

## AS PENAS CONVENCIONAIS E A FALÊNCIA

Pelo DR. ADRIANO MOREIRA

**I.** A previsão do montante das indemnizações pela falta de cumprimento das obrigações jurídicas, é problema difícil que ao jurista prático surge designadamente logo que procura fixar o valor da respectiva acção. Difícil sobretudo se a falta de cumprimento de uma obrigação se complicar com os problemas de saber, nos negócios jurídicos, se a obrigação violada constitui ou não um elemento essencial da relação estabelecida, e se o interesse lesado tem ou não tem valor económico.

Tal dificuldade pode e costuma ser afastada prevenindo convenientemente, à priori, o montante da lesão pelo sistema das penas convencionais. Esta técnica, que terá ainda para alguns a vantagem de transferir o onus da prova, encontra-se definitivamente consagrada nos contratos administrativos onde é de uso graduar a importância das cláusulas pela fixação de sanções diversas, que vão da multa à resolução do contrato, acompanhada esta ou não de penas pecuniárias. E porque, suposto válido o negócio, permite estabelecer uma sanção mais adequada para o ilícito em causa do que a geral sanção das indemnizações pecuniárias, a própria lei, em preceitos suppletivos, fixa para alguns negócios típicos penas destinadas a sancionar certas faltas a obrigações convencionais.

Às vantagens da certeza jurídica e da economia processual, o sistema das penas convencionais alia todavia defeitos, entre os quais avultam as possibilidades de locupletamento do contraente credor da indemnização e de ser utilizado como instrumento de diminuição do património enquanto garantia comum dos credores, tudo factos a que a lei procura obviar pelos institutos da redução e da inexigibilidade.

É do problema da inexigibilidade das penas convencionais ao

falido que nos ocuparemos, tendo em atenção o disposto no § 3.º do art.º 1.164.º do Código do Processo Civil, que diz assim: «São inextinguíveis ao falido quaisquer penas convencionais impostas para a hipótese de mora ou cobrança coerciva dos seus débitos, em especial a elevação da taxa de juro e os honorários do mandatário judicial».

Concretamente, examinaremos o problema em face dos art.ºs 19.º e 12.º da Lei das Sociedades por quotas, que dispõem: Art.º 19.º: «São aplicável às prestações suplementares, quando a respectiva obrigação for restrita a quantia determinada, ou na hipótese do n.º 5.º do artigo anterior quando não excederem o limite fixado na escritura social, as disposições dos art.ºs 12.º, 13.º e 14.º, relativos à mora no pagamento das prestações por conta da quota»; — § único: «Pode permitir-se na escritura social a chamada de prestações suplementares antes de integralmente liberadas as quotas dos sócios, sendo aplicável a estas prestações o disposto nos art.ºs 12.º, 13.º e 14.º»; Art.º 12.º: «O sócio remisso será avisado por carta registada para em prazo, que não poderá ser inferior a um mês, efectuar a prestação em dívida»; § 1.º: «Se o não efectuar poderá ser excluído, perdendo neste caso, em proveito da sociedade, a quota e os pagamentos parciais já realizados, o que tudo se comunicará por carta registada»; § 2.º: «Não obstante a sua exclusão, responderá pelos prejuízos que a sociedade venha a ter, quanto ao embolso da prestação não realizada e terá, com respeito às prestações ainda não chamadas, os direitos e obrigações que por esta lei cabem aos antigos proprietários de quotas».

Como esclarecimento prévio convém deixar assente que a fórmula final do § 3.º do art.º 1.164.º do Código de Processo Civil — «em especial a elevação da taxa de juro e os honorários do mandatário judicial» — não é senão uma defeituosa maneira de resolver dúvidas de qualificação da elevação da taxa de juro e dos honorários do mandatário judicial, sabendo-se designadamente que estes costumam ser abrangidos nas penalidades dos contratos com garantia real. Na verdade, não pode saber-se o que é um facto *especialmente* proibido, porque não se concebem graduações na proibição. A fórmula apenas pode querer articular ao conceito previamente estabelecido uma enumeração de factos sobre cuja qualificação se quis que não pudessem existir dúvidas, porque, sendo a elevação da taxa de juros uma das penas convencionais mais usadas, fica excluído que se trate

de uma equiparação de regimes para coisas absolutamente diferentes.

Posto isto, e tendo em conta a inexigibilidade das penas convencionais ao falido que o código do processo decreta, pergunta-se se nessa proibição ficam abrangidas as penalidades previstas nos mencionados artigos da Lei das sociedades por quotas.

A questão, se não estamos em erro, é apenas um aspecto do problema de saber se as penas previstas em disposições suplectivas da lei, estão ou não abrangidas pela proibição do código de processo. E isto porque supomos não poder haver dúvidas sobre que, tratando-se de uma penalidade estabelecida por uma norma de interesse e ordem pública, então não pode sequer pôr-se o problema da aplicabilidade do preceito do código de processo. Na verdade, quando a norma fica além da vontade das partes, trata-se de um conflito de interesse resolvido autoritariamente em vista da conveniência geral, exactamente no mesmo plano em que é organizado o instituto da falência, e por isso sem legalmente se admitir a possibilidade de se manifestarem os inconvenientes inerentes ao sistema das penas convencionais.

**2.** Supomos que a proibição do código de processo se estende não somente às penas expressamente convencionadas nos actos em que o falido teve intervenção, mas ainda às penas constantes de normas suplectivas da lei.

Sabe-se que era doutrina comum dos juristas romanos fundar os efeitos legais previstos nas leis suplectivas numa *tacita conventio*, ficção por meio da qual se procurava atribuir à vontade causal do negócio mesmo aquilo que não fora contratado. Esta é ainda hoje uma explicação vulgar na jurisprudência e em certo sector da doutrina, sendo todavia certo que, se as partes não excluem o direito dispositivo, os efeitos legais se produzem ainda que os não conheçam ou não correspondam ao seu propósito. Por isso, uma visão realista do fenómeno impõe que se atribua às normas suplectivas a mesma base das normas imperativas, devendo explicar-se a sua concreta estrutura pela circunstância de o legislador atender à usual vontade dos contraentes. Como diz von Thur, «estas disposições têm por fim completar as convenções, e por isso o legislador as formula de acordo com o que seria, num termo médio, a vontade das partes, se elas próprias tivessem previsto e resolvido as questões em referência. Por

consequente, o direito suplectivo corresponde, em princípio, à vontade presumível das partes» (1).

À primeira vista pode supor-se que a diversidade de fundamento atribuído às disposições suplectivas levará a soluções logicamente diversas do nosso problema, consoante o ponto de vista adoptado. Dir-se-á que se o fundamento das normas suplectivas é a *tacita conventio*, então sem nenhuma dificuldade se pode concluir que a proibição do código de processo abrange tais normas que por ficção legal também têm a sua origem na vontade das partes; mas que, adoptado o segundo ponto de vista, que reputamos exacto, então a conclusão já não é admissível, porque desaparecem os inconvenientes do sistema das penas convencionais, dado que o equilíbrio dos interesses foi decidido pelo próprio legislador.

Não supomos exacto o raciocínio porque, se é certo dever imputar-se ao legislador a solução do conflito de interesses previsto nas normas suplectivas, também é certo que a solução é dada em vista dos interesses particulares dos intervenientes no negócio. Ora, atendendo à hierarquia de interesses que o ordenamento jurídico tutela, é absolutamente evidente que as normas suplectivas devem ceder em face de soluções ditadas pelo legislador num plano diferente e superior, isto é, quando ao lado dos interesses dos particulares surge um importante interesse de ordem pública. A esta razão soma-se um argumento de ordem formal que tem valor para a solução do problema: é que, a norma suplectiva pode ter sido transcrita no contrato, circunstância em que nenhuma dúvida poderia existir sobre a natureza convencional da penalidade estabelecida. Ainda poderia acrescentar-se que se não é exacta a doutrina da *tacita conventio*, isso não impede que, pela sua geral aceitação, tenha informado a feitura da lei.

Ora, não parece cometer-se violência nenhuma em relação aos textos, antes se afigura racional incluir no Código de Processo Civil, ao proibir a exigência das penas convencionais, aquelas penas que não constam expressamente do contexto dos negócios jurídicos, mas são efeitos suplectivos estabelecidos pela própria lei tendo em atenção a vontade média e usual dos contraentes.

---

(1) Andreas von Thur, Derecho Civil, Buenos Aires, 1947, I, 1, pág. 43.

Dar-se-á assim à expressão — penas convencionais — um entendimento perfeitamente de acordo com o fundamento tradicional dos efeitos suplectivos — que é a *tacita conventio*, e salva-se o sistema jurídico de forte incoerência. Isto, porque forte incoerência seria que uma lei de interesse e ordem pública, como é a do código de processo, fizesse depender a sua eficácia de ser ou não transcrita num contrato uma disposição que o sistema jurídico só insere para o caso do silêncio das partes.

A natureza de ordem pública da citada disposição não oferece dúvidas: no relatório do código de falências de 1899 já se dizia expressamente que «em virtude da profissão do devedor, e por motivos de geral e público interesse, uma lei especial submete esses devedores e todos os seus credores ao foro e ao processo excepcionais para negociantes que faliram».

Posto isto, importa saber se os transcritos preceitos da Lei das sociedades por quotas são suplectivos ou de interesse e ordem pública.

**3.** a) É sabido que o conceito da lei de interesse e ordem pública não pode facilmente formular-se, e, regra geral, os autores seguem o sistema de caracterizar os efeitos da sua violação, mas não dizem, ou não dizem claramente, de que critérios deve lançar-se mão para averiguar da natureza da norma.

Este procedimento resulta da complexidade da hierarquia dos interesses jurídicos e nem sequer a lei positiva usa decidir por via expressa o que tem e o que não tem a natureza de ordem pública. Como diz Ruggiero, «não há legislação alguma que fixe em prescrições positivas quais sejam os princípios de ordem pública, que resultam ou do carácter de inderrogabilidade que tem a própria norma ou do complexo de toda ela e do sistema orgânico do próprio ordenamento (1).

O sistema orgânico do ordenamento, o seu clima, se nos é permitida a expressão, traduz o bordão mais seguro que pode encontrar-se para determinar se uma norma é ou não de interesse e ordem

---

(1) Roberto de Ruggiero, *Instituições do Direito Civil*, Lisboa, 1934, Vol. I, pág. 62. Veja-se Prof. Doutor Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, Coimbra, 1932, 1.º vol., pág. 30, e René Savatier, *Cours de Droit Civil*, Paris, 1949, Tomo II, pág. 72.

pública. Aqueles domínios do direito que se situam além da ordem pública constituem o que alguns chamam o direito elástico, e pode ser afastado pela vontade das partes.

b) Se o sistema orgânico do ordenamento é o critério mais seguro para determinar a natureza elástica ou dispositiva do preceito ou a sua natureza imperativa, todos reconhecem que no direito privado são exceções os efeitos do negócio jurídico que pertencem ao direito imperativo. A grande maioria dos efeitos que a lei prevê neste domínio corresponde ao que se reputa a vontade média das pessoas em relações do tipo regulado, e podem ser afastados ou substituídos pela vontade das partes.

Como diz Andreas von Thur, contrapondo-o ao direito público, «o direito das obrigações, pelo contrário, só excepcionalmente compreende normas imperativas para proteger o contraente mais débil pela sua situação social ou económica» (1).

c) A regra geral do sistema é assim o primeiro critério para averiguar a natureza imperativa ou dispositiva de um preceito, e daqui já podemos avançar que a presunção, no que respeita aos discutidos art.ºs 19.º e 12.º, § 1.º, da Lei de 11 de Abril de 1901, é no sentido de que se trata de um preceito dispositivo.

Devemos todavia aferir esta conclusão, seguindo os ensinamentos de von Thur, pelo exame da finalidade do preceito e, depois, pelo teor da redacção.

O referido autor, dos poucos que, além de caracterizar os efeitos da violação das normas de ordem pública, procura formular critérios práticos de investigação, diz que as «normas imperativas têm geralmente o fim de defender a parte que a lei considera mais fraco, sob o ponto de vista social ou económico» (2).

Não pode duvidar-se da justeza deste critério mesmo em face do direito português, onde tem actuado de maneira evidente em largos domínios quase inteiramente tornados imperativos, designadamente no direito do trabalho.

Ora, o que nos diz a doutrina sobre o direito de excluir um asso-

---

(1) Andreas von Thur, Derecho Civil, Buenos Ayres, 1947, Vol. I, tomo 1, pág. 43.

(2) von Thur, Lug. cit., Vol. II, tomo 1, pág. 184, nota 129.

ciado, circunstância a que os preceitos discutidos ligam a perda da quota, é que se trata de matéria deixada à livre disposição das pessoas.

E embora se encontrem queixas no sentido de as leis não prevenirem tal circunstância, não se invocaram nunca quaisquer razões de inferioridade económica ou social da sociedade em face dos sócios, nem se vê como poderiam ser invocadas. Todas as razões apontadas assentam no usual esquecimento do problema ao constituir a sociedade, na conveniência da sociedade defender o seu bom nome ou crédito em face de um sócio tornado inconveniente, ou na necessidade da convivência pacífica dos associados; mas isto é matéria que em nada se liga ao interesse público (1).

O Prof. Doutor José Tavares escreveu dever ter-se em vista que «assim como as condições necessárias para se decretar a exclusão de um sócio, também os seus efeitos jurídicos podem à vontade dos sócios ser diferentemente regulados no contrato social» (2). E se o pensamento do ilustre professor tem dado lugar a dúvidas precisamente pelo que toca às sociedades por quotas, parece-nos que elas devem cessar perante a consideração de que se é livre a convenção das condições em que pode ser admitido um sócio, também deve ser livre convencionar as condições em que deve ser excluído (3).

Finalmente a redacção do § 1.º do art.º 12.º da Lei das sociedades por quotas, em confronto com a redacção de muitos outros dos seus preceitos, mostra que se trata de uma norma dispositiva. O Dr. Santos Lourenço, conclui assim: «Não é esta exclusão uma pena que a sociedade seja obrigada a impor, mas uma faculdade que a lei confere, visto que, só ela pode julgar conveniente conservar o sócio

(1) Lyon-Caen — L. Renault, *Traité de Droit Commercial*, Paris, 1908, Vol. II, 1.ª parte, pág. 294.

(2) Dr. José Tavares, *Sociedade e Empresas comerciais*, Coimbra, 1924, pág. 607.

(3) Depois de estruturar a doutrina transcrita, o referido Prof. José Tavares diz que «também os efeitos da exclusão, nas sociedades por quotas, estão especialmente declarados nos art.ºs 12.º e seguintes da Lei de 11 de Abril de 1901». Nesta passagem se têm radicado as dúvidas sobre a sua opinião. Mas deve observar-se que ele se refere aos *efeitos da exclusão* sem em nenhum lado pôr em dúvida a natureza dispositiva das normas que se referem ao próprio *direito de exclusão*.

remisso. Isto se infere do emprego da palavra *poderá*» (1). Na verdade parece poder afirmar-se que este é o critério formal mais comum na Lei das sociedades por quotas para evidenciar a natureza dispositiva das normas. O valor do critério formal é reconhecido pela doutrina, designadamente quando von Thur escreve: «Por outro lado, o carácter derogável do direito resulta de expressões como «em caso de dúvida» ou «à falta de disposição contrária» (2).

Parece-nos por consequência que podemos concluir seguramente pela natureza dispositiva dos preceitos da Lei das sociedades por quotas que se referem à exclusão do sócio remisso.

Sendo assim, e de acordo com as conclusões fixadas no número anterior, as penalidades que prevêem não podem ser aplicadas ao falido.

4. Para quem admitisse que a solução deveria variar conforme o preceito suplectivo estivesse ou não transcrito no contrato, teria interesse discutir o valor das referências à lei que se encontram frequentemente nos pactos sociais, onde é vulgar escrever expressões como esta: «a sociedade rege-se por este pacto, pela Lei de 11 de Abril de 1901 e mais legislação aplicável».

É evidente que tal cláusula nenhum valor pode ter em relação aos preceitos imperativos, mas deverá ou não entender-se que constitui uma forma de incorporação dos preceitos suplectivos da lei referenciada?

Dir-se-á que, se este sistema de incorporação por referência é usado pela própria lei, designadamente quando se apropria de conceitos de conteúdo cultural, nenhuma razão há para não reconhecer idêntica eficácia a fórmulas semelhantes empregadas em actos privados com referência à lei. Pode acrescentar-se que as pessoas, antes de elaborarem um contrato, se informam do sistema jurídico, afastam o que lhes não convém, valendo no silêncio as disposições suplectivas; quando não há silêncio, mas expressa referência, como no caso, tal deve entender-se como significando que se incorporam as disposições suplectivas, que se não tem vontade de afastar qualquer delas. Tal

---

(1) Lug. cit., vol. I, pág. 201.

(2) Von Thur, lug. cit., Vol. I, tomo 1, pág. 44.



interpretação impõe ainda como consequência entender-se que não teria qualquer valor a posterior mudança da lei, porque a incorporação feita pelo contrato fixara para todo o tempo da sua vigência o direito suplectivo.

Todavia, salvo expressa referência, inequívoca segundo as regras de interpretação que se adoptarem, não pode em princípio admitir-se que esta interpretação seja exacta. Admitimos que contra tal interpretação se não possa invocar o argumento que consistiria em qualificar as cláusulas do tipo mencionado como «cláusulas de estilo», em nada reveladoras de uma vontade existente nos contraentes, pela razão decisiva, mas apenas, acidentalmente, neste domínio dos pactos sociais, de se exigir a intervenção de um oficial público que tem por obrigação explicar às partes tudo o que se encontra no contrato (1). Esta exigência legal parece-nos afastar a possibilidade da existência de cláusulas de estilo, com o significado que assim se lhes atribuiu, nos actos em que intervier um oficial público. Mas supomês também que o intuito das cláusulas do tipo mencionado é precisamente o de significar que nada mais foi convencionado entre os contraentes, em tudo se sujeitando ao regime legal, incluindo as alterações que posteriormente se verifiquem.

ADRIANO MOREIRA

---

(1) Paul Durant, *Conventions d'irresponsabilité*, Paris, 1932, *passim*.