direitos de voto em sociedades abertas não carecem, em princípio de participar à CMVM o texto integral dos acordos abrangidos”.

Como logo se vê, este regime poderá desencadear situações difíceis sempre que um acordo comunicado à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários não seja por esta publicado ou não o seja na totalidade. Tendo em conta a circunstância de serem anuláveis as deliberações sociais tomadas com base nesse acordo, os efeitos para a vida da sociedade podem ser deveras gravosos, questionando-se acerca dos meios à disposição dos sócios, da sociedade ou mesmo de terceiros afectados, para responsabilizar a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários pela decisão de não publicação⁶⁴.

Conclusão

Pese embora a constatação de algumas dificuldades interpretativas, não se olvida da importância das soluções em causa na parte em que impõem a divulgação da existência e conteúdo de acordos parassociais em sectores particularmente sensíveis da economia ou em relação a sociedades com determinadas características, tendo em conta razões de transparência do mercado.

Repare-se, em todo o caso, a obrigatoriedade de registo de acordos parassociais no Banco de Portugal e na ASF não lhes vem imprimir oponibilidade a terceiros em derrogação da norma do n.º 1 do artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais, que, recorde-se, vem estabelecer que “com base neles [nos acordos parassociais] não podem ser impugnados actos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade”. Idênticas considerações hão-de valer, *mutatis mutandis*, em relação ao prescrito no artigo 19.º do Código das Valores Mobiliários, apesar de o mesma se referir à possibilidade de anulação das deliberações sociais tomadas com base em votos expressos em execução de acordos não comunicados ou não publicados.

Naturalmente, a reflexão ora empreendida não esgota todas as questões que poderiam e podem vir a ser suscitadas, reclamando a temática um contínuo aprofundamento dos dados ora lançados. Pensamos, porém, ter apresentado uma súmula e chamado a atenção para determinados aspectos essenciais, e se com isso

⁶⁴ M.ª GRAÇA TRIGO, *Acordos parassociais...*, cit., p. 181. Cf. posição de J. MAGALHÃES CORREIA, em nota 58.

conseguirmos lançar alguns argumentos para o debate, sob o ponto de vista científico, então, teremos o nosso objectivo por alcançado.

Bibliografia

- ABREU, J. M Coutinho de – *Curso de Direito Comercial*, 4.^a ed., vol. II, Coimbra: Almedina, 2011.
- ALMEIDA, A. Pereira de – *Sociedades Comerciais*, 6.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- ALMEIDA, Rita G. Fialho d' – Acerca das restrições dos acordos parassociais em matéria de administração, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Braga: Universidade do Minho (Escola de Direito), tomo LXIV, n.º 339 (Set./Dez. 2015), p. 375-398.
- ANTUNES, J. A. Engrácia – *Os grupos de sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.^a ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2002.
- APARICIO GONZÁLEZ, M.^a L. – Los pactos parasociales, in J. M.^a ÁLVAREZ ARJONA e ángel carrasco perera (dir.), *Adquisiciones de empresas*, 3.^a ed., Cizur Menor: Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, p. 611-625.
- ASCENSÃO, J. Oliveira – *Direito Comercial*, vol. IV, *Sociedades Comerciais – Parte Geral*, Lisboa: Dislivro, 2000.
- BAIROS, Rita – Os acordos parassociais – breve caracterização, *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, ano II, n.ºs 1-2 (2010), p. 333-358.
- CÂMARA, Paulo – *Parassociedade e transmissão de valores mobiliários*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996.
- Acordos parassociais: estrutura e delimitação, in OTERO, Paulo; Fernando ARAÚJO e GAMA, J. Taborda da (org.), *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 783-817.
- COELHO, Eduardo Lucas – *Direito de voto dos accionistas nas assembleias gerais das sociedades anónimas*, Lisboa: Rei dos Livros, 1987.
- CORDEIRO, A. Menezes – Acordos parassociais, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, vol. II (Abr. 2001), p. 529-542.
- *Direito europeu das sociedades*, Coimbra: Almedina, 2005.

- *Direito das Sociedades – Parte Geral*, 3.ª ed. ampliada e actualizada, vol. I, Coimbra: Almedina, 2011.
- *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2012, p. 124-127.
- CORREIA, J. Magalhães – Notas breves sobre o regime dos acordos parassociais nas sociedades cotadas, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* [em linha], n.º 15 (Dez. 2002), p. 91-95 [acedido a 21 Set. 2016], in <http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Documents/0654cf3c9eae4af18f5a5bc858867f8fJMCorreia.pdf>.
- CORREIA, Miguel J. A. Pupo – *Direito Comercial – Direito da Empresa*, 12.ª ed. revista e actualizada, Lisboa: Ediforum, 2011.
- COSTA, A. Margarida dos Santos – *Parassocialidade e transmissão de participações sociais – as cláusulas de tag along e de drag along*; dissert. Mestrado sob a orientação do Prof. Pedro Maia, Coimbra: Faculdade de Direito, 2010.
- CUNHA, Carolina – in ABREU, J. M Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 286-318.
- CUNHA, Paulo Olavo – *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012.
- DUARTE, Rui Pinto – O controlo da identidade dos sócios das instituições de crédito e das sociedades financeiras, *Revista da Banca*, n.º 26 (1993), p. 73-86.
- FARENGA, Luigi – *I contratti parasociali*, Milano: Giuffrè Editore, 1987.
- FRADA, M. Carneiro da – Acordos parassociais “ominilaterais” – um novo caso de “desconsideração” da personalidade jurídica?, *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. II (Out. 2009), p. 97-135.
- FURTADO, J. Pinto – *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2004.
- *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009.
- JAEGER, Pier Giusto – Introduzione al problema della validità dei sindacati di voto, in FRANCO BONELLI e PIER GIUSTO JAEGER, *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 3-9.
- LEAL, Ana Filipa – Algumas notas sobre a parassocialidade no direito português, *Revista de Direito das Sociedades*, Lisboa: Almedina, ano 1, n.º 1 (Mar. 2009), p. 135-183.
- LEITÃO, A. Menezes – Acordos parassociais e *corporate governance*, in AA.VV., *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2012, p. 575-589.

- MARTINS, A. Soveral – Notas sobre os acordos parassociais relativos à transmissão de ações (em especial, os acordos ditos «de bloqueio»), in OTERO, Paulo; Fernando ARAÚJO e GAMA, J. Taborda da (org.), *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 29-55.
- MORAIS, Helena – *Acordos parassociais: restrições em matéria de administração das sociedades*, reimp., Coimbra: Almedina, 2014.
- PAZ-ARES, Cândido – El *enforcement* de los pactos parasociales, *Actualidad Jurídica Uriá & Menéndez* [em linha], n.º 5 (2003), p. 19-43 [acedido a 21 Set. 2016], in <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>.
- OGANDO, J. J. de Avillez – Os deveres de informação permanente no mercado de capitais, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados* [em linha], ano 64, vol. I/II (Nov. 2004), Disponível na internet: http://www.sgfc-law.pt/xms/files/Outras_Publicacoes/DeveresDeInformacaoPernamenteNoMercadoDeCapitais.pdf.
- PÉREZ MILLÁN, David – Pactos parasociales con terceros, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* [em linha], n.º 42 (2011) [acedido a 21. Set. 2016], in <http://eprints.ucm.es/14076/>.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes – Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares, in DÍEZ SOTO, Carlos Manuel *et al.*, *Régimen jurídico de la empresa familiar*, 1.ª ed., Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, 2010, p. 43-73.
- SANTONI, Giuseppe – *Patti parasociali*, Napoli: Jovene, 1985.
- SANTOS, M. Leite – *Contratos parassociais e acordos de voto nas sociedades anónimas*, Lisboa: Edições Cosmos, 1996.
- SANTOS, Theophilo de Azeredo – Acordo de accionistas, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 47, vol. I (Abr. 1987), p. 181-194.
- SERRA, A. Vaz – Assembleia geral, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 197 (1970).
- SILVA, C. Martins da – Os grupos bancários no regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, vol. III (Dez. 1997), p. 1043-1097.
- SILVA, H. Lança – *Os acordos parassociais no direito português* [em linha], 2000 [acedido a 21 Set. 2016], in <http://www.verbojuridico.net/doutrina/comercial/acordoparassocial.html>.

- SILVA, J. Calvão da – Fusão de sociedades, acordo de voto e obrigatoriedade de OPA, *Estudos jurídicos [Pareceres]*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 39-59.
- TELES, Fernando Galvão – União de contratos e contratos para-sociais, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 11, n.ºs 1-2 (1951), p. 37-103.
- TRIGO, M.ª Graça – Acordos parassociais – síntese das questões jurídicas mais relevantes, in MARTINS, A. Soveral *et al.*, *Problemas do Direito das Sociedades*, 2.ª reimp., Coimbra: Almedina, 2008, p. 169-184.
- *Os acordos parassociais sobre o exercício do direito de voto*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.
- VALE, R. G. dos Santos do – As assembleias gerais e os acordos parassociais, *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, ano II, n.ºs 1-2 (2010), p. 359-377.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006.
- *Contratos atípicos*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.
- VENTURA, Raúl – Acordos de voto; algumas questões depois do Código das Sociedades Comerciais, in *Estudos vários sobre sociedades anónimas: comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, reimp. da ed. de 1992, Coimbra: Almedina, 2003.
- XAVIER, V. G. Lobo – A validade dos *sindicatos de voto* no direito português constituído e constituindo, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 45, vol. III (Dez. 1985), p. 639-653.
- *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, reimp., Coimbra: Almedina, 1998.

Jurisprudência

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.03.1999 (FRANCISCO LOURENÇO), proc. n.º 1274/98, *CJ – ASTJ*, VII (1999), tomo I, p. 160-163.
- Acórdão da Relação do Porto, de 24.05.2001 (ALVES VELHO), *CJ*, ano XXVI, tomo III (2001), p. 201 e s., e cujo sumário pode ser consultado em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão da Relação Lisboa, de 25.10.2001 (FERNANDA ISABEL PEREIRA), *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo IV (2001), p. 130-134.

A importância do registo nos processos de fusão e de cisão

Marisa Dinis*

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atual configuração da economia impõe às sociedades que operam no mercado uma elevada capacidade de se regenerarem e de se reinventarem. Com efeito, a globalização e a forte concorrência obrigam as sociedades a recorrerem a distintos mecanismos para lutarem por uma posição dominante no mercado que lhes garanta a prossecução da sua atividade com sucesso e concomitantemente a concretização do seu fim, isto é, a obtenção de lucro.

De entre estes mecanismos destacam-se, pela importância que revestem, os referentes aos processos de fusão, de cisão e de transformação de sociedades sendo certo, no entanto, que os dois primeiros ultrapassam o último em grau de efetiva reestruturação das empresas e, bem assim, de procedimentos a adotar e de dificuldades, administrativas e jurídicas, a resolver. Na verdade, a fusão e a cisão de sociedades implicam a realização de um conjunto de atos jurídicos exigidos sobretudo para a proteção dos intervenientes, diretos e indiretos, e para garantir a necessária segurança jurídica. As breves reflexões que se seguem visam dar conta dos atos necessários à concretização dos processos de fusão e de cisão e ressaltar a importância que o registo destes atos assume nesta sede.

*Doutora em Direito (Universidade de Salamanca). Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais e licenciada em Direito (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Professora-adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria. Membro efetivo do Centro de Investigação em Estudos Jurídicos (CIEJ).

II. DA FUSÃO – PONTO DE PARTIDA

O regime jurídico aplicável à fusão vem regulado no artigo 97.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais (CSC) e vem inspirado nos princípios consagrados na III Diretiva do Conselho (78/855/CEE), de 9 de outubro de 1978, alterada pela Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, a 13 de novembro de 2007. Considerando que legislador não avança com uma noção de fusão, optando, antes porém, por indicar quais as modalidades que esta pode revestir, cabe ao intérprete e ao aplicador da lei a tarefa de apresentar uma definição para a fusão. Neste sentido, tem laborado a doutrina de forma, diga-se, relativamente abundante¹. cremos que, neste âmbito, os propósitos de definir o fenómeno ficam concretizados com os dizeres de RAÚL VENTURA quando afirma que “a essência da fusão de sociedades consiste em juntar os elementos pessoais e patrimoniais de duas ou mais sociedades preexistentes, de tal modo que passe a existir uma só sociedade”. Este autor precisa ainda que para que a fusão se concretize necessário se torna que “algumas sociedades se extingam ou todas, se do processo resultar uma nova sociedade, ou todas as participantes, menos uma”².

¹ Pinto Furtado define a fusão como sendo a reunião de duas ou mais sociedades numa só sociedade. Cfr. FURTADO, Pinto, *Curso de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2004, página 544. Por sua vez, Menezes Cordeiro, referindo igualmente que a fusão implica a junção de duas ou mais sociedades para formarem uma só, recorda que se trata de uma ferramenta essencial na concentração económica de empresas. Cfr. CORDEIRO, Menezes, *Manual de Direito das Sociedades volume I*, Coimbra, Almedina, 2016, página 1125. Também Diogo Costa Gonçalves apresenta uma noção de fusão ao referir que “podemos definir o instituto como um processo de concentração de sociedade que opera a reunião dos seus elementos pessoais e patrimoniais em uma única e mesma estrutura societária”. Cfr. GONÇALVES, Diogo Costa, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, sob a coordenação de António Menezes Cordeiro, 2ª ed. Almedina, 2009, página 337. Já Elda Marques avança que “a fusão de sociedades agrupa os patrimónios e os sócios de duas ou mais sociedades numa única entidade colectiva”. MARQUES, Elda, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, sob a coordenação de Jorge M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2011, página 155. Num outro escrito, refere Elda Marques, fazendo já alusão às modalidades da fusão, que “a fusão de sociedades, constituindo um dos modos de concentração societária, caracteriza-se por ter como consequência a reunião de duas ou mais sociedades numa única sociedade resultante (cfr. o art. 97.º, n.º 1), incorporante ou nova sociedade, consoante a fusão ocorra, respetivamente, por incorporação (cfr. a al. a) do n.º 4 do art. 97.º) ou por constituição de uma nova sociedade (cfr. a al. b) do n.º 4 do art. 97.º). MARQUES, Elda, «Fusão e Cisão (não) proporcionais)», *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2014, páginas 109 a 153, aqui 109.

² Cfr. VENTURA, Raúl, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, páginas 14 e 15.

São várias, e de diversa natureza, as causas que conduzem ao processo de fusão. Caberá, naturalmente, aos respetivos órgãos da sociedade, órgão de gestão e de representação, por um lado, e órgão deliberativo-interno, por outro, elaborar, analisar, propor e votar a proposta de fusão. Tratando-se, regra geral³, de uma forma de concentração de empresas, as razões subjacentes à fusão traduzem, entre outras possibilidades, a necessidade de maximizar fatores de produção⁴, o interesse em aumentar a dimensão da estrutura económico-social⁵ para responder às exigências, nacionais e internacionais, imposta pelo mercado.

Apesar de o legislador, como referimos anteriormente, não apresentar uma definição de fusão, dá-nos as modalidades que a mesma reveste. Com efeito, no n.º 4 do artigo 97.º, nas alíneas a) e b), diz-nos o legislador que a fusão pode dar-se, por um lado, por incorporação ou absorção e, por outro, por constituição de uma nova sociedade ou por concentração. Apesar de nos forcarmos, de seguida, apenas nas modalidades vindas de referir, há que precisar que a lei menciona ainda a denominada fusão por aquisição tendente ao domínio total, isto é, incorporação de sociedade detida, pelo menos, a 95% por outra, nos termos artigo 116.º do CSC, e a doutrina aponta, por exemplo, como forma especial da modalidade de fusão por incorporação a chamada fusão inversa que ocorre quando a sociedade dominante é incorporada pela sociedade dominada⁶.

Com efeito, refere, por uma banda, a alínea a) do n.º 4 do artigo 97.º do CSC que a fusão pode realizar-se “mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra e a atribuição aos sócios daquelas de partes, acções ou quotas desta” e, por outra banda, designa a alínea b) do mesmo número, que a fusão pode ocorrer “mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios

³ Apesar de na maior parte das situações o processo de fusão consubstanciar um processo de concentração de empresas, a verdade é que este facto não ocorre sempre. Concordamos, pois, neste âmbito, com Raúl Ventura. Cfr. VENTURA, Raúl, *ob. cit.* Página 18.

⁴ Sónia Carvalho refere que “concretização de uma operação de Concentração económica e a maximização dos factores produtivos envolvidos, entre outros motivos, pode justificar uma Fusão.”. Cfr. CARVALHO; Sónia, «Carvalho, S. (2016). Algumas notas acerca das consequências jus-laborais decorrentes da cisão e fusão das sociedades”, *VII Congresso Internacional de Ciências Jurídicas-Empresariais*, Leiria: Instituto Politécnico de Leiria, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2016, página 22.

⁵ Por sua vez, Paulo Olavo Cunha afirma que “nem a fusão ocorre necessariamente num contexto de crescimento - podendo significar apenas o reconhecimento de que diversas sociedades pertencentes às mesmas entidades já não têm interesse em substituir autonomamente, considerando preferível integrar uma mesma estrutura, ganhar dimensão comercial e conseqüente peso negocial, e evitar inevitavelmente duplicações (ou multiplicações) de estrutura fixa, sem uma razão de ser que o justifique”. Cfr. CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais* (6ª ed.), Coimbra, Almedina, página 995.

⁶ Cfr. CUNHA, Paulo Olavo, *ob. cit.*, página 1001.

das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quotas da nova sociedade”.

Na primeira situação, uma das sociedades, a denominada sociedade incorporante, incorpora a outra ou as outras, a(s) denominada(s) sociedade(s) incorporada(s), absorvendo a totalidade dos respetivo(s) património(s) e extinguindo-a(s). Esta modalidade de fusão implica que aos sócios das sociedades incorporadas sejam atribuídas participações da sociedade incorporante⁷ vindo, no entanto, o n.º 5 do mesmo artigo 97.º referir que podem ser ainda atribuídas, além das participações sociais da sociedade incorporante, “aos sócios da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal das participações que lhes forem atribuídas”⁸. Note-se que, nos termos do admitido pelo n.º 1 do artigo 97.º do CSC, a fusão pode dar-se entre sociedades de tipo diverso. A sociedade incorporante pode adotar um tipo diverso daquele que revestia antes do processo de fusão e pode ver variações no seu capital social, aumento ou redução, consoante as necessidades, nos termos legais.

Na segunda situação retratada, a saber, a que decorre da alínea b) do n.º 4 do artigo 97.º do CSC, a modalidade de fusão implica a constituição de uma nova sociedade através da junção de duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diverso. Para a nova sociedade serão, naturalmente, transferidos os patrimónios globais das sociedades fundidas. Os sócios das sociedades fundidas receberão na nova sociedade as participações sociais que lhes couberem. Esta modalidade admite, à semelhança do anteriormente verificado, a atribuição de quantias em dinheiro, nos termos do já mencionado n.º 5 do artigo 97.º do CSC.

⁷ Os sócios da sociedade incorporante devem ficar com uma participação social idênticas, em termos de valor real, àquela que possuíam antes de se operar a fusão. Por seu turno, os sócios das sociedades incorporadas, ao assumirem agora a qualidade de sócios na sociedade incorporante, devem ver as suas participações, novas participações, a atingirem o valor real idêntico àquele que tinham antes de ocorrer a fusão.

⁸ Discute-se amplamente na doutrina os precisos termos em que esta admissibilidade está prevista. Veja-se, a este propósito, MARQUES, Elda, «Fusão e Cisão (não) proporcionais», *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2014, páginas 109 a 153, aqui 113 e seguintes. Veja-se, igualmente, que a norma não é aplicável à particular situação prevista no artigo 116.º (o n.º 2 refere que “não são neste caso aplicáveis as disposições relativas à troca de participações sociais (...)”).

Apesar de as diferenças entre ambas as modalidades serem evidentes, já que a primeira aproveita para o processo de fusão uma sociedade já existente e a segunda obriga à constituição de uma nova sociedade, existem, ainda assim, semelhanças que se traduzem, desde logo, no facto de em ambas as modalidades se operar a extinção das sociedades fundidas (exceto da incorporante pré-existente, sendo o caso)⁹ e na possibilidade de, em ambas as modalidades, a fusão poder ser heterogénea e de as sociedades dissolvidas, desde que preencham os requisitos legais para retomarem o exercício à atividade legal, podem ser objeto de fusão, conforme estipulado no n.º 2 do artigo 97.º do CSC. Neste particular, concordamos com Elda Marques quando refere que, mesmo nas situações de dissolução por via administrativa, é de aplicar esta possibilidade¹⁰. Característica comum reside ainda no facto de, em nenhuma modalidade, se permitir a fusão de sociedades a partir da data da respetiva “petição de apresentação à insolvência” ou do respetivo “pedido de declaração desta”, tudo nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 97.º do CSC.

III – DA CISÃO – PONTO DE PARTIDA

A técnica legislativa adotada na regulação da cisão é muito semelhante à utilizada no processo de fusão. Assim, também na cisão o legislador deixa o conceito órfão de definição optando por fazer referência às modalidades que pode revestir. Trata-se de um recurso utilizado com regularidade, mas não exclusivamente, em processos de reorganização societária que, neste caso, conduz obrigatoriamente à divisão do património da sociedade cindida¹¹.

Do disposto no artigo 18.º do CSC sobressaem três modalidades de cisão: *i)* a cisão simples, processo através do qual uma sociedade destaca uma parte do seu património e com ela constitui outra sociedade, mantendo a sociedade cindida o património que não foi destacado; passam, portanto, a coexistir duas personalidades jurídicas distintas no lugar de uma ; *ii)* a cisão-dissolução, nos termos da qual a sociedade cindida se dissolve e divide o seu património em partes que serão destinadas a constituir novas sociedades; *iii)* a cisão-fusão, que permite destacar partes do património de uma determinada sociedade, ou dissolver-se, para as fundir com partes do património de sociedades já existente, ou separadas por

⁹ Trata-se de uma extinção que não comporta dissolução nem liquidação. Cfr., entre outros, CORREIA, Pupo, *Direito Comercial*, 8.ª edição, Ediforum, 2003, página 293.

¹⁰ Marques, Elda, MARQUES, Elda, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, sob a coordenação de Jorge M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2011, página 162.

¹¹ Cfr. CUNHA, *ob. cit.*, página 995.

idênticos processos e com igual finalidade. Independentemente da modalidade, refere o n.º 2 do artigo 118.º do CSC, que “as sociedades resultantes da cisão podem ser de tipo diferente do da sociedade cindida”.

A opção por cada uma das modalidades exige a verificação de determinados requisitos. Assim, a cisão simples obriga a conjugar a al. a) do n.º 1.º do artigo 118.º com as exigências dos artigos 123.º e 124.º, todos do CSC. A cisão-dissolução, consagrada na al. b) daquele n.º 1 do artigo 118.º, remete-nos para o artigo 126.º do CSC. E, por fim, a cisão fusão, explanada na al. c) ainda do referido n.º 1 do artigo 118.º, implica a verificação dos requisitos consagrados no artigo 128.º do CSC.

Desta forma, não é suscetível de concretização a cisão simples sempre que o “o valor do património da sociedade cindida se tornar inferior à soma das importâncias do capital social e da reserva legal e não se proceder, antes da cisão ou juntamente com ela, à correspondente redução do capital social” ou sempre que “o capital da sociedade a cindir não estiver inteiramente liberado”. A necessidade de estes requisitos estarem devidamente verificados, que assenta na necessidade de fazer salvaguardar o princípio da integridade do capital social, obrigou o legislador a exigir que os mesmos fossem convenientemente comprovados nos termos do n.º 3 do artigo 123.º do CSC. O legislador pronunciou-se igualmente sobre a natureza dos elementos que são suscetíveis de serem destacados. Assim, de acordo com o prescrito nas duas alíneas do n.º 1 do artigo 124.º do CSC, consagrou que apenas podem ser destacados os seguintes elementos: “participações noutras sociedades, quer constituam a totalidade quer parte das possuídas pela sociedade a cindir, para a formação de nova sociedade cujo exclusivo objecto consista na gestão de participações sociais” e “bens que no património da sociedade a cindir estejam agrupados, de modo a formarem uma unidade económica”. Estas exigências são sobretudo de natureza protecionista visto que, por um lado, permitem assegurar os direitos dos sócios e, por outro, não desfalcam a sociedade cindida de meios para continuar a laborar. Protege-se, ainda, o mercado em sentido amplo.

Por seu turno, na cisão-dissolução, determina a lei que todo o património seja envolvido na cisão (artigo 126.º do CSC). Trata-se, novamente, de uma medida que visa proteger todos

os afetados, direta e indiretamente, pelo processo de cisão. Nos termos do artigo 127.º do CSC, “os sócios da sociedade dissolvida por cisão-dissolução participarão em cada uma das novas sociedades na proporção que lhes caiba na primeira”. Trata-se, porém, de uma norma meramente relativa podendo ser, por isso, afastada por acordo das partes.

Por fim, para a cisão-fusão, uma combinação entre ambos os processos, relembra a lei que, sendo esse o caso, este processo não dispensa a verificação dos requisitos a que estão subordinadas as transmissões de determinados bens ou direitos (artigo 128.º do CSC). No que respeita à constituição de novas sociedades, *in casu* por cisões-fusões simultâneas, determinada a lei, no n.º 1 do artigo 129.º do CSC, que apenas podem intervir estas sociedades e que, nos termos do n.º 2 daquele preceito, “a participação dos sócios da sociedade cindida na formação do capital da nova sociedade não pode ser superior ao valor dos bens destacados, líquido das dívidas que convencionalmente os acompanhem”. Trata-se novamente de uma medida que visa proteger aqueles que, imediata ou mediatemente, venham a ser afetado com este processo.

IV – DOS PROJETOS DE FUSÃO (E CISÃO)

1. CONTEÚDO

O projeto de fusão deve ser instruído de acordo com o estipulado no artigo 98.º do CSC. Por sua vez, estipula o artigo 119.º os requisitos e os comandos para a elaboração do processo de cisão. Ambos os projetos e os próprios regimes gerais apresentam elevadas semelhanças. É de tal forma assim que o legislador, no artigo 120.º do CSC, diz claramente são aplicáveis às cisões as normas respeitantes às fusões. Portanto, o estudo que se segue centra-se sobretudo no regime legal das fusões sendo, no entanto, aplicável às cisões salvo nas situações em que tal não possa suceder.

As primeiras instruções surgem ainda antes se iniciar o percurso pela leitura das doze alíneas que preenchem o n.º 1 do referido artigo. Com efeito, do corpo do n.º 1, resulta que a legitimidade para a elaboração do projeto de fusão cabe às administrações das sociedades envolvidas no projeto. Da norma parece decorrer que todas as administrações se encontram em igualdade de circunstâncias para se apresentar ao negócio. No entanto, como é sabido, por vezes, porque o mercado assim o dita, uma das administrações é mais forte do que a(s)

outra(s) o que pode provocar alguns desequilíbrios nas negociações. Seja como for, caberá às administrações das sociedades envolvidas apresentar o projeto de fusão.

O conteúdo do projeto de fusão está determinado, em parte, pela lei. Com efeito, são, como referimos, doze as alíneas do n.º 1 do artigo 99.º do CSC que designam alguns dos elementos que devem constar do projeto. Porém, tais alíneas não podem ser interpretadas de forma isolada já que, tal como resulta claro do corpo do n.º 1 do artigo 98.º do CSC, o projeto deve igualmente apresentar outros elementos (além dos referidos nas alíneas) que sejam necessários ou convenientes a oferecer um conhecimento perfeito e completo do processo em causa. São elementos que, pese embora não venham descritos na lei, são indispensáveis ou convenientes, para que a operação visada seja devidamente entendida pelos destinatários. Repare-se que, da letra da lei não resulta que estes elementos “extra” apenas devem existir quando se tratam de elementos verdadeiramente indispensáveis à compreensão do projeto de fusão e do alcance da medida. Com efeito, a norma refere que devem ser aditados outros elementos “convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada”. Da norma resulta igualmente que estes elementos podem ser de diferentes naturezas, nomeadamente jurídica e económica. Seja como for, resulta óbvio que a lei dedica especial atenção ao projeto de fusão pretendendo que este seja o mais esclarecedor possível.

Fazendo uma breve incursão pelos elementos referidos como essenciais para o projeto de fusão, apenas podemos reforçar o que já tínhamos concluído supra: que o legislador se preocupou de forma evidente em proteger os envolvidos nestes processos. Com efeito, para além de algumas exigências evidentes (identificação e características das sociedades envolvidas), outras visam claramente o propósito de informar os interessados. Objetivo que se denota, desde logo, na obrigatoriedade de os projetos de fusão, de todas as sociedades envolvidas, serem fundamentados, de levarem incluídas as exatas condições em que ocorrerá a fusão e fixados os objetivos a alcançar com tal operação.

Por outro lado, o património existente em cada uma das sociedades objeto da fusão deve ser devidamente apurado por via da realização de um balanço que permitirá, além do mais, determinar o valor dos elementos do ativo e do passivo que serão transferidos para a

sociedade incorporante ou, sendo o caso, para a nova sociedade a constituir. O balanço aqui referido tem de estar em conformidade com as exigências do n.º 2 do artigo 98.º do CSC¹².

O projeto deve igualmente determinar as participações sociais a atribuir aos sócios das sociedades incorporadas ou fundidas, especificando, sempre que aplicável, as quantias em dinheiro a atribuir a cada sócio, nos termos do admitido pelo n.º 5 do artigo 97.º do CSC e, bem assim, os critérios de avaliação adotados e a relação de troca das participações sociais e as respetivas bases (esta informação pode constar diretamente do projeto ou de um anexo ao projeto). Seja como for, importa salientar que se trata de uma matéria que assume igualmente relevo em sede de fiscalização. Com efeito, o n.º 4 do artigo 99.º do CSC obriga a que os revisores emitam especial parecer sobre a adequação e sobre a razoabilidade da relação de troca das participações sociais analisando, para tanto, se os métodos seguidos na definição da relação de troca foram adequados e razoáveis, se “a justificação da aplicação ao caso concreto dos métodos utilizados pelo órgão de administração das sociedades ou pelos próprios revisores, os valores encontrados através de cada um desses métodos, a importância relativa que lhes foi conferida na determinação dos valores propostos e as dificuldades especiais com que tenham deparado nas avaliações a que procederam”. Note-se, no entanto, que, por ocasião do disposto no n.º 6.º do artigo 99.º do CSC, estes relatórios podem ser dispensados por unanimidade de todos os titulares de direito de voto (mesmo não sócios).

Deve ainda pronunciar-se sobre eventuais direitos especiais de que os sócios das sociedades incorporadas ou a fundir sejam titulares. Neste sentido, deverá o projeto indicar se, com a nova configuração, tais direitos continuam assegurados (em determinadas situações não podem, tão-pouco, manter-se). Não sei se alterei o sentido da frase...

A lei obriga ainda a constar do projeto de fusão um projeto do contrato da nova sociedade ou, tratando de uma fusão por incorporação, a proposta de alteração ao contrato de sociedade da sociedade incorporante.

¹² “O balanço referido na alínea d) do número anterior pode ser: a) O balanço do último exercício, desde que tenha sido encerrado nos seis meses anteriores à data do projecto de fusão; b) Um balanço reportado a uma data que não anteceda o trimestre anterior à data do projecto de fusão; ou c) O balanço do primeiro semestre do exercício em curso à data do projecto de fusão, caso a sociedade esteja obrigada a divulgar contas semestrais nos termos do n.º 1 do artigo 246.º do Código dos Valores Mobiliários” (cfr. artigo 98.º, n.º 2, do CSC).

Podem, as administrações das sociedades, eleger uma data anterior à data da fusão para responsabilizarem as sociedades incorporantes, ou as novas sociedades, por atos praticados pelas sociedades incorporadas ou pelas cindidas¹³.

Não serão certamente apenas os sócios os interessados no projeto de fusão. Efetivamente, existem outros interessados na sociedade que podem ver os seus direitos, os seus interesses ou as suas legítimas expectativas saírem beliscados ou frustrados com a concretização da fusão. Assim, determina a lei que o projeto fixe “as medidas de proteção dos direitos de terceiros não sócios a participar nos lucros da sociedade” e as formas de proteção dos direitos dos credores. Prevê, ainda, a lei que sejam indicadas, no projeto de fusão, “quaisquer vantagens especiais atribuídas aos peritos que intervenham na fusão e aos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das sociedades participantes na fusão”¹⁴.

Uma vez concluído o projeto de fusão deve o mesmo ser objeto de fiscalização. Trazemos, agora, à colação o artigo 99.º do CSC que, no seu n.º 1, prescreve a necessidade de o órgão de fiscalização, de cada uma das sociedades envolvidas no projeto, caso exista, apreciar o projeto de fusão e de sobre ele emitir parecer. Para além da emissão deste parecer por parte do órgão de fiscalização, “a administração de cada sociedade participante na fusão deve promover o exame do projecto de fusão por um revisor oficial de contas ou por uma sociedade de revisores independentes de todas as sociedades intervenientes”. Na eventualidade de a sociedade (uma ou mais) não ter órgão de fiscalização, esta última exigência substitui a primeira. Quer isto dizer que, nas sociedades com órgão de fiscalização,

¹³ CORDEIRO, Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., página 335.

¹⁴ Apenas duas notas adicionais: i) está disponível um modelo eletrónico de projeto de fusão “o projecto de fusão pode ser elaborado através de modelo electrónico disponível em página na Internet que permita a entrega de todos os documentos necessários e a promoção imediata do registo do projecto, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça”; ii) “quando a atribuição de valores mobiliários, por ocasião de uma fusão, seja qualificada como oferta pública, o conteúdo do projecto de fusão deve ainda obedecer ao disposto no Regulamento (CE) n.º 809/2004, da Comissão, de 29 de Abril, ou, em alternativa, conter informações consideradas pela CMVM equivalentes às de um prospecto, para efeitos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 134.º do Código dos Valores Mobiliários” (artigo 98.º, n.ºs 4 e 5, do CSC).

o projeto passa por um duplo controlo ao contrário do que sucede nas outras sociedades. Pese o dito, o n.º 6 do artigo 99.º do CSC, já aqui trazido com o mesmo efeito mas a propósito dos relatórios referidos no n.º 4 do artigo 99.º do CSC, admite que o exame do projeto de fusão, previsto no n.º 2 do mesmo artigo e que acabámos de referir, seja dispensado quando, para tanto, colhe unanimidade entre os votantes. Aqui chegados cumpre sintetizar: i) os projetos de fusão de sociedades com órgão de fiscalização são fiscalizados duas vezes (uma aquando da emissão do parecer do referido órgão, outra, por revisores independentes, nos termos do previsto no n.º 2 do artigo 99.º do CSC) ou apenas uma quando, por unanimidade dos votos dos votantes (em todas as sociedades), se delibera dispensar a fiscalização prevista no previsto n.º 2; ii) os projetos de fusão de sociedades que não têm órgão de fiscalização são fiscalizados apenas uma vez, nos termos do referido n.º 2.º, por revisores independentes, ou sendo esta fiscalização independente dispensada, por vontade unânime dos votantes, fica o projeto sem qualquer fiscalização.

Considerando a importância do projeto e a dimensão que, por vezes, estas operações assumem, cremos que uma fiscalização independente obrigatória apenas aportaria mais-valia ao processo. Não concordamos, pois, com esta diminuição de exigência. Veja-se, aliás, que o projeto depois de registado e publicado fica acessível a todos os interessados a quem é inclusivamente permitido reclamar e, por isso, qualquer desconformidade do projeto com a lei pode, por um lado, por em causa direitos de sócios e de terceiros e, por outro, dar azo a eventuais conflitos judiciais.

2. REGISTO

Se qualquer registo, mesmo sem contornos jurídicos, traz associado maior proteção e mais segurança é natural que, comumente, seja conferida uma segurança especial aos registos que têm como destino fundamental, como tradicionalmente refere a doutrina, inscrever factos e publicitar direitos e que funcionam ao abrigo de um rigoroso regime legal. Assim sucede, portanto, muito vincadamente nos registos civil, predial e comercial. O registo do projeto de fusão, tratando-se de um registo comercial, tem como objetivo principal dar a conhecer a todos os interessados a existência de um determinado projeto de fusão e das condições em que o mesmo se está a desenvolver.

O projeto de fusão deve, nos termos do artigo 100.º do CSC, ser submetido a registo e imediatamente publicado. Esta redação foi dada pelo Decreto-Lei n.º 53/2001, de 13 de abril, que transpôs para o ordenamento nacional a Diretiva n.º 2009/109/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro, cujos intentos foram claramente os de simplificar os processos de fusão exigindo, agora, que apenas se efetuem dois registos na conservatória e duas publicações.

A publicação em causa neste preceito refere-se à publicação de que o projeto foi registado e não à publicação do próprio projeto que não está legalmente prevista no CSC. Aliás, nos artigos seguintes, a própria lei faz referência à publicação do registo do projeto e não do próprio projeto¹⁵.

Diferente é, porém, a conclusão a que chegamos quando a nossa análise incide sobre as regras do Código do Registo Comercial (CRC). De facto, ao analisarmos a al. p) do n.º 1 do artigo 3.º e de a conjugarmos com a al. a) do n.º 1 do artigo 70, ambos do CRC, podemos concluir que este ato de registo deve ser, também ele, publicado. Estamos, agora, a fazer referência à publicação do próprio projeto e não à publicação do facto de o projeto ter sido registado. Simplesmente, esta publicação que agora se fala é promovida, na plataforma central de publicações, pela própria conservatória, a expensas da sociedade como convém. Com efeito, a publicação dos atos societários sujeitos a registo é feita, por via de regra, de forma oficiosa pelos próprios serviços do registo (artigos 70.º, 71.º e 72.º do CRC e artigos 166.º e 167.º do CSC). Cabe, no entanto, precisar que o registo do projeto de fusão é um registo por depósito e, portanto, apresenta especificidades próprias.

Temos, pois, entre mãos duas publicações distintas: i) uma, a do n.º 1 do artigo 100.º do CSC, para publicitar o registo do projeto de fusão; ii) outra, a que decorre do CRC, para publicar o próprio projeto de fusão.

Neste particular, leiam-se as conclusões do Parecer do IRN de 21 de março de 2013 “sendo o projeto de fusão registável por depósito *online* pelo seu requerente, a publicação

¹⁵ Neste sentido, cfr. Parecer do Instituto dos Registos e do Notariado, de 21 de março de 2013, homologado pelo Presidente do IRN a 25 de março de 2013. Foi relatora deste parecer Isabel Ferreira Quelhas Geraldes.

prevista no n.º 1 do artigo 100.º do Código das Sociedades Comerciais não pode ser promovida automática e imediatamente pelos serviços de registos, devendo, por isso, o interessado diligenciar nos termos da informação prestada pelo portal da empresa aquando da feitura do registo em causa”¹⁶. Parece-nos, no entanto, algo contraditório com a redação do n.º 5 do artigo 100.º do CSC que afirma “a publicação do registo do projecto é promovida de forma oficiosa e automática pelo serviço de registo e contém a indicação de que os credores se podem opor à fusão nos termos do artigo 101.º-A”. cremos, pois, que fica sanada a questão.

Segue-se a apreciação do projeto e a respetiva votação. É, pois, necessário que o projeto seja aprovado pelo órgão deliberativo-interno de cada uma das sociedades intervenientes. Diz o n.º 2 do artigo 100.º do CSC que a forma adequada para deliberar a propósito desta matéria é em assembleia geral que tem, como é consabido, de ser precedida da necessária convocatória. Porém, o n.º 6 do artigo 100.º, admite que a deliberação seja tomada por uma das formas admissíveis pelo artigo 54.º do CSC, isto é, deliberação em assembleia universal e deliberação unânime por escrito, para além da óbvia deliberação em assembleia geral. Deste modo, apenas fica afastada a deliberação por voto escrito, forma privativa de deliberar das sociedades por quotas¹⁷, visto que esta forma de deliberar vem apenas consagrada no artigo 247.º do CSC não sendo mencionada no aludido artigo 54.º do CSC.

Apesar do referido, há que dedicar mais umas notas à assembleia geral e em particular à respetiva convocatória. O ato de convocar uma assembleia geral depende de regras legais próprias consoante o tipo de sociedade em causa às quais podem acrescer determinadas especificidades decorrentes dos estatutos das respetivas sociedades. Por ser assim, a forma indicada para convocar uma determinada assembleia só pode ser completamente determinada em face do caso concreto. Para além de ser necessário conjugar as formalidades decorrentes da lei com os procedimentos que eventualmente decorram do contrato, há ainda que atentar que, nos termos do n.º 2 do artigo 100.º, a convocatória só

¹⁶ *Idem, ibidem*. Ainda nas mesmas conclusões, pode ler-se que “ainda que se considere que a publicação do registo do projeto de fusão e a do próprio projeto são indissociáveis, a omissão da publicação deste não acarreta qualquer cominação que se deva refletir negativamente na qualificação do posterior registo, dado que da ordem jurídica não são eliciáveis quaisquer efeitos inerentes à publicação do projeto de fusão”.

¹⁷ E, por remissão do n.º 1 do artigo 189.º do CSC, às sociedades em nome coletivo.

pode ser expedida depois de efetuado o registo do projeto de fusão e entre a data da publicação da convocatória e a data da realização da assembleia deve mediar, pelo menos, um mês. O n.º 3 do artigo 100.º do CSC faz referência ao conteúdo que a convocatória deve ter. Não nos parece que acrescente muito ao que decorre do n.º 5 do artigo 377.º¹⁸ do CSC, sobretudo a “data designada para a assembleia” mas, de todo o modo, reforça que a convocatória deve mencionar que o projeto de fusão e, bem assim, toda a documentação anexa ao projeto, podem ser consultados na sede de cada uma das sociedades participantes pelos sócios e pelos credores sociais (no que respeita a estes últimos, a norma acrescenta efetivamente informação). Veja-se que, de acordo com o n.º 4 do artigo 100.º do CSC, “a convocatória pode ser automática e gratuitamente publicada em simultâneo com a publicação do registo do projecto, se os elementos referidos no número anterior forem indicados no pedido de registo do projecto”.

A data da publicação do registo do projeto é importante na medida em que vai servir para contabilizar alguns prazos fundamentais na salvaguarda dos direitos dos interessados neste processo. É, com efeito, a partir desta data que os sócios, os credores e os representantes dos trabalhadores, ou os próprios trabalhadores quando aqueles não existem, de qualquer uma das sociedades participantes, têm o direito de consultar uma série de documentos a propósito da operação em causa. Este direito deve ser exercido na sede de cada uma das sociedades, não pode apresentar quaisquer encargos para quem o exerce e abarca igualmente a possibilidade de copiarem os aludidos documentos¹⁹. Com este direito o legislador pretende garantir a todos os interessados a possibilidade de consultarem o

¹⁸ O conteúdo das convocatórias das assembleias gerais das sociedades anónimas vem definido genericamente no n.º 5 do artigo 377.º do CSC. Esta norma é aplicável, por remissão legal do n.º 1 do artigo 248.º do CSC, às sociedades por quotas.

¹⁹ As cópias devem ser facultadas nos termos dos n.ºs 3, 4, 5 e 6 do artigo 101.º do CSC. “As cópias a que se refere o n.º 1 podem ser facultadas por correio electrónico aos sócios que tenham comunicado previamente à sociedade o seu consentimento para a utilização de meios electrónicos para a comunicação de informações respeitantes à sociedade” (n.º 3); “A sociedade não está obrigada a facultar cópias dos documentos a que se refere o n.º 1, nem ao respectivo envio por correio electrónico nos termos do número anterior, caso disponibilize os mesmos no seu sítio da Internet a partir do momento do registo do projecto de fusão e até um ano após a realização da assembleia geral de apreciação da fusão, em formato electrónico que permita a sua consulta, gravação e impressão fidedignas” (n.º 4); “O disposto no número anterior não prejudica o direito de as pessoas referidas no n.º 1 consultarem os documentos aí referidos na sede da sociedade” (n.º 5); “Em caso de indisponibilidade de acesso à documentação através do sítio da Internet por motivos técnicos, deve a sociedade, sem prejuízo do direito de consulta prevista no número anterior, facultar cópias dos documentos nos termos do n.º 1” (n.º 6).

projeto de fusão, relatórios e pareceres que tenham sido elaborados por ocasião do processo, tanto pelos órgãos internos como por peritos, e as “contas, relatórios dos órgãos de administração, relatórios e pareceres dos órgãos de fiscalização e deliberações de assembleias gerais sobre essas contas, relativamente aos três últimos exercícios”.

Note-se que, na eventualidade de os representantes dos trabalhadores se manifestarem sobre esta matéria o respetivo parecer deverá ser anexado ao relatório elaborado pelos órgãos da sociedade. Precise-se, apenas, que este parecer deve ser rececionado pelo órgão de administração da sociedade até à data designada para a realização da assembleia que apreciará a proposta de fusão.

V. OPOSIÇÃO DOS CREDORES

Sobre esta matéria é indubitável que devemos dedicar importância maior à possibilidade de oposição dos credores, consagrada no artigo 101.º-A do CSC. Com a extinção da sociedade devedora e com a transmissão das relações jurídicas desta para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade, o legislador teria forçosamente de criar um mecanismo de proteção para os credores que passam, desta forma, a ter um diferente devedor (e em diferentes condições das existentes à data da constituição do crédito) sem que, para tanto, tenham sido auscultados e prestado o respetivo consentimento. Quedam, pois, reunidas as condições para que as garantias dos credores sejam alteradas. Quando o credor fica com mais garantias não se queixará, por certo, porém o mesmo não sucede, em regra, quando a fusão provoca no credor uma diminuição das suas garantias e consequentemente das expectativas de vir a receber o crédito com sucesso.

Dispõe a norma que “no prazo de um mês após a publicação do registo do projecto, os credores das sociedades participantes cujos créditos sejam anteriores a essa publicação podem deduzir oposição judicial à fusão, com fundamento no prejuízo que dela derive para a realização dos seus direitos, desde que tenham solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, há pelo menos 15 dias, sem que o seu pedido tenha sido atendido”. Este direito de oposição já foi objeto de diversas alterações legislativas, apresenta-se agora com estes contornos, e reveste natureza preventiva já que pretende garantir os direitos dos credores a montante, isto é, antes de concluída a fusão.

Esta natureza preventiva tem forçosamente consequências nos efeitos que o exercício do direito à oposição acarreta para a conclusão da fusão.

O exercício do direito de oposição depende da verificação de determinados pressupostos, tal como decorre claramente do corpo da norma. Veja-se, em primeiro lugar, que o exercício deste direito depende de fundamentação que assenta no prejuízo que a fusão acarretará para o direito de crédito do credor. A prova sobre este prejuízo cabe naturalmente a quem o alega: o credor. Caberá, por sua vez, ao tribunal apreciar a sustentabilidade e a veracidade do fundamento apresentado²⁰. Seja como for, o prejuízo, que será hipotético porque será apenas futuro e, por isso, se pretende travar, deve ser determinado em comparação à situação em que o credor estaria sem que a fusão se concretizasse. Tem, pois, apenas assim fará sentido, de existir um nexo de causalidade entre um maior prejuízo para o credor depois de concretizada a fusão do que num momento anterior ao da sua efetivação.

Têm legitimidade para exercer o direito de oposição os credores das sociedades fundidas ou absorvidas e, bem assim, os da incorporante. Também os titulares de obrigações podem exercer este direito, nos termos do artigo 101.º-C do CSC²¹. Serão, para estes efeitos, credores obrigacionistas os titulares de obrigações das sociedades anónimas, em comandita por ações ou das sociedades por quotas, que tenham emitido obrigações. Estão aqui em causa valores mobiliários, é certo, mas não deixam de representar um direito de crédito e, por isso, o legislador manda aplicar a estes casos o artigo 101.º do CSC.

Outros dois requisitos são exigidos para o exercício do direito à oposição. O primeiro relaciona-se com a data da constituição do crédito que tem de ser anterior à data da

²⁰ GONÇALVES, Diogo Costa, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, sob coordenação de António Menezes Cordeiro, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 352.

²¹ Trata-se de um direito que deve ser exercido coletivamente conforme estipula o artigo 101.º C do CSC: “Devem efectuar-se assembleias dos credores obrigacionistas de cada sociedade para se pronunciarem sobre a fusão, relativamente aos possíveis prejuízos para esses credores, sendo as deliberações tomadas por maioria absoluta dos obrigacionistas presentes e representados. 3 - Se a assembleia não aprovar a fusão, o direito de oposição deve ser exercido colectivamente através de um representante por ela eleito. 4 - Os portadores de obrigações ou outros títulos convertíveis em acções ou obrigações com direito de subscrição de acções gozam, relativamente à fusão, dos direitos que lhes tiverem sido atribuídos para essa hipótese, gozando do direito de oposição, nos termos deste artigo, se nenhum direito específico lhes tiver sido atribuído”.

publicação do registo do projeto. O segundo determina que o credor tenha solicitado previamente à sociedade a satisfação do seu crédito, há pelo menos 15 dias, e esta não tenha cumprido ou não tenha prestado garantia adequada. Pese embora compreendamos as razões que subjazem à norma, pensamos que a mesma não está isenta de problemas. Se é verdade que, por um lado, os credores podem pressionar extrajudicial e judicialmente a sociedade devedora para cumprir, por outro lado, não deixamos de apontar, apesar de percebermos os motivos, o prazo curtíssimo em que o credor tem de agir para garantir que consegue fazer correr dentro de um mês os quinze dias necessários para poder intentar a ação contra a sociedade que não cumpriu o crédito nem prestou garantia adequada. Trata-se de um prazo de caducidade que uma vez expirado implica a perda do direito de oposição. Ainda relativamente a este prazo há que referir que corre em simultâneo com o prazo que deve mediar entre a data da publicação do registo e a data da assembleia. Considerando que o projeto de fusão apenas é apreciado e votado nessa assembleia, podendo, por isso, nunca chegar a ser aprovado, não deixa de causar alguma estranheza o facto de o credor se vir a opor a algo que pode nunca acontecer.

Os efeitos da oposição dos credores resultam diretamente do artigo 101.º-B do CSC que declara que “a oposição judicial deduzida por qualquer credor impede a inscrição definitiva da fusão no registo comercial até que se verifique algum dos seguintes factos”. A gravidade desta consequência é ainda maior porque, neste particular, o registo definitivo reveste natureza de ato constitutivo e, por isso, sem ele não produz a fusão quaisquer efeitos (*inter partes* ou *erga omnes*). Verificando-se oposição judicial, o registo definitivo da fusão depende da improcedência da ação, da desistência da instância por parte do oponente, mediante consentimento do oponente, ou pelo facto de ter sido consignado em depósito o valor em dívida.

VI. A DELIBERAÇÃO

Sobre a apreciação do projeto de fusão e sobre a deliberação da fusão propriamente dita, veja-se o artigo 102.º do CSC, cuja epígrafe “reunião da assembleia” parece contrariar o disposto no n.º 6 do artigo 100.º que admite claramente que esta deliberação seja tomada em assembleia, geral ou universal, e ainda por via da tomada de uma deliberação unânime por escrito. Independentemente destes desencontros a norma aplicar-se-á à deliberação sobre a fusão independentemente da forma que reveste.

Por fim, depois de deliberada a fusão por todas as sociedades participantes e sem que quaisquer incidentes o impeçam, procede-se ao registo da fusão. Trata-se agora de um registo por transcrição (artigos 3.º n.º1, al. r), 53.º-A, 67.º-A, 72.º-A, todos do CRC) e, como tal, dele deriva a presunção de que a situação jurídica registada existe nos exatos termos em que está determinada (artigo 11.º do CRC).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Sónia, «Algumas notas acerca das consequências jus-laborais decorrentes da cisão e fusão das sociedades», *VII Congresso Internacional de Ciências Jurídicas-Empresariais*, Leiria: Instituto Politécnico de Leiria, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2016.

CORDEIRO, Menezes, *Manual de Direito das Sociedades volume I*, Coimbra, Almedina, 2016.

CORDEIRO, Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*.

CORREIA, Pupo, *Direito Comercial*, 8.ª edição, Ediforum, 2003.

CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais* (6ª ed.), Coimbra, Almedina.

FURTADO, Pinto, *Curso de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2004.

GONÇALVES, Diogo Costa, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, sob a coordenação de António Menezes Cordeiro, 2ª ed. Almedina, 2009.

MARQUES, Elda, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, sob a coordenação de Jorge M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2011.

MARQUES, Elda, «Fusão e Cisão (não) proporcionais», *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2014, páginas 109 a 153.

VENTURA, Raúl, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.

A PROBLEMÁTICA (DO REGISTO) DA RESERVA DE PROPRIEDADE A FAVOR DE UM TERCEIRO (FINANCIADOR): O FUNDING DAS EMPRESAS E O SEMPRE CRIATIVO UNIVERSO DOS ESQUEMAS/MODELOS NEGOCIAIS DE CRÉDITO E FINANCIAMENTO*

Marisa Monteiro

1 – Introdução

Os novos modelos negociais de concessão de crédito e financiamento às empresas são a evidência da velha máxima segundo a qual *sempre os casos serão mais do que as normas*.

De sobremaneira em crises de liquidez, a capitalização das empresas é um problema para os seus gestores, mas, ao mesmo tempo, um desafio para os bancos que querem emprestar dinheiro (o juro é o seu negócio), mas assegurando sempre a realização dos seus créditos.

Os tipos legais, como sabemos, surgem sempre necessariamente depois de as figuras em causa se terem já cristalizado na prática. E a figura sobre a qual reflectiremos aqui – a cláusula de reserva de propriedade a favor de terceiro – é exemplo precisamente de uma realidade prática que é levada ao crivo do Direito pela sua crescente utilização. A reserva de propriedade nasce no Direito Romano e chega até nós como uma figura perfeitamente consensual e regulada nas codificações mais modernas, mas o que se constata hoje como prática recorrente é a estipulação da reserva de propriedade a favor de terceiro. Terceiro que é o financiador da aquisição de um bem, mas não é o vendedor, como a lei prevê²².

A admissibilidade de tal prática é controversa doutrinária e jurisprudencialmente, pelo que importa estar-se ciente das incertezas que suscita, desde logo se for alvo de apreciação judicial e, no caso de coisa imóvel ou móvel sujeita a registo, (também) o conservador²³ deverá ter presente posições e respostas dos Tribunais e os pensadores do Direito.

Questão que nos remete para o sempiterno dilema dos sistemas creditícios da dificuldade de equilíbrio entre o princípio da autonomia privada – na vertente da liberdade contratual, talqualmente

* advogada e doutoranda na FDUC.

²² O que o art. 409.º CC estabelece é que “*nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte*” (n.º 1).

²³ Na verdade, estando em causa bem imóvel ou móvel sujeito a registo, a cláusula de reserva de propriedade há-de ser levada a registo para ser oponível a terceiros (n.º 2 do art. 409.º CC e art. 5.º do Código do Registo Predial).

consagrado no art. 405.º do nosso Código Civil²⁴ – e a protecção da posição do devedor, como parte negocialmente mais débil²⁵.

Ora, é neste limiar que a *paxis* bancária vai dando vida a muitos tipos sociais novos. Ou, dito de outro modo, é na gíria bancária que nascem muitos dos novos modelos negociais usados na arquitectura dos contratos de concessão de crédito e de financiamento²⁶.

2 – A reserva de propriedade: breve descrição da figura (típica)

A reserva da propriedade inclui-se nos instrumentos de funcionalização da propriedade como garantia dos créditos. Trata-se de uma cláusula, em regra, inclusa nos contratos de compra e venda e representa um importante mecanismo de tutela do alienante, porquanto quem vende – apesar de entregar logo o bem ao comprador – pode reservar para si a titularidade do direito de propriedade até ao efectivo e integral pagamento do preço.

²⁴ Com efeito, o princípio da liberdade contratual, como resulta do próprio art. 405.º CC, não está previsto em termos absolutos, impondo-lhe este mesmo normativo o importante limite de o conteúdo dos contratos fixado de acordo com a vontade das partes ter de se enformar *dentro dos limites da lei*.

²⁵ O curso da fase negociatória de um contrato assente na ideia da igualdade formal das partes não retrata a realidade material-jurídica do *iter* de muitos contratos – como sucederá as mais das vezes, assim entendeu o legislador, no caso dos contratos de concessão de crédito. Razão por que inscreveu como princípio geral a ideia de *favor debitoris* que perpassa todo o sistema jurídico creditício.

²⁶ O lado mais vibrante da criatividade negocial revela-se em matéria de garantias reais. É que nas garantias pessoais, a autonomia da vontade tem permitido desenhar as declarações negociais de devedor e credor em torno dos interesses de cada uma das partes; mas relativamente às garantias reais, o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais impede a constituição de garantias para lá das previstas no elenco legal, sob pena de eficácia meramente obrigacional das restrições ao direito de propriedade (ou figuras parcelares deste) fixadas à margem dos tipos legalmente previstos. É o que se consagra no n.º 1 do art. 1306.º CC ao dizer que “*Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei*”, mais se cominando que “*toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional*”.

Herdada longinquamente do Direito Romano, ao tempo era usada como condição de que ficava dependente a transferência da propriedade, sabendo que os negócios translativos ocorriam tendo por base uma causa válida acompanhada de *traditio*²⁷. Foi consagrada em Portugal nas Ordenações Filipinas²⁸ e, não vertida no Código de Seabra, a doutrina acolhia pacificamente a ideia da sua compatibilidade com o quadro legal português²⁹.

O Código Civil de 1966 consagrou expressamente a cláusula de reserva de propriedade, no art. 409.º, fixando que “*nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento*”³⁰. Da formulação legal, resulta que o seu campo de aplicação é o dos contratos de alienação, mormente o contrato de compra e venda. Na compra e venda, sabemos, a transferência da propriedade dá-se por mero efeito do contrato, por força dos arts. 408.º e 879.º CC. Razão por que Autores há que entendem que o *pactum reservati dominii* conforma uma modalidade particular de compra e venda, em que operam todos os efeitos do negócio, excepto o efeito translativo que fica suspenso na esfera jurídica do vendedor até o comprador pagar integralmente o preço, ou melhor, “*até ao cumprimento*”, diz o apontado art. 409.º CC.

Todavia, as instituições de crédito têm vindo a acentuar uma prática de inclusão de uma cláusula de reserva de propriedade a seu favor nos contratos de mútuo, conseguindo, por essa via, que a titularidade do direito real por excelência funcione como a sua garantia de satisfação do crédito (concedido para a aquisição de determinado bem).

A questão que tem sido discutida pela doutrina e pela jurisprudência é saber se tal prática é admissível à luz do ordenamento jurídico português. E aceitar ou rejeitar os pedidos de inscrição registal do *pactum resevati dominii* solicita exame e ponderação, sendo certo que a lei substantiva

²⁷ Vide MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 4.ª edição, Almedina, 2012, p. 223.

²⁸ As Ordenações Filipinas correspondem às primeiras codificações legislativas da era moderna. Tarefa iniciada por D. João I – na distania de Avis, portanto – e que só haveria de ficar pronta com D. Afonso V, em 1446/1447, com as denominadas Ordenações Afonsinas. Este diploma codificador operou a compilação e actualização das normas dispersas vigentes no nosso país, sem romper totalmente com elas; pelo contrário, as fontes de Direito pretéritas foram, em grande parte, ali acolhidas. Seguiram-se-lhe as Ordenações Manuelinas – da iniciativa de D. Manuel I, concluídas entre 1512 e 1513 e que são o primeiro código legislativo impresso em Portugal – e, por fim, as Ordenações Filipinas – elaboradas por ordem de D. Filipe II de Espanha, I de Portugal, impressas em 1605 e que vigoraram até século XIX.

Para leitura profunda sobre o tema, consultar MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, vol. I – *Fontes. Direito Público (1140-1495)*, 2.ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1985, pp. 553 e ss., ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, reimpressão da 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 274-275 e ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, vol. I, *Fontes de Direito*, 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2000, p. 272 – nota 3.

²⁹ O Código de Seabra é verdadeiramente o nosso primeiro Código Civil, elaborado pelo visconde de Seabra (daí a designação Código de Seabra) e vigorou desde 1867 até 31 de Maio de 1967 – data em que entrou em vigor a actual lei civil (aprovada em 25 de Novembro de 1966).

³⁰ Indo ao encontro dos anteprojectos de GALVÃO TELLES e de VAZ SERRA, inspirados nos códigos civis alemão e italiano, como melhor explana MARIA ISABEL HEBLING MENÉRES CAMPOS, em *A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 37.

exige, para os contratos de alienação, que a reserva de propriedade seja levada a registo para ser eficaz *erga omnes* (art. 409.º, n.º 2, CC³¹).

3 – Natureza jurídica

No berço da reserva de propriedade ela era considerada uma condição, porque no Direito Romano era tido por contrário ao fim dos contratos de transferência da propriedade que as partes, ainda que consensualmente, impedissem o efeito translativo do negócio. Assim, só convencionando o *pactum reservati dominii* sob a forma de estipulação condicional se podia ultrapassar a barreira da inadmissibilidade da transmissão diferida da propriedade.

Preso como era às formalidades, o Direito Romano clássico não concebeu nem admitiu a reserva de propriedade para além dos negócios causais com *traditio*³². E, volvidos tantos séculos, o legislador do nosso Código Civil de 1966 também não pensou nem desenhou a figura para além dos contratos de alienação. E o certo é que ela é usada como garantia, numa tendência crescente de utilização da propriedade como segurança dos créditos.

Neste cenário, adquiriu relevância como tipo social a reserva de propriedade nos contratos de mútuo ligados à compra e venda de automóveis, sendo o beneficiário o mutuante (por norma uma instituição bancária ou financeira) que não é, claro está, o vendedor do bem³³.

Por natureza, a reserva de propriedade aparece associada à modalidade de compra e venda prevista no art. 934.º CC. Na venda a prestações, se o comprador não cumprir a obrigação de pagamento do preço³⁴, o vendedor, pode resolver o contrato, apesar da *traditio*, desde que a prestação não paga represente um valor superior a uma oitava parte do preço total ou haja mais do que uma prestação por pagar. No regime jurídico puro e simples da venda a prestações, o direito de resolução apenas confere ao vendedor o direito ao pagamento do preço ou à restituição do bem³⁵. No regime da reserva de propriedade, como se trata da inclusão de uma cláusula resolutiva expressa, o alienante pode, por falta de pagamento prestacional, nos termos preditos, resolver o contrato de compra e venda, porque ele foi sempre o proprietário do bem vendido.

³¹ É o seguinte o texto do apontado n.º 2 do art. 409.º CC: “*Tratando-se de coisa imóvel, ou de coisa móvel sujeita a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros*”. Vide ainda nota 5.

³² Vide REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, C.H.Beck, Munich, 1993, p. 275 e ss..

³³ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 255.

³⁴ Prevista na alínea c) do art. 879.º CC.

³⁵ Nos termos gerais dos efeitos da resolução contratual, previstos nos arts. 432.º e ss. CC e, em particular, no art. 433.º CC.

As instituições de crédito – e os seus inventivos modelos negociais – criaram uma nova aplicação da reserva de propriedade, passando a estipulá-la a favor do financiador do bem adquirido e a interrogação jurídica coloca-se, porque, por um lado, o Código Civil admite o *pactum reservati dominii* somente para os contratos de alienação e, por outro, porque a previsão contempla a prerrogativa de não transmissão imediata da propriedade apenas em benefício do vendedor.

O que esta prática comercial-bancária apresenta é um contrato de compra e venda, entre A e B e um contrato de mútuo entre A e C, com a estipulação da reserva de propriedade a favor de C que não é o vendedor, mas sim quem emprestou dinheiro ao comprador. Este C é o mutuante/financiador, pelo que é estranho ao negócio causal do financiamento que é a compra e venda e, nessa medida, é terceiro quanto às partes do contrato de alienação.

Este tipo social de reserva de propriedade à margem de um contrato de alienação e não a favor do alienante levanta sérias dúvidas quanto à licitude de uma tal cláusula e quanto à eficácia desta uma vez levada a registo. Já não se trata aqui da suspensão da transferência da propriedade, pois a compra e venda foi concluída sem qualquer condição suspensiva ou resolutiva – o bem adquirido por A a B ingressou na esfera patrimonial do primeiro e, como o preço foi pago, não se aplica também o regime específico da venda a prestações. O que existe é um acto de disposição por parte de A em benefício de C que financiou a sua aquisição, reservando a favor deste a propriedade do bem que adquiriu com a compra e venda, ficando o financiador não alienante C titular do direito de propriedade reservado a seu favor até que A cumpra as obrigações que assumiu no âmbito do contrato de crédito.

Na indagação acerca da natureza da reserva de propriedade talqualmente prevista no art. 409.º do Código Civil, desde logo, temos de afastar a sua inclusão no elenco das garantias reais, uma vez que ela não permite ao credor satisfazer o seu crédito pelo valor da coisa, com preferência sobre os demais credores. É esta, na pureza dos conceitos, a noção legal de garantia real: garantia constituída sobre coisa certa e determinada que confere ao seu beneficiário o direito de se pagar, com preferência sobre os demais credores, pelo produto da venda da coisa ou dos seus rendimentos³⁶.

Aliás, em cotejo, o credor *garantido* com uma reserva de propriedade está numa posição muito mais robustecida do que um simples credor pignoratício ou hipotecário, porque ele é verdadeiramente titular do bem. Ao passo que um credor que tenha a seu favor penhor ou hipoteca, na hipótese de incumprimento do devedor, tem necessariamente de executar a garantia, promovendo a venda judicial do bem, para realizar o seu crédito.

Em torno da natureza da reserva de propriedade, há, assim, diferentes teses.

³⁶ Cfr. noção legal de consignação de rendimentos (art. 656.º CC), penhor (art. 666.º CC) e hipoteca (art. 686.º CC).

Quem afasta liminarmente a qualificação como garantia real, onde nos incluímos, procura resposta nas prerrogativas que a cláusula confere ao seu beneficiário.

LIMA PINHEIRO sublinha a inexistência de faculdade de gozo da coisa por parte do seu beneficiário. Para conseguir a restituição do bem terá de resolver o contrato subjacente e, em relação a terceiros, o alienante só poderá evitar a extinção da sua *garantia*, deduzindo oposição à execução, em acção executiva que um terceiro possa intentar. Ou seja, como o alienante continua a ser proprietário *de iure*, uma vez que não tem a fruição da coisa, o que a reserva de propriedade lhe confere é, na verdade, o direito de haver o gozo da coisa, no cenário de incumprimento por banda do comprador³⁷.

Já PESTANA DE VASCONCELOS sublinha também que o alienante se mantém sempre proprietário do bem transmitido, “*uma vez que a propriedade nunca sai da sua esfera*”³⁸, e aponta o mecanismo de resolução contratual como caminho (interpelação admonitória) e faculdade que a lei lhe confere para a restituição do bem.

É esta a grande força da reserva de propriedade, porque um alienante não pago, sem outra garantia especial – pessoal ou real –, seria um credor comum do preço, sabendo que de acordo com a regra geral, na compra e venda, a transferência do direito de propriedade ocorre por mero efeito do contrato (arts. 408.º e 879.º, al. a), CC)³⁹. E é esta força que confere à reserva de propriedade o papel de, mais do que garantia, ser *a garantia das garantias*, porque quem vende mantém-se proprietário. E sejamos claros: poder ser-se, a um tempo, credor e proprietário do bem que garante o crédito é sonho tornado realidade!

Em termos práticos, a reserva de propriedade atribuí ao seu beneficiário esta veste dupla. O que a tornou apetecível no seio das vendas a prestações, em que o vendedor financiava a aquisição por meio da facilidade do pagamento prestacional do preço. É neste campo de aplicação que a nossa lei civil a situa, reconhecendo-lhe natureza mista, com elementos obrigacionais e reais. O adquirente que permite ao credor/vendedor reservar a propriedade do bem fica vinculado a pagar o preço. Vale isto por dizer que na raiz (e como causa) do *pactum reservati dominii* há um vínculo obrigacional que

³⁷ Consultar LIMA PINHEIRO, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, in Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 67 e ss..

³⁸ PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 2.ª edição, 2016, Almedina, Coimbra, p. 418.

³⁹ Apesar de a reserva de propriedade ter nascido no Direito Romano, neste aspecto o nosso Código Civil afastou-se da tradição romana da transmissão da propriedade dependente da *traditio* e acolheu a solução do Código Civil napoleónico da transmissão da propriedade *solo consensu*. De igual modo, a regra *consensus parit proprietatem* é a adoptada pela lei civil italiana. Inversamente, o BGB alemão afasta o princípio da consensualidade, estipulando que o efeito real da compra e venda depende da ocorrência do acto posterior de entrega da coisa. Historicamente, sublinhe-se que a própria regra do diploma de Napoleão foi postergada e hoje o *Code Civil* estabelece a transferência da propriedade por mero efeito do contrato.

produz efeitos reais – (o efeito real) de não transmissão da titularidade do direito de propriedade até certo momento.

RAÚL VENTURA diz que a reserva de propriedade é uma “*generosa porta*”⁴⁰. Porta de entrada, diremos nós, para uma garantia de cumprimento do crédito subjacente à venda.

E esta porta é, de facto, tão larga que a legislação comunitária viu nela potencial para o combate a atrasos no pagamento de transacções comerciais. A Directiva n.º 2011/07/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 2011, no seu art. 2.º, n.º 9, veio incluir a reserva de propriedade nos instrumentos de segurança do crédito, definindo-a como “*o acordo contratual segundo o qual o vendedor continua a ser o proprietário dos bens em questão até o preço ter sido integralmente pago*”⁴¹.

As vantagens da figura são inegáveis: por banda do beneficiário da cláusula, permanência como proprietário da coisa, o que afasta o risco de concurso com outros credores e, quanto ao adquirente, vai pagando a coisa dilatadamente, sendo-lhe entregue o bem logo no acto da compra e venda. Isto é, quem compra pode usufruir do bem sem que o tenha já pago e quem vende é proprietário formal até ao pagamento integral do preço, sem perder as prerrogativas da titularidade do direito real maior, excepto a fruição.

Propriedade económica (gozo) e propriedade jurídica (titularidade) não se reúnem num mesmo sujeito jurídico, mas por vontade das partes e com vantagens para ambos os lados.

A natureza jurídica da reserva de propriedade é, na verdade, de difícil qualificação, alvo, por isso mesmo, de grande polémica doutrinária⁴². Perfilamo-nos entre os que identificam na posição jurídica do comprador um direito de expectativa, como um direito subjectivo *proprio sensu*, muito próximo do direito real por excelência⁴³. Representa, na eloquência de MENEZES LEITÃO⁴⁴, um *minus* e não um *aliud* em relação ao direito de propriedade. Representa, diremos nós, acrescentando agora dois adjectivos, um *simplex* «*minus*» e não um *perigoso* «*aliud*». Do lado do vendedor/beneficiário, assinalamos uma garantia de cumprimento – especial e privativa da compra e venda. Especial, no sentido distintivo da garantia geral das obrigações, porque configura um mecanismo de segurança do crédito que não incide sobre a universalidade patrimonial do devedor (do preço). Não fora a reserva da

⁴⁰ RAÚL VENTURA, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil. Efeitos Essenciais do Contrato de Compra e Venda: a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, III, 1983, pp. 597 e 617.

⁴¹ Cfr. em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:048:0001:0010:pt:PDF>.

⁴² Para mais desenvolvimentos, consultar MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, *Contratos em Especial. Dos contratos de alienação. Do contrato de sociedade. Dos contratos de concessão de gozo e de crédito*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, pp. 58 e ss..

⁴³ Vide, entre outros, MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., p. 267, PETER BULOW, *Jura*, 1986, p. 234 e LUDWIG RAISER, *Dingliche Anwartschaften*, Mohr, 1961, pp. 10 e ss..

⁴⁴ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., p. 267.

propriedade e o alienante/credor do preço seria credor comum e, então sim, forçado e limitado à execução dos bens do devedor para (tentar) satisfazer o seu crédito.

E privativa, porque é exclusivo do regime jurídico da compra e venda o diferimento do efeito translativo, por acordo entre as partes – ao arrepio da regra geral do efeito real da transferência do direito *solo consensu*, (n.º 1 do art. 408.º e alínea a) do art. 879.º, do CC).

Garantia real a reserva de propriedade não é, porque não confere o direito de satisfação de um crédito, com preferência, pelo valor da coisa. Nem pode ser, sob pena de eficácia apenas obrigacional, por violar o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais. Isto é, uma garantia real constituída à margem do elenco legal, será eficaz só entre as partes⁴⁵.

E se há elemento caracterizador e altamente vantajoso da reserva de propriedade é a sua eficácia em relação a terceiros. Basta levar a cláusula a registo, diz o art. 409.º, n.º 2 CC⁴⁶.

A reserva de propriedade também não é garantia geral, pois reforça muito mais a posição deste credor do que a garantia geral a posição do credor comum. É uma segurança muito mais forte do que as garantias sobre coisa certa e determinada, desde logo porque nas garantias reais a propriedade da coisa dada em garantia permanece na esfera do garante, ao passo que a reserva de propriedade tem a imensa virtualidade de não permitir sequer que a propriedade saia da esfera do credor até ao cumprimento.

Ainda assim, identificamos⁴⁷ na reserva de propriedade um veraz mecanismo de garantia, um mecanismo de utilização da propriedade com a função única de garantia do crédito (do preço). Contudo, o sublinhado quanto à funcionalização da reserva de propriedade como garantia não pode confundir-se com a qualificação da figura *qua tale*, até porque ela opera dentro dos quadros dos negócios condicionais – será uma compra e venda sob condição suspensiva quanto aos efeitos reais, isto é, quanto à transmissão da propriedade.

É este o desenho que encontramos na norma do art. 409.º CC, independentemente do fim que o tipo legal possa servir. E, quanto ao fim, sim, assinala-se a segurança que representa para o alienante credor do preço e, nessa medida, constitui inequivocamente uma garantia do seu crédito. Garantia tão forte que coloca o seu beneficiário a salvo do concurso com os credores e só o despe da titularidade do direito de propriedade depois do cumprimento.

⁴⁵ Como decorre do n.º 1 do art. 1306.º CC.

⁴⁶ E o art. 2.º, n.º 1, al. u) do Código do Registo Predial.

⁴⁷ Na esteira de doutrinadores como MENEZES LEITÃO – cfr. ob. cit. *Garantias das Obrigações*, p. 268.

Ainda assim, como opera dentro da moldura legal dos negócios translativos, suspende a transferência (plena) do direito de propriedade, mas produz todos os outros efeitos, por mero efeito do contrato – como, aliás, decorre do princípio da consensualidade⁴⁸.

Quem perfilha esta tese que qualifica a reserva de propriedade como condição suspensiva defende a aplicação das normas dos negócios condicionais (arts. 270.º e seguintes CC).

Nestes termos, o alienante é o verdadeiro titular do direito até à verificação da condição e o comprador é apenas titular da expectativa jurídica de aquisição, apesar de detentor da coisa *ab initio*⁴⁹. A expectativa nascida na esfera do adquirente manifesta-se precisamente no gozo do bem que ele tem a título exclusivo⁵⁰.

Há uma posição jurídica de natureza real, por fazer do comprador um possuidor em nome próprio⁵¹, diz-nos a melhor doutrina: GALVÃO TELLES, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, ALMEIDA COSTA, BAPTISTA LOPES, TAVARELA LOBO, LUÍS LIMA PINHEIRO, RAÚL VENTURA, ROMANO MARTINEZ e NUNO OLIVEIRA⁵²⁻⁵³.

A linha da condição suspensiva é, na verdade, a tese clássica e maioritária não só na nossa doutrina, mas também entre os doutrinadores alemães⁵⁴ e italianos⁵⁵.

⁴⁸ Inscrito nos arts. 408.º e 879.º, als. b) e c) do CC.

⁴⁹ Vide com interesse a posição de MENEZES LEITÃO que qualifica este direito de expectativa como “*um direito absoluto semelhante à propriedade*”, mais acrescentando mesmo que pode “*ser visto como um pré-estádio da mesma*”. Cfr. ob. cit. do Autor *Garantias das Obrigações*, p. 267.

⁵⁰ Direito de gozo com exclusão, desde logo, do alienante e nos termos do direito de propriedade, segundo doutrina LIMA PINHEIRO na sua op. cit. *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, p. 69.

⁵¹ Cfr. ANA MARIA PERALTA, *A Posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva...*, ob. cit., pp. 162 e ss. e PESTANA DE VASCONCELOS em *Direito das Garantias*, ob. cit., p. 431.

⁵² Cfr. respectivamente GALVÃO TELLES, em *Contratos Cíveis*, BMJ 83, 1959, pp. 114-283 (138); PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1997, p. 376; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 297; BAPTISTA LOPES, *Do Contrato de Compra e Venda no Direito Civil, Comercial e Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971, p.102; TAVARELA LOBO, *Temas Jurídicos: discussão e soluções no novo Código Civil*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XVI, 1970, p. 14; LIMA PINHEIRO, *A Cláusula de Reserva...*, ob. cit., p. 115; RAÚL VENTURA, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil*, ob. cit., p. 615; ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações – Parte Especial. Contratos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 36; NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Contrato de Compra e Venda – Noções Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 51.

⁵³ ANTUNES VARELA, na sua obra de referência *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., sustenta a sua adesão à tese da condição suspensiva, “*na medida em que a transmissão da propriedade ficaria subordinada a um facto futuro e incerto – o pagamento do preço – o que permitiria ver a posição jurídica do comprador como adquirente condicional*” (p. 305-306).

⁵⁴ HELMUT RUHL, *Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgechaft des Rechts der Teilzahlungsfinanzierung*, Berlin, Springer, 1930, pp. 7 e ss. e FLUME, *Die Rechtstellung des Vorbehaltskaufers*, in *AcP* 161 (1962), pp. 385-408, *apud* MARIA ISABEL H. MENÉRES CAMPOS, *A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*, ob. cit., p. 246.

⁵⁵ FERRARA SANTAMARIA, *La Vendita a rate con riserva di proprietà*, 2ª ed., Milano, Jovene, 1938, pp. 58 e ss., DEGNI, *La Compravendita*, 3ª ed., Padova, Cedam, 1939, pp. 124 e 152 e ss., RESCIGNO, *Condizione*, Encoclopedia del Diritto, VIII, Milano, 1961, pp. 762-780 – todos *apud* MARIA ISABEL H. MENÉRES CAMPOS, *A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*, ob. cit., p. 245.

Em discordância, encontramos, por exemplo, ISABEL MENÉRES CAMPOS, para quem a tese da condição suspensiva não explica suficientemente a complexidade das posições jurídicas de comprador e vendedor. A obrigação de pagamento do preço não pode ser tida como evento futuro e incerto quando corresponde a uma das obrigações do contrato de compra e venda⁵⁶ e um dos *essentialia* deste negócio jurídico⁵⁷.

De igual modo, ANA AFONSO rejeita reconduzir a reserva de propriedade à condição suspensiva, por entender que aqui o interesse de ambas as partes permanece sem ou com verificação do (evento) pagamento do preço, ao contrário do que sucede nos negócios condicionais puros, em que o interesse contratual só existe se se verificar o evento futuro (a condição). O que a cláusula de reserva de propriedade opera, sustenta a Autora, é o diferimento da transferência do direito real até ao momento do pagamento do preço e “*a condição de cumprimento (...) não é uma condição no sentido técnico*”⁵⁸.

A tese da condição conhece ainda uma variante – embora minoritária – que sustenta que a cláusula de reserva de propriedade configura condição resolutiva e não suspensiva. Visão segundo a qual haveria justificação para a produção plena e imediata dos efeitos jurídicos da alienação. O comprador adquiriria *solo consensu* a propriedade da coisa e esta transferência da propriedade é que ficaria sujeita à condição resolutiva de não pagamento do preço e, se ocorresse o incumprimento, a resolução e consequente retroactividade da condição permitiria ao alienante recuperar a propriedade da coisa⁵⁹.

E o que diremos nós quanto a esta questão?

A concepção da reserva de propriedade como condição suspensiva afigura-se-nos parco amparo para o que de tal cláusula resulta como posição jurídica para as partes. Embora o efeito translativo

Em Itália, a teoria dominante é a da condição suspensiva, como ficou dito em texto, mas degladia-se com outras duas: a tese da venda obrigatória – defendida, por exemplo, por RUBINO em *La Compravendita*, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 429 e ss. (*apud* ISABEL H. MENÉRES CAMPOS, *A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*, ob. cit., p. 256) – e a tese do direito real de garantia – acolhida, entre nós, por LUÍS LIMA PINHEIRO, *A Cláusula de Reserva de Propriedade. Algumas Reflexões*, ob. cit., pp. 55-56.

⁵⁶ E, de facto, assim o determina a alínea c) do art. 879.º CC.

⁵⁷ Cfr. MARIA ISABEL H. MENÉRES CAMPOS, *A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*, ob. cit., pp. 250-251.

⁵⁸ ANA AFONSO defende, portanto, que a cláusula de reserva de propriedade não encerra uma condição *proprio sensu*. Embora acabe por condescender na representatividade terminológica, dizendo “*mesmo que se opte por designá-la, por comodidade de expressão ou conforto dogmático, como condição*”. Cfr. da Autora, *A Condição: Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 438 e 470.

⁵⁹ Entre nós CUNHA GONÇALVES defendeu esta linha de pensamento (cfr. *Tratado de Direito Civil*, p. 349), ao lado de Autores italianos como ANGELO PELOSI (cfr. *La Proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 289 e ss.).

condicionado suspensivamente à verificação de determinado evento seja suficiente para justificar em termos dogmáticos a sua oponibilidade a terceiros, a eficácia *erga omnes* resulta não tanto dos seus *essentialia*, mas antes da necessidade de a cláusula ser levada a registo, como o seu regime jurídico fixa como requisito de eficácia real⁶⁰.

Por outro lado, teremos de reconhecer e identificar entre os efeitos imediatos dos negócios de alienação a transmissão do direito em causa (nos termos do art. 408.º CC) e, mormente, na compra e venda (por imperativo da alínea c) do art. 879.º CC). Mais se concede à tese da condição suspensiva que existe na figura da reserva de propriedade um efeito que não se verifica até ao cumprimento (conforme previsão expressa do n.º 1 do art. 409.º CC). Mas como o momento até ao qual o alienante pode reservar para si a propriedade do bem corresponde, coincide e é conformado pela realização da prestação a que a outra parte do negócio se obrigou, não poderemos reconduzir a postergação da transferência do direito a uma condição, no sentido técnico de acontecimento futuro e incerto. O cumprimento é, por natureza, sempre um acontecimento futuro e incerto, mas correspondendo *in casu* à obrigação de pagamento do preço, o mesmo é dizer que corresponde ao cumprimento de uma obrigação principal, consagrada como tal no regime da compra e venda (na alínea c) do art. 879.º CC). Razão por que o seu desrespeito, a sua não verificação, se se tratasse de condição suspensiva, como explicaria que todos os demais efeitos da alienação não se suspendessem? E como explicaria que o adquirente se torne logo, não possuidor precário, mas possuidor em nome próprio?

Por outro lado ainda, como se explica que haja efeitos de resolução contratual em negócio sob condição suspensiva? É que no plano dos princípios, a instituição do adquirente como possuidor em nome próprio parece incompatível com a possibilidade de o alienante poder exigir a restituição da coisa. E, neste ponto, contrapor-se-á que ele fica investido nesse direito porque fica, do lado passivo da relação jurídica, com a obrigação de restituir o que foi pago – se tiver sido paga uma parte do preço – sobretudo, segundo juízos de equidade, se essa parcela corresponder a valor superior ao (tempo de) uso e fruição da coisa. Mesmo este raciocínio não deixa de estar eivado dos efeitos da resolução contratual que são, como sabemos, os da nulidade ou anulabilidade, nos termos do art. 433.º CC. E a retroactividade que caracteriza *ope legis* os efeitos da resolução é perfeitamente compaginável com o que acabámos de sublinhar quanto à (eventual) obrigação de restituição do preço recebido do lado do vendedor – na linha das regras dos efeitos retroactivos da resolução dos contratos de execução continuada ou periódica (enunciadas no n.º 2 do art. 433.º CC) – e às quais poderemos reconduzir o gozo exclusivo do bem pelo comprador ou, *ultima ratio*, segundo um juízo de equidade⁶¹.

A reserva de propriedade tem claramente notas de condição suspensiva, mas tem também uma suplementar complexidade de direitos e obrigações que vai além do diferimento da produção de todos

⁶⁰ Vide n.º 1 do art. 409.º CC para os *essentialia* da reserva de propriedade e n.º 2 do mesmo preceito para o pressuposto de eficácia *erga omnes* da cláusula.

⁶¹ Veja-se *infra* (nota 44) o que diz a doutrina sobre os efeitos da resolução da venda *a retro*.

os efeitos do contrato. Há nela elementos de garantia? Claramente que sim, mas nos direitos reais de garantia é que não podemos situar a sua natureza jurídica quer pelos direitos que confere ao beneficiário quer pelos seus mecanismos operativos.

Relativamente ao primeiro aspecto, uma garantia real o que confere ao seu beneficiário é o direito de se pagar à custa do valor da coisa dada em garantia com preferência sobre os demais credores (comuns). Já por banda da reserva de propriedade, o seu beneficiário tem sempre na sua esfera jurídica a titularidade do direito real maior e não um mero direito de crédito – que para fazer actuar exige uma acção judicial.

Quanto ao funcionamento, enquanto a reserva de propriedade não faz impender qualquer ónus sobre o seu beneficiário e cessa automaticamente com o cumprimento – o que revela que é desenhada pela lei em função do cumprimento –, já as garantias reais, por um lado oneram a posição do seu beneficiário, na medida em que exigem dele que promova uma acção, isto é, que desencadeie procedimento judicial tendente à venda executiva da coisa dada em garantia e, por outro lado, apresentam um regime jurídico pensado e operante em função do incumprimento, isto é, só permitem a actuação do credor seu beneficiário se, quando e (só) depois de o devedor não pagar.

Significa, então, que a qualificação da natureza da reserva de propriedade não pode deixar de ter em linha de conta que tutela ao máximo a posição do credor e actua desde que é constituída até que haja cumprimento efectivo e integral. Diferentemente das garantias reais que atribuem ao beneficiário um mero direito de crédito e que só actuam e permitem ao titular agir para satisfazer o seu crédito se, quando e depois de haver incumprimento.

Assim, não poderemos situar a reserva de propriedade no elenco das garantias reais, para além da razão cimeira de o princípio do *numerus clausus* vedar tal qualificação a qualquer figura não especificamente prevista na lei como tal, sob pena de eficácia só entre as partes.

Mas é evidente que o tipo que ora analisamos tem a virtualidade de garantir o credor de um modo claramente mais seguro do que qualquer garantia geral, especial, pessoal ou real. Razão por que muitos Autores o situam entre os esquemas negociais que utilizam o direito de propriedade com fim de garantia⁶². E bem. Note-se que nem o pacto comissório, que a nossa lei veda em absoluto no art. 694.º CC, é tão fortalecedor da posição do credor. Ou, se quisermos, sê-lo-á no *evento incumprimento*. É que o pacto comissório, como sabemos, é o acordo em cujos termos o credor beneficiário de garantia

⁶² Cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, ob. cit., pp. 418 e ss., PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 237 e ss. e MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pp. 254 e ss..

real pode fazer seu o bem dado em garantia, de modo automático se o devedor incumprir. E o que temos na reserva de propriedade? Um bem que não chega a sair da esfera jurídica do credor até que o devedor cumpra. Ou seja, em cenário de incumprimento, no pacto comissório, o bem entra na esfera do credor. Na reserva de propriedade, não chega sequer a sair.

Convocando outra figura – a nosso ver também muito questionável diante da proibição do pacto comissório – sublinhamos que a fronteira que separa a admissibilidade da dação em cumprimento da indamissibilidade do pacto comissório é o carácter automático deste.

Na verdade, o que a doutrina sustenta desde o Direito Romano clássico é que como na dação existe um segundo negócio jurídico para operar a transferência da propriedade do devedor (ou terceiro) para o credor, o devedor não está tão exposto aos perigos de pressão do credor no momento inicial em que lhe solicita o crédito e já não tomará decisões tão levianas e precipitadas como poderá tomar no momento em que se obriga, porque nessa altura pode ter esperança demasiada (ou ilusão) de conseguir cumprir e, portanto, aceitar a estipulação de um pacto comissório, sem a necessária ponderação sobre a consequência deste pacto: perder automática e definitivamente o bem a favor do credor se não cumprir.

O que *salva*, então, a dação em cumprimento é uma tomada de decisão ponderada que o devedor já pode fazer numa altura em que já não tem esperança (ou ilusão) de conseguir cumprir e em que decide entregar um bem *por conta da dívida*, mas celebrando negócio autónomo para tanto e posterior ao incumprimento.

E o que *salvará*, então, a reserva de propriedade? É que numa altura em que o comprador tem ainda esperança de conseguir cumprir, também pode decidir levianamente – ou sob pressão do vendedor – estipular tal cláusula que faz com que o credor/alienante só deixe de ser proprietário do bem quando o devedor/adquirente pagar a totalidade do preço. Parece, assim, estranho que o legislador não tenha também amparado este comprador que não tem dinheiro suficiente para pagar o bem logo no momento da celebração da compra e venda. O que permite aqui o reequilíbrio das posições obrigacionais é a convocação das regras da venda a prestações⁶³ – que não permite ao vendedor resolver o contrato por falta de pagamento de uma só prestação que não exceda um oitavo do preço – e das regras dos efeitos da resolução nos contratos de execução periódica ou continuada⁶⁴ – que estendem a obrigação de restituição das prestações já efectuadas se entre estas e a causa de resolução *existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas*. Ora, não se nos afigura justo o vendedor poder resolver o contrato de compra e venda – mantendo-se, como até aí, titular do direito de

⁶³ Do art. 934.º CC.

⁶⁴ Das regras gerais da resolução contratual previstas nos arts. 432.º e ss. CC – com particular destaque para o art. 434.º CC que determina como actua a retroactividade quanto à resolução dos contratos de execução continuada ou periódica, fixando no n.º 2 que a resolução não abrange as prestações já efectuadas “*exceto se entre estas e a causa de resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas*”. O que será o caso, cremos, sobretudo se já tiver sido paga parte substancial do preço.

propriedade sobre o bem em causa – sem ter de devolver as prestações do preço que recebeu se estas representarem parte significativa do preço global e se forem claramente superiores ao valor do gozo da coisa que lhe foi permitido desde a celebração da compra e venda⁶⁵.

Podemos, assim, assinalar à reserva de propriedade a natureza de garantia especial – por distinção da garantia geral, porque não incide sobre todo o património do devedor – (e, a um tempo,) guarnecida pela titularidade jurídica-formal do direito de propriedade. Sendo certo que do lado do vendedor concordamos com MENEZES CORDEIRO em reconhecer que existe um direito subjectivo de aquisição plena do direito de propriedade, porque “*a verdadeira expectativa jurídica retrata a posição do sujeito inserido na sequência que irá conduzir a um verdadeiro direito, mas antes de este surgir*”⁶⁶.

Alinhamos a nossa posição com o pensamento de MENEZES LEITÃO⁶⁷, ao assinalar na propriedade reservada uma posição intermédia entre a propriedade plena e o direito real de propriedade, no sentido de pré-estádio daquela, mas já nos afastamos quando vê na posição do vendedor “*natureza de uma garantia, dado que a conservação da propriedade é efectuada com essa função exclusiva*”⁶⁸. O vendedor é proprietário. Quanto a isso não há dúvida. E a qualificação, *sic*, não poderá reportar-se ao *minus* da função desempenhada pela titularidade do direito real, até porque, à excepção do direito de uso e fruição da coisa, os poderes do direito real permanecem todos na esfera jurídica do vendedor/credor do preço e assim permanecerão se o adquirente/devedor não lhe pagar.

⁶⁵ Na linha do que a doutrina defende a propósito da resolução da venda *a retro*. A resolução da venda *a retro* apresenta especificidades relativamente ao regime geral (arts. 432.º e ss. CC) que importa tomar aqui em linha de conta. As regras gerais equiparam a resolução à nulidade ou anulabilidade (art. 433.º CC), pelo que na compra venda, o direito real é retransmitido ao alienante, devendo este entregar a coisa, e o vendedor deverá entregar o preço. Na venda *a retro*, segundo o entendimento doutrinário dominante, cada uma das partes pode conservar para si quer os frutos que a coisa tenha produzido (comprador) quer os juros do preço pago inicialmente pelo comprador (vendedor). E outro dos limites aos efeitos da resolução diz respeito aos terceiros. Em regra, nos termos do n.º 1 do artigo 435.º CC, os direitos adquiridos por terceiros não são afectados. Porém, de acordo com a disciplina específica da venda *a retro*, a cláusula *a retro* registada é oponível a terceiros, *ex vi* do artigo 932.º CC. Pelo que na prática, se o adquirente *a retro* transmitir o bem comprado para terceiro durante o prazo do exercício do direito de resolução e o vendedor tiver registado o seu direito, com a resolução, o objecto da compra e venda é readquirido pelo vendedor *a retro*, por força do exercício da sua prerrogativa de resolver o contrato, em prejuízo do terceiro subadquirente. Cultores de tal visão: ANGELO PELOSI, *Vendita con patto di riscatto*, in Enc. Dir., XLVI, pp. 519-520, DOMENICO RUBINO, *La Compravendita*, 2.ª edição, in Trattato di diritto civile e commerciale dirigido por Antonio Cicu e Francesco Messineo, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, pp. 1055-1066. Entre nós, RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, in ROA, Ano 40, 1980, pp. 656-657, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis. Exposição de motivos*, in BMJ, n.º 83, Lisboa, Fevereiro de 1959, p. 135 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, ob. cit., p. 81.

⁶⁶ Cfr. do Autor *Tratado de Direito Civil Português. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação da Lei no Tempo. Doutrina Geral*, 4.ª edição, Almedina, 2012, p. 909.

⁶⁷ Como podemos ler em MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pp. 267-268.

⁶⁸ Vide nota anterior.

Trata-se de uma propriedade constituída ou mantida apenas com a função e em função da garantia do pagamento do preço? Sim, mas até que haja cumprimento, o proprietário é o vendedor e não o comprador. O vendedor é, portanto, jurídico-formalmente muito mais do que um credor. Não é só titular de um direito de crédito relativamente ao preço. É, de igual modo, titular do direito de propriedade sobre o bem alienado, embora com a função de garantia, com a função de garantir o (direito de crédito ao) pagamento do preço.

Sob o prisma do comprador, trata-se de uma fruição da coisa que tem um certo pendor de propriedade económica, no sentido de pré-estádio da propriedade plena? Sim, por isso aceitamos a visão da sua posição como uma aquisição condicionada suspensivamente ao cumprimento ou, se quisermos, uma posição de titularidade de um verdadeiro direito de natureza subjectiva, porque inelutavelmente oponível ao vendedor no momento em que pagar a totalidade do preço. Encerra, nessa medida, a expectativa jurídica de aquisição da propriedade plena antes mesmo de o direito real surgir na sua esfera jurídica. É, portanto, um direito subjectivo de natureza real.

À reserva de propriedade teremos, então, de reconhecer hibridez de natureza, por conter, a um tempo, elementos de direito real – o direito real maior –, de garantia e de condição.

Vimos que não a podemos qualificar como direito real de garantia, porque o princípio da tipicidade no-lo impede. Vimos também que as especificidades da sua configuração legal a posicionam num *minus* em relação ao direito de propriedade pleno. E vimos ainda que a condição suspensiva – em que se traduz jurídico-formalmente a cláusula de reserva de propriedade – define a posição de ambas as partes e influencia-a ao ponto de colocar, o vendedor e o comprador, a meio de um caminho inverso quanto à titularidade do direito real por excelência. O comprador estará tanto mais próximo de ser o titular da propriedade plena quanto mais próximo estiver o vendedor de deixar de o ser. Há na reserva de propriedade uma condição suspensiva que imprime ao direito real função exclusiva de garantia e que opera automaticamente, em função do cumprimento. É automática como o pacto comissório, mas o efeito translativo opera em função do cumprimento, ao contrário deste pacto. É em função do cumprimento, como a dação, mas é automática, ao contrário desta. É uma garantia que, não sendo um direito real desta natureza, é muito mais do que uma garantia real. É uma condição suspensiva que mais do que suspender o efeito translativo do contrato, comprime o direito de propriedade a uma das partes (o vendedor), na exacta medida em que cria uma expectativa jurídica da sua aquisição plena ao outro contraente (o comprador).

Em conclusão, qualificamos a reserva de propriedade de natureza híbrida: como condição (suspensiva) que comprime um direito real (de propriedade) em razão da garantia que funcionaliza.

4 – Validade e eficácia

A validade da reserva de propriedade depende, em primeiro lugar, da vontade de ambas as partes. Não é bastante a declaração unilateral, seja do comprador seja do alienante.

Razão por que Autores como LIMA PINHEIRO⁶⁹ sublinham que se trata de uma cláusula, parte integrante, portanto, de um complexo de direitos e obrigações mais vasto que é um contrato, considerado no seu todo.

Por outro lado, pergunta-se se este acordo poderá ser tácito ou se será de exigir declaração negocial expressa. E, em princípio, nada obsta a que seja tácito, se demonstrado que o comprador conhecia e aceitou a cláusula, nos melhores termos do art. 217.º CC, isto é, se a estipulação da cláusula de reserva de propriedade se puder deduzir de factos que “*com toda a probabilidade*”⁷⁰ a revelem⁷¹.

Em segundo lugar, para que uma reserva de propriedade seja válida exige-se que ela tenha um contrato subjacente. Atentemos que o texto do n.º 1 do art. 409.º CC começa logo por dizer “*nos contratos de alienação*” e só depois é que formula a estatuição: “*é lícito ao alienante reservar a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento*”. Ou seja, o legislador foi muito claro na determinação do âmbito de aplicação desta cláusula: por um lado, fixa o campo objectivo circunscrito aos *contratos de alienação* e, por outro, reforça a figura ao delimitá-la subjectivamente como prerrogativa do *alienante*.

A cláusula em questão não está sujeita a quaisquer exigências formais, sem prejuízo da observância dos requisitos de forma do contrato em que se insere⁷².

Quanto à sua eficácia, dispõe o n.º 2 do art. 409.º CC que para ser oponível a terceiros, tendo o contrato por objecto imóveis ou móveis sujeitos a registo, carece de ser registada, pelo que para cumprir a sua função de garantia do crédito e pôr o seu beneficiário a salvo do concurso de credores, tem de ser inscrita registalmente (art. 2.º, n.º 1, al. u) CRPred) ou será apenas eficaz entre as partes, o que não interessa ao credor, porque faz dele um mero credor comum e também não interessa ao

⁶⁹ LIMA PINHEIRO, *A Cláusula de Reserva de Propriedade...*, ob. cit., p. 25: “*o pacto de reserva de propriedade integra o acordo de vontades em que se consubstancia o contrato de compra e venda: a reserva de propriedade tem de ser objecto de uma cláusula do contrato*”.

⁷⁰ O art. 217.º CC, no seu n.º 1, distingue declaração negocial expressa de declaração negocial tácita, com a seguinte formulação: “*A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando, feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade a revelam*”.

⁷¹ A desnecessidade de declaração expressa para a convenção de reserva de propriedade corresponde ao entendimento maioritário. Há, no entanto, Autores que discordam, como é o caso de ISABEL MENÉRES CAMPOS, para quem, sem uma declaração negocial expressa, “*a reserva de propriedade não chega sequer a nascer*”, como podemos ler na *op. cit. A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*, p. 103. Mais reconhecendo também que este seu entendimento é dissonante outrossim da doutrina alemã – cfr. *op. cit.*, p. 105.

⁷² Neste sentido, RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda...*, ob. cit., p. 605.

comprador-devedor, porque torna mais onerosas as condições do crédito ou financiamento contraído para a aquisição do bem. É que a grande virtualidade da reserva de propriedade é que ultrapassa o penhor sem posse do vendedor que a nossa lei civil não permite (arts. 669.º e 677.º CC). O registo é, assim, tão importante porque dá pública notícia de que o vendedor se mantém proprietário até o comprador pagar o preço, podendo pedir-lhe a restituição da coisa, em caso de inexecução do contrato ou mesmo insolvência do adquirente, podendo fazer valer o seu direito junto de quaisquer terceiros, isto é, até junto de (outros) credores do comprador que este tenha investido em direitos sobre a coisa. A eficácia do registo da reserva de propriedade é tão forte que vai além do sentido clássico da eficácia *erga omnes*, pois dá publicidade, como é função da inscrição registal e, como incide sobre um direito de propriedade que se mantém na esfera jurídica do beneficiário até ao cumprimento por parte do comprador, o seu registo garante a devolução do bem, se o crédito não for satisfeito.

Importa ainda sublinhar que apesar de a lei nada dizer a respeito dos bens não sujeitos a registo, num cenário de insolvência do comprador – posição em que se poderão encontrar algumas empresas –, a cláusula de reserva de propriedade só será “*oponível à massa no caso de ter sido estipulada por escrito, até ao momento da entrega da coisa*”, determina o art. 104.º, n.º 3 do CIRE.

5 – O problema da reserva de propriedade a favor de terceiro (financiador)

Percorridos, embora muito esquematicamente, os grandes traços da figura da reserva de propriedade, impõe-se agora que analisemos a prática polémica e crescente de estipulação da reserva de propriedade a favor de financiador.

A colocação do problema surge por quatro grandes razões. Duas de ordem dogmática e duas de ordem prática – chamemos-lhes assim por comodidade de linguagem – e que se prendem com os riscos que correm os compradores de bens com pagamento prestacional com reserva de propriedade em benefício de terceiro financiador, por causa da incerteza jurídica de uma prática controversa na doutrina e na jurisprudência e sem previsão legal.

O tema surge em jeito de problema, primeiramente, porque a reserva de propriedade tem vindo a ser convencionada no âmbito de contratos que não de alienação – habitualmente em contratos de mútuo ou de financiamento. Em segundo lugar, porque tem vindo a ser fixada a favor de terceiro que não o vendedor, mas sim o financiador da aquisição. Em terceiro lugar – aqui já no campo das consequências práticas para as partes –, porque da admissibilidade da cláusula de reserva de propriedade a favor de terceiro depende a sua própria validade, sendo que se não for considerada admissível à luz do nosso quadro legal, fragiliza a posição jurídica do comprador que garantiu o financiador intitulado-o na posição de proprietário formal. E, por último, porque o registo é requisito de eficácia em relação a terceiros e, não sendo válida a cláusula a favor do financiador não vendedor,

não será aceite o seu registo (ou será cancelado, nos termos do art. 16.º CRPred) e, esta consequência, decorrência inelutável da invalidade/nulidade, desguarnecerá a posição do credor financiador e isso resultará em onerosidade agravada para o devedor adquirente.

O fulcro do problema situa-se na letra da norma do n.º 1 do art. 409.º CC, ao estabelecer a licitude da reserva de propriedade *nos contratos de alienação* e a favor do *alienante*. É que a realidade da gíria bancária tem recorrido a uma prática de estipulação da reserva de propriedade no âmbito de contratos de mútuo – ou de outros negócios de concessão de crédito e financiamento –, fora, assim, do âmbito dos contratos de alienação. *Quid iuris?*

Importa, primeiro, examinar o esquema negocial dos contratos de concessão de crédito e financiamento⁷³. E, neste cenário, existem sempre dois contratos: a compra e venda e o mútuo, suscitando-se a questão de saber se entre eles existe ou não uma relação de interdependência a tal ponto que não subsistiriam um sem o outro e também não teriam sido celebrados um sem o outro – sendo certo que visam o mesmo fim de aquisição do bem, mas não havendo coincidência de sujeitos negociais.

Aderimos à visão dualista da união de contratos⁷⁴ que explica que apesar da separação jurídica formal das declarações negociais de vontade, os contratos encontram-se ligados por um vínculo funcional, porque enformam o mesmo complexo económico causalmente subjacente a ambas as decisões de contratar. Numa compra e venda a que se associa um mútuo para suportar financeiramente o preço da aquisição há dois contratos distintos e autónomos estrutural e formalmente, mas que formam entre si uma unidade económica, na medida em que a vigência de um depende da vigência do outro e vice-versa. Desde logo, do ponto de vista das declarações de vontade: o comprador só quer comprar se conseguir crédito e só quer o crédito se puder comprar o bem em causa. Há, assim, uma ligação contratual genética e recíproca que esvazia de sentido um negócio sem o outro. A

interpretação do âmbito subjectivo da reserva de propriedade unicamente para contratos de alienação deverá, cremos, fazer-se a uma luz actualista, mas não sem apoio na letra da lei⁷⁵.

⁷³ Sendo que às empresas – *rectior*, às pessoas colectivas – não se aplica o diploma que regula os contratos de crédito ao consumo, porque a qualificação de um contrato como de crédito ao consumo pressupõe que uma das partes seja consumidor e o conceito legal de consumidor inclui unicamente as pessoas singulares. Cfr. art. 4.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho. Este diploma transpõe a Directiva n.º 2008/48/CE, de 23 de Abril para o nosso ordenamento jurídico, reconhecendo que existe união específica (coligação) de contratos entre a compra e venda e o crédito (art. 18.º).

⁷⁴ GRAVATO DE MORAIS, *União de contratos de crédito e de venda para consumo*, Almedina, p. 403.

⁷⁵ Neste sentido, vide Ac. STJ de 2/10/ 2007 (Fonseca Ramos), onde se pode ler: “a interpretação actualista (...) tem de partir do texto da lei, só sendo legítimo estender o seu campo de aplicação, se dela resultar um desfecho que se compagine com o sistema jurídico enquanto unidade e o resultado interpretativo não afrontar o regime dos institutos com que contende, sob pena de, a coberto de uma interpretação postulada pela essoutra

Admitimos propriedade reservada a favor de terceiro nos casos de vendedor também mutuante, como sucede na locação financeira, pois o outro contrato além da compra e venda, o de crédito/financiamento, é interdependente daquele de alienação, o que o torna um mero negócio mediato, cuja génese e causa radica no inicial de compra e venda. Aliás, neste sentido, note-se que as leis de registo confirmam a aplicação do art. 409.º, n.º 1 CC só no âmbito dos contratos de alienação: o art. 5.º, n.º 1, al. b) do DL n.º 178-A/2005, de 28 de Outubro⁷⁶, refere-se à sujeição a registo da “*reserva de propriedade estipulada em contrato de alienação de veículos automóveis*” e o art. 46.º do Regulamento do Registo de Automóveis⁷⁷ esclarece que a “*reserva de propriedade estipulada nos contratos de alienação de veículos constitui menção especial do registo de propriedade*”. Ou seja, os próprios diplomas de direito registal referem-se à reserva de propriedade como cláusula (sujeita a registo para ser eficaz perante terceiros) inclusa em de contratos de alienação.

E, se podemos interpretar actualisticamente a norma do art. 409.º, n.º 1 CC, incluindo nos contratos de alienação o contrato de crédito coligado com a aquisição, subsiste o problema do mecanismo legitimador para a reserva poder ser constituída a favor de alguém que não é alienante. Apesar de haver dois contratos (compra e venda e mútuo), sendo os mesmos sujeitos, não haverá dilema, pois o mutuante será o próprio vendedor e, portanto, a prática será conforme com a previsão legal de o alienante poder reservar a propriedade para si até ao cumprimento. Só que as instituições de crédito e as financeiras que emprestam o dinheiro, desde logo às empresas para aquisição das frotas automóveis, não vendem esses bens, ao contrário do esquema negocial da locação financeira ou do *lease-back*, em que o mutuante primeiro adquire o bem e depois cede-o em locação ao mutuário, ficando este com opção de compra a final. O que faz do locador/mutuante/credor-banco vendedor do bem⁷⁸. Já na reserva de propriedade, o comprador adquire o bem a um sujeito jurídico e celebra depois o mútuo (para obtenção de liquidez para pagar o preço da aquisição) com outro sujeito jurídico distinto: o banco/mutuante-credor.

Será, então, admissível no nosso quadro legal atribuir a reserva de propriedade a terceiro?

MENEZES LEITÃO entende que não, proclamando que o terceiro financiador não pode reservar para si uma propriedade de que nunca foi titular⁷⁹. De igual modo, GRAVATO MORAIS afirma que não pode reservar-se a propriedade a favor do financiador, pois ele não comprou nem alienou, nem

realidade social que a convoca, se tornar arbitrária a interpretação da lei, ferindo, assim, a certeza e a segurança jurídicas, valores caros ao Direito”.

⁷⁶ Diploma que disciplina o Registo de Propriedade Automóvel.

⁷⁷ Na redacção dada pelo art. 16.º do DL n.º 178-A/2005 que aprovou o projecto do Documento Único Automóvel e procedeu à transposição das directivas comunitárias referentes a esta temática.

⁷⁸ Cfr. diploma legal que disciplina a locação financeira: DL n.º 149/95, de 24 de Junho. E, na doutrina, *vide* sobre a figura, por todos, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Locação Financeira (Leasing) e Locação*, in ROA, Ano 62, III, Dezembro 2002.

⁷⁹ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 4.ª edição, Almedina, 2012, p. 226.

“nunca o objecto passou pelas suas mãos”⁸⁰. E também BRANDÃO PROENÇA diz que o art. 409.º CC “não favorece uma resposta positiva”⁸¹.

Admitindo a possibilidade de propriedade reservada a favor do terceiro financiador, já se ouvem as vozes de PAULO MOTA PINTO e PINTO MONTEIRO, para quem se impõe uma interpretação actualista do art. 409.º CC, pois o seu fim principal é tutelar a posição do credor de modo reforçado – independentemente de ele ser o alienante ou não. Se assim não se entender, desvirtua-se o sentido prático da reserva de propriedade, afirmam⁸². E ISABEL MENÉRES CAMPOS também afirma que deve poder reservar-se a propriedade a favor do financiador, até porque esta figura é muito mais do que uma simples cláusula contratual. A Autora sustenta que a sub-rogação permitirá facilmente legitimar a operação de “transmitir a reserva de propriedade para o financiador que adiante o pagamento do preço necessário à aquisição”⁸³. Embora a tese da sub-rogação não seja nada pacífica. A título exemplificativo, sublinhe-se que a jurisprudência a rejeita em muitas decisões – em especial no STJ⁸⁴ – e que Autores como MENEZES LEITÃO também⁸⁵.

A natureza da norma do art. 409.º CC é o ponto de partida para a resposta de sim ou não. Quem entende tratar-se de norma imperativa, terá dificuldades em dizer sim à reserva de propriedade a favor de terceiro financiador. A jurisprudência inclina-se para a natureza imperativa⁸⁶, ao contrário da doutrina maioritária – que não identifica qualquer interesse geral que reclame a sua qualificação como imperativa⁸⁷. Não aderimos à visão da natureza dispositiva do art. 409.º CC, apesar dos argumentos decorrentes do princípio geral da liberdade contratual (art. 405.º CC), pois encontramos normas imperativas que podem ser postergadas⁸⁸ por *pactum reservati dominii* a favor de terceiro financiador não vendedor. O preceito inderrogável do art. 694.º CC, por exemplo, que proíbe o pacto comissório,

⁸⁰ Cfr. GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Almedina, 2007, p. 306.

⁸¹ Cfr. BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra Editora, 2011, p. 349.

⁸² Como podemos ler desenvolvidamente em MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2012, p. 66.

⁸³ Vide M. ISABEL MENÉRES CAMPOS, *op. cit. A reserva de propriedade do vendedor...*, p. 382.

⁸⁴ Vide Ac. STJ de 17/2/2011 (Garcia Calejo).

⁸⁵ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, Almedina, 2005, p. 332.

⁸⁶ Vide, por exemplo, Ac. TRC de 17/12/2014 (Freitas Neto), Ac. TRC de 14/2/2012 (Barateiro Martins) e Ac. TRG de 4/6/2013 (Espinheira Baltar).

⁸⁷ Para mais desenvolvimentos, consultar, por todos, FERREIRA DE ALMEIDA, *Transmissão contratual da propriedade, Entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes*, Themis, Ano VI, n.º 11, 2005, p. 9.

⁸⁸ Cfr. sobre o tema PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª edição, Almedina, 2009, pp. 58 e ss. e ISABEL MENÉRES CAMPOS, *A reserva de propriedade do vendedor...*, ob. cit., p. 357.

pode facilmente ser ludibriado, pode facilmente esconder-se sob a aparência de reserva de propriedade a favor de terceiro financiador⁸⁹⁻⁹⁰.

Ademais, existe outro entrave jurídico à reserva de propriedade a favor de terceiro não alienante relativo aos meios de aquisição do direito real maior e aos instrumentos de transferência da sua titularidade a favor de quem nunca foi proprietário.

Na verdade, como bem pergunta PINTO DUARTE, uma vez que a cláusula de reserva de propriedade não gera direito diverso do direito de propriedade, como se pode explicar a sua transmissão por sub-rogação⁹¹ se a sub-rogação se circunscreve a direitos de crédito?⁹²

A cláusula de reserva de propriedade será apenas uma cláusula contratual? Eis a questão!

Com este Autor entendemos que sim, razão por que rejeitamos a possibilidade de operar a sua transmissão para o financiador não alienante. Para ISABEL MENÉRES CAMPOS, como vimos, já a cláusula de reserva de propriedade é muito mais do que simples cláusula contratual, introduzindo modificações no direito de propriedade do vendedor “*passando este a ser titular de uma propriedade reservada*”⁹³, sendo esta passível de transmissão ao financiador – e não apenas a cláusula que a contempla. Faz-se aqui o paralelismo com a propriedade fiduciária, em que a função de garantia (de fidúcia) torna a propriedade um acessório do crédito. Como acessório e acessório de um (direito de) crédito, já é possível a sua autonomização e transmissão por sub-rogação⁹⁴.

Mas uma vez mais, chamamos a atenção para os ditames do princípio do *numerus clausus* que determinam que qualquer restrição ao direito de propriedade (ou figuras parcelares deste direito) fora dos tipos previstos na lei, só tem eficácia meramente entre as partes.

⁸⁹ E se um exame da propriedade reservada à luz dos princípios do sistema de garantias impõe uma visão *favor debitoris*, que desencoraja a admissibilidade da reserva de propriedade a favor de terceiro, a legislação de crédito ao consumo parecia permitir tal prática nos termos da al. f), do n.º 3, do art. 6.º do DL n.º 359/91, de 21 de Setembro que exigia como requisito do contrato de crédito com pagamento prestacional, acordo sobre a reserva de propriedade. Na doutrina, neste sentido, GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, ob. cit., p. 308. Na jurisprudência, Ac. TRP de 18/12/2013 (Alberto Ruço). Em sentido contrário, Ac. TRL de 12/7/2007 e Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ n.º 10/2008. O diploma foi já revogado pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho e o actual regime dos contratos de crédito não inclui uma previsão semelhante. O preceito hoje em vigor onde se encontram os requisitos dos contratos de crédito (art. 18.º) não contém qualquer previsão para pagamento prestacional ou referência à reserva de propriedade e a norma relativa à cessão da posição contratual remete expressamente para o Código Civil.

⁹⁰ Os nossos tribunais superiores têm, portanto, muitas reticências em admitir a reserva de propriedade a favor de terceiro financiador não alienante – cfr. Ac. TRL de 12/7/2007, Ac. STJ de 2/10/2007 (Fonseca Ramos) e o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ n.º 10/2008 (Paulo Sá).

⁹¹ Cfr. RUI PINTO DUARTE, *Alguns aspectos jurídicos dos contratos não bancários de aquisição e uso de bens*, in Revista da Banca, n.º 22, 1992, pp. 49 e ss..

⁹² A este respeito, vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, ob. cit., p. 225.

⁹³ Cfr. M. ISABEL H. MENÉRES CAMPOS, *A reserva de propriedade do vendedor*, ob. cit., p. 368.

⁹⁴ Vide sobre propriedade fiduciária, M. JOÃO VAZ TOMÉ/DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A propriedade fiduciária (Trust)*, *Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, 1999, pp. 288 e ss..

Ora, a eficácia real que o registo atribui à cláusula de reserva de propriedade é de suprema importância no tráfego comercial-jurídico creditício. Na concessão de crédito, o potencial credor quer saber com o máximo de certeza jurídica possível quem são os demais credores daquele seu devedor e quais os direitos e prerrogativas que lhe assistem num cenário de concurso de credores. E o registo, de facto, é o mecanismo próprio para dar notícia e atribuir eficácia em relação a terceiros aos direitos reais que as partes constituam.

Se em termos puramente dogmáticos, parece não muito penalizador a consequência de se criar ou transmitir um direito real com efeitos só entre as partes de um acordo de vontades, já do ponto de vista prático e de incerteza jurídica, esta visão do princípio da liberdade contratual em nada favorece o giro comercial das empresas nem a concessão de crédito. É que a posição do devedor será tão menos onerosa (porque o crédito será mais facilmente concedido) quanto maior a certeza jurídica relativa à eficácia e segurança dos direitos e obrigações contratuais. Em terreno movediço, em que mutuantes/financiadores não têm a certeza do grau de segurança das garantias dos seus créditos, ou não emprestam dinheiro ou emprestam-no em condições muito mais onerosas.

Assim, no nosso quadro legal, parece-nos imprudente dizer que a reserva de propriedade pode ser a favor de terceiro financiador não alienante, porque, apesar de não estar prevista na lei e de haver divergências na doutrina e na jurisprudência, no pior dos cenários, terá eficácia entre as partes. A eficácia meramente obrigacional já pode ser suficientemente grave, quer para o credor quer para o devedor. E, por outro lado, o pior dos cenários pode não ser a eficácia obrigacional, mas sim a nulidade de todo o contrato. Pelo menos, para os que vêm no art. 409.º CC uma norma imperativa – e existe uma importante corrente jurisprudencial, como dissemos. E, nos casos em que a reserva de propriedade a favor de terceiro defrauda a lei, a consequência também é a nulidade – e aqui deixamos o alerta quanto à proximidade com o pacto comissório. A concepção do art. 409.º CC como norma imperativa encontra apoio assinalável no STJ⁹⁵ e a qualificação de *fraus legis* é um espectro que paira sobre todos os esquemas negociais de utilização da propriedade com função exclusiva de garantia e de mecanismo translativo a favor do credor em cenário de incumprimento, em face da proibição do pacto comissório. Diz BRANDÃO PROENÇA: “*o desiderato da financiadora pode levar à constituição (...) de uma garantia singular e ultra-protectora, dissimulando, mesmo, um verdadeiro pacto comissório*”⁹⁶.

⁹⁵ Cfr. notas 63 e 65.

⁹⁶ Escreve BRANDÃO PROENÇA em *Lições de cumprimento...*, ob. cit., p. 350, “*o desiderato da financiadora pode levar à constituição «contra legem» (tendo em conta o disposto no n.º 2 do artigo 604.º) de uma garantia singular e ultra-protectora, dissimulando, mesmo, um verdadeiro pacto comissório*”.

Do ponto de vista do necessário registo da cláusula de reserva de propriedade para que seja eficaz em relação a terceiros, a (então denominada) Direcção Geral dos Registos e Notariado emitiu, em 2001, um parecer⁹⁷ sobre a venda financiada de veículos automóveis.

De facto, a prática da cláusula de reserva de propriedade a favor de terceiro financiador verifica-se sobretudo relativamente à aquisição de veículos automóveis.

Este parecer veio estabelecer os pressupostos inderrogáveis para a transmissão da reserva de propriedade para a entidade financiadora, fixando que nos casos de sub-rogação pelo comprador/devedor, a cláusula tem de ser expressa e tem de prever a transferência da propriedade reservada a favor do financiador por parte do vendedor/credor do preço. Nos casos de sub-rogação pelo alienante/credor do preço, para além da exigência de cláusula expressa, ela tem de prever a transmissão da propriedade reservada para o financiador (e) com conhecimento por parte do comprador/devedor (do preço).

Concorde-se ou não com a posição vertida neste parecer, o certo é que ele evidencia que o sistema de registo quis salvaguardar os conservadores diante das muitas dúvidas quanto à possibilidade de sub-rogação de um direito real – porque, na verdade a sub-rogação está prevista como meio de transmissão de direitos de crédito e não de direitos reais, como resulta dos arts. 589.º e ss. CC. Donde, tanto as partes como os conservadores de registo devem estar cientes da incerteza jurídica que a figura suscita.

A reserva de propriedade a favor de terceiro financiador que não o alienante, como vimos nesta análise da nova configuração trilateral da figura, é controversa e, por isso, requer os maiores cuidados na sua utilização, ponderados os entraves jurídicos que pode enfrentar e as suas consequências – que podem ir da eficácia obrigacional⁹⁸ (a menos gravosa) à nulidade (a mais grave). Da violação de normas imperativas à fraude à lei⁹⁹.

Conclusões

Em conclusão, podemos destacar que pelo lado da doutrina, parece haver uma tendência para considerar admissível a reserva de propriedade a favor de terceiro financiador, mas que a

⁹⁷ Parecer n.º 5/2001, de 5 de Janeiro da Direcção Geral dos Registos e Notariado.

⁹⁸ Por aplicação da cominação do n.º 2 do art. 1306.º CC e em decorrência também da tipicidade dos meios de aquisição da propriedade inscritos no art. 1316.º CC.

⁹⁹ Na esteira de REMÉDIO MARQUES, assinalamos o pensamento segundo o qual, como proibição geral, a proibição do pacto comissório deve considerar-se extensível “*a todos os casos em que se convencionou que a propriedade de um bem seja transferido para o credor na hipótese de incumprimento das obrigações do devedor*”. Cfr. obra do Autor *Locação financeira retributiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – Negócio fiduciário, mútuo e acção executiva*, publicada in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 77, 2001, p. 575.

jurisprudência ainda se mostra muito reticente quanto à utilização criativa da figura que tem sido feita por bancos e financeiras.

Assim, a incerteza jurídica ainda é bastante para podermos afiançar - a quem nos peça um conselho profissional - que é pacífico, válido e eficaz constituir reserva de propriedade a favor de terceiro que financie a aquisição de um bem.

Pessoalmente, não vemos com bons olhos a admissibilidade de mais uma figura que usa a propriedade com fim de garantia e em razão do incumprimento. De um lado, as garantias reais são as que a lei consagra como tal e os mecanismos de segurança de crédito que contemplam são os que permitem o equilíbrio das posições do credor e devedor. Por outro lado, existem já uma série de tipos legais que possibilitam e operam o financiamento e a utilização da propriedade com fim exclusivo de garantia – como a locação financeira ou a venda *a retro* –, pelo que nos parece desnecessário admitir mais uma figura com tal fim e que não foi desenhada em termos mais amplos do que os da própria liberdade contratual de o vendedor poder financiar a aquisição ao comprador, permitindo-lhe pagar o preço em prestações, reservando para si a propriedade do bem até integral pagamento como forma de garantia do seu direito de crédito ao preço. Em terceiro lugar, apesar de a prática ser recorrente na aquisição de veículos automóveis, uma vez admitida, nada obsta a que se alargue à aquisição de imóveis, o que desvirtuaria e esvaziaria de sentido a hipoteca e seria um entrave sério à fluidez do comércio jurídico do sector imobiliário – com a infinda possibilidade de trilateralização contratual entre compra e venda e mútuo, sub-rogação e cessão de posição contratual. Por último, todos os esquemas negociais assentes no direito de propriedade com fim exclusivo ou principal de garantia ajudam a contornar a proibição do pacto comissório. Basta pensar na venda *a retro* e no uso fraudulento que dela se pode fazer e que levou o legislador do Código de Seabra a não a admitir e VAZ SERRA a ter francas reservas, expressas nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966¹⁰⁰.

As empresas não devem abeirar-se das instituições de crédito e contratualizar mútuos ou financiamentos para aquisição de bens aceitando cegamente as condições e garantias que lhes forem solicitadas. É que se os bancos quiserem muito conceder os créditos, correrão demasiados riscos propondo a constituição de garantias sem a certeza (jurídica) de serem válidas ou eficazes. E se não quiserem emprestar o dinheiro, onerarão excessivamente a posição das empresas financiadas com o mesmo argumento. Ainda que queiram financiar as empresas, uma decisão judicial de invalidade e/ou uma recusa de registo de cláusula de reserva de propriedade a seu favor, fortalece a possibilidade legal

¹⁰⁰ Cfr. VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, 1956, alertando na p. 220 que “*pode, por meio de uma venda dessa espécie, obter-se o resultado prático de um penhor ou hipoteca com pacto comissório*”.

de exigirem das empresas o reforço das garantias especiais¹⁰¹, com os encargos acrescidos que daí advêm.

Nestes termos, o cenário em que perspectivamos a validade da reserva de propriedade a favor de terceiro é em tipo negocial onde o financiador reúna a qualidade de proprietário. Como na locação financeira¹⁰², se A comprar a B e este (por indicação de A) vender ao financiador C para este vender de novo a A, então, sim, pode C reservar a seu favor a propriedade do bem até que A lhe pague. Ainda com apoio no esquema negocial do *leasing* financeiro, pode B vender directamente ao financiador C (por indicação de A) e este C, depois, vender a A, reservando a propriedade a seu favor, até que A cumpra.

¹⁰¹ Nos termos do art. 626.º CC.

¹⁰² Perfilhamos o entendimento doutrinal maioritário da compatibilidade da locação financeira com o nosso quadro legal, mesmo o *sale and lease-back*. Apesar dos alertas sobre a possibilidade de a figura se propiciar a encobrir um pacto comissório (extensivos a todos os esquemas negociais defraudatórios do art. 694.º CC), os argumentos para a admissibilidade da figura valerão *mutatis mutandis* para a reserva de propriedade a favor de terceiro financiador. Cfr. ob. cit. de REMÉDIO MARQUES *Locação financeira...*, ob. cit., *passim*.