

Publicação disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/e2d6b2a56b5e/>

A SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA NO ÂMBITO DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE ATIVIDADE BANCÁRIA

ANTÓNIO BARROSO RODRIGUES

REVISTA DE DIREITO FINANCEIRO E DOS MERCADOS DE CAPITALIS, VOL. 3 (2021), NO. 10, 13-43



ANTÓNIO BARROSO RODRIGUES
Assistente Convidado da FDUL. Investigador do CIDP

A sanção pecuniária compulsória no âmbito do anteprojeto do Código de Atividade Bancária

Periodic penalty payments within the preliminar draft of the Banking Code Activity

RESUMO: O presente estudo debruça-se sobre as novas medidas pecuniárias compulsórias previstas no âmbito do anteprojeto do Código da Atividade Bancária, cuja competência de aplicação é atribuída ao Banco de Portugal, ao Fundo de Garantia de Depósitos e ao Fundo de Resolução, para efeitos de supervisão, resolução e garantia de depósitos. A adequação desta figura é analisada por contraposição à sanção pecuniária compulsória, tal como esta se encontra atualmente prevista.

Palavras-chave: (i) sanção pecuniária compulsória; (ii) medida pecuniária compulsória; (iii) medidas compulsórias; (iv) coerção ao cumprimento

ABSTRACT: *This study focuses on the new compulsory monetary measures included in the preliminary draft of the Banking Activity Code, applied by the Bank of Portugal, the Deposit Guarantee Fund, and the Resolution Fund, within the purpose of supervision, resolution, and deposit guarantee, respectively. The pertinence of this figure is analysed by contrast to the periodic penalty payment as the latter is currently established.*

Keywords: (i) periodic penalty payment; (ii) compulsory monetary measure; (iii) compulsory measure; (iv) performance enforcement

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais; sequência. 2. A origem juscivilística da sanção pecuniária compulsória e os seus aspetos fundamentais. 3. Medidas compulsórias no âmbito do modelo de supervisão, resolução e garantia de depósitos no anteprojecto do Código de Atividade Bancária. 4. Nota final.

1. Considerações gerais; sequência

I. O Banco de Portugal colocou em consulta pública (n.º 6/2020) o Anteprojecto do Código da Atividade Bancária (ACAB) no qual se revê o regime jurídico aplicável à atividade bancária, substituindo o atual regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro). Neste anteprojecto atribui-se ao Banco de Portugal o poder de aplicação de *medidas* pecuniárias compulsórias de forma inovadora, para efeitos de supervisão (258.º), quer no âmbito da resolução e da garantia de depósitos (373.º e 410.º, respetivamente) – nestes últimos dois casos conjuntamente com o Fundo de Garantia de Depósitos e com o Fundo de Resolução.

Cumpre, feito este enquadramento, verificar a aptidão desta figura para a satisfação do propósito de se conceder maior robustez ao sistema bancário. Para tal, importa conhecer a *sanção pecuniária compulsória* tal como se encontra, hoje, consagrada no nosso ordenamento. A identificação dos seus contornos é, nesta medida, o ponto prévio necessário à formulação do juízo final de adequação desta novidade no contexto do Código da Atividade Bancária proposto.

2. A origem juscivilística da sanção pecuniária compulsória e os seus aspetos fundamentais

II. A sanção pecuniária compulsória (doravante, s.p.c.)¹ encontra-se bem estabelecida no plano juscivilístico. A figura foi aco-

¹ Entre nós destaca-se a monografia fundamental de João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Dissertação para exame do curso de pós-graduação em ciências jurídico-civis na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra (1987).

lhida de forma inovadora no nosso Código Civil na década de 80, mediante o aditamento de um novo artigo (829.º-A) pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho, inspirada na *astreinte* francesa².

Do mesmo Autor, v., ainda, *Sanção pecuniária compulsória (artigo 829.º-A do Código Civil)*, BMJ, 359, outubro (1986), 39-126, e *Processo executivo e sanção pecuniária compulsória*, O Direito, Ano 127, 1995, I-II, (Janeiro-Junho), 243-253. Cumpre destacar ainda os estudos de António Pinto Monteiro, *A pena e o dano*, Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. II, Almedina: Coimbra (2012), 659-679, *Cláusula penal e comportamento abusivo do credor*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II, 2008, Coimbra, 501-521, *Inflação e Direito Civil*, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia, Coimbra (1984), *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade*, 3.ª reimp., Almedina: Coimbra (2020), 135-149 e 200-206, e *Sobre o controlo da cláusula penal*, in comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, vol. III, Coimbra (2007), 189-208, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.ª ed., Almedina: Coimbra (2010), 149-55, Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, II – Obrigações, reimp., Almedina: Lisboa (2019), 313-17, Fernando Augusto Cunha de Sá, *Modo de Extinção das Obrigações*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, I volume, Direito privado e vária, Coimbra (2002), 171-263, Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2014), 448-49, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina: Coimbra (2019), 1063-70, Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, II, AAFDL: Lisboa (1999), 462-464, *Embargos de terceiro, reintegração de trabalhador e sanções pecuniárias compulsórias* – anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de novembro de 1998, ROA, ano 58, Vol. III, Dez. 1998, 1209-1232 e *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., Almedina: Lisboa (2019), 519-533, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, II, 12.ª ed., Almedina: Lisboa (2019), 281-294, Pedro de Albuquerque, *O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio «nemo ad factum cogi potes»*. *Providência Cautelar, sanção Pecuniária Compulsória e caução*, Estudos em honra de Ruy de Albuquerque, Faculdade de Direito da Universidade de Direito, Lisboa (2006), 499-540, Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações – Apontamentos*, 5.ª ed., AAFDL: Lisboa, 250-51, Pereira Coelho, *Obrigações*, Sumário das Lições ao curso de 1966-1967, Coimbra (1967), 226-240, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado – Vol. II*, 4.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2011), 102-105, Vaz Serra, *Responsabilidade patrimonial*, Lisboa, separata do BMJ n.º 75, (1958), 20-37 e, recentemente, Inês Ferreira Leite, em *Cláusula Penal e sanção pecuniária compulsória: sanções coativas ou verdadeiras “penas privadas”?*, em Código Civil. Livro do Cinquentenário, Vol. I, Almedina: Coimbra (2019), 635-676.

² Nos termos do article 10.º do *Code civil* lê-se, hoje, «Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu’il en a été légalement requis, peut être contraint d’y satisfaire, au besoin à peine d’astreinte ou d’amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts.» (Aquele que, sem motivo legítimo, incumpra a obrigação a que está legalmente vinculado,

Esta reforma foi, no entanto, alvo de severas críticas, em particular atendendo ao destino da sanção, repartida irmãmente entre o credor e o Estado (n.º 3), sem aparente motivo³. Não obstante, a figura tem sido, desde então, replicada no âmbito de vários diplomas, designadamente⁴:

- a. regime das cláusulas contratuais gerais (artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, na sua redação atual – RCCG);
- b. lei de defesa dos consumidores (artigo 10.º/2 da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, na sua redação atual);

pode ser constrangido a satisfazê-la, se necessário pela pena de *astreint* ou de uma multa civil, sem prejuízo dos danos). Atente-se também ao preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho, que introduziu o preceito (artigo 1.º), no qual se menciona o escopo da reforma: «Autêntica inovação, entre nós, constituem as sanções compulsórias reguladas no artigo 829.º-A. Inspira-se a do n.º 1 desse preceito no modelo francês das *astreintes*, sem todavia menosprezar alguns contributos de outras ordens jurídicas; ficando-se pela coerção patrimonial, evitou-se contudo atribuir-se-lhe um carácter de coerção pessoal (prisão) que poderia ser discutível face às garantias constitucionais.». Sobre o ponto, v. as obras francesas, em geral, de Mazeaud (Henri, Léon et Jean), *Leçons de Droit Civil*, Tome II, Vol. I, Obligations: Théorie Générale, 5.ª ed, Éditions Montchrestie: Paris (1973), 917-926 (v. a respetiva nota de rodapé 940) e, em especial, Kayser, *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, RTDC, tome 53 (1953), 209-246, Yvette Lobin, *L'astreinte en matière civile depuis la loi du 5 juillet 1972*, in Études offertes à Pierre Kayser, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (1979), tome II, 131-153 e Rusquec, *La nature juridique de l'astreinte en matière civile*, Semaine juridique (1993), I, n.º 3699. Entre nós, com referências bibliográficas completas sobre a doutrina e jurisprudência francesa, v. Menezes Cordeiro, *Tratado IX*, cit., 520-23 e Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas*, cit., 199-201 (nota 436).

³ Para Pires de Lima e Antunes Varela a solução é «verdadeiramente estranha e *deplorável*», em *Código Civil Anotado*, II, cit., 105. A repartição do produto da s.p.c. com o Estado foi, aliás, rejeitada pelo legislador francês, ao abrigo da proposta que consagrou a figura naquele ordenamento (Lei n.º 72-626, de 5 de julho de 1972). Contra, Menezes Leitão justifica a solução apelando ao «interesse coletivo de as obrigações serem regularmente cumpridas», em *Direito das Obrigações*, II, cit., 286; também Calvão da Silva defende esta solução, própria do modelo alemão-austríaco, apelando a um fundamento individual e social subjacente e à inexistência de uma função indemnizatória, em *Sanção pecuniária compulsória (art. 829.º-A do Código Civil)*, cit., 39-126 e *Cumprimento e sanção*, cit., § 113, 443-447.

⁴ Cf., também, a Base XXXII das Bases da concessão da Rede Nacional de Transporte de Eletricidade, aprovada como anexo III ao Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, na sua redação atual.

- c. regime jurídico da urbanização e edificação (artigo 112.º/6 do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, na sua redação atual);
- d. Código de Processo nos Tribunais Administrativos (*maxime* artigo 169.º da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, na sua redação atual – CPTA)⁵;
- e. lei das comunicações eletrónicas (artigo 116.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, na sua redação atual);
- f. regime da utilização dos recursos hídricos (artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, na sua redação atual);
- g. Código dos Contratos Públicos (artigo 372.º/4 do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual – CCP);
- h. regime quadro das contraordenações do sector das comunicações (artigo 8.º da Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro, na sua redação atual);
- i. lei que transpõe a Diretiva n.º 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (artigo 15.º-C da Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto);
- j. regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais (artigo 53.º/8 e 9 da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro);
- k. regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio (artigos 8.º, 11.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro, na sua redação atual);
- l. regime jurídico dos jogos e apostas online (artigos 69.º e 82.º do Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril, na sua redação atual);
- m. regime do preço fixo do livro (artigo 18.º-C do Decreto-Lei n.º 176/1996, de 21 de setembro, na sua redação atual);

⁵ V., ainda, os artigos 78.º-A, 95.º/4, 111.º/4, 115.º/4, 127.º/6, 164.º/4, *d*), 168.º/1, 172.º/6, *b*), 176.º/4, 179.º/3 CPTA.

- n. regime da representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e de fiscalização das entidades do setor público empresarial e das empresas cotadas em bolsa (artigo 6.º/5 da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto); e
- o. Código da Propriedade Industrial (artigos 345.º/4 e 349.º/4 do Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro).

A s.p.c. encontra-se prevista no Código Civil no âmbito das formas de *realização coativa da prestação* (817.º a 830.º CC), em particular em sede das formas de *execução específica* (827.º a 830.º CC). Destina-se a tutelar a posição do credor quando não seja possível executar especificamente a obrigação incumprida, *coagindo* o devedor a realizar a prestação. Como é sabido, a execução específica força o cumprimento, respeitando o limite *pessoal* que proíbe a coação física do devedor a fazê-lo (*nemo ad factum cogi potest*)⁶. Com base neste limite, resta a tutela *patrimonial* do credor perante a recusa do devedor em cumprir. Nestes termos, a execução específica implica nas prestações de *coisa determinada* a entrega do bem, em execução, ao credor (827.º CC), nas *fungíveis de facto positivo* a realização da prestação por terceiro à custa do devedor (828.º CC) ou a sua substituição por uma sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso (830.º/1 CC), e, por fim, nas prestações *fungíveis de facto negativo* a demolição da obra, quando seja este o caso, à custa do devedor (829.º/1 CC). Ora, o limite da patrimonialidade dos mecanismos da *execução específica* ao cumprimento acarreta, no entanto, que se negue esta possibilidade quanto às prestações *infungíveis*: nestas a prestação é apenas realizável pelo devedor inadimplente e a sua recusa é patrimonialmente incontornável para efeitos de *cumprimento*; tendo o credor, em todo o caso, a tutela indemnizatória (798.º) à sua disposição.

⁶ (Ninguém pode ser coagido a um ato); cf., quanto ao alcance do brocardo, Pedro de Albuquerque, *O direito ao cumprimento*, cit., 514 e ss e Menezes Cordeiro, *Embargos de terceiro*, cit., 1224. Sobre a evolução das sanções pessoais romanas, incluindo a pena de morte do devedor à luz das XII Tábuas, v., ainda, M. Radin, *Secare Partis: The Early Roman Law of Execution against a Debtor*, *The American Journal of Philology*, Vol. 43, No. 1, John Hopkins University Press: Baltimore (1922), 32-48.

Por via sucedânea, a s.p.c. coage o devedor adstrito à realização de uma prestação *infungível* a cumprir: até àquele momento (do cumprimento) o devedor é penalizado através da constituição de uma nova obrigação pecuniária, em valor crescente, proporcional ao atraso. Note-se que a s.p.c. não se confunde, nos termos enunciados, com a execução específica mencionada, porquanto o cumprimento daquela não implica a realização da prestação; ou seja, é possível liquidar a s.p.c. e não cumprir a prestação. Por outro lado, como veremos, a s.p.c. não atende aos prejuízos sofridos pelo credor, sendo livremente cumulável com a indemnização (legal ou convencional) a que haja lugar⁷. A localização sistemática da s.p.c. no âmbito dos preceitos referentes à execução específica, com a qual não se confunde, foi, nesta medida, profundamente infeliz⁸.

Em todo o caso, a s.p.c. reúne um conjunto de características que obrigam a reconhecer a sua individualidade no contexto obrigacional, nomeadamente em sede do respetivo (i) *âmbito*, (ii) *fonte*, (iii) *objeto* e (iv) *regime*. Como indicámos, a identificação destes sinais distintivos é essencial à compreensão da adequação da figura noutros campos, tal como no Direito Bancário, em análise. Vejamos então, sumariamente, estes aspetos.

i. âmbito. Em primeiro lugar, a s.p.c. (judicial) tem um escopo de aplicação reduzido no universo das prestações em falta: por um lado, incide somente sobre prestações (1) *de facto* (e não de coisa⁹),

⁷ V. STJ 9-mai.-2012 (Araújo Barros), proc. n.º 02B666, disponível em www.dgsi.pt, onde se esclareceu que «a sanção pecuniária compulsória não é medida executiva ou via de execução da condenação principal do devedor a cumprir a obrigação que devia.»

⁸ Expressando também esta preocupação, v. Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção*, cit., § 104, 407-410 e Menezes Cordeiro, *Tratado IX*, cit., 519. Para estes A. seria preferível a previsão alternativa da figura no âmbito dos artigos 817.º a 826.º, em sede da realização coativa da prestação em geral.

⁹ Alguma jurisprudência admite, entre nós, a extensão da figura às prestações de coisa. Sem prejuízo da contradição manifesta ao texto legal (para nós, inultrapassável), o propósito é meritório: visa-se contornar as insuficiências deste âmbito de aplicação com vista, por exemplo, a assegurar a medida cautelar de restituição provisória da posse – cf. RPt 12-set.-2011 (Mendes Coelho), proc. n.º 83/11. Ensaia-se, aliás, também a extensão desta figura a outros planos, tal como o da arbitragem, cfr. Maria Catarina Borges, *A aplicação da*

(2) *infungíveis* (767.º/2 CC), e (3), em novo grau, abrange naquele universo, já em si restrito, as prestações que não exijam *especiais qualidades científicas ou artísticas* do obrigado (829.º-A/1)¹⁰.

Importa sublinhar este aspeto. O apuramento da *fungibilidade da prestação* (de facto) – a qual não se confunde com a fungibilidade da coisa (207.º), objeto eventual da prestação com essa natureza – decorre, por qualificação legal direta, de *convenção expressa* entre as partes ou quando o cumprimento por terceiro prejudique o *interesse do credor* (767.º/2). A *infungibilidade* reporta-se, assim, simplesmente ao apuramento *de quem* pode realizar a prestação, circunscrita à pessoa do devedor, mediante acordo neste sentido ou conquanto a sua substituição prejudique o credor. O âmbito de aplicação do artigo 829.º-A respeitou esta natureza embora tenha comprometido a antiga linha liberal de incoercibilidade de prestações infungíveis, tal como resulta da leitura conjunta dos artigos 828.º, 829.º e 830.º¹¹.

Por outro lado, a s.p.c. (legal) abrange também as *obrigações pecuniárias* incumpridas desde o momento do trânsito em julgado da respetiva decisão (829.º-A/4 CC), decorrente da lei, em termos imediatos. Veremos posteriormente este aspeto em maior detalhe.

Em ambos os casos, a s.p.c. depende da verificação de um incumprimento temporário, não abrangendo – sob pena de se impossibilitar a satisfação do seu propósito coercitivo – as obrigações incumpridas *definitivamente* (em sentido estrito ou legalmente equiparadas, tal

sanção pecuniária compulsória por tribunais arbitrais portugueses, Dissertação de mestrado em ciências jurídicas forenses (Lisboa), 2017. Sobre outros casos de extensão do âmbito de aplicação da figura, v. Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção*, cit., § 126, 502-506. É curiosa a solução do ordenamento brasileiro na qual se aplica a sanção a qualquer prestação, incluindo as de facto *fungível* ou as de coisa (sem dependência de condenação judicial) – cf. artigo 411.º do Código Civil brasileiro.

¹⁰ Pires de Lima e Antunes Varela levantam reservas à presente restrição, mencionando «não se compreende facilmente por que razão devam estar isentos deste *específico instrumento de coerção*, que são as sanções pecuniárias compulsórias, os *monstros sagrados* da área científica ou artística, e apenas eles», *Código Civil Anotado*, II, cit., 104.

¹¹ Sendo, também por este motivo, alvo de pesadas críticas. Neste sentido, v. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, cit., 102-103.

como sucede em caso de impossibilidade, 801.º/1 CC)¹². O presente traduz que a convalidação da mora da obrigação que lhe subjaz em incumprimento definitivo (p.ex. em caso de perda de interesse do credor em caso de incumprimento do prazo admonitório entretanto estipulado – 808.º – ou, ainda, em determinados casos, mediante uma declaração antecipada de incumprimento) retira supervenientemente fundamento à aplicação da figura, extinguindo-a, necessariamente¹³. Por outras palavras, a s.p.c. depende da possibilidade de *cumprimento* da obrigação a cujo inadimplemento se reporta¹⁴, mas é, ainda assim, independente deste¹⁵. Discute-se, por fim, se a sua aplicação depende de culpa do devedor¹⁶, embora a resposta seja claramente positiva: não se justifica apelar à necessidade de *coerção* ao cumprimento de um devedor que por ausência de culpa (v.g. *erro*, *perturbação* ou *medo não culposo* e em caso de *desculpabilidade*¹⁷) não realiza a prestação

¹² Anotação de Ana Prata em *Código Civil Anotado*, Vol. I, coord. Ana Prata, Almedina: Coimbra (2017), 1043.

¹³ *ibidem*.

¹⁴ Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas*, cit., 204.

¹⁵ Assim, adere-se ao entendimento de Pinto Monteiro. O A. defende que se a cláusula de exclusão de responsabilidade não desobriga o devedor de cumprir (sendo sempre admissível a execução específica da obrigação) permite-se, por *maioria de razão*, ao credor requerer a fixação da s.p.c. ainda que haja excluído legitimamente a responsabilidade pelo inadimplemento, em *Cláusulas Limitativas*, cit., 204. A s.p.c. é, também por este exemplo, independente da exclusão da responsabilidade pelo incumprimento. Por outro lado, aquela impossibilidade não produz efeitos retroativos, eliminando a s.p.c. devida até esse momento. Neste sentido, andou bem o STJ quando decidiu no seu ac. de 19-set.-2019 (Maria João Vaz Tomé), que o pedido do exequente em sede executiva de prestação por outrem, que não o executado, tendo este sido condenado na fase declarativa no pagamento da s.p.c. «não é teleologicamente compatível com a pretensão do pagamento da quantia devida como sanção pecuniária compulsória», ressalvando-se, todavia, «o período que medeia entre o termo do prazo judicialmente fixado para a realização da prestação pelos Recorridos e a data da instauração da ação executiva, do requerimento da prestação por outrem.», porquanto, prossegue o douto Tribunal, «o requerimento da prestação por outrem apenas faz cessar os efeitos da sanção pecuniária compulsória para o futuro, não para o passado.» (proc. n.º 939/14).

¹⁶ Em sentido afirmativo, v. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., 1067 e Menezes Cordeiro, *Embargos de terceiro*, cit., 1228-1229.

¹⁷ Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina: Lisboa (1999), 341-354.

a que se encontra adstrito. Como visto, a s.p.c. justifica-se na medida em que exista uma *recusa, resistência, oposição* injustificada do devedor em não cumprir, o que pressupõe também um desvalor subjetivo da conduta do inadimplente. Neste sentido, aplaude-se a solução constante do artigo 333.º/1 do Código Civil de Macau, no qual se prevê a necessidade de o atraso ou da infração inerente à aptidão da figura ser culposo, embora com culpa presumida.

ii. fonte. A obrigação pecuniária, objeto da s.p.c., encontra-se subtraída à disponibilidade das partes, sendo *fixada* judicialmente ou decorrendo diretamente (em termos *imediatos*) da lei (cf. n.ºs 1 e 4 do artigo 829.º-A CC, respetivamente).

Importa, portanto, sindicar a s.p.c. prevista no nosso Código Civil, atendendo à bifurcação quanto à respetiva fonte, aspeto que não resulta suficientemente claro da nossa doutrina¹⁸:

- a. s.p.c. fixada judicialmente (n.º 1); e
- b. s.p.c. decorrente da lei, em termos *imediatos* (n.º 4).

a. Em primeiro lugar, surge a s.p.c. fixada a final pelo tribunal, também dita de *judicial*. A sua fonte é, tal como o nome indica, a decisão judicial que condene o devedor ao respetivo cumprimento. O impulso inicial depende, em todo o caso, de *requerimento* do credor, não sendo, portanto, de conhecimento officioso. Este pedido, pode, aliás, ser realizado até ao encerramento da discussão em primeira instância (265.º/4 CPC), mediante ampliação do pedido inicial – admite-se inclusivamente a sua fixação, quando *judicial*¹⁹,

¹⁸ No bom sentido v. a explicação de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., 1068, Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, cit., 526-30 e Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, II, cit., 315-16. Na jurisprudência, confira-se a distinção constante dos recentes acs. do STJ 12-set.-2019 (Tomé Gomes), proc. n.º 8052/11, e de 13-nov.-2019 (António Leones Dantes), proc. n.º 4946/05, ambos disponíveis em www.dgsi.pt. Por fim, resulta clarividente do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho, a distinção *supra* mencionada, quanto à fonte (§5).

¹⁹ Porquanto a s.p.c. legal depende de uma condenação judicial anterior, inexistente no âmbito cautelar. Neste sentido, José Lebre de Freitas/Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. II, 4.ª ed., Almedina: Coimbra (2019), 26.

em sede *cautelar*, na medida em que seja adequada a assegurar a efetividade da providência decretada (365.º/1 CPC).

Com base na bifurcação de regime constante nos números 2 e 3 do artigo 829.º-A CC, nada obsta à sua revisão oficiosa, ou que as partes convençionem o *quantum* da s.p.c. devido a fixar pelo tribunal (ou requeiram a sua revisão, claro está), com base na condenação judicial (por cada dia de atraso ou por cada infração) porquanto esta vertente não se encontra subtraída à disponibilidade das partes. O montante fixado pode também ser revisto (por requerimento) mediante a alteração das circunstâncias que presidiram à sua fixação, em obediência aos critérios de razoabilidade (829.º-A/2 CC). Consagra-se, assim, uma *astreinte* de tipo provisório, e não definitivo (com base na classificação própria do modelo francês²⁰). Este é, aliás, o entendimento conforme à regra da disponibilidade do objeto processual (1249.º CC)²¹.

²⁰ Note-se que contra o entendimento expresso pronuncia-se a generalidade da doutrina. Almeida Costa entende tratar-se de uma *astreinte* de tipo definitivo, em *Direito das Obrigações*, cit., 1067 e respetiva nota 1; também Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas*, cit., 202 (nota 437) e Calvão da Silva, *Sanção pecuniária compulsória (artigo 829.º-A do Código Civil)*, cit., 39-126 (91-92) e em *Cumprimento e sanção*, cit., § 111, 434-438 acompanham a natureza definitiva da s.p.c., presentemente criticada. No sentido do texto, recentemente, v. Inês Ferreira Leite, *Cláusula Penal*, cit., 672.

²¹ Não tem, portanto, cabimento a afirmação de que (i) o número 2 regula a *fixação* judicial (apenas) da s.p.c. prevista no número anterior. Este número não distingue se a fixação realizada segundo critérios de razoabilidade é *somente* judicial ou *também* (como nos parece) convencional (*ubi lex non distinguiti, neque interpres distinguere potest*); ponto que justifica a sua autonomia face ao número anterior. Por outro lado, rejeita-se a crítica (ii) de um tal acordo entre os contraentes não pode prejudicar a posição do Estado, enquanto beneficiário do produto da s.p.c. (n.º 3). Sobre este último aspeto, cumpre referir que o Estado é apenas beneficiário do produto da s.p.c., e não é parte (credor ou devedor) no vínculo obrigacional, o qual não fica subtraído à disponibilidade das partes, permitindo-se, assim, que estas influenciem (indiretamente) o benefício atribuído ao Estado; por outro lado, até ao momento da fixação inicial da s.p.c. (pelo tribunal) o Estado não pode legitimamente contar com qualquer benefício. Aliás, este momento prévio à atribuição de qualquer benefício ao Estado, não se confunde com o posterior (onde a crítica seria pertinente) da eventual modificação da s.p.c. que o beneficie. Contra, Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção*, cit., § 113, 443-447. Em todo o caso, os critérios de razoabilidade impõem a necessidade de revisão da decisão judicial. Sobre este ponto, no plano geral da responsabilidade, v. Paula Costa e Silva/Nuno

b. Em segundo lugar, cumpre distinguir a s.c.p. que decorre da lei em termos *immediatos*, também denominada de s.p.c. *legal*. Para tal, dispõe o n.º 4 do artigo 829.º-A CC que se a obrigação incumprida tiver por objeto o pagamento em dinheiro corrente (550.º), são também *automaticamente* devidos juros à taxa de cinco por cento ao ano. Não se abrange, todavia, qualquer incumprimento temporário das obrigações pecuniárias: o preceito visa apenas o incumprimento da obrigação pecuniária (convencional ou judicial) em que o devedor *haja sido condenado a cumprir por sentença transitada em julgado*²². Neste caso, o incumprimento da obrigação pecuniária, seu pressuposto, é agravado pelo *desrespeito* simultâneo da decisão judicial que o haja condenado a cumprir. Aliás, na família jurídica de *Common-Law* surge, para estes casos, a figura do *contempt of Court*, tanto na vertente civil como penal.

Por este motivo no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho, apela-se a «uma dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis.» (§5).

Assim, desde a data do trânsito em julgado daquela decisão é fixada uma nova obrigação pecuniária pela s.p.c., dita *legal*. De notar que esta s.p.c. é livremente cumulável com os juros de mora ou outra indemnização a que haja lugar (829.º/4, parte final CC), mas não com a s.p.c. prevista no primeiro número. O que se explica facilmente já que a s.p.c. *judicial* tem por objeto prestações *de facto* infungíveis e esta, *legal*, prestações *de coisa*, sendo referente exclusivamente a obrigações pecuniárias. As figuras, ao pressupo-

Trigo dos Reis, *Estabilidade e caso julgado no direito da obrigação de indemnizar*, Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Vol. II, Almedina: Coimbra (2012), 287-325.

²² Para Pires de Lima e Antunes Varela o número 4 deve ser alvo de uma interpretação restritiva e aplicar-se apenas «às cláusulas penais fixadas em dinheiro e às sanções penais compulsórias decretadas pelo tribunal», em *Código Civil Anotado*, II, cit., 105.

rem o incumprimento de prestações distintas, não se aplicam em simultâneo²³.

Esta segunda fonte suscita, por outro lado, novas reservas quanto à adequação legística em sede de previsão do Código Civil: não sendo uma forma de execução específica e ao reportar-se também ao incumprimento da decisão judicial, deveria ter sido prevista no nosso Código de Processo Civil, tal como sucedia no regime antigo²⁴ ou como sucede atualmente na nossa jurisdição administrativa (*maxime* artigo 169.º CPTA) ou, por sinal, acompanhando o modelo francês (das ditas *astreintes légales*²⁵), onde nos inspirámos²⁶.

Cumpre, em todo o caso, determinar se a s.p.c. *judicial* é fixável exclusivamente na fase declarativa, ou se, ao invés, ainda abrange

²³ Contra, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, cit., 105, admitem a sobreposição no caso em que s.p.c. legal (n.º 4) seja devida pela falta de pagamento da s.p.c. judicial (n.º 1). Não entendemos, todavia, ser este o espírito da lei. A cumulação da s.p.c. é compatível com a indemnização a que haja lugar (n.º 2), apenas. Em todo o caso, admitindo-se esta cumulação não existe, segundo aquele entendimento, qualquer limitação à cumulação *ad eternum* do incumprimento das s.p.c. legais. O que se revela inadmissível. Esta preocupação subjaz, aliás, à previsão macaense da impossibilidade de aplicação da sanção pecuniária compulsória (judicial) com a cláusula penal compulsória (799.º/1 CCm) com os mesmos fins (333.º/4 CCm). No sentido do texto, v. Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção*, cit., § 115, 452-459, e em *Sanção pecuniária compulsória (artigo 829.º-A do Código Civil)*, cit., 103-104.

²⁴ Apelando a esta solução v., por todos, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., 1066 (nota 1). Pois bem, foi esta a sede da previsão da antiga prisão por dívidas, removida do nosso ordenamento com a reforma do processo civil de 1977. Permanecem, contudo, resquícios no nosso sistema, tal como na violação da obrigação de alimentos (250.º CP); veja-se, ainda, a sua manutenção noutros ordenamentos, em particular atendendo ao incumprimento da decisão judicial, tal como as sanções pessoais que implicam no âmbito civil, a final (seguida, por regra, à falta de pagamento de multa), a *pena de prisão civil* no direito alemão (§ 888 e 890 ZPO) (*Zwangshaft* e *Ordnungshaft*). Cf., Mota Pinto, em *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2005) e Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção*, cit., 380-382.

²⁵ Cf. L.131 a L. 141-4, L. 421-1 e L. 421-2, e R. 131-1 a R.131-4 do *Code des procédures civiles d'exécution*.

²⁶ Deteta-se, aliás, entre nós uma nova s.p.c. *legal*, prevista em sede das diligências subsequentes à penhora (750.º/1 CPC), perante a omissão ou falta declaração por parte do executado quanto aos bens indicados à penhora, embora com importância marginal quando comparada à do incumprimento da decisão judicial condenatória (829.º-A/4 CC).

a eventual fase posterior, executiva. Naturalmente que o problema não se coloca quanto à s.p.c. *legal*, a qual se constitui automaticamente desde o momento do trânsito em julgado da decisão judicial, como veremos.

A s.p.c. *legal* (829.º-A/4 CC) não carece, em sede executiva, do impulso processual do exequente, integrando *automaticamente* o objeto da execução, a par da prestação e dos juros devidos (716.º/3 CPC), a liquidar pelo agente de execução²⁷. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu no seu acórdão de 12.09.2019 (TOMÉ GOMES) não ser aplicável o artigo 868.º/1 CPC, parte final, à s.p.c. *legal*, prevista no número 4 do artigo 829.º-A CC²⁸.

Focar-nos-emos, então, na possibilidade de fixação da s.p.c. *judicial* na fase executiva. Pois bem, não resta, hoje, espaço para dúvidas: a resposta é-nos facultada diretamente pelo legislador, o qual previu expressamente a possibilidade na petição executiva de

²⁷ Neste sentido, os acs. RPt 8-nov.-2016, (Manuel Capelo), proc. n.º 38/06, e, recentemente, 6-fev.-2020 (Paulo Duarte Teixeira), proc. n.º 708/14, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁸ Proc. n.º 8052/11, disponível em www.dgsi.pt. Afirmou o douto Tribunal: «Em sede de execução de sentença transitada em julgado que condene o devedor no pagamento de prestação pecuniária (...) a correspondente sanção pecuniária compulsória devida por imposição do n.º 4 do artigo 829.º do CC deve ser liquidada a final pelo agente de execução, independentemente de tal ser requerido pelo exequente, nomeadamente no requerimento executivo.», e, ainda, «a norma especial constante do artigo 868.º, n.º 1, parte final, do CPC a determinar o impulso processual do exequente para a aplicação de sanção pecuniária compulsória pelo incumprimento de obrigação de prestação de facto infungível, mesmo quando já tenha sido objeto de anterior condenação, não é extensível à cobrança da sanção pecuniária compulsória prevista no n.º 4 do artigo 829.º-A do CC, sujeita, como está, à norma geral prescrita no artigo 716.º, n.º 3, do CPC.», bem como, por fim, «a natureza específica da sanção pecuniária compulsória pelo incumprimento da prestação de facto infungível prescrita no n.º 1 do artigo 829.º, do CC, atentos o casuismo e as razões de equidade com que é fixada, é de molde a gerar controvérsia em sede da sua própria execução, o que bem justifica sujeitá-la ao impulso processual do exequente, de modo a permitir o exercício inicial do contraditório por parte do executado. Porém, tais razões já não militam em sede de aplicação da sanção compulsória legal, que é de fixação taxativa e automática.».

prestação de facto positivo ou negativo (868.º/1 e 876.º/1, c) CPC, respetivamente)²⁹.

Importa, ainda assim, o disposto no artigo 829.º-A/1 CC com os artigos 868.º/1 e 876.º/1, c) CPC, nos seguintes termos: se a s.p.c. *judicial* for fixada na instância executiva, será devida desde o trânsito em julgado da sentença de condenação na fase declarativa, ainda que seja requerida nesta fase posterior. A fixação tem, assim, eficácia *retroativa*, reportando-se ao momento daquela condenação judicial³⁰. Não restam dúvidas quanto à *possibilidade* de fixação da s.p.c. na fase executiva: os preceitos do nosso Código de Processo Civil proíbem outra interpretação, quando se dispõe, com recurso ao vocábulo «fixação», próprio da s.p.c. *judicial*, que o credor pode requerer o «pagamento da quantia devida a título de sanção pecuniária compulsória, em que o devedor tenha sido já condenado ou *cuja fixação o credor pretenda obter no processo executivo*» (sublinhado nosso). Naturalmente que, neste caso, os seus efeitos retroagem ao momento do trânsito em julgado daquela primeira decisão (829.º-A/1 CC). Quanto aos demais títulos executivos, extrajudiciais, a s.p.c. pode ser *fixada ab initio* no processo executivo, sem efeitos retroativos, com base exclusivamente no disposto nos artigos 868.º/1 ou 876.º/1,c) CPC, *in fine*³¹ – trata-se então da s.p.c. *judicial executiva*, por oposição à primeira, *judicial declarativa* – (829.º-A/1 CC).

iii. objeto. A s.p.c. tem por objeto o «pagamento de uma quantia pecuniária» (829.º-A/1 CC), o que consubstancia a constituição de

²⁹ Para Menezes Cordeiro a solução, ao abrigo da lei processual civil prévia era outra, negando-se esta possibilidade, em *Embargos de terceiro*, cit., 1231-1232 e em *Tratado IX*, cit., 52. V., no sentido do texto, José Lebre de Freitas/Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil anotado*, cit., 26.

³⁰ Menezes Cordeiro, *Tratado IX*, cit., 528. O trânsito em julgado da decisão é, nesta medida, o limite mínimo da aplicação da figura – cfr. Calvão da Silva, *Processo Executivo*, cit., 247-249 e Menezes Cordeiro, *Embargos de terceiro*, cit., 1230.

³¹ Neste sentido, Menezes Cordeiro, *Tratado IX*, cit., 529-30; embora não entendamos necessário o apelo a uma «interpretação extensiva (ou por analogia, se fosse necessário)» (*idem*, 530): a aplicação integrada dos preceitos não carece do chamamentos destas ferramentas hermenêuticas à colação.

uma obrigação pecuniária (artigo 550.º e ss CC), por aditamento àquela que preside à obrigação incumprida na s.p.c. legal, como vimos (829.º-A/4 CC). Cumpre, ainda assim, distinguir a fórmula de cálculo do respetivo objeto, atendendo às diferenças existentes na nossa lei (cfr. 829.º-A CC).

Em primeiro lugar, a s.p.c. *judicial* é calculada *qualitativamente* por cada dia de atraso no cumprimento *ou* por cada infração, conforme o que for mais conveniente às circunstâncias do caso (n.º 1), quer *quantitativamente* segundo critérios de *razoabilidade* (n.º 2).

Os critérios de razoabilidade reportam-se à *equidade*³², atendendo a título exemplificativo, de acordo com Pires de Lima e Antunes Varela, à capacidade económica do devedor³³, ou, segundo Ana Prata, ao motivo do atraso, interesse do credor, tipo de prestação³⁴. Acompanha-se, de resto, a solução carreada no escopo da responsabilidade civil para a fixação do *quantum* indemnizatório (v.g. 339.º/2, 489.º/2, 493.º-A/3, 494.º, 496.º/4, 566.º/3, 812.º/1, 1215.º/2), embora a s.p.c. não cumpra a mesma finalidade.

Por sua vez, a fórmula de *cálculo* da s.p.c. *legal* encontra-se previamente liquidada à taxa anual de cinco por cento do montante pecuniário devido³⁵: nestes termos, os critérios de razoabilidade previstos para a s.p.c. *judicial* não lhe são aplicáveis (829.º-A/2). Cumpre, ainda, referir que a liquidez desta s.p.c. não depende da liquidez da obrigação pecuniária a que se reporta, porquanto esta não obsta à mora do agente (805.º/3 CC), nem à sua condenação *judicial*, em termos genéricos (566.º/3, 564.º/4 CC e 609.º/2 CPC). Em caso de condenação genérica do devedor, a s.p.c. *legal* reporta-se

³² Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, cit., 104.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Ana Prata, *Código Civil Anotado* I, cit., 1043.

³⁵ A solução contrária, de resto, a fórmula de cálculo dos juros moratórios correspondentes à indemnização devida nas obrigações pecuniárias (806.º/1), cuja percentagem é determinada por portaria conjunta dos Ministro da Justiça e das Finanças (559.º/1), fixada atualmente (desde 2003) à taxa anual de 4% pelo §1 da Portaria n.º 291/2003, publicada no Diário da República n.º 83/2003, Série I-B, de 8 de abril. Por isso, Almeida Costa afirma ser preferível estoutra solução, em *Direito das Obrigações*, cit., 1068 (nota 2).

ao trânsito em julgado da decisão declarativa, com efeitos retroativos, ainda que a liquidação daquela obrigação seja feita posteriormente (358.º/2 CPC) ou seja fixada em sede executiva (868.º/1 CPC), como visto.

iv. regime. Por fim, quanto ao regime aplicável, a s.p.c. é livremente cumulável com a indemnização a que haja lugar nos termos gerais da responsabilidade obrigacional (798.º e ss), em particular com aquela devida pelo incumprimento temporário, vulgo *mora* (805.º e ss)³⁶. O presente traduz a desobediência da s.p.c. ao princípio indemnizatório. O que que não surpreende, atendendo-se à sua finalidade *coercitiva, compulsória* primária³⁷. Mais: se olharmos à respetiva *ratio*, o *cumprimento* da obrigação e o *pagamento* da s.p.c., em simultâneo, nunca consubstancia um duplo ressarcimento dos danos uma vez que a s.p.c. não se reporta aos prejuízos que o credor efetivamente sofreu com o inadimplemento, nem os ficciona.

A bifurcação da figura, consoante a fonte, entre s.p.c. *judicial* e *legal*, explica, por outro lado, o *destino* da sanção: na primeira variante, perante uma prestação de facto infungível, assume-se puramente uma medida de coerção; todavia, naquela segunda variante, decorrente da lei, automaticamente constituída e previamente determinada, a protelação da situação de incumprimento é agravada pelo desrespeito da decisão judicial, legitimamente emanada, motivo pelo qual não choca que a s.p.c. *legal* seja estabelecida *também* em benefício do Estado. Esta é, aliás, a solução do CPTA (169.º/6³⁸), cujas receitas são exclusivamente consignadas «à dotação anual, inscrita à ordem do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais»³⁹. Cumpriria, assim, sindicar as reali-

³⁶ Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, cit., 449.

³⁷ Neste sentido, v. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, cit., 104, Romano Martinez, *Direito das Obrigações*, cit., 251 e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., 1064.

³⁸ Inclusive na sua redação inicial, anterior à atual, conferida pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 10 de fevereiro.

³⁹ Sobre o tema, veja-se Bruno Carrilho Taboia, *O destinatário da sanção pecuniária compulsória no contencioso administrativo português*, e-Pública [online], Vol. I, n.º 01 (2014).

dades e naquela primeira modalidade (da s.p.c. *judicial*) consagrar os proveitos exclusivamente a favor do credor, sem prejuízo desta segunda vertente⁴⁰.

Pode-se, em todo o caso e como ponto prévio, duvidar se o disposto no número 3 do artigo 829.º-A CC é aplicável à s.p.c. *legal* prevista no número seguinte. Todavia, na omissão lacunar do destino desta sanção, e ainda que a técnica legística decorrente de previsão em número anterior (n.º 2) indicie o contrário, não restam dúvidas quanto à sua aplicabilidade à s.p.c. *legal*: ao atender-se à *ratio* da figura, que censura a desobediência à condenação judicial, a s.p.c. *legal* destina-se, em partes iguais ao credor e ao Estado (neste caso, por nós, sem reparos)⁴¹.

III. A s.p.c. distancia-se, ainda, de outras figuras com as quais apresenta pontos de conexão, designadamente a (a) cláusula penal (810.º CC)⁴², (b) a cláusula de liquidação antecipada de danos, (c) a cláusula de *agravamento* de responsabilidade (não expressamente prevista entre nós), outros (d) meios coativos de realização da prestação, tal como, segundo Pinto Monteiro, a invocação da exceção de

Acessível em Scielo Portugal: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100014 (consultado a 24 de novembro de 2020), 322-336.

⁴⁰ Não se afigura legítima a atribuição *exclusiva* ao Estado do valor da s.p.c. no plano juscivilístico, tal como sucede no modelo alemão e austríaco, os quais encaram este valor, independente da indemnização a que o credor tenha dinheiro, como um enriquecimento injusto deste; sobre esta e outras reservas no pleno comparado, v., ainda Chu Lam lam, *As especificidades do regime da sanção pecuniária compulsória de Macau em relação ao seu correspondente regime em Portugal*, Administração: revista de administração pública de Macau, n.º 67, vol. XVIII, março de 2005, 185-209, 197). Ao invés, estando em causa um vínculo privatístico, o estabelecimento desta sanção, suprimindo as insuficiências do mecanismo da execução específica, deve reverter, por acréscimo à indemnização para o credor. Se o princípio indemnizatório não afasta a responsabilidade civil do inadimplente (cumulando-se), então também não deve ser chamado à colação para se negar o benefício do credor (por acréscimo à indemnização).

⁴¹ Note-se que afastámos a aplicação dos critérios de razoabilidade previstos no número 2 porquanto estes colidem com as regras de quantificação da s.p.c. previstas no número 4.

⁴² Sobre a distinção entre as figuras, v., em especial, Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas*, cit., 135-149 (*maxime* nota 297) e Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14.ª ed. C.H. Beck: Munique (1987), §24, II, 382.

não cumprimento do contrato (428.º CC), o direito de retenção (754.º e ss CC), a acção directa (336.º CC) e a compensação (847.º e ss)⁴³ ou (e) meios preventivos, tal como a *caução* (906.º a 915.º CPC)⁴⁴. O ponto é crítico.

No que respeita à primeira daquelas cláusulas (penal), a sua limitação ao montante dos danos sofridos (811.º/3) restringe a relevância dessa cláusula à *liquidação antecipada de danos* (*Schadensersatzpauschalierung*)⁴⁵ – consumindo, por outro lado, o valor autónomo daquela segunda cláusula (de liquidação antecipada de danos)⁴⁶ – e proíbe a existência, entre nós, de *cláusulas penais compulsórias*, quer de *sanções pecuniárias compulsórias convencionais*⁴⁷. Não restam dúvidas neste ponto: a função compulsória encontra o seu espaço quando seja independente do *quantum* indemnizatório (ainda que *agravante*, i.e. quanto exceda a indemnização) – porquanto esta última restringe-se a tornar *in demne* (sem danos) o credor⁴⁸. Ora, esta possibilidade encontra-se subtraída à disponibilidade das partes desde a reforma de 1983 (cf. artigo 1.º

⁴³ Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas*, cit., 205-206.

⁴⁴ Pedro de Albuquerque, *O direito ao cumprimento*, cit., 528.

⁴⁵ Neste sentido, Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, cit., 439 e Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, II, cit., 313, com notas comparatísticas. Sobre a função concorrente, punitiva (*penalty clause*), sem consagração legal, v. Menezes Leitão, *Direito Das Obrigações*, II, cit., 291-292. Não se adere ao entendimento perfilhado por vários Autores de que a cláusula pode desempenhar uma função *compulsória*, dada a limitação da responsabilidade do obrigado ao prejuízos sofridos, a qual decorre do regime geral. No sentido por nós afastado, v. Mota Pinto, em *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., 590.

⁴⁶ O mesmo não sucede nos ordenamentos que autonomizam a cláusula de liquidação antecipada de danos, tal como a *Schadensersatzpauschalierung* alemã, a *clause de dommages-intérêts* francesa, a *liquidazione convenzionale del danno* italiana. V. Pinto Monteiro, *Cláusula penal*, cit, 506-507. No direito italiano, a figura apenas recentemente foi consagrada (*Legge* n.º 69/2009, de 18 de junho) pelo aditamento do artigo 614.º ao *Código Civile*. Sobre esta nova figura, destaca-se o recente estudo de Alessandro Nascosi, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in italia e in francia – uno estudo comparatistico*, Jovene Editore: Nápoles (2019).

⁴⁷ Contra, Pinto Monteiro, *a pena e o dano*, cit., 673 e 676. No sentido do texto, v. Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção*, cit., § 110, 428-434 e em *Sanção pecuniária compulsória* (*artigo 829.º-A do Código Civil*), cit., 73-82.

⁴⁸ Para Larenz são elementos identificadores da cláusula penal (*Vertragsstrafe*) o facto de esta ter por objeto um montante que excede os danos expectáveis com o inadimplemento

do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho), pela qual se proibiu que a cláusula penal exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal (811.º/3 CC).

O mesmo não sucede noutros ordenamentos, os quais admitem a estipulação de cláusulas *compulsórias*, tal como as *astreintes conventionnelles*⁴⁹ francesas, a *Vertragsstrafen* alemã (§ 339 e ss. BGB⁵⁰), a *boetebeding* holandesa (boek 6, artikel 91 do Código Civil holandês⁵¹), a cláusula penal que se reporte à inexecução de alguma cláusula especial (artigo 411.º do Código Civil brasileiro⁵²) e a *cláusula penal compulsória* macaense (artigo 799.º/1 do Código Civil de Macau⁵³).

ou a existência de um acordo quanto à liquidação do seu montante independentemente da ocorrência de danos, em *Lehrbuch*, cit., §24, II, 383.

⁴⁹ As quais não se confundem com a *clause pénale* (article 1231-5 code Civil), atenta, designadamente à divergência quanto à sua finalidade e uma vez que o valor da *clause pénale* pode ser judicialmente revisto (1231-5, 2§), contrariamente ao da *clause d'astreinte*. V., neste ponto, quanto a estas e outras divergências, o entendimento recente do Tribunal de Cassação francês (CassFr, ch. Civile 2, 3-Sep-2015, proc. n.º 14-20.431) e, ainda, Pierre Raynaud, *La distinction de l'astreinte et des dommages-intérêts dans la jurisprudence française récente*, Mélanges Roger Secrétan, Imprimerie Corbaz: Montreux (1964), 249-263.

⁵⁰ A doutrina alemã é vastíssima. Destacamos, no geral, Larenz, Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., C.H. Beck: Munique (2004), §10, 116, 202-203 (e nota 128) e, em particular, Detlev Fischer, *Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung: eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Vol. 110, A. Metzner: Frankfurt (1981) e Claus Hess, *Die Vertragsstrafe – Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung*, Duncker & Humblot: Berlin (1993), V., ainda, o recente estudo de Uwe Brendler, *Die Vertragsstrafe und ihre Grenzen*, Duncker & Humblot: Berlim (2018).

⁵¹ A qual detém uma dupla função, servindo tanto para indemnizar o dano ou para induzir ao cumprimento (6:91, parte final). Em sentido semelhante veja-se a cláusula penal, quando possa ser exigida em caso de incumprimento, independentemente dos prejuízos sofridos pelo credor; em todo o caso, é discutível se essa função preside à *conventional-straft* austríaca (§ 1336 ABGB) ou à *konventionial-straft* suíça (§ 160C ZGB).

⁵² Em caso de mora, a exigência do cumprimento da obrigação principal, conjuntamente com o pagamento da cláusula penal, não afasta, em regra, a natureza indemnizatória desta. Assim, sucede no nosso ordenamento (811.º/1 CC). A função compulsória ocupa, como visto, um espaço à parte do universo indemnizatório, plano a que esta cláusula penal moratória ainda se sujeitará, em regra. Mais: no direito brasileiro, se esta cláusula penal se situar *aquém* dos danos, o credor não pode exigir indemnização suplementar, salvo convenção em contrário (cfr. artigo 416, § 1); se, ao invés, *exceder* o valor dos danos, cumpre atender

Nestes ordenamentos é, aliás, comum sindicar a *cláusulas* compulsórias (de fonte convencional), já mencionadas, das *sanções* ou *penas* compulsórias (equiparáveis à nossa s.p.c., judicial ou legal), tal como as *astreintes légales* francesas (L.131 a L. 141-4, L. 421-1 e L. 421-2, e R. 131-1 a R.131-4 do *Code des procédures civiles d'exécution*), a *Zwangsgeld* e a *Ordnungsgeld* (para as prestações de facto positivas infungíveis e negativas; cfr. § 888 e 890 ZPO alemão, respetivamente⁵⁴), a *Dwangsom* holandesa (boek 2, artikel 611a e ss do Código de Processo Civil holandês), a *multa* no direito brasileiro (artigo 536.º e 537.º do Código de Processo Civil brasileiro)⁵⁵, a *sanção pecuniária compulsória* macaense (333.º Código Civil de Macau) e a anglo-saxónica figura da *civil contempt of Court*⁵⁶.

ao valor da obrigação principal e ao limite da equidade (412.º e 413.º). Note-se, ainda, que a cláusula penal referente à inexecução completa da obrigação (409.º) é alternativa ao desempenho da obrigação principal (410.º).

⁵³ Cf. Ho Chi Un, *A comparação do regime jurídico da sanção pecuniária compulsória nos Códigos Civis de Portugal e de Macau*, in Revista Administração, Vol. X. 78 (4.º de 2007), dezembro, 1215-1232. Acessível em Imprensa Oficial: <https://bo.io.gov.mo/edicoes/pt/revadm/078/> (consultado a 24 de novembro de 2020), Chu Lam Lam, *As especificidades*, cit., 185-199, Tou Wai Fong, *Os meios compulsórios ao cumprimento previstos no código civil de Macau*, in boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, n.º 8, 1999, 145-157; bem como, por fim, António Katchi, *As penas privadas não negociais no código civil de Macau*, in perspectivas do Direito, n.º 11, Direcção dos serviços de assuntos da justiça (2002), acessível em DSAJ: <https://www.dsaj.gov.mo/> (consultado a 24 de novembro de 2020).

⁵⁴ V., a anotação completa aos §§ 888 e 890 ZPO, em *Münchener Kommentar, Zivilprozessordnung*, 03, §§ 511-945, C.H.Beck: Munique (2007), 2200-2208, (*maxime* III, 2, c) e 2210-2221 (*maxime* III, 3,c).

⁵⁵ No direito brasileiro é possível a estipulação de uma cláusula penal que excede o montante indemnizatório; cf. a análise comparatística de Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, II, cit., 314-317 e de Menezes Cordeiro, *Tratado IX*, cit., 532-533.

⁵⁶ No caso recente *Official Receiver vs. Brown*, em 25-Jan.-2018, o England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 303, confirmou a decisão do High Court, na qual o devedor insolvente (Mr. Brown) foi condenado em pena de prisão em consequência incumprimento reiterado da obrigação de fornecer informação quanto ao seu património e de entrega dos seus bens a favor da massa insolvente. Sobre esta figura, v., ainda, Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção*, cit., 382-384.

Esta proibição afeta, por sua vez, a equiparação da s.p.c. à cláusula de agravamento de responsabilidade: o *quantum* indemnizatório não pode ser dissociado dos prejuízos efetivamente sofridos (564.º/1 CC), atendendo ao limite do princípio indemnizatório em termos convencionais (811.º/3 CC). A relevância desta cláusula reporta-se ao apuramento dos pressupostos do título de imputação de danos (v.g. o estabelecimento de uma responsabilidade por *mera culpa*⁵⁷), e não em sede da estatuição, regulando a obrigação de indemnizar. Por fim, a s.p.c. também não se confunde com os demais meios coativos ou preventivos de realização da prestação, os quais não implicam a constituição de uma nova obrigação, pecuniária, subordinada ao *incumprimento* da obrigação principal.

IV. Estamos, neste momento, aptos a retirar algumas ilações quanto à descrição desta figura, atendendo às suas características distintivas e relevando os aspetos mais duvidosos. Assim, quanto ao *âmbito*, a s.p.c. (1) aplica-se a determinadas obrigações de facto infungíveis ou às obrigações pecuniárias a cujo cumprimento o devedor haja sido judicialmente condenado; quanto à *fonte*, (2) a s.p.c. é fixada pelo legislador ou pelo julgador⁵⁸; em sede de *conteúdo*, (3) caso a fórmula de cálculo não esteja previamente determinada na lei, apela-se à intervenção judicial, enquanto uma terceira entidade que a fixa segundo critérios de razoabilidade; por fim, no que respeita ao *regime* (4) assegura-se sempre o contraditório do visado (na fase declarativa ou executiva)⁵⁹ e (5) a sanção destina-se também a favor do Estado.

⁵⁷ Pinto Monteiro, Cláusulas limitativas, cit., 135 e ss.

⁵⁸ Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, cit., 449.

⁵⁹ Veja-se, no plano administrativo, o entendimento do TCAS no seu ac. de 24-abr.-2017 (Helena Canelas), proc. n.º 107/06, «A sanção pecuniária compulsória prevista no artigo 169.º do CPTA não pode ser aplicada, sob pena de violação do princípio do contraditório, sem que, previamente, seja dada oportunidade ao titular do órgão incumbido da execução da sentença para se pronunciar sobre a imposição da referida sanção.», e, no mesmo sentido, recentemente o TCA Norte (Cláudia de Almeida), proc. n.º 01129/15. Neste sentido, v. Mário Aroso de Almeida/Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª ed, Almedina: Coimbra (2018), 1258-1263.

3. Medidas compulsórias no âmbito do modelo de supervisão, resolução e garantia de depósitos no Anteprojecto do Código de Atividade Bancária

V. Fora do plano juscivilístico, a s.p.c. tem sido utilizada no reforço das competências das autoridades administrativas, atendendo à sua finalidade primariamente compulsória. Não choca, portanto, constatar a pretensão de aproveitamento desta medida no reforço das competências do BdP e dos Fundos de Garantia Bancária e de Resolução. Pois bem, este poder encontra-se, hoje, atribuído a vários operadores com funções de regulação e supervisão a nível internacional – de que é exemplo prototípico o Banco Central Europeu (BCE), com o poder de aplicar estas sanções no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão⁶⁰ – e também a nível nacional,

⁶⁰ Cf. o Regulamento (UE) n.º 1024/2013, do Conselho, de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito; Sobre o tema, veja-se, entre nós, Joana Vaz Baptista, *A adoção de sanções pecuniárias compulsórias pelo Banco Central Europeu no âmbito do Mercado Único de Supervisão*, em Revista de Concorrência e Regulação, Ano XI, n.º 41 (Jan-Mar), IDEFF FDL, 2020, 15-35 (*maxime*, 19 e ss). No âmbito internacional destaca-se, ainda, a competência da Comissão Europeia para aplicar estas medidas ao abrigo do artigo 24.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado – recorde-se, neste âmbito, a famosa condenação de empresa Microsoft pela Comissão Europeia mediante a Decisão C(2005) 4420 final («Decisão de Fevereiro de 2008»), no âmbito do processo (Processo COMP/C-3/37.792 — Microsoft). A sanção pecuniária compulsória em causa veio a ser fixada por decisão da Comissão de 27 de fevereiro de 2008 (2009/C 166/08) em 899 milhões de euros: estava em causa o incumprimento da obrigação daquela empresa em disponibilizar as informações em matéria de interoperabilidade em condições razoáveis e não discriminatórias [cfr. artigo 5.º, a) da anterior decisão]. A Comissão Europeia dispõe ainda de poderes para aplicar sanções pecuniárias compulsórias aos Estados-Membros perante a inexecução de uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que tenha por base o incumprimento das obrigações emergentes dos Tratados (260.º TFUE); v. sobre este ponto, Maria José Rangel de Mesquita, *Condenação de um Estado membro da União Europeia no pagamento de sanções pecuniárias : um princípio com futuro: reflexões breves sobre o primeiro e o segundo Acórdãos do Tribunal de Justiça que aplicam uma sanção pecuniária compulsória a um Estado membro*, em Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha Lisboa, Coimbra Editora: Coimbra (2005), 621-638. Sobre a regulação financeira no geral, v., Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros*, 5.ª ed., Tomo I

tal como a Autoridade da Concorrência (AdC), Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)⁶¹, bem como, de forma mais restrita, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM)⁶² e a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd)⁶³.

Acompanhando aquela linha de reforço da competência das nossas autoridades administrativas independentes, dispõe o parágrafo XLVI da exposição de motivos da proposta de lei em análise:

«À semelhança de outras autoridades nacionais e europeias, atribui-se ao Banco de Portugal o poder de aplicar medidas pecuniárias compulsórias que se materializam em caso de incumprimento de decisões suas através das quais impõe a adoção ou a cessação de determinada conduta. Estas medidas compulsórias, calculadas ao dia, observam critérios de equidade, razoabilidade e adequação e têm como limite máximo 10% da média diária do volume de negócios, no ano imediatamente anterior, da instituição à qual se aplicam. Na generalidade das situações, as medidas compulsórias mantêm-se até que o destinatário cumpra a decisão que lhe foi imposta. Para além da supervisão, estas

– Parte Geral, Coimbra: Almedina (2017), 58-137, Hugo Moredo Santos, *A nova arquitetura bancária europeia: notas breves sobre a União Bancária*, II Congresso de Direito Bancária, coord. Miguel Pestana de Vasconcelos, Almedina: Coimbra, 2017, 103-123, e, ainda, José Simões Patrício, *Direito Bancário Privado*, Quid Iuris?: Lisboa (2004), 7-59.

⁶¹ V., respetivamente, o artigo 72.º do regime jurídico da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, na sua redação atual), artigo 9.º/1, p) dos estatutos da autoridade nacional de comunicações (Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março), artigo 36.º do regime sancionatório do setor energético (Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro), e, por fim, o artigo 72.º da Lei n.º 53/2005, de 08 de novembro. V., ainda, Joana Baptista, *A adoção*, cit., 18-19.

⁶² Restrita às falhas nas quotas de género nos órgãos de administração e fiscalização das empresas cotadas; cfr. artigo 6.º/4,5 e 6 da Lei n.º 62/2017, de 01 de agosto. No que respeita à Autoridade de Supervisão de Seguros e de Fundos de Pensões (ASF) apenas se deteta a competência desta autoridade em aplicar “medidas pecuniárias” (as quais não se confundem com a m.p.c.) no âmbito do processo contraordenacional cujo processamento lhe compete ao abrigo da Lei n.º 147/2015, de 09 de setembro (17.º/1); adiante-se que esta competência é em tudo simular à do BdP ao abrigo do regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras (artigo 218.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro).

⁶³ Cf. o artigo 15.º-C da Lei n.º 41/2004, de 18 e agosto, na sua redação atual.

medidas podem ainda ser aplicadas pelo Banco de Portugal no âmbito da resolução e da garantia de depósitos. Nestes casos, também o Fundo de Garantia de Depósitos e o Fundo de Resolução, no quadro das respetivas competências, podem recorrer ao mesmo tipo de medidas.»

VI. Em concreto, consagra-se em três locais distintos a possibilidade de fixação de uma sanção pecuniária compulsória, enquanto *medida*:

- A. de *supervisão* (254.º, d) e 258.º);
- B. de *garantia de depósitos* (373.º); e
- C. de *resolução* (410.º).

Vejamos, sumariamente, cada uma destas vertentes.

A. *supervisão*. No âmbito dos poderes de supervisão⁶⁴ da atividade das instituições de crédito, companhias financeiras, incluindo as mistas, das sociedades financeiras, instituições de pagamento e de moeda eletrónica, cabe ao Banco de Portugal sindicar o cumprimento das normas que regem a atividade daquelas entidades (241.º/1 e 3). Cumpre, ainda, ao Banco de Portugal aplicar as medidas que considere necessárias, em particular para assegurar o cumprimento das normas ou prevenir situações de incumprimento futuro (n.º 4).

Ora, no âmbito do título IV (regulação e supervisão⁶⁵), capítulo I (disposições gerais), secção III (supervisão) do regulam-se tanto os princípios que regem a atividade financeira (253.º) como as *medi-*

⁶⁴ Tratamos exclusivamente da vertente da sanção neste plano. Sobre este e outros planos na concretização dos poderes de supervisão, v. António Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª ed., Almedina: Coimbra (2016), 1080-1082, Augusto de Athayde, *Curso de Direito Bancário*, 2.ª ed., Volume I (2009), sobre a supervisão no sistema financeiro 277-343 e Luís Máximo dos Santos, *Regulação e Supervisão Bancária*, em *Regulação em Portugal: Novos Tempos, novo modelo?*, coord. Gonçalo Anastácio, Eduardo Paz Ferreira/Luís Silva Moraes, Almedina: Coimbra (2009), 39-126. Quanto aos deveres gerais de conduta das entidades, em particular as bancárias, v. Almeno de Sá, *Direito Bancário*, Coimbra Editora: Coimbra (2008), 20-23.

⁶⁵ Designação que respeita a sua natureza de *princípio estruturante* do direito bancário, segundo Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito Bancário*, 2.ª ed., Almedina: Coimbra (2019), 61.

das à disposição do Banco de Portugal para o cumprimento desta missão (254.º). Estas medidas são denominadas de *procedimentos* de supervisão (254.º), entre as quais se conta as ditas *medidas pecuniárias compulsórias* [al. d)]. Cumpre, contudo, contextualizar estas medidas no âmbito dos procedimentos configurados, os quais também se encontram, salvo honrosas exceções, reguladas nos artigos subsequentes. Vejamos, então: no âmbito dos poderes de supervisão, incumbe ao Banco de Portugal o acompanhamento da atividade das entidades e a fiscalização do cumprimento das normas legais e regulamentares [254.º, a) e b)], realizando, quando repute necessário, auditorias especiais (255.º); pode, por outro lado, emitir recomendações [254.º, e) e 256.º], determinações específicas (254.º, c) e 257.º), averiguar e sancionar infrações [254.º, f)]; por fim, prevê-se, ainda – e este é o aspeto que presentemente nos ocupa – a possibilidade de o Banco de Portugal aplicar *medidas pecuniárias compulsórias* [254.º, d) e 258.º], doravante m.p.c.

B. garantia de depósitos. No título V (garantia de depósitos), capítulo I (disposições gerais), para efeitos de assegurar maior eficácia à garantia de depósitos, compete, de forma disjunta (porquanto respeita o quadro das respetivas competências⁶⁶), tanto ao Banco de Portugal como ao Fundo de Garantia de Depósitos (374.º) a aplicação das m.p.c. (373.º). A redação do preceito corresponde, ressalvada a divergência natural quanto ao propósito (n.º 1) e a competência adicional do Fundo de Garantia de Depósitos (374.º), àquela constante em sede de supervisão (258.º).

C. resolução. Por sua vez, no título VI (resolução), capítulo I (disposições gerais) consta como procedimento de resolução (409.º) a possibilidade de o Banco de Portugal aplicar medidas pecuniárias compulsórias [al. e)]. Estas m.p.c. destinam-se a «assegurar maior eficácia à resolução, incluindo os seus mecanismos de financiamento, tendo especialmente em vista a estabilidade financeira e

⁶⁶ Sobre a vastidão de fontes reguladoras da garantia de depósitos, e respetiva evolução, v. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, cit., 1182-1188.

os interesses dos depositantes ou demais credores» (410.º/1). Novamente, a par da finalidade da medida (n.º 1), e da competência disjunta na sua fixação, entre o Banco de Portugal e o Fundo de Resolução criado em 2012⁶⁷, no quadro das respetivas competências, o preceito tem uma redação em tudo similar àquela referente à supervisão (258.º) ou à garantia de depósitos (373.º)⁶⁸.

VII. Importa, neste momento, analisar, em concreto a medida, tal como se encontra regulada no artigo 258.º proposto, sob a epígrafe «medidas pecuniárias compulsórias». A sua redação é, como indicado, similar à do disposto nos artigos subsequentes, relativos às medidas de garantia de depósitos e de supervisão (373.º e 410.º). Justifica-se, portanto, uma apreciação conjunta destes três preceitos. Vejamos, então, a consagração desta figura com base no artigo 258.º, aproveitando os anteriores quadros estruturais, os quais permitiram uma compartimentação da figura nas quatro vertentes relativas ao (i) *âmbito*, (ii) *fonte*, (iii) *objeto* e (iv) *regime*.

i. âmbito. Nos termos do número 1 do artigo 258.º do anteprojeto, o Banco de Portugal pode aplicar *medidas pecuniárias compulsórias* em caso de «incumprimento de decisões suas que imponham a adoção ou a cessação de determinada conduta». Ora, com a presente redação, as m.p.c. não ficam sujeitas ao âmbito limitado de aplicação das suas congêneres, as s.p.c., as quais visam apenas o incumprimento de determinadas prestações de facto infungíveis (829.º-A/1 CC) ou de coisa, conquanto pecuniárias (829.º-A/4 CC): aplicam-se, ao invés, às condutas devidas (positivas ou negativas) em decorrência de uma *decisão* sua. Mediante esta previsão, distante dos quadros tradicionais que caracterizam a prestação quanto ao seu objeto, não se logrou também em concretizar o que se deve entender por *decisão sua*, embora a conexão com as *determinações específicas* pre-

⁶⁷ Sobre a génese desta pessoa coletiva de Direito público, v. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, cit., 1174-1176.

⁶⁸ Quanto aos limites desta vertente, v. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Os limites dos poderes de transferência do Banco de Portugal no âmbito do processo de resolução*, Estudos de Direito Bancário, Almedina: Coimbra (2019), 129-157.

vistas no artigo anterior seja fortemente sugestiva [254.º, e) e 257.º]. Resta apelar ao elemento sistemático enquanto auxiliar no processo hermenêutico: estas *decisões* são aquelas (e apenas estas) tomadas exclusivamente ao abrigo do desempenho das funções de supervisão. Este é, aliás, o que decorre do disposto da primeira parte do número 1 do preceito, destinado a «assegurar maior eficácia da supervisão», a qual se concretiza, em especial, nos princípios gerais de supervisão, enunciados numa ordem *ad hoc* neste número, tendo por referência as alíneas c), a) e b) do artigo 253.º, respetivamente.

Por outro lado, e como visto, a m.p.c. depende da existência de uma situação de incumprimento temporário por parte da entidade. São clarividentes as menções à situação de incumprimento (n.º 1) e o regime aplicável quanto à duração da medida, a qual se extingue quando a instituição adote a conduta devida (i.e. quando cumpra) ou quando o respetivo cumprimento se torne impossível (n.º 3).

ii. fonte. Contrariamente à fonte judicial ou legal (em termos imediatos) que caracteriza a s.p.c., a m.p.c. é aplicada pelo Banco de Portugal, e, no âmbito da garantia de depósitos e de resolução, também pelo Fundo de Garantia de Depósitos e pelo Fundo de Resolução, respetivamente. Pois bem, esta discricionariedade ampla que preside à fixação desta medida suscita, de forma cautelar e à partida, duas reservas: em primeiro lugar, não se garante a intervenção judicial, nem o regime é concretizado na lei em termos imediatos. Note-se: a segurança *judicial* e *legal* que preside à s.p.c. civil não tem aqui lugar. Mais: a natureza do Banco de Portugal ou dos Fundos opõe-se à qualidade judicial das decisões que tomem e os critérios que presidem à medida não se encontram totalmente concretizados na lei, em termos líquidos e de forma absoluta. A discricionariedade reservada é, desta forma, abrangente em termos de *fixação inicial* da m.p.c., como (tomada aquela decisão) da subsequente *determinação do respetivo conteúdo* (cfr. n.º 2, 1.ª parte⁶⁹).

⁶⁹ «Na decisão de imposição de medida pecuniária compulsória e na determinação do respetivo montante, o Banco de Portugal observa critérios de equidade, razoabilidade e adequação».

Aproxima-se, assim, da s.p.c. judicial, atendendo, em especial, à ponderação exigida na fixação da m.p.c. (n.º 2 e respetivas alíneas dos artigos 258.º, 373.º e 410.º)⁷⁰.

Em segundo lugar, a fixação da medida – atendendo aos *critérios* (n.º 2), *limite* (n.º 3) e *fórmula de cálculo* (n.º 4) existentes – não assegura a audiência necessária do requerido. Este aspeto é, como vimos, particularmente sensível no foro administrativo, porquanto em sede da jurisdição comum o processo declarativo, quer o executivo asseguram as garantias de defesa do requerido. Cumpre ressaltar, como visto e tal como consta expressamente (e bem) do RCCG (artigo 33.º/2), o princípio do contraditório, concedendo-se sempre a oportunidade prévia à entidade para se pronunciar sobre a imposição da referida *medida*; aspeto que devia ser clarificado no texto do anteprojeto.

Cumpre ainda mencionar que para efeitos da aplicação da m.p.c., i.e., para a sua fixação *quantitativa*, o Banco de Portugal e os Fundos observam critérios de «equidade, razoabilidade e adequação», num elenco algo *tautológico*, atendendo à concretização alcançada nos *critérios de razoabilidade* que presidem à fixação da s.p.c. no plano civil (829.º-A/2), quer no administrativo (169.º/2 CPTA). Para mais, e em concreto, das alíneas *a*) a *f*) do número 2 do consta um elenco de elementos que presidem a esta decisão. Esta m.p.c. é, por fim, de tipo *provisório* admitindo-se expressamente a sua revisão, mediante substituição por outro procedimento, pelo Banco de Portugal ou pelos Fundos (n.º 4, parte final), contrariamente à natureza definitiva apontada pela maioria da doutrina à s.p.c. civil.

iii. objeto. A m.p.c. tem por objeto, tal como a s.p.c., a fixação de uma obrigação pecuniária. Embora este elemento não conste

⁷⁰ A aplicação destas medidas pelas entidades administrativas esbate a fronteira entre a função jurisdicional e a administrativa, embora ainda se devam enquadrar nesta última; neste sentido, v. José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª ed., Coimbra Jurídica: Coimbra (2017), 36-37. Confirma-se, ainda, Mário Aroso de Almeida/Diogo Freitas do Amaral, *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, 3.ª ed. (reimp.), Almedina: Coimbra (2007) e Luís Manuel Chaves Barroso, *A Sanção Pecuniária Compulsória no Contencioso Administrativo Autárquico*, Coimbra Editora: Coimbra (2011).

expressamente do anteprojeto⁷¹, retira-se desde logo da denominação da medida, a qual é *pecuniária* compulsória, bem como de referências indiretas constantes do respetivo regime (v.g. a referência ao *montante* da medida, n.º 2 e 3, e ao *valor* resultante, n.º 5).

Ora, a m.p.c. é fixada *qualitativamente* por cada dia de atraso no cumprimento da decisão (n.º 4) – afastando-se a possibilidade de fixação por *cada infração* (cfr. 829.º-A/1 CC) – desde a data da fixada na decisão que a aplica, momento esse que não pode coincidir com o da *comunicação* da decisão à entidade visada, sendo necessariamente posterior. Assim, e este aspeto é relevante, a m.p.c. não se pode aplicar *retroativamente*, reportando-se a um momento prévio à data de conhecimento da aplicação da medida pelo visado (p.ex. à data do incumprimento), naturalmente⁷². A falta de concretização legal da medida, com a qual o visado não se pode conformar até ao momento da decisão em causa, impõe esta conclusão. Por fim, cumpre ainda referir o montante máximo desta medida, a cujo limite se reduz quando o exceda – i.e., «dez por cento da média diária do volume de negócios da instituição de crédito no ano imediatamente anterior à decisão.» (n.º 3) – o qual duplica o valor percentual tido por referência noutros diplomas⁷³.

iv. regime. O destino da m.p.c. encontra-se fixado por remissão para o disposto nos n.ºs 3 a 5 do artigo 681.^{º74}. Assim, em regra o valor da m.p.c. reverte (*i*) na totalidade a favor do Estado (n.º 3), podendo ainda reverter (*ii*) em noventa e cinco por cento a favor do Fundo de Garantia de Depósitos e cinco por cento para o Fundo

⁷¹ Aparentemente esta menção devia constar no número 1 do preceito, mediante a referência a «(...) o Banco de Portugal pode aplicar medidas pecuniárias compulsórias que se materializam [numa quantia pecuniária] em caso de incumprimento de decisões suas que imponham a adoção ou a cessação de determinada conduta.»; o mesmo sucede no parágrafo XLVI da exposição de motivos da proposta de lei.

⁷² Veja-se, neste sentido, a decisão do STA no seu ac. de 26-set.-2013 (proc. n.º 1052/12), analisado por Aroso de Almeida/Carlos Cadilha, *Comentário*, cit., 1260.

⁷³ Cf. os artigos 69.º do regime jurídico dos jogos e apostos online, 72.º do regime jurídico da concorrência e 36.º do regime jurídico do sector energético.

⁷⁴ No número 5 do preceito consta, por lapso manifesto, a remissão para o disposto no artigo 682.º, a qual se corrige.

de Liquidação, quando seja visada uma instituição de crédito, as sucursais estabelecidas em Portugal de instituições de crédito com sede no estrangeiro, ou os respetivos agentes; e (iii) noventa e cinco por cento a favor do Estado e cinco por cento para o Fundo de Liquidação quando sejam visadas sociedades financeiras ou as sucursais estabelecidas em Portugal de instituições de crédito com sede no estrangeiro, ou, ainda, instituições de pagamento, instituições de moeda eletrónica, as suas sucursais, e, em ambos os casos, os respetivos agentes (n.º 4 e 5).

Por fim, cumpre ainda esclarecer o disposto n.º 6, i.e. em caso de incumprimento da decisão no prazo fixado aplica-se o disposto no artigo 685.º, mediante a qual a situação de incumprimento é adicionalmente comunicada à Autoridade Bancária Europeia (*European Banking Authority*, EBA), a qual integra o Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF).

4. Nota final

VIII. O novo poder atribuído ao BdP – bem como ao Fundo de Garantia de Depósitos e ao Fundo de Resolução, de forma disjunta – de fixação de uma medida pecuniária compulsória, acompanha as novas competências de várias entidades internacionais (em particular, o BCE e a Comissão Europeia), quer de várias entidades administrativas independentes a nível nacional (AdC, ANACOM, CMVM, CNPD, ERC e ERSE).

O aproveitamento da sanção pecuniária compulsória enquanto *medida* de supervisão, garantia de depósitos e resolução, assume-se uma mais-valia na prossecução do interesse público da estabilidade bancária, e é, justamente por este motivo, há muito devida. Não restam, portanto, dúvidas quanto à sua adequação e pertinência no âmbito do ACAB.

