

ENCONTROS DE

Direito Civil

II

A tutela dos credores



II ENCONTROS DE DIREITO CIVIL

A tutela dos credores

© Universidade Católica Editora

Comissão Científica António Pinto Monteiro
Henrique Sousa Antunes
Paulo Mota Pinto
Filipe Albuquerque Matos
Mafalda Miranda Barbosa
Elsa Vaz de Sequeira
Ana Taveira da Fonseca

Título A tutela dos credores
Coleção Encontros de Direito Civil
Volume II
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Revisão editorial António Brás
Conceção gráfica Magda M. Coelho | acentográfico

Impressão
e acabamento Europress - Indústria Gráfica
Depósito Legal 470906/20
Data junho 2020
Tiragem 500 exemplares
ISBN 9789725406885

Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt



A TUTELA DOS CREDITORES
A tutela dos credores / António Pinto Monteiro... [et al.]. - Lisboa :
Universidade Católica Editora, 2020. - 480 p. ; 23 cm. - (Encontros de
direito civil ; 2). - ISBN 9789725406885
I - MONTEIRO, António Pinto, coaut. II - Col.
CDU 347

II ENCONTROS DE DIREITO CIVIL

A tutela dos credores

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa, 2020

Índice

Prefácio	7
HENRIQUE SOUSA ANTUNES	
Da renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial	11
ANA FILIPA MORAIS ANTUNES	
A oponibilidade da compensação de créditos conexos a terceiros	47
ANA TAVEIRA DA FONSECA	
Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único	67
CATARINA MONTEIRO PIRES	
Tutela dos credores e <i>par conditio creditorum</i>	87
CATARINA SERRA	
Meios de tutela na solidariedade ativa: resolução e compensação	133
ELSA VAZ DE SEQUEIRA	
Capital social e tutela dos credores sociais. Apontamento	147
EVARISTO MENDES	
A empresa individual indivisa: os credores da empresa e os credores da herança	187
FERNANDO OLIVEIRA E SÁ	
A tutela coletiva dos consumidores: desenvolvimentos do direito europeu	201
HENRIQUE SOUSA ANTUNES	
Justo receio do incumprimento e conteúdo da tutela preventiva do crédito	209
JOSÉ BRANDÃO PROENÇA	
Tutela de credores e medida de resolução	221
MAFALDA MIRANDA BARBOSA	

A responsabilidade do sócio por actos dos administradores – entre a socialidade e a parassocialidade – MANUEL CARNEIRO DA FRADA	247
Tutela de credores, impugnação pauliana e sociedades comerciais – especificidades MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO	281
O sinalagma na insolvência MARIA DE LURDES PEREIRA	309
Responsabilidade pela concessão de crédito – comparação entre o direito italiano e o direito português NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA	365
Capitalização de juros moratórios PAULO MOTA PINTO	415
Os juros cobertos pelas garantias reais RUI PINTO DUARTE	449

Prefácio

HENRIQUE SOUSA ANTUNES

Em novembro de 2017, numa tarde soalheira em Coimbra, surgiu a ideia de realizar um evento anual que permitisse a reunião de professores de Direito Civil e o debate científico sobre temas relevantes da teoria e prática jurídicas. Naquela tarde, certamente motivados pela cumplicidade que o convívio académico e pessoal foi trazendo, o diálogo franco, alegre e estimulante com o Professor Filipe Albuquerque Matos ensaiou os traços dos Encontros de Direito Civil. Com o envolvimento da Professora Mafalda Miranda Barbosa, a vontade concretizou-se.

O empreendedorismo e as competências científicas destes Colegas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra foram as causas da realização, e do enorme sucesso, dos I Encontros de Direito Civil. Aceitando integrar a Comissão Científica os Professores António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, a iniciativa mostrou que as razões da sua origem são plenamente justificadas. No dia 19 de abril de 2018, debateu-se, em Coimbra, o novo Estatuto Jurídico dos Animais, com a presença animada e empenhada de vários Colegas civilistas de diferentes Faculdades de Direito do país.

À Católica coube organizar os II Encontros de Direito Civil. Agregando à Comissão Científica anterior as Professoras Elsa Vaz de Sequeira e Ana Taveira da Fonseca, a quem se reconhece uma contribuição relevante para o êxito destas jornadas, a tutela dos credores foi o tema escolhido para esta nova reunião científica, no dia 22 de fevereiro de 2019. A publicação dos textos que serviram de apoio às várias intervenções dá a conhecer a ambição do projeto, mostrando a riqueza da reflexão e a plasticidade do debate que acompanham a realização mencionada. Deixa-se, nesta oportunidade, um agradecimento ao Dr. Gonçalo Ferreira, pelo auxílio prestado na revisão formal de alguns dos textos apresentados. São muitas as descobertas que, nos caminhos da investigação jurídica ou da aplicação prática do Direito, os leitores deste livro farão.

A difusão do pensamento é, claro, um dos propósitos dos Encontros de Direito Civil. Assinale-se, porém, que um espaço de debate numa

área especializada de saber serve, ainda, outros fins. Desde logo, a criação de uma verdadeira comunidade assente no conhecimento pessoal. O desenvolvimento tecnológico facilitou a comunicação. A essa simplificação sobreviveu, no entanto, a infungibilidade do contacto presencial, do convívio que tece as malhas da colaboração científica. Além disso, a expansão do número de doutorados em Direito e a multiplicação das obras científicas fundamentam o alargamento das hipóteses de diálogo entre os investigadores.

Considere-se, entretanto, que, nas últimas décadas, a realização de reformas curriculares estruturantes, a alteração de metodologias de ensino, a internacionalização das Faculdades de Direito ou a globalização da economia e da sociedade não diluíram a singularidade do Direito Civil português, antes contribuíram para acentuar o seu espaço próprio, admirado e estudado aquém e além-fronteiras. Cabe aos civilistas portugueses defender tal património e divulgá-lo, dando-lhe a capacidade de permanecer como um modelo de referência no plano do direito comparado e, simultaneamente, de se adaptar aos desafios da contemporaneidade. Nestes objetivos descobrimos outras missões dos Encontros de Direito Civil: contribuir para forjar a identidade desse ordenamento vivo e ajustá-lo aos desafios da modernidade.

E estes são tempos estimulantes. A transição digital, longe de diluir a importância do Direito Civil vivifica-o, intensifica esta seiva da regulação social. Numa exemplificação muito tímida, as novas tecnologias obrigam à eventual desconstrução de conceitos tradicionais, pensando na reflexão sobre a natureza jurídica dos dados e a sua transmissibilidade, na discussão sobre a pertinência ou a legitimidade da personalidade eletrónica, no debate sobre a revisão dos regimes tradicionais de responsabilidade civil, na apreciação das implicações dos processos, serviços e conteúdos digitais na formação e execução do contrato, na avaliação das melhores soluções aplicáveis aos modelos económicos de partilha, na definição da herança digital. Afigura-se interessante notar a relevância que o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia atribuíram ao Direito Civil na *revolução jurídica* que se antecipa com a utilização e o desenvolvimento da inteligência artificial. E aqui entram os Encontros. Certamente, como se escreveu, para posicionar o Direito Civil na contemporaneidade. O alcance do que agora se sugere é, no entanto, diverso. Permitindo a comunhão de juristas de diferentes gerações e

de filiações académicas diversas, os Encontros constituirão uma plataforma ideal para a reforma sem revisionismos, para a transição serena e robusta que a transformação social exige.

Finalmente, deseja-se que os Encontros de Direito Civil ofereçam um espaço aberto à intervenção da comunidade jurídica em geral, numa troca de conhecimentos e experiências que a todos aproveita. Em 2020 regressaremos a Coimbra, animados com a firme convicção de que a pertinência de uma ideia simples vem sendo confirmada pela adesão dos interessados. Que aquela tarde soalheira nos continue a inspirar...

Lisboa, 17 de novembro de 2019

Da renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial*

ANA FILIPA MORAIS ANTUNES**

I. O problema

1.º A presente intervenção pretende esclarecer os limites de admissibilidade de um acto de *renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial*. Trata-se de um problema com inegável interesse científico e, bem assim, com relevância prática assinalável. Fica assim justificada a nossa opção no contexto destes *II Encontros de Direito Civil*, dedicados à tutela dos credores.

2.º A resposta ao problema enunciado pressupõe, antes de mais, que se defina o conceito de *renúncia antecipada*.

O acto de renúncia não é objecto de uma regulamentação sistematizada no Direito vigente. Em todo o caso, são várias as previsões legais que aludem ao acto de renúncia. Circunscrevendo a nossa análise ao Direito Civil¹, é possível ilustrar a relevância prática da renúncia ao

* O presente artigo corresponde, no essencial, à nossa intervenção oral nos II Encontros de Direito Civil (“A Tutela dos Credores”), que teve lugar no dia 22 de Fevereiro de 2019, na Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da UCP. A oportunidade da publicação justificou o desenvolvimento de algumas das ideias que foram apenas enunciadas em termos sucintos. Aproveitou-se, de igual forma, para aditar as referências doutrinárias e jurisprudenciais consultadas. O tema foi também analisado por nós no estudo *Da irrenunciabilidade antecipada a direitos*, que pode ser consultado no *Livro em Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva* (no prelo), que se recupera, em alguma medida, neste escrito.

** Professora Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Por opção da Autora, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

¹ No Direito do Consumidor, é assumida uma orientação tendencialmente restritiva quanto à validade de actos de renúncia que tenham por objecto situações jurídicas activas reconhecidas em normas de natureza imperativa: assim, e ilustrativamente: o artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (*Lei de Defesa do Consumidor*); o artigo 10.º do Decreto-Lei

longo dos diferentes Livros do Código Civil (C.C.), como se vai concretizar². Previna-se, desde já, que a questão assume uma importância central nos casos em que inexistem preceitos legais explícitos que autorizem a renúncia a direitos ou a meios de tutela patrimonial.

Por outro lado, o problema pode suscitar-se quanto à generalidade dos contratos e, designadamente, quer em contratos precedidos de uma verdadeira e significativa negociação, concluídos num cenário de tendencial igualdade pelas partes, quer em contratos celebrados com cláusulas contratuais gerais, caracterizados por uma restrição assinalável da autonomia privada³. De igual modo, pode um acto de renúncia ser estipulado em contratos formais, assim como em contratos consensuais.

Deve, ainda, referir-se que a renúncia é um conceito polissémico e que comporta, por isso, diferentes acepções⁴. Para efeitos da presente análise, releva apenas a designada *renúncia abdicativa*⁵. Por outro lado,

n.º 383/89, de 6 de Novembro (*Regime jurídico da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos*); o artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho (*Lei dos Serviços Públicos Essenciais*); os artigos 11.º, n.º 7, e 29.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro (*Regime Jurídico da Contratação à Distância e Fora do Estabelecimento*); o artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (*Regime Jurídico da Venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas*); o artigo 26.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho (*Regime jurídico do crédito ao consumo*); o artigo 35.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 21 de Junho (*Regime Jurídico dos contratos de crédito relativos a imóveis, estabelecendo as regras aplicáveis ao crédito a consumidores quanto garantido por hipoteca ou por outro direito sobre coisa imóvel*).

² Cfr. *infra*, III.

³ Cfr. Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Na doutrina, pode consultar-se ANTUNES (2013). Sobre a insusceptibilidade de aplicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais na eventualidade de a parte que subscreveu o contrato, “eventualmente composto por cláusulas contratuais gerais”, não ter “invocado na petição, ou noutra articulado, facticidade suscetível de mostrar que tais cláusulas foram ‘cláusulas preformuladas’ ou de uso geral imputáveis à contraparte”, cfr. Acórdão do TRC de 13.11.2018 (Alberto Ruço), *in* www.dgsi.pt.

⁴ Sobre o ponto, cfr. COELHO (1995).

⁵ Cfr. COELHO (1995) – que releva o conceito de “causa abdicativa” e propõe, como critério delimitador desta modalidade de renúncia, uma caracterização «em termos *residuais*: será abdicativa toda aquela renúncia que não representar um qualquer tipo de atribuição ao beneficiário respectivo» (ob. cit., p. 59). É igualmente distinto o conceito de acto de renúncia que ocorre como contrapartida da liberação de uma obrigação a cujo cumprimento o sujeito estava vinculado, o que pode ser ilustrado com os artigos 1472.º, n.º 3 (*renúncia ao usufruto*, como forma de se eximir ao pagamento das reparações ou despesas a que é obrigado), e 1567.º, n.º 4 (*renúncia ao direito de propriedade em benefício do proprietário do prédio dominante*, como forma de se eximir ao pagamento das obras), ambos do C.C.

cuida-se do acto de *renúncia antecipada*, isto é, estipulada em momento anterior à constituição, na esfera jurídica do credor, dos correspondentes direitos ou meios de tutela patrimonial.

3.º Em termos preliminares, justifica entender-se que ocorre um *acto de renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial* se o credor *abdicar do exercício* de certos direitos de crédito ou de outras situações jurídicas que fundamentam uma pretensão susceptível de ser actuada em relação ao devedor, *em momento anterior ao da respectiva consolidação na sua esfera jurídica*.

São, assim, dois os traços identitários do conceito: *primeiro*, a existência de um acto abdicativo praticado pelo titular da situação jurídica activa que é objecto da renúncia; *segundo*, a estipulação da renúncia antes de o credor estar em condições efectivas de actuar a situação jurídica.

A noção proposta convoca, como se antecipou, o conceito de *renúncia em sentido próprio*, também designada *renúncia abdicativa*: nesta eventualidade, o titular de uma situação jurídica determina, por acto unilateral, a sua extinção, e sofre, em consequência, uma diminuição do seu património⁶. Nesta medida, o acto abdicativo pressupõe, em rigor, que a renúncia não tenha sido acompanhada do reconhecimento ou da estipulação de vantagens patrimoniais significativas para o credor.

Por outro lado, a renúncia é *antecipada*, na medida em que tem lugar em momento anterior ao da efectividade das situações jurídicas activas de que o credor é titular, em cada situação individual.

⁶ Na jurisprudência, aludem à renúncia abdicativa, os Acórdãos do TRP de 26.02.2008 (Vieira e Cunha) e do STJ de 19.10.2004 (Nuno Cameira), ambos *in* www.dgsi.pt. Com referência ao conceito de renúncia abdicativa, enquanto espécie dos negócios dispositivos, cfr. BETTI (1994), pp. 292-294; FERRARA (2011), pp. 272-273. Entre nós, cfr. COELHO (1995), p. 13 – que precisa que o *acto abdicativo* consiste na “pura abdicção, renúncia, demissão, despojamento de um direito de que se é titular: o titular do direito subjectivo, em lugar de o conservar, ou de o exercer, ou de não o exercer, declara *renunciar* a ele – declara pretender a produção desse *efeito* que se cifra na extinção (ao menos subjectiva) daquele direito, e a produção *apenas* desse efeito, não também de qualquer efeito de subsequente *aquisição* do direito por outra pessoa, nem também o *benefício* de outra pessoa, por outro modo que não a aquisição do direito objecto da renúncia”.

4.º O objecto de um acto de renúncia é multifacetado e pode compreender diferentes situações jurídicas. A renúncia pode, assim, interferir no exercício de direitos de crédito, de direitos potestativos, assim como de outras situações jurídicas que se integrem no âmbito da tutela patrimonial do crédito. Ilustrativamente, a renúncia pode ter por objecto os seguintes direitos do credor:

- (i) Direito de exigir o cumprimento coercivo da prestação;
- (ii) Direito a uma pretensão indemnizatória⁷;
- (iii) Direito a uma restituição de acordo com as regras do enriquecimento sem causa;
- (iv) Direito de recorrer ao *commodum* de representação;
- (v) Direito de resolver o negócio;
- (vi) Direito de invalidar o negócio;
- (vii) Direito de execução específica, nos casos em que seja reconhecido (cfr. artigo 830.º do C.C.);
- (viii) Direito de recorrer à impugnação pauliana;
- (ix) Direito de invocar a excepção de não cumprimento;
- (x) Direito de recorrer ao direito de retenção;
- (xi) Direito de executar uma garantia constituída para o cumprimento de uma obrigação.

5.º O problema dos *limites de admissibilidade de um acto de renúncia antecipada a direitos* tem, pelo exposto, inegável relevância teórico-prática:

- (i) *Teórica*, na medida em que convoca o esclarecimento da natureza, estrutura e efeitos jurídicos de um acto de renúncia, o que

⁷ O problema suscita a discussão em torno da admissibilidade das cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade. Para uma resenha sobre o debate doutrinário e concretização jurisprudencial, cfr. ANTUNES (2018), anotação ao artigo 809.º, pp. 1145-1157. Por outro lado, as partes podem, no exercício da respectiva autonomia negocial, *delimitar o objecto contratual*, designadamente, excluindo do seu perímetro certas obrigações que, em princípio, estariam abrangidas pelo mesmo. Neste campo, não parece dever ser convocado o conceito de renúncia em sentido técnico-jurídico. Na jurisprudência, cfr. Acórdão do STJ de 04.10.2018 (António Joaquim Piçarra), in www.dgsi.pt, proferido no âmbito de um contrato de seguro de vida, que decidiu no sentido da validade da cláusula de exclusão de responsabilidade, *rectius*, de exclusão do âmbito de garantia relativa ao sinistro originado por qualquer “*acto doloso de que o tomador de seguro, pessoa segura ou beneficiário sejam autores materiais ou morais ou de que tenham sido cúmplices e que se traduzam na activação das coberturas contratadas*”.

tem de ser feito ponderando, por um lado, a inexistência de uma regulamentação geral do acto de renúncia a direitos e, por outro lado, o exame das previsões legais especiais nesta matéria;

- (ii) *Prática*, tendo presente a frequência e a difusão, no exercício da autonomia negocial, de cláusulas que estipulam a renúncia a situações jurídicas activas por parte do credor⁸.

6.º O esclarecimento dos limites de admissibilidade de um acto de renúncia antecipada tem de partir das coordenadas normativas relevantes à luz do Direito vigente, cristalizadas em preceitos legais positivados. Em todo o caso, e como se vai demonstrar, deve igualmente suportar-se em princípios gerais de Direito, de natureza transpositiva. Entre esses, parece dever relevar-se a directriz de *inadmissibilidade de um acto de renúncia antecipada a direitos*.

Os nossos tribunais têm privilegiado um exame casuístico e contextualizado das cláusulas negociais, estipuladas no exercício da autonomia privada, que delimitam o universo de direitos e/ou de meios de tutela reconhecidos por lei ao credor, designadamente, em caso de incumprimento da prestação devida (assim, e de modo impressivo, no que respeita às denominadas cláusulas de exclusão de meios de tutela jurídica e das cláusulas de limitação de responsabilidade civil⁹). Parece, no entanto, inexistir uma orientação uniforme quanto aos pressupostos objectivos e subjectivos a considerar no juízo sobre a validade de um acto de renúncia convencional.

No debate doutrinário, as posições oscilam dentro da seguinte alternativa: *ou* se reconhece, como regra, a inadmissibilidade de um acto de renúncia antecipada *ou* se privilegia o exercício da autonomia privada, aí fundamentando a validade da renúncia.

A questão que se impõe resolver consiste, precisamente, no esclarecimento da medida de liberdade que cabe reconhecer às partes na

⁸ Na gíria internacional, relevam, entre outras, as cláusulas de *no consequential damages*; de *sole remedy*; de *cross waiver of liability*. Por outro lado, é comum encontrar cláusulas de *no waiver*, precisamente com o objectivo de afastar a validade e a eficácia de um acto de renúncia praticado por uma das partes, em *termos acidentais ou informais*, portanto, sem a consciência dos efeitos daquele comportamento. Este tipo de cláusulas faz depender, em regra, a validade do acto de renúncia da redução a escrito.

⁹ Cfr. ANTUNES (2018), anotação n.º 8 ao artigo 809.º, pp. 1149-1154.

auto-regulamentação dos seus interesses, nos termos e para os efeitos do artigo 405.º, n.º 1, do C.C., que, como é sabido, as autoriza a “*fixar livremente o conteúdo dos contratos*”, mas “*dentro dos limites da lei*”.

II. As cláusulas de renúncia a direitos – Ilustração prática. Argumentos a favor e contra a sua admissibilidade

7.º A renúncia a direitos é frequentemente objecto de estipulações negociais. A título ilustrativo, atente-se nos seguintes grupos de casos:

- a) Cláusula que dispensa a observância, pelas partes, de certas formalidades reclamadas, por lei, para a perfeição do contrato (v.g., o reconhecimento presencial das assinaturas¹⁰; a certificação da existência de uma determinada licença): assim, “*As partes declaram prescindir às formalidades prescritas pela lei*”¹¹;

¹⁰ O problema tem acuidade prática à luz do artigo 410.º, n.º 3, do Código Civil, que rege em matéria de contrato-promessa. Por outro lado, pode ainda questionar-se a validade dos clausulados inseridos em contratos de constituição de penhor mercantil, tendo presente o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 75/2017, de 26 de Junho, que exige o reconhecimento presencial das assinaturas das partes. Antecipe-se, no entanto, que, neste contexto, o legislador não previu um regime de invalidade atípica, ao contrário do que se verifica no artigo 410.º, n.º 3, do C.C.

¹¹ Na jurisprudência, cfr. Acórdão do STJ de 6 de Maio de 2004 (Araújo Barros), in www.dgsi.pt – que considerou válido o acto de renúncia ao direito de invalidar o contrato, com fundamento na preterição da formalidade do reconhecimento presencial das assinaturas dos promitentes, estipulado nos seguintes termos: “*todos os outorgantes prescindem mutuamente do reconhecimento das assinaturas em virtude do contrato ter sido outorgado na sua presença e renunciam à invocação desse facto*”. Como sumariado, “[...] 2. Quando as partes, no próprio contrato, declaram prescindir dessa formalidade e renunciar à invocação da respectiva omissão, ocorre válida renúncia tácita dos contraentes ao direito de anular o negócio, extinguindo-se, em consequência, esse direito” (redondo nosso). Por outro lado, decidiu-se que aquele acto de renúncia, tendo por objecto o direito potestativo de invalidar o negócio, “*não se mostra abrangido pela disposição restritiva do art. 809.º do C.Civil*”. A decisão parece-nos ser merecedora de críticas: *por um lado*, afigura-se controversa a validade de uma estipulação com aquele alcance, em razão da natureza imperativa da norma do artigo 410.º, n.º 3, do C.C., que se justifica para tutela de interesses indisponíveis (circunstância que é evidenciada pela formulação gramatical: “*deve conter o reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes*”); *por outro lado*, ainda que coubesse admitir aquela cláusula de renúncia, pelo facto de ter sido acordada por ambas as partes e reduzida a escrito, não se vê por que razão considera o STJ que estaremos perante uma renúncia tácita (e já não expressa). Para uma análise do regime previsto no artigo 410.º, n.º 3, cfr. SILVA (2017), pp. 55-78.

- b) Cláusula que delimita o universo de danos indemnizáveis – v.g. “*Não são indemnizáveis danos futuros, lucros cessantes, quebras de produção, perdas de oportunidades ou outros danos indirectos*”¹²;
- c) Cláusula que exclui ou limita a responsabilidade pelo não cumprimento, em razão da medida de culpa: “*Fica excluída a indemnização em caso de mera culpa*” ou, noutros termos, “*só se reconhece o direito de indemnização em caso de actuação dolosa*”¹³;

¹² Procura-se, por esta via, proteger uma das partes de pretensões indemnizatórias dirigidas ao ressarcimento de prejuízos que surgem como *consequência indirecta* ou *ulterior* relativamente ao incumprimento contratual. Podem compreender-se neste universo: as *indemnizações devidas a terceiros pelo contraente fiel que não pôde honrar os compromissos firmados com aqueles em razão do inadimplemento imputável à contraparte* (v.g., na hipótese de incumprimento de contratos celebrados em cadeia, no âmbito de operações negociais plurilaterais e complexas); as *despesas de desaproveitamento*; os *danos ocasionados pela não verificação de índices de performance de equipamentos técnicos*. Estas cláusulas, ao definirem o tipo de danos elegíveis para efeitos da obrigação de indemnizar, interferem no *quantum* indemnizatório. Parece dever rejeitar-se um juízo abstracto quanto à respectiva validade. Pelo contrário, impõe-se valorá-las, caso a caso, designadamente, à luz do crivo do artigo 809.º, com vista a esclarecer se está em causa uma cláusula de irresponsabilidade (tendo presente a sua extensão) ou, antes, de delimitação da responsabilidade. A dificuldade é potenciada nos casos em que as cláusulas de *no consequential damages* estão subtraídas a uma negociação efectiva, mas não podem ser fiscalizadas à luz do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (cfr. Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro – doravante, e em termos abreviados, LCCG). Por outro lado, a expressão *danos indirectos*, *danos consequenciais* ou *consequential damages* é equívoca e nem sempre é definida no clausulado contratual. Por conseguinte, em caso de litígio, o apuramento da obrigação de indemnizar requer, antes de mais, que se clarifique o âmbito da responsabilidade civil por incumprimento contratual, o que exige, por sua vez, que se interprete e se esclareça o universo de danos que podem ser subsumidos ao conceito de *consequential damages*. Na jurisprudência, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.07.2008 (Luís Espírito Santo), in www.dgsi.pt – que aprecia, no contexto da LCCG, a admissibilidade de cláusulas limitativas de responsabilidade, unilateralmente predispostas, “*por perdas ou danos consequenciais especiais, incluindo nomeadamente danos futuros, lucros cessantes, perdas de mercados, perda de oportunidade negocial, ou outras perdas indirectas que resultem do atraso ou entrega mal efectuada ou extravio da mercadoria*”. Sobre este tema, cfr. ANTUNES (2018), anotação n.º 15 ao artigo 809.º do C.C., pp. 1155-1156.

¹³ Entre nós, tem sido reconhecida, em geral, a validade de cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade nos casos de negligência ou culpa leve do devedor. O problema foi analisado no contexto dos Trabalhos Preparatórios – cfr. SERRA (1958), pp. 105-148 – com a proposta de um articulado onde se proclamava a inadmissibilidade de cláusulas de irresponsabilidade, em situações de dolo ou culpa grave do devedor, bem como de desrespeito por obrigações fundadas em normas de ordem pública: era o artigo 105.º, n.º 1, do Anteprojecto

- d) Cláusula que condiciona os meios de tutela susceptíveis de serem actuados, pelo credor, num cenário de inadimplemento contratual: “*Em caso de incumprimento definitivo, reconhece-se à parte fiel o direito de indemnização. As partes renunciam ao direito de declarar a resolução do presente Contrato*”;
- e) Cláusula que restringe ou condiciona em termos temporais os meios de tutela susceptíveis de serem accionados por uma das partes: “*O cliente aceita a instalação do serviço antes de decorrido o período legal destinado ao exercício do direito de livre resolução e renuncia ao respectivo exercício*¹⁴;
- f) Cláusula estipulada num contrato de aquisição de bens de consumo com recurso a crédito, nos termos da qual: “*O consumidor renuncia ao exercício do direito de revogação antes da entrega do bem adquirido*¹⁵”.
- g) Declaração subscrita por um trabalhador ou prestador de serviços, num cenário de cessação contratual convencional, que prevê: “*Nada mais lhe é devido a qualquer título*”¹⁶;

sobre a Parte Geral do Direito das Obrigações (1950), p. 75. Sobre o tema, cfr. MONTEIRO (1985); PRATA (1985); LIMA / VARELA (1997), 72-73; COSTA (2009), pp. 784-793; OLIVEIRA (2008), e, mais recentemente, CORDEIRO (2017), pp. 425-441; PROENÇA (2017), pp. 471-489; OLIVEIRA (2018), pp. 30-52 (em especial, 34-ss. e 43-ss. – quanto ao debate em torno da distribuição do ónus da prova em caso de exclusão ou limitação convencional da responsabilidade do devedor); PIRES (2019), pp. 117-118 – que adere ao entendimento de PINTO MONTEIRO, admitindo a validade da cláusula de exclusão de responsabilidade por culpa leve. Cfr., ainda, a nossa anotação ao artigo 809.º: ANTUNES (2018), pp. 1145-1157. O problema é igualmente discutido no contexto do Direito estrangeiro. Assim, e a título ilustrativo, no Direito italiano, tendo por referência a norma do artigo 1229 do *Codice Civile*, cfr. TRIMARCHI (2010), pp. 202-212.

¹⁴ Numa situação como a descrita, pretende-se afastar o exercício do denominado *direito ao arrependimento*, que é reconhecido ao consumidor, nomeadamente, no contexto de contratos celebrados à distância, pelo prazo de catorze dias – cfr. artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro.

¹⁵ Cfr. Acórdão do STJ de 26.09.2013 (Maria dos Prazeres Beleza), in www.dgsi.pt – que rejeitou a existência de um acto de renúncia válida, num caso em que se deu como provada a existência de vícios do veículo automóvel adquirido com recurso a crédito ao consumo.

¹⁶ Este é um problema particularmente relevante no Direito do Trabalho. Sobre o tema, cfr. VASCONCELOS (2011), pp. 322-ss., e, mais recentemente, VASCONCELOS (2018), pp. 1296-1299 – em comentário ao artigo 863.º

- h) Cláusula estipulada em conexão com contratos de seguro, na sequência de um sinistro, com o seguinte teor: “*Com o recebimento do montante da indemnização, relativo a todos os danos e despesas, presentes e futuros, emergentes do sinistro, considera-se completo e definitivo o ressarcimento, concede-se quitação incondicional e exonera-se a Seguradora de quaisquer responsabilidades, sub-rogando-os em todos os direitos, ações e recursos contra os responsáveis pela verificação dos danos*”¹⁷.
- i) Declaração subscrita pela vítima de um acidente de viação e dirigida à Companhia de Seguros, em que se reconhece: “*ter recebido a indemnização para pagamento de todos os danos patrimoniais e não patrimoniais que sofreu no acidente de viação, dando-se por cabal e integralmente indemnizado e dando quitação, e renunciando a todos os direitos de acção judicial e indemnização que lhe pudessem caber em virtude do acidente*”¹⁸;
- j) Declaração, dirigida por uma Companhia de Seguros a outra, nos termos da qual se ateste que: “*a quantia recebida corresponde ao pagamento por todos os prejuízos que lhe advieram de um determinado sinistro, simultaneamente de acidente de viação e de trabalho, assim renunciando a todos os direitos que lhe possam caber nesse âmbito*”¹⁹.

¹⁷ Cfr. Acórdão do TRC de 13.11.2018 (Alberto Ruço), in www.dgsi.pt – que sentenciou a nulidade da referida cláusula, estabelecida entre uma seguradora e a vítima do acidente, com fundamento no artigo 809.º do Código Civil: “*é nula, nos termos do artigo 809.º do Código Civil, quando entendida no sentido de que abrangeu danos cujos factos causadores não estavam formados no momento da sua fixação*”. Estava em causa um pedido de indemnização, deduzido pelo sinistrado contra a Seguradora, pelos danos (patrimoniais e não patrimoniais) sofridos na situação de pós-operatório até aquela data, em resultado do acidente de que fora vítima (no caso, a queda, num piso molhado, não sinalizado, num supermercado). O Tribunal afastou a existência de um contrato de remissão, nos termos e para os efeitos dos artigos 863.º-ss. do Código Civil.

¹⁸ Cfr. Acórdão do STJ de 28.11.1996 (Joaquim de Matos), in www.dgsi.pt – que decidiu: “*não cabem [na declaração] os prejuízos ou danos que só posteriormente vierem a revelar-se, pois é esse o sentido que um declaratório normal atribui a tal declaração*”.

¹⁹ Uma declaração com este teor pode comprometer a efectividade do denominado direito de regresso, de que a Companhia de Seguros seria titular, depois de ter satisfeito a indemnização devida ao beneficiário. Sobre o tema, cfr. Acórdão do STJ de 16.09.2008 (Maria dos Prazeres Beleza), in www.dgsi.pt – que concluiu no sentido de que aquela declaração “*não pode ser considerada como renúncia antecipada ao direito de ser reembolsada, quer por pagamentos*

8.º A validade das cláusulas descritas pode fundamentar-se, *em primeiro lugar*, no princípio da *autonomia privada* (cfr. artigo 405.º, n.º 1, do C.C.): com efeito, deve autorizar-se que as partes estipulem, por mútuo acordo, constrangimentos quanto ao exercício de situações jurídicas ou de meios de tutela patrimonial previstos na lei.

Em segundo lugar, e em termos complementares, pode entender-se que a renúncia ao exercício de um direito ou a restrição de um determinado meio de tutela patrimonial do crédito pode ser justificada à luz da *equação económica* do contrato, em particular, sempre que se tenham previsto vantagens patrimoniais a favor do sujeito renunciante. Noutros termos, o acto de renúncia pode ter efeitos directos na equação do contrato e ter sido ponderado, inclusivamente, no respectivo modelo de custos.

9.º Em sentido contrário, pode contestar-se a validade das referidas cláusulas.

Em primeiro lugar, o exercício da autonomia privada *não é reconhecido de modo absoluto*; de modo diverso, está, desde logo, sujeito aos limites definidos pela lei imperativa e pelo Direito injuntivo (cf. artigo 405.º, n.º 1 – *primeira parte*, que enuncia que a liberdade contratual se exerce “[d]entro dos limites da lei”). Nesta medida, o clausulado estipulado tem de ser apreciado à luz dos três parâmetros relevantes, a saber: o respeito pela lei, pela ordem pública e pelos bons costumes²⁰.

Em segundo lugar, a existência de um *acordo de vontades* não pode cingir-se a uma fórmula puramente estilística; pelo contrário, tem de ser demonstrada uma *vontade qualificada* (que tem, para tal, de preencher os requisitos gerais de admissibilidade, entre os quais, a maturidade, o esclarecimento, a liberdade e a licitude da motivação). O acordo de vontades pressupõe, pois, que ambas as partes (estando em causa um negócio bilateral) concorram com a sua vontade, *representando e aceitando o acervo de efeitos jurídico-negociais no caso concreto*, a saber, a perda da situação jurídica que é objecto do acto de renúncia e a correspondente ineficácia da sua invocação *inter partes* ou relativamente a terceiros²¹.

já efectuados à data da declaração quer pelo capital correspondente à remição de uma pensão anual e vitalícia em cujo pagamento ao sinistrado já então tinha sido condenado”.

²⁰ Cfr. ANTUNES (2018), anotação ao artigo 405.º do C.C., pp. 51-61 (54-55). Sobre a relação entre o artigo 405.º, a causa negocial e o artigo 294.º do C.C., cfr. ANTUNES (2016), pp. 88-ss.

²¹ Sobre a natureza real do negócio abdicativo, cfr. COELHO (1995), pp. 64-ss.

10.º Uma das dificuldades suscitadas nesta matéria prende-se precisamente com o risco de existir uma *vontade viciada*, porque não formada em termos perfeitos. Tendo presente que, no momento em que é estipulada a renúncia, as situações jurídicas não estão ainda devidamente consolidadas na esfera jurídica do renunciante, é possível que este não represente, adequadamente, o objecto de que está a dispor e, por esse motivo, seja “menos livre para opor uma recusa à outra parte²²”. É o que pode suceder na eventualidade de, a coberto de um acordo de vontades “puramente formal”, se verificar, na prática, uma *imposição unilateral do clausulado* por parte do contraente com maior negocial ou com mais poderio económico-financeiro. Neste cenário, é justificado entender-se que será mais permeável o aderente, num contrato de adesão, que se caracteriza, tipicamente, pelo desequilíbrio significativo das partes e por uma acentuada restrição da liberdade de estipulação. Sem prejuízo do referido e como se antecipou, o problema coloca-se também no contexto de *contratos caracterizados por uma igualdade de armas* e em que sejam inaplicáveis os regimes jurídicos de tutela do aderente e, em especial, do consumidor. Naturalmente, o risco que se antecipa quanto à existência de uma vontade viciada tem de ser *alegado e demonstrado no caso concreto*.

11.º *Em terceiro lugar*, a invalidade de um acto de renúncia antecipada ao exercício de direitos e a meios de tutela patrimonial pode sustentar-se no denominado *princípio da justiça comutativa*²³. Esta directriz geral visa introduzir, em especial, no campo do Direito contratual, uma ideia de equivalência das vantagens implicadas na “troca” das prestações, numa palavra, um *equilíbrio concreto dos interesses em jogo*²⁴.

²² Cfr. COELHO (1995), p. 143 – que alude, ainda, à “leviandade ou precipitação na disposição (sem contrapartida) de um direito de que ainda não é titular”.

²³ Para uma análise sobre o (des)equilíbrio das prestações, cfr. ARAÚJO (2007), pp. 449-ss. – que se refere, a propósito do consenso contratual, a “uma presunção de justiça substantiva que deriva, por sua vez, da presunção de que é possível às partes discernirem e coordenarem a realização comutativa dessa justiça” (loc. cit.). Relevando a ideia de grave desequilíbrio contratual em ligação com o princípio da justiça comutativa, no contexto dos efeitos da invalidade negocial, cfr. MONTEIRO (2011), pp. 93, 95, 100 e 104 – que alude a uma “*relação de correspondência*”, imposta pelo princípio da *justiça comutativa*” (ob. cit., p. 104).

²⁴ Sobre o “nivelamento substantivo” do contrato, cfr. ARAÚJO (2007), p. 457.

Ora, na eventualidade de se estipular a renúncia a um direito ou a um meio de tutela patrimonial, o aparente equilíbrio (interno) de interesses auto-regulado pode não equivaler a uma simetria substancial, aceite e legitimada à luz do crivo de justiça extrínseca. Por este motivo, dificilmente poderá admitir-se um juízo abstracto de validade de um acto abdicativo em termos antecipados, se este for desacompanhado do reconhecimento efectivo de vantagens patrimoniais, a favor do renunciante, espelhadas na equação económica do contrato.

12.º Precise-se, *em quarto lugar*, que o argumento da alegada *vigência social* destas estipulações (isto é, a frequência dos clausulados) não parece dever ser considerado. Na verdade, a intensidade das cláusulas de renúncia não pode fundamentar a respectiva admissibilidade.

13.º Enunciadas que estão as coordenadas gerais do debate, impõe-se esclarecer, à luz dos princípios gerais e dos preceitos legais em vigor, em que medida se pode autorizar a *fiscalização daqueles concretos exercícios de autonomia negocial*. Vejamos.

III. Subsídios normativos no Direito vigente. A inexistência de um princípio de proibição de actos de renúncia. As previsões legais explícitas de actos de renúncia válidos

14.º No Direito vigente, inexistente uma proibição geral explícita de *renúncia a direitos*. Pelo contrário, o acto de renúncia é autorizado em várias previsões legais, no Código Civil. Assim, e a título meramente ilustrativo:

a) O *titular de direitos de personalidade* pode *renunciar*, em alguma medida, *ao seu exercício*²⁵. Para o efeito, releva o disposto no artigo

²⁵ Sobre este artigo, cfr., por todos, ANTUNES (2012), anotação ao artigo 81.º, pp. 231-243. Na jurisprudência, cfr. Acórdão do STJ de 22.03.2018 (Maria da Graça Trigo), in www.dgsi.pt – que cuida do denominado *direito ao repouso*, num caso em que se examinou o ruído causado por instalações eléctricas tituladas pela EDP: “II. Estando em causa a afectação, de forma continuada, de um direito de personalidade da autora não poderá, em princípio, atribuir-se relevância à conduta desta [designadamente, ao seu silêncio ou passividade] para efeitos de renúncia ao direito ao repouso e ao descanso; não poderá certamente atribuir-se tal relevância para efeitos de renúncia definitiva a esse direito.” A Ré alegou que, durante um longo período de 28 anos,

- 81.º, que, sob a epígrafe *Limitação voluntária dos direitos de personalidade*, impõe a nulidade da *limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade no caso de contrariar os princípios da ordem pública* (cfr. n.º 1). Admite-se, em todo o caso, e no pressuposto de a renúncia ser válida (“quando legal”), a livre revogabilidade do acto de renúncia ao exercício de direitos de personalidade, ainda que com obrigação de indemnizar “os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte” (cfr. n.º 2);
- b) O artigo 265.º, n.º 1, inclui, entre as causas de extinção da procuração, a renúncia pelo procurador²⁶;
- c) O artigo 302.º, n.º 1²⁷, autoriza a renúncia à prescrição “depois de haver decorrido o prazo prescricional”. De acordo com o n.º 2 do preceito, a renúncia pode ser expressa ou tácita²⁸ e “não necessita de ser aceita pelo beneficiário”. Mais se esclarece, no n.º 3, que “[s]ó tem legitimidade para renunciar à prescrição quem puder dispor do benefício que a prescrição tenha criado”;
- d) O artigo 527.º autoriza a renúncia à solidariedade “a favor de um ou alguns dos devedores”. O acto de renúncia pode ser expresso ou tácito, nos termos previstos no artigo 217.º do C.C.²⁹;
- e) O artigo 577.º, n.º 2³⁰, preceitua: “A convenção pela qual se proíba ou restrinja a possibilidade da cessão não é oponível ao cessionário, salvo se este a conhecia no momento da cessão.” Do normativo resultam duas ideias cardeais: *por um lado*, a admissibilidade de cláusulas de exclusão ou limitativas da cessão de créditos – designadamente, de cláusulas de renúncia; *por outro lado*, a exigência de requisitos de eficácia desta estipulação relativamente ao cessionário,

entre 1985 até 2013, nunca a A. ou os seus antecessores, haviam reclamado do ruído, pelo que excepcionou com o abuso do direito. Sem prejuízo do referido, ficou provado que a A. procurou, junto da Ré, que o poste de electricidade fosse removido, mas o seu pedido não mereceu aprovação.

²⁶ Nos termos do artigo 1179.º, a renúncia da procuração implica a revogação do mandato.

²⁷ Sobre este artigo, cfr. a anotação de ANTUNES (2014), pp. 52-61.

²⁸ Para as modalidades de declaração negocial, cfr. artigo 217.º do C.C.

²⁹ Cfr. AFONSO (2018), anotação n.º 4 ao artigo 527.º, p. 454.

³⁰ Relevam-se os chamados “impedimentos convencionais” que, como se tem ensinado, “encontram a sua fonte num acordo estabelecido entre credor e devedor (*pactum de non cedendo*)” – FONSECA (2018), anotação n.º 6 ao artigo 577.º, p. 596.

em concreto, o desconhecimento, por este, da “possibilidade da cessão”;

- f) O artigo 853.º, n.º 2 (parte final), autoriza a *renúncia* à compensação de créditos. Esta renúncia pode fundamentar-se na prática de comportamentos incompatíveis com a vontade de compensar, portanto, numa declaração tácita, nos termos e para os efeitos do artigo 217.º do C.C.³¹ A admissibilidade de renúncia tem sido justificada à luz da natureza dispositiva do instituto da compensação, tendo presente os interesses tutelados³²;
- g) O artigo 863.º, sob a epígrafe *Natureza contratual da remissão*, prevê: “1. O credor pode remitir a dívida por contrato com o devedor”³³. Esta figura distingue-se do acto de renúncia, uma vez que tem fonte contratual, isto é, pressupõe um acordo de vontades; como nota comum, produz o mesmo efeito jurídico, a saber, a extinção do direito. Por este motivo, pode entender-se que a remissão corresponde, em alguma medida, a um acto de *renúncia à exigibilidade de um direito*³⁴;

³¹ Cfr. Acórdão do STJ de 04.05.2010 (Helder Roque), in www.dgsi.pt – que decidiu que a renúncia “é um acto voluntário de disposição, lícito e produtor de efeitos jurídicos, podendo ser expressa ou tácita, hipótese esta que tem de traduzir-se num comportamento incompatível com a vontade de compensar, para o que basta uma declaração unilateral do devedor”.

³² Cfr. Acórdão do STJ de 04.05.2010 (Helder Roque), in www.dgsi.pt.

³³ Sobre este artigo, cfr. VASCONCELOS (2018), pp. 1296-1299 – que enfatiza que, neste caso, a abdicação pelo credor ocorre “com o acordo do devedor” (ob. cit., p. 1297).

³⁴ Como decidiu o Acórdão do STJ de 01.07.2004 (Salvador da Costa), in www.dgsi.pt: “2. A remissão em sentido jurídico significa essencialmente a renúncia voluntária ou a liberação graciosa de um direito, de crédito ou outro, renunciando-se a exigí-lo, implicante da extinção da correspondente obrigação lato sensu, derivante de contrato entre o devedor e o credor sob consentimento manifestado por forma expressa ou tácita. 3. A expressão renúncia, derivada do latim *renuntiare*, assume vulgarmente o significado de declarar ou anunciar que se desiste ou abdica, e, em sentido jurídico, traduz a perda voluntária de um direito por manifestação unilateral de vontade, envolvente da produção dos respectivos efeitos, independentemente de aceitação do beneficiário. 4. O sentido decisivo das declarações das partes nos processos também é, em regra, o que seria apreendido por um declaratório normal, ou seja, por alguém medianamente instruído e diligente, capaz de se esclarecer acerca das circunstâncias em que elas as produziram. 5. Um declaratório normal colocado na posição do autor interpretaria o pedido reconvenicional incondicional formulado pelo réu de declaração judicial de extinção das obrigações assumidas pelo primeiro, consubstanciadas em promessa de dação em pagamento de acções e de compensação de determinado direito de crédito, no sentido de declaração de renúncia aos correspondentes direitos e não de mera proposta de contrato de remissão.” No caso em

- h) O artigo 867.º (*Renúncia às garantias*) esclarece que: “A *renúncia às garantias não faz presumir a remissão da dívida*”³⁵;
- i) Autoriza-se o *acto de renúncia ao exercício do direito de preferência*³⁶;

apreciação, discutia-se a existência de um acto de *renúncia aos direitos fundados no contrato-promessa de dação em cumprimento*, nos termos e para os efeitos do artigo 837.º do C.C.

³⁵ Para a renúncia à consignação em rendimentos, cfr. artigo 663.º, n.ºs 2 e 3 (norma que remete para o regime da renúncia à hipoteca); em matéria de hipoteca, cfr. artigo 731.º – que exige, no n.º 1, que a renúncia seja “*expressa e escrita em documento que contenha a assinatura do renunciante reconhecida presencialmente, salvo se esta for feita na presença de funcionário da conservatória competente para o registo [...]*”.

³⁶ Assim, designadamente, no caso do artigo 1112.º, n.º 4, do C.C., nos termos do qual: “O senhorio tem direito de preferência no trespasse por venda ou dação em cumprimento, salvo convenção em contrário.” Na jurisprudência, também em matéria de preferência legal, pode consultar-se o Acórdão do STJ de 11.01.2011 (Salazar Casanova), in www.dgsi.pt – que cuida do conteúdo da obrigação de notificação pelo obrigado à preferência com fonte na lei, num caso em que não foi identificado o comprador: “I – O preferente deve, na comunicação a que alude o art. 416.º do CC, identificar o terceiro interessado na aquisição. II – Se o não fizer, a comunicação é ineficaz e, por conseguinte, não releva, como renúncia, a declaração do preferente, designadamente aquela em que diz que ‘nas condições e preços comunicados, não pretendo exercer o direito de preferência que me assiste’”. Cfr., ainda, Acórdão do STJ de 19.05.2011 (Tavares de Paiva), in www.dgsi.pt, que releva uma renúncia tácita, pelos arrendatários, ao direito de preferência: “III – Tendo o senhorio pedido aos arrendatários que declarassem formalmente a renúncia à compra do andar e tendo estes outorgado na escritura de compra e venda adquirindo apenas o usufruto da fracção e a filha adquirido a nua propriedade, traduz um comportamento por parte dos arrendatários, titulares do direito de preferência, que configura com uma grande probabilidade e segurança uma verdadeira declaração tácita de renúncia ao direito de preferência.” O problema da renúncia ao direito de preferência num trespasse de estabelecimento comercial, nos termos e para os efeitos do então artigo 116.º, n.º 1, do Regime do Arrendamento Urbano (RAU), entretanto revogado, foi incidentalmente analisado no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05.06.2007 (Teles Pereira), in www.dgsi.pt, que sentenciou que a renúncia, pelo falido, um mês antes de declarada a falência, traduz a perda de um valor patrimonial sem o recebimento de qualquer contrapartida, podendo, como tal, ser objecto de impugnação pauliana. A mesma temática fora analisada pelo STJ, no Acórdão de 01.03.1988 (Eliseu Figueira), in www.dgsi.pt, que decidiu: “I – São actos completamente distintos a aquisição de uma coisa que, em regra, é um acto de enriquecimento e a renúncia a um direito, que se traduz num empobrecimento, isto é, na perda de um valor patrimonial sem o recebimento de qualquer contrapartida. II – A renúncia ao direito de preferência não deixa de ser a renúncia a um direito que se integra no património do autor como um valor e que, por isso, se traduz na perda de um valor patrimonial sem contrapartida, pouco importando que, embora o arrendamento comercial seja comunicável e, portanto, seja bem comum do casal, a renúncia ao direito de preferência não exija o consentimento do outro cônjuge.”

- j) O Livro III do Código Civil prevê vários casos de renúncia a direitos reais³⁷: assim sucede, em matéria de compropriedade (cfr. artigo 1411.º, n.ºs 1-3³⁸), de usufruto [cfr. artigos 1472.º, n.º 3, e 1476.º, n.º 1, e)³⁹], de direito de servidão (cfr. artigo 1567.º, n.ºs 2 e 4);
- k) No Direito matrimonial, reconhece-se aos nubentes a faculdade de estipular, na convenção antenupcial, a “*renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge*” [cfr. artigos 1700.º, n.º 1, c)⁴⁰, e 1707.º-A];
- l) No Direito sucessório, autoriza-se a “*renúncia à sucessão de pessoa viva*”, assim como o acto de dispor “*da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta*” (cfr. artigo 2028.º⁴¹, sob a epígrafe “*Sucessão contratual*”).

15.º No contexto processual, prevê-se a figura da *desistência do pedido*: nesta eventualidade, fica prejudicada a propositura de uma nova

³⁷ Para o conceito de renúncia a direitos reais, pode consultar-se FERNANDES (2009), pp. 259-265. Como ensina ASCENSÃO (2000, p. 407), a renúncia a um direito real menor tem como consequência “a expansão do direito maior”.

³⁸ Este regime é igualmente aplicável, por força da remissão operada pelo artigo 1404.º, a outras situações de contitularidade.

³⁹ Mais se esclarece, no n.º 2 do artigo 1476.º, “[a] renúncia não requer aceitação do proprietário”. O regime da extinção do direito de usufruto é também aplicável em matéria de direito de uso e de habitação – cfr. artigo 1485.º Na jurisprudência, cfr. Acórdão do STJ de 19.10.2004 (Nuno Cameira), já mencionado: “1 – A renúncia ao usufruto prevista no art.º 1476.º, n.º 1, e), do Código Civil, apresenta-se, por definição, como um negócio gratuito, no qual a renúncia, em princípio, é pura e simples, abdicativa: através dela o titular do usufruto desvincula-se deste direito sem qualquer contrapartida. 2 – O negócio, porém, deixa de ser unilateral e gratuito se se estipularem contrapartidas à renúncia: integrado, então, pela renúncia propriamente dita e por uma outra qualquer prestação que é, segundo a vontade das partes, o seu correspondente, o negócio transforma-se, por esse facto, num negócio oneroso.” No caso em apreciação, a renúncia ao direito de usufruto sobre metade dos imóveis fora feita, por escritura pública, a favor da filha.

⁴⁰ Nos termos do n.º 3 do artigo citado, “A estipulação referida na alínea c) do n.º 1 apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação.”

⁴¹ Cfr. Acórdão do TRL de 13.07.2017 (Eduardo Petersen), in www.dgsi.pt – que decidiu: “- A declaração, emitida por um dos filhos, de que renuncia ao direito à aquisição de um imóvel a favor dos irmãos, quando tal aquisição constitui uma liberalidade dos pais, em vida destes, aos irmãos adquirentes, não pode ser interpretada com o sentido de que se renuncia também a qualquer direito sucessório.”

acção com o mesmo objecto contra o Réu, que passa a ver a sua situação jurídica consolidada (nas palavras de ALBERTO DOS REIS)⁴².

De igual modo, admite-se a *renúncia ao recurso*, nos casos em que as partes tenham convencionado que o julgamento se fará segundo a equidade⁴³.

16.º O catálogo de actos de renúncia autorizada (que se propôs sem carácter exaustivo) é, como se verifica, diversificado e pode respeitar a situações jurídicas de natureza distinta.

Por outro lado, pode admitir-se actos de renúncia relativamente a outras situações jurídicas que não estejam reguladas na lei. Numa palavra, inexistente um *numerus clausus* nesta matéria.

Por último, as previsões legais explícitas de actos de renúncia não são acompanhadas, em regra, de um regime jurídico que esclareça os respectivos limites de admissibilidade.

IV. O acto de renúncia a direitos como acto jurídico-negocial. Os pressupostos de admissibilidade

17.º A renúncia a um direito configura um *acto jurídico-negocial* e parece dever ser reconduzido à categoria dos negócios unilaterais

⁴² Com a distinção entre *renúncia ao direito ao recurso* e *desistência do recurso*, cfr. Acórdão do STJ de 04.10.2018 (António Joaquim Piçarra), in www.dgsi.pt: “I – O direito ao recurso concretiza-se na faculdade de submeter as decisões judiciais a uma reapreciação por um tribunal superior, mas o seu âmbito não se esgota no acto de interposição de recurso e de apresentação de alegações e de conclusões. II – Estende-se ainda à possibilidade de, em determinado momento, abdicar da pretensão de reapreciação judicial, seja por renúncia ou desistência. III – É sobretudo o critério temporal que distingue a renúncia da desistência: a primeira acontece em momento anterior ao da interposição do recurso, ou seja, em momento em que o recurso propriamente dito ainda não foi interposto; a segunda ocorre em momento subsequente ao do acto de impugnação da decisão judicial, isto é, uma vez iniciada a instância de recurso e, por regra, antes da prolação de acórdão pelo tribunal superior” (redondo nosso). O STJ considerou, para este efeito, o requerimento apresentado pelo recorrente Banco Réu de desistência do recurso, requerimento esse em que manifestou expressamente a sua vontade, não tendo sido alegados nem demonstrados factos que infirmassem a sua validade, em razão de um vício na formação da vontade.

⁴³ Cfr. Acórdão do STJ de 13.07.2017 (António Piçarra), in www.dgsi.pt: “VIII – No caso, tendo as partes renunciado ao recurso, autorizando o julgamento segundo a equidade (art.º 29.º, n.ºs 1 e 2, da LAV (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto), e não tendo sido instaurada a acção de anulação, no mês subsequente à sentença arbitral, ficou disponível apenas a oposição à execução.”

recipiendos. Exige-se, nesta medida, que o acto da renúncia seja levado ao *conhecimento do respectivo beneficiário*⁴⁴.

Este diagnóstico é central para o juízo em torno da admissibilidade do acto de renúncia antecipada a meios de tutela patrimonial: têm de ser alegados e demonstrados os requisitos relativos aos *pressupostos negociais* (os sujeitos e o objecto) e aos *elementos da estrutura do negócio jurídico* (a vontade, a declaração e a causa)⁴⁵. Vejamos em que medida.

18.º *Em primeiro lugar*, a renúncia pressupõe a *consciência e a vontade de renunciar* pelo sujeito renunciante. Numa palavra, o acto de renúncia tem de se sustentar numa vontade qualificada, isto é, madura, livre, esclarecida e lícita, no plano da motivação⁴⁶.

Esta exigência reclama o *conhecimento ou, pelo menos, a cognoscibilidade*, pelo renunciante, do universo de situações jurídicas de que é titular e que vai deixar de poder exercer, assim como dos correspondentes efeitos jurídicos. Este conhecimento ou cognoscibilidade deve ser, assim, aferido num duplo plano, a saber: (i) a natureza e do conteúdo da situação jurídica; e (ii) as consequências jurídicas do acto de renúncia.

Por conseguinte, deve rejeitar-se a validade de um acto de renúncia puramente *casual* ou *acidental*, que não tenha sustentação bastante na vontade do declarante e renunciante. É, pelo contrário, necessário que a vontade do renunciante se oriente no sentido da produção daquele concreto efeito, “o qual é objecto de tutela do ordenamento jurídico porque justamente foi querido⁴⁷”, a saber, a “*extinção do direito a que se renuncia*⁴⁸”.

⁴⁴ Cfr. artigo 224.º, n.º 1, 1.ª parte, do C.C.: “A *declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida*.” Como se tem entendido, a *renúncia abdicativa*, em termos estruturais, opera com base num acto unilateral – sobre o problema, cfr. COELHO (1995), pp. 103-ss. – que é peremptório: “o *modo normal* de se manifestar uma vontade abdicativa é o *negócio ou acto unilateral*” (ob. cit., 103). O mesmo A. configura, no entanto, o *negócio renunciativo* como um *negócio unilateral não receptício ou não recipiendo* (ob. cit., pp. 124 e 129). No sentido de que a renúncia abdicativa opera por via negocial, “em atenção à *vontade funcional* do seu autor”, e que tem, normalmente, natureza de *negócio unilateral*, mas recipiendo, cfr. FERNANDES (2009), p. 261.

⁴⁵ Para esta sistematização, cfr. FERNANDES (2010), pp. 145-166 e pp. 167-388.

⁴⁶ Cfr. FERNANDES (2010), pp. 187-189.

⁴⁷ Cfr. COELHO (1995), p. 14.

⁴⁸ Cfr. COELHO (1995), p. 14.

De igual modo, não deve ser reconhecido como eficaz o acto de renúncia *genérica, vaga e abstracta* relativamente ao universo de situações jurídicas de que se é titular. Numa palavra, deve recusar-se a admissibilidade de uma renúncia que consubstancie uma mera “declaração em branco”, pelo facto de não ser acompanhada das informações ou elementos requeridos pelo processo de formação adequada e perfeita da vontade negocial⁴⁹. Pelo contrário, deve reclamar-se a prova do *conhecimento dos meios de tutela*, pelo renunciante, ou, pelo menos, da *previsibilidade* ou da *susceptibilidade de antecipação dos meios de tutela* concretamente relevantes.

É, pois, pressuposto do juízo de validade de um acto de renúncia a um meio de tutela patrimonial, a existência de uma *vontade de extinção* por parte do seu titular⁵⁰. Como corolário lógico, tomando por referência um acto de renúncia a um direito de crédito, só pode reconhecer-se a *liberação* do devedor, sem que tenha havido um acto de cumprimento, no caso de ter ocorrido uma *renúncia válida e eficaz*, o que pressupõe, antes de mais, uma vontade esclarecida, livre e madura.

Por outro lado, a demonstração de uma *vontade negocial séria e qualificada* dirigida à extinção da situação jurídica tem de ser reportada ao *momento do acto da renúncia*. É neste intervalo temporal que o juízo quanto à validade da renúncia opera.

19.º *Em segundo lugar*, o acto de *renúncia* em sentido técnico-jurídico exige um *objecto* que preencha os requisitos gerais de idoneidade negocial, nos termos do artigo 280.º do C.C. Em concreto, reclama-se um *objecto existente*, no momento em que se renuncia ao exercício de uma situação jurídica ou a um determinado meio de tutela patrimonial do

⁴⁹ No plano dos lugares paralelos, é sugestiva a formulação gramatical da norma contida no artigo 585.º, em sede de cessão, sob a epígrafe *Meios de defesa oponíveis pelo devedor*: “O devedor pode opor ao cessionário, ainda que este os ignorasse, todos os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o cedente, com ressalva dos que provenham de facto posterior ao conhecimento da cessão.”

⁵⁰ Na jurisprudência, cfr. Acórdão do STJ de 16.09.2008 (Maria dos Prazeres Beleza), in www.dgsi.pt – que rejeitou a qualificação jurídica como acto de renúncia antecipada ao direito de reembolso, por parte de uma Companhia de Seguros, relevando, entre outros elementos, a circunstância de, “à data da emissão da declaração”, a declarante ter “conhecimento do alcance da declaração que emitiu”. Por outro lado, decidiu que, “[d]o ponto de vista do declarante, estão em causa direitos disponíveis”.

crédito⁵¹. Noutros termos, a validade de um concreto acto de renúncia deve ser aferida em relação a *situações jurídicas já constituídas* e, como tal, *não puramente hipotéticas nem futuras*⁵². Esta exigência compreende-se: se um dos pressupostos de validade do acto de renúncia é a existência de uma vontade negocial validamente formada, então, a situação jurídica que se pretende neutralizar, por via da extinção, tem de *existir, em termos efectivos*, na esfera jurídica do sujeito renunciante.

20.º Como corolário lógico, a situação jurídica a que se pretende renunciar não deve estar *em curso de formação*⁵³. Assume-se, por isso, como particularmente controversa uma *renúncia a um direito futuro*, isto é, a uma situação jurídica activa que, apesar de não constituída integralmente, tendo por referência a data da conclusão do negócio jurídico, se fundamenta num vínculo jurídico já em execução⁵⁴.

⁵¹ Para o conceito de renúncia, suas modalidades e requisitos de admissibilidade, cfr. ALARCÃO (1971), COELHO (1995) e CORDEIRO (2008). Com um enunciado dos requisitos de admissibilidade do objecto do negócio jurídico, cfr. FERNANDES (2010), pp. 159-166.

⁵² Como decidiu o TRC, no recente Acórdão de 13.11.2018 (Alberto Ruço), in www.dgsi.pt, a validade de um acto de renúncia ao direito de indemnização tem de ser precisada, tendo presente o artigo 809.º, à luz do universo de danos cujos factos causadores já estavam formados no momento da sua fixação: “3 – A cláusula, ‘com o recebimento do montante da indemnização, relativo a todos os danos e despesas, presentes e futuros, emergentes do sinistro, considera-se completo e definitivo o ressarcimento, concede-se quitação incondicional e exonera-se a [...] de quaisquer responsabilidades sub-rogando-os em todos os direitos, ações e recursos contra os responsáveis pela verificação dos danos’, estabelecida entre uma seguradora e a vítima do acidente é nula, nos termos do artigo 809.º do Código Civil, quando entendida no sentido de que abrangeu danos cujos factos causadores não estavam formados no momento da sua fixação.”

⁵³ No sentido da invalidade de uma declaração de renúncia pelo trabalhador relativamente ao “direito ao pagamento das pensões por acidente de trabalho ainda não vencidas”, cfr. Acórdão do STJ de 12.12.2001 (Mário Torres), in www.dgsi.pt. O Ministério Público, em parecer junto aos autos, entendeu que, no caso concreto, estaria em causa uma *renúncia a direitos futuros*, que só caberia considerar como “válida se os mesmos forem susceptíveis de disposição”.

⁵⁴ Na definição proposta por COELHO (1995), p. 149, estão em causa “aqueles direitos que não se encontrem (ainda) na esfera jurídica do respectivo titular”; ou “direitos ainda não consolidados na esfera jurídica do seu titular” (loc. cit.).

Apesar das dificuldades conceptuais na matéria⁵⁵, justifica defender-se, como solução de princípio, a invalidade de um acto de renúncia que tenha por objecto *direitos futuros*, na acepção considerada⁵⁶.

A razão de ser desta tomada de posição suporta-se no não preenchimento dos requisitos de idoneidade do objecto negocial: estando em causa *direitos futuros*, ainda não constituídos na esfera jurídica do sujeito, não deve ser reconhecido o poder de disposição por parte do seu (futuro) titular. Por conseguinte, deve recusar-se a eficácia extintiva desses direitos em termos antecipados quanto ao momento da correspondente consolidação jurídica⁵⁷.

Em termos complementares, pode ainda relevar-se a circunstância de os direitos em causa terem, em regra, um título normativo de natureza imperativa que prejudica, por este motivo, a pura e simples disponibilidade do direito⁵⁸.

21.º *Em terceiro lugar*, e como solução de princípio, o acto de renúncia deve ser *subsequente* à efectivação do direito que é objecto dela. Numa palavra, não deve, em regra, ser *anterior à constituição do direito* ou, pelo menos, relativamente ao *momento em que era antecipável o tipo de protecção* jurídica reconhecida por lei ao credor renunciante. Deve, por isso, reclamar-se, no momento da estipulação do acto de renúncia, a prova do *conhecimento dos meios de tutela*, pelo renunciante, ou, pelo menos, da *susceptibilidade de antecipação, com elevada probabilidade, dos meios de tutela* concretamente relevantes.

⁵⁵ Nomeadamente, no confronto entre direitos subjectivos futuros, direitos sob condição ou a termo e expectativas jurídicas. Sobre este ponto, cfr. COELHO (1995), pp. 149-150.

⁵⁶ É outro o critério sustentado por COELHO (1995), p. 151: “se a renúncia a um direito futuro não é em si mesma proibida, tal como o não é a venda de coisa futura ou a cessão de crédito futuro, já o é porém a renúncia a um direito futuro a título de *doação* e, por conseguinte do mesmo modo a renúncia puramente *abdicativa* a um direito futuro”. O mesmo A. (COELHO, 1995: p. 66 – nota n.º 154) precisa esta asserção: “justamente porque futuros, não são *ainda* susceptíveis de uma renúncia verdadeira e própria [...]”.

⁵⁷ COELHO (1995), p. 145.

⁵⁸ Assim, designadamente, em matéria de direitos de personalidade, que não podem ser cedidos pelo seu titular nem objecto de uma renúncia válida quanto à respectiva titularidade. Também no plano das responsabilidades parentais, o artigo 1882.º precisa que: “*Os pais não podem renunciar à[s] responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção.*”

22.º No plano dos efeitos, como se antecipou, a renúncia válida opera uma vicissitude que atinge a situação jurídica: no que respeita à titularidade de direitos e de outras situações jurídicas activas, a renúncia determina a correspondente *extinção* (em matéria de vicissitudes objectivas) e *perda* (ao nível das vicissitudes subjetivas)⁵⁹.

Nesta medida, o acto de renúncia em sentido próprio (enquanto renúncia abdicativa) pode ser reconduzido à categoria dos denominados *negócios dispositivos com uma eficácia extintiva*, isto é, que determinam a cessação de vigência de situações jurídicas⁶⁰.

V. O artigo 809.º do Código Civil como coordenada normativa primária. O princípio da inadmissibilidade de uma renúncia antecipada a direitos

23.º O artigo 809.º do C.C., sob a epígrafe *Renúncia do credor aos seus direitos*, assume-se como a coordenada normativa central nesta matéria. O preceito comina com a nulidade “*a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800.º*”⁶¹.

Este preceito está incluído no regime comum do incumprimento contratual imputável ao devedor⁶².

⁵⁹ Cfr. CARVALHO FERNANDES (2010), pp. 659-677.

⁶⁰ Com alusão aos denominados “*negozi estintivi (abolitivi)*”, enquanto espécie do género negócios dispositivos, que se caracterizam pelo efeito particular da perda do direito pelo seu titular, cfr. FERRARA (2011), pp. 272-274. Também no Direito italiano, cfr. BETTI (1994, pp. 292-294) – que integra a renúncia abdicativa na categoria dos negócios dispositivos, que determinam uma diminuição do património do agente renunciante.

⁶¹ A proibição apenas cede no caso de o incumprimento ser fundado em acto de representantes ou de pessoas utilizadas pelo devedor para o cumprimento da obrigação, nos termos admitidos na parte final do artigo 800.º, n.º 2, do C.C.

⁶² Em concreto, na Divisão IV (*Fixação contratual dos direitos do credor*), da Subsecção II (*Falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor*), da Secção II (*Não cumprimento*), do Capítulo VII (*Cumprimento e não cumprimento das obrigações*). Na manualística, cfr. TELLES (1997), pp. 422-437; VARELA (2003), pp. 914-916 (e notas n.ºs 1 e 2 – 915), e (1997), pp. 135-139; COSTA (2009), pp. 784-793; OLIVEIRA (2011), pp. 899-920; CORDEIRO (2017), p. 69 e pp. 425-441, (2014), p. 668, e (2012), pp. 69-70; PROENÇA (2017), pp. 471-489; LEITÃO (2018), pp. 287-289. Cfr., ainda, PRATA (2017), anotação ao artigo 809.º, pp. 1017-1019;

24.º Do teor gramatical do artigo 809.º resulta a admissibilidade, em certos termos, de um *acto de renúncia a um direito*, a saber:

- (a) Que se dirija a *qualquer dos direitos que são facultados, por lei, ao credor*.
- (b) Com um *objecto possível, determinável e lícito* – condição implícita, mas que releva com base nos requisitos comuns de idoneidade do objecto negocial, enunciados no artigo 280.º do C.C.
- (c) *Posterior* – portanto, não prévia nem antecipada – pressuposto que se afere tendo por referência *o momento da constituição da situação jurídica activa objecto do acto de renúncia*.

25.º A inserção sistemática do preceito não parece prejudicar a existência de uma *directriz geral*, que fundamenta a *inadmissibilidade de uma renúncia antecipada a direitos*, com um âmbito de aplicação mais lato do que o do regime do incumprimento contratual⁶³.

Tem sido esta a perspectiva assumida por alguma da doutrina que se tem dedicado à exegese do artigo 809.º: este preceito configura, neste entendimento, um subsídio normativo relevante para a fundamentação da *irrenunciabilidade antecipada aos meios de tutela patrimonial* reconhecidos ao credor⁶⁴. De igual modo, a jurisprudência tem convocado

MONTEIRO (2018), pp. 79-105; OLIVEIRA (2018); ANTUNES (2018), anotação ao artigo 809.º, pp. 1145-1157.

⁶³ Uma das dúvidas suscitadas pelo artigo 809.º respeita aos *limites objectivos do acto de renúncia pelo credor*, isto é, ao catálogo de direitos elegíveis para este efeito. Tendo presente a inserção sistemática do preceito e a respectiva formulação gramatical, é controverso que o mesmo possa ser invocado para vedar, por exemplo, uma *renúncia ao direito potestativo de anular o negócio*, isto é, uma situação jurídica que está prevista na Parte Geral do Código Civil e que não constitui um meio de tutela específico do credor. O âmbito de aplicação do artigo 809.º foi, recentemente, concretizado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13 de Novembro de 2018 (Alberto Ruço), in www.dgsi.pt. Discutiu-se, então, se deveria considerar-se abrangida por aquela norma a cláusula que previa a *renúncia ao direito de indemnização*. Para mais desenvolvimentos, cfr. o nosso *A irrenunciabilidade antecipada a direitos*, a publicar no *Livro em Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*.

⁶⁴ O denominado *princípio de irrenunciabilidade antecipada aos direitos* é aclamado, designadamente, por ANTUNES (2018), comentário ao artigo 809.º, anotação n.º 6, pp. 1148-1149; SILVA (2002), pp. 182-183 – que precisa que a razão de ser da irrenunciabilidade prévia é “evitar uma decisão em branco, in futurum, sem pleno conhecimento de causa” (ob cit., p. 213); CORDEIRO (2012), pp. 69-70 – que fundamenta normativamente o princípio em nove preceitos legais; (2014), p. 668, e (2017), p. 69, pp. 439-440 e p. 493 – onde esclarece que a

a existência de um *princípio de inadmissibilidade de uma renúncia antecipada a direitos*⁶⁵.

26.º O denominado princípio da *irrenunciabilidade antecipada a direitos* parece suportar-se em vários preceitos legais previstos no Código Civil, a saber:

- a) *Em primeiro lugar*, o artigo 288.º (Confirmação), n.º 2, que, em matéria de *confirmação de negócios anuláveis*, apenas reconhece eficácia ao acto de confirmação quando este “*for posterior à cessação do vício que serve de fundamento à anulabilidade e o seu autor tiver conhecimento do vício e do direito à anulação*”.

Deste normativo resultam duas coordenadas fundamentais: *por um lado*, a confirmação está sujeita a *requisitos temporais*, uma vez que a legitimação superveniente de um negócio viciado em termos genéticos só é admitida depois de cessado o vício que fundamenta o direito à anulação;

proibição de renúncia antecipada aflora na proibição de doar bens futuros e de celebrar pactos leoninos. CORDEIRO (2012: p. 70) admite, em todo o caso, a susceptibilidade de afastamento “em concreto, por princípios mais fortes ou por normas”. Certa doutrina tem evidenciado que a validade de uma renúncia antecipada ao exercício de direitos pelo credor se afigura contrária à natureza da obrigação, destituindo-a da coercibilidade característica. Recorde-se, a propósito, que a solução de princípio no sentido da *inadmissibilidade de uma exclusão ou limitação de responsabilidade em termos antecipados* não é consentânea na doutrina. Com a defesa de uma interpretação restritiva do artigo 809.º e afirmando a validade, em princípio, da *cláusula exoneratória por culpa leve*, cfr. MONTEIRO (1985), pp. 212-255 – que rejeita que exista, nessa eventualidade, uma *renúncia do credor à sua protecção jurídica*. Com alusão a um princípio de “proibição da renúncia a direitos futuros”, cfr. COELHO (1995), p. 143 – que ilustra a juridicidade do princípio com base nos artigos 288.º, n.º 2, 302.º, n.º 1, 809.º, 977.º, 2028.º e 2170.º Sobre o tema, cfr. ANTUNES (2018), pp. 1145-1157.

⁶⁵ No sentido da nulidade de uma cláusula que titulava a renúncia antecipada ao direito de indemnização de clientela, por parte do concessionário, cfr. Acórdão do STJ de 12.05.2011 (Granja da Fonseca), in www.dgsi.pt. O princípio da irrenunciabilidade antecipada ao direito de indemnização pelo credor foi, também, enunciado no Acórdão do STJ de 26.03.1998 (Tomé de Carvalho), in www.dgsi.pt, *ibidem*, BMJ, n.º 475 (1998), pp. 664-667 – que considerou válido o acto de renúncia posterior ao direito de indemnização, estipulado no momento em que o devedor estava constituído em mora e em que o credor já era titular do direito aos juros moratórios. Releva, de igual modo, o Acórdão do TRL de 17.10.2013 (Olindo Geraldes), in www.dgsi.pt – que afastou a validade do acto de renúncia antecipada, pelo credor, ao direito à indemnização por mora do devedor. Cfr, em matéria sucessória, o Acórdão do STJ de 02.12.2010 (Álvaro Rodrigues), in www.dgsi.pt – que se pronunciou sobre a inadmissibilidade da renúncia ao direito de partilhar.

por outro lado, convoca-se o preenchimento de *requisitos subjectivos*, na medida em que se exige a *consciência e o conhecimento do vício e do direito à anulação* pelo titular do direito de confirmação⁶⁶.

b) *Em segundo lugar*, o artigo 302.º (*Renúncia da prescrição*), n.º 1, que só autoriza a *renúncia da prescrição “depois de haver decorrido o prazo prescricional”*.

Como resulta cristalinamente do preceito⁶⁷, a renúncia à prescrição pressupõe que o prazo correspondentemente aplicável se tenha consumado; portanto, o artigo não cuida da renúncia em momento anterior ao precedimento do lapso de tempo relevante. Este normativo é ainda aplicável em sede de usucapião, por efeitos da remissão operada pelo artigo 1292.º⁶⁸

c) *Em terceiro lugar*, e como subsídio central, o artigo 809.º (*Renúncia do credor aos seus direitos*), nos termos do qual: “É nula a cláusula pela qual o credor *renuncia antecipadamente aos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800.º*”

Esta norma parece vedar a renúncia estipulada antes do momento do exercício dos direitos pelo credor.

d) *Em quarto lugar*, o artigo 942.º (*Objecto da doação*), n.º 1, que proíbe a *doação de bens futuros*.

O legislador desvalora, assim, a disposição de bens em cuja titularidade o sujeito ainda não foi investido.

e) *Em quinto lugar*, o artigo 977.º (*Inadmissibilidade de renúncia antecipada*), que proclama: “[o] doador não pode *antecipadamente renunciar ao direito de revogar a doação por ingratidão do donatário*”.

⁶⁶ A confirmação, justifica recordar-se, é o acto praticado pelo sujeito com legitimidade para arguir a invalidade do acto viciado, que tem o efeito de o expurgar do vício, assim conduzindo à sua convalidação. Sobre o conceito, modalidades e limites de admissibilidade do acto de confirmação, cfr. ALARCÃO (1971) e, mais recentemente, CORDEIRO (2008). Como ensina ALARCÃO (1957, p. 231), “[p]ara que de uma tal renúncia se possa falar, e para que haja uma verdadeira *intenção confirmatória*, deve, normalmente, requerer-se que o confirmante tenha a *consciência do vício que se pretende sanar e bem assim do direito de fazer valer a respectiva anulabilidade*”.

⁶⁷ Cfr. ANTUNES (2014), comentário ao artigo 302.º, pp. 52-61.

⁶⁸ Cfr. Acórdão do STJ de 18.06.2014 (Abrantes Geraldes), in www.dgsi.pt.

- f) *Em sexto lugar*, o artigo 994.º (*Pacto leonino*), que proscreve o chamado *pacto leonino*, isto é, a cláusula “*que exclui um sócio da comunhão nos lucros ou que o isenta de participar nas perdas da sociedade, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 992.º*”
- g) *Em sétimo lugar*, o artigo 1730.º (*Participação dos cônjuges no património comum*), n.º 1, que sentencia: “[o]s cônjuges participam por metade no activo e no passivo da comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso.”
- h) *Em oitavo lugar*, o artigo 1882.º (*Irrenunciabilidade*) precisa que: “Os pais não podem renunciar à[s] responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção.”

Esta norma afasta a validade da renúncia à titularidade das responsabilidades parentais e, bem assim, relativamente a situações jurídicas indisponíveis e justificadas em nome de interesses estratégicos, em concreto, em homenagem ao superior interesse da criança⁶⁹.

- i) *Em nono lugar*, o artigo 2008.º (*Indisponibilidade e impenhorabilidade*), n.º 1, precisa que: “[o] direito a alimentos não pode ser renunciado ou cedido, bem que estes possam deixar de ser pedidos e possam renunciar-se às prestações vencidas”⁷⁰.
- j) *Em décimo lugar*, o artigo 2101.º (*Direito de exigir partilha*), n.º 2, que *proíbe a renúncia ao direito de partilhar*⁷¹, admitindo, embora,

⁶⁹ Esta norma dirige-se aos sujeitos investidos na titularidade das responsabilidades parentais e visa prevenir situações de perigo para a criança (a nascer ou já nascida). A Constituição da República Portuguesa proclama, no artigo 36.º, n.º 5, que: “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.”

⁷⁰ Cfr. Acórdão do TRL de 20.04.2010 (Abrantes Geraldes), in www.dgsi.pt – “A renúncia ao direito de alimentos apenas é válida em relação a prestações de alimentos vencidas. Não é válido o acordo extrajudicial dos progenitores do filho menor nos termos do qual um deles, em contrapartida de autorizar que o filho fosse viver com o outro para o estrangeiro, ficaria dispensado do pagamento das prestações alimentícias fixadas por acordo judicialmente homologado” (itálico nosso). No caso, estava em apreciação a norma do artigo 2008.º, tendo sido ponderado o “interesse público” que subjaz àquela regulamentação.

⁷¹ Cfr. Acórdão do STJ de 02.12.2010 (Álvaro Rodrigues), in www.dgsi.pt – “I – O art.º 2101.º/2 do Código Civil estabelece o princípio da irrenunciabilidade ao direito de partilhar, sendo tal norma de natureza imperativa, posto que, como bem reconheceu o Ac. deste Supremo Tribunal de 26 de Abril de 1994, ‘tem subjacente um princípio de interesse e ordem pública’, pelo que a sua

que se convencione que “o *património se conserve indiviso por certo prazo, que não exceda cinco anos*”.

- k) Em décimo primeiro lugar, o artigo 2170.º (Proibição da renúncia), nos termos do qual: “*Não é permitida em vida do autor da sucessão a renúncia ao direito de reduzir as liberalidades.*”
- l) Em décimo segundo lugar, o artigo 2311.º (Faculdade de revogação) esclarece, no n.º 1, que: “*O testador não pode renunciar à faculdade de revogar, no todo ou em parte, o seu testamento.*”

27.º Os subsídios normativos referidos conduzem-nos a reconhecer o *princípio, de natureza transpositiva, de irrenunciabilidade antecipada a direitos*. Esta directriz permite fundamentar a inadmissibilidade de um acto de renúncia *antecipada, abstracta e genérica*.

Numa palavra, o acto de renúncia não pode ser praticado num contexto e em circunstâncias que inviabilizem o conhecimento ou a cognoscibilidade, pelo renunciante, dos meios de tutela patrimonial, assim como dos efeitos previsíveis desse acto. É o que parece suceder na hipótese de, no momento em que foi estipulada a renúncia, não ter sido possível (nem exigível) ao credor, em termos razoáveis, antecipar as consequências, no caso concreto, do seu acto⁷².

Por outro lado, justifica defender-se que o acto de renúncia só deve ser admitido no que respeita ao *exercício de situações jurídicas disponíveis*, como tal, tituladas em normas dispositivas e que não se fundamentem em razões de interesse geral e de ordem pública.

28.º Em termos complementares, cremos que o sentido da inadmissibilidade de uma renúncia “*antecipada*” não é vedar qualquer estipulação de renúncia incluída em contratos, no momento da respectiva

violação importa a nulidade, nos termos do disposto no art.º 280.º do C.Civil” (realce no texto original).

⁷² No contexto do Direito Europeu dos Contratos, cumpre atender ao artigo II. – I: 102: *Party autonomy* (3) do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Nos termos desse preceito, “[a] *provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or vary its effects does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which that party is aware*” (redondo nosso). Desta disposição parece resultar, *a contrario*, a inadmissibilidade de um acto de renúncia relativamente a *direitos ainda não integralmente constituídos* ou em casos em que *o sujeito renunciante não tenha a consciência e a vontade de renunciar*.

celebração; antes, pretende o ordenamento jurídico prevenir hipóteses de *renúncia ao exercício de direitos, ou a meios de tutela jurídica, que não tenham sido adequadamente ponderadas*, pela circunstância de *não ser previsível nem antecipável* o efeito jurídico correspondentemente aplicável no caso concreto.

29.º Deve, ainda, enfatizar-se que, mesmo num cenário caracterizado pela recusa de um *princípio geral de irrenunciabilidade antecipada* e, em concreto, de insusceptibilidade de aplicação do artigo 809.º fora dos casos expressamente abrangidos pelo seu enunciado gramatical, o juízo quanto à validade de um acto de renúncia pode convocar outras coordenadas gerais do sistema, entre as quais, o artigo 280.º do C.C.⁷³ Noutros termos, em situações-limite, a invalidade de uma cláusula de renúncia antecipada a direitos e a meios de tutela jurídica pode fundamentar-se na contrariedade à ordem pública e, em concreto, na ofensa do princípio do equilíbrio negocial ou da justiça comutativa, em razão do grave desequilíbrio contratual e da falta de correspectividade manifestas⁷⁴.

30.º O esclarecimento dos limites de admissibilidade de um acto de renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial tem, pelo exposto, de relevar, como ponto de partida, os subsídios normativos vigentes. Entre estes, o artigo 809.º do C.C. assume o papel de coordenada normativa primária quanto ao juízo de validade de uma cláusula de renúncia.

A defesa de um princípio geral de irrenunciabilidade antecipada a direitos ou a meios de tutela patrimonial reforça a necessidade de proceder a um *exame concreto e contextualizado do acto de renúncia* e, em particular, de atender a elementos indiciários, que possam ser convocados como critérios operacionais, como se vai procurar sistematizar de seguida.

⁷³ Cfr. Acórdão já citado do STJ de 12.12.2001 (Mário Torres), in www.dgsi.pt – que proclamou a nulidade do acto de renúncia pelo trabalhador, estipulado no momento em que rescindiu o seu contrato de trabalho, aos 65 anos, quanto ao *direito à pensão de reforma* (apurado nos termos previstos no ACTV dos Bancários de 1980), em razão da natureza indisponível deste direito.

⁷⁴ Cfr. ANTUNES (2018), anotação ao artigo 809.º, pp. 1151-1153.

VI. Os critérios operacionais do acto de renúncia antecipada a meios de tutela patrimonial

31.º A resposta definitiva quanto aos limites de admissibilidade de um acto de renúncia antecipada a meios de tutela patrimonial tem de ponderar critérios operacionais que permitam, consoante a perspectiva conceptual assumida: (i) ou *efectivar o comando normativo subjacente ao princípio (geral) da irrenunciabilidade antecipada a direitos*; (ii) ou *ilustrar os casos (excepcionais) em que não pode ser autorizado o acto de renúncia, no exercício da autonomia privada*.

32.º O esclarecimento da validade de um acto de renúncia deve ser balizado, designadamente, com base nas seguintes coordenadas:

- (a) O acto de renúncia deve ser praticado por quem tem *conhecimento do conteúdo da situação jurídica de que é titular, assim como dos efeitos daquele acto*. Reclama-se, pois, uma *decisão esclarecida* por parte do renunciante;
- (b) A situação jurídica objecto do acto de renúncia deve estar titulada numa norma de *natureza dispositiva*⁷⁵. Neste sentido, na ausência de uma autorização legal explícita, afigura-se contrária a renúncia que tenha por objecto situações jurídicas reconhecidas em normas imperativas⁷⁶;
- (c) Só cabe autorizar, em regra, um acto de renúncia praticado *em momento posterior ao da aquisição do direito ou situação jurídica*, isto é, decorrido que esteja o respectivo processo constitutivo⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. Acórdão do STJ de 16.09.2008 (Maria dos Prazeres Beleza), in www.dgsi.pt – que rejeitou a tese da invalidade do acto de renúncia, entre outros argumentos, pela circunstância de estarem em causa interesses de natureza disponível; no caso, o direito de uma Companhia de Seguros a ser reembolsada do valor de pagamentos efectuados.

⁷⁶ Cfr. Acórdão do STJ de 12.05.2011 (Granja da Fonseca), in www.dgsi.pt – que fundamentou a nulidade do acto de renúncia antecipada ao direito de clientela na ofensa da norma imperativa prevista no artigo 33.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho. No âmbito juslaboral, cfr. Acórdão do STJ de 07.03.2001 (Mário Torres): “II – *Por versar sobre direito indisponível, é nula a renúncia ao direito à pensão de reforma (art.º 280, do CC).*”

⁷⁷ Sancionando com a nulidade uma cláusula que titulava a *renúncia antecipada ao direito de indemnização de clientela, por parte do concessionário*, cfr. Acórdão do STJ de 12.05.2011 (Granja da Fonseca), in www.dgsi.pt: “VII – *A cláusula de um contrato de concessão celebrado entre concedente e concessionário, que estabelece que ‘nenhuma delas (partes) será responsável*

Em alternativa, deve exigir-se, pelo menos, que o acto de renúncia seja praticado num momento em que seja possível *antecipar, com elevada certeza, o nível de protecção que a lei reconhece ao credor*. Noutros termos, o juízo de validade de um acto de renúncia antecipada reclama *a prova da previsibilidade, no momento da renúncia, dos efeitos deste acto de renúncia*, à luz da situação concreta (assim, v.g., tem de se demonstrar que a real extensão dos danos era antecipável no momento da renúncia ao direito de indemnização);

- (d) O acto de renúncia deve *observar exigências de forma*, que são impostas como requisito de validade do acto, assim garantindo que são a reflexão e a ponderação necessárias, minimizando os riscos de uma conduta precipitada por parte do sujeito abdicante⁷⁸, e, por outro lado, servindo de meio de prova.

33.º Os subsídios defendidos não prejudicam a necessidade de uma *análise contextualizada do acto de renúncia*.

Com efeito, entende-se que deve ser rejeitado um juízo abstracto no sentido quer da validade quer da invalidade de um acto de renúncia⁷⁹. Noutros termos, a resposta a este problema reclama um *exame finalístico*, que pondere as circunstâncias em que ocorreu o acto de renúncia e, em concreto, os elementos relativos ao sujeito renunciante (que permitam avaliar do modo de formação da vontade em termos maduros, livres, esclarecidos e lícitos) e quanto ao objecto do acto de renúncia (entre os quais, a natureza da situação jurídica e da norma legal que a reconhece; a finalidade do contrato e os interesses que se pretendeu prosseguir com

pelo pagamento de qualquer compensação à outra pelo facto de se verificar tal concessão' equivale à renúncia antecipada do concessionário ao seu direito de clientela, sendo nula, por violar o art. 33.º, n.º 1, do DL n.º 178/86, de 03-07, que reveste natureza imperativa."

⁷⁸ Cfr. Acórdão do STJ de 31.01.2002 (Ferreira Girão), in www.dgsi.pt: "2 – A expressa declaração de renúncia aos parqueamentos, em regime de propriedade horizontal, é nula por falta de forma, por constar de documento particular e não de escritura pública, não pode converter-se em contrato-promessa de renúncia."

⁷⁹ Apesar de rejeitar a existência de um princípio geral de irrenunciabilidade antecipada, é também esta a conclusão sustentada por PIRES (2019), p. 118 – que rejeita "uma proibição genérica e *a priori* de renúncias antecipadas a meios de reacção".

a celebração do contrato)⁸⁰. Este exercício tem, pois, de privilegiar a *interpretação das estipulações acordadas pelas partes*, ponderando-se, de modo especial, o contexto negocial, a finalidade que as partes pretendem prosseguir com o contrato, e o feixe de interesses satisfeitos com a situação jurídica a que se renuncia.

34.º Perante uma estipulação concreta, impõe-se esclarecer se o sujeito abdicante está, na verdade, a *renunciar à sua protecção jurídica* ou, pelo contrário, a *exercer, em termos esclarecidos e livres, a sua autonomia negocial*, compondo os respectivos interesses e fazendo-os corresponder na equação económica do contrato. Numa palavra, só uma análise finalisticamente orientada permite compreender se, na situação individual, foi praticado um acto de renúncia inválido (com o conteúdo de uma renúncia abdicativa à protecção jurídica nuclear e intangível garantida no âmbito da tutela patrimonial do crédito) ou, pelo contrário, se está em causa o exercício, em termos esclarecidos e livres, da autonomia privada, com respeito pelo princípio da justiça comutativa e do equilíbrio negocial.

Assim, no caso de o titular do direito ou da situação jurídica *renunciar a um entre vários meios de tutela funcionalmente destinados a satisfazer o mesmo feixe de interesses*, parece dever reconhecer-se, em princípio, a respectiva validade, porque não se configura, em rigor, uma ablação dos meios de tutela patrimonial. De igual modo, a estipulação da renúncia pode ter sido acompanhada do reconhecimento, a favor do renunciante, de vantagens patrimoniais, com impacto na equação económica do contrato. Diversamente, já deve ser julgada inválida a cláusula que inviabilize, na prática, a tutela patrimonial do crédito, o que pode suceder na eventualidade de, por essa via, se esvaziar o objecto do contrato e se frustrar a respectiva função concreta⁸¹.

⁸⁰ Muito recentemente, cfr. PIRES (2019), p. 118: “A norma do artigo 809.º obriga a uma análise dos interesses, da finalidade e das implicações do meio de reacção do credor.”

⁸¹ Na jurisprudência, cfr. Acórdão do STJ de 09.05.2019 (Nuno Pinto de Oliveira), in www.dgsi.pt – que decidiu pela nulidade das cláusulas inseridas num contrato de seguro desportivo obrigatório que limitavam o valor da indemnização devida ao lesado por lesões corporais, irrelevando a actividade profissional do desportista, com fundamento no esvaziamento do objecto do contrato. Para o conceito de causa negocial como função correspondente a um determinado negócio jurídico, que deve ser digna de tutela jurídica, cfr. ANTUNES (2016).

35.º Por conseguinte, à luz do Direito vigente, um acto de renúncia pode ser autorizado desde que:

- a) Se dirija a situações jurídicas tituladas em *normas com natureza dispositiva*;
- b) Atinja o *exercício das situações jurídicas* (e já não a titularidade das mesmas);
- c) Tenha um *objecto possível, determinável e lícito* (nos termos reclamados pelo artigo 280.º do C.C.);
- d) Seja praticado *depois da aquisição do direito ou da situação jurídica* ou, pelo menos, *em momento em que seja possível antecipar, com elevada certeza, o nível de protecção que a lei reconhece ao credor*;
- e) Se demonstre o *conhecimento ou, pelo menos, a cognoscibilidade*, pelo renunciante, dos *meios de tutela patrimonial que lhe assistem* ou do *universo de direitos* de que é titular num duplo plano, *qualitativo* (natureza e tipo de situações jurídicas) e *quantitativo* (número de situações jurídicas). Esta exigência prejudica a validade de actos de renúncia que consistam em declarações vagas ou ambíguas ou que ocorram num contexto em que não é possível antecipar, com razoável certeza, as medidas de tutela susceptíveis de serem actuadas pelo credor (tendo sempre por referência a data do acto de renúncia);
- f) Se demonstre o *conhecimento ou a cognoscibilidade, pelo renunciante, do efeito previsível* do acto de renúncia no universo de meios de tutela patrimonial; numa palavra, deve demonstrar-se que o credor renunciou à protecção que *sabia* ou que *podia antecipar* que a lei lhe conferia;
- g) Não tenha o efeito de determinar uma *supressão desproporcionada dos meios de tutela jurídica susceptíveis de serem actuados pelo credor*, isto é, deve conduzir apenas a um condicionamento das situações jurídicas, que possa ser justificado, designadamente, pelo facto de se terem reconhecido ao renunciante vantagens patrimoniais espelhadas na equação económica do contrato. Numa palavra, não deve equivaler a uma ablação imposta sem correspondência com o equilíbrio negocial acordado.

VII. Conclusões

1.º A *renúncia antecipada a meios de tutela patrimonial* é uma figura controversa no Direito português, na medida em que o acto *abdicativo* opera *antes* da exigibilidade da situação jurídica visada, isto é, previamente à verificação das condições pressupostas para o seu exercício. Impõe-se, por isso, controlar a *seriedade* do acto praticado pelo credor e, de modo especial, a *consciência de juridicidade* do mesmo.

2.º O artigo 809.º não inquina a validade de todo o acto de renúncia a meios de tutela patrimonial. Não pode, por isso, proclamar-se, em termos abstractos, a inadmissibilidade de qualquer forma de autorregulamentação convencional do exercício das situações jurídicas ou dos meios de tutela patrimonial do crédito.

3.º A *maior ou menor latitude da norma do artigo 809.º* está dependente da tomada de posição quanto à existência de um *princípio geral de irrenunciabilidade antecipada de direitos*.

4.º O *princípio da irrenunciabilidade antecipada* obsta ao reconhecimento, em geral, de uma renúncia *ex ante*, *abstracta* e *genérica* às situações jurídicas e aos meios de tutela patrimonial do credor. Pelo contrário, qualquer acto de renúncia tem – nos termos gerais – de respeitar os requisitos jurídicos relativos aos sujeitos, ao objecto, à vontade, à declaração e à causa negociais.

5.º A solução de princípio defendida é reforçada nos domínios caracterizados por uma actuação profissional do devedor que é dificilmente compatível com uma exclusão *antecipada, em abstracto e genérica de meios de tutela patrimonial do crédito*.

6.º O sentido da inadmissibilidade de uma renúncia “*antecipada*” não é vedar qualquer estipulação de renúncia incluída em contratos, no momento da respectiva celebração; antes, pretende o ordenamento jurídico prevenir hipóteses de *renúncia ao exercício de direitos que não tenham sido adequadamente ponderadas*, pela circunstância de *não ser previsível nem antecipável* o efeito jurídico correspondentemente aplicável no caso concreto.

7.º A defesa de um princípio geral de irrenunciabilidade antecipada a direitos não prejudica a necessidade de se proceder a um *exame concreto e contextualizado do acto de renúncia* e, em particular, o relevo de

elementos indiciários, que possam ser convocados como critérios operacionais, relativos ao sujeito renunciante e ao objecto do acto de renúncia.

8.º O juízo definitivo quanto aos limites de admissibilidade de um *acto de renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial* deve ser precedido da interpretação do negócio jurídico e da operação negocial, ponderando-se, em particular, (i) a natureza da norma que titula a situação jurídica; (ii) o contexto negocial; (iii) a função que as partes pretendiam prosseguir com o contrato; (iv) o feixe de interesses satisfeitos com a situação jurídica a que se renuncia; (v) os efeitos previsíveis do acto de renúncia no universo dos meios de tutela jurídica.

9.º Apenas uma análise finalisticamente orientada permite compreender, perante uma estipulação concreta, se o sujeito renunciante praticou *um acto de renúncia inválido* (com o figurino de uma renúncia abdicativa à protecção jurídica nuclear e intangível, garantida no âmbito da tutela patrimonial do crédito) ou se, pelo contrário, *exerceu, em termos esclarecidos e livres, a sua autonomia negocial*, compondo os respectivos interesses e fazendo-os corresponder na equação económica do contrato.

10.º Na hipótese, designadamente, de o titular do direito ou da situação jurídica *renunciar a um entre vários meios de tutela funcionalmente destinados a satisfazer o mesmo feixe de interesses*, justifica reconhecer-se, em princípio, a respectiva validade, porque não se configura uma ablação quanto aos meios de tutela patrimonial. A mesma conclusão parece impor-se nos casos em que *o acto de renúncia seja acompanhado do reconhecimento de vantagens traduzidas na equação económica do contrato*.

Bibliografia

- Afonso, Ana – “Comentário ao artigo 527.º do Código Civil”, in Brandão Proença, *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, UCE, Lisboa, 2018, pp. 453-454.
- Alarcão, Rui de – *A confirmação dos negócios anuláveis*, vol. I, Atlântica Editora, Lisboa, 1971.
- Alarcão, Rui de – “Invalidade dos negócios jurídicos/Anteprojecto para o novo Código Civil”, *BMJ*, n.º 89 (1959), pp. 199-267.
- Antunes, Ana Filipa Morais – *A causa do negócio jurídico no Direito Civil*, UCE, Lisboa, 2016.

- Antunes, Ana Filipa Morais – *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais/Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- Antunes, Ana Filipa Morais – “Comentário ao artigo 405.º do Código Civil”, in Brandão Proença, *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, UCE, Lisboa, 2018, pp. 51-61.
- Antunes, Ana Filipa Morais – “Comentário ao artigo 809.º do Código Civil”, in Brandão Proença, *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, UCE, Lisboa, 2018, pp. 1145-1157.
- Antunes, Ana Filipa Morais – *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de personalidade)*, UCE, Lisboa, 2012.
- Antunes, Ana Filipa Morais – *Prescrição e Caducidade. Anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil (“O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas”)*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- Araújo, Fernando – *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2007
- Ascensão, José de Oliveira – *Direito Civil. Reais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- Betti, Emilio – *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.
- Coelho, Francisco Manuel de Brito – *A renúncia abdicativa no Direito Civil (Algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, BFDUC/Studia Iuridica, 8, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- Cordeiro, António Menezes – *Da Confirmação no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2008.
- Cordeiro, António Menezes – *Tratado de Direito Civil*, II, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014; VI, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012; e IX, 2017.
- Costa, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018 (5.ª reimp. = 2009).
- Fernandes, Luís Alberto Carvalho – *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2009.
- Fernandes, Luís Alberto Carvalho – *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.ª ed., UCE, Lisboa, 2010.
- Ferrara, Luigi Cariota – *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011 (ristampe).
- Fonseca, Ana Taveira da – “Comentário ao artigo 577.º do Código Civil”, in Brandão Proença, *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, UCE, Lisboa, 2018, pp. 593-597.
- Leitão, Luís Menezes – *Direito das Obrigações*, vol. II, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- Lima, Fernando Pires de / Varela, João de Matos Antunes – *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

- Monteiro, António Pinto – *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1985.
- Monteiro, António Pinto – “Dívidas de valor e restituição do preço em caso de invalidade ou de resolução do contrato”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 141.º, n.º 3971 (Novembro-Dezembro), 2011, pp. 91-105.
- Monteiro, António Pinto – “Fixação contratual dos direitos do credor”, in José João Abrantes (coord.), *50 anos do Código Civil de 1966*, Almedina-Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018, pp. 77-118.
- Oliveira, Nuno Manuel Pinto de – “Ónus da prova da culpa do devedor que beneficia da cláusula de exclusão ou de limitação de responsabilidade”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 148.º, n.º 4012 (Setembro-Outubro), 2018, pp. 30-52.
- Oliveira, Nuno Manuel Pinto de – *Cláusulas acessórias ao contrato. Cláusulas de exclusão e limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- Oliveira, Nuno Manuel Pinto de – *Princípios de Direito dos Contratos*, 1.ª ed., Coimbra Editora – Wolters Kluwer, Coimbra, 2011.
- Pires, Catarina Monteiro – *Contratos. I. Perturbações na execução*, Almedina, Coimbra, 2019.
- Prata, Ana – *Cláusulas de Exclusão e Limitação de Responsabilidade Contratual/Regime geral*, Almedina, Coimbra, 1985.
- Prata, Ana (coord.) – *Código Civil Anotado*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 1017-1019.
- Proença, J. Carlos Brandão – *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 2.ª ed., UCE, Porto, 2017.
- Serra, Adriano Paes Vaz – “Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de garantia contra responsabilidade por danos a terceiros”, *BMJ*, n.º 79 (Outubro de 1958), pp. 105-148.
- Serra, Adriano Paes Vaz – “*Direito das Obrigações (com excepção dos contratos em especial)*, Anteprojecto”, Sep. do *BMJ*, Lisboa, 1960.
- Silva, João Calvão – *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002.
- Telles, Inocêncio Galvão – *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- Trimarchi, Pietro – *Il Contratto: Inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010.
- Varela, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003; e vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997.
- Vasconcelos, Joana – “Comentário ao artigo 863.º do Código Civil”, in Brandão Proença, *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, UCE, Lisboa, 2018, pp. 1296-1299.

A oponibilidade da compensação de créditos conexos a terceiros*

ANA TAVEIRA DA FONSECA**

A compensação é uma causa de extinção de créditos homogêneos que têm reciprocamente os mesmos sujeitos como credor e devedor¹. Esta forma de extinção das obrigações além do cumprimento evita o pagamento recíproco de dívidas e garante ao(s) sujeito(s) que pode(m) a ela recorrer que, em caso de incumprimento, podem extinguir o crédito de que são titulares, recusando definitivamente a realização da prestação de que são devedores.

A compensação legal opera mediante declaração recetícia dirigida à contraparte (declaração de compensação), desde que os pressupostos de que depende essa extinção se encontrem verificados (situação de compensação)². Existe uma situação de compensação (artigo 847.º do Código Civil³) sempre que, para além da homogeneidade dos créditos, da existência, validade e exigibilidade do crédito ativo e da existência, validade e pagabilidade do crédito passivo, aqueles sejam considerados recíprocos. Para tanto, o declarante da compensação tem de ser devedor do crédito passivo⁴ ou estar em perigo de perder o que é seu em con-

* O texto que agora se publica corresponde à intervenção apresentada nos II Encontros de Direito Civil, que se realizaram no dia 22 de fevereiro de 2019, e constitui uma síntese do estudo elaborado para o livro em *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Neste último, procede-se a uma análise do conceito de conexão e do regime jurídico aplicável, em geral, à compensação de créditos conexos em Portugal e em outras ordens jurídicas.

** Professora Auxiliar da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Sobre a possibilidade de a compensação poder operar sem alteridade de sujeitos, v. A. TAVEIRA DA FONSECA (2015), pp. 403 a 406.

² Para maior desenvolvimento dos pressupostos da compensação legal, v. MENEZES CORDEIRO (2003), pp. 105 a 156, e A. TAVEIRA DA FONSECA (2015), pp. 402 a 463.

³ Pertencem ao Código Civil português vigente todos os preceitos legais doravante referidos sem indicação da respetiva proveniência.

⁴ Designa-se por ativo o crédito de que é credor o declarante da compensação e por passivo aquele de que este é o devedor ou pelo qual possa responder, em caso de incumprimento, com bem pertencente ao seu património.

sequência de execução por dívida de terceiro (artigo 851.º, n.º 1). Este risco só existe, se um bem do declarante da compensação garantir o cumprimento do crédito passivo ou for objeto de um ato praticado em prejuízo do credor que tenha sido precedentemente impugnado (artigo 818.º). É igualmente necessário, em regra, que o declarante utilize créditos que sejam seus e não créditos alheios, mesmo que o respetivo titular dê o seu consentimento (artigo 851.º, n.º 2, 1.ª parte) e, por fim, que o credor do crédito passivo seja o devedor do crédito ativo (artigo 851.º, n.º 2, 2.ª parte)⁵.

Em face do exposto, fácil é de concluir que a compensação legal se basta com a reciprocidade dos créditos, não estando previsto um regime especial para as hipóteses em que estes são também conexos, ao contrário do que acontece em França, onde a *compensation de dettes connexes* se encontra expressamente regulada no artigo 1348-1 do *Code Civil*⁶. Na doutrina e na jurisprudência portuguesas, não é igualmente comum identificarem-se as especificidades que derivam para o cumprimento das obrigações da relação de conexão existente entre os créditos. A circunstância de não se recorrer com frequência ao conceito de conexão para definir o vínculo que une os créditos que têm uma origem comum não significa que este não desempenhe um papel importante em vários domínios do direito.

Tratar da compensação de créditos conexos no ordenamento jurídico português exige que se comece por delimitar o conceito de conexão⁷. Os créditos conexos são aqueles que têm uma origem comum, sem que tenham de se encontrar unidos por um vínculo de sinalagmaticidade. Este constitui pressuposto de aplicação da exceção de não cumprimento (artigo 428.º) e da exceção de insegurança (artigo 429.º), e é um conceito mais restritivo do que o de conexão entre créditos. Os créditos

⁵ No recente diploma, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 150/2019, de 10 de outubro, através do qual se pretende criar um sistema eletrónico de compensação voluntária de créditos, permite-se, em situações em que os créditos não eram originalmente recíprocos, que se proceda à sua cessão a título de dação *pro solvendo*, para que duas entidades participantes no sistema passem a ser reciprocamente credora e devedora uma da outra e possam, assim, extinguir as duas dívidas (artigo 10.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 150/2019).

⁶ Para a caracterização da compensação de créditos conexos em França, v. A. TAVEIRA DA FONSECA (2020), pp. 97 a 102.

⁷ Cfr. A. TAVEIRA DA FONSECA (2015), pp. 473 e ss.

unidos pelo vínculo do sinalagma são naturalmente conexos, mas o inverso não é verdade.

Têm uma origem comum os créditos que derivam do mesmo contrato. São também créditos conexos aqueles que encontram a sua fonte no mesmo facto jurídico gerador de responsabilidade. O conceito de créditos conexos engloba igualmente aquelas hipóteses em que, embora emergindo de diferentes relações jurídicas, existe entre estes uma ligação económica. Estarão aqui essencialmente em causa créditos com origem em diferentes relações jurídicas, mas que têm por fim a produção de um resultado económico unitário. Para este efeito, tem sido considerado relevante o facto de os contratos dos quais derivam os créditos constituírem uma unidade económica ou contratos de execução de um contrato-quadro.

Deve, por fim, admitir-se que essa relação de conexão estreita também existirá quando os créditos têm origem na mesma relação da vida.

No nosso ordenamento, é o direito de retenção, e não a compensação, que pressupõe a existência de uma relação de conexão material (artigo 754.º) ou jurídica entre os créditos (artigo 755.º). Note-se, porém, que o universo dos créditos unidos por uma relação de conexão não se encontra circunscrito às situações em que o legislador português reconhece ao devedor um direito de retenção. Ao contrário do que tinha proposto VAZ SERRA⁸ nos trabalhos preparatórios, escolheu-se não atribuir ao devedor um direito de retenção geral sempre que o seu credor não cumpra, em simultâneo, uma obrigação com uma origem comum à do seu débito. A opção de circunscrever o âmbito de aplicação do direito de retenção a determinadas relações de conexão entre os créditos previstas na lei foi condicionada por se ter preferido atribuir, em todas as situações, ao retentor um direito real de garantia para tutela do seu crédito. A opção tem, contudo, consequências, posto que, estando em causa uma restrição do princípio da taxatividade dos direitos reais e ao princípio da *par conditio creditorum*, só pode permitir-se a aplicação das várias disposições legais que consagram um direito de retenção a favor do devedor-credor dentro da plenitude da sua razão de ser.

A solução adotada não exclui, porém, a possibilidade de o devedor se recusar a cumprir a obrigação a que está vinculado até que um crédito

⁸ VAZ SERRA (1957), p. 247

conexo seja satisfeito, desde que àquele não seja reconhecido um direito real de garantia⁹, nem obsta a que os créditos conexos tenham, em sede de compensação, um tratamento distinto daquele que está pensado para os créditos simplesmente recíprocos. Por outras palavras, se ao devedor deve ser reconhecida a faculdade de se recusar a cumprir, enquanto um crédito conexo não for satisfeito, deve também admitir-se que, procurando ele extinguir esses créditos por via da compensação, esta não esteja sujeita às mesmas regras que se encontram previstas para a compensação de créditos sem qualquer ligação entre si.

A possibilidade de os créditos conexos terem, na compensação, um tratamento diferenciado encontra-se especificamente contemplada no artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de dezembro. Aí se estabelece que “uma pessoa com domicílio no território de um Estado-membro pode ser demandada se se tratar de um pedido reconvençional que derive do contrato ou do facto em que se fundamenta a ação principal, no tribunal onde esta última estiver pendente”. Para efeitos de compensação, mesmo que o direito interno de um Estado-membro, como sucede em Portugal¹⁰, determine que esta tenha de ser feita valer em juízo através de um pedido reconvençional, o tribunal internacionalmente competente para conhecer o pedido do autor é igualmente competente para apreciar o pedido reconvençional, desde que os créditos derivem do mesmo contrato ou facto jurídico. Por outras palavras, se a compensação de créditos conexos tiver de ser deduzida por via de reconvenção, o tribunal competente para julgar o pedido principal será também competente para decidir a compensação.

Do regime aplicável à oponibilidade de meios de defesa no contrato a favor de terceiro resulta que só a compensação de créditos conexos é oponível ao terceiro (artigo 449.º)¹¹. Da mesma forma que, existindo uma cessão da posição contratual (artigo 427.º), o contraente cedido só pode, em regra, invocar a compensação contra o cessionário, quando os

⁹ Sobre o direito do devedor a recusar o cumprimento da obrigação quando um crédito conexo não for satisfeito, v. A. TAVEIRA DA FONSECA (2015), pp. 501 e ss.

¹⁰ Para uma análise crítica da obrigatoriedade de a compensação ser deduzida através de um pedido reconvençional, v. A. TAVEIRA DA FONSECA (2015), pp. 462 e 463.

¹¹ VAZ SERRA (1952), p. 59.

créditos ativo e passivo derivarem do contrato que constitui objeto da cessão¹².

É, porém, difícil sustentar que estes exemplos encerram todas as situações em que os créditos conexos devem ser objeto de um tratamento jurídico diferenciado. Estes constituem, antes, a concretização de uma ideia mais geral de que os créditos conexos devem, para efeitos de compensação, ser discriminados positivamente relativamente aos créditos somente recíprocos. Solução, aliás, largamente acolhida noutros ordenamentos jurídicos¹³.

Como os preceitos legais que regulam a compensação legal se podem aplicar à compensação de créditos conexos, a possibilidade de estes se encontrarem sujeitos a um regime jurídico distinto dependerá da identificação de uma lacuna latente ou oculta, pela inexistência de disposição legal especial ou excecional que reja este subgrupo particular de casos.

Ainda que o regime jurídico da compensação seja formalmente aplicável a todos os créditos recíprocos, neles se incluindo os créditos conexos, a verdade é que esse regime é normativamente adequado a regular a extinção de créditos que não têm qualquer relação entre si, a não ser aquela que advém de os seus titulares serem respetivamente os mesmos. Procurar aplicar um regime jurídico que está pensado para créditos que não têm qualquer relação entre si, a créditos que têm uma origem comum, implicaria desconsiderar as diferenças que provêm da ligação de conexão existente entre as obrigações. A circunstância de os créditos, para além de recíprocos, se encontrarem unidos por um vínculo de conexão constitui, pois, fundamento para que se estabeleça uma distinção normativa que a lei não cria.

Com isto não se pretende defender a desaplicação de todas as disposições legais que regem a compensação. A especificidade dos créditos conexos, em relação aos demais créditos recíprocos, impõe que estes sejam regulados, por vezes, por disposições especiais, que a lei não prevê, mas devia contemplar. Outras vezes, o preenchimento da referida

¹² C. MOTA PINTO (1970), p. 492.

¹³ Cfr. A. TAVEIRA DA FONSECA (2020), pp. 97 a 108.

lacuna oculta exigirá que se proceda à redução teleológica de algumas disposições normativas previstas para a compensação, ou dito de outra forma, que se acrescente à norma geral a restrição que é exigida pela sua teleologia.

Identificaremos, de seguida, três pontos de regime que, tendo sido concebidos para a compensação de créditos sem qualquer ligação entre si, não se mostram adequados para reger a compensação de créditos conexos.

Enunciaremos, para o efeito, três hipóteses práticas, que procuraremos solucionar à luz do direito português constituído.

- I. A (cedente) transmite a B (cessionário) um crédito de que C é o devedor. A notifica C (devedor cedido) da cessão e, posteriormente, incumpe uma obrigação emergente do contrato que é fonte do crédito cedido. C estará impedido de opor a B, cessionário, a compensação da sua dívida com o crédito indemnizatório de que é titular? A resposta será diferente se os créditos derivarem de contratos distintos, mas que integram o mesmo complexo contratual?
- II. D empenha a favor de E um crédito sobre F. F é notificado do penhor. Posteriormente, D incumpe uma obrigação emergente do mesmo contrato. F está impedido de extinguir a sua dívida para com D com o crédito indemnizatório de que este último é devedor, por tal pôr em causa o direito de E, credor pignoratício?
- III. G pediu emprestado a H uma determinada quantia em dinheiro, que estava obrigado a restituir no dia 1 de janeiro. G era, por sua vez, titular de um crédito pecuniário sobre H, que só se vencia no dia 1 de março. Se H for declarado insolvente no dia 1 de fevereiro, G não pode, no dia 1 de março, compensar a sua dívida com o crédito sobre a insolvência?

I. Da inadequação do regime previsto para a oponibilidade da compensação ao cessionário, nas situações em que os créditos se encontram unidos por uma relação de conexão

De acordo com o disposto no artigo 585.º¹⁴, o devedor cedido pode opor ao cessionário todos os meios de defesa que podia invocar contra o cedente, mesmo que o cedido tenha aceite a cessão e ainda que o cessionário os desconhecesse, salvo aqueles que provenham de facto posterior ao conhecimento da cessão. Estamos, por conseguinte, perante uma exceção à regra segundo a qual o devedor do crédito ativo tem de ser o credor do crédito passivo (artigo 851.º, n.º 2, 2.ª parte).

A maioria da doutrina tem entendido¹⁵ que não é necessário que as condições para que a compensação legal possa operar estejam reunidas no momento em que a transmissão do crédito passa a ser oponível ao devedor cedido. Basta que o crédito ativo exista no momento em que o devedor cedido tem conhecimento da cessão do crédito passivo para que esta seja oponível ao cessionário. Quando muito, poder-se-á discutir se, para além de o crédito ativo existir, é necessário que este se torne exigível antes de o crédito passivo se vencer, por só aí o devedor cedido ter a legítima expectativa de extinguir a sua dívida com o crédito sobre o cedente de que é titular¹⁶.

Em face do que acaba de se expor, na primeira hipótese enunciada, como o crédito de C surgiu depois de a compensação produzir efeitos relativamente a ele, C não poderia opor a compensação a B.

A interpretação que é feita do artigo 585.º parece, pois, não contemplar as especificidades que decorrem de os créditos se encontrarem unidos por uma relação de estreita conexão, pois retira aparentemente ao devedor cedido a possibilidade de extinguir a sua dívida com um crédito surgido depois de a cessão lhe ser oponível.

Ao contrário daquele que é o entendimento maioritário em Portugal, somos de opinião que o artigo 585.º deve ser interpretado no sentido

¹⁴ Para uma análise dos meios de defesa que o cessionário pode opor ao devedor cedido, v. A. TAVEIRA DA FONSECA (2018), pp. 614 a 619.

¹⁵ Cfr. ANTUNES VARELA (1999), p. 329.

¹⁶ Cfr. MENEZES LEITÃO (2005), p. 378, e A. TAVEIRA DA FONSECA (2018), p. 617.

de permitir ao devedor opor ao cessionário a compensação em todas as situações em que aquele tem uma legítima expectativa de invocar contra este a extinção da sua dívida com o crédito de que é titular relativamente ao cedente. Em termos gerais, considera-se que há essa expectativa, se o contracrédito existir à data em que a cessão passa a ser oponível ao devedor cedido. cremos que, no caso de os créditos serem conexos, essa expectativa dependerá simplesmente da subsistência dos vínculos obrigacionais à data do conhecimento da cessão e não da existência do contracrédito com que especificamente se pretende extinguir o crédito cedido.

A compensação pode, por conseguinte, ser oposta ao cessionário, mesmo que o crédito do devedor não existisse no momento do conhecimento da cessão, desde que este crédito do devedor e o crédito cedido tenham uma origem comum. Entendemos que só assim não será, quando o devedor, ao consentir na cessão, tenha excluído a possibilidade de invocar a compensação com os créditos conexos de que seja titular, ou venha a ser, em relação ao cedente e nas situações em que tal possa ser considerado contrário à boa-fé. Tal poderá suceder, por exemplo, na hipótese de o crédito ativo ter sido constituído para impedir o cessionário de receber a prestação a que tem direito ou quando o devedor, não tendo renunciado à compensação, cria no cessionário uma legítima expectativa de não vir a lançar mão desta causa de extinção das obrigações além do cumprimento.

A solução por nós defendida encontra-se, desde 2016, consagrada no artigo 1324, (2), do Código Civil francês¹⁷, mas, há muito, era defendida pela doutrina e seguida pelos tribunais franceses¹⁸. Corresponde igualmente à proposta constante dos artigos 11:307 PECL e III, 5:116, (3), DCFR¹⁹.

Na Alemanha, também se aceita que o devedor cedido oponha ao cessionário a compensação com créditos constituídos em momento

¹⁷ F. TERRÉ (2016), p. 78, e MALARIE/AYNÈS (2016), p. 805.

¹⁸ Cfr. CASSIN (1914), p. 271, G. DUBOC (1989), p. 39, e S. ARZALIER (2002), pp. 159 e ss.

¹⁹ Para uma análise da oponibilidade da compensação pelo devedor cedido ao cessionário, quando os créditos compensáveis se encontram unidos por uma relação de conexão, no ordenamento jurídico francês e alemão, v. A. TAVEIRA DA FONSECA (2020), pp. 105 a 107.

posterior ao da transmissão do crédito, desde que estes derivem do mesmo contrato. Para este efeito, entende-se ser irrelevante a data em que ambos os créditos se tornam exigíveis ou a circunstância de o contra-crédito do devedor já existir no momento em que ele tem conhecimento da cessão, por se considerar que a proteção da legítima expectativa de o devedor continuar a opor ao credor as exceções emergentes do mesmo contrato obriga a que o devedor cedido possa invocar contra o cessionário a compensação da sua dívida com um crédito que tenha sobre o cedente, sempre que à data da cessão já exista a fonte da qual derivam os créditos²⁰. Argumenta-se, igualmente, que a compensação não pode ser oposta ao cessionário naquelas hipóteses em que, à data em que esta se torna oponível ao devedor cedido, não era previsível que o crédito cedido se pudesse extinguir por esta via, o que não se verifica quando o contra-crédito emerge do mesmo contrato. Segundo *Horst Eindenmüller*, a compensação com um crédito conexo constitui um risco previsível, que o cessionário pode acautelar no momento em que adquire o crédito²¹. A isto acresce que, neste caso, não há o perigo de o devedor cedido se conluir com o cedente para impedir o cessionário de receber a prestação a que tem direito²². Resta a dúvida de saber se esta confiança do devedor não deverá ser também tutelada quando a fonte das obrigações é distinta, mas integra o mesmo complexo contratual²³.

II. A possibilidade de a compensação de créditos conexos prejudicar direitos de terceiro, constituídos antes de os créditos se tornarem compensáveis, apesar de o art. 853.º, n.º 2, dispor que a compensação é excluída sempre que prejudique direitos de terceiro, constituídos antes de os créditos se tornarem compensáveis

De acordo com o disposto no artigo 853.º, n.º 2, a compensação é excluída sempre que prejudique direitos de terceiro, constituídos antes de os créditos se tornarem compensáveis. Da referida disposição legal parece resultar *a contrario* que a compensação deve ser admitida sempre

²⁰ Cfr. H. KÖTZ (1992), pp. 90 e 91, e G. H. ROTH/ E. V. KIENINGER (2016), pp. 2802 e 2803.

²¹ H. EINDENMÜLLER (2004), p. 485.

²² H. EINDENMÜLLER (2004), p. 485.

²³ Em sentido afirmativo, v. H. EINDENMÜLLER (2004), p. 485.

que o direito de terceiro se tiver constituído depois de a situação de compensação surgir e, como tal, após os créditos se terem tornado compensáveis, ainda que tal implique uma extinção de todos os direitos que têm por objeto esses créditos.

Uma interpretação literal do artigo 853.º, n.º 2, conduziria, em primeiro lugar, a que o titular de um crédito, que o onerou a favor de um terceiro, pudesse depois extinguir esse direito, compensando o crédito com uma dívida que esteja, por sua vez, adstrito a cumprir perante o devedor do crédito onerado, desde que os créditos fossem compensáveis no momento em que essa oneração ocorreu. Temos dúvidas que ao credor assista essa faculdade, quando foi este a constituir o direito a favor do terceiro. Parece-nos que a *ratio* do artigo 853.º, n.º 2, é a de compatibilizar as legítimas expectativas do devedor, que pretende extinguir a sua obrigação por meio da compensação, e do terceiro com direitos sobre o crédito. A referida disposição legal não deve servir para tutelar os interesses do credor que, voluntariamente, onerou o seu direito de crédito a favor de um terceiro, mesmo que essa oneração tenha ocorrido depois de os créditos já serem compensáveis. Por outras palavras, a norma em análise deve ser objeto de uma redução teleológica, pois não está compreendida no seu espírito a possibilidade de aquele que onera voluntariamente um direito de crédito poder, posteriormente, lançar mão da compensação, mesmo que os créditos já fossem compensáveis à data em que a oneração aconteceu. A situação do credor que decide voluntariamente onerar o seu direito de crédito não pode ser equiparada à do devedor do crédito sobre o qual foram constituídos direitos a favor de um terceiro sem o seu acordo. Ao primeiro não deve ser atribuída a faculdade de extinguir por via da compensação um direito que constituiu a favor de um terceiro, mesmo que esteja em causa uma compensação de créditos conexos. Ao segundo poderá ser reconhecido o direito a opor os efeitos da compensação, desde que os créditos fossem compensáveis no momento em que o direito do terceiro se tornou oponível ao devedor.

Por outro lado, cumpre destacar que uma interpretação literal do artigo 853.º, n.º 2, conduziria igualmente a que, se o credor empenhasse o crédito de que é titular a um terceiro e o devedor fosse notificado dessa oneração (artigo 681.º, n.º 2), este último estaria sempre impedido de, no futuro, invocar a compensação, caso os créditos não fossem compensáveis a essa data. O regime em análise tem sido interpretado como uma

consequência do efeito retroativo da compensação consagrado no artigo 854.^o²⁴

Tal interpretação implicaria que, na segunda hipótese enunciada, F não pudesse opor a E a compensação da sua dívida para com D com o crédito indemnizatório de que este é devedor, apesar de a ligação existente entre estes créditos conexos poder gerar em F a legítima expectativa de não ter de cumprir, se se viesse a tornar credor do seu credor, por virtude do incumprimento de uma obrigação emergente do mesmo contrato.

Somos de opinião que o regime instituído no artigo 853.^o, n.^o 2, não constitui uma simples decorrência do efeito retroativo da compensação. O que aqui se visa é regular a oponibilidade a um terceiro de uma compensação que o devedor tinha a legítima expectativa de opor ao credor, quando o direito do terceiro se constituiu. Em regra, essa expectativa existirá quando os créditos forem compensáveis à data em que o devedor é notificado da constituição do direito a favor do terceiro. Porém, a expectativa que o devedor tem de extinguir o seu débito, quando um contracrédito conexo de que é titular sobre o seu credor se torne exigível, não pode ser equiparada às situações em que não existe qualquer relação entre os créditos, a não ser aquela que advém de estes terem os mesmos sujeitos, respetivamente, como credor e devedor. Pelo contrário, a simples existência dos vínculos dos quais derivam estes créditos, à data em que o direito do terceiro se constituiu, é suficiente para gerar nele a expectativa de não ter de cumprir, se se tornar credor de um contracrédito homogéneo derivado desses mesmos vínculos.

Uma aplicação do artigo 853.^o, n.^o 2, de acordo com a sua *ratio* conduz a que o devedor possa opor ao terceiro a compensação com um crédito conexo, se o vínculo do qual deriva o crédito conexo já existir à data em que o direito do terceiro se constituiu.

No direito francês, há muito se defendia que a regra de a compensação não poder prejudicar direitos de terceiro tinha de ser afastada

²⁴ Para uma crítica a este efeito retroativo que também se encontra previsto no § 389 do BGB, v. R. ZIMMERMANN (2002), pp. 40 e 41, e M. WELLER, (2018), p. 111. No artigo 11.^o do Decreto-Lei n.^o 150/2019, estabelece-se que, mesmo que os créditos fossem legalmente compensáveis, antes de serem extintos por via do sistema eletrónico de compensação, não é aplicável a retroatividade prevista no artigo 854.^o Neste caso, a compensação só produzirá efeitos a partir do registo da ordem de compensação na plataforma eletrónica do ECOMPENSA.

quando os créditos fossem conexos²⁵. Atualmente, esta encontra-se expressamente contemplada no artigo 1348-1 do Código Civil francês. Embora a solução não esteja inequivocamente vertida na letra do § 392 do BGB, a doutrina alemã tem entendido que o crédito ativo pode surgir depois de o terceiro ter procedido à penhora do crédito passivo, quando ambos emergem do mesmo contrato. Para estes autores, a ligação existente entre créditos que têm origem no mesmo contrato ou se encontram estreitamente ligados não pode ser destruída através da cessão ou da oneração do crédito²⁶.

O artigo 853.º, n.º 2, permite, em termos gerais, que a compensação seja oposta ao devedor, desde que os créditos fossem compensáveis à data em que o direito do terceiro se constituiu. Embora não se preveja um regime especial para os créditos conexos, o imperativo de tratar desigualmente o que não é igual determina que se conclua que existe uma lacuna oculta cujo preenchimento exigirá que seja conferido ao devedor a possibilidade de invocar a compensação, apesar de a situação de compensação não existir no momento da constituição do direito do terceiro.

Em harmonia com a solução gizada a propósito da oponibilidade da compensação de um crédito conexo ao cessionário, aplicável ao penhor de direitos por força da remissão constante do artigo 684.º, somos da opinião que a compensação só será excluída quando o devedor a ela expressa ou tacitamente renuncie, ou quando a compensação seja considerada contrária à boa-fé, o que poderá suceder, por exemplo, na hipótese de o crédito ativo ter sido constituído para impedir o terceiro de receber a prestação a que tem direito ou quando o devedor, não tendo renunciado à compensação, criou no terceiro a expectativa de não o vir a fazer.

Ainda a propósito da proteção de direitos de terceiro, cumpre destacar que, ao contrário daquilo que, à primeira vista, parece resultar do artigo 820.º, sendo penhorado um crédito, pode este extinguir-se por compensação declarada pelo seu devedor, se os créditos forem compensáveis à data da penhora. Para este efeito, o relevante é, pois, que a causa da extinção exista à data em que se procede à penhora do direito

²⁵ Sobre os fundamentos que conduziram a doutrina e jurisprudência francesas a admitir a compensação nestas hipóteses, v. S. ARZALIER (2002), pp. 154 e ss.

²⁶ J. DENCK (1976), p. 531, GURSKY (2011), p. 456, e SCHLÜTER (2016), pp. 2684 e 2685.

de crédito²⁷ e não tanto que a compensação já tenha sido declarada (artigo 848.º)²⁸. Num ordenamento em que a situação de compensação constitui uma garantia, não teria sentido que esta eventualidade de uma dívida se extinguir, através da compensação, de um crédito fosse retirada ao devedor do crédito passivo, depois de o crédito ter sido penhorado, pois este é alheio à execução no âmbito da qual a penhora foi realizada. Ao devedor (artigo 773.º, n.º 2, do CPC) e ao executado cabe, quando muito, na sequência da notificação da penhora do crédito, informar o exequente de que o crédito se pode extinguir por compensação, para que este possa equacionar a possibilidade de não vir a ser pago através dele.

Por outro lado, se, em termos gerais, se admite que o devedor do crédito sobre o qual incide o direito de terceiro lhe pode opor os efeitos da compensação com um crédito conexo que tenha sobre o credor, mesmo que os créditos não fossem compensáveis no momento da constituição do direito do terceiro, não pode ser outra a solução quando o terceiro penhorou um crédito no âmbito de uma execução movida contra o credor.

III. A possibilidade de a compensação de créditos conexos ter um regime mais favorável em caso de insolvência do devedor do crédito ativo

Na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, a compensação encontra regulação especial na legislação relativa à insolvência, na medida em que se considera injusto que o credor (comum) da insolvência seja obrigado a cumprir integralmente a obrigação a que está adstrito, quando só tenha direito a receber parte do crédito de que é titular²⁹. É, aliás, assinalável que, nos sistemas de *common law*, a compensação seja mais facilmente aceite quando a contraparte estiver insolvente³⁰.

²⁷ Considerando que, para efeitos de aplicação do artigo 820.º, o relevante é que a causa de resolução já exista no momento da penhora e não que aquela já tenha sido previamente declarada, v. Ac. STJ 24.04.1991 (Figueiredo de Sousa), processo n.º 079778, *in* www.dgsi.pt.

²⁸ Em sentido contrário, v. PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA (1997), p. 93.

²⁹ Considerando, contudo, esta preferência atribuída ao credor discutível, v. R. ZIMMERMANN (2002), pp. 43 e 44.

³⁰ WOOD (1989), pp. 287 e ss.

Reconhece-se que a possibilidade de os créditos que ainda não são judicialmente exigíveis ou pagáveis se extinguirem por compensação é especialmente importante quando o devedor do crédito ativo é declarado insolvente, porque, a partir daí, se agrava o risco de o declarante da compensação ter de cumprir a prestação a que está adstrito, sem receber integralmente a contraprestação a que tem direito. Na verdade, se o devedor do crédito for solvente, o credor sempre terá como garantia o património do primeiro. Nas hipóteses em que aquele se encontra insolvente é que há maior necessidade de o credor garantir o seu crédito através da extinção de uma dívida recíproca³¹.

Mesmo no direito francês, onde sempre existiu alguma relutância em aceitar que o declarante da compensação possa opor aos restantes credores comuns esta preferência, depois de o procedimento concursal se ter iniciado, permite-se a invocação da compensação, desde que as condições para que a compensação legal possa operar se encontrem verificadas no momento da abertura do procedimento coletivo. A solução pode ser encarada como uma consequência dos efeitos retroativos que decorrem da invocação da compensação ou como uma concretização do princípio consagrado no artigo 1347, 7, do *Code Civil*, segundo o qual a compensação não pode afetar direitos de terceiros. Neste caso, os terceiros seriam os credores comuns da insolvência que são evidentemente afetados se a um deles for assegurado o direito a compensar o seu crédito com uma dívida que tenha para com o insolvente³². A compensação judicial é totalmente excluída nestas situações. Porém, o artigo L. 622-7 do *Code de Commerce* francês admite, excecionalmente, que os créditos conexos se possam extinguir, mesmo que só se tornem compensáveis depois de o procedimento coletivo ter sido iniciado. Estamos, portanto, perante mais uma hipótese em que a conexão é relevante para o regime aplicável à compensação³³.

No direito insolvencial português, admite-se a compensação quando os pressupostos da compensação legal estiverem verificados à data da declaração da insolvência [artigo 99.º, n.º 1, al. a), do CIRE]. Se, em termos gerais, se considerar que a compensação de créditos conexos

³¹ WOOD (1989), p. 271.

³² Cfr. J. KNETSCH (2018), p. 22.

³³ Cfr. MALAURIE/AYNÈS (2016), pp. 698, 702 e 703.

prescinde dos requisitos da exigibilidade do crédito ativo e da pagabilidade do crédito passivo, a conclusão a retirar é a de que a compensação é possível, desde que os créditos existam à data da decretação da insolvência³⁴.

No artigo 99.º, n.º 1, al. b), do CIRE contempla-se a possibilidade, a exemplo do que se encontra estabelecido no § 95 da InsO, de o titular de um crédito sobre a insolvência recorrer à compensação com uma dívida à massa, desde que o primeiro preencha antes do segundo os pressupostos previstos no artigo 847.º Sempre que se admite a compensação depois de a insolvência ser decretada, o contracrédito ou crédito da massa não fica efetivamente afetado ao pagamento de dívidas da massa, muito menos ao pagamento de outras dívidas da insolvência. Tal determina que o compensante tenha, na prática, um direito de separação do seu crédito sobre a insolvência, que o privilegia fortemente relativamente aos demais credores, especialmente quando a compensação não podia ser declarada no momento em que a insolvência é decretada. Estamos, por conseguinte, perante uma importante restrição ao princípio da *par conditio creditorum*.

A disposição em que se inspirou o artigo 99.º, n.º 1, al. b), do CIRE começa hoje a ser criticada por aqueles que entendem que, por esta via, se cria uma preferência injustificada a favor deste credor em detrimento dos outros³⁵. A verdade é também que, concomitantemente, encontramos autores que advogam a redução teleológica desta disposição, quando os créditos derivam do mesmo contrato sinalagmático ou se encontram numa relação de estreita conexão, por forma a permitir a compensação, apesar de a dívida à massa se vencer antes de o crédito sobre a insolvência ser judicialmente exigível³⁶.

Tendo em consideração que a solução visou tutelar as legítimas expectativas daquele que confiava poder extinguir a sua dívida com um crédito, porquanto, vencendo-se primeiro o crédito de que era titular, contava, em última análise, se não recebesse a prestação a que tinha direito, não ter também de pagar a dívida a que estava adstrito, não pode deixar de se questionar se as legítimas expectativas de um devedor, que

³⁴ Sobre o problema, v. A. TAVEIRA DA FONSECA (2020), pp. 122 a 124.

³⁵ Cfr. M. WELLER (2018), p. 103.

³⁶ Cfr. M. AHRENS / M. GERHLEIN / A. RINGSTMEIER (2017), § 95, Rn.14.

seja simultaneamente credor de um crédito conexo, não devem ser ainda mais tuteladas em sede de insolvência.

De facto, se o legislador permitiu que a compensação fosse declarada, quando a situação de compensação só surgiu em momento posterior ao do decretamento da insolvência, prejudicando credores comuns, desde que o crédito sobre a insolvência tivesse preenchido antes da dívida à massa os requisitos do artigo 847.º, cumpre perguntar se este regime não deve ser repensado nas hipóteses em que os créditos têm uma origem comum.

Não se duvida que, nos termos do artigo 99.º, n.º 4, do CIRE, não são passíveis de serem compensadas as dívidas à massa constituídas após a data da declaração de insolvência ou os créditos sobre a insolvência adquiridos em momento posterior a essa mesma data. Só de acordo com o direito a constituir é equacionável solução distinta.

A verdade é também que, apesar de, no artigo 99.º, n.º 2, al. *a*), do CIRE, se determinar que, para efeitos de compensação, não releva a perda do benefício do prazo prevista no artigo 780.º, n.º 1, já há quem defenda que “se tiver havido vencimento por interpelação do credor, nos termos do artigo 780.º, n.º 1, do Código Civil, esse vencimento haja de ser considerado”³⁷. Acolhendo-se esta solução, a compensação sempre poderá ser oposta depois da declaração de insolvência, se o compensante tiver invocado a perda do benefício do prazo anteriormente.

É de ponderar, contudo, se não devemos ir mais além quando os créditos forem conexos. Mais concretamente deve discutir-se a possibilidade de o credor da insolvência compensar um crédito sobre a insolvência com uma dívida à massa, quando o primeiro só venha a preencher os requisitos estabelecidos no artigo 847.º depois da segunda, pois a expectativa que o devedor da massa tem de extinguir a sua dívida com um crédito conexo sobre a insolvência deve ser também tutelada, após a insolvência ser decretada.

Em coerência com o que defendemos a propósito da oponibilidade da compensação de créditos conexos a terceiros, mormente ao cessionário e ao credor pignoratício, não pode a restrição constante do artigo 99.º, n.º 1, al. *b*), do CIRE aplicar-se à compensação de créditos conexos, porque ela está pensada para créditos recíprocos mas sem uma origem

³⁷ Cfr. A. PRATA/J. MORAIS CARVALHO/R. SIMÕES (2013), p. 285.

comum. Aceita-se, por isso, que o credor da insolvência compense, neste caso, o seu crédito com um contracrédito da massa, mesmo que o primeiro só se venha a vencer depois deste. Pelo exposto, tendemos a considerar que, numa hipótese como a enunciada em III, G pode compensar a dívida vencida no dia 1 de janeiro com o crédito que só se tornou exigível no dia 1 de março, apesar de H ter sido declarado insolvente no dia 1 de fevereiro.

A solução já fora expressamente proposta por *Vaz Serra* nos trabalhos preparatórios do Código Civil. Segundo este, “quando houver conexão, parece que a compensação é de admitir com maior largueza. Supondo que dois indivíduos se constituem credores e devedores um do outro e que existe uma relação de conexão entre estes créditos e dívidas, de sorte que um deles só se obriga a pagar antes do outro porque conta com o cumprimento deste, a compensação afigura-se de aceitar, apesar de se vencer primeiro o crédito daquele que veio a ser declarado falido ou insolvente [...]. O devedor que se obrigou a cumprir antes do outro, havendo conexão de dívidas, pode supor-se que se obrigou a isso por calcular que a outra parte viesse a cumprir, o que, declarada a falência ou insolvência, se vê não ser verdadeiro”³⁸.

A tal solução não se opõe o facto de o devedor de um crédito conexo não poder opor a um terceiro o seu direito a recusar o cumprimento da obrigação, até que a contraparte realize a prestação a que está adstrita, a não ser nas situações em que a lei lhe atribui um direito de retenção, pois este direito de recusa de realização da prestação, qualificado por outros como direito de retenção obrigacional³⁹, nunca é oponível a terceiros⁴⁰. Pelo contrário, a compensação, como já sublinhámos, constitui sempre uma garantia oponível a terceiros, independentemente de os créditos serem ou não conexos.

Poder-nos-íamos interrogar até que ponto se pode admitir a compensação, quando o devedor da massa se encontrava em mora, no momento em que o seu crédito sobre a insolvência se venceu.

Somos de opinião que a compensação pode ser invocada independentemente de o devedor do crédito passivo já se encontrar em mora,

³⁸ VAZ SERRA (1952), pp. 131 e 132.

³⁹ M. L. PEREIRA/ P. MÚRIAS (2008), pp. 187 e ss.

⁴⁰ A. TAVEIRA DA FONSECA (2015), pp. 555 e 556.

quando o crédito ativo se torna exigível, desde que este indenize o credor dos prejuízos sofridos com o atraso na realização da prestação até os créditos passarem a ser compensáveis. Parece-nos até que, em regra, não se viola aqui qualquer dever imposto pela boa-fé. Por maioria de razão, pelo menos nas hipóteses em que os créditos são conexos, igual faculdade deve ser atribuída ao devedor após a declaração de insolvência, pois é aí que ele mais carece de ser protegido.

Por outras palavras, se, antes da declaração de insolvência do credor, o devedor tinha a expectativa de extinguir o seu crédito com um contracrédito conexo de que é devedor o seu credor e se essa expectativa já era oponível a terceiros, deve a mesma ser tutelada após a declaração de insolvência.

Bibliografia

- Ahrens, Martin/ Gerhlein, Markus/ Ringstmeier, Andreas, *Insolvenzrecht - Kommentar*, 3.^a ed., Luchterhand, Köln, 2017.
- Arzalier, Serge, *La Connexité en Droit Civil*, L'Harmattan, Paris, 2002.
- Cassin, René, *De l'Exception tirée de l'Inexécution dans les Rapports Synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus), Et ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1914.
- Cordeiro, António Menezes, *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2003.
- Dedek, Helge, "Rechtsdurchsetzung durch Aufrechnung und Vertragsstrafe im Common Law", in *Rechtsdurchsetzung durch Vertragsstrafe und Aufrechnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 33 e ss.
- Denck, Johannes, "Die Aufrechnung gegen gepfändete Vertragsansprüche mit Forderungen aus demselben Vertrag", *Archiv für die civilistische Praxis*, 176, 1976, n.º 6, pp. 518 e ss.
- Derham, Rory, *Derham on the Law of Set-off*, 4.^a edição, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Duboc, Guy, *La Compensation et les Droits des Tiers*, L.G.D.J., Paris, 1989.
- Eindenmüller, Horst, "Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung", *Archiv für die civilistische Praxis*, 204, 2004, n.ºs 3-4, pp. 457 e ss.
- Fonseca, Ana Taveira da, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito, Em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*, Almedina, Coimbra, 2015.

- Fonseca, Ana Taveira da, “A exceção de não cumprimento: balanço e perspectivas de futuro”, in *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso, O Código Civil 50 anos depois: balanços e perspectivas*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 117 e ss.
- Fonseca, Ana Taveira da, “Anotação ao artigo 585.º do Código Civil”, in *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 614 e ss.
- Fonseca, Ana Taveira da, “Algumas notas sobre a compensação de créditos conexos”, *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 95 e ss.
- Gursky, Karl-Heinz, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen*, 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 362-396, De Gruyter, Berlin, 2011.
- Knetsch, Jonas, “Aufrechnung und Vertragsstrafe im französischen Recht”, in *Rechtsdurchsetzung durch Vertragsstrafe und Aufrechnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 5 e ss.
- Kötz, Hein, “The Transfer of Rights by Assignment”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, cap. 13, Tübingen, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1992, pp. 52 e ss.
- Leitão, Luís Menezes, *Cessão de Créditos*, Almedina, Coimbra, 2005.
- Lima, Fernando Pires de / Varela, João Antunes, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- Malaurie, Philippe/ Aynès, Laurent, *Les Obligations*, 8.ª edição (com a colaboração de Stoffel-Munck), Defrénois, Paris, 2016.
- Pereira, Maria de Lurdes/ Múrias, Pedro, “Sobre o conceito e a extensão do sinalagma”, “Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLIX (XXII da 2.ª Série), janeiro-dezembro 2008, pp. 187 e ss.
- Pinto, Carlos Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970.
- Prata, Ana/ Carvalho, Jorge Morais/ Simões, Rui, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - Anotado*, Almedina, Coimbra, 2013.
- Roth, Günter/ Kieninger, Eva Maria, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, *Schuldrecht Allgemeiner*, §§ 241-432, 7.ª edição, C. H. Beck, München, 2016.
- Schlüter, Martin, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, *Schuldrecht Allgemeiner*, §§ 241-432, 7.ª edição, C. H. Beck, München, 2016.
- Serra, Adriano Vaz, “Direito de Retenção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 65, 1957, pp. 103 e ss.
- Serra, Adriano Vaz, “Compensação”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 31, 1952, pp. 13 e ss.
- Terré, François, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, Paris, 2016.

- Varela, João Antunes, *Das Obrigações em geral*, II, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 1999.
- Weller, Matthias, “Materielle Gestaltungsmacht in der Rechtsdurchsetzung: Aufrechung und Vertragsstrafe - Deutsches Recht”, in *Rechtsdurchsetzung durch Vertragsstrafe und Aufrechnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 101 e ss.
- Wood, Philip R., *English and International Set-off*, Sweet & Maxwell, London, 1989.
- Zimmermann, Reinhard, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único*

CATARINA MONTEIRO PIRES

Apenas em poucos casos compreende o nosso direito das obrigações também normas injuntivas¹.

1. Autonomia privada, contrato e negócios comerciais

1. A análise da validade e do sentido das cláusulas de acordo integral e de solução única ou de “remédio” único exige duas breves palavras prévias, de enquadramento. Uma sobre autonomia privada e liberdade contratual. Outra sobre a aplicação do Código Civil a contratos bilateralmente comerciais.

2. Não é local próprio, nesta conferência, para incursões teóricas sobre negócio jurídico, autodeterminação², autonomia privada e liberdade contratual³. Contudo, não podemos deixar de fixar alguns parâmetros de enquadramento.

Em primeiro lugar, o negócio jurídico privado é uma autorregulação privada de interesses, expressão do exercício da autonomia privada das partes (o que não quer dizer que não estejam presentes outras vertentes, nomeadamente de tutela do tráfego jurídico)⁴ e da autodeterminação do

* O presente texto corresponde, com algumas adaptações, a uma síntese das ideias que apresentámos numa exposição, de cerca de vinte minutos, nos II Encontros de Direito Civil da UCP, subordinado ao tema “Tutela dos Credores” intitulada “Tutela do credor vs tutela do devedor, autonomia vs heteronomia no direito das perturbações da prestação: pontos de tensão”.

¹ LARENZ (1987), p. 77.

² MÖSLEIN (2011), pp. 46 ss.

³ Sobre autonomia privada e liberdade contratual, vejam-se as reflexões de KNOBEL (2000), pp. 98 ss, e, na doutrina mais antiga, FLUME (1960), p. 208.

⁴ A vinculação ao sentido da promessa, traduzida numa declaração negocial, pode ser compreendida de três pontos de vista: como respeito por um ato de autonomia privada, como respeito pela confiança gerada na contraparte e finalmente à luz da sua relevância social ou

sujeito⁵. A celebração de um contrato e a autovinculação à promessa do contraente são fruto da autodeterminação e da permissão de disposição dos bens jurídicos que a cada sujeito é concedida. A relevância atribuída à liberdade contratual (cfr. artigo 405.º do Código Civil) exprime-se na autorização de condutas e de vinculações, mas também na contenção da própria lei civil quanto ao recurso a normas injuntivas. Esta contenção é, aliás, justificada pela ideia de que, em regra, na regulação contratual, estão em causa interesses dos contraentes, e não interesses de terceiros⁶ e ainda pela aceitação de que cada sujeito é, em princípio, livre de estabelecer acordos que correspondam ao modo como que se autodetermina, ao reger os seus próprios interesses. Além disso, é também de aceitar que, na generalidade dos casos, o direito civil não serve, para concretizar uma ordenação de preferências em detrimento da liberdade contratual. A norma dispositiva concede um espaço de autorregulação, de ordenação das preferências dos sujeitos envolvidos.

Neste contexto, tem-se também salientado que as razões que, no direito civil, podem levar à imposição de uma norma injuntiva são, em regra, a tutela da parte mais fraca e razões de justiça niveladora de situações assimétricas⁷. As ideias surgem aqui, muitas vezes, sobrepostas e os conceitos empregues com alguma vagueza, havendo interesse em discernir as exatas razões que subjazem à imposição de normas injuntivas⁸. São estas razões ou princípios que determinam a natureza injuntiva da norma, e não a natureza injuntiva de normas previamente fixada que revela os princípios ordenadores.

Os desvios a este quadro geral têm desafiado a doutrina a procurar sentidos particulares ou *outros sentidos* da liberdade contratual em domínios de contratação assimétrica e em massas, em regra associados

de uma justificação institucional, no que respeita à disposição e ao aproveitamento de bens jurídicos – MARTENS (2007), pp. 315 ss.

⁵ Referindo-se a um espaço que não é tributário do Estado, mas da dignidade da pessoa humana, VASCONCELOS (2017), p. 374.

⁶ Para uma reflexão análoga, LARENZ (1987), p. 52.

⁷ LARENZ (1987), p. 51. Com outros desenvolvimentos, CZIUPKA (2010), pp. 34 ss.

⁸ Sobre esta distinção entre norma dispositiva e norma injuntiva, *vide* ASCENSÃO, (2003), pp. 314-315. A regra injuntiva é aquela que é aplicada ainda que haja manifestação de vontade contrária dos seus destinatários, SOUSA (2012), p. 228.

ao direito do consumo⁹, ou em relação a certo tipo de contratos, como o arrendamento ou o mútuo. Seja como for, a norma injuntiva é desvio ao princípio da subsidiariedade do direito, mais intenso no direito privado. O direito dispositivo torna exequível a liberdade contratual. A autonomia privada das partes, embora nem sempre entendida do mesmo modo e por vezes modelada perante uma ideia de “materialização” do contrato¹⁰, constitui um esteio do direito civil português¹¹.

3. O Código Civil regula contratos de natureza muito diversa. Entre os vários, o direito das perturbações da prestação do Código Civil é também genericamente aplicável a contratos comerciais (bilateralmente comerciais). Esta circunstância exige também alguma ponderação na compreensão do próprio espaço de autonomia privada dos contraentes. As generalizações revestem sempre algum perigo, o qual pode ser tanto mais evidente quanto o contrato em apreço consista num contrato bilateralmente comercial, sem desníveis de literacia e de capacidades de compreensão do negócio por parte dos contraentes. Ao mesmo tempo, nota-se, com Engrácia Antunes, que existe uma objetivização dos contratos comerciais: as obrigações emergem não tanto como vínculos entre sujeitos, mas como “vínculos entre dois patrimónios”¹². Na aplicação prática das normas, não pode ainda deixar de ser considerado que, na generalidade dos contratos comerciais, será difícil admitir a necessidade de tutela de uma parte mais fraca e que nos mesmos existe, como nota JANUÁRIO COSTA GOMES, uma “tendencial racionalidade económico-comercial”¹³. O direito privado é, pois, compreendido e aplicado numa projeção especial, que enriquece a regra, mas que exige uma maior abertura interpretativa¹⁴.

⁹ Veja-se por exemplo a reflexão de SEDLMEIER (2012), pp. 195 ss.

¹⁰ CANARIS (2000), pp. 273 ss.

¹¹ Não é mesmo unitário o entendimento do espaço da autonomia privada nos sistemas romano-germânicos. DÁRIO MOURA VICENTE salientou que “nos sistemas romano-germânicos a autonomia privada, embora constitua o esteio da contratação entre particulares, não pode hoje aspirar à condição de fundamento exclusivo da força obrigatória dos contratos”, VICENTE (2017), p. 341.

¹² ANTUNES (2015), p. 78.

¹³ GOMES (2013), p. 35

¹⁴ REYMANN (2009).

4. Ora, na contratação mercantil, é frequente o uso de cláusulas que têm em comum um objetivo de tornar o regime jurídico do contrato autossuficiente e garantir uma maior segurança na aplicação do direito. Entre estas cláusulas, salientam-se duas: as cláusulas de *entire agreement* e as cláusulas de *sole remedy*. Neste estudo, examinaremos a validade e o alcance de ambas. Nas primeiras, trata-se sobretudo de testar o sentido destas estipulações perante a tensão entre autonomia privada e heteronomia. Nas segundas, está já em causa também uma tensão entre tutela do credor e tutela do devedor.

2. Cláusulas de acordo integral (*entire agreement*)

1. A interpretação do negócio jurídico ou das declarações negociais “simples” pretende determinar o sentido de disposições contratuais, assim se distinguindo da chamada “interpretação complementadora” que, no seu cunho germânico, implica já a existência de uma lacuna¹⁵.

2. O Código Civil português também contempla regras sobre interpretação dos negócios jurídicos. De acordo com o artigo 236.º, n.º 1, do Código Civil, “a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante”. Daqui se extrai que o sentido de uma declaração contratual é o sentido hipotético que o intérprete julga corresponder à compreensão do texto adequada aos conhecimentos de “... uma pessoa razoável, quer dizer, normalmente esclarecida, zelosa e sagaz”, “nas condições concretas em que se encontra” o declaratório real, ou seja, “em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer”¹⁶. A doutrina considera ainda que a interpretação das declarações negociais deve ainda atender a “todos os coeficientes ou elementos que um declaratório medianamente instruído, diligente e sagaz, na posição do declaratório efectivo, teria tomado em conta”¹⁷. Entre esses coeficientes, válidos perante ausência de estipulação em contrário, contam-se, nomeadamente, para

¹⁵ BUSCHE (2018), número de margem 6.

¹⁶ Assim, PINTO (2005), p. 443, ALMEIDA (2014), pp. 257 e ss.

¹⁷ PINTO (2005), p. 446.

além do texto e do contexto, as negociações prévias, os interesses em jogo e os objetivos das partes e até o sentido da execução contratual¹⁸. Ainda nas palavras de EDUARDO SANTOS JÚNIOR, “para além da declaração e exterior a ela, existe todo um conjunto de circunstâncias – anteriores ao negócio, concomitantes dele ou posteriores a ele – que o intérprete não pode deixar de considerar”¹⁹. Este cenário pode, depois, sofrer adaptações ou modificações perante cláusulas contratuais que disponham sobre a própria interpretação.

Diferentemente, o § 133 do BGB alemão, estabelece que “na interpretação de uma declaração de vontade há que procurar a vontade real e não ater-se ao significado literal da expressão”. O aparente significado subjetivista desta norma germânica é, porém, atenuado pela compreensão de que a determinação da vontade em causa atende ao horizonte do declaratário²⁰ ou mesmo à compreensão do declaratário, à luz da boa-fé e de regras do tráfico jurídico²¹. No fundo, também na Alemanha, o aparente subjetivismo é temperado por uma compreensão objetivista.

3. As cláusulas de acordo integral podem ter redações variadas, mas, na sua tipicidade social, uma redação frequente é a que dispõe que “este contrato corresponde ao acordo integral das Partes quanto às matérias nele tratadas”. Pergunta-se: qual o sentido destas cláusulas? Conformam o objeto da interpretação, excluindo, por exemplo, declarações anteriores ao negócio e condutas posteriores à celebração do mesmo?

Sobre este aspeto já nos pronunciámos, a título preliminar, anteriormente. Com efeito, num estudo dedicado à *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*, escrevemos o seguinte:

“A doutrina tem aceitado que a conduta das partes posterior à conclusão do negócio é, também, um elemento a considerar, o que pode ser relevante sempre que a conclusão dos contratos de transmissão de participações acionistas envolva atos

¹⁸ Veja-se, neste sentido, ASCENSÃO (2003), p. 175, CORDEIRO (2014), pp. 724 ss., FRADA, (2015), p. 20, DUARTE (2016), pp. 59 ss. Na doutrina anterior, ANDRADE (2003), p. 311, e PINTO (2005), pp. 446 e 447.

¹⁹ JÚNIOR (1988), pp. 191-192.

²⁰ GREINER (2017), pp. 492 ss.

²¹ Assim, BUSCHE (2018), número de margem 29.

sucessivos, diferidos ou de execução. Contudo, estas circunstâncias contextuais, anteriores ou posteriores ao negócio, podem perder a sua normal relevância, caso as partes fixem regras que introduzam desvios ao modelo emergente da lei civil. Poderá ser o caso das chamadas cláusulas de “whole agreement” ou de “entire agreement”, nos termos das quais as partes acordam na irrelevância de outros elementos que não o texto do acordo, muito embora tais cláusulas não devam ter o sentido de excluir o próprio exercício interpretativo, enquanto momento da aplicação do direito”²².

4. No direito alemão, embora se aceite que, em regra, é possível atender às negociações como elementos da interpretação, também se reconhece que as negociações podem perder o seu significado no contexto da interpretação quando as partes se desviam das mesmas na conclusão do negócio jurídico²³. Além disso, tem-se admitido ainda a validade das cláusulas de *entire agreement* e a sua projeção na delimitação dos elementos interpretativos relevantes²⁴.

5. Parece-nos que as cláusulas de *entire agreement* são válidas, mesmo que a interpretação das mesmas revele o sentido de reduzir o objeto da interpretação às declarações negociais vertidas no contrato. Isto não quer naturalmente dizer que o contrato não tenha de ser interpretado, nem que, ao ser interpretado, deva sê-lo como um todo²⁵.

6. Em regra, as cláusulas em apreço não fixam elas próprias regras de interpretação. Mas, se fixarem, há que questionar se essas mesmas regras são admissíveis. Aqui o problema não é já relativo ao sentido e validade da cláusula de *entire agreement*, mas antes o de saber se o regime dos artigos 236.º e seguintes do Código Civil reveste natureza injuntiva.

²² PIRES (2018), pp. 69-70.

²³ ASSIM, BUSCHE (2018), número de margem 52.

²⁴ CZARNECKI (2016), pp. 208 ss.

²⁵ É máxima comum de interpretação a de que qualquer elemento de um conjunto mais amplo de disposições deve ser interpretado sem perder de vista esta sua inserção, isto é, como uma parte do acordo comum.

No direito alemão, considerou MARK ANDRE CZARNECKI que as regras legais revestem carácter dispositivo e as partes, melhor do que ninguém, estão em condições de decidir sobre os meios de interpretação²⁶.

Um outro argumento de direito comparado resulta do atual Código Civil brasileiro, depois da revisão de 2019 através da Lei da Liberdade Económica, Lei n.º 13.874, de 2019, cujo parágrafo 2.º do artigo 113.º reconhece expressamente a autonomia privada das partes quanto à fixação de regras interpretativas, dispondo o seguinte “as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”. Já antes da alteração de 2019, SCHREIBER reconhecia que “o negócio jurídico, como fruto da autonomia privada, pode conter ele próprio regras e interpretação traçadas pelas partes” e que “o efeito concreto dessas cláusulas sobre interpretação do negócio jurídico e da relação negocial como um todo dependerá, sempre, de um conjunto de elementos interpretativos que não se limita à literalidade da cláusula, mas que tampouco pode ignorá-la inteiramente como fruto legítimo do exercício da autonomia privada”²⁷. O artigo 421-A do Código Civil brasileiro estabelece ainda, que “I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução”.

7. Regressemos ao direito português. Deve entender-se que as regras dos artigos 236.º e seguintes revestem natureza injuntiva? Parece-nos que não, na medida em que não vislumbramos interesses relevantes que permitam comprimir a autonomia privada das partes. São os contraentes quem celebra o negócio e quem está em melhores condições de determinar como é que o contrato deve ser interpretado. O juiz ou árbitro chamado a dirimir o litígio deverá, neste caso, atender à estipulação contratual. Nas palavras de RUI PINTO DUARTE, com as quais concordamos, “as normas legais gerais sobre interpretação de contratos [...] tendem a não ser imperativas, não apenas por força do princípio da liberdade

²⁶ CZARNECKI (2016), pp. 213 ss., em particular pp. 229 ss.

²⁷ SCHREIBER (2018), p. 236.

contratual, como também pela razão de que as partes podem obstar à sua aplicação, manipulando as suas ressalvas”²⁸.

3. Cláusulas de *sole remedy*

1. As cláusulas de solução única ou de “remédio único”, numa tradução literal de “*sole remedy*”, visam, de um modo geral, demarcar os meios de reação das partes a uma perturbação contratual²⁹. Essa demarcação pode ser feita de dois modos: positiva ou negativamente. *Positivamente*, indicando qual o meio de reação associado às perturbações da prestação, sendo, neste caso, frequente a previsão de uma tutela indemnizatória, havendo danos, com ou sem cláusula penal. *Negativamente*, através da exclusão de meios de reação previstos no Código Civil, sendo frequentes a anulação por erro, a execução específica e à resolução do contrato.

2. A questão fundamental que se coloca quanto às ditas cláusulas de solução única ou de “remédio único” é se as mesmas devem ser consideradas válidas, à luz do Código Civil. Se forem, o juiz ou árbitro deve, respeitando a vontade das partes, aplicar a regulação contratual e, nessa medida, excluir determinados meios de reação perante uma perturbação da prestação.

Quando associadas a uma limitação da responsabilidade civil, devem ser autonomamente avaliadas, quanto a este específico aspeto³⁰.

²⁸ DUARTE (2016), p. 16.

²⁹ Sobre estes meios de reação, pode ver-se, entre outros, PIRES (2019), pp. 13 ss.

³⁰ Quanto à exclusão da responsabilidade as posições revelam flutuações. Veja-se TELLES (2010), pp. 428 ss. (admitindo a cláusula de exclusão por culpa leve), MONTEIRO (2003), pp. 171 ss. (considerando quanto à exclusão da responsabilidade que “a *ratio* do art. 809.º não abrangerá, em suma, uma cláusula que limite à culpa leve a exclusão da responsabilidade do devedor” – *idem*, p. 219), OLIVEIRA (2008). Em sentido restritivo, CORDEIRO (2017), p. 439, LEITÃO (2018), pp. 288-289. ANTUNES VARELA considerava que “a proibição de renúncia antecipada tanto vale [...] para os casos em que a violação do direito do credor procede de *dolo* do devedor, como para as situações em que a falta de cumprimento assenta na mera *negligência* do obrigado” – VARELA (2001), p. 137.

O mesmo se diga da estipulação adicional de uma cláusula de dano máximo³¹.

O problema diz sobretudo respeito ao artigo 809.º do Código Civil, o qual, sob epígrafe “renúncia do credor aos seus direitos”, estabelece que “é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800.º”. Na nossa opinião, o problema não pode, porém, ser analisado em geral, nem assumindo à partida uma visão paternalista, mas sim em relação a cada meio de reação que pode ser excluído, considerando os próprios interesses que esse meio de reação serve e a disponibilidade dos sujeitos em relação aos mesmos.

Nas páginas que se seguem propomo-nos, pois, analisar o artigo 809.º funcionalmente, atendendo ao meio de reação do credor em causa e sem esquecer o âmbito mais amplo em que esta norma se insere, num campo determinado pela autonomia privada das partes. Naturalmente que a discussão pode dizer-se facilitada no caso da anulação por erro e, até mesmo, da execução específica ou do pedido de cumprimento, já que literalmente o artigo 809.º refere-se apenas aos direitos facultados ao credor nas divisões anteriores, o que abrange primariamente o direito à indemnização dos danos (artigos 801.º e 798.º), o *commodum* (artigos 794.º e 803.º) e o direito de resolução do contrato (artigos 801.º, n.º 2, e 802.º).

3. Antes de avançarmos, note-se que, na doutrina recente, têm surgido algumas posições restritivas sobre o artigo 809.º do Código Civil. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO salienta que o âmbito do artigo 809.º não deve ser reduzido³². ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “o preceito legal não se cinge ao direito de indemnização, abrangendo, também e designadamente, o direito de exigir o cumprimento e de resolver o contrato. Pretende-se, por esta via injuntiva, destituir de eficácia jurídica as cláusulas

³¹ Quanto a estas, a doutrina tem considerado que, dentro dos limites comuns, são, em princípio, válidas, ao abrigo do artigo 809.º do Código Civil, posição que nos parece de acolher. Sobre a validade das cláusulas de limite máximo do dano, pode ver-se LEITÃO (2018), p. 289, e OLIVEIRA (2008), pp. 41 ss.

³² Nas palavras do Autor, “o artigo 809.º deve ser levado à sua plenitude e nunca reduzido” – CORDEIRO (2017), p. 439.

que, direta ou indiretamente, determinem uma ablação antecipada de direitos do credor”³³.

4. Note-se, ainda, que o afastamento de outras soluções ou “remédios” implica uma renúncia. Ora, as renúncias a direitos implicam, elas próprias, cautelas interpretativas acrescidas. Contudo, o problema que analisaremos a seguir não é o do exercício da renúncia, dado que a mesma surgirá num contrato³⁴, mas o da sua legitimação e limites. Avancemos.

5. Começando pela anulação com base em erro sobre o objeto, há que notar vários aspetos. O erro é, provavelmente, das matérias mais complexas do direito civil³⁵. Há várias questões que, ainda hoje, cento e quarenta anos depois do estudo de ERNST ZITELMANN, continuam a gerar dúvidas. Pensamos na diferenciação entre os vários tipos de erro (sobre a pessoa e objeto, sobre os motivos e sobre a base do negócio)³⁶, na essencialidade como requisito das perturbações endógenas da vontade, em parte dirigida a uma proteção da estabilidade das vinculações (*pacta sunt servanda*)³⁷, na modificação do contrato com fundamento em erro, no próprio conceito de base do negócio.

Cruzam-se aqui muitas vezes culturas jurídicas distintas, sendo muitas vezes o diálogo negocial concluído entre contraentes oriundos de ordenamentos que impõem soluções diferenciadas para o problema do erro, o que agrava a complexidade do tema. Basta pensar que no direito inglês esta matéria parece orientar-se por um princípio de tutela do comércio jurídico, enquanto o direito português assenta ou apresenta traços da herança germânica de um *Willensmodell*³⁸.

Pode ainda surgir ao espírito a questão de saber se existirá alguma lacuna no regime aplicável, uma vez que não existe um regime comercial

³³ ANTUNES (2018).

³⁴ Sobre o exercício da renúncia *vide* por todos KLEINSCHMIDT (2003), pp. 19 ss.

³⁵ PINTO (2003), pp. 43 ss. Na doutrina estrangeira, LORENZ (1997), pp. 260 ss.

³⁶ Estas diferenciações também geram dúvidas na Alemanha – STAUDINGER/SINGER (2017), §§ 3 ss.

³⁷ GRIGOLEIT (2007), pp. 176 ss.

³⁸ KÖNIG (2018), p. 24. Note-se, contudo, que ao longo do estudo a Autora reconhece que as diferenças fundamentais estão no caso em que o erro não é reconhecível para a contraparte.

para o erro. Porém, parece-nos poder fixar desde já que a resposta é negativa, considerando a natureza do Código Civil e a sua vocação expansiva, e considerando ainda a potencialidade do regime do erro. Mas ficamos a questão de saber como dever ser interpretado e adaptado o regime do Código Civil, que é aplicável³⁹, perante contratos comerciais. O problema é tanto mais premente quanto, de acordo com uma certa visão, dominante entre nós, o errante culposo pode pedir a anulação do negócio jurídico, salvo casos excepcionais de abuso do direito⁴⁰.

O erro é uma falsa representação da realidade⁴¹, mas a falta de consenso sobre *essentialia* do negócio não é um caso de erro propriamente dito, mas de dissenso total oculto, o qual, à semelhança do que sucede no BGB⁴², não é expressamente regulado no Código Civil português.

A interpretação é um *prius* em relação ao erro sobre o objeto, sobre os motivos ou sobre a base do negócio. A vontade das partes não é uma vontade real resultante de um “consenso natural”, mas a vontade normativa⁴³ e, à luz dos critérios fixados, há que encontrar o sentido das declarações, sem perder de vista as especificidades na interpretação de contratos comerciais. O papel que autonomia privada pode desempenhar

³⁹ Rejeitando uma restrição geral ou desaplicação geral do regime do erro do BGB em virtude de argumentos gerais atinentes à natureza das partes ou à natureza dos contratos mercantis, MUES (2004), pp. 91 ss., em particular pp. 213 ss.

⁴⁰ A visão dominante entre nós é a de que a desculpabilidade não é, *de iure condito*, condição de relevância do erro. Contudo, há posições contrárias, cujas razões cabe observar. *De iure condendo*, considera PAULO MOTA PINTO o seguinte: “*não nos repudiaria [...] defender a irrelevância do erro culposo*” (PINTO, 2009, p. 1281). *De iure condito*, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO ensina o seguinte: “*Há que distinguir duas situações muito diferentes do declarante [...]: debilidade mental, a que deverá ser assimilado o primarismo cultural; e ligeireza. No primeiro caso, há razões para proteger quem está inferiorizado no meio social. Mas no segundo há culpa do agente. E não se vêm razões para proteger quem teve culpa, perante uma contraparte que a não tenha*” (ASCENSÃO, 2003, p. 141). Na nossa opinião, a perspetiva de OLIVEIRA ASCENSÃO traz um contributo importante a reter no domínio dos contratos que nos ocupam: com efeito, se há culpa do agente, por ligeireza de um contraente sofisticado, não se vêm razões para permitir uma anulação com base em erro. O primarismo cultural ou debilidade mental são dificilmente reconhecíveis no comerciante. Fica a ligeireza. E a ligeireza prejudica não só o negócio em si, como a fluidez das trocas comerciais, não havendo razões para incentivar-lá. *Vide* ainda PINTO (2003), pp. 81 ss.

⁴¹ STAUDINGER/SINGER (2017), § 6.

⁴² LORENZ (1997), pp. 236 ss.

⁴³ LORENZ (1997), p. 237 (ainda que referindo-se ao dissenso total).

quanto à interpretação do contrato (como vimos no ponto anterior) modela, também, a própria possibilidade de verificação de um erro.

Neste contexto, a possibilidade de uma exclusão convencional da anulação do contrato com fundamento em erro não é pacífica na doutrina portuguesa, conhecendo-se posições contrárias a esta possibilidade⁴⁴.

Quanto a nós, a exclusão da possibilidade de invocação do regime anulatório do erro, em particular do erro sobre o objeto, implica, na prática, a aceitação de que o contraente pode chamar a si o risco de uma falsa representação da realidade. Se esse for o sentido da cláusula de *sole remedy* no que respeita à exclusão de meios de reação fundados em erro, parece que é de aceitar a respetiva validade. As partes podem celebrar o negócio jurídico sabendo que existe uma certa álea ou indefinição, por exemplo, quanto ao objeto do negócio, mas aceitando conscientemente (e sem erro) que o contrato é celebrado sem conhecimento total da realidade e pretendendo, por isso, renunciar à invalidade com fundamento em erro. Note-se até que, nestes casos, não fosse a renúncia, até se poderia chegar à conclusão que não há um verdadeiro erro, porquanto as partes representam (corretamente) a realidade com a álea inerente, sendo duvidosa a existência de uma falsa representação propriamente dita.

A conclusão da exclusão convencional antecipada da anulação com fundamento em erro é também facilitada pela própria letra do artigo 809.º, uma vez que a anulação com base em erro não se conta os direitos facultados ao credor nas divisões anteriores.

6. Vejamos agora a execução específica e, mais latamente, o cumprimento natural. Trata-se de matérias relativamente às quais os sistemas jurídicos assumem posições diversas, contrastando a posição dos ordenamentos de influência alemã, como o nosso, com a posição dos direitos inglês e norte-americano⁴⁵.

Entre nós, CALVÃO DA SILVA sustentou a irrenunciabilidade do direito à execução específica⁴⁶. NUNO PINTO OLIVEIRA considerou que, em princípio, o artigo 809.º se aplica a cláusulas de exclusão do direito

⁴⁴ Vide, por todos, PINTO (2003), nota 118.

⁴⁵ Vide, por todos, VICENTE (2017) pp. 276 ss.

⁴⁶ Vide, por exemplo SILVA, pp. 177 ss. e p. 85.

ao cumprimento, mas que as mesmas não serão nulas se o credor dispuser de tutela indenizatória⁴⁷. Já segundo PAULO MOTA PINTO, seria de aceitar esta renúncia, com base na interpretação da lei – uma vez que a mesma não seria vedada pelo artigo 809.º (que só refere os direitos “facultados nas divisões anteriores”, de onde não constam a ação de cumprimento e a execução específica) – e, sobretudo com apelo ao “sentido jurídico da obrigação”, radicada na autonomia privada das partes⁴⁸.

Parece-nos ser esta última a melhor solução, sendo inteiramente convincentes os argumentos invocados⁴⁹. Acresce ser essa a solução mais alinhada com soluções acolhidas em certos locais do sistema, como é o caso da fixação de um sinal (artigos 440.º e seguintes e 830.º, n.º 2) e com a possibilidade de exclusão do direito à reparação ou substituição do bem defeituoso (artigos 907.º e 912.º, 913.º e 194.º).

Podemos mesmo ir mais longe e procurar a solução nos interesses que próprio o princípio do cumprimento natural serve.

Havendo inadimplemento, na ausência de cláusula de *sole remedy*, o credor pode optar entre pedir tal cumprimento natural ou fixar um prazo ao devedor para cumprir, findo o qual (sem cumprimento), poderá reclamar uma indemnização pelos danos causados pela falta de cumprimento. Além disso, o credor pode pedir o cumprimento, antes ou depois da fixação de um prazo, nos termos do artigo 808.º, n.º 1. Não pode é pedir uma indemnização pelo não cumprimento antes da fixação do prazo, caso mantenha o interesse na prestação.

O princípio do cumprimento natural logrou consagração legal (cfr. artigos 817.º e ss. e 827.º e ss.) e mereceu aceitação generalizada por parte da doutrina⁵⁰. Este princípio foi herdado do direito alemão, que aceita a prevalência da execução *in natura* em relação ao ressarcimento através de sucedâneo indenizatório (*Ersatzleistung*) ou de “cumprimento pecuniário” (*Pekuniarerfüllung*). A execução específica, por seu turno, visa a própria realização da prestação não cumprida, e não de um valor patrimonial sucedâneo.

⁴⁷ OLIVEIRA (2011), p. 905.

⁴⁸ PINTO (2009), pp. 377 ss., nota 1139.

⁴⁹ Anteriormente, PIRES (2017) p. 79.

⁵⁰ Com outros desenvolvimentos, PIRES (2017), pp. 253 ss.

Na nossa opinião, o cumprimento natural pode ser afastado por vontade das partes também atendendo ao respetivo fundamento. Em regra, o cumprimento natural impõe-se por força do princípio *pacta sunt servanda* e da correspondência entre aquele meio de tutela e a (mais exata) satisfação do interesse do credor, garantindo condições para a realização do plano de emprego da prestação e dispensando o ressarcimento de prejuízos, assim desonerando o credor de uma prova difícil do dano. É ainda o meio mais cómodo de satisfação do seu interesse, dado que o credor não tem de realizar um negócio de cobertura, nem de conhecer um novo devedor.

WELLER alude, porém, a interesses do devedor no cumprimento *in natura* – interesse em receber a contraprestação, em exonerar-se, em realizar a prestação e com isso conseguir ganhos reputacionais e em evitar a resolução do contrato e uma indemnização por danos⁵¹. Esta visão foi, depois, desenvolvida por THOMAS RIEHM⁵². Nesta linha de pensamento, o devedor tem interesse em evitar uma situação patológica, que habilite o credor a resolver o contrato e tem também interesse a evitar a via indemnizatória, dado que, em regra, prestar será menos oneroso que indemnizar (devido ao preço do negócio de cobertura e à consideração dos lucros cessantes).

O princípio do cumprimento natural parece, em todo o caso, emergir como expressão de uma ideia de tutela do credor, mas não deixar de atender, de *forma subordinada*, a interesses do devedor. Não assiste ao devedor a possibilidade substituir o cumprimento pelo valor da cláusula penal ou de uma indemnização, nem o credor pode ser obrigado a aceitar o cumprimento natural se tiver perdido o interesse na prestação. Se o credor perder definitivamente o interesse na prestação – antes do vencimento, durante a mora ou na pendência de prazo admonitório – o devedor tem o direito de oferecer o cumprimento, de modo a exonerar-se do vínculo devedor. É, portanto, apenas quando o interesse do credor na prestação subsiste que se atende aos interesses do devedor. Havendo interesse na prestação, a satisfação desta deve realizar-se de forma a otimizar os interesses de ambas as partes.

⁵¹ WELLER (2009), pp. 331 ss.

⁵² RIEHM (2015), pp. 49 ss.

É certo que a maioria da doutrina, nomeadamente alemã, conserva fidelidade à ideia segundo a qual “o contrato deve ser prioritariamente cumprido *em natureza* (por contraposição ao cumprimento através do interesse na prestação), mesmo nos casos de perturbação do cumprimento do mesmo (do lado do devedor ou do lado do credor)”. Contudo, a exclusão do cumprimento natural opera, no caso que nos ocupa, através de uma disposição contratual. Não se trata de discutir qual o modelo legal, mas a natureza desse modelo e a possibilidade de disposição em contrário pelos contraentes. Ora, sendo as partes livres de celebrar o contrato que lhes aprouver, dentro dos limites da lei, e de fixar o respetivo conteúdo, parece ser de aceitar que as mesmas podem também determinar o meio de reação ao incumprimento que melhor serve os respetivos interesses. A liberdade de conformação da prestação no plano primário deve ser coerente com a atribuição de uma liberdade de conformação da reação no plano secundário. Os interesses em apreço (o interesse primário do credor e o interesse subordinado do devedor) são disponíveis: a reação de uma perturbação do programa obrigacional deve poder ser regulada pelas partes. Em particular, o credor deve poder fixar qual o meio pelo qual pretende satisfazer o seu interesse creditório, renunciando aos demais e fixando uma solução indemnizatória em detrimento de uma solução de cumprimento natural.

7. Finalmente, temos a exclusão da resolução do contrato por incumprimento⁵³. A resolução corresponde a uma reação do credor perante o inadimplemento definitivo da prestação debitória imputável ao devedor e corresponde à resolução do contrato: trata-se de uma “consequência natural (embora optativa) da crise no cumprimento”⁵⁴, definitiva, que pressupõe uma opção de desvinculação das prestações primárias, reativa, embora sem revestir uma natureza globalmente sancionatória. É própria dos contratos sinalagmáticos, nos quais, como dissemos, se faz apelo à relação final de troca entre prestações.

Cingindo-nos à regulação central, no Código Civil português o regime da resolução encontra assento geral nas normas dos artigos 801.º, n.º 2, 802.º e 432.º a 436.º, mas deve aceitar-se que a fisionomia

⁵³ PIRES (2017), pp. 84 ss.

⁵⁴ PROENÇA (1996), p. 68.

do “remédio resolutivo” é, em primeira linha, determinada pelo acordo vertido no contrato. Nada impede, pois, que as partes regulem convencionalmente os requisitos da resolução, nem que aponham ao contrato cláusulas resolutivas, com os limites resultantes da tutela em sede de cláusulas contratuais gerais⁵⁵. Aliás, a natureza da própria resolução é determinada pelo tipo e finalidade do contrato, mesmo que as partes não prevejam uma regulação contratual dos pressupostos e consequências da resolução.

Quanto à exclusão da resolução por convenção entre as partes, no direito português, entendeu BRANDÃO PROENÇA que “a lei afasta claramente (e para proteção do credor) [...] a possibilidade de uma renúncia prévia às alternativas abertas à parte lesada (e particularmente a opção resolutiva), considerando nulas tais cláusulas renunciativas”⁵⁶. A nulidade da renúncia à faculdade de resolução parece também ser sustentada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO⁵⁷.

No direito brasileiro, este aspeto não passou despercebido e conhecem-se posições no sentido da possibilidade de renúncia prévia⁵⁸, embora por vezes exigindo-se um carácter expresso da renúncia⁵⁹. Não parece, contudo, que a questão mereça resposta consensual, dado que PONTES DE MIRANDA realçou que a renúncia só é concebível depois do inadimplemento, e não antes⁶⁰, e, já sob vigência do novo Código, concluiu RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR que “no confronto dessas posições divergentes, parece melhor a daqueles que defendem a cogência da norma sobre a resolução por incumprimento, inafastável pela vontade das partes, negando a possibilidade de renúncia prévia”⁶¹.

Apurar a validade de uma cláusula que implique uma renúncia ao direito de resolução, exige que se compreenda previamente o sentido da

⁵⁵ PROENÇA (1996), p. 93.

⁵⁶ PROENÇA (1996), p. 85.

⁵⁷ MONTEIRO (2003), pp. 211-212.

⁵⁸ FARIAS; ROSENVALD (2016), p. 595.

⁵⁹ Na síntese de ARAKEN DE ASSIS: “se os prejuízos imagináveis à posição do parceiro renunciante ao caminho resolutório não modifica a índole do direito previsto no art. 475.º do CC-02, tornando-a imperativa e indisponível, sinalizam, de forma contundente, a validade exclusiva da renúncia *expressa*” (ASSIS, 2013, p. 36).

⁶⁰ MIRANDA (2012), p. 448.

⁶¹ JÚNIOR (2011), pp. 464 e 639.

resolução no quadro geral das reações a uma perturbação da prestação. Será aqui, e não tanto num argumento relativo a uma natureza do contrato (e ao sinalagma), que residirá a solução final. Ora, quanto a este aspeto cabe realçar que, subjacente ao artigo 808.º do Código Civil, está uma distinção entre situações de perda do interesse do credor e situações de falta de cumprimento da prestação, decorrido o prazo suplementar (e razoável) fixado pelo credor. Nos casos de perda do interesse do credor, desaparece a finalidade visada pelo programa obrigacional. Já outras hipóteses, mantendo-se o interesse do credor na prestação, surge muitas vezes uma tensão ou um conflito entre o interesse do devedor no cumprimento da prestação e o interesse do credor na liquidação do contrato⁶².

Quanto à perda do interesse do credor, a doutrina tem procurado aprofundar este critério, fixando alguns parâmetros quanto à apreciação do interesse do credor (objetiva/subjetiva) e quanto à relevância do conhecimento do devedor⁶³. Seja como for, o critério prevalecente na resolução do contrato fundada em incumprimento é o do interesse do credor. A aferição da gravidade do incumprimento diz respeito ao interesse do credor, o qual pode nem sequer ter sido revelado ao devedor.

Ora, perante o exposto, há que realçar que a exclusão de resolução do contrato equivale, muitas vezes, pura e simplesmente, à previsão de que o incumprimento de determinadas cláusulas contratuais não exclui o interesse do credor no recebimento da prestação, não ficando prejudicada a pretensão indemnizatória de que possa dispor, nem outras vias alternativas. Não havendo perturbação na formação do negócio que afete a própria cláusula, parece ser de concluir que não deve ficar em absoluto arredada a possibilidade de o próprio credor dispor antecipadamente sobre o modo de satisfação do respetivo interesse no plano secundário, quanto a determinadas prestações contratuais (e apenas quanto a estas), ainda que com consequências quanto à natureza do contrato. No fundo, parece aconselhar-se uma mudança de perspetiva: não rejeitar liminarmente a possibilidade de renúncia, admitindo a faculdade de o credor decidir sobre os meios de reação a um inadimplemento culposo. Naturalmente que uma apreciação final só poderá ser concretizada caso

⁶² STAUDINGER/SCHWARZE (2015), A9.

⁶³ Sobre este aspeto, PIRES (2017), pp. 84 ss.

a caso. E casos existirão em que a vinculação da parte fiel a um determinado contrato pode gerar distorções inaceitáveis e não previstas pelos próprios contraentes, cabendo a estas hipóteses uma solução distinta. Outros haverá, porém, em que a própria resolução é uma solução ineficiente, como é o caso da generalidade dos contratos de venda de empresas através da venda de participações sociais, atentos os efeitos restitutorios. Além disso, nestes, a renúncia à resolução pode figurar ao lado outras cláusulas que conferem feição particular ao próprio sistema das perturbações da prestação, como é o caso de cláusulas de declarações e garantias, associadas, ou não a cláusulas penais, também elas admissíveis no direito português. Num cenário em que tal sistema se revele apto a funcionar, não vislumbramos motivos para impedir partes esclarecidas de dispor sobre a melhor forma de regulação dos seus próprios interesses.

Bibliografia

- Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos – Funções. Circunstâncias. Interpretação*, vol. IV, Almedina, 2014.
- Andrade, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II – Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico, Coimbra, 2003 (9.^a reimp.).
- Antunes, Ana Filipa Morais, anotação ao artigo 809.º do CC, 2018.
- Antunes, José Engrácia, *Direito dos contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015 (reimp.).
- Ascensão, José de Oliveira, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 (2.^a ed.).
- Assis, Araken de, *Resolução do contrato por inadimplemento*, 2013.
- Busche, Jan, em *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.^a ed., 2018, anotação ao § 133.
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung”*, AcP 2000, pp. 273 ss.
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado*, II, Negócio Jurídico, Almedina, Coimbra, 2014 (4.^a ed.).
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, IX, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2017 (3.^a ed.).
- Czarnecki, Mark Andre, *Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2016.
- Cziupka, Johannes, *Dispositives Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010.
- Duarte, Rui Pinto, *A interpretação dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2016.

- Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson, *Curso de Direito Civil, Contratos. Teoria Geral e Contratos em espécie*, 2016, 10.^a ed.
- Flume, Werner, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, *FS zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, 1860-1960, org. Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange, vol. 1, C. F. Müller, Karlsruhe, 1960.
- Frada, Manuel Carneiro da, “Sobre a interpretação do contrato”, *Forjar o Direito*, Almedina, 2015.
- Gomes, Januário Costa, *Contratos comerciais*, 2013.
- Greiner, Stefan, “Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen zwischen ‘Normativität’ und subjektivem Empfängershorizont”, *AcP*, 2017, pp. 492 ss.
- Grigoleit, Hans Christoph, “Sanktionsmechanismen bei Willensstörungen”, *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, org. Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, pp. 163 ss.
- Júnior, Eduardo Santos, *Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos*, AAFDL, 1988.
- Júnior, Ruy Rosado de Aguiar, *Comentários ao novo Código Civil. Da extinção do contrato*, vol. VI, tomo II, coord. Sálvio Teixeira, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- Kleinschmidt, Jens, *Ver Verzicht im Schuldrecht. Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2003.
- Knobel, Ulriche, *Wandlungen im Verständniss der Vertragsfreiheit*, Berlin, 2000.
- König, Katharina, *Der Irrtum in der Erklärung im deutschen und englischen Recht sowie in den Regekerken für eine europäische Zivilrechtsvereinheitlichung*, Peter Lang, 2018.
- Larenz, Karl, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, Beck, Munique, 1987, 14.^a ed.
- Leitão, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, II, Almedina, Coimbra, 2018.
- Lorenz, Stephan, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, Beck, Munique, 1997.
- Martens, Sebastian, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, Mohr Siebeck, 2007.
- Miranda, Pontes de, *Tratado de Direito Privado. Parte especial, tomo XXV, Direito das Obrigações. Extinção das Obrigações*, atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
- Möslein, Florian, *Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2011.
- Monteiro, António Pinto, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 2003.
- Mues, Meike, *Die Irrtumsanfechtung im Handelsverkehr*, 2004.
- Oliveira, Nuno Pinto, *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, Coimbra, 2008.

- Oliveira, Nuno Pinto de, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- Pinto, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição por A. Pinto Monteiro e P. Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- Pinto, Paulo Mota, “Requisitos de relevância do erro, Nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e no Código Civil Português”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, Almedina, Coimbra, 2003.
- Pinto, Paulo Mota, *Interesse Contratual negativo e interesse contratual positivo*, I e II, Almedina, Coimbra, 2009.
- Pires, Catarina Monteiro, *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas. Problemas e Litígios*, Almedina, 2018.
- Pires, Catarina Monteiro, *Contratos*, I. *Perturbações na Execução*, Almedina, Coimbra, 2019.
- Pires, Catarina Monteiro, *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Proença, José Carlos Brandão, *A resolução do contrato no direito civil. Do enquadramento e do regime*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- Reymann, Christoph, *Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge. Einheit, Freiheit und Gleichheit im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2009.
- Riehm, Thomas, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2015.
- Schreiber, Anderson, *Manual de Direito Civil Contemporâneo*, Saraiva, 2018.
- Sedlmeier, Kathleen, *Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2012.
- Silva, João Calvão da, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Almedina, Coimbra, 2002.
- Staudinger/Schwarze, anotação ao § 323, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 315-326, Leistungsstörungenrecht 2*, De Gruyter, Berlin, 2015 (cit. Staudinger/Schwarze, § 323), A9.
- Staudinger/Singer, anotação ao § 119, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, §§ 90-124*, De Gruyter, Berlin, 2017, n.m. 119 § 3 ss, § 6.
- Telles, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2010.
- Varela, João Antunes, *Das Obrigações em geral*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2001 (7.^a ed., reimp.).
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2017, 8.^a ed.
- Vicente, Dário Moura, *Direito Comparado*, volume II, Obrigações, Almedina, Coimbra, 2017.
- Weller, Marc-Philippe, *Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2009.

Tutela dos credores e *par conditio creditorum*

CATARINA SERRA*

1. Considerações introdutórias

O princípio *par conditio (omnium) creditorum*, também conhecido como *Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung* ou *Prinzip der Gleichbehandlung* no círculo jurídico germânico¹ e como *pari passu principle* no círculo jurídico anglo-saxónico², tem na sua raiz o princípio da igualdade.

As origens deste encontram-se no pensamento filosófico das civilizações ditas «clássicas». Foi, de facto, entre os gregos (pitagóricos) que nasceu a noção de que a igualdade é justiça³. Segundo eles, a harmonia do universo (*cosmos*) traduz-se, na esfera humana, como uma relação entre condutas, configurando-se a justiça (*dikê*) como uma relação de igualdade entre dois termos (por exemplo, a relação entre uma ofensa e a sua reparação). Havendo um desequilíbrio no *cosmos*, seria tarefa da justiça restaurar o equilíbrio. Esta ideia está presente no pensamento grego até à sua mais completa e última formulação, com ARISTÓTELES, que qualifica a justiça como «virtude completa»⁴.

Mais precisamente, a *par conditio creditorum* concretiza o princípio da igualdade no domínio da responsabilidade patrimonial e está

* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça. Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho (contrato na situação prevista no art. 73.º do ECDU).

Por opção da Autora, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

¹ Cfr., por exemplo, na doutrina alemã, BAUR / STÜRNER (1991), p. 8, e, na doutrina suíça, AMONN / FRIDOLIN (2003), p. 281. É possível encontrar ainda outras expressões, como *Gleichmäßige Gläubigerbefriedigung* ou *Prinzip gleichmäßiger Bedienung*.

² Cfr., por exemplo, na doutrina inglesa, FINCH (2009), pp. 599 e s., e MOKAL (2003), p. 459.

³ Cfr., neste sentido, TABORDA (1998), p. 244.

⁴ Cfr. ARISTÓTELES (2004), p. 83.

associada à acção de cumprimento e de execução – ou, como lhe chamam alguns, à acção creditória⁵.

2. *Par conditio creditorum* e acção de execução

No Direito romano primitivo a execução tinha carácter universal, isto é, envolvia todos os bens do devedor. Mas quando, numa fase mais avançada, surgiu a figura da execução especial (limitada a certos bens), estabeleceu-se, para regular a hipótese de cumulação de penhoras sobre o mesmo bem, a regra da preferência resultante da penhora. Deste modo, o credor, mais diligente, que fizesse penhorar os bens do devedor primeiro do que dos outros credores obtinha o direito de se fazer pagar com prioridade sobre eles. Assim se mantiveram as coisas durante todo o período medieval⁶.

A partir do século XVI, no Direito consuetudinário francês, começa, contudo, a ganhar terreno o princípio da igualdade entre os credores. O credor exequente conservava ainda uma posição de proeminência por força da regra da inadmissibilidade de mais do que uma penhora sobre um mesmo bem do devedor (*saisie sur saisie, exécution sur exécution ne vaut pas*) e, de início, ainda se lhe reconhecia, no caso de concurso de credores, um direito de preferência sobre os credores comuns, mas,

⁵ A acção creditória é definida como o conjunto de «medidas judiciais facultadas ao credor para defesa do seu interesse, das quais se destaca a possibilidade que ele tem de conseguir coactivamente, através dos bens do devedor, o objecto da prestação ou uma indemnização dos danos no caso de incumprimento da obrigação» [cfr. COSTA (2006), p. 154]. Além da acção de cumprimento (ou acção de condenação) e da acção de execução, a que se referem os arts. 817.º e s. do Código Civil [e, respectivamente, o art. 4.º, n.º 2, al. b), e n.º 3, do Código de Processo Civil], a acção creditória compreende a providência cautelar do arresto (cfr. arts. 619.º e s. do Código Civil e arts. 406.º e s. do Código de Processo Civil) e a acção de simples apreciação [cfr. art. 4.º, n.º 2, al. a), do Código de Processo Civil]. Nas palavras de ANDRADE (1966), p. 25, [...] a acção creditória é uma entidade complexa, que integra nos termos apontados, uma *acção de condenação* e uma *acção executiva*. Aliás, ela compreende também a possibilidade para o credor de fazer apenas, quando nas circunstâncias isso lhe baste para tutela do seu interesse, certificar judicialmente a existência do crédito, sem pedir a condenação do devedor [*acção de simples apreciação*: Cód. de Proc., art. 4.º, n.º 2, al. a), ou de mero *accertamento* — dizem os italianos], assim como a de requerer certas providências cautelares, *maxime* o arresto (*acção cautelar*; cfr. Cód. de Proc., art. 398.º) (itálicos do autor).

⁶ Cfr. GARBAGNATI (1938), pp. 33-47.

com o movimento de unificação do Direito francês (séculos XVII e XVIII), consolida-se a ideia de um concurso de credores em posição de igualdade, isto é, independentemente do momento da iniciativa processual de cada um (*par contribution au sol la livre*). O processo culmina com a eliminação, no *Code de Procédure Civile* napoleónico, da preferência resultante da penhora e com a adopção da regra da distribuição do produto segundo a ordem para os credores privilegiados e hipotecários e proporcionalmente ao crédito para os credores comuns, na insuficiência do produto da venda dos bens para o seu pagamento integral (*distribution par contribution*)⁷.

Este percurso marca a configuração dos Direitos latinos, como o francês e o italiano⁸. Outros Direitos, como o alemão e o austríaco, mantiveram-se fiéis ao princípio da prioridade do exequente sobre os credores comuns (*Prioritätsprinzip / Präventionsprinzip*)⁹. É, assim, possível identificar dois grandes sistemas: o sistema que se funda no princípio da igualdade dos credores ou *par conditio creditorum* e nega qualquer preferência ao credor exequente sobre os credores comuns e o sistema que se inspira no princípio *prior in tempore potior in iure* e reconhece uma preferência, por efeito da penhora, ao credor exequente sobre os credores comuns e sobre os credores que não tenham garantia real anterior¹⁰. Neste último sistema integra-se o Direito português (cfr. art. 822.º, n.º 1, do Código Civil¹¹)¹².

⁷ Cfr. GARBAGNATI (1938), pp. 47-60.

⁸ Cfr. GARBAGNATI (1938), pp. 60-67.

⁹ A expressão *Präventionsprinzip* do Direito germânico deriva do latim *prævenire* [cfr. PAGENSTECHE (1968), p. 2]. Sobre o *Prioritätsprinzip / Präventionsprinzip* veja-se ainda, por exemplo, JAUERNIG (1996), pp. 75-76.

¹⁰ Adopta-se a sistematização, ainda válida em face do panorama actual do Direito comparado, que propõe REIS (1985), p. 247, na sequência de uma exposição crítica de outras classificações, designadamente as propostas por BUZAID (1952), pp. 147 e s., e por ZANZUCCHI (1946), pp. 60-62.

¹¹ Doravante CC.

¹² O Direito português acompanhou, até certo momento, a tendência dos Direitos latinos, consagrando durante algum tempo a preferência resultante da penhora (cfr. Livro III, Título 97, § 5, das Ordenações Afonsinas; Livro III, Título 74, § 2, das Ordenações Manuelinas; Livro III, Título 91, § 1, das Ordenações Filipinas). Depois, foi acolhendo (subsidiariamente) o critério da prioridade cronológica dos créditos e (a título excepcional, ou seja, quando os créditos não estivessem titulados em escritura pública) o critério da igualdade entre os

Como é sabido, no sistema fundado no *prior in tempore potior in iure*, este cede, por vezes, o lugar à *par conditio creditorum*. Mas isto apenas no caso especial de insolvência do devedor, isto é, só quando existe, manifestamente, o risco de o devedor estar impossibilitado de satisfazer

credores (cfr. Título III, § 13, da Lei de 22 de Dezembro de 1761 e §§ 31, 42 e 43 da Lei de 20 de Junho de 1774). Porém, com o Código de Processo Civil de 1876 voltou-se à regra da preferência da penhora: o exequente tinha o direito de ser pago com preferência sobre qualquer outro credor que não tivesse penhora, privilégio ou hipoteca anterior (cfr. art. 836.º). A acção de execução era essencialmente singular ou mista, não podendo participar nela senão os credores com direito real de garantia (cfr. art. 933.º). Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, apesar da ausência de uma disposição que expressamente o afirmasse, continuou a entender-se que o credor exequente tinha o direito de se fazer pagar pelo produto da venda dos bens penhorados com preferência sobre os credores comuns e sobre os credores com penhora, privilégio ou hipoteca inscrita posteriormente, exceptuados, mais uma vez, os casos de falência ou de insolvência do devedor, em que a regra da preferência resultante da penhora cedia em face do princípio da igualdade dos credores (cfr. art. 1194.º, § 2.º, e art. 1357.º do Código de Processo Civil de 1939). A acção de execução tornou-se, no entanto, colectiva: eram admitidos ao concurso todos os credores, inclusivamente os credores comuns, desde que os seus créditos estivessem vencidos (cfr. art. 865.º). É certo que os credores comuns só podiam satisfazer-se com o remanescente da satisfação dos credores preferentes, mas estavam, até à fase do pagamento, em pé de igualdade com os credores preferentes, podendo, depois de os seus créditos serem verificados e reconhecidos, nomear à penhora outros bens do executado, além dos já penhorados (cfr. art. 870.º). O regime foi criticado, pela excessiva morosidade a que dava azo. O Código de Processo Civil de 1961 manteve-se fiel ao princípio da preferência da penhora (cfr. a versão original do art. 833.º, n.º 1, do Código de Processo Civil de 1961; depois e até hoje, o art. 822.º, n.º 1, do CC). E voltou a configurar a acção de execução como uma acção tendencialmente singular ou mista: são admitidos a reclamar os seus créditos somente os credores com garantia real sobre os bens penhorados [cfr. arts. 864.º, n.º 1, al. b), e 865.º, n.º 1, do Código de Processo Civil de 1961, correspondentes, hoje, aos arts. 786.º, n.º 1, al. b), e 788.º, n.º 1, do Código de Processo Civil de 2013]. Ao sistema de concurso de credores propriamente dito, do Código de Processo Civil de 1939, sucedeu-se assim, um sistema de simples concurso de preferências. Cfr., neste sentido, CASTRO (1973), pp. 173-174. Pode dizer-se também, utilizando a fórmula de SOUSA (1998), p. 326, que ao concurso de credores (do executado) se sucedeu um concurso de garantias (sobre os bens penhorados). Sobre esta evolução cfr., desenvolvidamente, SERRA (2009), pp. 83 e s.

todos os créditos, que é o caso em que mais se justifica^{13/14}. O raciocínio é simples: a impossibilidade de cumprir torna necessária a repartição dos bens segundo um critério de proporcionalidade.

3. *Par conditio creditorum* e processo de insolvência

Não obstante estar consagrada, em quase todos os ordenamentos jurídicos, na lei geral (civil) – e o regime português não é exceção, tendo-a acolhido, com carácter de princípio geral, no art. 604.º, n.º 1, do CC¹⁵, costuma dizer-se que o princípio *par conditio creditorum* adquire a

¹³ Dizem a este respeito HEILMANN / SMID (1994), p. 16, que, na hipótese de insolvência (*Zahlungsunfähigkeit*) ou de situação patrimonial líquida negativa (*Überschuldung*) do devedor, o património não chega para a satisfação completa de todos os credores; neste caso, um processo que se subordine ao *Prioritätsprinzip* conduz a um tratamento não paritário dos credores, pois os primeiros credores a agredir o património conseguem uma satisfação completa ou quase completa das suas pretensões enquanto uma grande parte dos credores sai do processo de mão vazias. Ora, à luz do princípio constitucional da igualdade (cfr. § 3 da *Grundgesetz*), tal não se justifica. Pronunciando-se no mesmo sentido, PETER SCHLOSSER (*Zivilprozeßrecht*, II — *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, München, Verlag Franz Vahlen, 1984, p. 30) refere que a lógica inerente ao *Prioritätsprinzip* («*Wer zuerst kommt, malt zuerst*») se tornou tão familiar que já quase ninguém se lembra de o contestar com base em argumentos jurídico-constitucionais; em caso algum ele se justifica por conduzir a resultados tão arbitrários, podendo ocorrer, por exemplo, que a preferência de um credor derive de ele se ter antecipado aos credores concorrentes apenas algumas horas ou mesmo alguns minutos.

¹⁴ Expressaram ideia semelhante no quadro do Direito português, por exemplo, REIS (1985), p. 248, e, mais tarde — no âmbito do Direito alemão — BORK (2009), p. 1, e — no âmbito do Direito austríaco — DELLINGER / OBERHAMMER (2004) pp. 2-3.

¹⁵ Diz-se no art. 604.º, n.º 1, do CC: «[n]ão existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos». Corresponde-lhe o art. 2741 do *Codice Civile* («*[i] creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione*») e o art. 2093 do *Code Civil* («*[l]es biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*»).

sua máxima expressão no processo de insolvência^{16/17}. Ainda assim, esta afirmação tem de ser entendida com cautelas.

É inegável que existe uma estreita ligação entre a *par conditio creditorum* e o processo de falência/insolvência¹⁸. Ela afirmou-se nos estatutos medievais como regra para a tutela dos credores do comerciante, em contraposição ao princípio da prioridade cronológica, aplicável às relações entre particulares. Na base disto estariam razões de ordem económica, fundadas na ideia de que a igualdade favorece o crédito comercial, garantindo que não é possível a nenhum credor desviar os bens do devedor e fazer-se pagar em detrimento dos restantes¹⁹.

Mas, ainda que seja objecto de uma aplicação especial no processo de insolvência, a *par conditio creditorum* não é uma regra *exclusiva* deste, sendo válida para outras situações envolvendo uma pluralidade de sujeitos²⁰.

Ela não é, além disso, uma característica *essencial* do processo de insolvência, visto não ter aplicação no processo de insolvência com um único credor²¹.

¹⁶ Cfr., neste sentido, por todos, SCHLESINGER (1995), pp. 319 e s. (esp. pp. 325-327), e FABIANI (2019), p. 204. Cfr., em sentido próximo, na doutrina alemã, BAUR / STÜRNER (1991), p. 41 [e (outros) autores citados na nota 18]. Também em Portugal é muito comum esta ideia. Cfr., por todos, na doutrina, RIBEIRO (2019), p. 671, e ainda (referindo-se a um princípio do tratamento igualitário dos credores nas hipóteses de «insuficiência de garantia») BARBOSA (2019-a), pp. 121-122, e (2019-b), pp. 337-338. Cfr., na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Janeiro de 2017, Proc. 417/14.3TBVFR.P1.S1 (ABRANTES GERALDES), in www.dgsi.pt.

¹⁷ Interroga-se sobre a subsistência e a efectividade do princípio *par conditio creditorum* no Direito comum GALO (2017).

¹⁸ Para uma referência à tese que concebia a *par conditio creditorum* como uma característica própria (distintiva) do processo de falência / insolvência e concluindo que esta é tão-só um elemento *natural*, cfr. SERRA (2009), pp. 152 e s.

¹⁹ Cfr. MATRAY (1983), pp. 18-20.

²⁰ A pergunta crucial – que se formulará adiante – é se a sua aplicação se restringe à responsabilidade patrimonial ou pode impor-se ainda no momento do cumprimento voluntário das obrigações.

²¹ Conclui-se, assim, que a *par conditio creditorum* é uma característica natural do processo de insolvência. Cfr., neste sentido, PAJARDI (2002-a), pp. 13-15.

E não é, tão-pouco, uma regra *absoluta*, sofrendo compressões de natureza e graus diversos²².

Num primeiro momento, a *par conditio creditorum* foi apresentada como um princípio superior, «pré-jurídico» ou de «Direito natural». Porém, a partir de certa altura, começou a contestar-se esta ideia²³ e a alegar-se que o princípio estava em crise²⁴, em consequência do interesse crescente na conservação das empresas e ainda da nova ponderação dos interesses dos trabalhadores e de certas categorias de credores²⁵. Em particular, esta última circunstância teria dado origem a um aumento considerável do número de privilégios creditórios, invertendo-se o papel da regra relativamente à excepção²⁶ — o que conduziria a perguntar: afinal, *par aut dispar condicio creditorum*²⁷?

A verdade é que, como se disse, a *par conditio creditorum* não é um princípio inderrogável. É rigorosamente uma técnica de organização do

²² Diz FABIANI (2019), p. 204, que, desde logo, «[i]l principio della par condicio creditorum non è assoluto perché non va invocato quando il patrimonio del debitore è sufficiente a garantire il soddisfacimento di tutti i creditori».

²³ Cfr., por exemplo, JAEGER (1984), pp. 93 e s. Segundo o autor, a regra não se impõe ao espírito. A sua prevalência explica-se com base em razões históricas, económicas e práticas. Ela não é um princípio pré-jurídico, mas, simplesmente, uma regra de direito consagrada na lei (e ainda que se trate da lei fundamental). Também refuta a «mitificação» do princípio COLESANTI (1984), pp. 32 e s. Refere-se a ambos os autores, subscrevendo os seus pontos de vista fundamentais, TARZIA (2005), pp. 5 e s. Para o panorama das principais teorias sobre a *par conditio* (teoria do Direito natural, teoria do princípio de Direito substantivo, teoria do princípio da igualdade e teoria do poder de repartir), cfr. PAJARDI (2002-b), pp. 30-32.

²⁴ Como nota, entre outros, JAEGER (1984), pp. 89 e s. Afirma o autor (p. 96) que a *par conditio creditorum*, enunciada na lei geral com a solenidade de um princípio geral, constitui, de facto, muito mais a excepção do que a regra; os processos concursuais são os únicos em que se realiza efectivamente um tratamento paritário dos credores e daí que seja desaconselhável procurar o fundamento do princípio à margem dos processos concursuais. Todavia, nem mesmo nestes processos a regra da *par conditio creditorum* é absoluta, havendo apenas uma aplicação rigorosa quando não é descortinável nenhum interesse superior digno de tutela. JAEGER chega mesmo a falar no “valor residual” da *par conditio creditorum* (p. 104).

²⁵ O fenómeno é criticado por DI LAURO (1992), pp. 610 e s, que se opõe à desvalorização do princípio e à sucumbência dos interesses privados perante as exigências de conservação da empresa. Confirma a subordinação da tutela da *par conditio creditorum* à tutela do interesse da empresa — *rectius*: o agravamento desta subordinação após a reforma do Direito falimentar italiano — SANDULLI (2006), p. 331.

²⁶ Dá conta deste fenómeno, entre outros, PROTO (1998), pp. 869-870.

²⁷ Usurpando-se o título do trabalho de TARZIA (2005).

concurso de credores²⁸. Resulta de uma opção do legislador, podendo ser afastada quando isso seja necessário para a realização dos fins de política legislativa²⁹.

Não pode esquecer-se, além disso, que, tal como a justiça não pode ser cega, não pode procurar-se a *igualdade justa* na *igualdade formal*. Evo-cando ARISTÓTELES, se o justo é o igual e o injusto o desigual, quando as pessoas não são iguais não devem receber partes iguais³⁰. Isto permite pôr a hipótese de as restrições infligidas à igualdade entre os credores – pelo menos, algumas delas – serem simplesmente aparentes³¹.

²⁸ Recentemente pronunciou-se FABIANI (2019), p. 210, no sentido de que a raiz da *par conditio* é o concurso de credores mas que seria *inexacto* pressupor que a *par conditio* fosse o concurso de credores; as duas expressões são frequentemente associadas mas não correspondem ao mesmo conceito. Segundo o autor, o princípio da *par conditio* expressa o método que permite a aplicação, na concursualidade, de uma regra de tratamento entre os diversos credores concorrentes que pretendem gozar da mesma garantia patrimonial; o critério da paridade constitui um critério alternativo ao critério da preferência temporal mas é só um critério (e não o critério) para regular as relações entre os credores. E conclui: a concursualidade é uma consequência lógica do princípio da unidade ou universalidade da responsabilidade patrimonial.

²⁹ Cfr. NIGRO (2003), pp. 347-348 e 350. SCHLESINGER (1995), pp. 327-329, verifica que o princípio não é incondicional. Como é evidente, a doutrina discute sobre a legitimidade daquelas restrições. Segundo TARZIA (1984), pp. 155 e s., uma vez elevada a *par conditio creditorum* à qualidade de princípio constitucional, as derrogações devem ser justificadas à luz do cânone da razoabilidade: no que respeita ao processo de *amministrazione straordinaria*, por exemplo, as discriminações serão razoáveis, não quando sejam simplesmente úteis ou oportunas, mas apenas quando sejam indispensáveis à conservação da empresa, em função de uma sua eventual transmissão; verifica-se aqui a desejável convergência entre os interesses dos credores e os interesses da economia nacional, que pode igualmente verificar-se nos processos de tipo liquidatório e justificar a preferência pela alienação da empresa como um todo. Mais tarde, o autor repete a ideia, alertando para o perigo de as derrogações *ex post* (por via processual) à *par conditio* constituírem violações do princípio do «justo processo» («*giusto processo*»), aplicável também aos processos executivos e concursuais (pp. 7 e s.).

³⁰ Cfr. ARISTÓTELES (2004), pp. 85-86.

³¹ Na doutrina alemã, afirmam — certamente — BAUR / STÜRNER (1991), pp. 41-42, que é preciso ver a grande contradição que está desde sempre no centro da problemática do princípio *par conditio creditorum*: o que é igual deve ser tratado de forma igual, mas o que é desigual deve ser tratado de forma desigual. Ao lado do princípio da justiça assente numa igualdade formal está o mandamento da discriminação como elemento conflituante da justiça: nenhum período da história do Direito conheceu a insolvência sem privilégios, bem pelo contrário, a discriminação por força de privilégios sempre coexistiu com a igualdade formal. A avaliação do sistema de satisfação do direito da insolvência à luz da *par conditio creditorum* impõe apenas que a discriminação seja justificada em cada caso concreto — como a prioridade do

4. A *par conditio creditorum* no processo de insolvência

4.1. Os credores estão «sujeitos» à *par conditio creditorum*

É visível que o processo de insolvência impõe limitações aos direitos «naturais» dos credores que não têm paralelo em processo algum. E pode parecer intrigante que a fonte de quase todas as limitações seja justamente o mecanismo especialmente concebido para a consecução de uma tutela mais eficaz dos direitos de crédito (a *par conditio creditorum*).

Contrariando as aparências, é lógico que assim seja. Na sua génese, a *par conditio creditorum* corresponde a uma exigência de «justiça distributiva»³² — de distribuição do sacrifício, de «comunhão de perdas» (*Verlustgemeinschaft*)³³ ou de «comunhão no risco» (*Risikogemeinschaft*)³⁴ —, aquela a que ARISTÓTELES chamava a «primeira espécie de justiça»³⁵. Ela integra o «interesse público na justa composição dos conflitos»³⁶.

exequente na execução individual — e não seja atribuída ao acaso. Um sistema de satisfação sem privilégios corresponde tão-pouco à igualdade como uma cumulação de privilégios à igualdade formal; a igualdade exige uma ponderação. Quando o Direito da insolvência a encontra, realiza a *par conditio creditorum*. *Par conditio creditorum* significa, então, satisfação comunitária, tratar aquilo que é igual de forma igual, mas aquilo que é desigual de forma desigual. Ainda segundo os autores (pp. 43 e 44), o princípio está associado à universalidade: só onde a universalidade tem validade e todos os credores participam pode a justiça da distribuição da insolvência atingir igualmente todos os credores.

³² Cfr. JAEGER (1964), p. 66. Já SCHLESINGER (1995), pp. 329-330, recusa que a *par conditio creditorum* corresponda a qualquer ideal de justiça substancial. Na sua opinião, o princípio foi apenas o instrumento mais cómodo que o legislador encontrou para solucionar um problema distributivo complexo, só assim se justificando que ele tenha uma aplicação tão elástica, ou seja, que a lei salvguarde “as causas legítimas de preferência” e, em geral, que o princípio seja sacrificado sempre que outros interesses sejam merecedores de tutela.

³³ Cfr., por exemplo, JAUERNIG (1996), p. 172. Diz o autor que o ponto de saída do Direito da falência é a ruína económica do devedor; a ordem jurídica reage determinando que todos os credores, quando não possam obter plena satisfação, devem ser satisfeitos de forma paritária, enfim, concebe uma espécie de comunhão de destino e de perdas (*Schicksals- und Verlustgemeinschaft*): nenhum credor, por se antecipar, tem direito a receber mais do que os outros.

³⁴ Cfr., por exemplo, HEILMANN / SMID (1994), p. 16.

³⁵ Cfr. ARISTÓTELES (2004), pp. 85-87.

³⁶ A expressão — de CARNELUTTI — é referida por SOARES (1955), p. 101, que afirma que a esquematização típica da vida segundo critérios de justiça distributiva é o primeiro interesse do Estado que a legislação realiza.

Curiosamente, na lei da insolvência portuguesa, o princípio *par conditio creditorum* está expressamente consagrado na disciplina que regula o plano de insolvência. Dispõe-se no art. 194.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas³⁷ que «o plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objectivas».

Não existe norma semelhante no quadro do processo de insolvência. E, todavia, são várias as disposições que, mais ou menos implicitamente, o consagram: justamente, não obstante entre muitas outras, aquelas que impõem restrições aos direitos dos credores.

Não é novidade que a sentença de declaração de insolvência tem uma eficácia excepcional, tanto em profundidade como em extensão. Por serem os beneficiários por excelência do processo, tende a esquecer-se ou a desvalorizar-se este facto, mas, na realidade, a declaração de insolvência não deixa incólumes os credores. Bem pelo contrário, ela modifica a estrutura dos direitos de crédito e limita o uso dos instrumentos concebidos para a sua tutela.

No quadro do Direito português, os credores ficam, designadamente, limitados, em resultado dos efeitos processuais da declaração de insolvência, no exercício do seu poder de acção executiva – por força da impossibilidade de instaurar e de obter o prosseguimento de acções executivas contra o devedor (cfr. art. 88.º, n.º 1, do CIRE); ficam limitados, em resultado dos efeitos sobre os créditos, na titularidade de certos direitos reais de garantia dos seus créditos – devido à susceptibilidade de extinção dos privilégios creditórios e garantias reais (cfr. art. 97.º do CIRE) e no recurso a certos meios de extinção das obrigações – pelos condicionamentos impostos ao exercício do direito de compensação (cfr. art. 99.º do CIRE); ficam limitados, em resultado dos efeitos sobre os negócios prejudiciais à massa, no recurso a certas providências de conservação do património do devedor – pelos condicionamentos apertados impostos ao direito de instauração de acções de impugnação pauliana (cfr. art. 127.º do CIRE); no gozo de certas posições processuais de vantagem – por força da regra da inatendibilidade, na graduação de créditos, da preferência resultante da hipoteca judicial ou proveniente

³⁷ Doravante CIRE.

da penhora (cfr. art. 140.º, n.º 3, do CIRE)³⁸; ficam, por fim, sujeitos, em resultados dos efeitos sobre os negócios em curso, a um conjunto de efeitos particulares no caso de estarem ainda em curso negócios jurídicos em que participaram com o insolvente (cfr. arts. 102.º e s. do CIRE)³⁹. Por fim, a sentença de declaração de insolvência, complementada pela sentença de verificação e graduação de créditos, ela condiciona — reduz ou mesmo impede — a satisfação do interesse do credor, que é a função essencial de qualquer instrumento de tutela jurisdicional dos direitos de crédito.

Vendo bem, a declaração judicial de insolvência não faz mais do que declarar ou reconhecer uma situação de facto e desencadear a aplicação das providências adequadas. É sempre nesta situação de facto que se encontra a razão de todas as excepcionalidades; nela se reconstitui a «solidariedade económica natural» entre os credores — de que falavam SALVATORE SATTA⁴⁰ e, de forma menos explícita, NICOLA JAEGER^{41/42}. Em regra ou durante algum tempo, esta solidariedade é um elo meramente *de facto*, potencial, pese embora imputável a vicissitudes *jurídicas*, ou seja, a cada um dos vínculos jurídicos autonomamente constituídos pelo devedor. E assim permanece, reservada, a não ser que ou até que ocorra uma situação que concretize os riscos associados ao crédito e perturbe a confiança dos credores na capacidade de cumprimento do devedor: a

³⁸ Esclareça-se que o arresto, enquanto não for convertido em penhora (cfr. art. 762.º do CPC), é apenas um meio de conservação da garantia patrimonial (cfr. art. 619.º, n.º 1, do CC); não atribui preferência no pagamento, pelo que não se integra nas causas legítimas de preferência a que se refere o art. 604.º do CC.

³⁹ Além das normas referidas, há mais algumas normas que homenageiam claramente o princípio *par conditio creditorum*, não impondo propriamente limitações aos credores; destaca-se, por exemplo, a norma do art. 91.º, n.º 1, do CIRE (vencimento imediato de dívidas).

⁴⁰ Cfr. SATTA (1996), *passim* e esp. p. 518.

⁴¹ Cfr. JAEGER (1964), pp. 66-67. O autor afirma que, no plano económico, o credor do comerciante acaba por dividir, mesmo que indirectamente, os riscos da empresa: nenhum fornecedor a crédito se sujeitaria à álea de perder o que é seu se não vislumbrasse certas garantias de solidez na empresa e de probidade e de capacidade do seu titular.

⁴² Segundo LIBONATI (2001), p. 336, existirá solidariedade, talvez, mas uma solidariedade mais artificial do que natural, resultante da necessidade de organização para fazer face a adversários conjunturalmente comuns.

insolvência⁴³. A partir daí, os credores, que antes partilharam os riscos económicos da empresa ou dos actos patrimoniais do devedor, são chamados a assumir no plano jurídico as consequências dessa sua posição, reunindo-se como que numa consciência e numa preocupação comuns: uma vez verificada a condição que desencadeia o concurso de credores (cfr. art. 604.º, n.º 1, do CC), está definitivamente limitado o alcance da responsabilidade patrimonial do devedor (cfr. art. 601.º do CC)⁴⁴.

Esta limitação é consequência directa da aplicação do princípio da igualdade dos credores, a que os credores ficam legalmente «sujeitos» por força da declaração de insolvência⁴⁵. O legislador deixa de olhar exclusivamente à relação entre o credor individual e o devedor individual — ou às relações singularmente consideradas entre alguns credores e o devedor —, abandona a perspectiva de uma mera justiça comutativa para afrontar uma realidade mais complexa, uma situação plurissubjectiva caracterizada por relações intersubjectivas de solidariedade e de complementaridade perante um único sujeito contraposto⁴⁶.

⁴³ Ou, como diz PAJARDI (2002-a), p. 11, a «solidariedade económica natural», vendo bem, já existia no momento fisiológico da empresa devedora quando os créditos surgiram, porque quem quer que conceda crédito assume um risco e assume-o juntamente com todos aqueles que concedam crédito ao mesmo devedor; acentua-se no momento patológico da empresa devedora e traduz-se na distribuição proporcional das eventuais perdas, na hipótese — provável quando o devedor está em estado de insolvência — de o património do devedor, uma vez liquidado, não satisfazer integralmente a totalidade dos montantes devidos.

⁴⁴ Cfr., neste sentido, SERRA (2009), pp. 391 e s.

⁴⁵ Diz a este respeito CASTRO (2005), p. 264: «[o] princípio geral de que se arranca neste domínio das consequências da declaração de insolvência sobre os credores é o da igualdade de tratamento de todos os credores, expresso na máxima da *par conditio creditorum* e genericamente acolhido no art. 604.º do Código Civil [...]. A lei tratou, portanto, de estabelecer um conjunto de regras destinadas, por um lado, a assegurar, na medida do possível, a realização da *par conditio creditorum* — regras essas que importam determinadas *modificações substanciais* dos direitos de alguns credores — e, por outro lado, a regular os desvios e sacrifícios ao tratamento igualitário dos credores e a própria diferente natureza ou situação jurídica dos créditos comportam» (itálicos do autor).

⁴⁶ Cfr. PIERO PAJARDI (2002-a), p. 9. Diz, mais à frente, o autor (p. 11) que o verdadeiro horizonte do legislador especial (falimentar) é fugir do esquema restrito da justiça comutativa e resolver uma situação que reclama uma justiça distributiva (do sacrifício); são duas perspectivas incompatíveis: o princípio comutativo obrigaria a que fossem pagos integralmente os credores à medida do vencimento dos seus créditos; o distributivo impõe aos credores satisfeitos a obrigação de restituir quanto receberam (ainda que legitimamente, por força do

4.2. A actividade processual dos credores tem efeitos colectivos

Um dos aspectos mais interessantes do processo de insolvência é que, em regra, a actividade dos credores, apesar de movidos sempre por um interesse pessoal, aproveita à satisfação do interesse de todos.

Assim acontece, de forma paradigmática, com o poder de requerer a declaração de insolvência, mas também com outras iniciativas, como, por exemplo, a impugnação da lista de créditos reconhecidos com fundamento em indevida inclusão, em atribuição de montante excessivo ou em qualificação superior à correcta: o credor age no seu próprio interesse⁴⁷, mas é indiscutível que todos os credores (à excepção do titular do crédito impugnado) e até o devedor têm a ganhar com a procedência da impugnação.

Na lei portuguesa, existe, desde 2004 (a partir do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), uma excepção a esta regra de eficácia colectiva, no âmbito dos instrumentos contra os actos prejudiciais à massa: a impugnação pauliana.

5. O quadro de instrumentos contra os actos prejudiciais à massa e a *par conditio creditorum*. A resolução em benefício da massa e a impugnação pauliana

Naturalmente, a lei portuguesa prevê instrumentos dirigidos a repelir os efeitos jurídicos dos actos «suspeitos» praticados pelo devedor antes da declaração de insolvência – *transaction avoidance actions*, como são correntemente designados no plano do direito comparado⁴⁸. São eles a resolução em benefício da massa insolvente (correspondente

primeiro princípio), para permitir uma redistribuição proporcional a favor de todos os credores e usando todos os bens do devedor.

⁴⁷ Adopta-se a definição de JAEGER (1964), p. 135. Diz o autor que a actividade mais significativa que os credores *uti singuli* desenvolvem é na fase de verificação de créditos, na qual cada um tem o ónus de reclamar o seu crédito e o direito de impugnar a reclamação de créditos dos outros; aí não há dúvida que o credor que impugna um crédito alheio age no próprio interesse, para eliminar um concorrente.

⁴⁸ Para um estudo de Direito comparador sobre este tipo de instrumentos e dos princípios subjacentes (em que se destacam o princípio *par conditio creditorum* e a protecção das legítimas expectativas dos terceiros) cfr. BORK, *Report on Transactions Avoidance Laws (CERIL Report 2017/1) – Clash of Principles: Equal Treatment of Creditors vs.*

à *Insolvenzanfechtung* regulada nos §§ 129 a 147 da *Insolvenzordnung*), na disponibilidade do administrador da insolvência⁴⁹, e a impugnação pauliana, na disponibilidade dos credores⁵⁰.

A resolução em benefício da massa é considerada a expressão mais emblemática do princípio *par conditio creditorum*^{51/52}, desempenhando, como qualquer outro instrumento do tipo *transaction avoidance action*, um papel importante na reversão e na repressão dos actos praticados pelo devedor antes do início do processo de insolvência e dirigidos a, antecipadamente, depreciar ou extrair valor da (futura) massa insolvente (*value extraction schemes*)^{53/54}.

Protection of Trust in European Transactions Avoidance Laws, 2017, in <https://www.ceril.eu/news/ceril-statement-2017-1-on-transactions-avoidance-laws>.

⁴⁹ Apesar de a questão não ser inteiramente pacífica, a inadmissibilidade de resolução em benefício da massa insolvente pelos próprios credores corresponde ao entendimento mais correcto. Cfr., também neste sentido, GOMES (2017), pp. 109-110.

⁵⁰ Sobre *Insolvenzanfechtung* no Direito alemão, designadamente as razões históricas que justificam a distinção entre ela e a clássica *actio pauliana* cfr. THOLE (2010), pp. 287 e s.

⁵¹ Cfr., neste sentido, FABIANI (2010), p. 215. No seu estudo, o autor avalia o peso da *par conditio* depois do recente *Codice della crisi* (estabelecido pelo *Decreto Legge n. 14 del 12 gennaio 2019, na sequência da autorização legislativa da Legge n. 155 del 19 ottobre 2017*), passado em vista, entre outras coisas, a relação deste princípio com a *azione revocatoria fallimentare / concorsuale* (instituto homólogo à resolução em benefício da massa). A final conclui o autor que enquanto algumas regras, de técnico, apontam para um reforço da *par conditio*; como exemplifica a extensão (ainda que limitada) do período suspeito previsto para a *azione revocatoria*, paralelamente, outras regras, contendo conceitos de valor, parecem mais dirigidas a valorizar o resultado da operação de regulação da crise (incluindo a liquidação judicial). Para fundamentação da *Insolvenzanfechtung* no princípio da igualdade cfr. THOLE (2010), pp. 279 e ss., e, descrevendo as críticas que têm sido apontadas a esta fundamentação, HOFFMANN (2016), pp. 38 e s.

⁵² Nas palavras de VASCONCELOS (2015), p. 106, ela tem como fundamento «a defesa da massa contra a depreciação e as práticas que lhe prejudiquem o valor».

⁵³ Para um recentíssimo estudo de Direito comparado sobre as formas de combate aos *value extraction schemes* cfr. BORK, *Report on Reversal of Value Extraction Schemes (CERIL Report 2019/2)*, 2019, in <https://www.ceril.eu/news/ceril-report-2019-2-on-reversal-of-value-extraction-schemes>.

⁵⁴ São exemplos clássicos deste tipo de actos «os contratos simulados e quaisquer outros como, por exemplo, os negócios indirectos, celebrados com intuito defraudatório e os que o devedor, na iminência da sua insolvência, dentro dos dois anos anteriores ao início do processo, celebra com terceiro, seu credor, que a conhece, com o fito de apenas o beneficiar, abatendo logo ao passivo o declarado preço da compra e venda de um imóvel, em relação ao qual não existe, reciprocamente, qualquer intenção de transferir o direito real de propriedade» [cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 2018, Proc. 2252/14.0T2SNT-D.

De acordo com o desenho legal, a resolução em benefício da massa tem efeitos retroactivos e conduz à reconstituição da situação que existiria se o acto não tivesse sido praticado ou omitido (cfr. art. 126.º, n.º 1, do CIRE), designadamente impondo ao terceiro a obrigação de restituir à massa insolvente os bens ou valores prestados pelo devedor (cfr. art. 126.º, n.ºs 3 e 6, do CIRE) e impondo à massa, em certos termos, a obrigação de restituir ao terceiro o objecto por ele prestado (cfr. art. 126.º, n.ºs 4 e 5, do CIRE) – portanto, efeitos colectivos ou para todos os credores⁵⁵.

Olhando para trás no tempo, é possível concluir que cabe à resolução o papel que cabia à impugnação pauliana no contexto do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, havendo até quem se refira a ela como «impugnação pauliana com contornos especiais»⁵⁶. Assinale-se, para ilustrar a afirmação, que a resolução abrange quaisquer actos prejudiciais praticados ou omitidos dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo⁵⁷ (cfr. art. 120.º, n.º 1, do CIRE), ao passo que antes só podiam ser resolvidos os actos que a lei expressamente identificava [cfr. art. 156.º, n.º 1, als. *a*), *b*) e *c*), do Código dos Processos Especiais da Recuperação de Empresas e de Falência]⁵⁸.

A resolução é, de facto, o instrumento privilegiado, concentrando-se nela e, portanto, no administrador da insolvência o encargo de repelir os efeitos dos actos prejudiciais à massa, e desempenhando a impugnação um papel subsidiário e quase insignificante⁵⁹.

L2.D1 (FONSECA RAMOS), *in* www.dgsi.pt] ou a «compra e venda ocorrida nos dois anos anteriores à data do processo de insolvência, sem o consequente recebimento da respectiva quota parte devida pelos Recorrentes à Insolvente, bem sabendo aqueles que a Vendedora estava numa situação de insolvência» [cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2019, Proc. 493/12.3TJCBR-H.P2.S1 (ANA PAULA BOULAROT), *in* www.dgsi.pt].

⁵⁵ Sobre o regime da resolução em benefício da massa insolvente cfr., entre outros, SERRA (2018), pp. 245 e s. Para uma leitura do regime português da resolução em benefício da massa com apontamentos comparativos com a disciplina alemã cfr. GOMES (2017), pp. 107 e s.

⁵⁶ Cfr. RIBEIRO (2017), p. 170.

⁵⁷ Este espectro temporal era, inicialmente, de quatro anos, tendo sido reduzido, com a Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, para dois anos.

⁵⁸ Cfr., para uma análise do anterior regime, SERRA (1998), pp. 292 e s.

⁵⁹ LEITÃO (2018), p. 233, diz que «o decretamento da resolução em benefício da massa *precluye* a possibilidade de recurso à impugnação pauliana dos actos abrangidos por essa resolução (art.127.º, n.º 1)» (itálico nosso).

Por sua vez, no art. 127.º do CIRE, única norma respeitante à impugnação pauliana, estabelece-se três regras. Em primeiro lugar, no n.º 1, proíbe-se a propositura de acções de impugnação pauliana de actos cuja resolução haja sido declarada pelo administrador de insolvência. Em segundo lugar, no n.º 2, determina-se a não apensação ao processo de insolvência e impede-se o prosseguimento das acções de impugnação pauliana pendentes em caso de resolução a não ser que esta venha a ser declarada ineficaz por decisão definitiva. Finalmente, no n.º 3, delimita-se os efeitos das acções de impugnação pauliana procedentes através de uma remissão para o art. 616.º do CC, determinando-se ainda que o crédito não será afectado por plano de insolvência ou de pagamentos.

A opção legislativa suscita, desde o início, algumas reservas. Será a resolução um sucedâneo eficaz da impugnação pauliana?⁶⁰ Representará a concentração num único sujeito um ganho efectivo para a economia processual, por confronto com a partilha de esforços com os credores?

O principal motivo de crítica reside, porém, na definição dos efeitos da pauliana do processo de insolvência por remissão para a pauliana geral ou civil – numa palavra: na (re)conversão da «pauliana colectiva»⁶¹, que existia antes, em «pauliana individual ou singular»⁶². É este fenómeno que explica, por sua vez, a subalternização legal da impugnação pauliana à resolução. Trata-se, em última análise, de salvaguardar o princípio *par conditio creditorum*⁶³.

Reproduzindo as palavras usadas no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2018, Proc. 930/13.0TVPR.T.P1.S1 (CATARINA SERRA), «[d]a disciplina actual dos instrumentos de reacção contra os negócios prejudiciais à massa resulta, claramente, que a

⁶⁰ Manifestou reservas à equivalência entre as duas FREITAS (2004), p. 13.

⁶¹ A expressão é de SERRA (1958), p. 287. Diz-se colectiva, por oposição a individual, a impugnação pauliana que se realiza em benefício da massa insolvente, aproveitando os seus efeitos a todos os credores.

⁶² Segundo MARIANO (2008), p. 269: «[c]om a entrada em vigor do C.I.R.E., deixou de existir qualquer distinção nos efeitos da impugnação pauliana relativa a actos do devedor que veio a ser judicialmente declarado insolvente, pelo que os credores do adquirente concorrerão em qualquer caso com o credor impugnante».

⁶³ Parecem apontar para a mesma ideia PRATA / CARVALHO / SIMÕES (2013), p. 377.

impugnação pauliana constitui um instrumento subsidiário em relação à resolução em benefício da massa. Bem se compreende que assim seja. Enquanto esta determina a reversão dos bens ou valores para a massa insolvente, sendo, assim, os seus efeitos susceptíveis de aproveitar a todos os credores, aquela detém um marcado carácter pessoal e dirige-se, como é seu timbre, à exclusiva tutela do interesse do credor impugnante (cfr. artigo 616.º do CC *ex vi* do artigo 127.º, n.º 3, do CIRE), desviando-se daquilo que, em rigor, se imporia em face da natureza universal do processo de insolvência, ou seja, a *par conditio creditorum*»^{64/65}.

6. A impugnação pauliana em particular. Lições a partir da jurisprudência portuguesa

6.1. Os efeitos da impugnação pauliana

Dispõe o n.º 3 do art. 127.º do CIRE, que «julgada procedente a acção de impugnação, o interesse do credor que a tenha instaurado é aferido, para efeitos do art. 616.º do Código Civil, com abstracção das

⁶⁴ In www.dgsi.pt.

⁶⁵ Leia-se, para compreender definitivamente a relação de subordinação entre os dois instrumentos e a razão de ser das restrições consagradas no art. 127.º do CIRE, o ponto 41 do Preâmbulo do DL n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprova o CIRE: «[a] finalidade precípua do processo de insolvência – o pagamento, na maior medida possível, dos credores da insolvência – poderia ser facilmente frustrada através da prática pelo devedor, anteriormente ao processo ou no decurso deste, de actos de dissipação da garantia comum dos credores: o património do devedor ou, uma vez declarada a insolvência, a massa insolvente. Importa, portanto, apreender para a massa insolvente não só aqueles bens que se mantenham ainda na titularidade do insolvente, como aqueles que nela se manteriam caso não houvessem sido por ele praticados ou omitidos aqueles actos, que se mostram prejudiciais para a massa. A possibilidade de perseguir esses actos e obter a reintegração dos bens e valores em causa na massa insolvente é significativamente reforçada no presente diploma. No actual sistema, prevê-se a possibilidade de resolução de um conjunto restrito de actos, e a perseguição dos demais nos termos apenas da impugnação pauliana, tão frequentemente ineficaz, ainda que se presuma a má fé do terceiro quanto a alguns deles. No novo Código, o recurso dos credores à impugnação pauliana é impedida, sempre que o administrador entenda resolver o acto em benefício da massa. Prevê-se a reconstituição do património do devedor (a massa insolvente) por meio de um instituto específico – a resolução em benefício da massa insolvente –, que permite, de forma expedita e eficaz, a destruição de actos prejudiciais a esse património».

modificações introduzidas ao seu crédito por um eventual plano de insolvência ou de pagamentos».

A norma remetida, crucial para a interpretação do art. 127.º, n.º 3, do CIRE, é o art. 616.º do CC. Adquire particular relevância o disposto nos seus n.ºs 1 e 4, que são aqueles em que «[o] carácter pessoal da impugnação pauliana aparece afirmado especialmente: o primeiro, ao atribuir ao credor o direito à restituição dos bens na medida do seu interesse; o segundo, não atribuindo aos outros credores quaisquer direitos sobre esses bens»⁶⁶. No n.º 1 do art. 616.º do CC dispõe-se, precisamente, que «[j]ulgada procedente a impugnação, o credor tem direito à restituição dos bens na medida do seu interesse, podendo executá-los no património do obrigado à restituição e praticar os actos de conservação da garantia patrimonial autorizados por lei» e, no n.º 4 que «[o]s efeitos da impugnação pauliana aproveitam apenas ao credor que a tenha requerido».

Imediatamente se vê que a solução que a lei privilegia (a solução-regra) é a da execução do bem no património do obrigado, de acordo, aliás, com o previsto no art. 818.º do CC (execução dos bens de terceiro). Apesar de a impugnação pauliana se configurar como uma «acção restitutória», a restituição efectiva do bem ao alienante aparece, pois, como solução residual⁶⁷.

Esclarece PAULA COSTA SILVA que o credor fica encabeçado na pretensão à restituição do bem ao património do devedor somente quando a execução do bem no património do obrigado não é possível⁶⁸. Esta impossibilidade verificava-se, segundo a autora, fundamentalmente, em dois grupos de situações: quando o credor não pudesse ainda exigir

⁶⁶ Cfr. LIMA / VARELA (1987), p. 633.

⁶⁷ Reafirmando este postulado cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2019, Proc. 341/13.7TBVNO-IE1.S1 (RICARDO COSTA), in www.dgsi.pt.

⁶⁸ Cfr. SILVA (2004), p. 55. Dizia a autora que esta situação era excepcional e respeitava, designadamente, ao caso de declaração de insolvência do devedor, em que era preciso respeitar o carácter universal da execução (pp. 55 e 57). Note-se, no entanto, que a autora se pronunciava antes da entrada em vigor do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e, por isso, sem (poder) considerar o disposto no art. 127.º do CIRE e a «nova» impugnação pauliana. Também PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (*Código Civil Anotado*, volume I, cit., p. 634) afirmavam: «[a] restituição efectiva dos bens ao alienante não tem, pois, interesse na generalidade dos casos. Mas pode tê-lo, se a execução ainda não é possível ou se há falência ou insolvência, caso em que os bens revertssem para a massa falida».

judicialmente o cumprimento da obrigação e quando o devedor fosse declarado falido durante a pendência da acção de impugnação – aqui *por determinação legal*.

Sucedo que aquilo que determinava a lei se alterou. Regulando-se, no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, a impugnação pauliana na hipótese de insolvência do devedor como um instrumento livre de desvios à estrutura típica, o credor requerente de uma impugnação pauliana, uma vez julgada esta procedente, deixa de estar limitado ao exercício de uma pretensão à restituição do bem à massa insolvente e pode executar o bem no património do terceiro obrigado⁶⁹.

Isto está em conformidade com a restrição imposta pelo n.º 4 do art. 616.º do CC, que é a outra regra indiscutivelmente abrangida pela remissão do art. 127.º, n.º 3, do CIRE. O disposto no n.º 4 do art. 616.º do CC «confirma a natureza *pessoal* da impugnação pauliana: esta não beneficia senão o credor que a exerceu»⁷⁰. Não é, no entanto, a mais adequada ao processo de insolvência – à natureza *universal* deste^{71/72}.

Por este motivo, tem sido irresistível para alguns ignorar o disposto (de forma razoavelmente clara) na norma e propugnar que a impugnação pauliana do processo de insolvência implica – continua a implicar – a restituição do bem ao património do devedor, aproveitando, portanto, o bem a todos os credores.

Este entendimento tem uma expressão quase «simbólica» na doutrina portuguesa, sendo normalmente ilustrado por referência ao raciocínio de MARISA VAZ CUNHA. Sustenta a autora, fundamentalmente, que «o n.º 3 do artigo 127.º deve ser objecto de uma interpretação restritiva, defendendo que este apenas se refere ao n.º 1 do artigo 616.º do

⁶⁹ Só não seria, assim – repete-se – se ainda houve pauliana colectiva.

⁷⁰ Cfr. LIMA / VARELA (1987), p. 634.

⁷¹ Como já se advertia, quando o regime era o anterior, a propósito das diferenças entre a pauliana regulada na disciplina do processo de falência e a pauliana geral. Cfr. SERRA (1998), p. 298.

⁷² A opção do legislador do Código da Insolvência e da Recuperação estabelece uma ruptura com a tradição da lei da insolvência portuguesa – uma ruptura, para não ir mais longe, com o que estava expressamente previsto na regra homóloga do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência: «julgada procedente a impugnação pauliana, os bens ou valores correspondentes reverterem para a massa falida» (cfr. art. 159.º, n.º 1). Saliente-se que os efeitos da resolução e da impugnação pauliana eram tratados, nesta norma, em conjunto. Cfr. SERRA (1998), p. 293.

CC. O credor ficará sempre com o seu crédito incólume face aos restantes credores, como benefício pelo exercício da acção pauliana»⁷³.

Os fundamentos invocados para sustentar esta tese (a teleologia do Direito da Insolvência e a *par conditio creditorum*) merecem, sem dúvida, simpatia. A verdade, porém, é que não podem prevalecer. Em primeiro lugar, é indiscutível que a remissão é feita sem restrições, logo, para (todo) o art. 616.º do CC. Em segundo lugar, a tese retira toda a utilidade ao art. 127.º, n.º 3, do CIRE, pois o credor requerente «fica[r] sempre com o seu crédito incólume face aos restantes credores» não é um benefício adicional que aportaria a remissão para o n.º 1 do art. 616.º do CC; é o que já resulta da norma, *in fine* («com abstracção das modificações introduzidas ao seu crédito por um eventual plano de insolvência ou de pagamentos») ⁷⁴.

Apesar de tudo, a maioria da doutrina especializada tem aceite (e compreendido) que este é um resultado incontornável do disposto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: que os efeitos da impugnação pauliana procedente aproveitam apenas ao credor que a requereu⁷⁵. E assim também a jurisprudência. Afirma-se, por exemplo,

⁷³ Cfr. CUNHA (2017), pp. 302 e s. (esp. 309).

⁷⁴ E é inútil tentar encontrar apoio para tal interpretação restritiva no discurso de SILVA, como faz CUNHA (2017), p. 303. O que diz aquela autora, explicando «as situações em que o bem deve ser restituído ao património do devedor – sublinhe-se – *em virtude de determinação legal*, como ocorre, v.g., *quando na pendência da acção de impugnação o devedor é declarado falido*», é o seguinte: «permitir a respectiva execução no património de terceiro suporia conferir uma posição de vantagem ao credor que está munido de uma decisão proferida na acção de impugnação: só ele tem título que lhe permite atingir o património de terceiro. Os demais credores deveriam satisfazer os respectivos créditos através dos bens que estivessem integrados no património do devedor ao tempo da declaração de falência; o credor impugnante, que pudesse executar determinado bem específico no património de terceiro, evitaria o concurso dos restantes credores do seu devedor. A impugnação deixa de ser pessoal para ter uma eficácia universal: o bem reentra no património do devedor, servindo à satisfação de todos os créditos que contra esse património são invocados. *Estamos já para além da previsão do art. 616.º, n.º 4, do CC*». Cfr. SILVA (2004), pp. 56-57 (itálicos nossos).

⁷⁵ Cfr., por exemplo, FERNANDES / LABAREDA (2015), p. 518, SERRA (2018), p. 253, LEITÃO (2018), p. 234, EPIFÂNIO (2019), p. 263, PRATA / CARVALHO / SIMÕES (2013), p. 378. Ainda neste grupo deve integrar-se COSTEIRA (2005), p. 38, que, declarando que não percebeu o que o legislador quis dizer e não se pronuncia, mas, afinal, acaba por se pronunciar, dizendo que lhe parece «absurdo que depois de decretada a insolvência a eventual procedência de acção de impugnação pauliana vá aproveitar apenas a um credor do insolvente». E integra-se

no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Janeiro de 2019, Proc. 3134/14.0TBBRG.G1.S1 (GRAÇA AMARAL), que «[o] regime da impugnação pauliana caracteriza-se, quanto aos efeitos da procedência da respectiva acção, enquanto direito pessoal de restituição, porquanto o acto visado não é afectado na sua validade intrínseca, apenas deixa de produzir efeitos em relação ao credor impugnante e só na medida do seu interesse, ou seja, uma vez satisfeito o direito do credor o acto impugnado permanece integralmente válido. Atenta a natureza da acção de impugnação pauliana, em caso de inexistência ou improcedência da acção de resolução por parte do administrador, não pode a procedência daquela assumir efeitos colectivos no sentido de beneficiar a massa insolvente, pelo que os efeitos da impugnação aproveitam apenas o credor que a tenha requerido»⁷⁶, ou, mais sinteticamente, no já referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2018, «[a] resolução em benefício da massa visa a recuperação do bem ou valor em prol do colectivo dos credores enquanto a impugnação pauliana opera apenas em benefício do credor impugnante».

Há quem veja no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2013, Proc. 283/09.0TBVFR-C.P1.S1 (FONSECA RAMOS)⁷⁷ um exemplo de um movimento jurisprudencial em sentido contrário. Mas sem razão.

Repare-se na singularidade do caso em apreciação: tendo sido realizada uma doação de bem imóvel e estando pendente, na procedência de impugnação pauliana, uma acção de execução para pagamento de quantia certa contra os doadores, foram estes declarados insolventes. Esta é uma situação muito particular, que raramente se configura, uma vez que o credor opta, normalmente, por executar o bem no património do obrigado⁷⁸. A questão suscitada na revista era a seguinte: quais são

ainda RIBEIRO (2017), pp. 158 e s. e pp. 166-167. Esta última autora acaba por fazer, como se verá adiante, uma ressalva importante, que põe em causa a coerência da sua conclusão quanto a este ponto. MARTINS (2016), pp. 223-224, não toma (pelo menos, de forma clara) uma posição nesta controvérsia,

⁷⁶ In www.dgsi.pt.

⁷⁷ In www.dgsi.pt. É referido naqueles termos (generalizadores) por CUNHA (2017), p. 303, mas – como se tentará demonstrar – sem razão.

⁷⁸ Diz MARTINS (2017), p. 797, que «estando [o devedor], na prática, numa situação de pré-insolvência, ou mesmo de insolvência (apesar de a insolvência não ser um requisito da

(quais devem ser) os efeitos da declaração de insolvência dos executados, sabendo que, em resultado da impugnação pauliana, foi decretada a ineficácia da doação e que o bem doado foi penhorado na execução e está onerado com hipoteca voluntária com registo (anterior à penhora) a favor de outro credor?

Invocando-se «razões de justiça material e respeito pela execução universal que a insolvência despoleta», decidiu-se, naquele Acórdão, que, «[t]endo os executados sido declarados insolventes, a execução não pod[ia] prosseguir, nos termos do art. 88.º do CIRE, estabelecendo o art. 90.º que os credores da insolvência apenas poderão exercer os seus direitos nos termos deste Código». Desta forma, «os bens alienados e objecto da acção de impugnação pauliana julgada procedente, dev[ia]m, *excepcionalmente*, regressar ao património do devedor para, integrando a massa insolvente, responderem perante os credores da insolvência, sendo, deste modo, o crédito do exequente, autor triunfante na acção de impugnação pauliana, tratado em pé de igualdade com os demais credores dos ora insolventes».

Põe esta decisão em causa o entendimento exposto, em particular, quanto aos efeitos da impugnação pauliana?

Dir-se-á, sem hesitar, que não. Ela não contraria *directamente* o disposto no n.º 2 do art. 127.º do CIRE uma vez que a acção pendente nos autos era, não uma acção de impugnação pauliana (acção declarativa), mas uma acção de execução (a subsequente execução). Depois, e como se sublinhou, a execução não corria, como é habitual, contra o terceiro transmissário, mas contra os devedores / insolventes. Foi esta última circunstância que permitiu ao Supremo Tribunal convocar o art. 88.º do CIRE (onde se determina a suspensão das acções executivas que atinjam os bens integrante da massa insolvente) e que propiciou a restituição do bem ao património dos insolventes (à massa insolvente), fazendo com que a execução (singular) em curso se convertesse numa execução universal ou em benefício de todos os credores.

impugnação pauliana), há o risco de o devedor ser entretanto declarado insolvente. Caso tal acontecesse, o credor perderia a exclusividade em se fazer satisfazer com recurso aos bens em causa, conferida pelo n.º 4 do art. 616.º do CC, e teria de concorrer em pé de igualdade com os demais credores do devedor».

A solução adoptada neste aresto foi, em conclusão, a solução adequada para um caso assumidamente *excepcional*, em que os devedores são declarados insolventes durante a pendência de uma *acção de execução contra eles instaurada*. Não pode retirar-se dela argumentos para defender, genericamente, *contra legem*, que os efeitos da acção de impugnação pauliana, proposta antes ou depois da declaração de insolvência, aproveitam a todos os credores⁷⁹.

⁷⁹ Por esta razão manifestam-se reservas ao Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25 de Junho de 2015, Proc. 4797/13.0TBSTB-A.E1 (RUI MACHADO E MOURA) (não publicado), que, reproduzindo abundantemente passagens daquele Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, conclui que «o resultado da [...] acção pauliana pendente é susceptível de poder influir no processo de insolvência» e, por isso, «os bens deverão ser apreendidos para a Massa em caso de procedência do negócio impugnado». O caso apreciado neste aresto era fundamentalmente diferente do caso tratado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: a insolvência havia sido declarada quando ainda estava pendente a acção (declarativa) de impugnação pauliana. Daí que tivesse sido invocado, não o art. 88.º, n.º 1, mas o art. 85.º, n.º 1, do CIRE. Ora, o disposto no art. 85.º, n.º 1, do CIRE é incompatível com o disposto no art. 127.º, n.º 2, do CIRE. No primeiro determina-se a apensação (a possibilidade de apensação) de certas acções declarativas ao processo de insolvência; no segundo afirma-se, categoricamente, que «[a]s acções de impugnação pauliana pendentes à data da declaração de insolvência [...] não serão apensas». Contendo um regime próprio para as acções (declarativas) de impugnação pauliana, a norma do art. 127.º do CIRE reveste carácter especial. Prevalece, por isso, sobre aquela outra no que respeita aos efeitos da declaração de insolvência sobre as acções de impugnação pauliana pendentes, devendo acontecer exactamente aquilo que aí se prevê. Quer dizer: as acções não são apensadas ao processo de insolvência e, se não houver resolução ou esta vier a ser julgada ineficaz, prosseguem os seus termos (cfr. art. 127.º, n.º 2, do CIRE); neste caso, o interesse do credor será, inevitavelmente, aferido nos termos do art. 616.º do CC (cfr. art. 127.º, n.º 3, do CIRE) – o que significa: os efeitos da acção aproveitam apenas ao credor que a tenha requerido. Por motivos idênticos não pode acompanhar-se RIBEIRO (2017), p. 170, que, tomando também como ponto de partida a decisão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2013, conclui a sua análise do art. 127.º do CIRE, dizendo que «por identidade ou até por maioria de razão solução idêntica merece a situação na qual a acção de impugnação pauliana está pendente aquando da declaração de insolvência do devedor ou é instaurada depois dela. Então, parece que o sentido útil possível a retirar do disposto no n.º 3 do artigo 127.º é o de que os bens relativamente a cuja alienação esteja pendente acção de impugnação pauliana quando o devedor é declarado insolvente regressam à massa insolvente, se a acção for procedente. Aí, o credor autor da acção concorre com os restantes credores da insolvência, mas a medida do seu crédito abstrai das alterações que entretanto lhe possa ter sido introduzidas por um eventual plano de insolvência ou de pagamentos». Este raciocínio, como qualquer raciocínio deste tipo (generalizador), suscita, pelo menos, duas críticas. Antes disso, repare-se que a autora afirma que «com o CIRE deixou

Apesar da sua desadequação ao carácter universal do processo de insolvência, a verdade é que há razões para justificar a alteração legislativa de 2004, impondo um carácter pessoal à impugnação pauliana do processo de insolvência.

Desde logo, no plano estritamente dogmático, a solução é consentânea com uma visão de tipo conservador – da impugnação pauliana enquanto «elemento integrante do *status* jurídico de todo o credor», que é propugnada por parte da doutrina⁸⁰.

de existir a impugnação pauliana colectiva, que foi “substituída” pela resolução em benefício da massa insolvente. A impugnação pauliana “singular”, por seu turno, continua a ser regulada, nos mesmo termos, no Código Civil (os efeitos aproveitam ao credor que impugna o acto» (pp. 166-167). A primeira crítica que pode apontar-se a este raciocínio é a que já se apontou à tese da interpretação restritiva do n.º 3 do art. 127.º do CIRE. Prende-se ela com o facto de assim se fazer tábua rasa da remissão contida na norma, quer dizer: de assim se reduzir a utilidade da norma à determinação de que o interesse do credor é aferido com abstracção das modificações derivadas de plano de insolvência ou de pagamentos e de isso ser dispensável pois já resulta da norma remissiva, ela própria. Mas há duas críticas adicionais. Por um lado, a interpretação sustentada pela autora conduz também à inutilização do disposto no n.º 2 do art. 127.º do CIRE. Em coerência com as restantes normas que compõem o regime dos efeitos da declaração de insolvência sobre os actos prejudiciais à massa, esta norma revela que a vontade do legislador foi configurar o regresso dos bens «desviados» da massa como um efeito da resolução, só devendo a impugnação pauliana prosseguir quando aquela não ocorra ou quando seja declarada ineficaz por decisão definitiva. De facto, quando o administrador declara a resolução do acto, como é expectável que aconteça, o terceiro tem de restituir à massa os bens ou valores prestados pelo devedor (cfr. art. 126.º, n.ºs 1, 3 e 6, do CIRE), ficando aquela acção suspensa e, a certa altura, extinguir-se, por inutilidade superveniente da lide [mas depois de esgotado o prazo de três meses para a impugnação da resolução (cfr. art. 125.º do CIRE) ou quando seja proferida decisão judicial que recuse a ineficácia da resolução]. Ficam – repete-se – meramente suspensas desde a data da resolução até esta altura. O que é lógico, pois, havendo uma decisão que declare a ineficácia da resolução, elas retomam os seus termos e podem ser julgadas procedentes [cfr., globalmente em sentido idêntico. COSTEIRA (2005), p. 38]. Se se entender que os bens em causa numa acção de impugnação pauliana, proposta antes ou depois da declaração de insolvência, devem regressar à massa quando a acção é julgada procedente, para que serviria a norma do artigo 127.º, n.º 2, do CIRE? Por outro lado, a interpretação sustentada pela autora deixa «escapar» a hipótese em que a resolução não tem lugar ou é declarada ineficaz e a acção de impugnação pauliana, proposta antes ou depois da declaração de insolvência, prossegue os seus termos e é julgada procedente. Aí, continuará o credor a ter a possibilidade de exercer o seu direito de executar o bem no património do devedor, evitando o confronto com os demais credores do insolvente.

⁸⁰ Cfr., por exemplo, JUÁREZ TORREJÓN (2018), pp. 1277 e s.

E, no plano prático, a solução não deveria acarretar grandes custos, atendendo a que, por força do quadro fixado no art. 127.º do CIRE, a resolução tem um carácter quase esgotante no que toca à possibilidade de reacção contra os actos prejudiciais e os casos de impugnação pauliana susceptíveis de proceder são residuais. Por outras palavras: terá o legislador partido do princípio de que o administrador da insolvência faria da resolução um uso eficaz como via (única) para a reconstituição do património do devedor; sendo assim, o poder de acção individual dos credores, embora fortemente limitado, não precisava de ser anulado, não aparecendo como desrazoável que o credor que, apesar de tudo, conseguisse que a sua acção procedesse, tivesse a pertença exclusiva dos proveitos resultantes da sua acção.

Nesta medida, a intenção não terá sido diferente daquela que justifica tantas outras situações, em que a desigualdade de tratamento se funda em razões objectivas (a maior atenção / diligência distinguiria positivamente os sujeitos).

Se, a final, aquela previsão não se confirma e os custos da solução são elevados é porque aquele pressuposto não estava certo. Deveria o legislador ter contado com a inércia do administrador da insolvência e deverá contar com ela numa futura revisão da lei da insolvência.

Enquanto o quadro não se altera, resta, todavia, um consolo. Se à inércia do administrador da insolvência se juntasse a inércia dos credores, o bem objecto do acto prejudicial nunca chegaria a integrar a massa; haveria, além disso, mais um credor com a legítima pretensão de ser satisfeito à custa da massa. Não é, assim, absolutamente incompreensível que, não podendo ser realizado o interesse de todos (por não ser posto em marcha o instrumento que a lei especificamente prevê para o efeito), se realize, pelo menos, o interesse do credor impugnante. Produz-se ainda um benefício (reflexo) para todos, que reside no facto de o credor triunfante «ser eliminado» do concurso de credores.

6.2. A impugnação pauliana como instrumento subordinado à resolução em benefício da massa

Já se demonstrou que a impugnação pauliana desempenha um papel subsidiário relativamente à resolução e que isto se deve, em última

análise, ao alcance dos seus efeitos e à necessidade de salvaguardar o princípio *par conditio creditorum*.

Pelo facto de a impugnação pauliana se distinguir da resolução em benefício da massa num aspecto tão central como o do alcance dos respectivos efeitos é conveniente observar cautela na articulação dos dois instrumentos, isto é, na interpretação da ordem de subordinação da primeira à segunda.

No art. 127.º do CIRE dispõe-se que, a partir da declaração de insolvência, é vedada aos credores a instauração de novas acções de impugnação pauliana de actos praticados pelo devedor cuja resolução haja sido declarada pelo administrador da insolvência (cfr. art. 127.º, n.º 1, do CIRE) e que qualquer acção de impugnação pendente à data da declaração de insolvência ou proposta ulteriormente só prosseguirá os seus termos se a resolução vier a ser declarada ineficaz por decisão definitiva (cfr. art. 127.º, n.º 2, do CIRE).

Significa isto que, em caso de resolução, fica impedida a propositura de acções novas (posteriores à declaração de insolvência) e que nem estas nem as acções pendentes (em curso à data da declaração de insolvência) podem prosseguir a não ser quando a resolução seja declarada ineficaz por decisão judicial definitiva. Significa isto ainda que nem as acções pendentes à data da declaração de insolvência nem as propostas ulteriormente são apensadas ao processo de insolvência, pois, visivelmente, não há vantagem na apensação (todas as acções são suspensas na hipótese de resolução superveniente do acto).

Resulta daqui, *a contrario*, que os credores podem propor novas acções de impugnação pauliana e que tanto estas como as acções pendentes prosseguem sempre que o administrador da insolvência não declare a resolução ou que esta seja declarada ineficaz.

No já referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Janeiro de 2019 punha-se o problema de saber se um processo de insolvência encerrado por insuficiência da massa podia ser reaberto em razão da procedência ulterior de uma acção de impugnação pauliana. Decidiu-se – bem – que, «inexistindo acção de resolução proposta que contenda com a acção pauliana instaurada por um credor da insolvente, carece de cabimento legal reabrir o processo de insolvência (que havia sido encerrado ao abrigo do disposto nos artigos 230.º, n.º1, alínea *d*) e 232.º, n.º 2, ambos do CIRE, por inexistência de bens susceptíveis de

apreensão para a massa insolvente) face à procedência da referida acção de impugnação pauliana com vista à integração dos bens objecto de impugnação na massa insolvente»⁸¹.

Além das dificuldades que sempre existiriam para a «reactivação» de um processo que foi judicialmente encerrado (contrariar os efeitos do encerramento, determinados no art. 233.º do CIRE), é evidente que a procedência da acção de impugnação pauliana não importa um regresso dos bens à propriedade do insolvente e, portanto, é insusceptível de aproveitar à colectividade dos credores.

Deve advertir-se, todavia, que a liberdade de acção processual dos credores (de propor ou fazer prosseguir as acções de impugnação pauliana) está sujeita a limites, sobretudo na hipótese em que a resolução é julgada ineficaz.

São poucos os que prestam atenção ao segmento final da norma em que se diz que a decisão de ineficácia da resolução «terá força vinculativa no âmbito daquelas acções quanto às questões que tenha apreciado, desde que não ofenda caso julgado de formação anterior». A verdade é que a decisão judicial definitiva de ineficácia, tornando embora possível a propositura ou o prosseguimento das acções de impugnação pauliana, não deixa de ter efeitos sobre estas – produz o efeito de caso julgado⁸².

A norma do artigo 127.º, n.º 2, do CIRE consagra, assim, uma hipótese especial – ou mesmo excepcional – de caso julgado, que se destina a

⁸¹ Cfr. ainda, em sentido idêntico, o Acórdão da Relação de Guimarães de 26-01-2017, Processo n.º 5918/13.8TBBERG.G1 (LINA CASTRO BAPTISTA), in www.dgsi.pt.

⁸² Como ensina ANDRADE (1979), pp. 306-307, o caso julgado (fórmula abreviada de «caso que foi julgado») encontra a sua razão de ser na necessidade de salvaguarda do prestígio dos tribunais e da certeza e da segurança jurídicas. Na expressão «caso julgado» cabem, em rigor, a excepção de caso julgado e a autoridade de caso julgado, muitas vezes designadas, respectivamente, como a «vertente negativa» e a «vertente positiva» do caso julgado. A excepção de caso julgado tem por fim evitar que o tribunal seja colocado na alternativa de contradizer uma decisão anterior. Nesta vertente, o caso julgado compreende limites (subjectivos e objectivos): pressupondo o caso julgado uma repetição de causas, a repetição pressupõe, por sua vez, identidade dos sujeitos, identidade do pedido e identidade da causa de pedir (cfr. art. 581.º do CPC). Por sua vez, a autoridade de caso julgado tem o efeito positivo de impor a decisão e por isso constitui a «vertente positiva» do caso julgado. Diversamente da excepção de caso julgado, a autoridade de caso julgado pode funcionar independentemente da verificação daquela tríplice identidade mas nunca pode impedir que se volte a discutir e dirimir aquilo que ela mesmo não definiu.

impedir que sejam decididas na impugnação pauliana questões já decididas em sede de resolução⁸³ e, conseqüentemente, preserva / reforça a organização / a hierarquia que existe no quadro de instrumentos contra os actos prejudiciais à massa.

A previsão justifica-se por duas ordens de razões.

Por um lado, «[e]m abstracto, a probabilidade de se configurar, neste contexto, uma repetição de causas é elevada, existindo uma proximidade flagrante, ainda que não – sublinhe-se – absoluta identidade, entre os pressupostos substantivos que condicionam, em regra, a resolução em benefício da massa (cfr. artigos 120.º e s. do CIRE) e os que condicionam a impugnação pauliana (cfr. artigos 610.º e s. do CC). Se não veja-se: sejam actos gratuitos ou onerosos, a resolução em benefício da massa depende, em regra, da prejudicialidade do acto à massa e da má fé de terceiro; a impugnação pauliana depende da susceptibilidade de o acto ter como resultado a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito ou o agravamento dessa impossibilidade e ainda, mas só se o acto for oneroso, da má fé do devedor e do terceiro»⁸⁴.

Quer dizer: existe uma tendencial correspondência (que não coincidência) entre os requisitos / pressupostos substantivos de uma e de outra medidas⁸⁵. Seria, pois, contraditório que a resolução fosse declarada

⁸³ Diz-se, ainda, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2019 que «se, nos casos típicos de resolução em benefício da massa e de impugnação pauliana, ainda é possível entender que ocorre identidade dos sujeitos e identidade da causa de pedir, é já duvidoso que exista identidade do pedido [...]. [E]sse não é, em rigor, o mesmo. Enquanto na resolução o efeito jurídico que o administrador da insolvência pugna por obter é, em conformidade com o artigo 126.º, n.º 1, do CIRE, invariavelmente, a reconstituição da situação que existiria se o acto não tivesse sido praticado, restituindo-se à massa o valor que devia integrá-la, em benefício da colectividade dos credores, na impugnação pauliana o efeito jurídico visado pelo credor abrange, tal como previsto no artigo 616.º, n.º 1, do CC, a restituição dos bens ou valores na medida do seu interesse (individual) e, eventualmente, a execução do bem no património do obrigado à restituição e a prática dos actos de conservação da garantia patrimonial legalmente autorizados. A norma consagra, então, uma situação excepcional de caso julgado, em que ocorre o caso julgado apesar de falhar um dos seus requisitos».

⁸⁴ Cfr., mais uma vez, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2019.

⁸⁵ Esta correspondência estabelece-se, por um lado, entre a prejudicialidade à massa exigida para a resolução em benefício da massa (cfr. art. 120.º, n.º 1, do CIRE) e a impossibilidade de obter a satisfação integral do crédito ou o agravamento desta impossibilidade exigido para a impugnação pauliana [cfr. art. 610.º, al. b), do CC]. Estabelece-se, por outro lado, entre a má fé de terceiro exigida para a resolução (cfr. art. 120.º, n.º 4, do CIRE) e a má fé do devedor e

ineficaz devido à não verificação de certo requisito (normalmente, a prejudicialidade à massa) e que o requisito correspondente da impugnação pauliana (a susceptibilidade de o acto ter como resultado a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito ou o agravamento dessa impossibilidade) viesse, depois, a ser dado como provado no âmbito desta acção.

Por outro lado, «[n]ão existindo uma norma deste tipo, toda aquela organização / hierarquia ficaria ameaçada, representando a eventual procedência de uma impugnação pauliana naquelas condições a prevalência desta sobre a resolução em benefício da massa, o que é absolutamente indesejável, nem tanto porque a primeira é um instrumento aparentemente mais ágil ou expedito⁸⁶ mas porque é um instrumento vocacionado para a tutela dos interesses individuais enquanto o segundo é um instrumento vocacionado para a tutela dos interesses colectivos»⁸⁷.

Este efeito de caso julgado não é, contudo, ilimitado, existindo a possibilidade de a impugnação pauliana proceder não obstante a decisão de ineficácia da resolução. Configuram-se duas situações, correspondentes ao que se denominaria «limites explícitos» deste caso julgado. A primeira é a de a(s) questão(ões) em causa não ter(em) sido apreciada(s) (*i.e.*, decididas) no âmbito da acção de impugnação da resolução; a segunda é a de existir caso julgado anterior, no âmbito da acção de impugnação pauliana⁸⁸.

do terceiro exigida para impugnação pauliana de actos onerosos (cfr. art. 612.º, n.º 1, do CC). Apesar de tudo, são mais exigentes (em número e na amplitude) os requisitos da impugnação pauliana.

⁸⁶ «No confronto com a impugnação pauliana, a resolução parece ter uma aplicação facilitada: consagrou-se na lei uma presunção (absoluta) de prejudicialidade à massa; exige-se apenas a má fé de terceiro e não também do devedor (não obstante para actos gratuitos e onerosos) e consagrou-se uma presunção (relativa) de má fé, e existe a possibilidade de resolução incondicional de certos actos. É compreensível que quando a resolução não tem êxito não se espere que tenha êxito a impugnação pauliana. Mas este raciocínio pode ser excessivamente simplificador. Os requisitos de ambos os instrumentos- já se advertiu - não são rigorosamente os mesmos».

⁸⁷ As palavras foram as usadas no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2019.

⁸⁸ Contemplando apenas a segundo hipótese, dizem, por outras palavras, PRATA / CARVALHO / / SIMÕES (2013), p. 378, que «para que a sentença que declarou ineficaz a resolução do ato seja irrelevante para a ação pauliana, é necessário que a(s) questão(ões) por ela apreciada(s)

Seria de concluir que a força vinculativa (o caso julgado) da decisão de ineficácia da resolução cobre todos os restantes casos, ficando o credor impedido de propor acção de impugnação pauliana sempre que a(s) questão(ões) em apreciação na acção de impugnação pauliana tivesse(m) sido objecto da decisão sobre a resolução, salvo quando existisse caso julgado de formação anterior. Pode, porém, demonstrar-se que esta conclusão é precipitada, tendo em conta as situações em que está em causa o princípio da tutela jurisdicional efectiva. Não pode esquecer-se que, no processo de insolvência, não é o credor quem declara a resolução nem é ele que intervém na acção de impugnação da resolução. Por conseguinte, existe o risco de que a ineficácia tenha sido decidida sem ter sido dada ao credor uma oportunidade razoável de exercer o seu direito de defesa. Uma das hipóteses em que isso se verifica é, por isso, se justifica uma ressalva àquela regra, é a de a decisão de ineficácia ser resultado do efeito cominatório derivado da falta de contestação do administrador da insolvência.

Reconhece-se que a massa insolvente, representada pelo administrador da insolvência, é um património de afectação especial que é constituído para a satisfação dos interesses dos credores. Os interesses da massa coincidem, pois, com os interesses de todos os credores. Mas será admissível que, quando a resolução em benefício de todos improcede devido à falta de diligência do administrador, a consequência seja a preclusão do poder de acção individual dos credores?

A questão foi apreciada no já referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2018. Sucedia, *in casu*, que a declaração de resolução pelo administrador havia sido objecto de impugnação e, não tendo o administrador contestado esta acção, o juiz havia decidido dar-lhe procedência e declarado a ineficácia da resolução por aplicação do regime dos arts. 566.º e s. do Código de Processo Civil^{89/90}. Punha-se,

já [tenha](m) sido objecto de decisão com trânsito em julgado anterior à decisão sobre a resolução».

⁸⁹ Doravante CPC.

⁹⁰ Como é sabido, decorre destas normas e, em especial do art. 567.º do CC, que a falta de contestação do réu tem o efeito da confissão (confissão ficta) dos factos articulados pelo autor em determinadas circunstâncias. Explica-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2019 que «[n]uma leitura actualizada desta última norma, ou seja, tendo em consideração os desenvolvimentos mais recentes quanto à eliminação generalizada do efeito cominatório

por conseguinte, a questão de saber se aquela decisão de ineficácia precludia a apreciação dos pressupostos da impugnação pauliana proposta por certo credor.

Decidiu-se no Acórdão que «[o] disposto no artigo 127.º, n.º 2, *in fine*, do CIRE deve ser interpretado restritivamente de forma a excluir da força vinculativa referida na norma as situações em que os pressupostos da resolução tenham sido apreciados e decididos, na acção de impugnação da resolução, por mero efeito da falta de contestação do administrador da insolvência. Esta interpretação é não só possível como exigível em face do princípio da tutela jurisdicional efectiva, tendo em consideração que, naquelas situações, o credor está absolutamente impedido de se substituir ao administrador da insolvência e de intervir, ele próprio, na acção». E acrescentou-se: «[n]ão obstante poder e dever considerar-se que o administrador da insolvência interveio na acção de impugnação da resolução em benefício da massa, como em outros momentos do processo de insolvência, enquanto representante dos credores e defensor dos interesses destes e, portanto, também do credor recorrente, seria muito difícil compreender que a inércia daquele precludesse a possibilidade de este provar, mais tarde, em acção de impugnação pauliana, os factos constitutivos do seu direito».

Resulta do Acórdão, por outras palavras, que o art. 127.º, n.º 2, do CIRE deve ser objecto de uma interpretação restritiva, devendo considerar-se excluídas do alcance do caso julgado não só, bem-entendido, as questões respeitantes aos pressupostos processuais (constantes do art. 123.º do CIRE e relativos à forma e ao prazo da resolução e ao prazo da resolução), que, por serem específicos, não são «aproveitáveis» para efeitos externos⁹¹, como ainda, sempre que não haja contestação do pedido

pleno, a falta de contestação do demandado não deverá ter conduzido, sem mais, à procedência da acção, cabendo sempre ainda ao juiz proceder à valoração jurídica dos factos e decidir a matéria “conforme for de direito” (cfr. artigo 567.º, n.º 2, *in fine*, do CPC) [...]. A verdade, porém, é que sem aquela contestação do réu deixa de haver controvérsia quanto aos factos alegados, ficando, em consequência, o autor dispensado de os provar. Quer dizer: mesmo numa leitura actualizada da norma, é inegável que a revelia potencia invariavelmente a procedência da acção».

⁹¹ Quanto a estes parece não existir grande discussão. Diz-se, por exemplo, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (Acórdão recorrido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em análise): «[...] a resolução tem eficácia que se estende a todos os credores. Feição colectiva

de ineficácia da resolução por parte do administrador da insolvência, as questões respeitantes aos pressupostos substantivos / requisitos da resolução (impostos pelo art. 120.º do CIRE e relacionados com a prejudicialidade à massa e a má fé de terceiro).

O Acórdão foi merecedor da atenção e da crítica de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA. O argumento central é o de que aquela interpretação beneficia o credor impugnante mas, exactamente na mesma medida, prejudica o terceiro adquirente, dado que a circunstância de ter obtido ganho de causa na acção de impugnação da resolução nada lhe assegura na acção de impugnação pauliana⁹². Afirma o autor, mais precisamente, que «o critério do processo equitativo exige sempre uma ponderação entre a posição das partes e a posição do juiz e entre o interesse do autor e o interesse do réu. Ao contrário do que o acórdão faz, não é possível – e menos ainda desejável – utilizar o critério do processo equitativo apenas pela óptica dos interesses de uma das partes e, portanto, sem qualquer ponderação dos interesses da outra parte».

Vale a pena analisar o argumento, não porque, a final, se conclua pela sua procedência, mas porque, justamente, ao pôr em destaque o critério convocado no Acórdão, permite demonstrar aqui, novamente, que, ao invés do que é afirmado, a solução defendida é a que corresponde à melhor *ponderação* de todos os interesses envolvidos.

que se manterá no caso de a mesma vir a ser impugnada. Pelo que, coerentemente, as decisões proferidas sobre as questões que vierem a ser suscitadas nessa acção de impugnação da resolução se deverão impor a todos os credores. Sendo esse o alcance da ressalva do n.º 2 do artigo 127.º, quanto às questões que tenham sido definitivamente apreciadas pela decisão que julgou ineficaz a resolução. Na verdade, *se na improcedência da impugnação da resolução se mantém a eficácia desta a todos os credores, não teria lógica que, no caso da sua procedência, fosse retirada sem mais essa eficácia, permitindo a cada um dos credores voltar a discutir, em acção pauliana por si intentada, questão já naquela conhecida*. Compreensivelmente, já não estarão abrangidas por essa ressalva as decisões que declarem ineficaz a resolução sem conhecerem da questão de fundo relativa à existência ou não dos pressupostos da acção (ou resolução) pauliana. Como as que negassem essa eficácia à resolução, por falta de alguns dos pressupostos previstos nos artigos 120.º a 123.º do CIRE, que não afastem também o direito de exercer a acção pauliana por parte dos credores. Assim, por exemplo, os constantes do artigo 123.º relativos à forma da resolução e ao prazo em que esta deve ser efectuada» (itálicos do Acórdão).

⁹² Cfr. SOUSA, *Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2018*, Proc. 930/13.OTVPR.T.P.L.S1, 2019, in <https://blogipcc.blogspot.com/2019/04/jurisprudencia-2018-211.html>.

O carácter ponderado de uma solução (de qualquer solução) avalia-se pelo equilíbrio que ela permite atingir considerando os interesses protegidos e os interesses sacrificados. Pressupondo que todos os interesses em conflito são dignos de tutela, será (mais) ponderada a solução que (mais bem) conseguir acomodar uns e outros, assegurando que nem uns nem outros são completamente sacrificados e infligindo aos que tenham de sê-lo a menor medida de sacrifício.

Veja-se, pois, em que posição fica o terceiro adquirente se for admitida a interpretação restritiva da norma nos termos expostos: a discussão das questões relevantes e comuns a ambas as acções fica em aberto, ou seja, continua a ser possível ao terceiro adquirente apresentar e defender a sua pretensão noutra altura se ela se propiciar e nada fica de antemão garantido ao eventual credor impugnante. Agora veja-se a posição deste último sujeito na ausência de uma interpretação deste tipo: por efeito do caso julgado, a discussão encerrou-se inapelavelmente; não haverá oportunidade para se discutirem as alegações e apreciar a prova que ele pudesse pretender apresentar.

Rapidamente se conclui que a interpretação restritiva da norma acautela os interesses do credor impugnante sem sacrificar completamente os interesses do terceiro adquirente. A interpretação sugerida pelo autor conduz, em contrapartida, a uma tutela exclusiva dos interesses do último sujeito, deixando o primeiro absolutamente «manietado» sob a força preclusiva do caso julgado. A interpretação restritiva supera, assim, o «teste» da ponderação, emergindo não só como uma solução *ponderada* mas como a solução que mais bem realiza o equilíbrio de interesses. Dar ao caso julgado do art. 127.º, n.º 2, do CIRE alcance maior é porventura perigoso porque inconciliável com uma visão material do Direito e da justiça.

O autor chama a atenção para duas hipóteses, procurando, se bem se compreende, demonstrar que os resultados da aplicação da interpretação restritiva são desadequados, enfim, que a interpretação restritiva não é *ponderada*: primeiro, a hipótese em que o administrador de insolvência confessa o pedido e o tribunal homologa esta confissão nos termos do art. 283.º, n.º 1, e do art. 290.º, n.º 3, do CPC; segundo, a hipótese em que o administrador da insolvência se convence de que, realmente, o terceiro adquirente do bem não actuou de má fé e, por isso, não contesta a acção de impugnação da resolução. Com relevância para esta última

hipótese, acrescenta que «a doutrina defendida no acórdão conduz a um resultado paradoxal. Repare-se que a revelia do administrador da insolvência na acção de impugnação da resolução em benefício da massa é tanto mais provável quanto mais convincente for a argumentação do terceiro adquirente como autor dessa acção. Então, é precisamente quando o terceiro adquirente tem uma argumentação convincente na acção de impugnação da resolução que não beneficia do caso julgado na acção de impugnação pauliana? Em contrapartida, se o terceiro adquirente obtiver ganho de causa na acção de impugnação com base num *non liquet*, então, porque houve discussão e decisão, já não há nenhum problema em beneficiar do caso julgado?».

Tentar-se-á contornar estas reservas. E aproveita-se a oportunidade para esclarecer e reforçar a posição sufragada. Concluir-se-á que a mencionada interpretação restritiva tem o seu ponto de partida no texto da lei e que é um resultado necessário da coordenação do caso julgado especialmente previsto no CIRE com a disciplina processual civil – do caso julgado geral. Quer dizer: não são indiferentes para aquela interpretação, além da letra da lei, os elementos sistemático e teleológico.

Bem vistas as coisas, é a lei que, textualmente, restringe o alcance deste caso julgado. Aquilo que se dispõe, precisamente, na norma do art. 127.º, n.º 2, do CIRE é que a decisão definitiva de ineficácia da resolução «terá força vinculativa [...] *quanto às questões que tenha apreciado*»⁹³. Quer dizer: não se pretende que a força vinculativa da decisão de ineficácia seja genérica e indiscriminada e sim circunscrevê-la ao decidido sobre cada uma das questões que o julgador individualmente apreciou – teve de apreciar – para chegar àquela decisão.

A restrição não é de todo estranha, bem pelo contrário, considerando a disciplina geral do caso julgado, em particular na sua vertente positiva (autoridade do caso julgado)⁹⁴. É entendimento comum que «não é a

⁹³ Itálico nosso.

⁹⁴ No casos típicos está em causa, não a excepção de caso julgado, mas a autoridade do caso julgado, pois, sendo possível considerar que, no confronto entre a resolução em benefício da massa e a impugnação pauliana, existe identidade dos sujeitos e da causa de pedir, é duvidoso que exista identidade do pedido, uma vez que enquanto a resolução o efeito jurídico por que o administrador da insolvência pugna é, em conformidade com o art. 126.º, n.º 1, do CIRE, invariavelmente, a reconstituição da situação que existiria se o acto não tivesse sido praticado, restituindo-se à massa o valor que devia integrá-la, em benefício da colectividade

decisão, enquanto conclusão do silogismo judiciário, que adquire o valor de caso julgado, mas o próprio silogismo considerado no seu todo: o caso julgado incide sobre a decisão como conclusão de certos fundamentos e atinge estes fundamentos enquanto pressupostos daquela decisão»^{95/96}. Significa isto, numa palavra, que o alcance do caso julgado incide sobre o percurso lógico efectuado pelo julgador, estendendo-se aos pressupostos ou antecedentes lógicos da decisão, não tomados por si próprios mas enquanto pressupostos ou antecedentes lógicos da decisão.

Há que retirar consequências disto para a delimitação do alcance do caso julgado especial do artigo 127.º, n.º 2, do CIRE, em particular para fixar um significado à expressão «questões apreciadas», que é o conceito central da delimitação.

Assim, deve entender-se que as «questões apreciadas» são – são apenas – as questões directamente decididas na parte dispositiva da sentença e as questões que constituam o antecedente lógico necessário do aí decidido. Devem, portanto, considerar-se excluídas as questões que o julgador não pode apreciar e decidir em resultado do termo «antecipado» da acção, como acontece sempre que, por causa de confissão ficta devida à falta de contestação ou mesmo de confissão em sentido próprio, o julgador tem de declarar a ineficácia da resolução sem ter podido formar uma convicção sobre elas.

Ninguém discordará que, sob o ponto de vista dos fundamentos lógicos, existe uma diferença substancial entre a situação em que o juiz conclui pela ineficácia da resolução por ter verificado que não estavam, de facto, reunidos os requisitos da resolução, tendo ambas as partes

dos credores, na impugnação pauliana o efeito jurídico visado pelo credor abrange, tal como previsto no art. 616.º, n.º 1, do CC, a restituição dos bens ou valores na medida do seu interesse (individual) e, eventualmente, a execução do bem no património do obrigado à restituição e a prática dos actos de conservação da garantia patrimonial legalmente autorizados.

⁹⁵ Cfr. SOUSA (1997), p. 579.

⁹⁶ Como se depreende do disposto nos arts. 91.º e 581.º do CPC, a autoridade do caso julgado restringe-se à decisão contida na sentença, entendendo-se, porém, é preciso proceder à interpretação do conteúdo da sentença, incluindo os fundamentos que aí se apresentem como pressupostos da decisão. Como afirmam VARELA / BEZERRA / NORA (1985), p. 715, «[e]mbora se aceite que a eficácia de caso julgado não se estende aos *motivos* da decisão, é ponto assente na doutrina que os *fundamentos* da sentença podem e devem ser utilizados para *fixar* o sentido e *alcance da decisão* contida na parte final da sentença, coberta pelo caso julgado» (itálicos dos autores).

comparecido e tendo-se empenhando em discutir tais requisitos, e a situação em que o juiz chega àquela decisão em virtude de o sujeito que tinha o ónus de provar os requisitos não ter tentado fazer valer a sua pretensão ou nem sequer ter aparecido. Nesta última hipótese, não é possível dizer que a decisão encerra um verdadeiro *accertamento*⁹⁷ do julgador quanto aos requisitos da resolução ou assenta numa livre convicção sua. Nesta hipótese, o julgador é simplesmente «forçado» a proferir uma decisão naquele sentido por não dispor dos elementos necessários para fazer um *accertamento* dos requisitos e proferir uma decisão «convicta».

Para ilustrar e confirmar esta visão das coisas não podia ser mais oportuno o Acórdão recentemente proferido no Supremo Tribunal de Justiça em 19 de Setembro de 2019, Proc. 1168/12.9TBOAZ-C.P1.S2 (HENRIQUE ARAÚJO)⁹⁸. Apreciava-se aí questão de saber se a decisão de ineficácia da resolução em benefício da massa tinha força de caso julgado para efeitos da decisão do incidente de qualificação da insolvência. Sucedia que, sendo à massa insolvente que competia alegar e provar que certo acto era prejudicial à massa, o administrador da insolvência não havia contestado. Salientou-se no Acórdão – e é isto que importa destacar – que era (só) esta falta de contestação que determinava o sucesso da acção de impugnação⁹⁹; ora, abrangendo a força de caso julgado material, para além das questões directamente decididas na parte dispositiva da sentença, as que são antecedente lógico necessário à emissão da parte dispositiva do julgado e assentando a procedência da acção de impugnação da resolução apenas na constatação do efeito jurídico decorrente da falta de contestação e não na premissa de facto da prejudicialidade do acto à massa, não podia reconhecer-se a referida força vinculativa àquela decisão.

⁹⁷ A palavra *accertamento* é adoptada aqui com o significado de reconhecimento (verificação e declaração) judicial. Tradicionalmente, era usada no domínio do Direito da falência italiano para designar a actividade jurisdicional destinada a declarar a falência do devedor seja a desenvolvida quanto aos créditos na fase de verificação de créditos. Para o sentido tradicional de *accertamento*, cfr. JAEGER (1964), p. 15.

⁹⁸ In www.dgsi.pt.

⁹⁹ Nas palavras do Acórdão recorrido: «[n]a falta de contestação da ré, atento o ónus de alegação e prova que sobre ela impendia, decorrente da natureza da presente acção, a sorte do presente litígio estava traçada e dificilmente podia deixar de proceder a acção».

Em suma: apesar de não estar em causa, neste Acórdão, a hipótese especial de caso julgado do art. 127.º, n.º 2, do CIRE e de, portanto, não ter havido lugar à interpretação da norma, chamou-se a atenção para a necessidade de distinguir entre as decisões de ineficácia da resolução fundadas na averiguação dos pressupostos da resolução e as que derivam da mera falta de contestação do administrador da insolvência, decidindo-se que estas últimas devem ser desvalorizadas para efeito de caso julgado.

Os argumentos expostos até aqui reforçam a tese de que a discussão sobre os requisitos não pode ficar precludida nos casos em que administrador da insolvência não contestou o pedido de declaração de ineficácia da resolução. Isto é tanto mais justificado porque, conforme se sublinhou atrás, no caso em consideração, o sujeito que intervém (ou não intervém) na primeira acção (impugnação da resolução) é o administrador da insolvência enquanto aquele que intervém na segunda (impugnação pauliana) é um credor. Configura-se, assim, um caso digno de especial atenção para efeitos de tutela jurisdicional efectiva e de garantias de um processo equitativo / justo.

Mas volte-se às duas hipóteses referidas por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA.

Confirmado que está que se entende que a interpretação restritiva da norma se aplica à primeira (em que o administrador da insolvência confessa o pedido e existe, portanto, uma confissão em sentido próprio), é preciso dizer que se entende que o mesmo é válido para a segunda (em que o administrador da insolvência não contesta por estar convencido de que o terceiro adquirente do bem não actuou de má fé, ou seja, em que existe revelia «por convicção»).

Resta explicitar que não se vê razão para «poupá-las» ou para lhes fazer corresponder uma solução diferente das hipóteses de revelia por desinteresse ou mera inércia do administrador. É que a decisão judicial resulta, em qualquer dos casos, não de uma genuína convicção do julgador, mas sim, em última análise, da convicção de um outro sujeito, cuja opinião sobre as questões que respeitam aos requisitos da resolução não equivale – não poderia equivaler – a uma decisão judicial sobre as mesmas questões.

A terminar, deixa-se uma pergunta (retórica): está demonstrado que a revelia do administrador da insolvência na impugnação da resolução

é a causa mais frequente (que ela é tanto maior quanto mais convincentes são os argumentos do terceiro adquirente), ou sequer uma causa frequente, da revelia do administrador da insolvência na acção de impugnação da resolução?

7. Balanço

De tudo quanto se expôs resulta que a disciplina do art. 127.º do CIRE dá aso a desvios importantes à *par conditio creditorum*, abrindo, explícita ou implicitamente, espaço para a actuação individual dos credores através da impugnação pauliana: quando o acto praticado pelo devedor não é objecto de resolução em benefício da massa ou esta vem a ser declarada ineficaz por decisão judicial, os credores podem propor/dar prosseguimento a acções de impugnação pauliana; neste último caso, a força vinculativa da decisão de ineficácia abrange apenas as questões apreciadas e decididas pelo julgador (cfr. art. 127.º, n.º 2, do CIRE); sendo, a final, julgada procedente a acção de impugnação pauliana, os seus efeitos aproveitam exclusivamente ao credor impugnante e não se repercutem na massa (cfr. art. 127.º, n.º 3, do CIRE).

Será assim até que o legislador português reveja a posição que tomou em 2004 com base em pressupostos que – está demonstrado hoje – não são absolutamente verdadeiros, nomeadamente o de que o administrador da insolvência desempenha, de forma eficaz, o papel de garante maior (garante único) dos interesses de que são titulares todos os credores. Em alternativa, poderão ser concebidas medidas que estimulem ou potenciem a sua diligência.

Entretanto, entre os resultados aparentemente menos justos alguns podem e devem ser relativizados com recurso à ideia de igualdade material: quando os sujeitos não se comportam de forma igual não merecem receber tratamento igual.

8. *Par conditio creditorum* e cumprimento das obrigações: a igualdade entre os credores como um imperativo moral?

Já se sustentou que o princípio do tratamento igualitário deveria transcender a mera responsabilidade patrimonial e estender-se a todo o domínio do cumprimento das obrigações.

Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «deve[ria] considerar-se a hipótese de existir, no direito privado, um princípio jurídico que obrig[asse] ao tratamento igualitário das pessoas, designadamente no que toca ao cumprimento das obrigações. Na verdade, segundo o clássico direito das obrigações, assistir-se-ia à satisfação rateada dos direitos dos credores quando, no domínio da responsabilidade patrimonial, se verifique a insuficiência dos bens do devedor para efectivar todos os débitos – artigo 604.º/1, do Código Civil»¹⁰⁰.

Pretende o autor dizer que o princípio do tratamento igualitário dos credores decorrente da *boa fé* obrigaria o devedor a abster-se de dar tratamento preferencial a alguns credores e a proceder a uma execução *rateada* das obrigações. Assim, sempre que o devedor se confrontasse com várias obrigações divisíveis que não pudesse cumprir no seu conjunto, existiria uma situação de *impossibilidade moral* que o impediria de cumprir algumas delas com a violação dos deveres morais e jurídicos resultantes de outras, de natureza e valor igual¹⁰¹.

A afirmação de um princípio com este alcance suscita, naturalmente, resistências – desde logo ao nível doutrinal. Admitindo que ele existe, é usual, pelo menos, fixar-lhe limites.

Deve ter-se em conta, em primeiro lugar, que o tratamento igualitário pode ser afastado por determinação legal (constituição de garantias legais) ou por vontade das partes (constituição de garantias voluntárias ou convenção de subordinação dos créditos)¹⁰². Neste último caso, a igualdade cede perante a liberdade contratual^{103/104}.

¹⁰⁰ Cfr. CORDEIRO (1991), p. 110.

¹⁰¹ Cfr. CORDEIRO (1991), pp. 97 e s. (esp. p. 114).

¹⁰² Sobre as derrogações convencionais ao princípio *par conditio creditorum* no quadro do Direito italiano, cfr. GALO (2017).

¹⁰³ Cfr., neste sentido, BARBOSA (2016), p. 376.

¹⁰⁴ Note-se, por outro lado, que, por via da liberdade contratual, pode a *par conditio creditorum* ser reforçada, sendo hoje frequente a aposição, nos contratos – sobretudo nos contratos de financiamento –, de cláusulas *pari passu*, *negative pledge* e ainda *cross default*. Fundamentalmente, a cláusula *pari passu* assegura que o crédito está e manter-se-á em pé de igualdade com os demais créditos comuns; a cláusula *negative pledge* vincula o devedor a não onerar mais o seu património através de garantias reais ou pessoais; por fim, a cláusula *cross default* (incumprimento cruzado) traduz-se na exigibilidade antecipada de um crédito em resultado do incumprimento de outros, regulados ou não no mesmo contrato e com o mesmo ou com outro credor. Um dos maiores problemas destas cláusulas – que obsta a que elas realizem

Deve ter-se em conta, em segundo lugar, que o art. 615.º, n.º 2, do CC dispõe que «[o] cumprimento de obrigação vencida não está sujeito à impugnação [pauliana]». Isto significa que, mesmo quando os credores se encontrem em posição de igualdade, a lei não permite que se ataque o cumprimento por via da impugnação pauliana, o que é compreensível, uma vez que o cumprimento é um acto devido.

É, além disso, geralmente entendido que não existe violação do princípio da igualdade quando o cumprimento preferencial das obrigações seja justificado por razões objectivas (por exemplo, o facto de o correspondente credor ser fornecedor de bens ou serviços essenciais)¹⁰⁵.

O campo de acção do princípio *par conditio creditorum* fora do processo de insolvência parece, em síntese, ficar confinado ao plano (residual e ainda indefinido) das decisões arbitrárias em sentido próprio, ou seja, das decisões que configuram uma escolha de carácter exclusivamente pessoal, em que se desconsidera, sem motivo atendível, o tratamento igual que os créditos merecem no plano da garantia patrimonial.

Mas pode afirmar-se com segurança que existe violação do princípio *par conditio creditorum* ou deve, pura e simplesmente, desistir-se de fazê-lo valer no domínio do cumprimento voluntário¹⁰⁶?

plenamente aquele fim – é a sua eficácia *inter partes*, que obsta a que elas sejam oponíveis aos restantes credores. Sobre isto, cfr. DIAS (2003), pp. 879 e s.

¹⁰⁵ Cfr. VASCONCELOS (2007), pp. 843-844 (nota 1565).

¹⁰⁶ Não admitindo outra hipótese senão a última, diz, categoricamente, DIAS (2003), pp. 926 e s., que «o palco de actuação do art. 604.º é posterior ao cumprimento voluntário da obrigação, numa fase em que o credor exige judicialmente o seu crédito e executa o património do devedor. O seu destinatário é o juiz que se encontra vinculado a observar a regra de que todos os credores estão em pé de igualdade, o que implica a não hierarquização dos direitos de créditos pela ordem da sua constituição e, no caso de o património do devedor ser insuficiente para pagar todos os seus créditos, o rateio dos mesmos para que todos sejam pagos proporcionalmente – é o que se denomina concurso de credores ou princípio da *par conditio creditorum*». Também BARBOSA (2016), p. 396, diz que «a igualdade com uma amplitude máxima é impensável no quadro das relações conformadas por essa autonomia privada, pois, se os privados podem autonomamente gerir a sua esfera de interesses, ainda que essa liberdade deva ser conformada materialmente pelos princípios ético-axiológicos que predicam a normatividade, não podemos esquecer-nos que a referida gestão pode implicar a necessidade de constituir direitos reais de garantia a favor de determinados credores ou mesmo que uma obrigação seja cumprida em detrimento de outra. Quer isto dizer que autonomia privada parece, mesmo fora da constituição dos vínculos negociais, opor-se à igualdade entre os credores». Adiante, porém, parece conceber a possibilidade, sob condições, afirmando que «[f]undamental para

O tratamento desta questão obrigaria a uma análise de fundo, exigiria um fôlego adicional, o fôlego próprio para levar a cabo um estudo em que se convocassem os valores fundamentais do ordenamento e conceitos jurídicos essenciais como a autonomia privada, a boa fé e as suas expressões normativas. Terá de ficar para outra oportunidade, se ela se propiciar.

Bibliografia

- Amonn, Kurt / Fridolin, Walther, *Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts*, Stämpfli Verlag, Bern, 2003.
- Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral das obrigações*, Almedina, Coimbra, 1966.
- Andrade, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979.
- Aristóteles, *Nicomachean Ethics*, Cambridge University Press, 2004.
- Ascensão, José de Oliveira, «Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido», *Revista da Ordem dos Advogados*, III, 1995, pp. 641 e s.
- Barbosa, Mafalda Miranda, «Da igualdade ou do tratamento igualitário entre credores – breves considerações», *Boletim da Faculdade de Direito*, 92, 2016, pp. 367 e s.
- Barbosa, Mafalda Miranda, «Tutela de credores e medida de resolução: do princípio do tratamento igualitário de credores ao princípio da igualdade», *Revista de Direito Comercial*, 2019-a, pp. 121 e s., in <https://www.revistadedireitocomercial.com/tutela-de-credores-e-medida-de-resolucao->.

que a igualdade prevaleça sobre a autonomia é, então, a ideia de insuscetibilidade de incumprimento integral das obrigações. Impõem-se, contudo, outros requisitos: as obrigações, não podendo ser integralmente cumpridas, não podem ser absolutamente incompatíveis entre si, ou seja, se o incumprimento integral de uma ou algumas delas inviabiliza o cumprimento das restantes, o cumprimento parcial de todas deve garantir que parte do interesse de cada credor fique satisfeito. Isto implica que as obrigações em causa sejam redutíveis, já que só nesses casos será possível falar de um rateio entre os credores». Conclui, por fim, a autora que, não sendo o cumprimento voluntário «a última via para a satisfação do interesse do credor, dá-se a possibilidade ao credor de preterir tal igualdade, sempre que, na gestão da sua esfera de interesses, tenha uma razão justificativa para o ato». Cabe referir, por fim, que autores há que entendem que a criação de uma desigualdade entre os credores é admissível mesmo quando ele esteja «em dificuldades», ou como agora se designa, numa situação de insolvência iminente, mantendo-se mesmo aí a liberdade de escolha do devedor («liberdade de pagar umas dívidas e não outras e conceder garantias»). Cfr, neste sentido, ASCENSÃO (1995), p. 680.

- Barbosa, Mafalda Miranda, «A lei n.º 23/2019 e a nova hierarquia de credores», *Revista de Direito Comercial*, 2019-b, pp. 337 e s., in <https://www.revistadedireitocomercial.com/a-lei-n23/2019-e-a-nova-hierarquia-de-credores>.
- Baur, Fritz / Stürner, Rolf, *Insolvenzrecht*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991.
- Bork, Reinhard, *Einführung in das Insolvenzrecht*, 5. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- Bork, Reinhard, *Report on Transactions Avoidance Laws (CERIL Report 2017/1) – Clash of Principles: Equal Treatment of Creditors vs. Protection of Trust in European Transactions Avoidance Laws*, 2017, in <https://www.ceril.eu/news/ceril-statement-2017-1-on-transactions-avoidance-laws>.
- Bork, Reinhard, *Report on Reversal of Value Extraction Schemes (CERIL Report 2019/2)*, 2019, in <https://www.ceril.eu/news/ceril-report-2019-2-on-reversal-of-value-extraction-schemes>.
- Buzaid, Alfredo, *Do concurso de credores no processo de execução*, Edição Saraiva, São Paulo, 1952.
- Castro, Artur Anselmo de, *A acção executiva singular, comum e especial*, Coimbra Editora, Coimbra, 1973.
- Castro, Gonçalo Andrade e, «Efeitos da declaração de insolvência sobre os créditos», *Direito e Justiça*, volume XIX, tomo 2, 2005, pp. 263 e s.
- Colesanti, Vittorio, «Mito e realtà della “par conditio”», *Il Fallimento*, 1984, pp. 32 e s.
- Cordeiro, António Menezes, «A “impossibilidade moral”: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações», in *Estudos de Direito Civil*, volume I, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 97 e s.
- Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006.
- Costeira, Maria José, «Novo Direito da Insolvência», in *Themis*, Edição Especial – *Novo Direito da Insolvência*, 2005, pp. 25 e s.
- Cunha, Marisa Vaz, *Garantia patrimonial e prejudicialidade – Um estudo sobre a resolução em benefício da massa*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Dellinger, Markus / Oberhammer, Paul, *Insolvenzrecht*, Wien, Manz, 2004.
- Dias, Joana Pereira, «Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e / ou segurança: a *pari passu*, a *negative pledge*, a *cross default*», in *Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, IV, António Menezes Cordeiro / Luís Menezes Leitão / Januário da Costa Gomes (coord.), Almedina, Coimbra, 2003, pp. 879 e s.
- Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 7.ª edição Almedina, Coimbra, 2019.
- Fabiani, Massimo, «La *par condicio creditorum* al tempo del codice della crisi», *Questione Giustizia*, 2, 2019, pp. 202 e s.

- Fernandes, Luís Carvalho / Labareda, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, 3.^a edição, Quid Juris, Lisboa, 2015.
- Finch, Vanessa, *Corporate Insolvency Law — Perspectives and principles*, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Freitas, José Lebre de, «Pedido de declaração de insolvência», in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — Comunicações sobre o Anteprojecto de Código*, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 11 e s.
- Galo, Paolo, «La *par condicio creditorum* esiste ancora?», in *Scritti in onore di Vito Rizzo — Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 1 e s.
- Garbagnati, Edoardo, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Giuffrè, Milano, 1938.
- Gomes, Júlio Vieira, «Nótula sobre a resolução em benefício da massa», in *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2017, pp. 107 e s.
- Heilmann, Hans / Smid, Stefan, *Grundzüge des Insolvenzrechts. Eine Einführung in die Grundfragen des Insolvenzrechts und die Probleme seiner Reform*, Verlag C. H. Beck, München, 1994.
- Hoffmann, Jan Felix, *Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- Jaeger, Nicola, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale — Trattato di Diritto Civile (diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli)*, Vallardi, Milano, 1964.
- Jaeger, Pier Giusto, «“Par condicio creditorum”», *Giurisprudenza Commerciale*, 1984, pp. 88 e s.
- Jauernig, Othmar, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 1996.
- Juárez Torrejón, Ángel, «La Acción Pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial», *Anuario de Derecho Civil*, IV, 2018, pp. 1277 e s.
- Lauro, Massimo di, «Conservazione dell'impresa e crisi della *par conditio*», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 1992, pp. 610 e s.
- Leitão, Luís de Menezes, *Direito da Insolvência*, 8.^a edição, Almedina, Coimbra, 2018.
- Libonati, Berardino, «Prospettive di riforma sulla crisi dell'impresa», *Giurisprudenza Commerciale*, 2001, 3, pp. 327 e s.
- Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, volume I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

- Mariano, João Cura, *Impugnação pauliana*, 2.^a edição, Coimbra. Almedina, 2008.
- Martins, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2016.
- Martins, Gonçalo dos Reis, «Anotação ao artigo 616.º», in *Código Civil Anotado*, volume I, Ana Prata (coord.), Almedina, Coimbra, 2017, pp. 797 e s.
- Matray, Lambert, «Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de Cassation», in *Les créanciers et le droit de la faillite – Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982*, Emile Bruylant, Bruxelles, 1983, pp. 15 e s.
- Mokal, Rizwaan Jameel, «On fairness and efficiency», *The Modern Law Review*, 3, 2003, pp. 452 e s.
- Nigro, Alessandro, «Los problemas fundamentales del derecho concursal», in *La reforma de la legislación concursal – Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, Ángel Rojo (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 339 e s.
- Pagenstecher, Max, *Il fallimento* (traduzione italiana di Marina Bonsignori), Giuffrè, Milano, 1968.
- Pajardi, Piero, *Manuale di diritto fallimentare* (a cura di Manuela Bocchiola e Alida Paluchowski), Giuffrè, Milano, 2002-a.
- Pajardi, Piero, *Radici e ideologie del fallimento*, Giuffrè, Milano, 2002-b.
- Prata, Ana / Carvalho, Jorge Morais / Simões, Rui, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Almedina, Coimbra, 2013.
- Proto, Cesare, «Evoluzione delle procedure concorsuali ed analisi degli interessi tutelati», *Il Fallimento*, 9, 1998, pp. 869 e s.
- Reis, José Alberto dos, *Processo de execução*, volume 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.
- Ribeiro, Maria de Fátima, «Um confronto entre a resolução em benefício da massa e a impugnação pauliana», in *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2017, pp. 131 e s.
- Ribeiro, Maria de Fátima, «Comentário ao artigo 604.º», in *Comentário ao Código Civil*, Luís Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019, pp. 667 e s.
- Sandulli, Michele, «Appunti sulle prospettive di riforma della Legge Fallimentare e sulle riforme attuate», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 2, 2006, pp. 328 e s.
- Satta, Salvatore, *Diritto fallimentare*, 3.^a ed., Padova, CEDAM, 1996.
- Schlesinger, Piero, «L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore», *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, 2, pp. 319 e s.
- Serra, Adriano Vaz, «Responsabilidade patrimonial», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 75, 1958, pp. 5 e s.

- Serra, Catarina, «Efeitos da declaração de falência sobre o falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência)», *Scientia Iuridica*, n.ºs 274/276, 1998, pp. 267 e s.
- Serra, Catarina, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- Serra, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018.
- Silva, Paula Costa e, «Impugnação pauliana e execução – Ac. do TRC de 11.2.2003, Agravo 3895/02 (anotação)», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 7, 2004, pp. 46 e s.
- Soares, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955.
- Sousa, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997.
- Sousa, Miguel Teixeira de, *Acção executiva singular*, Lex, Lisboa, 1998.
- Sousa, Miguel Teixeira de, *Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2018, Proc. 930/13.0TVPR.T.P1.S1*, 2019, in <https://blogppc.blogspot.com/2019/04/jurisprudencia-2018-211.html>.
- Taborda, Maren Guimarães, «O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções», *Revista de Direito Administrativo*, 1998, n.º 211, pp. 241 e s.
- Tarzia, Giuseppe, «Parità e discriminazioni tra i creditori nelle procedure concorsuali», *Il Fallimento*, 1984, pp. 153 e s.
- Tarzia, Giuseppe, «Par aut dispar condicio creditorum?», *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 1, 2005, pp. 1 e s.
- Thole, Christoph, *Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- Varela, Antunes / Bezerra, Miguel / Nora, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.
- Vasconcelos, Luís Miguel Pestana de, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência – em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Vasconcelos, Pedro Pais de, «Resolução a favor da massa – atos omissivos», in *III Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2015, pp. 103 e s.
- Zanzucchi, Marco Tullio, *Diritto processuale civile*, III — *Del processo di esecuzione*, Giuffrè, Milano, 1946.

Meios de tutela na solidariedade ativa: resolução e compensação*

ELSA VAZ DE SEQUEIRA**

1. Considerações preliminares sobre a estrutura da relação creditícia sujeita ao regime da solidariedade ativa

I. Apesar de haver alguma polémica em torno da estrutura morfológica das obrigações solidárias – discutindo-se se nesses casos existe apenas um direito de crédito pertencente em simultâneo aos vários credores solidários ou, diversamente, se cada um destes é portador de um direito creditício ao todo –, a verdade é que a opinião claramente maioritária se inclina para esta última visão, perspetivando assim a solidariedade ativa como espécie de concorrência de direitos¹. O que equivale a afirmar que se divide aí a presença de uma multiplicidade de créditos relativos à mesma prestação.

II. Nesse sentido aponta desde logo o estabelecido no n.º 2 do artigo 512.º, ao reconhecer expressamente a possibilidade de os sujeitos

* O texto que agora se publica corresponde à apresentação oral realizada nos II Encontros de Direito Civil, que por sua vez tem por base as anotações aos artigos 528.º, 529.º e 532.º, in *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações: Das Obrigações em Geral*, UCE, Lisboa, 2018.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e coordenadora da Secção de Lisboa do *Católica Research Centre for the Future of Law*.

¹ Importa, no entanto, sublinhar que, pese embora a opinião geral em Portugal apontar no sentido de na solidariedade existir uma pluralidade de vínculos, a verdade é que por vezes essa situação é tida como um exemplo de contitularidade de direitos. Assim acontece, como é fácil de perceber, com aqueles autores que não procedem à distinção entre concurso homogéneo e contitularidade de direitos, identificando esta com aquele. V. MENEZES CORDEIRO (2019), p. 761. Este também parece ter sido o entendimento inicial de GOMES DA SILVA, embora, posteriormente, tenha afirmado de forma explícita a possibilidade de um direito caber a um tempo a uma pluralidade de sujeitos. V. (1944), p. 51, (1948), pp. 289-291, 301, 304, 314, 321-323, 329-333, 346-347.

se acharem vinculados em termos diversos. Recorde-se que neste se declara que “a obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de [...] ser diferente o conteúdo das prestações de cada um” dos devedores, ou de o conteúdo da prestação do devedor comum ser diverso “relativamente a cada um dos credores solidários”. Questiona-se o alcance desta norma, designadamente, se a diversidade de conteúdo de que se fala pode ser qualitativa ou meramente quantitativa, total ou simplesmente parcial. E, por outro lado, se isso não porá em causa o pressuposto da *identidade de prestação*, prevista no n.º 1 daquele preceito. Os caminhos trilhados pela doutrina diferem, sendo possível encontrar duas fações².

Uma primeira que entende o estatuído no n.º 2 do artigo 512.º como permitindo apenas diferenças acessórias, mas nunca pondo em causa a existência de um mínimo denominador comum – relativamente ao qual haverá, por conseguinte, identidade de prestação³. Sob este prisma, será de admitir, por exemplo, que apenas um ou alguns se encontrem submetidos a um termo ou condição; ou que o conteúdo dos direitos varie em função do sujeito; que haja garantias específicas relativamente ao direito de um dos credores, embora não de todos; ou que os locais de cumprimento ou os prazos da prestação difiram.

A segunda fação, distintamente, interpreta aquelas palavras como significando a aceitação de conteúdos completamente diversos. Nomeadamente, o devedor comum poderá estar vinculado perante um dos credores solidários a entregar um livro e perante o outro credor a entregar dinheiro. Neste caso, a solidariedade continua a pressupor a identidade da prestação, embora a aceção dada a este conceito deixe de ser puramente material, procedendo-se antes à sua espiritualização. A esta luz, o que importa é o interesse do credor, ou seja, que a prestação satisfaça o mesmo interesse específico do credor, sendo indiferente a identidade ou disparidade material das prestações adequadas a satisfazer esse interesse⁴.

² V. COSTA GOMES (2000), pp. 190 e ss. V. ainda VAZ SERRA (1957), pp. 97 e ss.; ALMEIDA COSTA (2018), pp. 667-668.

³ V. ANTUNES VARELA (2000), p. 759; ALMEIDA COSTA (2018), pp. 667-668.

⁴ V. E. VAZ DE SEQUEIRA (2015a), pp. 505-506; J. COSTA GOMES (2000), pp. 190 e ss.; CUNHA E SÁ (2006), pp. 379-381; VAZ SERRA (1957), p. 10; STAUDINGER, J. VON / LOOSCHELDERS, DIRK (2012), p. 700.

Não é este o lugar para proceder a uma análise exaustiva desta norma. Até porque o objeto da discórdia prende-se com o conceito de identidade de prestação e não com a questão que aqui importa: a existência de uma pluralidade de direitos de crédito nas situações de solidariedade ativa. Quanto a este aspeto, a verdade é que qualquer das interpretações propostas parece coincidir, reconhecendo neste tipo de relação a presença de uma multiplicidade de vínculos.

III. Em direção idêntica aponta o regime da prescrição, ao aceitar expressamente o tratamento distinto dos vários credores. Concretamente, que a prescrição corre de forma independente em relação a cada um; que tanto a suspensão como a interrupção do prazo possuem uma eficácia estritamente pessoal; e que a renúncia à prescrição realizada pelo devedor em favor de um dos credores não produz efeitos quanto aos demais⁵. O que, como é fácil de ver, indicia a titularidade singular de um direito próprio por cada um dos credores.

Igual visão individualista parece comandar a matéria da remissão, porquanto a lei estabelece que quando esta é levada a cabo por um credor aproveita ao devedor comum, exonerando-o perante os restantes credores na parte que respeita ao remetente, e não a estes, como à partida aconteceria se, de facto, eles fossem titulares em conjunto de um único direito^{6/7}.

⁵ V. artigo 530.º do Código Civil.

⁶ V. artigo 864.º do Código Civil.

⁷ V., nomeadamente, ANTUNES VARELA (2000), pp. 791 e ss.; MANUEL DE ANDRADE (1966), p. 115; VAZ SERRA (1957), pp. 94 e ss.; ALMEIDA COSTA (2018), pp. 667 e ss.; GOMES DA SILVA (1947), pp. 265, 293, 304 e ss., 329-330, 348; COSTA GOMES (2000), pp. 187-188, 201, 243; BRANDÃO PROENÇA (2019), pp. 137 e ss. Em sentido oposto, v. BARBOSA DE MAGALHÃES (1882), pp. 2-3, 56.

Na doutrina estrangeira v., designadamente, LARENZ (1933), pp. 166 e ss., em especial, pp. 175-176; STEINLECHNER (1876), pp. 119 e ss.; VON TUHR (1998), p. 92; SAENGER (1913), p. 10; GIERKE (1901), p. 117, (1889), pp. 55 e 77, (1873), p. 925; HELLWIG (1967), pp. 190 e ss.; JOERGES (1900), p. 179. Interessante é a posição de BUSNELLI (1974), pp. 42 e ss., 53-54, 59-61, ao negar a presença de uma estrutura unitária nas obrigações ou créditos solidários, distinguindo ao invés duas espécies possíveis: a solidariedade de interesse unisubjetivo e a solidariedade de interesse comum. Aquela caracterizar-se-ia pela pluralidade de vínculos, enquanto esta representaria uma verdadeira situação de contitularidade do direito de crédito. Sobre a distinção entre concurso de créditos e comunhão de direitos de crédito, v.

IV. Poderia ainda aduzir-se o disposto no artigo 514.º do Código Civil, que, como é sabido, permite ao devedor opor aos credores meios de defesa quer comuns quer pessoais. Acredita-se, no entanto, que apenas nuns casos isso pode ser tido como prova da presença de uma pluralidade de direitos. Assim, por exemplo, na hipótese de existir uma diversidade da obrigação do devedor relativamente a cada um dos credores solidários. Noutros, porém, não passa de uma consequência lógica da pluralidade subjetiva inerente a qualquer situação de solidariedade. Tal acontece, designadamente, quando ocorre algum vício da vontade ou alguma incapacidade.

V. Sem prejuízo de se aceitar a existência de uma pluralidade de vínculos, não raro discute-se se a solidariedade não dará origem a uma metarrelação obrigacional ou a uma relação superior a esses vínculos fundada na comunhão de fim⁸.

VI. A solidariedade ativa pode nascer em momentos diferentes para os diversos credores e por causas distintas⁹, tendo por fonte a lei (artigo 1531.º) ou o negócio jurídico. A instituição contratual da solidariedade exige a anuência dos credores e do devedor¹⁰.

VII. Esta modalidade de solidariedade traz vantagens para o devedor na medida em que lhe facilita o cumprimento e lhe permite escolher o credor perante quem vai invocar a compensação¹¹. Os benefícios para o credor não são tão visíveis, resumindo-se à simplificação da interpelação, sobretudo nas situações em que há ou venha a haver credores ausentes ou faticamente incapacitados. Mas o risco da insolvência do credor

MARCELLO DE CRISTOFARO (1969), pp. 296 e ss. No sentido de que em todas as obrigações subjetivamente complexas existe uma multiplicidade de vínculos, v. STEFANO D'ANDREA (2002), pp. 100 e ss.

⁸ V. J. COSTA GOMES (2000), pp. 241-242; VAZ SERRA (1957), p. 10; LARENZ (1987), p. 626; CUNHA E SÁ (2006), p. 379. Em sentido contrário, STAUDINGER, J. VON / LOOSCHELDERS, DIRK (2012), p. 701.

⁹ V. ANTUNES VARELA (2000), pp. 761-762.

¹⁰ V. VAZ SERRA (1957), p. 13.

¹¹ V. ANTUNES VARELA (2000), p. 754; STAUDINGER, J. VON / LOOSCHELDERS, DIRK (2012), p. 702.

que recebeu a prestação e conseqüente impossibilidade de satisfazer o interesse dos demais credores mediante execução do seu património explica que LARENZ afirme que a solidariedade ativa só faz sentido em duas situações: quando existe uma ligação tão estreita entre os interesses dos diferentes credores que o cumprimento a um satisfaz os interesses dos outros; ou quando se confie justificadamente que o credor beneficiário do cumprimento vai ter em atenção os interesses dos restantes, entregando-lhes o que lhes compete¹².

2. Resolução

I. O n.º 1 do artigo 529.º do Código Civil apenas trata da consequência-regra da impossibilidade superveniente por facto imputável ao devedor: o direito à indemnização concedido pelo n.º 1 do artigo 801.º De acordo com o seu teor, os direitos à indemnização reconhecidos aos credores lesados ficam igualmente sujeitos ao regime da solidariedade ativa. O que vale por dizer que qualquer um dos credores pode exigir ao devedor comum o pagamento da integralidade da indemnização, exonerando-se este, perante todos, mediante o cumprimento frente a qualquer um dos credores.

II. De fora ficam as situações previstas no n.º 2 do artigo 801.º (relativas à impossibilidade da prestação imputável ao devedor nos contratos sinalagmáticos e ao incumprimento definitivo por parte do devedor igualmente nos contratos sinalagmáticos) e os casos do artigo 802.º (sobre impossibilidade parcial). Ou seja, a faculdade aí conferida aos credores de optarem entre a manutenção do contrato ou a resolução do mesmo. Havendo solidariedade ativa, a questão que se coloca é a de saber qual o regime aplicável ao exercício do direito de resolução. Em tese, temos as seguintes soluções:

1. *Solidariedade*, por mor da qual um credor poderia unilateralmente resolver o contrato, vinculando com essa escolha os seus pares;
2. *Parciariedade*, que, permitindo a qualquer credor atuar isoladamente, limitaria os efeitos do ato à respetiva esfera jurídica.

¹² V. LARENZ (1987), p. 625.

O mesmo é dizer que aceitaria o exercício singular do direito por um credor, embora lhe negasse eficácia coletiva;

3. *Conjunção*, que, no polo oposto, imporá nestes casos o exercício conjunto do direito de resolução por parte de todos os credores.

A primeira via enunciada parece ser a professada por ANTUNES VARELA, que, tendo por base o estabelecido no artigo 528.º, vem sustentar a aplicação do princípio da prevenção “quanto à opção que a lei faculte ao credor entre a exigência da indemnização devida pelo obrigado ou a resolução do contrato bilateral, em que a obrigação solidária se integre (artigo 801.º, 2). Sendo inviável ou, pelo menos, inconveniente que um dos credores optasse, por uma solução, e o outro ou os outros pela solução oposta, não se encontra outro processo fácil de superar a discordância que se levante entre eles”¹³. Sob este prisma, o credor que primeiro escolhesse um dos caminhos, vincularia os demais.

VAZ SERRA, diversamente, responde de modo distinto consoante a solidariedade provenha de um “contrato divisível” ou de um “contrato indivisível”. Ali poderá o credor resolver por si só o contrato, subsistindo este, no entanto, em relação às quotas dos outros credores. Trata-se, por conseguinte, de uma resolução parcial do contrato, na proporção do vínculo a extinguir. Aqui, se os demais credores não quiserem resolver o contrato – ou se ainda não existir mora em face deles –, pode o credor, relativamente ao qual se verifica a mora, recusar a prestação e exigir a indemnização por não cumprimento, sem lhe ser permitido contudo resolver o contrato. Em tal cenário, o referido credor teria direito a indemnização por não cumprimento (em vez do crédito à prestação originária), embora continuasse obrigado à contraprestação¹⁴.

A última proposta de solução aventada parece ser a professada por BRANDÃO PROENÇA. É verdade que este autor não trata especificamente do exercício do direito de resolução pelos credores solidários, mas tão-só no âmbito dos créditos parciários, sustentando em tal cenário o exercício conjunto desse direito pelos vários credores, por ser “relevante a operação negocial em si, ou seja, o ‘todo’ da fonte vinculativa”¹⁵. A circunstância de a resolução ser um facto extintivo do próprio contrato justificaria

¹³ V. ANTUNES VARELA (2000), pp. 794-795.

¹⁴ V. VAZ SERRA (1957), p. 41.

¹⁵ V. BRANDÃO PROENÇA (2019), p. 136.

a imposição da regra do exercício coletivo. Por coerência de raciocínio, julga-se que o desfecho a dar à questão em sede de solidariedade ativa não deverá diferir.

III. A lei, como se viu, apenas afirma a sujeição ao regime da solidariedade do direito à indenização. Em momento algum estabelece igual comando no tocante ao direito de resolução. A solidariedade ativa só vigora por disposição legal ou mediante convenção nesse sentido. Nas situações ora em apreciação, não existe nenhum destes fundamentos. Por outro lado, tem-se entendido que na solidariedade ativa convencional – que constitui a grande maioria das situações concretas – os credores podem renunciar à solidariedade. Não se compreenderia que isso fosse viável relativamente ao direito de crédito originário, mas não o fosse quanto ao direito de resolução decorrente do incumprimento.

Pensa-se, contudo, que importa desde logo distinguir os casos em que os vínculos sujeitos à solidariedade provêm de fontes distintas, daqueles em que procedem da mesma fonte. Na primeira hipótese, não se vislumbra nenhuma justificação para arredar o regime regra de exercício dos direitos em situação de concorrência, ou seja, o exercício individual por parte do respetivo titular. A segunda hipótese é mais complicada, desde logo por a resolução ser tida como uma causa extintiva do próprio contrato e não apenas dos vínculos por ele originados. Ainda assim, julga-se que, sendo viável a cessação de um vínculo e a manutenção dos demais (isto é, na terminologia adotada por VAZ SERRA, havendo um “contrato divisível”), esse deve ser o caminho. O que equivale a dizer que a autonomia quer objetiva quer subjetiva dos vínculos pode ser suficiente para alicerçar a possibilidade de se extinguir apenas um dos vínculos, conservando-se o outro. Ou seja, reduzindo a eficácia extintiva da resolução ao vínculo pretendido.

IV. Ocorrendo a resolução por um dos credores, a extinção do respetivo vínculo vai ter repercussões nos outros, sendo de deduzir à prestação ainda devida aos demais credores a parte correspondente ao credor que optou pela resolução.

3. Interpelação e mora do devedor

I. Intimamente ligada a esta questão, está a matéria da mora do devedor. O principal problema que se coloca neste domínio respeita justamente à constituição do devedor em mora. É isto por duas razões: por um lado, porque os prazos de vencimento da prestação podem diferir entre vínculos; por outro lado, porque importa determinar se a interpelação por um credor produz efeitos em relação aos restantes credores. Se o vencimento da prestação se der em virtude do decurso do prazo, então a constituição do devedor em mora ocorre de forma automática e frente ao credor ou credores relativamente a quem operou o referido vencimento. Se, pelo contrário, estiver dependente de interpelação, tem-se entendido que a interpelação possui eficácia individual e não coletiva. Ou seja, produz efeitos somente na relação entre o credor interpelante e o devedor comum. O que significa que “a constituição em mora do devedor e a consequente obrigação de indemnizar os danos moratórios só valem em relação ao credor que interpelou o obrigado”¹⁶.

II. Isto tanto na solidariedade estabelecida no interesse do devedor, quanto na solidariedade em favor dos credores, pois seria ir longe demais constituir o devedor em mora perante todos, quando a solidariedade visa unicamente facilitar a cobrança do crédito. Neste sentido parece, aliás, apontar a regra da eficácia individual dos factos interruptivos da prescrição estabelecida no artigo 530.º. “Aceitar a eficácia limitada da interrupção da prescrição é aceitar a incidência subjectiva do facto de que ela resulta”, nomeadamente da interpelação por via judicial do devedor¹⁷. Por isso, o devedor responde pelo risco de impossibilidade superveniente da prestação unicamente perante aquele em que está em mora, apenas o credor interpelante pode estabelecer um prazo admonitório e, decorrido esse prazo, reclamar uma indemnização por não cumprimento. A eficácia da interpelação será coletiva somente se tal tiver sido convencionado¹⁸.

¹⁶ V. ANTUNES VARELA (2000), p. 798.

¹⁷ V. CUNHA E SÁ (2006), p. 386.

¹⁸ V. VAZ SERRA (1957), pp. 39-40.

III. Se, após a interpelação por um credor, o devedor prestar a outro credor, exonera-se do dever de prestar. Responde, no entanto, frente ao credor que o colocou em mora pelos prejuízos causados por esta.

4. Compensação

I. À compensação, entre outras figuras, é dedicado o artigo 532.º do Código Civil, estabelecendo que a sua verificação “produz a extinção, relativamente a todos os credores, da obrigação do devedor”. Poder-se-ia questionar se o que está aqui em causa é apenas a compensação da obrigação do devedor com uma obrigação comum a todos os credores solidários ou, diferentemente, se também se acha contemplada a hipótese de essa compensação operar entre a referida obrigação do devedor e uma obrigação individual de um dos credores. Atendendo ao facto de a solidariedade se apresentar estruturalmente como uma pluralidade de vínculos, julga-se que tanto será de admitir a compensação da obrigação do devedor com uma obrigação comum aos vários credores solidários, como com uma obrigação a que apenas um desses credores se encontre adstrito.

II. Neste caso, a segunda questão que se coloca é a de apurar a legitimidade para invocar a compensação. Concretamente, pergunta-se se o devedor a poderá alegar unicamente frente ao credor vinculado à obrigação compensável ou igualmente face a outro credor solidário. O que vale por indagar se o devedor pode fazer operar a compensação contra outro credor que não o seu devedor, como forma de se defender quando interpelado por ele. Não se afigura, no entanto, que tal seja viável¹⁹. Com efeito, decorre do regime geral da compensação, mais precisamente do disposto no artigo 851.º, n.º 2, ao exigir a reciprocidade dos créditos, que a compensação só procede relativamente a créditos do devedor “contra o seu credor”. O que faz sentido, se se pensar que a lei impõe como requisito da compensação a inexistência de “exceção, perentória ou dilatária, de direito material” contra o devedor por parte do credor. Admitir-se que o devedor poderia opor a compensação a um credor, que não o devedor do seu crédito, significaria impossibilitar o verdadeiro sujeito passivo de

¹⁹ Em sentido aparentemente contrário, CUNHA E SÁ (2006), p. 392.

se defender, obstando desse modo à extinção do seu direito. Por outro lado, a compensação constitui um meio de defesa pessoal, pelo que, nos termos do artigo 514.º, n.º 2, só é oponível ao credor solidário que for devedor do declarante.

De acordo com ANTUNES VARELA, se “a compensação se basear em débito de um credor diferente do que interpela o devedor, este só poderá opor a compensação até ao limite da quota correspondente a esse credor”²⁰. Acredita-se, contudo, que, ainda que limitando a eficácia da compensação, a solução não deve ser esta, pelas razões apontadas. Ou seja, por não se permitir ao credor visado utilizar os meios de defesa de que eventualmente disponha contra o devedor. Ao que acresce a dificuldade prática, em muitos casos, de se aplicar esta compensação parcial e proporcional. Basta pensar que as prestações devidas aos diferentes credores podem ser materialmente diversas e de natureza indivisível para perceber isso mesmo.

Tudo indica, por conseguinte, que o devedor só pode alegar a compensação contra o credor adstrito à obrigação compensável. “Todavia, como o devedor pode escolher o credor solidário a quem quer satisfazer a pretensão, enquanto não tiver sido judicialmente citado para a respectiva acção por outro credor, a declaração de compensação pode ser feita, se o cumprimento extrajudicial da obrigação lhe for exigido por outro credor, que não aquele em relação ao qual o devedor é titular de um crédito.”²¹

III. Do prisma inverso, parece ser igualmente de reconhecer legitimidade ao credor solidário titular do crédito compensável para contrapor ao devedor comum a compensação das respetivas obrigações recíprocas.

IV. A equiparação da compensação ao cumprimento justifica o efeito coletivo que lhe é conferido. Diferentemente da dação em cumprimento e da novação, que implicam uma alteração no objeto dos direitos dos demais credores ou da identidade do correspondente devedor, a compensação, por atuar apenas entre créditos com objetos fungíveis e da mesma natureza, assegura a satisfação plena do interesse originário

²⁰ V. ANTUNES VARELA (2000), p. 796.

²¹ V. A. TAVEIRA DA FONSECA (2015), p. 426.

não apenas daquele credor, mas igualmente dos restantes credores. Não se encontra, por isso, nenhum entrave a que um credor isoladamente promova a extinção de todos os créditos solidários mediante compensação. Nas relações internas, tudo se passa como se o credor relativamente a quem operou a compensação tivesse obtido o cumprimento²².

5. Compensação nas contas solidárias

I. Muito debatida na jurisprudência e na doutrina é a questão da compensação nas contas solidárias. Pergunta-se, designadamente, se a aquela pode operar relativamente a uma dívida exclusiva de um dos titulares da conta e, em caso afirmativo, se pode ter por base a totalidade do saldo ou apenas a parte correspondente ao titular adstrito à obrigação compensável. Basicamente são identificáveis três posições:

- a) os que negam a possibilidade de se verificar a compensação sem a prévia anuência de todos os titulares da conta (ou seja, apenas admitem a compensação convencional)²³;
- b) os que reconhecem ao banqueiro o poder de compensar o seu crédito até ao limite da quota do depósito que pertença ao devedor²⁴;
- c) os que aceitam que o banco proceda à compensação da sua obrigação com a obrigação de um dos titulares da conta no montante total do saldo. Tal resultaria das próprias regras de funcionamento do depósito aceite por todos os depositantes. Sob este prisma, “se um titular pode sozinho, esgotar o saldo, também poderá, sozinho, constituir débitos, junto do banqueiro que impliquem, por via da compensação, esse mesmo esgotamento”^{25/26}.

²² V. STAUDINGER, J. VON, LOOSCHELDERS, DIRK (2012), pp. 744-745.

²³ V. Acórdão do STJ de 6.05.2004 (Moitinho de Almeida).

²⁴ V. Acórdão do STJ de 25.06.2015 (Hélder Roque), *in* www.dgsi.pt; Acórdão do STJ de 27.06.2000 (Ribeiro Coelho), CJ, 2000, II, pp. 130 e ss.; Acórdão da RP de 2.07.2009 (Barateiro Martins), CJ, 2009, III, pp. 206 e ss.; Acórdão da RP de 14.01.1998 (Saleiro de Abreu), CJ, 1999, I, pp. 183 e ss.; Acórdão da RC de 23.11.1999 (Gil Roque), CJ, 1999, V, pp. 32 e ss.

²⁵ V. Acórdão do STJ de 9.06.2009 (Mário Cruz), *in* www.dgsi.pt.

²⁶ V. MENEZES CORDEIRO (2003), p. 256.

II. Não raro limita-se a possibilidade de o banco invocar a compensação contra um cliente às situações em que o reembolso do depósito foi previamente solicitado por este. Ao banqueiro nega-se, assim, o poder de ter a iniciativa de fazer operar esse instituto. Subjacente a esta visão está a ideia de que nestes casos a solidariedade é sempre estabelecida no interesse dos credores e que, por isso, o banco não poderá escolher o credor a quem cumprir. “Se o banco não pode extinguir aquela relação jurídica, escolhendo ele o credor a quem vai efectuar a prestação e cumprindo tal obrigação, também não o poderá fazer por forma diferente do cumprimento, por exemplo, através da compensação.”^{27/28}

III. Neste âmbito, questiona-se ainda se se permite ao banco opor a compensação apenas ao cliente que seja simultaneamente o devedor perante quem quer fazer operar aquela figura ou, diversamente, se poderá igualmente fazê-lo frente ao depositante que não seja o sujeito passivo da obrigação compensável. Em causa está o requisito da reciprocidade exigido pelo n.º 2 do artigo 851.º. PAULA CAMANHO pronuncia-se pela negativa²⁹, enquanto ANTUNES VARELA parece julgar que nas situações de solidariedade ativa o devedor comum pode lançar mão de um crédito de que seja titular contra algum dos outros credores que não o demandante, embora “tão somente até ao limite do valor da parte que esse credor tenha no crédito solidário”. Entendimento diverso “conduziria à impossibilidade prática da compensação legal, já que só por mera distração ou eventual ignorância seria o contitular devedor a solicitar o reembolso”³⁰. Esta discussão também está presente na jurisprudência portuguesa, encontrando-se acórdãos quer no primeiro sentido³¹ quer no segundo³². Pelas razões expostas no ponto 4, a posição que nega a possibilidade de o banco invocar a compensação frente a um depositante diverso do sujeito passivo da obrigação compensável afigura-se mais consentânea com a natureza pessoal desse meio de defesa.

²⁷ V. PAULA CAMANHO (2005), p. 241.

²⁸ V. Acórdão do STJ de 25.06.2015 (Hélder Roque), in www.dgsi.pt; Acórdão da RP 2.07.2009 (Barateiro Martins), CJ, 2009, III, pp. 206 ss.

²⁹ V. PAULA CAMANHO (2005), p. 247.

³⁰ V. ANTUNES VARELA (1997), p. 203.

³¹ V. Acórdão do STJ de 25.06.2015 (Hélder Roque), in www.dgsi.pt.

³² V. Acórdão da RP de 14.01.1998 (Saleiro de Abreu), CJ, 1999, I, pp. 183 e ss.

Bibliografia

- Andrade, Manuel de, *Teoria Geral das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 1958.
- Andrea, Stefano D', *La parte soggettivamente complessa: profili di disciplina*, Milano, 2002.
- Busnelli, Francesco Donato, *L'Obbligazione Soggettivamente Complessa*, Milano, 1974.
- Camanho, Paula Ponces, *Do Contrato de Depósito Bancário*, reimp., Almedina, Coimbra, 2005.
- Camanho, Paula Ponces, *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2003.
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, VI, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- Cordeiro, António Menezes, *Direito Bancário*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- Cristofaro, Marcello De, "Sulla contitularita del rapporto obbligatorio", *Rivista di Diritto Civile*, ano XV, 1969, 2.^a parte, pp. 296-312.
- Fonseca, Ana Taveira da, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2015.
- Gierke, Otto, *Personengemeinschaften und Vermögensbegriff in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, 1889.
- Gierke, Otto, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1873.
- Gierke, Otto, "Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht", *Archiv für bürgerliches Recht*, 19. Bd., 1901, pp. 114 e ss.
- Gomes, Manuel Januário da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Almedina, Coimbra, 2000.
- Hellwig, Konrad, *Anspruch und Klagrecht*, Leipzig, 1967.
- Joerges, Rudolf, "Zur Lehre vom Miteigentum und der gesammten Hand nach deutschem Reichsrecht", *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Stuttgart, 1900/1902, 49. Bd., pp. 140 e ss.
- Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.^a ed., C. H. Beck, München, 1987.
- Larenz, Karl, "Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 47. Bd., Jena, 1933, pp. 108 e ss.
- Proença, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações*, 3.^a ed., UCE, Porto, 2019.
- Sá, Fernando Augusto Cunha e, "Modalidades das Obrigações quanto aos Sujeitos", *Estudos em Honra de Ruy Albuquerque*, I, FDUL/Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- Saenger, August, *Gemeinschaft und Rechtsteilung*, Marburg, 1913.
- Sequeira, Elsa Vaz de, *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil – Contributo para a sua Análise Morfológica*, UCE, Lisboa, 2015a.

- Sequeira, Elsa Vaz de, “Da Distinção entre Contitularidade de Direitos e Concorrência de Direitos”, *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, II, UCE, Lisboa, 2015b.
- Serra, Adriano Vaz, “Pluralidade de Devedores ou de Credores”, *BMJ*, n.º 69, 1957, pp. 37-352, e n.º 70, 1957, pp. 5-231.
- Silva, Manuel Gomes da, “Da Solidariedade nas Obrigações”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano IV, Lisboa, 1947, pp. 257-348, e ano V, Lisboa, 1948, pp. 289-354.
- Silva, Manuel Gomes da, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, I, Lisboa, 1944.
- Staudinger, J. Von / Looschelders, Dirk, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2. Buch – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432, Sellier – de Gruyter, Berlin, 2012, pp. 697-804.
- Steinlechner, Paul, *Das Wesen der iuris communio und iuris quasi communio. Erste Abtheilung: Revision der Lehre von Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete*, Innsbruck, 1876.
- Tuhr, Andreas Von, *Derecho civil*, I, traduzido por Tito Ravá, Madrid, 1998.
- Varela, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000.

Capital social e tutela dos credores sociais. Apontamento

EVARISTO MENDES

Introdução

A sociedade – incluindo as sociedades por quotas (SQ) e anónimas (SA) sobre as quais incide preferencialmente o presente texto – é tipicamente uma organização produtiva. Ou seja, trata-se de uma organização cujo objeto consiste no exercício de uma atividade económica tendente à criação de riqueza ou valor (não de mera fruição), isoladamente ou no quadro de uma empresa plurissocietária, em benefício dos respetivos membros, fundadores, aderentes e respetivos sucessores (cfr. o art. 980.º do CC e o art. 6.º, n.ºs 1 e 2, do CSC). Também tipicamente, utiliza, para o efeito, meios económicos e financeiros fornecidos pelos sócios, por terceiros (incluindo fornecimentos a crédito ou de crédito) e gerados por ela própria. E realiza operações de transferência de valor da mesma – ou de que resulta uma transferência de valor – a favor dos sócios, considerados pelas teorias jurídico-financeiras dominantes os seus *domini*, titulares do poder de domínio sobre ela e do respetivo valor líquido ou residual (operações sobre o capital próprio).

Numa entidade desta índole, a principal «garantia» de satisfação dos diversos interesses que gravitam em torno da mesma, incluindo os dos credores, reside na sua capacidade sustentável – num arco temporal de longo prazo, tendencialmente ilimitado, se não se tratar de uma sociedade de fim ou duração limitados – de gerar meios monetários (receitas) bastantes para cumprir pontualmente as obrigações que vai assumindo e de, ainda, gerar um excedente monetário destinado a remunerar o capital de risco nela investido, máxime sob a forma da distribuição de dividendos. Quer dizer, admitindo um comportamento honrado dos respetivos gestores, para os credores o mais importante é a solvabilidade da organização, a sua capacidade de gerar atempadamente meios suficientes para satisfazer os seus créditos. Trata-se, portanto, de um mecanismo

de garantia dinâmico, de índole económica; não da garantia patrimonial estática do art. 601.º do CC. A economia (na maioria dos casos, a empresa e o seu desempenho) está em primeiro plano. A garantia patrimonial dos credores funciona apenas como *ultima ratio*, quando a economia falha (ou falha a honradez), e, em maior ou menor medida, como mecanismo de pressão para uma gestão economicamente sustentável¹.

O regime jurídico-societário – mormente o regime do capital social ou, mais latamente, o regime financeiro da sociedade – encontra-se construído nesta base. Nele está naturalmente presente a tutela dos credores, mas a garantia patrimonial estática constituída pelos concretos ativos da sociedade, embora aflore, de algum modo, na disciplina das entradas em espécie, incluindo no controvertido (para muitos anacrónico) art. 20.º, al. *a*), centrado no valor de transação e na exequibilidade dos bens e não na sua aptidão funcional para a função produtiva a que se destinam, não está em primeiro plano². Concretamente, o instituto do capital social – um regime em boa medida vinculístico e imbuído de cautelas –, embora reforce a posição dos credores sociais, no confronto com os credores em geral, não é um mecanismo de conservação (direta) da respetiva garantia patrimonial, a acrescer aos meios gerais do CC (arts. 605.º e ss.). Embora possa desencadear o funcionamento destes ou de alguns destes (cfr., ainda, os arts. 605.º e ss.) e possa interferir na sua aplicação³.

Tendo presente o exposto, o regime do capital social desdobra-se nas vertentes que se seguem. Em primeiro lugar, está em causa saber se

¹ Esta perspetiva económica – importante sobretudo nas relações de mercado interprofissionais – mostra-se relevante nas próprias relações de consumo, como, em nome de uma concessão de crédito responsável, quer em relação ao consumidor (prevenindo o sobre-endividamento e a insolvência) quer à comunidade em geral (prevenindo crises económico-financeiras e o colapso do sistema), o revelam os diplomas legais relativos à concessão de crédito ao consumo, geral e imobiliário, ao imporem a prévia avaliação da capacidade financeira (solvabilidade) e da propensão para o cumprimento do devedor, mesmo havendo garantia hipotecária (art. 10.º do DL 133/2009 e, sobretudo, art. 16.º do DL 74-A/2017).

² Cfr. também, por ex., ANTUNES, 2017, pp. 362 e ss., 365 e ss. Acerca da discussão sobre a redução legal das entradas em espécie aos bens suscetíveis de penhora, cfr., por ex., DOMINGUES, 2017a, pp. 364 e ss., TRIUNFANTE, 2014, pp. 63 e ss. Salvo se outra coisa resultar do contexto, os artigos citados sem indicação do respetivo diploma legal pertencem ao Código das Sociedades Comerciais (CSC).

³ Cfr. o art. 612.º, n.º 1, do CC e o art. 25.º, n.º 4, do CSC.

a lei deve impor às sociedades de capitais um capital estatutário mínimo e, desse modo, um património líquido constitutivo mínimo – seja direta e rigidamente, através do estabelecimento de uma cifra monetária, seja, indireta e flexivelmente, através de mecanismos gerais como os deveres de cuidado e lealdade dos sócios e gestores. Apesar da recente erosão do princípio do capital mínimo, em especial nas SQ, a resposta da lei é diferenciada (*infra*, n.º 2).

Em segundo lugar, conexas com a anterior, está a questão de saber se é de exigir *ab initio* uma organização económico-productiva minimamente apetrechada, incluindo do ponto de vista financeiro. Também aqui a resposta se apresenta diferenciada (*infra*, n.º 2)

Em terceiro lugar, surge-nos o chamado princípio da exata formação do capital – também apelidável de princípio da efetividade constitutiva do capital –, ou seja, o princípio da integral cobertura patrimonial (nominal) do capital estatutário, mormente do capital estatutário fundacional, estipulado pelos interessados no ato constitutivo da sociedade, com observância das regras legais relativas ao capital mínimo, e da integral realização das entradas que asseguram essa cobertura (responsabilidade coletiva nas SQ, e individual nos restantes tipos sociais) (*infra*, n.º 3).

Em quarto lugar, temos o tópico da efetividade superveniente do capital social: existe um princípio de efetividade mínima superveniente? À semelhança do que sucedeu com a exigência de capital mínimo, em especial nas SQ, também aqui ocorreu uma erosão do princípio. Sectorialmente, o panorama mostra-se, contudo, mais complexo (*infra*, n.º 4).

Finalmente, temos o magno princípio da intangibilidade do capital social. Apesar de o seu significado prático haver diminuído com o abrandamento da exigência de capital mínimo, em si mesmo, ele mantém-se. Houve, inclusive, um reforço do respetivo regime, com vista a contrabalançar a nova orientação das demonstrações financeiras para a informação dos investidores e a correspondente adoção do critério contabilístico do justo valor e do método da equivalência patrimonial (n.ºs 2 e 3 do art. 32.º) (*infra*, n.º 5).

O plano da exposição compreende, ainda, um quadro de noções fundamentais (*infra*, n.º 1) e observações finais (*infra*, n.º 6)⁴.

⁴ Dadas as limitações do presente texto, deixámos de fora o tema da redução do capital estatutário, em especial, a redução para libertar capital próprio em benefício dos sócios. Também

1. Noções gerais

1.1 Como se escreveu noutra local⁵, o termo *capital*, embora exprima genericamente uma ideia de valor (*capital-valor*) e identifique um recurso produtivo (ou *fator de produção*) de determinado tipo, comporta vários outros significados. Centrando a análise nas sociedades, mormente sociedades por quotas e anónimas, temos, designadamente, as noções de capital *social* – que pode identificar-se com o capital de uma entidade de carácter associativo, por contraposição ao capital de entidades ou organizações de índole diferente –, de capital *real*, livre e vinculado ou cativo, e de capital *nominal*, formal ou estatutário, cifra jurídico-contabilística que cumpre, *inter alia*, uma função atinente à formação e retenção obrigatória, vinculação ou indisponibilidade daquele.

O capital social *nominal* ou *estatutário* – cifra de valor monetário relativamente constante que figura obrigatoriamente no pacto social e está sujeita às regras de alteração deste⁶ – pode apresentar-se apenas *subscrito*, encontrar-se já *exigido* ou haver sido *realizado*, no todo ou em parte. Assim, quando uma SQ ou SA se constitui, do respetivo pacto social constará uma tal cifra de capital. Ao assinarem esse pacto, os sócios subscrevem também a cláusula relativa ao capital, obrigando-se a dotar a sociedade pelo menos com o valor dessa cifra – *capital subscrito*. Num número significativo de situações, uma parte desse capital subscrito será logo nessa altura atribuída à sociedade, ou seja, esta nasce

aqui, sobretudo com o desaparecimento do controlo judicial preventivo, houve neste século uma erosão do regime vinculístico legal (cfr. os atuais arts. 94.º a 96.º, sobretudo este último, destinado à tutela dos credores, bem como os art. 347.º, n.º 7, e 463.º, n.º 2). Cfr., por ex., MENDES, 2016, pp. 186 e ss., DOMINGUES, 2009, pp. 514 e ss., 539 e ss. Pela mesma razão, não analisámos o DUE, em especial a atual Diretiva 2017/1132 (cfr. os respetivos arts. 44.º e ss.), e o debate que tem sido travado em torno da mesma, mormente acerca do tema do capital mínimo. De entre a numerosa literatura, cfr., por ex., entre nós, DOMINGUES, 2009, pp. 61 e ss., 121 e ss., com mais indicações, e VENTURA, 1980, pp. 22 e ss.

⁵ Cfr. MENDES, 2016. Omitiram-se alguns desenvolvimentos e as respetivas notas, das quais constam, designadamente, indicações bibliográficas e as pertinentes disposições legais. Cfr., ainda, por ex., DOMINGUES, 2009, pp. 21 e ss., ANTUNES, pp. 353 e ss., 357 e ss.

⁶ Via de regra, tanto no CSC como na literatura societária, este é o sentido da expressão capital social, embora não o único. Conquanto, nas SQ e SA, seja corrente a sua identificação com a soma dos valores nominais das quotas e das ações, a identificação é meramente tendencial (cfr. os arts. 237.º, n.º 3, e 345.º, n.º 7).

com um património integrado pelos bens ou dinheiro correspondentes – *capital realizado* –, ficando a outra parte em dívida (*capital diferido*). Uma vez vencidas as obrigações de entrada e interpelados os sócios para pagar, o capital ainda não realizado deixará de ser apenas exigível, tornando-se *capital exigido*⁷.

1.2 Interessa, ainda, o conceito de *capital próprio*, que há que articular com o de património social. Como se sabe, em termos gerais, o *património* é o conjunto de situações jurídicas ativas e passivas suscetíveis de avaliação pecuniária de que uma pessoa, singular ou coletiva, é titular num dado momento (património concreto e atual) ou pode vir a ser titular; podendo tratar-se do património geral dessa pessoa ou de um património especial⁸. O *património social* é o correspondente património de uma sociedade ou entidade de carácter associativo.

Por vezes, nos textos jurídicos também surge uma noção mais restrita de património. Este aparece identificado com o conjunto daquelas situações jurídicas ativas (com o lado ativo). Está em causa, então, o património *bruto*. O termo usa-se nesta aceção, por exemplo, no art. 601.º do CC: o património do devedor é garantia comum dos credores. Numa SQ ou SA, legalmente, o seu património – isto é, o seu ativo (e apenas ele) – garante o passivo (cfr. os arts. 197.º, n.º 3º, e 271.º do CSC).

Nesta noção geral de património está em causa todo o património de que uma pessoa é titular, com os pertinentes negócio (*business, Handelsgeschäft*), empresa, prática profissional ou fundo artesanal, se existirem¹⁰. Há, no entanto, noções particulares. A mais importante dessas noções é a de *património contabilístico* ou de balanço: via de regra, trata-se de um património restrito, constituído pelos elementos do ativo e do passivo suscetíveis de inscrição no balanço, em conformidade com as regras, normas e princípios que regem a elaboração do balanço de exercício – apenas por eles – e, quando se lida com esta noção, interessam não tanto esses elementos em si, mas a respetiva expressão monetária

⁷ Sobre o tema e acerca das pertinentes implicações jurídico-contabilísticas, cfr. MENDES, 2016, pp. 154 e ss.

⁸ Cfr., por ex., PINTO, 2004, pp. 344 e ss., e ABREU, 2019, p. 419.

⁹ Cfr., no entanto, a ressalva do disposto no art. 198.º, contida neste n.º 3.

¹⁰ Ou um segmento juridicamente autónomo do mesmo: por exemplo, o património de um EIRL.

e o respetivo grau de liquidez (e consistência). Genericamente, é um património sem negócio, empresa ou prática profissional, mormente sem os respetivos valores de posição no mercado, embora integre elementos dos mesmos.

O *património líquido* é um conceito diferente: está em causa um valor. A expressão indica a diferença entre o ativo – valor agregado das situações ativas – e o passivo, ou valor global das situações passivas. E identifica-se com a de capital próprio, em sentido lato, correspondente, numa sociedade, ao valor residual, valor líquido ou valor da mesma para os sócios (investidores em capital de risco) (cfr. os arts. 197.º, n.º 1, e 271.º do CSC).

Porém, à semelhança do que se observou acerca do património, na contabilidade, no direito da contabilidade e no direito societário, o património líquido é, comumente, uma noção restrita – exprime a diferença entre o ativo e o passivo contabilísticos ou de balanço (de exercício). O mesmo sucede com o *capital próprio*. Jurídico-contabilisticamente, este identifica-se, portanto, com o património líquido contabilístico ou *situação líquida*. Ou seja, em sentido estrito, o capital próprio é um «subproduto» do património contabilístico, corresponde ao valor contabilístico residual da sociedade, aquilo que, em termos contabilísticos (correntes), ela vale para os sócios.

O *capital social* (estatutário) é uma rubrica do capital próprio, a par de eventuais prestações suplementares ou acessórias equiparáveis, reservas, lucro de exercício, etc. Neste contexto, trata-se de uma cifra indicadora do valor de base com que os sócios dotaram e/ou se obrigaram a dotar a sociedade – especificando que uma parte dos recursos têm essa origem¹¹; e, como se verá, também a cifra de base da vinculação ou intangibilidade do património social.

Todavia, a sociedade – enquanto organização produtiva tipicamente destinada a autovalorizar-se em benefício dos sócios, a criar valor para estes (art. 980.º do CC) – não é tipicamente titular de um simples património. Explora um negócio, empresa ou prática profissional, ou uma oficina artesanal. Surgem-nos, assim, como adicionais elementos

¹¹ As rubricas relativas às prestações suplementares e acessórias equiparáveis também são indicadoras de recursos com origem em contribuições dos sócios, mas ficam sujeitas a um regime distinto do aplicável ao valor do capital.

do capital próprio, entre outros, os conceitos de *lucro* e de *reservas* de lucros, a par do de *perdas* ou prejuízos.

Com efeito, quando a sociedade apresenta, num dado período – mormente durante um ano social ou ano de exercício da atividade –, um bom desempenho económico-financeiro e não há acontecimentos extraordinários negativos, o negócio gera um saldo positivo [os rendimentos (ganhos) suplantam em valor os gastos (custos/perdas)], saldo esse patenteadado por um mapa ou demonstração financeira apropriada – a demonstração de resultados – e inscrito no capital próprio do balanço de exercício; e o património social aumenta de valor. Isto é, a sociedade tem um *lucro* (resultado de exercício positivo). O património (contabilístico) da sociedade – concretamente, o património líquido ou capital próprio – aumenta correspondentemente, de tal forma que também se costuma definir o lucro de exercício ou lucro anual como o saldo positivo que se obtém comparando o património contabilístico da sociedade no início e no fim desse exercício.

Tal valor pode, mediante deliberação da coletividade dos sócios, no todo ou em parte, ser distribuído a estes (tipicamente, constituindo a sociedade créditos a seu favor e satisfazendo-os) ou ser mantido na sociedade. Este maior valor do património social que assim se conserva na sociedade – e nessa medida representa uma forma de autofinanciamento – constitui uma *reserva*, salvo se os sócios optarem por mantê-lo provisoriamente como resultado transitado. Na realidade, ao valor em causa podem corresponder uma ou mais reservas (integrando a categoria genérica das reservas de lucros), obrigatórias ou facultativas, consoante o regime jurídico a que ficam sujeitas. Sobressai a reserva legal geral, obrigatória, designadamente, nas SQ e SA (arts. 218.º e 295.º, n.º 1, do CSC).

Quando o desempenho do negócio ou empresa social é mau – e/ou quando se verifica um acontecimento negativo extraordinário que por exemplo afeta um elemento do ativo –, o valor do seu património (incluindo o património contabilístico) diminui. A sociedade acusa *perdas* ou prejuízos; uma parte do capital próprio existente à partida desaparece.

1.3 Sendo a sociedade uma organização produtiva de interesse privado e fim lucrativo, destinada a autovalorizar-se em benefício dos sócios (art. 980.º do CC e art. 6.º, n.º 1, do CSC), ela está legalmente autorizada

– no decurso da sua existência ativa – a realizar *operações sobre o capital próprio* ou à custa dele, dispondo de parte do seu valor a favor dos sócios. Na realidade, existem diversos tipos de negócios e práticas de que resulta – de forma direta ou indireta, explícita ou implícita, observando certos procedimentos ou não – uma afetação do seu património líquido *em benefício dos sócios* (de todos ou de alguns): *i*) deliberações de *distribuição de lucros* ou reservas e de reembolso de prestações suplementares ou prestações acessórias equiparáveis¹²; *ii*) *deliberações de amortização* onerosa de quotas ou ações (ou remição destas), deliberações e atos de aquisição onerosa de quotas e ações; *iii*) concessão de garantias e *empréstimos gratuitos* a sócios, designadamente no âmbito de relações de grupo ou domínio, autorização aos mesmos do uso de bens sociais sem contrapartida ou mediante o pagamento de contrapartida inferior ao valor de custo ou de mercado, realização com eles de negócios onerosos em que a atribuição patrimonial da sociedade é mais valiosa do que a da contraparte; *iv*) *remunerações* e gratificações aos sócios gerentes ou administradores acima dos valores correntes e/ou acima da capacidade financeira da sociedade; etc.

Em relação a tais negócios e práticas existe, no entanto, um regime limitativo, de proteção da sociedade e dos credores sociais, genericamente sintetizado no *princípio da intangibilidade do capital social* (arts. 32.º e 33.º do CSC¹³): a sociedade só está autorizada a realizar tais operações à custa (ou por conta) do capital próprio não vinculado por este princípio. Noutros termos, a licitude das mesmas depende da verificação de um pressuposto jurídico-financeiro geral: a existência de *capital próprio livre* bastante para o efeito¹⁴.

Além disso, as aludidas perdas – decorrentes do exercício da atividade social ou da desvalorização de ativos – podem atingir uma dimensão tal, que a capacidade financeira da sociedade fique gravemente afetada e, do mesmo passo, o fique também a garantia patrimonial geral

¹² Acrescem eventuais distribuições de capital exuberante mediante redução do capital estatutário (ou mediante uma operação complexa de aumento por incorporação de reservas e de redução) que deixámos de fora do presente texto.

¹³ Cfr., ainda, designadamente, os arts. 220.º, n.º 1, e 236.º, n.ºs 1 a 3, 317.º, n.º 4, e 347.º, n.º 7. al. b).

¹⁴ Note-se, no entanto, que, em relação a algumas, se pode colocar, ainda, a montante, um problema da sua compatibilidade com o art. 6.º, n.ºs 1 a 3.

dos credores (art. 601.º do CC). Sobre o assunto, dispõem os arts. 35.º e 171.º, n.º 2, do CSC, que, no essencial, impõem aos gerentes e administradores um dever de revelação das perdas e de promoção do saneamento financeiro da sociedade (sem impor, no entanto, este, como se verá).

Resulta do exposto que o regime legal do capital social tem uma vertente de conservação do património social e, nesta medida, relaciona-se com a garantia patrimonial dos credores sociais sob dois aspetos: por um lado, limita os poderes de afetação desse património em benefício dos sócios (*intangibilidade*); por outro lado, dispõe sobre eventuais perdas graves resultantes do exercício da atividade social e da possível desvalorização de ativos (*dever de saneamento e/ou transparência*).

1.4 Antes de nos ocuparmos do regime em si, importa, ainda, esclarecer adicionais conceitos nele implicados. Dispõe-se no n.º 1 do art. 32.º que «não podem ser distribuídos aos sócios bens da sociedade quando o capital próprio [situação líquida, na versão inicial] desta», tal como resulta das contas, «seja inferior à soma do capital social e das reservas que a lei ou o contrato [de sociedade] não permitem distribuir aos sócios ou se tornasse inferior a esta soma em consequência da distribuição». E, segundo o n.º 2 do art. 35.º, «considera-se estar perdida metade do capital social» – justificando-se, portanto, fazer alguma coisa (n.ºs 1 e 3) – quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social».

Existe, portanto, uma cifra monetária de referência fundamental – a do capital social (capital estatutário ou nominal, capital subscrito) – que carece de integral *cobertura patrimonial* (isto é, deve ser pelo menos igualada pelo valor do capital próprio, situação líquida ou património líquido contabilístico) para o valor do património social poder ser afetado em benefício dos sócios, individual ou coletivamente, mediante operações de distribuição (máxime, de lucros ou reservas) ou implicando uma diminuição do mesmo (amortização de quotas, aquisição onerosa de quotas e ações, etc.). Até atingir essa cifra, o capital próprio é legalmente *vinculado*, indisponível ou intangível (insuscetível de ser tocado). Noutros termos, o valor do património social é intangível numa medida correspondente ao capital social (à cifra estatutária do mesmo).

Mas, tendo sempre em vista as SQ e SA, não se pode dizer que o capital próprio sobranter – que vai além dessa cifra de referência – seja

capital próprio *livre*, não sujeito a retenção para conservação da base financeira da sociedade. Na verdade, à cifra de intangibilidade básica do capital social acrescem, pelo menos, a cifra complementar da reserva legal (e reservas equiparadas) e as normas legais relativas à formação e reconstituição da mesma (arts. 218.º, 295.º e s.)¹⁵. Por isso, aquilo que a lei realmente consagra é um princípio de intangibilidade reforçada do capital¹⁶. Nos casos comuns, em que a sociedade tem a reserva legal preenchida, não existindo outras reservas ou a necessidade de as formar ou reconstituir, nem havendo perdas transitadas, a medida da intangibilidade é dada pela soma das cifras do capital social e dessa reserva. Apenas o capital próprio que for além dessa soma será, em princípio, capital próprio livre (lucros e reservas livres), disponível para distribuição aos sócios ou a realização de outras operações sociais sobre o capital próprio (máxime, aquisição e amortização de quotas).

Ocorrendo perdas (ou prejuízos), em resultado do mau desempenho do negócio e/ou da desvalorização de ativos, elas podem atingir a própria cobertura patrimonial do capital social, o que acontecerá se o valor do capital próprio ficar aquém da cifra deste. A perda dessa cobertura – que a lei designa como perda do capital (cfr. a epígrafe e o n.º 1 do art. 35.º) – pode ser total ou parcial, ligeira ou grave. Pode, inclusive, a situação líquida ficar negativa, ao ponto de a sociedade se tornar insolvente ou não (cfr. o art. 3.º, n.º 2, do CIRE).

Em qualquer caso, haverá uma perda superveniente da efetividade do capital. Esta será *grave* quando aquela cobertura da cifra do capital estatutário não for além de 50% (art. 35.º, n.º 2).

2. Capacidade financeira da sociedade. Capital mínimo legal

No Código Comercial (de 1888) não se exigia um capital estatutário mínimo constitutivo, nem mesmo para as sociedades anónimas. Atitude diferente teve o legislador de 1901, ao criar o novo tipo social das sociedades por quotas, às quais impôs um valor de capital mínimo relativamente elevado; seguindo o exemplo alemão.

¹⁵ Cfr. os arts. 32.º e 33.º

¹⁶ Cfr. MENDES, 2016, pp. 173 e ss.

Em 1986, o CSC conservou a exigência de capital mínimo para as sociedades por quotas e estabeleceu igual requisito para as sociedades anónimas (e SCA). Este último mantém-se, sendo atualmente o capital mínimo exigido, para as sociedades anónimas em geral, de 50 000 € (art. 276.º, n.º 5). Quanto às sociedades por quotas em geral, em linha com a orientação seguida nalguns países europeus, a exigência foi abolida em 2011, passando o art. 201.º a dispor: «o montante do capital é livremente fixado no contrato de sociedade, correspondendo à soma das quotas subscritas pelos sócios»¹⁷. O valor mínimo do capital estatutário¹⁸ é, assim, uma decorrência indireta da exigência de quotas com o valor nominal mínimo de 1 € cada uma (art. 219.º, n.º 3). Por exemplo, numa SQ com dois sócios fundadores, será de 2 €¹⁹.

Em sectores de atividade especialmente sensíveis e exigentes, a lei desvia-se, no entanto, deste padrão, impondo valores mínimos de capital social elevados. É o que sucede, designadamente, no vasto sector financeiro²⁰, no sector segurador²¹ e no sector dos transportes²². Aí, vai-se, mesmo, mais além, estabelecendo outros importantes requisitos de capacidade empresarial, nomeadamente financeira²³.

O tema – focado sobretudo nos custos de constituição das empresas societárias com responsabilidade limitada dos sócios, em contraposição aos objetivos de promoção do empreendedorismo, e na tutela dos

¹⁷ Redação dada pelo DL 33/2011. Note-se que, embora sensível à competitividade do seu sistema societário com o de outros países, o legislador alemão não seguiu esta via, de nívelação por baixo e consequente «aviltamento» do tipo social em apreço, conservando as Srl (GmbH) com um capital mínimo de 25 000 € e criando um subtipo simplificado de sociedade de responsabilidade limitada, a *Unternehmergeellschaft*, suscetível de aceder à condição de GmbH quando preencher aquele requisito financeiro (§ 5a da GmbHG). Cfr., por ex., BAUKELMANN & SCHMIDT-LEITHOFF, 2013, pp. 295 e ss.

¹⁸ O pacto social deve fixar o respetivo valor: cfr. o art. 9.º, n.º 1, al. f).

¹⁹ Tratando-se de uma SuQ, o valor será de 1 € (cfr. os arts. 270.º-A, n.º 1, e 270.º-G). Note-se, no entanto, que o valor da reserva legal, a constituir mediante retenção de lucros, em geral correspondente a 20% do capital, não pode ser inferior a 2500 € (art. 218.º, n.º 2).

²⁰ Veja-se a Portaria 95/94, emitida ao abrigo do n.º 1 dos arts. 95.º e 196.º do RGIC (aprovado pelo DL 298/92) e alterada, designadamente, pela P. 362/2015.

²¹ Cfr. os arts. 52.º, c) e 60.º do RJASR (Regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora, aprovado pela Lei 147/2015).

²² Cfr. o DL 3/2001 e o DL 257/2007.

²³ Cfr., por ex., os arts. 30.º e ss., 94.º e ss., do RGIC, os arts. 52.º e ss., 64.º e ss., do RJASR, bem como os arts. 4.º e ss. do DL 257/2007 e do DL 3/2001.

credores sociais, cuja eficácia se contesta – é controverso. A onda dominante, em parte formada com ventos liberais transatlânticos, oriundos dos EUA, mas também do RU, mormente quanto às sociedades por quotas²⁴, é desfavorável a uma exigência legal desta índole, entendendo-se que, numa análise custo-benefício, o saldo é negativo²⁵.

3. Efetividade constitutiva do capital social. Princípio da exata formação

Fixada à sociedade certa cifra de capital – no respetivo ato constitutivo (ou em ato de aumento do capital [cfr. o art. 9.º, n.º 1, al. f]), com respeito pelas regras relativas ao capital social mínimo –, ao subscreverem este negócio (ou o aumento), os fundadores (ou participantes no aumento) dotam e/ou obrigam-se a dotar a sociedade com um património líquido constitutivo de valor pelo menos equivalente, ficando tal valor sujeito a um regime jurídico especial – o regime das entradas de capital²⁶. Vigora na matéria o princípio da exata formação do capital ou princípio da efetividade constitutiva do capital social: os sócios são responsáveis, individual ou coletivamente²⁷, pela efetiva realização desse

²⁴ No que toca às sociedades anónimas, há que observar a diretiva do capital, hoje, a mais alargada Diretiva 2017/1132, embora também ela esteja na mira dos críticos. Cfr. a nota a seguir.

²⁵ Sobre o assunto, cfr., por ex.: PINTO, 2007, pp. 850 e ss.; DOMINGUES, 2009, pp. 72 e ss. (relatório Winter), 130 e ss. (preconizando a abolição da exigência de capital mínimo), 551 e ss. (preconizando a manutenção do capital nas sociedades fechadas e a sua eliminação nas sociedades abertas), 2016, pp. 204 e ss., assinalando, ainda, que, paradoxalmente, a eliminação da exigência de capital mínimo pode levar a um reforço da posição dos credores, recorrendo à figura da subcapitalização manifesta (pp. 214 e ss.); CARVALHO, 2011, pp. 13 e ss. (aludindo também às formas de proteção dos credores alternativas ao capital mínimo), todos com mais indicações; e, já antes, por ex., MACEY & ENRIQUES, 2001. Acerca da subcapitalização como problema de proteção dos credores, cfr. também ABREU, 2011, pp. 37 e ss., RIBEIRO, 2011, pp. 43 e ss., DUARTE, 2011, pp. 1066 e ss., e LIMA, 2017, pp. 387 e ss.

²⁶ Cfr., designadamente, os arts. 9.º, n.º 1, als. f) a h), e n.º 2, 25.º e ss., 199.º e 272.º, als. a) e e), 219.º, n.º 1, 202.º e ss. e 277.º, 285.º e s., 87.º a 89.º do CSC, bem como os arts. 980.º, 983.º e s. do CC.

²⁷ Em regra, cada sócio responde pelo valor da parcela de capital que subscreve (cfr., por ex., o art. 271.º), mas nas SQ a responsabilidade é coletiva (cfr. os arts. 197.º, n.º 1, e 207.º).

valor, ou seja, pela efetiva cobertura patrimonial do capital estatutário²⁸. Note-se, porém, que, podendo as entradas em dinheiro ser diferidas, ao menos em parte, e não exigindo a lei o vencimento de juros dos respectivos créditos de entrada²⁹, a «exata formação» e a «efetividade» devem entender-se *cum grano salis*, uma vez que, economicamente, o valor nominal das entradas diferidas é inferior ao seu valor real.

Na constituição da sociedade, a regra é de que as entradas devem ser realizadas até ao momento da celebração do contrato de sociedade (art. 26.º, n.º 1). No que respeita às entradas em dinheiro, esta regra comporta, no entanto, desvios ou exceções (cfr., em geral, ainda o art. 26.º). Quanto às entradas em espécie, os bens devem ser transferidos para a sociedade com a assinatura do contrato. Nada impede, contudo, que a sua entrega efetiva seja realizada em momento posterior, quando tal se tornar necessário para montar ou pôr a funcionar a empresa social. É o que decorre de uma interpretação da lei segundo critérios de racionalidade económica. Vejamos alguns aspetos salientes do regime legal, considerando sucessivamente as entradas em dinheiro e as entradas em espécie.

3.1 Quanto às *entradas em dinheiro*, nas SQ, sem prejuízo das normas relativas à realização do capital social mínimo, admite a lei a sua realização até ao termo do primeiro exercício económico, a contar da data do registo definitivo da sociedade (arts. 26.º, n.º 2, e 202.º, n.ºs 4 e 6)³⁰. Além disso, permite o seu diferimento no pacto social, até 5 anos [arts. 26.º, n.º 3, 202.º, n.º 4 (início), e 203.º, n.ºs 1 e 2]. Nas SA, também sem prejuízo das normas relativas à realização do capital social mínimo, pode, igualmente, haver um diferimento estatutário, até 5 anos (art. 285.º, n.º 1), de 70% do valor das entradas de cada sócio necessárias

²⁸ O princípio é comumente conhecido, entre nós, pela primeira expressão (cfr., por ex., DOMINGUES 2004, pp. 71 e ss.).

²⁹ Pode, no entanto, discutir-se esta solução (interpretação da lei), em face do princípio da onerosidade dos negócios mercantis e do próprio princípio da exata ou efetiva cobertura patrimonial do capital estatutário, interpretado de forma rigorosa.

³⁰ Tratando-se de aumento do capital, não prevendo a deliberação o diferimento das entradas, as mesmas – se não tiverem sido ainda realizadas (cfr. os arts. 88.º e 89.º, n.ºs 1 e 3) – são exigíveis a partir do registo definitivo do aumento (art. 89.º, n.º 2).

para assegurar a cobertura do capital nominal (imputáveis a capital) (art. 277.º, n.º 2)³¹.

Estipulando-se o diferimento das entradas, assume natural importância o efetivo recebimento pela sociedade do seu valor, quando o sócio devedor não cumpra voluntária e pontualmente a respetiva obrigação. Além das vias gerais de cumprimento coercivo, existe um específico procedimento extrajudicial tendente a esse efeito.

Nas SQ, este procedimento consiste, tipicamente e no essencial, no seguinte: *i*) vencida a obrigação (por decurso do prazo estipulado no ato constitutivo da sociedade ou na deliberação de aumento do capital ou por decurso do prazo legal), apesar de se tratar de obrigação com prazo, a sociedade deve interpelar o sócio (*i.e.*, o atual titular da quota com eficácia face à sociedade) para efetuar o pagamento, fixando-lhe um prazo que pode variar entre 30 e 60 dias³²; só com a interpelação – ou só com o decurso deste prazo – o sócio entra em mora (art. 203.º, n.º 3), passando a ser devidos juros de mora e deixando este de poder receber lucros (art. 27.º, n.º 4)³³; *ii*) se, decorrido o prazo, se mantiver, no todo ou em parte, a falta de pagamento, a sociedade avisa o sócio, por carta registada, de que, a partir do 30.º dia a seguir à receção da carta, fica sujeita a exclusão e a perda da quota, total ou parcial (art. 204.º, n.º 1); *iii*) caso, no termo deste prazo, a falta de pagamento subsista, no todo ou em parte, a sociedade pode deliberar excluir o sócio (art. 204.º, n.º 2), com fundamento em incumprimento de obrigação social fundamental, comunicando-lhe o deliberado e a perda da quota a seu favor (*ibidem*), com vista

³¹ Noutros termos, pode ser diferida a realização de 70% do valor nominal das ações de cada fundador (ou subscritor de aumento de capital) ou do respetivo valor fracionário de emissão. Se o valor de emissão das ações – entendido, como sempre se entendeu, no sentido do valor que o subscritor «paga» por elas (não no sentido em que o CSC utiliza a expressão a partir da introdução das ações sem valor nominal) – compreender, ainda, um prémio (prémio de emissão), este valor em excesso não é suscetível de diferimento (*ibidem*). Acerca das ações sem valor nominal, cfr. MENDES, 2019, com mais indicações.

³² Quanto aos credores, cfr., no entanto, o art. 30.º, adiante.

³³ Embora os lucros lhe sejam creditados, por conta do valor em dívida, operando-se a compensação (mesmo art. 27.º, n.º 4). Nas sociedades anónimas, o legislador ainda inibe o sócio em mora do direito de voto (art. 384.º, n.º 4), podendo colocar-se a questão de saber se o mesmo não deve valer, por analogia (ou por força do art. 248.º, n.º 1), para as SQ, a qual, no entanto, merece resposta afirmativa: cfr. TRIUNFANTE, 2014, pp. 485 e ss., com mais referências.

à realização do seu valor de troca (cfr. *infra*), mas esta opção tem custos, se o sócio for titular de outras quotas, já liberadas³⁴, não satisfazendo, via de regra, os objetivos do procedimento em apreço; em alternativa, a sociedade pode deliberar a perda da quota em apreço a seu favor – com a consequente perda da qualidade de sócio se esta se basear apenas em tal quota – ou a perda parcial da mesma (tendo em conta o valor já liberado), operando a sua divisão em duas, uma liberada e outra por liberar, sobre a qual continuará o procedimento, e comunicando o resultado ao sócio (arts. 204.º, n.º 2, e 221.º, n.º 8)³⁵; *iv*) após ter-se tornado titular da quota (da quota integral ou da quota não liberada resultante da divisão), a sociedade promove a sua venda (art. 205.º) – sem a «inerente» obrigação de entrada –, para se fazer pagar pelo produto obtido (cfr. o art. 208.º, n.º 1)³⁶; *v*) se a sociedade não conseguir, através da venda, haver todo o valor da entrada em falta, são responsáveis pelo que ainda faltar os demais sócios (art. 207.º, n.ºs 1, 3 e 5), os anteriores titulares da quota, se os houver (art. 206.º, n.º 1), e, em última análise, o devedor remisso (arts. 206.º e 207.º, n.º 3)³⁷.

Nas SA, o procedimento apresenta-se um pouco diferente. Esquematicamente, é o seguinte: *i*) vencida a obrigação de entrada (por decurso do prazo, estipulado ou legal), a sociedade deve interpelar o

³⁴ Cfr., os arts. 241.º, n.ºs 2 e 3, e 235.º, bem como o lugar paralelo do art. 242.º, n.º 4. Note-se que, se, quanto à quota em vias de liberação, as consequências da exclusão são as dos arts. 204.º e ss., o mesmo não sucede com as demais quotas, se as houver.

³⁵ Como se observa, fazemos uma leitura corrigida do texto da lei, atendendo ao seu espírito; mas admitimos que o incumprimento da obrigação de entrada é, via de regra, facto suficientemente grave para justificar a exclusão, mediante deliberação da sociedade; cabendo a esta ajuizar se essa opção é para si a mais conveniente, designadamente tendo em conta o seu impacto financeiro, ou não. VENTURA (1989, pp. 158, 160 e s.) tem uma diferente leitura da lei: segundo ele, caso o sócio seja titular de outras quotas, não haverá lugar à exclusão. Veja-se o lugar paralelo do incumprimento da eventual obrigação de realizar prestação suplementar, por parte de um sócio cuja(s) quota(s) se encontra(m) liberada(s) (art. 212.º, n.º 1). Cabe realçar, em todo o caso, que a exclusão é uma medida de *ultima ratio* e que a sociedade está vinculada por um princípio da proporcionalidade, quanto à mesma e quanto ao âmbito da perda de quota(s) a seu favor.

³⁶ A sociedade pode, antes da venda, efetivar a responsabilidade pela realização integral das entradas que cabe aos outros sócios (art. 207.º, n.º 1); mas, em geral, preferirá só o fazer depois de vender a quota. Quanto às especificidades desta responsabilidade em caso de aumento do capital (art. 207.º, n.º 2), cfr. MENDES, 2012, pp. 37 e ss., com indicações.

³⁷ Se após a satisfação da dívida social houver um excedente, cfr. o art. 208.º, n.º 2.

acionista (sócio) para efetuar o pagamento³⁸, fixando-lhe um prazo que pode variar entre 30 e 60 dias; só com o decurso deste prazo o sócio entra em mora (art. 285.º, n.ºs 2 e 3)^{39/40}; *ii*) se, decorrido o prazo, se mantiver, no todo ou em parte, a falta de pagamento, a sociedade (através dos administradores) avisa o sócio, por carta registada, de que dispõe de um novo prazo para realizar o valor em falta acrescido de juros (de mora) – fixando tal prazo (90 dias ou mais) –, sob pena de, não o fazendo, perder a favor da sociedade as ações por liberar (em relação às quais se verifique a mora) e os pagamentos já realizados, repetindo o aviso durante o segundo mês do prazo (art. 285.º, n.º 4); *iii*) transcorrido o prazo sem que o valor haja sido pago, a sociedade comunica ao sócio remisso a perda das ações (e dos pagamentos), mediante carta registada, e publica anúncio donde constem os números de ordem das ações perdidas (sem indicar o titular) e a data da perda (art. 285.º, n.º 5); *iv*) feito este anúncio de perda, havendo anteriores titulares das ações⁴¹, são eles notificados, por carta registada, de que podem adquirir as ações, mediante o pagamento do valor em dívida, com juros, fixando-lhes a sociedade um prazo de pelo menos 3 meses para o efeito e repetindo a notificação no segundo mês (art. 286.º, n.º 2); *v*) mantendo-se alguma ação por liberar, por falta de interessados⁴², a sociedade deve promover a venda urgente das ações (art. 286.º, n.º 4), sem a «inerente» obrigação de entrada; *vi*) se o produto da venda for insuficiente para a sociedade se fazer pagar⁴³, respondem pelo valor em falta o acionista que perdeu as ações a favor da

³⁸ Quanto aos credores, cfr., no entanto, o art. 30.º, adiante.

³⁹ Literalmente, a lei diz que a mora se inicia a partir do prazo, mas parece ser claro que isso ocorrerá no termo do mesmo.

⁴⁰ Embora os lucros lhe sejam creditados, por conta do valor em dívida, operando-se a compensação (mesmo art. 27.º, n.º 4). Nas sociedades anónimas, o legislador ainda inibe o sócio em mora do direito de voto (art. 384.º, n.º 4). Sobre o tema, cfr. TRIUNFANTE, 2014, pp. 485 e ss., com mais referências (entendendo o preceito de aplicação geral, abrangendo as SQ).

⁴¹ A titularidade anterior refere-se a cada ação e a correspondente responsabilidade não pode achar-se prescrita [cfr. os arts. 286.º, n.º 2, e 174.º, n.º 1, al. a)]. Mas o procedimento respeita a todas as ações do acionista em relação às quais a mora se verifique (art. 286.º, n.º 6).

⁴² Havendo concurso de interessados, prefere quem se encontre mais próximo do acionista que perdeu as ações a favor da sociedade (art. 286.º, n.º 3).

⁴³ Havendo um excesso, pertence ele ao acionista que perdeu as ações para a sociedade (art. 286.º, n.º 5). Cfr. a diferente solução consagrada para as quotas (art. 208.º, n.º 2).

sociedade (seu último titular) e cada um dos eventuais antecessores (art. 286.º, n.º 5).

Note-se, ainda, que, em ambos os tipos sociais, o pacto social pode estabelecer penalidades para a falta de cumprimento das obrigações de entrada (art. 27.º, n.º 3); e que, devendo a obrigação de entrada de um sócio ser cumprida em prestações, a falta de realização pontual de uma destas importa o vencimento das restantes, mesmo que respeitem a outras quotas ou ações (art. 27.º, n.º 6). Além disso, as obrigações de entrada não se extinguem por compensação (salvo com eventual crédito de dividendos) (art. 27.º, n.º 5).

Mediante uma correspondente redução do capital social, pode um sócio ser liberado, no todo ou em parte, da respetiva obrigação de entrada (art. 27.º, n.º 1⁴⁴). Fora deste caso, são nulos os atos de liberação (mesmo preceito)⁴⁵. A nulidade é, nos termos gerais, invocável por qualquer interessado, incluindo os credores sociais (cfr. o art. 605.º do CC).

Quanto a estes, assume particular interesse o art. 30.º do CSC, que dispõe:

1 – Os credores de qualquer sociedade podem: *a)* Exercer os direitos da sociedade relativos as entradas não realizadas, a partir do momento em que elas se tornem exigíveis; *b)* Promover judicialmente as entradas antes de estas se terem tornado exigíveis, nos termos do contrato, desde que isso seja necessário para a conservação ou satisfação dos seus direitos.

2 – A sociedade pode elidir o pedido desses credores, satisfazendo-lhes os seus créditos com juros de mora, quando vencidos, ou mediante o desconto correspondente à antecipação, quando por vencer, e com as despesas acrescidas⁴⁶.

3.2 No que respeita às *entradas em espécie*, na impossibilidade de desenvolver aqui o tema, salientam-se alguns aspetos de regime com

⁴⁴ Cfr. o art. 94.º, o art. 95.º, n.º 4, e os arts. 232.º, n.º 3, 220.º, n.º 1, e 318.º

⁴⁵ Acerca da dação em cumprimento, cfr. o art. 27.º, n.º 2.

⁴⁶ Sobre o preceito, cfr., por ex., TRIUNFANTE, 2014, pp. 543 e ss., em especial, 546 e ss., e RAMOS, 2017, pp. 503 e ss. Quanto à sub-rogação dos credores no exercício de direitos dos devedores, em geral, cfr. os arts. 606.º e ss. do CC.

interesse para a tutela dos credores sociais⁴⁷. O primeiro já foi aflorado: numa aparente hiperbolização da ideia do património social como fundo de garantia, o texto do art. 20.º, al. *a*), apenas admite entradas em espécie que sejam constituídas por bens suscetíveis de penhora, enquanto, por ex., a diretiva do capital, aplicável às SA, fala em bens suscetíveis de avaliação económica (com exclusão da prestação de serviços)⁴⁸. Note-se, contudo, que no conceito cabem, designadamente, uma empresa, estabelecimento ou negócio mercantis – apesar de incorporarem elementos incorpóreos sem autonomia jurídico-patrimonial –, como resulta do art. 19.º, n.º 1, al. *b*)⁴⁹.

O segundo aspeto – comum às entradas em dinheiro – tem que ver, mais diretamente, com o princípio da exata formação do capital social. Trata-se do subprincípio da proibição de atribuição ou emissão de participações (em especial, quotas e ações) por valor abaixo do par, constante do art. 25.º, n.º 1 (cfr. também o art. 298.º, n.º 1): o valor nominal da participação não pode exceder o valor da respetiva entrada de capital⁵⁰. O que, no caso das entradas em espécie de SQ e SA, implica uma

⁴⁷ Sobre o assunto, vejam-se, designadamente, TRIUNFANTE, 2014, pp. 263 e ss., e DOMINGUES, 2017a, pp. 455 e ss., 469 e s., 489 e ss.

⁴⁸ Art. 7.º da antiga segunda Diretiva de harmonização do direito societário. Atualmente, rege o art. 46.º da Diretiva (UE) 2017/ 1132, de 14.06.2017. Acerca da discussão sobre a redução legal das entradas em espécie aos bens suscetíveis de penhora, cfr., por ex., DOMINGUES, 2017a, pp. 364 e ss., TRIUNFANTE, 2014, pp. 63 e ss.

⁴⁹ Cfr. também o art. 782.º do CPC e o art. 162.º do CIRE, bem como, com mais indicações, DOMINGUES, 2017a, nota 33, p. 365. Note-se que este autor defende uma interpretação não literal do art. 20.º, al. *a*), na linha da Diretiva: pp. 365 e ss., com mais indicações nas notas 38 a 40. Acerca das entradas consistentes em saber-fazer secreto ou no gozo e fruição dos bens, cfr., ainda deste autor, pp. 455 e ss., 459 e ss. Sobre as entradas de créditos, cfr. *infra*.

⁵⁰ No caso das ações sem valor nominal, introduzidas pelo DL 49/2010, o valor de referência – que faz as vezes do valor nominal – é o respetivo valor fracionário de emissão: o valor da fração que a cada uma corresponde no capital social ou no aumento deste (cfr. o art. 25.º, n.º 2). A lei chama a este valor – que na Diretiva 2017/1132 aparece designado como valor contabilístico (art. 47.º) – valor de emissão (cfr., por ex., o art. 25.º, n.º 3, e o art. 298.º, n.º 1). Desse modo, a lei desvia-se, porém, do conceito de valor de emissão comumente aceite, que é o valor que se paga por uma ação, correspondente ao valor fracionário de emissão desta, valor da mesma imputável ao capital social, eventualmente acrescido de um prémio de emissão. Problema semelhante ocorre com o alternativo conceito de valor contabilístico, utilizado na Diretiva, uma vez que, segundo a terminologia tradicional, o valor contabilístico de uma ação é o correspondente a uma fração do capital próprio da sociedade. Cfr. MENDES, 2019.

avaliação competente e independente dos bens que as integram, por ROC, nos termos do art. 28.º

Conexa com ele está a obrigatoriedade de assinalar a existência das entradas em espécie no contrato de sociedade, descrevendo os bens em causa e especificando o valor atribuído, com a consequente sujeição das mesmas ao regime de controlo e publicidade legal desse contrato. Se tal não ocorrer, o capital deve ser realizado em dinheiro. Mesmo que do pacto social conste a estipulação de entradas em espécie, se não se der cumprimento a estas exigências, a estipulação é ineficaz [art. 9.º, n.º 1, als. *g*) e *h*), e n.º 2], devendo o sócio realizar a entrada em dinheiro (art. 25.º, n.º 4)⁵¹.

O terceiro aspeto tem que ver com a eventual sobreavaliação dos bens e com a possibilidade de a sociedade vir a ser privada dos mesmos por ato legítimo de terceiro⁵². Se tal ocorrer, o sócio é responsável pelo valor em falta, isto é, pela diferença existente entre o valor real do bem e o valor nominal da participação (art. 25.º, n.º 3) ou pela realização em dinheiro deste valor (art. 25.º, n.º 4)⁵³.

O quarto aspeto relaciona-se com as entradas consistentes em créditos dos sócios sobre a sociedade. Como sucede com os demais créditos, o regime aplicável deveria ser o das entradas em espécie. Todavia, o atual art. 89.º dispõe:

Para efeitos de verificação das entradas, no caso de conversão de suprimentos, é suficiente declaração do contabilista certificado ou do revisor oficial de contas, sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida, mencionando que a quantia consta dos regimes contabilísticos bem como a proveniência e a data (n.º 4).

⁵¹ Cfr. também DOMINGUES, 2017a, pp. 452 e s., entendendo que este regime também vale para a falta de avaliação por ROC independente. Na mesma linha, a eventual aquisição de bens a acionistas encontra-se sujeita ao regime específico do art. 29.º; a que acresce o instituto (não escrito) das entradas em espécie dissimuladas. Sobre estas, cfr. SÁ, 2007, pp. 671 e ss., 686 e ss.

⁵² Inclui-se aqui, designadamente, a retirada do bem à sociedade por um terceiro, no exercício de um seu direito de impugnação pauliana (arts. 610.º e ss. do CC). Sobre o tema, cfr. RIBEIRO, 2018, pp. 693 e ss., e, nesta coletânea de estudos.

⁵³ Tratando-se de ações sem valor nominal, o valor de referência é o valor fracionário da emissão. Cfr. MENDES, 2019.

A declaração prevista no número anterior faz parte integrante da documentação sujeita às formalidades de publicidade prescritas no presente Código, podendo publicar-se apenas menção do respetivo depósito no registo comercial (n.º 5)⁵⁴.

3.3 O princípio em apreço entra também em jogo em operações sobre o capital próprio, mormente aquisições e amortizações de quotas e ações não liberadas. Salienta-se o que se segue.

À cabeça, releva a norma geral do art. 27.º, n.º 1, que dispõe: «São nulos os atos da administração e as deliberações dos sócios que liberem total ou parcialmente os sócios da obrigação de efetuar estradas estipuladas, salvo no caso de redução do capital.»⁵⁵ Mais especificamente, uma SQ não pode adquirir quotas próprias ainda não integralmente liberadas (salvo o assinalado caso do art. 204.º) (art. 220.º, n.º 1); sendo nulos os atos de aquisição que desrespeitem esta regra (art. 220.º, n.º 3). E apenas pode amortizá-las mediante o procedimento legal da redução do capital (art. 232.º, n.º 3), com observância do regime desta (sobre este, cfr. os arts. 94.º a 96.º)⁵⁶.

No que respeita às ações, existe um regime restritivo relativo à respetiva subscrição e aquisição, quando as mesmas não se encontrem liberadas (arts. 316.º e 318.º); sendo nulos os atos violadores do mesmo (arts. 316.º, n.º 6, e 318.º, n.º 2). Igual cominação se estabelece para os atos de assistência financeira à aquisição de ações próprias (art. 322.º).

3.4 A terminar este ponto, realça-se que o princípio analisado tem que ver com a capacitação financeiro-operacional da sociedade, em

⁵⁴ Os n.ºs 4 e 5 em apreço foram introduzidos pelo DL 79/2017, que consagra um controvertido procedimento simplificado de conversão de créditos em capital que vai para além deste aspeto. Sobre o tema, podem ver-se, por ex., DUARTE, 2017, pp. 320 e ss., GOMES, 2017, pp. 535 e ss., DOMINGUES, 2017b, pp. 155 e ss., sobretudo 159 e s., TRIUNFANTE, 2018, pp. 279 e ss., RIBEIRO, 2019, pp. 54 e ss., 76 e s., e CUNHA, 2019, pp 237 e ss.

⁵⁵ Cfr. também os n.ºs 2, 4 e 5 deste artigo (liberação mediante dação em pagamento e proibição de compensação). Dispõe, ainda, o art. 95.º, n.º 4, que a redução do capital não exonera os sócios das suas obrigações de liberação do capital. Ressalva-se, contudo, a redução do capital tendente, justamente, a essa liberação.

⁵⁶ No que respeita à amortização (extintiva) de ações, apenas se prevê a amortização compulsiva e exige-se sempre a redução do capital social (art. 347.º).

benefício de todos aqueles cujos interesses dependem desta, incluindo os credores; mas não diretamente com a garantia patrimonial dos credores. O ponto de vista desta garantia encontra-se presente, porém, no citado e controvertido art. 20.º, al. a). Acresce o reforço da posição processual dos credores constante do citado art. 30.º

Todavia, na doutrina, existe a tendência para entender que o princípio é um princípio de tutela dos credores⁵⁷. Nesta ótica, será também aplicável, no entendimento corrente do mesmo, o n.º 3 do art. 69.º, que, *inter alia*, sanciona com a nulidade os atos de violação de preceitos legais cuja finalidade, exclusiva ou principal, seja a proteção dos credores (sobre ele, cfr., ainda, *infra*, n.º 5).

4. Efetividade superveniente do capital social. Perda de cobertura grave

Na redação originária do art. 35.º, podia falar-se num verdadeiro princípio de efetividade mínima permanente ou superveniente do capital social, na medida em que, ocorrendo uma situação de perda grave de cobertura patrimonial do capital estatutário (nível de cobertura em 50% ou menos), se ela não fosse remediada, a sociedade ficava sujeita a dissolução judicial, tendo legitimidade para tal qualquer sócio ou credor. Contudo, a aplicação do preceito ficou suspensa pelo art. 2.º, n.º 2, do DL n.º 262/86, que aprovou o CSC; e, quando se ia tornar efetiva – aliás numa versão mais drástica, revelando uma real preocupação com a saúde financeira das sociedades e a situação dos credores –, o legislador tornou o instituto no tigre de papel que atualmente é⁵⁸.

⁵⁷ Cfr., por ex., ABREU, 2019, pp. 258 e ss., 423, nota 1034, e DOMINGUES, 2004, pp. 71 e ss., 199 e ss.

⁵⁸ Sobre o tema, vejam-se, por ex., com mais indicações, DOMINGUES, 2009, pp. 328 e ss., 2017a, pp. 550 e ss. Note-se que a atual solução legal fica aquém do próprio CCom de 1888, que, no art. 120.º, previa a diminuição do capital social em mais de dois terços, se os sócios não fizessem logo entradas que o mantivessem em pelo menos um terço, como causa de dissolução da sociedade (n.º 5a) e atribuía legitimidade os credores de uma SA para requerer tal dissolução da sociedade provando que, posteriormente à época dos respetivos contratos, metade do capital se encontrava perdida, salvo prestação pela sociedade de garantias adequadas (original § 4.º). Sobre o assunto, cfr. DUARTE, 2008, pp. 163 e ss.

Com efeito, detetando os gerentes ou administradores a perda, ou tendo fundadas razões para admitir que ela se verifica, devem os primeiros convocar ou, os segundos, requerer ao presidente da mesa a convocação de uma reunião da assembleia geral, para os sócios tomarem as medidas julgadas convenientes, fazendo constar do aviso convocatório pelo menos as seguintes possíveis: dissolução da sociedade; redução do capital social, reajustando-o em função do capital próprio existente; e reforço da cobertura do capital mediante novas entradas dos sócios (entradas de reintegração) (art. 35.º, n.ºs 1 e 3). Porém, o eventual incumprimento do dever não afeta a situação da sociedade e, ainda que os destinatários (gerentes e administradores) o cumpram, os sócios podem não aprovar qualquer medida de saneamento, material ou formal, deixando subsistir a discrepância entre a cifra do capital estatutário e o valor do capital próprio.

Sobra apenas o comando entretanto introduzido no n.º 2 do art. 171.º, segundo o qual, sempre que, em face do último balanço aprovado, o valor do capital próprio for igual ou inferior a metade do capital social, a indicação desse valor acresce à menção da cifra deste, nas menções obrigatórias relativas à sociedade constantes de atos externos da mesma. Em última análise, esta medida de transparência, admitindo que pelo menos o comando em apreço é cumprido, poderá funcionar como alerta para os credores – mormente os que contratam com a sociedade –, sinalizando uma sociedade em dificuldades e sem vontade (ou capacidade) dos sócios para promover a sua superação. E a sua existência poderá levar estes a tomar alguma medida de saneamento, para evitar a inerente lesão da imagem da corporação, havendo, portanto, uma certa pressão nesse sentido.

Mas a norma do art. 35.º assemelha-se, assim, mais a uma norma de *soft law* do que a uma norma de direito estrito. E o eventual não acatamento da «recomendação» de saneamento ou dissolução nele implícita nem sequer tem de ser explicado. Basta a publicidade de facto da situação de perda e, portanto, de risco para quem se relaciona com a sociedade, mormente assumindo a posição de credor.

Importa observar, no entanto, que uma análise da existente legislação sectorial apresenta um panorama mais diferenciado. Em sectores estratégicos e sensíveis como o financeiro, o segurador e o dos

transportes, existem normas tendentes a assegurar a subsistência de fundos próprios ou de capital próprio bastantes para assegurar o regular exercício da atividade e a solvabilidade da sociedade. Privilegia-se a prevenção⁵⁹.

5. Intangibilidade do capital social

Maior alcance que este princípio de efetividade superveniente mínima apresenta o princípio da intangibilidade do capital social que se concretiza através de mais rigorosas regras de conduta – máxime, deveres de *non facere* – e de consequências gravosas para a sua eventual inobservância; o que o coloca num plano semelhante, embora mais flexível, ao do princípio da exata formação. Os pormenores do mesmo foram expostos noutra texto⁶⁰, pelo que nos limitamos aqui a recordar alguns traços essenciais, realçando os mecanismos à disposição dos credores para conservação da capacidade operacional e financeira da sociedade e, desse modo, a sua garantia patrimonial.

Lembra-se, à cabeça, que, em concretização da finalidade lucrativa da sociedade e da ideia de que o valor líquido ou residual desta pertence aos sócios, o património social pode ser afetado em benefício destes: mediante distribuições de lucros e reservas (cfr., em especial, os arts. 31.º e ss., 217.º, 294.º e 297.º), reembolso de prestações suplementares (art. 213.º) e de prestações acessórias equiparáveis, reembolso do valor nominal das ações (art. 346.º) e outras operações sobre o capital próprio ou com impacto no capital próprio – amortização de quotas e ações (arts. 235.º e s. e art. 347.º), aquisição de quotas e ações próprias (arts. 220.º e 317.º e ss.)⁶¹, remição de ações (art. 345.º, n.º 5), etc. Tal afetação deve respeitar dois princípios: um princípio procedimental ou de transparência – a afetação requer, em geral, uma deliberação da coletividade dos

⁵⁹ Cfr., quanto aos transportes, o Reg. (CE) 1071/2009, o DL 3/2001 e o DL 257/2007. No que respeita ao sector financeiro, cfr. o Reg. (UE) 575/2013 e os arts. 138.º-A e seguintes do RGIC, que transpõem a Diretiva 2013/36/UE. No que toca ao sector segurador, cfr. a Diretiva 2009/138/CE, os arts. 107.º e ss. do RJASR e F. GOMES, 2016, pp. 441 e ss.

⁶⁰ Cfr. MENDES, 2016, pp. 173 e ss., com referência também a anterior estudo, de 2014, pp. 87 e ss. Veja-se, ainda, por ex., DOMINGUES, 2017a, pp. 521 e ss., com mais indicações.

⁶¹ Cfr., ainda, designadamente, os arts. 240.º, 241.º e 242.º, n.º 4, 225.º, n.º 4, 226.º, n.º 3, e 231.º

sócios (art. 31.º, n.º 1)⁶²; e o princípio jurídico-material da intangibilidade, de que nos ocupamos a seguir⁶³.

5.1 Na sua formulação essencial, o princípio da intangibilidade significa que o património social não pode – ou não deve – ser afetado, direta ou indiretamente (cfr. o art. 34.º, n.º 5), em benefício dos sócios, na medida do necessário para que o seu valor líquido (contabilístico) se conserve pelo menos igual à soma do capital social, da reserva legal (geral) e de outras eventuais reservas obrigatórias ou equiparadas à reserva legal (arts. 32.º, n.º 1, 236.º, n.º 1, etc.). Noutros termos, a cobertura patrimonial do capital social não pode ser atingida ou diminuída mediante atos da sociedade de que resulta a atribuição de valor aos sócios, sendo esta exigência reforçada, ainda, com o regime de tais reservas⁶⁴. Quer dizer, as cifras do capital e das reservas obrigatórias são cifras de referência de intangibilidade ou de retenção patrimonial; e o seu valor constitui capital próprio vinculado, em contraposição aos valores das reservas livres e dos lucros distribuíveis, que representam capital próprio livre, por conta do qual a sociedade pode deliberar distribuições de bens ou aumentar o passivo (distribuição de valor) em benefício dos sócios, individual ou coletivamente⁶⁵.

No que respeita, em especial, ao lucro de exercício, este só será um lucro distribuível se ou na medida em que: *i*) for um lucro regularmente apurado pelas contas anuais (o lucro em causa é um lucro contabilístico) [cfr., por ex., o art. 31.º, n.º 2, al. *c*); *ii*) for, simultaneamente, um lucro de balanço (ou seja, se não houver perdas ou prejuízos transitados por cobrir) (art. 33.º, n.º 1); *iii*) não resultar, sem mais, da aplicação do critério do justo valor ou do método da equivalência patrimonial (art. 32.º,

⁶² Cfr., ainda, nomeadamente, os arts. 213.º, n.º 2, 234.º, n.º 1, 246.º, n.º 1, al. *b*), 319.º (mas veja-se o n.º 3), 346.º, 347.º (mas veja-se o n.º 4), bem como o art. 345.º e, ainda, o art. 544.º, em especial o respetivo n.º 3.

⁶³ Mais latamente, sobre o procedimento e as limitações à distribuição de valor em geral, cfr., por ex., F. GOMES, 2011, pp. 250 e ss. Note-se que as exigências de procedimento têm também uma ligação estreita com o princípio da igualdade de tratamento dos sócios, como mostra o tema da atribuição encapotada de valor aos sócios: cfr., ainda, GOMES, 2011, pp. 290 e s. e 293.

⁶⁴ Acerca dos dois níveis de intangibilidade existentes, cfr. MENDES, 2016, pp. 178 e ss.

⁶⁵ Mais desenvolvidamente, cfr. MENDES, 2016, pp. 173 e ss.

n.ºs 2 e 3); *iv*) não houver reservas, legais ou estatutárias, para formar ou reconstituir (art. 33.º, n.º 1); e *v*) do ativo não constarem despesas de constituição, I & D, a menos que estas se encontrem cobertas por capital próprio livre (art. 33.º, n.º 2). Tipicamente, a deliberação de distribuição tem como efeito a constituição dos sócios como titulares de créditos de dividendo contra a sociedade, ou seja, incide sobre o passivo (distribuição de/em valor); embora também se admita a atribuição direta de determinados elementos do ativo (distribuição em espécie).

O princípio contém, antes de mais, um comando dirigido aos titulares do órgão competente da sociedade: a coletividade dos sócios, os gerentes e os administradores devem abster-se da prática de atos ofensivos do mesmo. A sua violação constitui um ato ilícito [cfr., por ex., o art. 31.º, n.º 2, al. *a*)] e, inclusive, para os gerentes e administradores, um ilícito penal (cfr., designadamente, os arts. 513.º e 514.º).

5.2 Vejamos, mais detidamente, as implicações e as *consequências* da inobservância do princípio. Em primeiro lugar, a lei sanciona expressamente a conduta do gerente ou administrador que propuser à deliberação dos sócios, reunidos em assembleia, a distribuição ilícita de valor (bens) da sociedade com a *pena de multa*, sendo a pena agravada se a deliberação vier a ser executada (art. 514.º, n.ºs 1 e 2). A pena é a mesma, mas ainda mais agravada: se os mesmos gerentes ou administradores realizarem uma distribuição sem prévia deliberação dos sócios, reunidos em assembleia (n.º 3), ou com desrespeito por deliberação válida tomada em assembleia geral regularmente convocada (n.º 4). Nestes últimos dois casos, se for causado dano grave – à sociedade, a sócio que não tenha consentido na distribuição ou a terceiro (incluindo-se aqui os credores) –, a pena será a da infidelidade (n.º 5)⁶⁶. Norma correspondente existe para a amortização de quotas e ações (art. 513º⁶⁷).

⁶⁶ Sobre o tema, cfr., com mais indicações, MENDES, 2011, pp. 1350 e ss., e SOUSA, 2014, pp. 446 e ss.

⁶⁷ Dispõe este art. 513.º: «1 – O gerente de sociedade que, em violação da lei, amortizar ou fizer amortizar quota, total ou parcialmente, e por modo que, à data da deliberação, e considerada a contrapartida da amortização, a situação líquida da sociedade fique inferior à soma do capital e da reserva legal, sem que simultaneamente seja deliberada redução do capital para que a situação líquida se mantenha acima desse limite, será punido com multa até 120 dias. 2 – O administrador de sociedade que, em violação da lei, amortizar ou fizer amortizar

Mais latamente, são também sancionadas penalmente a aquisição ilícita de quotas e ações (art. 510.º; cfr. o art. 220.º e os arts. 316.º e ss.) – estando aqui em jogo tanto a formação como a intangibilidade do capital – e a amortização ilícita de quota não liberada (art. 511.º; cfr. o art. 232.º, n.º 3), problema que respeita à formação do capital. Em todos os casos, apenas os comportamentos dolosos são puníveis (art. 527.º). De resto, aplicam-se as regras gerais do Código Penal (art. 529.º, n.º 1), designadamente quanto à iniciativa da ação.

Se os gerentes e administradores causarem dano à sociedade, são, ainda, *responsáveis civilmente* perante ela, nos termos dos arts. 72.º e ss., podendo a responsabilidade ser efetivada, em via sub-rogatória, pelos credores (art. 78.º, n.º 2). Se lesados forem os credores, aplica-se o art. 78.º, n.ºs 1 e 3 a 5⁶⁸. Pode, igualmente, haver responsabilidade perante os sócios (art. 79.º).

A violação da lei e dos correspondentes deveres de cuidado e lealdade podem ainda servir de justa causa de *destituição* dos mesmos gerentes e administradores (cfr. os arts. 64.º, 257.º e 403.º). Aqui já estamos, porém, no âmbito estritamente corporativo, cabendo o poder de destituir à coletividade dos sócios [ou, nas SA que adotem o modelo de governação dualístico, ao conselho geral, se os estatutos o previrem – art. 441.º, n.º 1, al. a)] ou ao tribunal, a requerimento de sócios (mesmos arts. 257.º e 303.º). Os credores não têm legitimidade para tal. O mesmo sucede se o comportamento dos sócios responsáveis constituir justa causa de exclusão.

5.3 Em segundo lugar, cabe atentar nas disposições legais que se seguem. O art. 31.º, n.º 2, *proíbe* – aos gerentes e administradores – a

ação, total ou parcialmente, sem redução de capital, ou com utilização de fundos que não possam ser distribuídos aos acionistas para tal efeito, é, igualmente, punido com multa até 120 dias. 3 – Se for causado dano grave, material ou moral, e que o autor pudesse prever, a algum sócio que não tenha dado o seu assentimento para o facto, à sociedade, ou a terceiro, a pena será a da infidelidade.» Sobre ele, cfr., por ex., com mais indicações, Sousa, 2014, pp. 440 e ss.

⁶⁸ Dispõe o n.º 1: «Os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos.»

execução de uma deliberação de distribuição de valor aos sócios se a mesma violar as regras da intangibilidade (arts. 32.º e 33.º [al. b]), se ao tempo da deliberação esta incidia sobre valor disponível, mas, em virtude de uma sobrevinda deterioração financeira, o capital próprio tiver ficado abaixo da soma da cifra do capital social e da reserva legal [al. a)], e se, tratando-se de distribuição de lucros ou reservas, a deliberação se basear em contas viciadas, não existindo o valor destinado a ser distribuído ou sendo ele indisponível (em face dos arts. 32.º e 33.º) após correção dos erros [al. c)].

Quanto aos sócios, o art. 34.º determina, no n.º 1: «Os sócios *devem restituir* à sociedade os bens que dela tenham recebido com violação do disposto na lei, mas aqueles que tenham recebido a título de lucros ou reservas importâncias cuja distribuição não era permitida pela lei, designadamente pelos artigos 32.º e 33.º, só são obrigados à restituição se conheciam a irregularidade da distribuição ou, tendo em conta as circunstâncias, deviam não a ignorar.»⁶⁹ Note-se que os credores sociais podem propor a competente ação para restituição à sociedade das importâncias em causa nos mesmos termos em que lhes é conferida ação contra membros da administração (n.º 3; cfr., em especial, o art. 78.º, n.º 2). Cabe à sociedade e aos credores sociais o ónus de provar o conhecimento da irregularidade por parte dos sócios ou a prova de circunstâncias donde se infira que apenas não terão tido tal conhecimento devido a um comportamento negligente (n.º 4); o que, para os credores, poderá não ser fácil. No n.º 5, acrescenta-se: «Ao recebimento previsto nos números anteriores é equiparado qualquer facto que faça beneficiar o património das referidas pessoas dos valores indevidamente e atribuídos.»

Aplicando-se o art. 174.º, a obrigação prescreverá ao fim de 5 anos [cfr. o n.º 1, al. d)]. Este preceito tem subjacente, como outros preceitos do CSC [cfr. o art. 58.º, n.º 1, al. a), e os arts. 42.º e ss.], uma preocupação de estabilidade das situações jurídico-societárias, afastando o prazo de prescrição geral do CC (art. 309.º deste Código); o que se mostra especialmente justificado no caso, devido ao natural carácter dinâmico da situação financeira da sociedade.

⁶⁹ No n.º 2 acrescenta-se: «o disposto no número anterior é aplicável ao transmissário do direito do sócio, quando for ele a receber as referidas importâncias».

O art. 236.º, n.º 3, por sua vez, relativo à amortização de quotas, dispõe que, «se ao tempo do vencimento da obrigação de pagar a contrapartida da amortização se verificar que, depois de feito este pagamento, a situação líquida da sociedade passaria a ser inferior à soma do capital e da reserva legal, a *amortização fica sem efeito* e o interessado *deve restituir* à sociedade as quantias porventura já recebidas»⁷⁰.

Note-se que, se a execução das deliberações em apreço se encontra proibida e se, sendo elas executadas, no todo ou em parte, há um dever de restituição, tal significa que *os sócios não têm o direito de exigir o pagamento* dos valores em causa ainda não pagos. Ou seja, em caso de insolvência, não concorrem com os demais credores da sociedade.

Interessa também o estabelecido no CIRE, a respeito dos atos praticados pelo devedor insolvente (no caso, a sociedade) em prejuízo da massa. Lê-se no art. 120.º:

«1 – Podem ser resolvidos em benefício da massa insolvente os atos prejudiciais à massa praticados dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência.

2 – Consideram-se prejudiciais à massa os atos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência.

3 – Presumem-se prejudiciais à massa, sem admissão de prova em contrário, os atos de qualquer dos tipos referidos no artigo seguinte, ainda que praticados ou omitidos fora dos prazos aí contemplados.»

O art. 121.º, por sua vez, determina, no n.º 1: «São resolúveis em benefício da massa insolvente os atos seguidamente indicados, sem dependência de quaisquer outros requisitos»: (i) os atos celebrados pelo devedor *a título gratuito* dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência [al. b)]; (ii) o pagamento ou outros atos de extinção de obrigações cujo vencimento fosse posterior à data do início do processo de insolvência, ocorridos nos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência, ou depois desta mas anteriormente ao vencimento [al. f)]; (iii) os atos *a título oneroso* realizados pelo insolvente

⁷⁰ Prescreve, ainda, o n.º 4: «No caso previsto no número anterior, o interessado pode, todavia, optar pela amortização parcial da quota, em proporção do que já recebeu, e sem prejuízo do montante legal mínimo da quota. Pode também optar pela espera do pagamento até que se verifiquem as condições requeridas pelo número anterior, mantendo-se nesta hipótese a amortização.»

dentro do ano anterior à data do início do processo de insolvência em que as obrigações por ele assumidas excedam manifestamente as da contraparte [al. h)]; e (iv) o reembolso de *suprimentos*, quando tenha lugar dentro do ano anterior à data do início do processo de insolvência [al. i)].

Note-se, contudo, que a afetação da posição dos credores não existe apenas na insolvência. O princípio da intangibilidade opera também sobre o risco comercial dos créditos, isto é, sobre o risco do seu não cumprimento pontual, que pode agravar-se em resultado de uma operação sobre o capital próprio.

5.4 O exposto é importante para resolver uma ulterior questão, em que se confrontam, de forma particularmente intensa, o interesse dos credores e o interesse na estabilidade das situações jurídico-societárias. Trata-se de saber se, além das consequências assinaladas, uma deliberação social ou um negócio ofensivos do princípio da intangibilidade são inválidos ou ineficazes e, sendo inválidos, de que tipo de invalidade padecem e qual o regime aplicável à mesma.

Há um caso em que a lei resolve diretamente o problema, sancionando com a nulidade o negócio de aquisição de quotas violador do princípio (art. 220.º, n.º 2). Porém, segundo o entendimento maioritário, já não estabelece igual sanção para o caso paralelo da aquisição de ações (cfr. os arts. 317.º, n.º 4, e 323.º, n.ºs 2 a 4)⁷¹.

Quanto à distribuição de valor a título de lucros ou reservas (ou à sua distribuição encapotada, através de outros negócios jurídicos realizados com sócios, que coloca, ainda, um problema de igualdade de tratamento), o problema consiste em saber se o dever de restituição previsto no art. 34.º é – a par do que mais se expôs – a consequência específica do direito societário mercantil, estabelecida para o desrespeito da lei, afastando-se em geral a nulidade, ou se esse dever é uma consequência da nulidade da deliberação (ou negócio), havendo neste caso uma limitação ao regime geral desta (cfr. o art. 289.º do CC). Uma resposta no primeiro sentido é a mais conforme ao princípio da estabilidade das

⁷¹ No caso das ações, há um dever de realiaçãoção/extinção das mesmas. Cfr., sobre o tema, com mais indicações, MENDES, 2014, p. 102 e nota 68, 2016, pp. 198 e 206, e ABREU, 2019, p. 373.

situações jurídico-societárias. Ressalvam-se apenas situações limites em que a deliberação ofende pelo próprio conteúdo a lei, a ordem pública societária ou os bons costumes [art. 56.º, n.º 1, al. *d*)], como aquela em que haja uma estratégia consciente destinada a descapitalizar a sociedade em benefício dos sócios e em conseqüente detrimento dos credores (e de outros *stakeholders*), ostensiva ou disfarçada através de falsificação ou manipulação das contas, de negócios com sócios ou partes relacionadas fora das condições normais de mercado, etc., ou em que o objeto da deliberação de distribuição sejam lucros conscientemente fictícios ou inexistentes.

Todavia, neste contexto, há um preceito que parece contrariar uma tal interpretação da lei: o já assinalado art. 69.º, n.º 3. Com efeito, este artigo refere-se sobretudo às deliberações de *aprovação* das contas, considerando-as em regra anuláveis apesar de haver uma violação da lei (n.º 1) ou uma irregularidade das contas (n.º 2); e, no n.º 3, ressalva a violação de preceitos cuja finalidade, exclusiva ou principal, seja a proteção dos credores ou do interesse público, como sucederá se as contas forem fraudulentas, estabelecendo como sanção a nulidade.

Até aqui, nada de novo para o problema em apreço. No entanto, este n.º 3, que não existia no Projeto de Código das Sociedades, refere-se também às deliberações de *distribuição* de valor aos sócios, subsequentes à aprovação das contas, como o demonstra a adicional alusão aos preceitos legais relativos à constituição, reforço ou utilização da reserva legal⁷². Donde se infere uma geral nulidade dos atos sociais que tenham por objeto a distribuição de capital próprio legalmente vinculado⁷³.

5.5 No que respeita à *amortização de quotas*, que se realiza mediante deliberação da coletividade dos sócios (cfr. o art. 234.º, n.º 1), diferentemente do que sucede com o ato de aquisição, o CSC também não contém

⁷² Para maiores desenvolvimentos, veja-se MENDES, 2016, pp. 195 e ss. Acerca do art. 69.º, cfr., por ex., com mais indicações, RODRIGUES & DIAS, 2017, pp. 864 e ss., mormente, 870 e ss. Antes do CSC, também com indicações, cfr., por ex., ABREU, 1999, pp. 180 e ss.

⁷³ A norma comporta, em todo o caso, uma interpretação restritiva, argumentando que ela é um corpo estranho no sistema do Código, acrescentado ao respetivo Projeto [cfr. também os arts. 58.º, n.º 1, al. *a*), e 56.º, n.º 1, al. *d*)], e entendendo que o art. 34.º regula direta e especialmente o assunto sem recurso à nulidade.

norma a estabelecer a nulidade de tal deliberação (cfr. o art. 236.º, n.ºs 1 e 2). E, no caso de faltar capital próprio livre para pagar a respetiva contrapartida – pagamento que legalmente é para realizar no prazo de um ano, mas este prazo pode ser muito superior em virtude de cláusula estatutária –, as consequências são a ineficácia da deliberação e um dever de restituição do que já tiver sido recebido (art. 236.º, n.º 3).

O art. 69.º, n.º 3, que já tem sido invocado (e por nós considerado) a este respeito, é, em rigor, inaplicável, uma vez que se situa no contexto das contas de exercício, atingindo as deliberações de aprovação destas e de aprovação do destino a dar ao resultado das mesmas⁷⁴. E tal inaplicação mostra-se justificada, como já se demonstrou noutro texto, para o qual se remete⁷⁵. Quando assim não se entenda, estando em causa um pressuposto financeiro da operação suscetível de verificação superveniente, em face dos interesses em jogo, não se vê razão para, pelo menos, admitir a renovação da deliberação, indo além do texto do art. 62.⁷⁶

Note-se que, no caso da amortização compulsiva, a deliberação não tem por objeto uma distribuição de valor ao sócio visado, embora a consequência da amortização possa ser uma afetação do capital próprio vinculado a seu favor. Na amortização voluntária, o problema respeita à parte do acordo relativa à contrapartida a pagar.

6. Observações finais

Conclui-se com algumas observações finais. Em parte, completando o exposto e, em parte, resumindo o que foi dito.

⁷⁴ Além disso, como se refere na nota anterior, o art. 69.º, n.º 3, apenas se aplica se a regulamentação específica da matéria não contiver solução diferente; no caso, resultante da interpretação do art. 236.º

⁷⁵ Cfr. MENDES, 2016, pp. 207 e ss., citando também anterior estudo (MENDES, 2014, pp. 87 e ss., 104 e ss.). Acerca das situações especiais em que caberá a nulidade, cfr., Mendes, 2014, p. 106, e 2016, p. 210.

⁷⁶ Cfr. MENDES, 2014, pp. 90 e s. Mais latamente, acerca da evolução ocorrida no direito alemão, porventura o país em que os princípios da formação e da conservação do capital têm sido aplicados com mais rigor, circunscrevendo a nulidade a casos limitados, cfr. MENDES, 2016, pp. 170 e s.

6.1 Como se observou, as sociedades – mormente as SQ e SA – são tipicamente organizações produtivas, tendentes à criação de riqueza, em última análise em benefício dos sócios. Para o efeito, além de outros recursos, via de regra, utilizam meios de capital próprios (fornecidos pelos sócios e gerados por elas mesmas) e capitais alheios, fornecidos por terceiros, que ficam seus credores.

Quando se trata de um tema como o presente – o capital social e a tutela dos credores sociais –, a análise centra-se no regime legal do primeiro e, sobretudo, na respetiva cobertura patrimonial ou cobertura pelo capital próprio. O conceito de capital aqui presente é um conceito financeiro, consistente num valor: o valor da competente cifra monetária fixada nos estatutos da sociedade (capital nominal ou estatutário) e o valor líquido da sociedade, mais precisamente o seu valor líquido contabilístico ou de balanço (capital próprio). Não estão em causa os elementos do ativo suscetíveis de servir como garantia dos credores.

Por conseguinte, ele não é um meio ou instrumento de garantia dos credores – entendo esta como a garantia patrimonial estática dos arts. 601.º do CC – nem o seu regime legal é um regime de conservação desta, embora represente um mecanismo, limitado, de formação da mesma, na medida em que, no momento constitutivo geral da sociedade e quando dos aumentos onerosos do capital social, os sócios entram e/ou obrigam-se a entrar com bens ou direitos cujo valor líquido deverá ser pelo menos equivalente (em termos nominais) ao da respetiva cifra estatutária ou ao valor do aumento. Na verdade, ele tem mais latamente que ver com a capacidade financeira da sociedade – a sua capacidade para remunerar pontual e adequadamente os fatores produtivos utilizados e gerar um excedente monetário apropriável pelos sócios (remunerando o respetivo capital de risco) – de que depende a consideração e a satisfação de múltiplos interesses, os dos diversos *stakeholders*, cumprindo aqui destacar os dos credores, fornecedores de capital externo, em verem pontualmente satisfeitos os seus créditos, e o de prevenção da insolvência. O foco reside, portanto, numa espécie de «garantia económica» dos credores, de índole dinâmica, em consonância com o carácter produtivo da atividade social, que importa formar e conservar; não na estática garantia patrimonial dos mesmos. A legislação sectorial salienta, aliás, este aspeto.

6.2 Neste quadro da capacidade financeira da sociedade, o capital social, enquanto cifra estatutária com a estabilidade própria dos estatutos, é, mais especificamente, um expediente de que a lei se serve para forçar a efetiva dotação da sociedade com certo capital próprio mínimo e – tendo em atenção a sociedade como organização de fim lucrativo e como *res privata* cujo valor pertence aos sócios⁷⁷ – para obrigar à conservação de um nível de capital próprio pelo menos igual ao dessa cifra, impedindo subtrações de valor em benefício dos sócios. Estão aqui em causa os conhecidos princípios: do capital mínimo – hoje em dia, com um limitado campo de aplicação (SA e SCA e em SQ que atuam em certos sectores de atividade); da exata formação ou efetividade constitutiva do capital estatutário, fixado nos estatutos com respeito pelo princípio anterior; e da intangibilidade do capital social. Adicionalmente, seria desejável um princípio de efetividade mínima superveniente do capital social, tendo em conta que a atividade produtiva é uma atividade de risco, passível de gerar perdas. Porém, no CSC, este princípio perdeu a dimensão substancial que legalmente já teve. Apenas nalguns sectores de atividade estratégicos e sensíveis existe uma preocupação séria com este aspeto.

A favor da exigência de capital mínimo nas sociedades com responsabilidade limitada dos sócios podem aduzir-se diversos argumentos. Salientam-se os seguintes: *i*) ele funciona como limiar de seriedade dos projetos empresariais, conferindo alguma credibilidade aos tipos sociais em apreço; *ii*) está em sintonia com a ideia de uma economia social de mercado regulada, favorecendo o empreendedorismo sério e minimamente ponderado, em vez do empreendedorismo de aventura, experimental ou mesmo fraudulento; *iii*) deste modo, protege-se também o sistema em que a atividade empresarial é exercida contra a «poluição» de agentes indesejáveis e tutela-se, em especial, quem, além dos sócios, está envolvido no projeto empresarial (máxime, trabalhadores) e quem se relaciona, voluntariamente ou não, com a organização, reduzindo do mesmo passo custos de transação; *iv*) mormente quando está em causa uma sociedade de responsabilidade limitada, um mínimo de investimento em capital de risco é um incentivo a uma gestão séria e ponderada; *v*) uma política de exercício livre mas também responsável

⁷⁷ Cfr. MENDES, 2018, pp. 348 e s., com mais indicações.

da atividade produtiva deveria favorecer a SNC como forma societária inicial. A legislação sectorial relativa a sectores estratégicos e/ou especialmente sensíveis favorece esta visão das coisas.

Em contraposição, invocam-se também diversas razões, de que se salienta a ineficácia e a ineficiência deste mecanismo para os fins visados e, sobretudo, a «restrição» que representa à liberdade de empresa e profissional, impedindo o nascimento de iniciativas válidas. Acresce a atual onda liberalizante reinante, cuja expansão na Europa foi favorecida pela jurisprudência do TJUE relativa à liberdade de estabelecimento. Estes argumentos levaram à supressão do requisito nas SQ em geral, conservando-se o mesmo nas SA, designadamente, em virtude do DUE. Note-se, contudo, que a opção podia ter consistido na criação de uma SQ simplificada, promovendo a clareza jurídica e preservando a imagem social da SQ tradicional, como sucedeu na Alemanha.

O problema insere-se, aliás, numa política legislativa mais vasta, iniciada em 2005, de favorecimento da constituição simplificada das SQ e SA, reduzindo o papel regulador dos estatutos sociais, de supressão indiscriminada de exigências de forma e de supressão do controlo de legalidade no tráfico das quotas, gerando uma grande insegurança jurídica, de desjudicialização de situações conflituais, etc. O resultado é uma vulgarização ou aviltamento social do tipo social SQ; e a prevenção deixou de ser a melhor maneira de regular potenciais conflitos.

6.3 No que respeita, mais diretamente, à tutela dos credores – mormente nas SQ, em que a insuficiência de capital próprio face às necessidades financeiras do negócio ou empresa sociais (subcapitalização) é sobejamente conhecida –, salientam-se alguns aspetos adicionais. Em primeiro lugar, tal insuficiência existe, em parte, porque os sócios preferem financiar a sociedade através de empréstimos, tornando-se seus credores. Aqui, os credores comuns são protegidos através do regime legal dos suprimentos, em que sobressai a qualificação dos créditos dos sócios como subordinados.

Em segundo lugar, faltando o aludido limiar de seriedade e havendo um insuficiente incentivo a uma gestão racional do negócio social, com devida consideração pelos interesses dos credores, generalizou-se a prática de os principais destes exigirem de forma sistemática garantias pessoais aos sócios e/ou a quem controla a sociedade (mormente, fianças e

«avales» em livranças em branco). Tais garantias funcionam sobretudo como mecanismo de pressão para uma gestão da sociedade que tenha em devida consideração a posição de tais credores. Apenas em casos limitados e em último recurso há uma efetivação das mesmas⁷⁸. Mas apresentam dois inconvenientes maiores: o benefício da responsabilidade limitada desaparece, assumindo os sócios, inclusive, através das garantias prestadas, um risco e uma responsabilidade que, no atual estado do direito e da prática bancária, vão além (porventura muito além) da responsabilidade que assumiriam na qualidade de sócios de responsabilidade ilimitada; e, em caso de crise, os controladores da sociedade tenderão a privilegiar a satisfação destes credores fortes, em detrimento dos credores fracos. O que representa uma importante lacuna regulatória.

Em terceiro lugar, coloca-se o problema de saber se, perante uma situação de subcapitalização (material), os controladores da sociedade poderão vir a responder perante os credores, mormente os credores mais fracos. Há quem afirme tal responsabilidade. O tema mostra-se, no entanto, muito controvertido: quer quanto à existência desta quer quanto aos seus âmbito, fundamentos e pressupostos⁷⁹.

Em quarto lugar, discute-se se em complemento dos mecanismos que têm que ver com a capacidade financeira da sociedade e nessa medida conferem aos credores uma proteção geral – consubstanciados nos princípios do capital (capital mínimo, efetividade e intangibilidade) –, ou em alternativa a eles, são de exigir aos gestores, *inter alia*, testes de balanço e/ou de insolvência. Também aqui falta consenso⁸⁰.

Note-se, porém, que a proclamada crise do capital social é, em boa medida, uma crise do empolamento que dele se fez, quanto ao cumprimento de múltiplas funções – designadamente de operacionalidade e de garantia dos credores; isto é, quanto a uma sua conjeturável suficiência para as sociedades adquirirem e conservarem uma capacidade financeira adequada à empresa ou negócio sociais e, mais especificamente, para formarem e conservarem um ativo capaz de garantir o passivo.

⁷⁸ Cfr. MENDES, 2015.

⁷⁹ Cfr., por ex., ABREU, 2011, pp. 37 e ss., RIBEIRO, 2011, pp. 43 e ss., DUARTE, 2011, pp. 1066 e ss., DOMINGUES, 2016, pp. 215 e ss.

⁸⁰ Cfr. MENDES, 2016, pp. 168 e ss., com mais indicações, ANTUNES, 2017, pp. 368 e s., bem como, acerca da distribuição de valor aos sócios, DOMINGUES, 2009, pp. 316 e ss., 326 e ss., 569 e s.

Funções que ele não cumpre ou não cumpre de forma efetiva. Na realidade, ele apresenta-se, para o efeito, como um mero mecanismo coadjuvante. Não dispensa outras exigências e a utilização de outros mecanismos como rácios de liquidez, relativos à gestão de curto prazo, e de solvabilidade, numa ótica de longo prazo. Também aqui se podem colher importantes ensinamentos no direito regulatório sectorial.

Importa, no entanto, realçar que a crise tem outra dimensão: ainda que reduzido a esta sua dimensão auxiliar, não é claro se ele é um mecanismo eficiente e, portanto, útil ou se pode ser substituído com vantagem por outros mecanismos, como aqueles rácios e testes, observando sobretudo a experiência dos EUA. O DUE, no que se refere às SA, continua a reconhecer-lhe um importante papel. E a legislação regulatória sectorial também, ao estabelecer níveis elevados de capital mínimo, completados com adicionais mecanismos de construção e conservação da capacidade financeira da sociedade, mormente uma capacidade solutória permanente de curto prazo e de sobrevivência no longo prazo. Mas o tema merece ser discutido⁸¹.

Por fim e mais latamente, o problema dos credores apresenta-se como um problema de governança corporativo-empresarial, sob dois pontos de vista: o da criação de mecanismos capazes de lhes conferir uma voz mais ativa na gestão da sociedade; e o do tratamento a dar àqueles que através de técnicas contratuais mais ou menos sofisticadas – contendo exigências de prestação de informações acerca do desenrolar do negócio social e direitos de monitorização deste, tendentes a assegurar a identidade e a solvência do devedor, limitativas das disposições de ativos e de distribuições de lucros, prevendo o vencimento antecipado de obrigações em caso de incumprimento, etc. – adquirem e exercem um efetivo poder de influência sobre a mesma⁸².

⁸¹ Cfr. a nota anterior e, mais latamente, MACEY & ENRIQUES, 2001.

⁸² Sobre este problema de *governance*, vejam-se, designadamente, DIAS, 2014, pp. 359 e ss., OLIVEIRA, 2009, pp. 95 e ss., WHITEHEAD, 2011, e, quanto aos covenants, OLIVEIRA, 2015, pp. 130 e ss., COELHO, 2015, pp. 793 e ss., com mais indicações. Cfr., ainda, NOGUEIRA, 2016, pp. 983 e ss.

Bibliografia

- Abreu, J. M. Coutinho – *Do Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 1999.
- Abreu, J. M. Coutinho – «Subcapitalização de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica», in *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, coord. de P. Tarso Domingues e M.^a Miguel Carvalho, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 37-41.
- Abreu, J. M. Coutinho – *Curso de Direito Comercial, II – Das Sociedades*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- Antunes, José Engrácia – *Direito das Sociedades*, Porto, 2917.
- Baukelmann, Peter / Schmidt-Leithoff, Christian, Comentário ao § 5a, in Rowedder / Schmidt-Leithoff, *GmbHG Kommentar*, Franz Vahlen, Munique, 2013.
- Carvalho, Maria Miguel – «O novo regime jurídico do capital social das sociedades por quotas», in *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, coord. de P. Tarso Domingues e M.^a Miguel Carvalho, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 9-35.
- Coelho, Diogo – «Financiamento Societário, *Covenants* e Responsabilidade dos Credores – Qual o Papel da Teoria da Agência Aplicada aos *Covenants* na Responsabilidade dos Credores-Financiadores?», in *RDS*, ano VII (2015), n.ºs 3/4, pp. 793-833.
- Cunha, Paulo Olavo – «Conversão de créditos em capital», in *V Congresso de Direito da Insolvência*, coord. de Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 237-254.
- Dias, Gabriela Figueiredo – «Financiamento e governo das sociedades (*Debt Governance*): o terceiro poder», in *AAVV, III Congresso DSR*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 359-383.
- Dias, Rui Pereira – *ver* Rodrigues.
- Domingues, P. Tarso – *Do capital social*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- Domingues, P. Tarso – *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2009; Domingues, P. Tarso – «Comentário ao art. 201.º do CSC», in *CSC em Comentário*, vol. III, coord. de Coutinho de Abreu, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- Domingues, P. Tarso – «Comentário aos arts. 276.º e 298.º do CSC», in *CSC em Comentário*, vol. V, 2.^a ed., 2017.
- Domingues, P. Tarso – «Comentário aos arts. 20.º, 25.º, 26.º e 28.º do CSC», in *CSC em Comentário*, vol. I, 2.^a ed., 2017, cit. 2017a;
- Domingues, P. Tarso – «A conversão de suprimentos em capital», *DSR* 18 (2017), pp. 155-163, cit. 2017b.
- Duarte, Rui Pinto – «A evolução do direito das sociedades português», in *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 81-178.
- Duarte, Rui Pinto – «A Subcapitalização das Sociedades – Notas de Direito Privado e de Direito Fiscal», in *AAVV, Estudos em Homenagem ao Professor*

- Doutor J. L. Saldanha Sanches, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 1065-1084.
- Duarte, Rui Pinto – «A conversão em Capital Social de Suprimentos e de outros Créditos» – Notas sobre o Dec.-Lei 79/2017, de 30 de Junho, e sobre um Projeto Legislativo relativo à Conversão de Créditos de Terceiros em Capital Social», in AAVV, *IV Congresso de Direito da Insolvência*, coord. de Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 319-340.
- Enriques – ver Macey.
- Gomes, Fátima – *O Direito aos Lucros e o Dever de Participar nas Perdas nas Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2011.
- Gomes, Fátima – «O regime de Solvência II no âmbito da atividade seguradora», in AAVV, *IV Congresso DSR*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 441-472. Cit. F. Gomes.
- Gomes, José Ferreira – «A alteração dos artigos 87.º e 89.º do CSC pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho: conversão de créditos de suprimentos em capital social», in RDS, Ano IX (2017), n.º 3, pp. 535-547.
- Lima, Pedro Baptista – «O Levantamento da Personalidade Colectiva e a Subcapitalização das Sociedades por Quotas – Um Sistema Disfuncional?», in *Revista de Direito Civil*, ano II (2017), n.º 2, pp. 387-454.
- Macey, Jonathan R. / Enriques, Luca, «Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules» (2001), Faculty Scholarship Series (Yale) 1413, disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1413.
- Mendes, Evaristo – «Deliberações que fixam o valor das participações sociais. Impugnação», in AAVV, *III Congresso DSR*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 67-108.
- Mendes, Evaristo – «Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio», RDS, Ano VII (2015), n.ºs 3/4, pp. 587-616.
- Mendes, Evaristo – «Deliberações dos sócios e intangibilidade do capital social. Algumas questões», in AAVV, *IV Congresso DSR*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 153-212.
- Mendes, Evaristo – «Aquisições potestativas no artigo 490 do CSC após a Reforma de 2006 e procedimento justo», in *V Congresso DSR*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 343-400.
- Mendes, Evaristo – «Ações sem valor nominal. Apontamento», *evaristomendes.eu*, I.16, 2019.
- Mendes, P. Sousa – «Anotação ao Título VII do CSC», in *CSC Anotado*, 2.ª ed., coord. de Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2011.
- Nogueira, Gonçalo – «Os Credores Controladores enquanto Administradores de Facto Indiretos da Sociedade Financiada», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VIII (2016), n.º 4, pp. 983-1015.

- Oliveira, Ana Perestrelo – «Os credores e o governo societário: dever de lealdade para os credores controladores?», *RDS*, Ano I (2009), n.º 1, pp. 95-133.
- Oliveira, Ana Perestrelo – *Manual de Corporate Finance*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- Pinto, A. Mota – «Capital social e tutela dos credores. Para acabar de vez com o capital social mínimo nas sociedades por quotas», in *AAVV, Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 837-861.
- Pinto, C. Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., por Monteiro, Pinto / Pinto, P. Mota, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- Ribeiro, M.ª de Fátima – «O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material», in *Capital Social Livre e Ações sem Valor Nominal*, coord. de P. Tarso Domingues e M.ª Miguel Carvalho, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 43-104.
- Ribeiro, M.ª de Fátima – «Regime simplificado de aumento de capital por conversão de suprimentos», in *Seminário de Direito da Insolvência*, coord. de Catarina Serra, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 49-78.
- Ribeiro, M.ª de Fátima – «Impugnação pauliana», in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações (em geral)*, ed. da FDUCP, UCE, Lisboa, 2018, e nesta coletânea de estudos, Tutela de credores, impugnação pauliana e sociedades comerciais – especificidades».
- Rodrigues, Ana Maria / Dias, Rui Pereira – «Comentário ao art. 69.º», in *CSC em Comentário*, coord. de Coutinho de Abreu, I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- Sá, Fernando – «A transformação de créditos em capital e o problema das entradas em espécie ocultas», in *AAVV, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, vol. II, pp. 671-703.
- Sousa, Susana A. – «Comentário ao Título VII do CSC», in *CSC em Comentário*, coord. de Coutinho de Abreu, vol. VII, pp. 398 e ss.
- Triunfante, Armando – *O regime das entradas na constituição das sociedades por quotas e anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- Triunfante, Armando – «Conversão de créditos de suprimentos em capital», in *AAVV, V Congresso DSR*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 279-310.
- Ventura, Raul – «Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades», *Separata do BMJ – Documentação e Direito Comparado*, n.º 3, Lisboa, 1980.
- Ventura, Raul – *Sociedades por quotas*, vol. I, 2.ª ed., Comentário ao CSC, Almedina, Coimbra, 1989.
- Whitehead, Charles K., «Creditors and Debt Governance», *Cornell Law School Working Papers*, Paper 86, 2011, disponível em http://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/86.

A empresa individual indivisa: os credores da empresa e os credores da herança*

FERNANDO OLIVEIRA E SÁ

1. A responsabilidade dos herdeiros continuadores da empresa individual

I. Nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO, a «*necessidade da continuação do exercício enquanto a partilha não se faz – necessidade não mítica, com certeza, dada a morosidade do processo e o carácter dinâmico da exploração mercantil, mas a nosso ver, equivocadamente compreendida [...]. Com efeito, além dos problemas que suscita essa continuação do exercício e que sempre se descaram*» *acrescem as dúvidas sobre os «termos em que deve fazer-se»*¹. As dificuldades deste problema são bem atestadas por alguém como CANARIS quando, no início do parágrafo que, no seu Direito Comercial, dedica a este tema, afirma: «*Este parágrafo apresenta, devido à complexa mistura de problemas de direito comercial, societário e sucessório, um grau de dificuldade invulgarmente elevado.*»²

II. É sabido que o adquirente, por herança ou legado, de um estabelecimento comercial pode aditar à sua própria firma a firma do anterior titular do estabelecimento, com a menção de nele ter sucedido (arts. 44.º, n.º 3, e 38.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de maio, que aprovou Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas). Este regime revela uma ideia clara: *a de que o estabelecimento e a firma são suscetíveis de se manter na herança até à sua aquisição, ou seja, até à partilha.*

* O presente texto foi escrito como suporte para a nossa intervenção nos II Encontros de Direito Civil, razão que explica o estilo utilizado, orientado para uma apresentação oral, e a existência de referências bibliográficas pouco desenvolvidas.

¹ ORLANDO DE CARVALHO (1967), p. 648.

² CLAUDIUS WILHELM CANARIS (2006), § 9, p. 163.

Contudo, para que exista partilha e a consequente aquisição definitiva do estabelecimento por algum ou por alguns dos herdeiros, é imperioso que o estabelecimento *sobreviva* enquanto tal: que mantenha a sua atividade e seja continuado pelo conjunto dos herdeiros. Importa, pois, saber como.

III. A primeira dúvida é seguinte: a *aceitação da herança* significará, também, a decisão dos herdeiros em continuar a exploração do estabelecimento e, conseqüentemente, a assunção da *qualidade* de comerciantes?

A resposta deve ser *negativa*. A aceitação da herança significa, apenas, a vontade de suceder nas relações jurídicas do autor da sucessão, nos *bens* que compõem a herança, mas não pode significar, sem mais, a aceitação da continuação da atividade comercial a que determinados bens da herança se encontram alocados.

Não se desconhece, com KARSTEN SCHMIDT, que com a aceitação da herança e a passagem da administração para os herdeiros, estes são, pela natureza das coisas, *forçados* a assumir a continuação da empresa³. Tal não significará, contudo, que estes pretendam continuar efetivamente a atividade da empresa. Há algum fundo de verdade na ideia de uma continuação *automática*, à qual alude SCHMIDT⁴, mas haverá que ter precaução.

São duas as razões que, no essencial, impõem a que aceitação não corresponda a uma decisão de continuação da atividade.

Em primeiro lugar, tal significaria uma violação da *liberdade empresarial* (art. 61.º, n.º 1, da CRP), da sua dimensão “*pessoal ou individual, [...] ao serviço direto da realização dos fins dos homens que a exercem*”⁵. Assim, os herdeiros não podem ser constrangidos, por um simples ato de *aceitação* da herança – *um ato com específica relevância jurídico-civil* –, a assumir a qualidade de comerciantes ou empresários, com todas as conseqüências e responsabilidades que daí decorrem.

Em segundo lugar, assumir o contrário significaria a capitulação da lógica jurídico-comercial à lógica jurídico-civil. As formas jurídico-civis

³ KARSTEN SCHMIDT (1993), p. 609.

⁴ KARSTEN SCHMIDT (2014), § 8, III, nm. 138-141, pp. 332 e ss.

⁵ EVARISTO MENDES (2017), p. 857.

de transmissão de situações jurídicas não podem, sem mais, determinar o conteúdo das posições jurídico-comerciais: *a transmissão de uma ação não significa, sem mais, a transmissão da posição de sócio numa determinada sociedade* ou, na mesma linha de raciocínio, *a aceitação da herança não significa a assunção da posição de comerciante*. A decisão de continuar a empresa e adquirir a qualidade de comerciante é *outra* decisão.

Esta ideia, pensamos, está bem patente no art. 23.º, n.º 3, do EIRL, que dispõe: «*Decorridos 90 dias sobre a morte do titular do estabelecimento ou sobre o ato constitutivo da separação patrimonial dos cônjuges, se os herdeiros ou cônjuges não vierem a acordo sobre o destino do estabelecimento, qualquer interessado pode pedir a sua liquidação judicial.*»

Aplicando esta norma por *analogia*, no caso de morte do empresário titular da empresa comercial individual, *os herdeiros terão 90 dias para, de forma expressa ou tácita, acordarem sobre a sorte da empresa⁶: continuar a atividade na indivisão⁷, optar pela sua alienação ou cessão a um herdeiro ou a terceiro, avançar para a partilha, abandonar a atividade ou optar pela sua liquidação, o que significa, visto que não existe um património autónomo suscetível de liquidação separada, o simples abandono da atividade comercial.*

A exigência de um acordo de *continuação* ou *abandono* é fundamental para que os credores e participantes no tráfego jurídico possam, permita-se a expressão, «*saber com que linhas se cosem*», isto é, para que saibam que expectativas podem acalentar⁸ ou, de perspetiva juridicamente mais rigorosa, *serve para conformar a responsabilidade dos herdeiros pelas dívidas da empresa*.

Importa deixar bastante claro, desde já, que a *continuação* ou *abandono* da atividade do estabelecimento implica o acordo unânime dos

⁶ Note-se, contudo, que não é despidendo considerar a possibilidade de o autor da sucessão impor aos herdeiros ou legatários da empresa o encargo ou a condição de celebrarem, entre si, um contrato de sociedade; no direito alemão, v. DIETER LEIPOLD (2017), § 1922, nm. 74, p. 108.

⁷ Cfr. HEINRICH LANGE/KURT KUCHINKE (1995), p. 110.

⁸ Cfr. DIETER REUTER (1969), pp. 512 e ss., e CLAUS-WILHELM CANARIS (2006), § 7, nm. 101, p. 136.

herdeiros⁹, seja este prestado de forma expressa ou tácita¹⁰. O direito de liquidação do EIRL conferido aos herdeiros é, no nosso caso, o equivalente ao direito de oposição ou de veto à continuação da atividade comercial.

IV. Mas vejamos as opções dos herdeiros em separado:

- a) se existir, dentro do prazo de 90 dias, *acordo para o abandono da atividade comercial*, a herança responde, nos termos gerais, pelas dívidas contraídas no exercício da atividade comercial anterior à abertura da sucessão, pela atividade que se desenrolou até à tomada de decisão de abandono e, perdoe-se a falta de rigor, pelas obrigações contraídas para *encerrar* a atividade; o mesmo é dizer que os *herdeiros, porque herdeiros e não empresários, respondem, nos termos gerais, pelas forças da herança*¹¹;
- b) a mesma solução tem lugar no caso em que é deliberada a *alienação* ou *cessão* do estabelecimento; a herança responde ainda pelas dívidas contraídas no período entre a decisão dos herdeiros e a efetiva transmissão;
- c) quanto às dívidas *posteriores* à decisão de *continuação* da atividade, os herdeiros respondem, *ao lado da herança*, de forma pessoal e

⁹ Neste sentido, KARSTEN SCHMIDT (2014), p. 333; MANFRED LIEB (1996), § 27, nm. 63, p. 501. Não parece ser essa a ideia de VOLKER EMMERICH (1989), nm. 7, p. 241, que alude à possibilidade de uma decisão tomada por simples maioria, ideia que casa mal com a responsabilidade da herança pelas novas dívidas do estabelecimento que é comumente aceite pela doutrina, uma vez que se tratam de *novas* dívidas resultantes da administração normal de um estabelecimento e que, assim sendo, *excepcionalmente* a oneram. Tal significaria, na prática, a necessidade de proceder à partilha do estabelecimento.

¹⁰ Por exemplo, através da concessão de uma procuração ou da prática de atos de administração da empresa. Atos que signifiquem a simples administração do estabelecimento enquanto parte da herança, isto é, atos que têm como função a simples manutenção ou desenvolvimento de contratos ou negócios anteriores de forma a evitar responsabilidade ou outras consequências desfavoráveis e onerosas para a herança, atos, nesta medida, sem carácter *inovatório*, não se podem entender como atos dos quais se possa deduzir a intenção de continuação do negócio.

¹¹ Contra, KARSTEN SCHMIDT (1993), p. 613, solução em linha com a sua ideia de que os efeitos da responsabilidade comercial – pessoal e ilimitada – operam imediatamente com a aceitação da herança. Note-se que no direito alemão a aceitação da herança é automática, e o § 27 do HGB pode favorecer tal solução; não parece que assim seja no direito português, sem normas análogas.

ilimitada¹². As dívidas posteriores à morte do autor da sucessão são decorrentes da administração, logo dívidas herança. Decidida a continuação da empresa comercial, *as novas dívidas são também dívidas da atividade comercial própria dos herdeiros*¹³. Esta solução implica que *os credores da herança anteriores à abertura da sucessão correm o risco da continuação da atividade comercial e do hipotético aumento do passivo da herança*;

d) quanto às dívidas *anteriores* à abertura da sucessão, existindo decisão de *continuação* da atividade, o problema é bem mais complexo. Assumindo a lógica da jurisprudência e de muita doutrina em matéria de transmissão da empresa individual *inter vivos*, tais dívidas, não sendo *assumidas* pelos herdeiros¹⁴, seriam apenas *dívidas da herança*, pelas quais respondem os herdeiros nos termos gerais. Trata-se, é bom de ver, de uma lógica que é marcadamente *civilística*, assente nas premissas da assunção de dívida.

De outra perspetiva, marcadamente comercialística, ORLANDO DE CARVALHO afirmava: *«saindo o estabelecimento do património do alienante e sendo este quem assumiu as obrigações, se as mesmas não passam para o adquirente a garantia dos credores vê-se muito diminuída. Se acaso é impossível a ação pauliana, há um prejuízo para o crédito do estabelecimento, crédito que se terá dado, as mais das vezes, de olhos postos neste último e que, a não haver um remédio para situação em exame, tenderá, certamente, a retrair-se dos negócios (comprometendo, não só a vida das empresas, mas, graças à frequência da circulação de indústrias, ao fim e ao resto, toda a vida mercantil)»*¹⁵. E, mais à frente, conclui: *«daí uma poderosa presunção no sentido de responsabilizar o adquirente, ou também o adquirente, pelas*

¹² Cfr. CLAUS WILHELM-CANARIS (2006), § 9, I, nm. 16, p. 170.

¹³ Caso seja de aplicar as regras societárias, tal efeito decorre da aplicação analógica do art. 175.º do CSC, que contém o *regime-regra* da responsabilidade pelo exercício conjunto do comércio: *a responsabilidade pessoal e ilimitada*.

¹⁴ Sendo impossível, por força da morte do empresário, pensar numa assunção por acordo entre o antigo e novo devedor ou numa assunção cumulativa a favor dos credores; resta a possibilidade de acordo com os credores. Caso algum credor conceda uma assunção liberatória, haverá que entender que o passivo da herança descer, libertando da responsabilidade por tal dívida.

¹⁵ ORLANDO DE CARVALHO (1967), p. 542.

*dívidas da exploração»¹⁶; a resposta do Autor ao problema não é clara, mas, da leitura conjunta de um punhado de longas e intrincadas notas de rodapé, será possível adivinhar a sua simpatia pela ideia de *corresponsabilização* do transmissário pelas dívidas do estabelecimento¹⁷.*

*A empresa, enquanto centro de atividade produtiva, é a realidade que se interpõe entre o sujeito e o mercado¹⁸. Assim, o seu titular não surge no mercado como o detentor de uma empresa, antes existe uma empresa cujos resultados e efeitos jurídicos se reconduzem ou são imputados a um sujeito individual. Sendo que a continuação da empresa, devidamente integrada no mercado, é a presa essencial para a concessão do crédito do qual o transmissário vai beneficiar no mercado, tal aconselha que este responda pela confiança que a firma gerou e gera no mercado e, mais importante, os credores devem continuar a ter a empresa e a sua correspondente atividade lucrativa como garantia da satisfação dos seus créditos. Estas considerações parecem aptas a justificar a existência de um efeito de *assunção cumulativa de dívida*¹⁹, abandonando a perspetiva civilística do sujeito “*por detrás da firma*”, para olhar para a responsabilidade que acompanha a titularidade da empresa.*

No caso do estabelecimento integrado numa herança, os herdeiros não podem deixar, nos termos gerais, de responder pelas dívidas anteriores do autor da sucessão, sejam estas relacionadas com o seu comércio, ou não.

Quanto às dívidas de exploração anteriores, o herdeiro que não queira expor o seu património pessoal, no caso de estas excederem as forças da herança, deve *repudiar* a herança ou *opor-se* à continuidade do estabelecimento, limitando a sua *responsabilidade empresarial*, um *plus* ou “*complemento*”²⁰ à responsabilidade já imposta pelo direito sucessório, que encontra fundamento na ideia já exposta de que, transmitindo-se uma empresa, os credores anteriores devem beneficiar do mesmo regime de responsabilidade que os novos credores.

¹⁶ ORLANDO DE CARVALHO (1967), p. 542.

¹⁷ A solução dos §§ 25 e 27 do HGB é a da responsabilidade solidária.

¹⁸ Cfr. EVARISTO MENDES (2012), pp. 168 e s. e 216 e ss.

¹⁹ À luz do § 25, I, 1, do HGB, CANARIS (2006), nm. 39, p. 112, qualifica a situação como uma *assunção cumulativa legal*; contra, KARSTEN SCHMIDT (2014), § 7, V, nm. 89 e 90, pp. 278 s., que entende haver uma verdadeira transmissão da dívida.

²⁰ Na expressão de KARSTEN SCHMIDT (2014), § 8, III, nm. 130, p. 330.

A situação descrita aproxima-se, assim, com muita clareza, daquela prevista nos arts. 184.º, n.º 2, e 175.º, n.º 2, do CSC e do art. 1001.º, n.º 1, conjugado com o art. 997.º, n.º 4, do CCiv: *o herdeiro que aceita a herança e acorda ingressar na sociedade em nome coletivo ou no contrato de sociedade não se pode eximir da responsabilidade pelas dívidas anteriores*. Dito de outra forma, *não há distinção entre dívidas anteriores ou posteriores*.

Mas o problema das dívidas *anteriores* não fica por aqui: com a continuação da atividade comercial pela herança fica a descoberto uma enorme dificuldade: *as dívidas decorrentes da administração da empresa constituem também, por regra, dívidas da herança, o que coloca os restantes credores da herança, estranhos à atividade comercial do estabelecimento, numa situação em que podem ver a sua garantia diminuída, por comparação com a consistência determinada no momento da abertura da sucessão*.

As regras da administração da herança têm como *ratio* não prejudicar os credores da herança, apenas permitindo, de forma *excecional*, a adesão de novas dívidas à herança; por outro lado, têm ainda como fito não deixar os herdeiros numa situação pior do que aquela em que se encontravam no momento da abertura da sucessão, onerando a herança com as despesas da administração até à partilha²¹. Este equilíbrio, na situação descrita, é quebrado em desfavor dos credores da herança²²: aderem à herança novas dívidas da atividade comercial, *uma atividade no interesse dos herdeiros*²³.

Se o filtro da *administração* é capaz de lidar com *realidades estáticas*, pouco voláteis, ele já lida mal com a existência de *risco empresarial*²⁴. Onerar os credores da herança com os riscos da administração dos bens da herança é fácil de aceitar²⁵; fazê-los correr o risco da atividade comercial dos herdeiros, da *gestão* de uma empresa no mercado, já parece claramente *desproporcional*²⁶. Resulta claro que o *filtro* da

²¹ Cfr. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), p. 184.

²² Cfr. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 194 e ss.

²³ Cfr. DIETER REUTER (1969), pp. 521 e s.

²⁴ Cfr. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 184 e ss. e 198.

²⁵ No limite, trata-se ainda de proteger o interesse dos credores na conservação do valor dos bens que respondem pelo cumprimento dos seus créditos.

²⁶ Não se pode aqui desenvolver esta matéria, mas também o princípio da sub-rogação, que opera entre os bens alienados e os bens que ingressam na herança, não parece ser suficiente,

administração da herança é, enquanto limite à oneração da herança e proteção dos seus credores, insuficiente no caso de a herança ser titular de um estabelecimento²⁷.

A conclusão de DAUNER-LIEB é da que existe uma *lacuna* no direito sucessório²⁸. A proposta para resolver este problema, em face das dificuldades que também colocaria *autonomizar* o património da empresa da massa patrimonial da herança²⁹, terá de ser, nas palavras de DIETER REUTER, a da «*compensação através da responsabilidade dos herdeiros*»³⁰. A ideia é simples: a única forma de compensar os credores da herança pelo aumento do risco de concurso com os novos credores passa por fazer os herdeiros empresários *pessoal e ilimitadamente responsáveis por todas as dívidas anteriores*.

d) um herdeiro que, contra a vontade de algum dos restantes, prosiga a atividade, é *pessoal e ilimitadamente* responsável pelas dívidas contraídas. Estas serão também dívidas da herança caso este herdeiro tenha, à luz das *regras sucessórias*, competência para a vincular. Caso a vincule, poderá, posteriormente, ser obrigado a restituir à herança as quantias que tenha despendido. Em suma, trata-se de dar corpo à ideia de que o responsável pela *aparência* de continuação da empresa deve ser o responsável último pelas disposições patrimoniais de quem nela confiou.

2. A continuação da empresa individual pelo conjunto dos herdeiros

I. Para fechar o círculo, haverá que olhar para a *dinâmica* da continuação da atividade comercial por parte da herança.

no domínio de uma herança com risco e decisão empresarial, para tutelar os credores [cfr. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 502 e ss.].

²⁷ DIETER REUTER (1969), pp. 520 e ss.

²⁸ BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 199 e ss. e 498 e ss.

²⁹ Neste modelo, os herdeiros que continuam na empresa estariam obrigados a *compensar* a herança pelo valor dos bens que dela autonomizaram (para uma análise detida deste modelo, v. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 209 e ss.

³⁰ DIETER REUTER (1969), p. 526; no mesmo sentido, após aturado estudo das alternativas, BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 505 e ss.

Admitindo a possibilidade de a herança continuar a empresa individual³¹ – é desde logo efeito necessário da *sucessão universal* –, coloca-se uma dúvida: *i*) aplicar as regras jurídico-civis relativas à administração da herança³² ou *ii*) aplicar regimes societários^{33/34}.

II. Para alguma doutrina, uma vez decidida a continuação da atividade comercial pelos herdeiros, haveria uma *transformação legal* em sociedade de nome coletivo ou a *celebração concludente* de um contrato de sociedade em nome coletivo³⁵. O principal argumento por detrás desta explicação é o *princípio da tipicidade*. A lei dispõe de tipos específicos para o exercício conjunto de uma atividade comercial, tendo os herdeiros que se adaptar a um dos modelos legais, não podendo a herança, com mais do que um herdeiro, ser titular e explorar uma anterior empresa comercial individual³⁶. Assim, decidida a continuação da atividade, esta revestiria *automaticamente* a forma societária básica: uma sociedade em nome coletivo, com todas consequências que daí advêm³⁷.

³¹ PAULO OLAVO CUNHA (2018), p. 159, KARSTEN SCHMIDT (2014), § 4, II, nm. 25, pp. 113 e s., e, para mais desenvolvimentos e indicações, MANFRED WOLF (1981), pp. 489 e ss., e BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 464 e ss. A doutrina civilista alemã tem, de forma genérica, admitido tal possibilidade; v. HEINRICH LANGE/DIETER KUCHINKE (1995), § 5, IV, p. 110, DIETER LEIPOLD (2017), § 1922, nm. 74, p. 108, e WOLFGANG MAROTZKE (2008), § 1922, nm. 218-220, pp. 174 e ss.

Na jurisprudência, é aceite que o estabelecimento integra, enquanto universalidade, a herança, v., a título de exemplo, os relevantes acórdãos TRP 31.01.2013 e STJ 23.03.2014.

³² Já se viu *supra* que as regras da administração, no que concerne à tutela dos credores comuns da herança, precisam de ser *compensadas* pela responsabilidade dos herdeiros comerciantes.

³³ Cfr. CLAUWILHELM CANARIS (2006), § 9, I, nm. 2-6, pp. 164 e ss.; sobre o problema, com profundidade, v. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 464 e ss.

³⁴ Sobre a comunidade dos herdeiros como impulso para o desenvolvimento dos tipos societários assentes em relações pessoais entre os sócios, v. MAX WEBER (2014), p. 66.

³⁵ Neste sentido, v. ROBERT FISCHER (1980), pp. 1 e ss. Em geral, com indicações, v. CLAUWILHELM-CANARIS (2006), § 9, nm. 2-10, pp. 165 s.

³⁶ Cfr. ROBERT FISCHER (1980), pp. 1 e ss.

³⁷ Cfr. ROBERT FISCHER (1980), pp. 16 e s. Posição posteriormente adotada pelo BGH na famosa decisão de 8.10.1984, BGHZ, 1984, 92, pp. 259 e ss. Contra, KARSTEN SCHMIDT (1985), pp. 2787 e ss.

As dificuldades desta construção são evidentes: *i*) falta base *subjetiva* ou *objetiva*³⁸ para imputar aos herdeiros os efeitos correspondentes aos atos de constituição de uma sociedade³⁹ e *ii*) forçaria a existência de uma *partilha legal* ou um dever de *partilhar*, de modo a permitir a existência de entradas dos herdeiros para a sociedade, solução que contradiz a natureza do direito à partilha no direito português e o direito à manutenção da indivisão⁴⁰.

III. Poderá afirmar-se que o *princípio da tipicidade*, aflorado no n.º 3 do art. 1.º do CSC, *impõe que qualquer atividade comercial conjunta revista um mínimo de organização formal*, o que não se encontraria garantido pelas regras da administração da herança e, na ausência da constituição de uma sociedade, se encontraria na herança titular de um estabelecimento uma forma *irregular* de atividade societária⁴¹.

Não duvidamos que este princípio tenha esta força ordenadora. Parece, contudo, que a inclusão do estabelecimento na herança, por força do princípio da *sucessão universal* (2024.º), é um argumento que não pode ser desprezado, uma vez que é a lei a admitir que o estabelecimento caia na mão comum dos herdeiros. Por outro lado, o direito sucessório institui regras de *organização* e *administração* da herança que, em alguma medida, tomam em conta os interesses dos credores e dos herdeiros – ainda que se possa entender que esta organização é *insuficiente* para administrar uma empresa. Parece, então, que se deve concluir que a herança constitui uma forma *típica* ou *regular* de titularidade de uma empresa.

IV. Não havendo lugar para a transformação automática numa sociedade ou o *dever* de o fazer, pareceria, *prima facie*, que se teria de recorrer *apenas* às regras gerais de administração da herança⁴². Tratando-se de *coisas imóveis e móveis*, as referidas regras de administração

³⁸ Viu bem CLAUS WILHELM-CANARIS (2006), § 9, nm. 3, p. 164.

³⁹ Cfr. KARSTEN SCHMIDT (1985), p. 2787.

⁴⁰ Incumprido o dever de constituição da sociedade, haveria lugar à aplicação do regime das sociedades aparentes ou das sociedades irregulares.

⁴¹ Para CANARIS, trata-se apenas de um princípio dirigido à vontade das partes.

⁴² Opinião sustentada, no essencial, por civilistas como CLAUS-WILHELM CANARIS, MANFRED WOLF e KARLHEINZ MUSCHELER.

oferecem, como já se viu, uma distribuição de risco *aceitável* para os credores da herança. Porém, para administrar empresas, realidades complexas e reprodutivas, tais regras claudicam e, como se viu, podem desvitalizar a garantia dos *credores da herança*. Por outro lado, tais regras lidam mal com longos períodos de indivisão⁴³, facto que, por maioria de razão, se torna mais grave quando nela vai incluída uma empresa, uma hipótese que, com toda a certeza, não foi especificamente equacionada pelo legislador que instituiu um sistema unitário de administração, sem distinguir consoante o seu objeto⁴⁴. A solução parece ser do desenvolvimento *preater legem* do regime de administração da herança⁴⁵, tornando-o apto a responder à situação em que os herdeiros decidem, em mão comum, continuar o exercício da atividade comercial.

V. Vejamos um caso, entre outros⁴⁶, no qual o problema é particularmente claro. Será sustentável que o estabelecimento individual *continuado* esteja, nas relações *externas*, dependente da análise casuística da capacidade do cabeça-de-casal para a prática de determinado ato ou da necessidade de intervenção de *todos* os herdeiros? Será avisado deixar este problema à mercê da *incerta e insegura* distinção entre atos de administração e atos de disposição, às categorias vagas da administração normal ou anormal, um conjunto de regras claramente não pensadas para a administração de uma empresa? Será aceitável que o cabeça-de-casal seja, por força do regime sucessório, e na medida das suas competências, o *gerente único* do estabelecimento?

Entendemos que não. A solução para o problema, *em razão da necessidade de proteção do tráfego jurídico-comercial*, parece ser a da aplicação analógica das regras relativas às sociedades em nome coletivo, permitindo o funcionamento do regime de vinculação *disjunto* previsto nos arts. 191.º e 192.º do CSC, através do qual todos os herdeiros continuadores podem vincular a *empresa*⁴⁷.

⁴³ Cfr. BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 199 e ss.

⁴⁴ Cfr. MANFRED LIEB (1996), nm. 79, p. 505.

⁴⁵ Para BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 408 e ss.

⁴⁶ V. o levantamento de MANFRED LIEB (1996), nm. 81-102, pp. 506 e ss., e BARBARA DAUNER-LIEB (1998), pp. 458 e ss.

⁴⁷ Outra solução, com resultado análogo, seria a aplicação do art. 985.º que, na falta de convecção em contrário, dispõe que “*todos os sócios têm igual poder para administrar*”. Pensa-se,

Para CANARIS, tal resultado seria insustentável. O Autor entende que um sistema de vinculação disjuncto exige «*uma legitimação específica*», baseada na autonomia privada, seja a outorga de poderes de representação ou a celebração de um contrato cujo tipo preveja tal modalidade de administração⁴⁸. Ora, tal argumentação parece olvidar a existência de um *acordo* dirigido à continuação da empresa que, não sendo de qualificar como um contrato de sociedade, *institui uma comunidade de responsabilidade por uma atuação comercial conjunta, instituindo a herança indivisa como empresária em mão comum*⁴⁹ e que, portanto, se identifica *funcionalmente* com um contrato de sociedade. Este argumento permite, ainda, responder à crítica de CANARIS de que as regras das societárias não seriam suscetíveis de serem aplicadas por analogia, uma vez que não existiria qualquer contrato⁵⁰.

Por outro lado, ainda que não haja um verdadeiro contrato de sociedade, não é desconhecido o fenómeno da sociedade aparente (art. 36.º, n.º 1, do CSC), que, na ausência de qualquer base contratual, por exigências de tutela do tráfego jurídico, se impõe um regime especialmente protetor do tráfego jurídico, em razão da aparência da existência de uma sociedade. Ora, no nosso caso, a solução de impor a aplicação de regras societárias serve o mesmo propósito, tutelar legítimas expectativas do tráfego jurídico.

Bibliografia

- Barbara Dauner-Lieb, *Unternehmen in Sondervermögen – Haftung und Haftungsbeschränkungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 24. Auflage, C. H. Beck, München, 2006.
- Carvalho, Orlando de, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial – O Problema da Empresa como Objecto de Negócios*, vol. I, Atlântida Editora, Coimbra, 1967.

contudo, que a natureza comercial da empresa deve, apesar de tudo, favorecer o caminho da aplicação das regras das sociedades comerciais.

⁴⁸ CLAUS WILHELM-CANARIS (2006), § 9, I, nm. 15, p. 170.

⁴⁹ Na feliz expressão de HEINRICH LANGE/DIETER KUCHINKE (1995), § 5, IV, p. 110, onde se lê que: “*nach einhelliger Meinung ist die Erbgemeinschaft Trägerin des Unternehmens zum gesamt Hand*”.

⁵⁰ CLAUS WILHELM-CANARIS (2006), § 9, I, nm. 6, p. 166.

- Cunha, Paulo Olavo, *Direito Comercial e do Mercado*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- Emmerich, Volker, *Heymann Handelsgesetzbuch*, Band 1, Erstes Buch, Einleitung, §§ 1-104, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1989.
- Fischer, Robert, “Fortführung eines Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft?”, *ZHR*, 1980, pp. 1-17.
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt, *Lehrbuch des Erbrechts*, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 1995.
- Leipold, Dieter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, Erbrecht, §§ 1922-2385, 7. Auflage, C. H. Beck, München, 2017.
- Lieb, Manfred, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 1, Erstes Buch, Handelstand, §§ 1-104, C. H. Beck, Verlag Franz Vahlen, München, 1996.
- Marotzke, Wolfgang, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 5, Erbrecht, §§ 1922-1966 (Erbfolge), Sellier – de Gruyter, Berlin, 2008.
- Mendes, Evaristo, *Constituição Portuguesa Anotada*, org. Jorge Miranda e Rui Medeiros, vol. I, 2.^a ed., UCE, Lisboa, 2017, anotação ao art. 61.º
- Mendes, Evaristo, “Modelo económico constitucional e Direito comercial”, in *Direito Comercial e das Sociedades – Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Sendin*, UCE, Lisboa, 2012, pp. 165-251.
- Reuter, Dieter, “Die handelsrechtliche Erbenhaftung (§ 25 HGB)”, *ZHR*, 1969, pp. 511-527.
- Schmidt, Karsten, *Handelsrecht – Unternehmensrecht I*, 6. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2014.
- Schmidt, Karsten, “Handelsrechtliche Erbenhaftung als Bestandteil des Unternehmensrecht – Für ein neues Verständnis des § 27 HGB im Systemzusammenhang mit §§ 130, 139 HGB”, *ZHR*, 1993, pp. 600-620.
- Schmidt, Karsten, “Die Erbengemeinschaft nach einem Einzelkaufmann”, *NJW*, 1985, pp. 2786-2793.
- Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft – Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnung und Mächte*, Teilband 3: Recht, Studienausgabe der Max Weber-Gesamtausgabe, Band I/22-3, hrsg. Werner Gephard und Siegfried Hermes, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- Wolf, Manfred, *Die Fortführung eines Handelsgeschäfts durch Erbengemeinschaft*, *AcP*, 1981, pp. 480-514.

A tutela coletiva dos consumidores: desenvolvimentos do direito europeu*

HENRIQUE SOUSA ANTUNES**

A tutela coletiva dos direitos corresponde a uma forma de realização da justiça que pretende responder de modo agregado às necessidades de um conjunto de interessados unidos por circunstâncias de facto e de direito. A simultaneidade da satisfação assim proporcionada confere uma eficácia acrescida ao sistema jurídico, sob várias perspetivas: previne a violação do direito; faculta o acesso à justiça; traz homogeneidade às soluções que apresentam características idênticas.

A tutela coletiva acolhe duas dimensões essenciais: a inibitória e a indemnizatória. O direito europeu tem convivido pacificamente com as ações inibitórias. Em matéria de defesa dos consumidores, a Diretiva 2009/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, disciplina-as, apresentando-as como ações coletivas destinadas a prevenir infrações nacionais e transfronteiriças. A reforma a que atualmente se submete aquele regime pretende, apenas, preencher as lacunas que o tempo permitiu identificar.

Outro é o objetivo das ações coletivas fundadas na infração aos direitos dos consumidores: a tutela coletiva indemnizatória. Com a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de abril de 2018, relativa a ações coletivas para proteger os interesses coletivos dos consumidores [COM(2018) 184 final], a Comissão desbrava novos mundos.

O alheamento do direito europeu a respeito da tutela coletiva indemnizatória descobre o seu fundamento na desconfiança em relação ao sistema americano de *class actions*. O legislador confessa-o no primeiro momento em que se dispõe a acolher um instrumento indemnizatório

* Publica-se, sem alterações, o texto que serviu de base à nossa intervenção (22 de fevereiro de 2019).

** Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

de alcance coletivo, a Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União. Lê-se no considerando 15 desse texto: «Os mecanismos de tutela coletiva devem preservar as salvaguardas e garantias processuais das partes em ações cíveis. A fim de evitar o desenvolvimento de uma cultura de litígios abusivos em situações de dano em massa, os mecanismos nacionais de tutela coletiva devem incluir as salvaguardas fundamentais indicadas na presente recomendação. Em regra, devem ser evitados elementos como indemnizações punitivas, procedimentos invasivos de averiguação pré-processual e atribuição de indemnizações por júri, estranhos, na sua maior parte, às tradições jurídicas da maioria dos Estados-membros».

Em conformidade, os princípios adotados na Recomendação procuram, manifestamente, apartar o enquadramento europeu da tutela coletiva indemnizatória das *damages class actions* do direito norte-americano. Entre outros aspetos, realça-se a limitação da legitimidade a entidades designadas pelos Estados ou certificadas *ad hoc* pelas autoridades (4 a 7), o acolhimento do “princípio do perdedor pagador” (13), a preferência pelo regime do consentimento expresso das partes (adesão ou *opt-in*) (21), a exclusão de incentivos à litigância na fixação da remuneração dos advogados, designadamente pela rejeição, em regra, do regime “*no win, no fee*” (29 e 30), ou a proibição de indemnizações punitivas (31).

A Recomendação estabelecia que a Comissão apreciasse a aplicação daquele instrumento até 26 de julho de 2017 (41). Em 25 de janeiro de 2018, foi publicado o relatório devido. Nele se apura o impacto tímido da Recomendação. Conclui-se (pág. 21) que «a existência de mecanismos de tutela coletiva, bem como a aplicação de garantias contra potenciais abusos, é ainda muito desigual em toda a UE».

Os resultados insatisfatórios sobre a aplicação da Recomendação constituem, sem dúvida, a *occasio legis* da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de abril de 2018, relativa a ações coletivas para proteger os interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE. Façamos uma descrição dos seus traços essenciais, em especial a respeito da tutela coletiva indemnizatória:

- a) A Diretiva tem um vasto âmbito de aplicação, alargando-se a domínios diversos dos regimes de tutela específica dos

consumidores, nomeadamente os serviços financeiros, as viagens e o turismo, a energia, as telecomunicações e o ambiente. Compreende, ainda, as infrações nacionais e transfronteiriças (considerandos 6 e 8);

- b) A Diretiva é de harmonização mínima, não substituindo, pois, os mecanismos nacionais de tutela coletiva que com aquela sejam compatíveis (considerando 24);
- c) Embora a Recomendação de 2013 preserve a sua autonomia relativamente à proposta de 2018, sabendo que alguns dos elementos processuais naquela previstos a esta escapam (exposição de motivos – págs. 4 e 5), a prevenção do recurso abusivo às ações coletivas inspira, de igual modo, o regime projetado. Nesses termos dispõem: a exclusão de indemnizações punitivas; a definição de limites à legitimidade ativa; o respeito pelas normas nacionais em matéria de repartição das custas processuais; os deveres de transparência das entidades qualificadas, ou seja, das entidades com legitimidade para proporem uma ação coletiva (considerandos 4 e 25);
- d) Na ação coletiva de reparação, a decisão de reparação pode, em certos termos, ser substituída por uma decisão declarativa da responsabilidade do profissional, invocável em subsequentes ações de reparação propostas pelos consumidores individuais lesados (considerandos 19 e 34);
- e) As decisões finais que apurem a existência de uma prática lesiva dos direitos ou interesses dos consumidores constituem uma prova irrefutável da infração em ações de reparação dentro do mesmo Estado-membro e uma presunção ilidível daquela infração em processos instaurados noutro Estado-membro (considerando 33);
- f) É incentivada a resolução dos litígios por acordo das partes (considerandos 26 a 30);
- g) A informação devida a respeito de uma ação coletiva deve ser adequada e proporcional às circunstâncias do caso (considerandos 31 e 32);
- h) A eficiência do processo é assumida como um objetivo a prosseguir pelo legislador (exposição de motivos – pág. 3), justificando, nomeadamente, o acolhimento dos regimes seguintes: (i)

a suspensão ou a interrupção dos prazos de prescrição aplicáveis a ações de reparação subsequentes à propositura de uma ação coletiva (considerando 35); (ii) o direito de as entidades qualificadas requererem que o profissional divulgue elementos de prova com pertinência para a ação ou para a prestação da informação devida aos consumidores, revelando-se inexigível a especificação daqueles elementos (considerando 37); (iii) a sujeição dos infratores a sanções eficazes, dissuasoras e proporcionadas em caso de incumprimento da decisão final proferida na ação coletiva (considerando 38); (iv) a vinculação dos Estados ao dever de resguardar as entidades qualificadas de limitações ao exercício da tutela coletiva em razão dos custos processuais (considerando 39); (v) o reconhecimento da legitimidade de uma entidade qualificada para agir noutro Estado-membro ou com o propósito de propor uma ação coletiva em nome de outras entidades qualificadas que representem consumidores de diferentes Estados-membros (considerando 41).

Feita uma breve descrição dos traços fundamentais da proposta, é devida uma reflexão sobre o regime nuclear das ações coletivas de reparação, o artigo 6.º da proposta. Observe-se, desde já, que nesta, como noutras circunstâncias, a tradução foge dos cânones tradicionais da terminologia utilizada no direito português. Vejamos, pois.

O preceito em apreço, com a epígrafe “meios de reparação”, distingue dois tipos de decisão: a decisão de reparação e a decisão declarativa. Consiste a decisão de reparação na condenação do lesante a prestar indemnização, arranjo, substituição, redução do preço, rescisão de contrato ou reembolso do preço pago, consoante seja adequado (artigo 6.º, n.º 1). Diversamente, a decisão declarativa tão-só apura a existência de responsabilidade do profissional relativamente aos consumidores prejudicados (artigo 6.º, n.º 2). Nesta hipótese é, pois, necessário que os lesados proponham ações individuais, ulteriores, destinadas ao ressarcimento dos danos sofridos.

Que critério permite, então, delimitar o âmbito de aplicação de cada uma das decisões referidas? Segundo a proposta, os Estados-membros podem atribuir competência a um tribunal ou a uma autoridade administrativa para proferir uma decisão declarativa em prejuízo de uma decisão de reparação se, ponderando as características dos danos concretos

causados aos consumidores, a quantificação da reparação individual se revele demasiado complexa (artigo 6.º, n.º 2).

A proposta estabelece, porém, a imperatividade da decisão de reparação e, assim, a ilegitimidade da decisão declarativa em dois cenários: (i) quando os consumidores lesados sejam identificáveis e hajam sofrido um dano comparável causado pela mesma infração num certo período de tempo ou em virtude de uma determinada prática comercial [a proposta refere-se à compra – artigo 6.º, n.º 3, alínea a)]; (ii) quando os consumidores tenham sofrido danos de pequeno montante e seja desproporcionado repartir a indemnização pelos mesmos [artigo 6.º, n.º 3, alínea b)].

As várias hipóteses consideradas merecem uma análise crítica, sob duas perspetivas essenciais: a legitimidade ativa dos consumidores e o alcance da indemnização.

Divergindo, em certa medida, da Recomendação de 2013, a proposta de 2018 deixa ao critério dos Estados-membros a adoção, ou não, do princípio da adesão (*opt-in*). Lê-se no artigo 6.º, n.º 1: «Os Estados-membros podem exigir que, antes de ser proferida uma decisão declarativa ou uma decisão de reparação, seja previamente obtido mandato dos consumidores individuais interessados.» Outro era o sentido da Recomendação: «A parte requerente deve ser constituída com base no consentimento expresso das pessoas singulares ou coletivas que aleguem ter sido lesadas [...]. Qualquer exceção a este princípio, legal ou judicial, deve ser devidamente fundamentada por razões de boa administração da justiça» (princípio 21).

No direito português, dispõe a Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, que têm legitimidade ativa em ação popular os titulares dos interesses em causa na ação que não tiverem excluído a representação do autor (artigos 14.º e 15.º – sistema de autoexclusão ou *opt-out*). Afasta-se, pois, a exigência de uma qualquer declaração de vontade do interessado para a sua intervenção na ação. A referida manifestação serve, antes, o propósito de excluir essa participação processual. Entretanto, rejeita-se qualquer argumentação fundada em eventual contrariedade ao acesso à justiça se às pessoas interessadas for prestada informação adequada e ao juiz atribuída a faculdade de limitar o caso julgado aos intervenientes na ação. É o que sucede entre nós (sobre os efeitos do caso julgado, veja-se o artigo 19.º, n.º 1, da Lei referida).

Em nosso entender, o regime português constitui a melhor solução. A especificidade dos fins que um sistema de ações coletivas prossegue requer a especialidade processual e a diferenciação dos meios clássicos que tão-só a legitimidade definida em *opt-out* permite. Como na história da Cinderela, o sapato de cristal só serve nos pés da futura princesa.

Lembramos o que há já longos anos vimos escrevendo: se as ações coletivas favorecem o acesso dos interessados aos tribunais e contribuem para uma composição mais eficiente e justa de certos litígios judiciais, as soluções encontradas na regulamentação desta forma processual devem ser conformadas pela essencialidade daqueles fins. Eis, então, as vantagens de um regime de *opt-out*, geralmente enunciadas: desde logo, previne-se que o desconhecimento do Direito e a desmotivação do recurso aos tribunais, sobretudo quando a lesão apresenta menor relevância econômica, propiciem as condições para a reiteração de uma prática danosa; depois, incentiva-se a composição coletiva do litígio, reduzindo a eventualidade de uma multiplicação de ações individuais, risco que prejudica o demandado, à procura de um acordo global de interesses com os demandantes, e a eficiência do sistema judicial público.

Formatados por esta reflexão, merecem-nos aplauso as importantes exceções que a proposta estabeleceu à faculdade de os Estados optarem pelo acolhimento do princípio da adesão. Na verdade, as ações coletivas para a indemnização de danos causados pelo mesmo facto (acidentes de massa) ou provenientes de vários eventos danosos, se os consumidores, afetados pela prática de infrações idênticas, sofrerem escassos prejuízos são submetidas ao regime de *opt-out* (artigo 6.º, n.º 3).

Ou seja, a derrogação da possibilidade de uma decisão declarativa é acompanhada pela adoção do princípio da autoexclusão. Em consequência, o espaço da legitimidade para a exigência estadual de mandato prévio dos consumidores individuais é limitado às decisões declarativas e às decisões de reparação em que, existindo diversos factos danosos de natureza homogênea, os danos escapam à qualificação de prejuízos marginais.

Duas notas a este respeito: (i) uma primeira nota para dizer que a reserva de *opt-in* nas decisões declarativas mereceu a censura do Comité das Regiões. E, na verdade, dificilmente se entende essa opção, se a averiguação das consequências da infração na esfera jurídica dos lesados é deixada para as ações individuais; (ii) a bondade desta reflexão

parece-nos, aliás, reforçada pelo objeto da segunda nota: a solução é incongruente com a imperatividade do *opt-out* quando os danos dos consumidores são menores e, revelando-se desproporcionada a repartição da indemnização pelos mesmos, a reparação é encaminhada para fins de interesse público que sirvam os interesses coletivos dos consumidores [artigo 6.º, n.º 3, alínea b)]. Neste caso, e desculpem-me a provocação, propõe o legislador a denegação de justiça ao serviço de um confisco de bens aos consumidores? Se outra for a resposta, considerando a compatibilidade de um sistema de *opt-out* com o direito de acesso à justiça, que razões há para excluir a legitimidade do sistema de autoexclusão em decisões declarativas?

Em qualquer dos casos, o artigo 6.º estabelece que «a entidade qualificada deve fornecer informações suficientes nos termos da legislação nacional para sustentar a ação, incluindo uma descrição dos consumidores interessados na mesma e as questões de facto e de direito a resolver» (n.º 1).

A solução que direciona a reparação para fins coletivos proporciona-nos a entrada na apreciação final que o tempo nos permite, uma avaliação sobre o alcance da indemnização. Na exposição de motivos da proposta, lê-se que nas ações coletivas relativas a pequenos montantes, a atribuição de um fim público destinado a servir os interesses coletivos dos consumidores constitui, ainda, uma forma de indemnizar os danos causados (pág. 4). É, no entanto, evidente que são coisas diversas. Ou o dano é irrelevante ou não é. Nesta última hipótese, o prejuízo é indissociável da esfera jurídica dos lesados. De outra forma, diluimos as fronteiras entre os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos.

Assinale-se que, em contraste com o direito europeu, no regime português das ações coletivas, a possibilidade de alocar verbas indemnizatórias pela violação de bens jurídicos individuais à satisfação de fins comunitários circunscreve-se aos direitos que prescreveram (artigo 22.º, n.º 5, da Lei n.º 83/95).

Nas recentes considerações do Parlamento Europeu em sede de revisão da Diretiva sobre as práticas comerciais desleais evidencia-se o défice de satisfação do consumidor. A valorização do indivíduo, que assim é declarada, revela-se incompatível com a admissão acrítica de um conceito de indemnização que o próprio legislador europeu reformou. Veja-se como a restituição do lucro é, hoje, critério de fixação da

indenização na violação de direitos de propriedade intelectual ou de segredos comerciais. É com esse enquadramento que a decisão de reparação prevista no artigo 6.º, n.º 3, alínea *b*), da proposta deve ser analisada.

A respeito do direito português, argumenta MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA: «[...] o regime da ação popular, quando define uma indenização global que se destina a ser repartida pelos lesados, [...] preocupa(-se) mais em evitar que o lesante possa extrair alguma vantagem do facto danoso do que em assegurar que cada um desses lesados seja realmente indemnizado pela exata medida do prejuízo sofrido. A indemnização global procura distribuir pelos lesados os ganhos do lesante, ainda que disso possa resultar alguma violação da justiça corretiva, pois que essa distribuição não pode assegurar que todo o dano sofrido seja efetivamente ressarcido pelo seu exato montante. Para a quantificação da indemnização global utiliza-se mais o ganho (global) obtido pelo lesante do que o prejuízo (igualmente global) por ele infligido, o que significa que na sua quantificação não se segue o critério da reconstituição da situação hipotética que se encontra estabelecido no art. 562.º CC»¹.

Sabendo que a tutela coletiva dos direitos desempenha um papel importante na prevenção das práticas desconformes ao direito e, ainda, que as lesões dos direitos dos consumidores descobrem na intenção lucrativa do agente um fundamento relevante, o resgate do lucro em benefício dos consumidores satisfaria, simultaneamente, a tutela pública relativa à aplicação do direito e a satisfação dos consumidores.

Neste momento, abstemo-nos de falar da substituição de sanções contraordenacionais pela competência das penas privadas. A solução parece-nos evidente em geral e, claro, nas ações coletivas. Resguardamos, porém, os ouvintes dos argumentos que, com paciência, tantos nos ouviram já apresentar.

Muito obrigado a todos.

¹ *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, 2003, pp. 169 e s.

Justo receio do incumprimento e conteúdo da tutela preventiva do crédito*

JOSÉ BRANDÃO PROENÇA

1. O conteúdo do título desta exposição, situado na conexão direito material-direito processual, aflora nos doutoramentos de ANA PRATA (1995), RUI PINTO (2009) e JOANA FARRAJOTA (2015) e em artigos jurídicos como o de PEDRO DE ALBUQUERQUE (2005).

2. O interesse pelo tema resultou de investigação feita sobre o período preliminar ao cumprimento (sobretudo, do contrato-promessa) e da leitura de escritos recentes dos juristas italianos ALBANESE (2018) e FRENDA (2016), interrogando-se ambos sobre a possibilidade de uma tutela inibitória como forma de reação preventiva ao temor do incumprimento, ou seja, como instrumento tutelar dos direitos de crédito. Também mereceu a nossa atenção um estudo menos recente de GATT (2005) sobre a tutela inibitória e a questão «executiva» das obrigações instrumentais nos contratos não definitivos. Por outro lado, era nosso interesse confirmar ou infirmar uma orientação jurisprudencial dominante, visível em decisões mais antigas e mais recentes das Relações e do Supremo, ao admitirem, no âmbito mais típico do contrato-promessa, uma tutela cautelar não especificada (hoje chamada comum) de intimação ao promitente vendedor, proibindo que vendesse ou onerasse o bem anteriormente prometido vender ao requerente¹.

* O presente texto corresponde à comunicação proferida nos II Encontros de Direito Civil que tiveram lugar no dia 22 de fevereiro de 2019 na Universidade Católica Portuguesa (Lisboa) e subordinados ao tema «A tutela dos credores». A natureza menos densa do texto reflete a filosofia dos Encontros.

¹ Ver os acórdãos do STJ de 28.05.1986 (Góis Pinheiro) e de 11.11.1997 (Silva Paixão), da RL de 26.05.1983 (Afonso de Andrade), CJ, VIII, 3, 1983, p. 132, e de 24.01.2019 (Maria José Mouro), da RE de 10.12.1981 (Augusto Gouveia), CJ, VI, 5, 1981, p. 328, e de 19.02.2004 (Bernardo Domingos), da RP de 21.10.2008 (Rodrigues Pires) e de 26.10.2017 (Márcia Portela) e da RC de 27.03.1990 (Manuel Pereira da Silva), CJ, XV, 2, 1990, p. 57. Nesta última decisão tratou-se da hipótese atípica de um promitente comprador possuidor pretender evitar (sem êxito) a demolição do imóvel. Pode ler-se na decisão da RL de 2019:

3. O legislador de 1966 pouca atenção deu à chamada tutela antecipada das posições creditórias, optando, voluntária ou involuntariamente, por outorgar aos credores um conjunto de meios de reação (a chamada tutela repressiva privada e pública) extintivos/repristinatórios e indemnizatórios, sob o pressuposto típico de um incumprimento definitivo, certo e atual.

4. Se, no arresto não especial, e com um fim conservador, o credor alega o «justo receio de perder a garantia patrimonial», verdadeiramente o justo receio do incumprimento, no Código Civil, tem a sua maior expressão no poder interpelativo derivado do regime dos arts. 780.º, 781.º e 934.º e na autotutela suspensiva (exceção dilatória antecipada) prevista no art. 429.º (exceção de insegurança ou por risco de incumprimento), ao permitir-se a um contraente a recusa de prestar verificada alguma das circunstâncias de perda do benefício do prazo². Como é sabido, VAZ SERRA, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, procurou dotar a última norma de um alcance similar, mais amplo, ao das normas correspondentes de outros sistemas jurídicos³, sendo esta conceção seguida posteriormente por CALVÃO DA SILVA⁴ e por nós próprios⁵. É de lembrar que a doutrina, com boa receção na jurisprudência, construiu a base teórica que também permite aos credores resolverem o contrato por recusa categórica e antecipada de cumprimento, isto é, tendo a certeza e não a dúvida sobre o futuro inadimplemento.

5. Sobretudo nos *contratos preliminares*, devido à sua formação progressiva até ao contrato final, mas também em contratos sem uma

«Assim, designadamente, o facto de o imóvel se encontrar publicitado para venda fundamenta o risco de lesão grave e dificilmente reparável do direito do requerente vir a adquiri-lo – inclusive através do seu direito a obter a execução específica do contrato-promessa que, concretizando-se a venda, ficará irremediavelmente frustrado.» Os acórdãos sem fonte explicitada podem ver-se em www.dgsi.pt.

² Ver os arts. 607.º, 674.º e 725.º

³ Mais recentemente ver o art. 1220 do *Code Civil* sobre a chamada *exception d' inexécution anticipée*, as reflexões de LOCATELLO (2017), pp. 1319 e ss., e de HOUTCIEFF (2018), pp. 512-513, estas acerca do «controlo» do novo «poder unilateral» previsto na norma.

⁴ (1987), p. 33, n. 601.

⁵ (2011), pp. 148-149 e 274-275.

eficácia real consolidada (venda com reserva de propriedade), versando sobre bens absolutamente futuros ou com complexidade prestacional, juntando entrega e realização da prestação, deveres principais e deveres instrumentais (pensemos na atividade preparatória⁶, jurídica ou material, que antecede a própria celebração do contrato definitivo, a execução de um serviço especial de transporte, o prazo de realização de certas obras⁷ ou no dever de guarda e conservação do comodatário), ambos de cumprimento necessário, pode perguntar-se *qual o âmbito da tutela do credor que receie fundadamente o incumprimento*. A hipótese mais vulgar aqui em vista é a de um promitente vendedor estar em vias de não cumprir a vinculação, encetando, por ex., negociações com outros eventuais adquirentes (também o preferente, exercido o seu direito, pode ver perturbado o dever de contratar do obrigado). Poderá o credor, por antecipação preventiva, vir pedir judicialmente que o devedor⁸ seja condenado (por ação ou omissão) a *observar a obrigação infungível de não inviabilizar o dever negocial de contratar*⁹, de não perturbar a posição jurídica da sua contraparte (pensamos agora no adquirente com reserva de propriedade, no locatário com direito de opção ou no optante em geral e nos cessionários de uma cessão de bens) ou de atuar a chamada diligência preparatória ou instrumental?

6. Ou será que, como afirma JOANA FARRAJOTA¹⁰, avocando a doutrina tradicional, o «crédito surge como algo não merecedor de tutela

⁶ Sobre o incumprimento das obrigações «secundárias e acessórias», ver ANA PRATA (1995), pp. 656 e ss. e sobre o relevo dessas obrigações no contrato-promessa, ver os acórdãos do STJ de 14.07.2009 (Urbano Dias) e da RC de 18.03.2014 (Barateiro Martins). Para a distinção entre a obrigação instrumental e o comportamento exigido ao devedor condicional, ver ANA AFONSO (2014), pp. 252 e ss., e o acórdão da RL de 24.10.2013 (Ezagüy Martins). Todos os arestos podem ser vistos *in* www.dgsi.pt.

⁷ Ver o acórdão da RE de 30.10.1986 (Pereira Cardigos), CJ, XI, 4, 1986, p. 293.

⁸ A questão do terceiro, que tenha assediado o devedor, coloca outros problemas como o do abuso da liberdade contratual.

⁹ No acórdão da RC de 21.12.2010 (Gregório Jesus), é afirmado que «incumbe ao promitente vendedor *garantir* a transmissão do imóvel prometido» (itálico da nossa autoria).

¹⁰ (2015), p. 250. Na mesma página a jurista diz que «a lesão do crédito pelo devedor, pelo seu comportamento, pela sua vontade dolosa ou meramente negligente, é assim de certa forma encarada como uma *inevitabilidade* com a qual apenas se lidará *depois* de consumada» (itálicos da autora). Ver, igualmente, as pp. 244 e ss.

jurídica preventiva contra as lesões do devedor»? Como defendia SCOGNAMIGLIO¹¹, é de sustentar que não há norma que impeça o devedor de ameaçar o direito alheio? Se for sustentado que o credor não pode reagir por se entender que a liberdade do devedor tem como preço o direito de indemnização do credor e se a situação não estiver acautelada pela eficácia real do direito de crédito (pensamos no contrato-promessa¹² e no pacto de preferência), não podendo haver oponibilidade de um prévio registo e invocação da nulidade do negócio com um terceiro ou não se sufragando uma solução pelo abuso do direito ou apelando para a natureza dos contratos em causa (propriedade limitada do vendedor e privação dispositiva na cessão de bens aos credores), o credor *pode ou vai assistir à violação irremediável do seu direito ou ao comprometimento do seu interesse final*, tendo de contentar-se com uma tutela indemnizatória raramente adequada (onde nem sequer se poderá colocar a questão da remoção dos lucros obtidos) ou com uma resolução do contrato.

7. A visão das coisas será diversa se, pelo contrário, e como defendemos, colocarmos as partes, na fase anterior ao cumprimento, em determinada posição jurídica, com primazia para o direito de crédito existente e a afirmação para o devedor de uma «liberdade de não ser livre»¹³. Sendo viável, como nos parece, sufragar um *princípio geral de prevenção (com âmbito contratual e extracontratual)*, o qual, *hic et nunc*, outorgará ao credor uma espécie de legítima defesa contra um incumprimento definitivo, a dúvida *estará na seleção do melhor e mais adequado meio processual*, tendo em conta, desde logo, a valoração jurídica das obrigações de facto assumidas, explícita ou implicitamente, pelo devedor e não cumpridas

¹¹ *Apud* ALBANESE (2018), p. 370, n. 9. Também DE CUPIS é da opinião que uma aplicação demasiado ampla da tutela preventiva pode ter como efeito comprimir em demasia a liberdade do outro (*ibidem*).

¹² Não deixa de ser discutido se, subjacente à solução do art. 830.º do CC, existe uma obrigação fungível ou infungível. Para o problema, ver, no direito italiano e para a norma similar do art. 2932, E. FONSECA (2014), pp. 392 e ss., e SICLARI (2015), pp. 583 e ss. É curioso que VAZ SERRA chegou a propor, nos trabalhos preparatórios, uma norma (cfr. o art. 618.º, 3, no *BMJ*, n.º 101, 1960, p. 24) com uma solução em que estava prevista uma «medida cautelar», proibitiva da alienação, mas cujo âmbito era apenas a das promessas incidentes sobre «coisas para que não exista o registo».

¹³ PEDRO DE ALBUQUERQUE (2005), p. 484.

na fase anterior ao cumprimento final. O debate não pode deixar de considerar a teleologia, as virtualidades e limitações da *tutela provisória cautelar comum* (*maxime*, conservatória) em confronto com uma diferente *tutela definitiva* como é a chamada *tutela inibitória* (a *Unterlassungsklage*) ou tutela urgente *stricto sensu*¹⁴. Mas a questão também lida com a normal incoercibilidade das prestações infungíveis e a existência legal de uma importante via judicial de *coerção indireta* destinada precisamente a estimular o cumprimento dessas prestações. Diga-se, desde já, que o modo de funcionamento do art. 829.º-A exclui uma autotutela preventiva inibitória (por ex., aproveitando o mecanismo da chamada interpeção cominatória), pois não deixa de ser excecional e diverso o caminho seguido pelo legislador na Lei n.º 12/2019, de 12 de fevereiro, ao criar, no arrendamento, uma *intimação* assistida por uma sanção pecuniária tipicamente fixa.

8. Na tutela inibitória mais conhecida (pensemos no art. 878.º do CPC) pretende-se que sejam decretadas medidas adequadas a evitar a violação de um direito ameaçado ou a proibir a sua continuação, com o auxílio de uma sanção pecuniária compulsória. Existe, assim, por parte do requerido, um dever de abstenção duradouro, no caso com eficácia absoluta, pedindo o requerente que seja cumprido o dever de respeito pelos direitos alheios, com a finalidade de cessar a violação ou a ameaça ao direito. Esta tutela, com um perfil próximo da chamada tutela cautelar, pela sua urgência e pelo pressuposto de um perigo de lesão jurídica, está prevista no seio dos direitos de personalidade, dos direitos reais, na tutela dos direitos dos consumidores e no seio da propriedade intelectual e industrial, como pode ver-se pelos arts. 70.º, 2, do CC, 878.º e ss. do CPC, 1276.º e 1350.º do CC, 10.º da LDC (e Lei n.º 25/2004, de 8 de julho), 25.º e ss. do DL n.º 446/85 e 349.º e 356.º do CPI. Foi intensa a investigação de RUI PINTO¹⁵ a tentar separar ambas as tutelas constitutivas, dada a sua «afinidade funcional e conteúdo impositivo», discutindo a existência de um «monismo ou dualismo preventivos» e acabando por ligar a tutela cautelar instrumental ao perigo de uma ingerência danosa

¹⁴ TEIXEIRA DE SOUSA (2013), p. 7. O autor engloba na tutela inibitória os casos de «urgência-impossibilidade» e de «urgência-necessidade».

¹⁵ (2009), pp. 327 e ss., em especial as pp. 433 e ss.

irremediável e a *tutela inibitória autónoma ao mero perigo de ingerência ou ameaça de um ilícito*. Numa perspetiva material não é, contudo, fácil saber se, por ex., encetando o promitente vendedor ou o devedor da preferência negociações com um terceiro ou celebrando aquele um novo contrato-promessa, a ameaça violadora que fica a pesar sobre o dever de cumprir constitui *em si um ilícito* (ao agir contra a boa-fé o devedor compromete o cumprimento do dever de contratar), o mero *perigo de um ilícito* (o incumprimento) ou a *ameaça de uma lesão/dano grave* e dificilmente reparável de um direito. É verdade que RUI PINTO acaba por, aceitando o «dualismo preventivo», distinguir ambas as tutelas pelo seu fundamento, âmbito de aplicação e conteúdo das medidas¹⁶, chegando mesmo a dizer que «nem a acção inibitória é uma acção cautelar, nem a acção cautelar é acção inibitória»¹⁷. Claro que a questão também se prende com a possibilidade ou não de uma tutela cautelar antecipatória, com a inversão do contencioso previsto nos arts. 369.º a 371.º do CPC¹⁸. Parece, contudo, e tendo até em conta o exemplo do arresto dado por TEIXEIRA DE SOUSA¹⁹, que não pode um promitente comprador procurar, por antecipação, uma tutela definitiva no âmbito de uma providência cautelar inominada sem aptidão para regular em definitivo o conflito.

9. Mas, afinal, que conduta lesiva do devedor está em equação na fase antecedente ao cumprimento e que pode levar o credor a uma tutela preventiva? Tomando por referência o contrato-promessa, o promitente lesante viola uma obrigação negativa autónoma ou viola a própria obrigação principal? Em textos europeus e internacionais não vinculativos, mas com vocação aplicativa, está consagrado, como direito fundamental, o chamado *direito ao cumprimento* (ver os arts. 9:101 e 9:102 dos PECL e 7.2.1 e 7.2.2 dos Princípios UNIDROIT). No nosso direito positivo, embora o disposto no art. 798.º pareça esquecer esse direito fundamental, basta atentar no disposto nos arts. 406.º, 1, 762.º e 817.º do CC. P. MOTA PINTO²⁰ afirma que «o nosso direito opta... claramente pela

¹⁶ (2009), pp. 471 e ss.

¹⁷ (2009), p. 471.

¹⁸ Para essa função cautelar, ver R. LYNCE DE FARIA (2018), pp. 39 e ss.

¹⁹ (2013), p. 11.

²⁰ (2017), p. 73.

prioridade do cumprimento sem que apresente quaisquer traços da relevância da eficiência do não cumprimento...». Mesmo na reforma francesa da parte contratual do *Code Civil*, contra as vozes que entendiam ser desproporcionada e inconstitucional a execução específica das promessas unilaterais (*rectius*, pactos de opção), o legislador veio sancionar a revogação com a execução específica do contrato, proclamando, mesmo, nos arts. 1221 e 1341 que «o credor tem direito à execução da obrigação», à sua execução natural. Todo o dever jurídico específico não configura uma obrigação alternativa ou com faculdade alternativa, nem o incumprimento pode ser justificado por critérios de eficiência²¹. Na literatura jurídica é comum encontrar-se expressões sintomáticas dos deveres de cumprimento nas zonas contratuais que elegemos como objeto de análise. Se ANTUNES VARELA²² afirma que «a vontade de estipulação do acto prometido não era uma vontade *livre*, mas *vinculada*, uma vontade *cumprimento*» e se AGOSTINHO GUEDES²³ desenvolve a ideia de que o exercício positivo da preferência faz nascer um «*direito subjectivo ao contrato*», que sobre o obrigado recai o «dever de não comprometer a integridade ou efeito útil do direito de preferência» e que não existe liberdade do sujeito passivo para decidir não contratar com o preferente, também na venda com reserva de propriedade, RAUL VENTURA²⁴ afirma que «o vendedor, ao vender com reserva de propriedade, assume para com o comprador um dever de não vender ou por outro modo alienar a coisa». Para ANA PERALTA²⁵ na venda de um bem previamente alienado com reserva de propriedade são violados, pelo menos, os deveres acessórios de confiança e lealdade.

Vemos, assim, que, sobretudo, na área dos contratos preliminares existe uma *obrigação instrumental de omitir condutas que coloquem em risco o cumprimento da chamada obrigação principal*. Longe de se poder afirmar que o devedor não está obrigado a não ameaçar o direito de crédito, dizemos, pelo contrário, que sobre ele incide uma obrigação complexa

²¹ Ver P. MOTA PINTO (2017), pp. 73 e ss. O jurista releva a «supremacia natural e jurídica do cumprimento».

²² (2003), p. 336. Itálico do autor.

²³ (2006), pp. 596 e 582. Itálico do autor.

²⁴ (1983), p. 611.

²⁵ (1990), pp. 41-42, n. 116. Ver, no mesmo sentido, e quanto ao pacto de opção, ANA PRATA (2017), p. 104.

integrada por um *dever negativo duradouro de não ser comprometido o cumprimento final*, o que significa que uma conduta do devedor (já nos referimos a negociações desenvolvidas por um dos promitentes na pendência do contrato-promessa) pode ser uma *ameaça real, séria e iminente à lesão do direito da contraparte*. Essa conduta reduz a confiança existente, fragiliza o acordo, o dever de cumprir. Enquanto o direito de crédito não for definitivamente violado, não estamos, naturalmente, perante um incumprimento antecipado justificador de uma tutela sintónica (uma coisa é vender a B o que foi prometido a A, outra coisa é negociar com B essa venda) mas também não pode, por ex., o promitente-vendedor agir como se a lógica do contrato tivesse que ver com a conservação dos seus poderes dispositivos. Nos contratos com obrigações instrumentais, de cumprimento necessário ao cumprimento final, recai sobre o devedor o *dever positivo de preparar o cumprimento*, por ex., de solicitar os documentos necessários, de obter a aprovação de um projeto, de efetuar operações urbanísticas para o licenciamento das construções e a venda dos lotes²⁶ ou de viabilizar, protegendo, a entrega de um bem ou o início de uma obra. *E também agora a persistência de uma conduta omissiva não interrompida é suscetível de causar o dano maior, ou seja, o incumprimento*. O credor tem, assim, interesse, nuns casos, em «obrigar» o devedor a cumprir a atividade preparatória, necessária ao cumprimento e, noutros, em pedir que ele seja condenado a *cessar* a conduta de lesão iminente ao seu direito. Como afirma acertadamente GATT²⁷, o credor, face ao risco criado, atua sobre «a esfera de autonomia do devedor durante a fase preparatória da prestação». A defesa substantiva, nos quadros dos princípios do cumprimento, de uma tutela preventiva (que também alcança, como sabemos, a garantia geral), em detrimento de uma tutela sucedânea que proclame a liberdade negativa do devedor, requer, como já fomos dizendo, e na inexistência de uma autotutela eficaz, o *melhor meio processual* e a dúvida é, precisamente, a da escolha da tutela urgente mais adequada, sendo certo que a reação do credor deve ter em conta os indícios sérios da violação do seu direito e não propriamente a culpa (que pode existir como falta de diligência preparatória) ou o dano em concreto.

²⁶ Ver, *supra*, n. 6, os acórdãos citados da RC e da RL.

²⁷ (2006), p. 293.

10. Todos os direitos gozam de tutela adequada e o CPC não deixa de revelar nos seus arts. 2.º, 2, e 10.º, 3, o que CHIOVENDA já defendia. É certo que estamos a falar de uma certa tutela preventiva e também é verdade que o incumprimento das obrigações infungíveis não permite a sua execução específica, ressalvados os casos de existir uma obra (na violação de uma prestação negativa) ou de ser possível a fungibilidade jurídica prevista no art. 830.º O nosso direito conhece, contudo, meios de coerção indireta, como é o caso da sanção pecuniária compulsória, criados com o objetivo de «limitar» a incoercibilidade das obrigações infungíveis. Nos casos de que partimos, a tutela cautelar tem contra si a sua normal instrumentalidade e a inaptidão de normas como a do n.º 2 do art. 368.º do CPC ao avocar um juízo de proporcionalidade entre o prejuízo e o dano. Mesmo o fundamento material em que repousa – receio fundado de «lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito» –, levando-nos para uma ideia de «urgência-impossibilidade», entendida não em função de qualquer potencial de violação mas em função da demora na tutela definitiva do direito²⁸, não parece sintonizar-se com a ameaça de um ilícito (evitar, por ex., que o dever de contratar seja violado, inviabilizando a execução específica ou a ação de preferência), ou seja, com a necessidade de manter intacto o dever de cumprir. A celeridade e simplicidade processuais aqui exigidas levam-nos a pensar que mais adequada seria uma *tutela inibitória* (urgente *stricto sensu*), negativa e positiva, concebida, por adaptação, nos moldes previstos nos arts. 878.º e ss. do CPC ou tendo em conta a redação do art. 345.º do CPI. Sabemos, contudo, que o CPC não regula em geral a tutela inibitória e que esta parece ter um conteúdo essencialmente proibitivo. Como quer que seja, a norma-base da tutela preventiva do justo receio do incumprimento devia figurar no CC (817.º-A), refletindo materialmente, e por antecipação, a conexão com um meio tutelar ou inibitório. Processualmente, seria útil conceber, como alternativa à tutela cautelar comum, uma *genérica tutela inibitória* (uma espécie de «arresto» de condutas violadoras), mesmo contra terceiros²⁹, no seio dos direitos de crédito. No CC, como forma de autotutela preventiva, podia ser consagrada uma *interpelação cominatória* (intimação para não violar o dever ou cumprir os deveres

²⁸ TEIXEIRA DE SOUSA (2013), p. 7.

²⁹ Segundo GATT (2006), p. 312, inibir o terceiro é prevenir o dano contratual.

instrumentais) assistida por sanções pecuniárias fixadas razoavelmente pelo credor. Mas também seria conveniente, para alguns dos casos de que partimos, outorgar ao credor o exercício antecipado dos eventuais meios de realização coerciva do direito (execução específica).

Bibliografia

- Afonso, Ana, *A condição. Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, UCE, Porto, 2014.
- Albanese, Antonio, «La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali», *Europa e diritto privato*, 2, 2018, pp. 367-383.
- Albuquerque, Pedro de, «O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução», *Revista da Ordem dos Advogados*, II, ano 65, 2005, pp. 435-485.
- Faria, Rita Lynce de, «A tutela cautelar antecipatória no processo civil português – um difícil equilíbrio entre a urgência e a irreversibilidade», *Revista do CEJ*, I, 2018, pp. 39-63.
- Farrajota, Joana, *A resolução do contrato sem fundamento*, Almedina, Coimbra, 2015.
- Fonseca, Elena, «Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 2014, pp. 389-401.
- Frenda, Daniela, «Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'adempimento», *Europa e diritto privato*, 3, 2016, pp. 721-802.
- Gatt, Lucilla, «La tutela inibitoria del diritto al contratto», in *Studi in onore di C. M. Bianca*, III, Milano, 2006, pp. 269-312.
- Guedes, Agostinho, *O exercício do direito de preferência*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2006.
- Houtcieff, Dimitri, «L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant», *Revue des Contrats*, 3, 2018, pp. 505-513.
- Locatello, Davide Maria, «L'autotutela dilatoria anticipata nella prospettiva della riforma del code civil», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 2017, pp. 1319-1334.
- Peralta, Ana, *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990.
- Pinto, P. Mota, «Sobre a alegada “Superação” do Direito pela análise económica», *Católica Law Review*, I, n.º 2, 2017, pp. 59-93.
- Pinto, Rui, *A questão de mérito na tutela cautelar. A obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

- Prata, Ana, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina, Coimbra, 1995 (reimpressão em 2006).
- Prata, Ana, *Código Civil Anotado*. Volume I (artigos 1.º a 1250.º), Ana Prata (coord.), Almedina, Coimbra, 2017.
- Proença, J. C. Brandão, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- Siclari, Roberto, «Infungibilità: tra l dare e il fare», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2015, pp. 583-609.
- Silva, João Calvão da, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 1987.
- Sousa, Miguel Teixeira de, «As Providências Cautelares e a Inversão do Contencioso», Instituto de Estudos do Processo Civil, in <https://sites.google.com/site/ippcivil/recursosbibliograficos/>, 2013.
- Varela, J. Antunes, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., revista e atualizada, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003.
- Ventura, Raul, «O contrato de compra e venda no Código Civil. Efeitos essenciais do contrato de compra e venda: a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa», *Revista da Ordem dos Advogados*, III, ano 43, 1983, pp. 587-643.

Tutela de credores e medida de resolução*

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

1. Primeiras palavras

Congregamo-nos, nestes *II Encontros de Direito Civil*, em torno da tutela dos credores. Perante um tema tão genérico, propusemo-nos falar da *tutela dos credores no quadro de aplicação de uma medida de resolução*. O tema escolhido não se autoexplica. Antes requer uma explicação prévia. Na verdade, a aplicação de uma medida de resolução implica que sejam chamados a responder pelos prejuízos, em primeiro lugar, os acionistas e, em segundo lugar, os credores, segundo a hierarquia dos seus créditos. Falar de medida de resolução implicaria, portanto, falar da concretização de um risco dos credores e não de tutela dos mesmos, em consonância, aliás, com uma lógica de *bail-in* que subjaz à intencionalidade da disciplina que assim se convoca. Só que a responsabilidade dos credores (que aqui não tem qualquer conexão com a responsabilidade civil) conhece limites. São esses limites que traçam o círculo de tutela que o ordenamento jurídico não pode deixar de lhes reconhecer.

De facto, a medida de resolução, qualquer que ela seja (há, na verdade, várias medidas de resolução e não apenas uma – 145.º/1 do RGICSF), e independentemente de prosseguir finalidades meritórias – assegurar a continuidade da prestação de serviços financeiros, prevenir o ocorrência de consequências graves para a estabilidade financeira,

* O texto que agora se publica corresponde, sem grandes alterações, à comunicação que proferimos nos *II Encontros de Direito Civil*, que tiveram lugar na Universidade Católica Portuguesa, no dia 22 de fevereiro de 2019, e que tiveram por tema genérico *A tutela dos credores*. Compreende-se, nessa medida, o carácter tópico com que algumas matérias complexas são abordadas. Para outros desenvolvimentos, não consentâneos com a intenção de fidelidade às palavras proferidas no referido dia 22 de fevereiro, remetemos para outros estudos: BARBOSA (2019-1), pp. 121 s.; BARBOSA (2019-2), pp. 337 s. Veja-se, ainda, BARBOSA (2016); BARBOSA (2016-2). Note-se que alguns dados normativos foram entretanto atualizados em função de alterações legislativas ocorridas posteriormente ao congresso a que nos referimos e no qual participámos.

nomeadamente prevenindo o contágio entre entidades, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público, proteger os depósitos que estejam garantidos pelo Fundo de Garantia dos Depósitos, proteger os fundos e os ativos detidos pelas instituições de crédito em nome e por conta dos seus clientes – tem sempre um carácter gravoso. Importa, por isso, circunscrevê-la dentro de determinados limites que, traçando a tutela do credor, garantam a própria constitucionalidade do sistema.

Nas páginas que se seguem, ofereceremos um quadro dos limites a que nos referimos.

2. Os mecanismos de tutela do credor

No quadro de uma medida de resolução, os credores são chamadas a suportar os prejuízos conforme a hierarquia dos seus créditos. Isto significa que quem está do lado ativo da relação jurídica é chamado a arcar com os prejuízos de acordo com o risco que previamente assumiu ao ter celebrado um negócio de natureza bancária com a instituição objeto da medida de resolução.

Este simples dado tem consequências de não pequena monta.

Em primeiro lugar, deixa de fazer sentido a oneração do sujeito com um determinado prejuízo correspondente à graduação do seu crédito se o negócio que esteve na base da vinculação não for válido. Se o legislador se preocupou em, na busca dos interesses prosseguidos por via da medida de resolução, garantir uma justa distribuição do risco de insolvência, essa justeza é incompatível com a vinculação forçada de um sujeito que de outro modo se poderia liberar, com eficácia retroativa, da relação com a instituição financeira. Em última instância, o seu crédito – resultante da relação de liquidação, subsequente à invalidação do negócio – corresponderia a um depósito (não obstante a diferença entre o depósito bancário e o negócio bancário inicial de abertura de conta, que aqui não tenho tempo de explicar), sendo graduado a outro nível.

Em segundo lugar, de acordo com o artigo 145.º-D/1, c), do RGI-CSF, nenhum credor pode ser colocado em pior situação do que aquela em que se encontraria se a instituição tivesse entrado em liquidação no momento da aplicação da medida de resolução. Este princípio *no creditor worse off* é, aliás, apontado como uma garantia da constitucionalidade do regime. Caso se apure uma diferença entre os prejuízos que

suportariam se a instituição tivesse entrado em liquidação e aqueles que efetivamente suportam, os credores têm direito ao pagamento do montante correspondente à diferença, a ser suportado pelo Fundo de Resolução, nos termos do artigo 145.º-H/16 do RGICSF.

Em terceiro lugar, somos chamados a respeitar o sinalagma estabelecido, bem como a acessoriedade do crédito, conforme resulta do artigo 145.º-O/6 do RGICSF. A eventual transferência parcial dos direitos e obrigações para a instituição de transição não deve prejudicar a cessão integral das posições contratuais da instituição de crédito objeto de resolução, com transmissão das responsabilidades associadas aos elementos do ativo transferidos. De notar que o sinalagma a que o preceito se refere deve ser compreendido não de forma unívoca, mas de forma complexa (integrando também complexos contratuais e contratos complexos), dado que vem permitir resolver muitas questões problemáticas. De outra forma, na verdade, os credores poderiam ser chamados a suportar os prejuízos não segundo o risco que foi assumido, mas de forma mais gravosa.

Por fim, teremos de ter em conta a hierarquia de créditos de cada um dos credores da instituição financeira. Torna-se, assim, fundamental, na busca do equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses dos credores e da estabilidade do mercado financeiro, olhar para a ordem de preferências legalmente estabelecida. Para tanto, há que mobilizar o regime legal da liquidação das instituições de crédito, previsto no Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de outubro, alterado pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro¹.

Até março de 2019, nada se dispoñdo no DL n.º 199/2006 acerca da hierarquia de créditos, teríamos de aplicar o CIRE. Nos termos do artigo 47.º/4 do CIRE, podemos distinguir diversas categorias de créditos: créditos garantidos, créditos privilegiados, créditos comuns e créditos subordinados. Os *créditos garantidos* são os que beneficiam de uma garantia real, incluindo os privilégios creditórios especiais, até ao montante correspondente ao valor dos bens objeto das garantias, tendo em conta eventuais onerações prevalecentes². Os *créditos privilegiados*, por

¹ Sobre o ponto, cf. LEITÃO (2015), pp. 88 s.; LABAREDA (2009), pp. 126 s. A este propósito, deve esclarecer-se que as instituições de crédito e sociedades financeiras dissolvem-se por revogação da autorização nos termos do artigo 22.º do RGICSF ou por deliberação dos sócios.

² Cf. LEITÃO, (2015), pp. 100 s. Entre as garantias reais, explica o autor, encontram-se a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o direito de retenção, os privilégios

seu turno, são os que beneficiam de privilégios creditórios gerais³, até àquele montante, enquanto os *créditos comuns* são os que, não sendo garantidos, privilegiados, nem subordinados, oneram a massa insolvente. Uma quarta categoria é composta pelos *créditos subordinados*. Conforme resulta do artigo 177.º do CIRE, eles são pagos apenas depois de satisfeitos os restantes créditos⁴; e encontram-se elencados no artigo 48.º do CIRE. São eles: os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respetiva aquisição, e por aqueles a quem tenham sido cedidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; os juros dos créditos não subordinados constituídos após a declaração de insolvência, com exceção dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor do bem; os créditos cuja subordinação tenha sido convencionada pelas partes⁵; os créditos que tenham por objeto prestações do devedor a título gratuito; os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má-fé; os juros dos créditos subordinados constituídos após a declaração de insolvência; os créditos por suprimimento.

creditórios especiais. Segundo o civilista, embora a penhora e a hipoteca judicial possam ser qualificadas como direitos reais, elas não relevam para efeitos de qualificação do crédito como garantido, uma vez que a preferência que atribuem não é atendida no processo de insolvência (cf. artigo 140.º/3 do CIRE). Veja-se, ainda, p. 102. MENEZES LEITÃO sublinha que os créditos garantidos são pagos após terem sido deduzidas as importâncias necessárias à satisfação das dívidas da massa insolvente (174.º/1) e têm “direito a ser compensado(s) pelo prejuízo causado pelo retardamento da alienação do bem objeto da garantia que lhe não seja imputável, bem como pela desvalorização do mesmo resultante da sua utilização em proveito da massa insolvente (166.º)”.

³ Para exemplos de privilégios creditórios gerais, cf. LEITÃO, (2015), pp. 102-103 (exemplo: artigos 736.º do CC; 737.º, *a*, *b*, *c* e *d*) do CC; 111.º do CIRS; 108.º do CIRC; 333.º do CT).

⁴ Além disso, os créditos subordinados não conferem direito de voto na assembleia de credores, não permitem ao titular integrar a comissão de credores e não podem ser compensados com dívidas à massa – cf. LEITÃO, (2015), pp. 103-104

⁵ A este propósito, cf., novamente, LEITÃO (2015), p. 107. Segundo o autor, se é admissível, ao abrigo da autonomia privada, a convenção de subordinação, sem que isso viole o artigo 809.º do CC, já pode ser duvidoso que ela possa ser aposta a um contrato celebrado com base em cláusulas contratuais gerais, nos termos dos artigos 18.º, *c*) e 21.º, *h*), do Decreto-Lei n.º 446/85.

Na aplicação de uma medida de resolução, a entidade com poderes de resolução não poderá deixar de ter em conta esta hierarquia. Assim, e porque, se não houvesse intervenção, a consequência seria a liquidação da sociedade financeira e, no âmbito desta, os credores subordinados seriam os últimos a obter o pagamento dos seus créditos, em obediência aos princípios norteadores da aplicação da medida, são eles os que primeiramente deveriam sofrer os prejuízos. Em rigor, há, aliás, determinados créditos excluídos da transmissão que coincidem com créditos subordinados, quando em causa esteja a transmissão de ativos e passivos para uma instituição de transição.

O busílis da questão residia, porém, nos créditos comuns. Se em termos de eficácia da medida de resolução pode ser imprescindível diferenciar credores comuns, do ponto de vista jurídico isso colocava um problema acrescido em matéria de cumprimento do princípio da igualdade.

Na verdade, havendo um processo de insolvência (e deixando agora de lado o mundo financeiro), os credores comuns são pagos depois dos credores garantidos e dos credores privilegiados. Não havendo bens no património do devedor para serem penhorados até ao limite dos créditos comuns, proceder-se-á a um rateio entre os credores que se situam nesta categoria e eles são pagos na proporção dos seus créditos. Tal disciplina, contida no artigo 176.º do CIRE garante, nesta circunstância, o cumprimento do princípio da igualdade. No quadro de uma medida de resolução, as obrigações que se mantenham na instituição de origem, muito provavelmente, não serão cumpridas; as obrigações que transitem para a instituição criada *ex novo* poderão ser cumpridas, como se nenhuma perturbação as tivesse atingido. Ora, se é certo que o credor pode livremente decidir que obrigação cumpre primeiro, não é verdade que a mesma lógica se aplique em processos de insolvência, de liquidação e, recentemente, no tocante às medidas de resolução. A seleção entre credores comuns configuraria, assim, um atentado a uma ideia de igualdade. Não colhe, para uma eventual argumentação noutro sentido, a ideia de que o credor cujo crédito se mantém na instituição de origem não sofrerá um prejuízo maior do que aquele que sofreria se a instituição tivesse entrado em liquidação. É que, se tivermos em conta a situação concreta que resulta da aplicação da medida de resolução, facilmente perceberemos que, se o princípio *no creditor worse off* garante a salvaguarda do direito de propriedade, entendido na amplitude com que é perspectivado do ponto

de vista do direito constitucional, ele não é suficiente para assegurar a igualdade de tratamento dos diversos credores que se encontram no mesmo patamar, tendo em conta a hierarquia dos créditos. Se a medida de resolução se traduzir na transmissão de parte dos ativos e passivos para uma instituição de transição, facilmente se percebe que os créditos transmitidos poderão vir a ser cumpridos, enquanto aos que se mantêm no banco “resolvido” outro destino não lhes resta senão obter aquilo que a massa liquidatória facultar, que, se for inferior ao que se obteria se, no momento da aplicação da medida de resolução, a instituição financeira tivesse entrado em liquidação, é elevado até este montante.

O quadro normativo altera-se ligeiramente a partir de março de 2019. Dispõe o novo artigo 8.º-A, DL n.º 199/2006, introduzido pela Lei n.º 23/2019, que «os créditos comuns emergentes de instrumentos de dívida que preencham cumulativamente as condições previstas no n.º 2 e que tenham sido emitidos ou celebrados pelas entidades referidas no n.º 3 são pagos em insolvência depois de integralmente pagos os demais créditos comuns e antes de serem pagos os créditos subordinados, na proporção dos respetivos montantes se a massa for insuficiente para a respetiva satisfação integral, não se aplicando o disposto no artigo 176.º do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março. A graduação de créditos prevista no número anterior é aplicável aos créditos emergentes dos instrumentos de dívida que preencham cumulativamente as seguintes condições: *a)* o prazo de vencimento inicial dos instrumentos de dívida ser igual ou superior a um ano; *b)* os instrumentos de dívida não incorporam instrumentos financeiros derivados, nem são eles próprios instrumentos financeiros derivados; *c)* as disposições contratuais aplicáveis aos instrumentos de dívida e, se aplicável, o respetivo prospecto referem expressamente que, em caso de insolvência, a graduação dos créditos emergentes dos instrumentos de dívida é a prevista no presente artigo. Esclarece-se no preceito que “o disposto nos números anteriores é aplicável aos instrumentos de dívida de entidades que, à data da emissão ou celebração, sejam instituições de crédito, empresas de investimento que exerçam as atividades previstas nas alíneas *c)* ou *f)* do n.º 1 do artigo 199.º -A do RGICSF, com exceção do serviço de colocação sem garantia, ou entidades referidas no n.º 1 do artigo 152.º do RGICSF” e que, “para efeitos do disposto nos números anteriores, são instrumentos

de dívida as obrigações, outros valores mobiliários representativos de dívida e quaisquer instrumentos que criem ou reconheçam um direito de crédito”. Mais se refere que “os instrumentos de dívida com taxas de juro variáveis indexadas a taxas de referência amplamente utilizadas e os instrumentos de dívida que sejam denominados em moeda diferente do euro, desde que o capital e os juros sejam denominados na mesma moeda e que o reembolso do capital e o pagamento dos juros seja feito nessa mesma moeda, não incorporam instrumentos financeiros derivados para efeitos do disposto na alínea *b*) do n.º 2 apenas em virtude destas características”.

O preceito vem alterar a hierarquia de credores e determinar a não aplicação do artigo 176.º do CIRE relativamente aos créditos previstos no seu n.º 2. Trata-se de créditos comuns, diferenciados dos demais, que escapam assim à garantia da *par conditio creditorum*. Isto não significa, porém, que se afaste o princípio da igualdade do seio da resolução bancária.

Desde logo, a não aplicação do preceito do CIRE fica limitada aos créditos que ali se especifiquem; por outro lado, tutela-se a confiança dos credores, já que um dos requisitos da nova colocação hierárquica é que as disposições contratuais aplicáveis aos instrumentos de dívida e o respetivo prospeto refiram expressamente que, em caso de insolvência, a graduação dos créditos é a prevista no artigo 8.º-A do DL n.º 199/2006.

Ora, o próprio CIRE acaba por admitir derrogações ao princípio da igualdade, que não o afetam na sua materialidade, já que o pagamento dos créditos, no quadro da insolvência, pode ser regulado num plano que, afastando as normas do diploma, pode afetar por forma diferente a esfera jurídica dos interessados, desde que tal seja expressamente autorizado no título do código que regula o plano da insolência ou consentido pelos visados. Admitem-se, assim, diferenciações entre credores, desde que sejam justificadas por razões objetivas. Entre essas razões, a nossa jurisprudência tem vindo a considerar quer a classificação do crédito quer a finalidade e a fonte do mesmo⁶. Simplesmente, o tratamento mais desfavorável de um credor relativamente a outros em idêntica situação depende do consentimento do credor afetado, donde não será possível

⁶ Cf. Ac. Tribunal da Relação de Coimbra de 25/6/2013; 24/6/2014; Relação do Porto de 19/9/2013, *inter alia*.

encontrar aqui um ponto de apoio para sustentar soluções atentatórias do princípio da igualdade noutras hipóteses.

Em sede de aplicação de uma medida de resolução, se não está em causa o acordo do credor no momento da aplicação da medida, não é menos verdade que, ao constar a graduação do crédito no prospeto e nas disposições contratuais, aquilo a que se assiste é à celebração de um contrato nos termos do qual o crédito, embora comum, será graduado abaixo dos restantes créditos comuns. Refira-se, aliás, que a regra vale também no quadro de uma liquidação de uma instituição bancária. É, no fundo, a tutela da confiança e a vontade do credor subjacente à contratação que garantem a conformidade da disciplina com o princípio da igualdade.

Não cremos que contra este entendimento possa depor a ideia segundo a qual não seria admissível a aposição de uma cláusula de subordinação num contrato nos termos dos artigos 18.º, c) e 21.º, h), DL n.º 446/85⁷, quando em causa estivesse um contrato de adesão. É que em causa não está a exclusão ou a limitação da responsabilidade pelo não cumprimento, mas a disciplina da responsabilidade patrimonial que com a responsabilidade contratual não se confunde. Do mesmo modo, não se pode invocar contra o entendimento o artigo 809.º do CC⁸, já que a garantia se mantém, ainda que o acesso a ela seja diverso.

Mas, se assim, se é a vontade e a confiança que garantem a conformidade da disciplina com o princípio da igualdade, então, não se poderá extrair daqui o afastamento do princípio da igualdade do seio da aplicação de uma medida de resolução, de tal modo que, se o contrato subjacente a um determinado crédito não for válido, porque o crédito subsequente é o que resulta da relação de liquidação (constituída por força da eficácia retroativa da invalidade) e não o crédito originariamente contratado, a limitação do artigo 8.º-A do DL n.º 199/2006 deixa de ser aplicável.

Uma última nota para referir que a Lei n.º 23/2019, de 13 de março, vem igualmente reforçar a garantia dada aos depósitos, nos termos do novo n.º 5 e n.º 6 do artigo 166.º-A do RGICSF, passando a

⁷ Cf. LEITÃO (2015), p. 107.

⁸ Veja-se, ainda, DIAS (2003), 917, considerando que a lei portuguesa não admite a subordinação de créditos por acordo das partes. Note-se, porém, que a autora tem o cuidado de acrescentar a ideia de que, pelo menos, não o permite com eficácia *erga omnes*.

gozar de privilégios creditórios gerais sobre os bens móveis da instituição de crédito e de privilégios especiais sobre os bens imóveis próprios da instituição⁹.

3. O princípio da igualdade nas relações entre privados: do tratamento igualitário à igualdade

O que ficou dito, que nos permite ter em conta o leque de mecanismos de tutela dos credores no quadro de uma medida de resolução, motivava-nos para uma breve reflexão acerca do princípio da igualdade no seio das relações entre privados.

O direito privado, que regula as relações entre credores e devedores, é profundamente desigualitário. Falar de princípio da igualdade a este nível é problemático e requer ponderação¹⁰.

De facto, no período de formação do negócio jurídico, descontados que sejam os casos de discriminação que afetem bens da personalidade e que, como tal, devam ser considerados ilícitos, não se consegue des-cortinar um princípio de igualdade entre os potenciais contraentes. Simplesmente, esse princípio de tratamento igualitário – que naquela fase conhece o seu âmbito mínimo – parece ir-se dilatando no quadro da execução do contrato e, no que respeita à responsabilidade patrimonial,

⁹ Sobre o ponto, cf. LEITÃO (2015), pp. 100 s. Esclarece o autor que há determinadas garantias reais que se extinguem com o processo de insolvência, pelo que os respetivos titulares não são considerados credores garantidos. Assim, cf. artigo 97.º/1, *a*), do CIRE – os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, constituídos mais de doze meses antes do início do processo de insolvência; 97.º/1, *b*), do CIRE – os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, vencidos mais de doze meses antes da data do início do processo; artigo 97.º/1, *c*), do CIRE – as hipotecas legais cujo registo haja sido requerido dentro dos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência, e que forem acessórias de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social; artigo 97.º/1, *d*), do CIRE – as garantias reais sobre imóveis e móveis sujeitos a registo integrantes da massa insolvente, acessórias de créditos sobre a insolvência, e já constituídas, mas ainda não registadas nem objeto de pedido de registo; artigo 97.º/1, *e*), do CIRE – as garantias reais sobre bens integrantes da massa insolvente acessórias de créditos havidos como subordinados. O artigo 97.º do CIRE deixa de ser aplicável aos depósitos previstos no n.º 5 do artigo 166.º-A do RGICSF.

¹⁰ CORDEIRO (1991), pp. 111 s.

o artigo 604.º/1 do CC dispõe que, “não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos”. Tendo em conta o preceito, MENEZES CORDEIRO sustenta que “deve considerar-se a hipótese de existir, no direito privado, um princípio jurídico que obrigue ao tratamento igualitário das pessoas, designadamente no que toca ao cumprimento das obrigações. Na verdade, segundo o clássico direito das obrigações, assistir-se-ia à satisfação rateada dos direitos dos credores quando, no domínio da responsabilidade patrimonial, se verifique a insuficiência dos bens do devedor para efetivar todos os débitos – artigo 604.º/1, do Código Civil”¹¹.

Esta igualdade é, porém, muito limitada. Por um lado, pode ser afastada ou por vontade dos sujeitos, que poderão acordar a constituição de garantias do crédito contratado, ou por determinação legal, caso as garantias especiais decorram de uma norma legal. Por outro lado, o artigo 615.º/2 do CC determina que “o cumprimento de obrigação vencida não está sujeita a impugnação [pauliana]”. Quer isto dizer que, se o devedor de mais do que um credor decidir cumprir a obrigação em relação a um e não em relação a outro, não é possível ao outro credor impugnar o ato de cumprimento ainda que *a)* o seu crédito seja anterior ao ato ou, sendo posterior, este tenha sido realizado dolosamente para impedir a satisfação do crédito; *b)* resulte do ato a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do crédito ou o agravamento dessa impossibilidade. Haverá, contudo, a possibilidade de impugnar o ato de cumprimento de uma obrigação se esta ainda não for exigível (ainda não tiver vencido) ou se se tratar de uma obrigação natural¹².

Daqui se depreende que a igualdade entre credores existe na medida em que seja idêntica a sua posição relativamente ao património do devedor, e que qualquer preferência pode ser estabelecida no quadro da autonomia negocial que ambos detêm, o que significa, afinal, que, uma vez mais, a igualdade cede perante a liberdade de conformação da relação obrigacional. No mais, continua a haver a possibilidade de, existindo diversos créditos, o devedor optar aquele que quer cumprir. E se é certo que tal possibilidade se constrange perante a consequência de

¹¹ CORDEIRO (1991), p. 110.

¹² Sobre o ponto, cf., novamente, CORDEIRO (1991), p. 110.

agravamento da impossibilidade de cumprir o outro crédito, no caso das obrigações não vencidas ou das obrigações naturais, não é menos seguro que a prova dos requisitos da impugnação pauliana é de sempre difícil obtenção. Além disso, outra conclusão pode ser extraída: a igualdade de que se fala, a este nível, não significa a igual dignidade dos credores enquanto seres humanos, mas resulta da igual proteção que merecem em face do património do devedor¹³. É por isso compreensível que – se o que está em causa são mecanismos de tutela do credor em face da garantia geral do seu crédito – elas assumam especial relevância em face da impossibilidade para cumprir por parte do devedor.

Entende-se, portanto, que, se no tocante à fase de execução da obrigação a igualdade já se agiganta relativamente à que vigora no campo da celebração dos negócios jurídicos, ela assuma importância crescente num quadro de insolvência do devedor. Importa, aliás, notar que no âmbito da insolvência não estamos, apenas, diante de uma relação que une credor e devedor, mas no seio de uma relação que passa a incluir terceiros. O mesmo se poderá dizer quando seja aplicada uma medida de resolução a uma instituição bancária ou a uma sociedade financeira, domínio onde, em rigor, lidamos inclusivamente com normas de direito público.

A este propósito, MENEZES CORDEIRO diz-nos que “há que obstar ao arbítrio, devendo o igual ser tratado por igual e o diferente de modo diferente, consoante a medida da diferença. Em certas zonas, contudo, a igualdade resume-se a conceder a todos uma área de arbítrio: pense-se na liberdade contratual. Por isso, o princípio do tratamento igualitário varia na razão inversa da liberdade de produção de efeitos jurídicos: mínimo na conclusão dos contratos, ele será máximo na execução das obrigações”¹⁴.

O que assim fica expresso torna-se translúcido se atentarmos, como sugerido anteriormente, no regime da insolvência. Este visa a satisfação igualitária dos direitos dos credores, não sendo admissível a concessão de vantagens especiais a qualquer deles a partir do momento em que a situação de insolvência do devedor venha a ser conhecida¹⁵.

¹³ CORDEIRO (1991), p. 114

¹⁴ CORDEIRO (1991), p. 113.

¹⁵ Cf. LEITÃO (2015), pp. 287 s.

Daí que, nos termos do artigo 120.º do CIRE, possam ser resolvidos em benefício da massa insolvente os atos prejudiciais à massa praticados dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência, considerando-se prejudiciais os atos que frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência. Exige-se, de acordo com o n.º 4 do citado preceito, que haja má-fé do terceiro, “a qual se presume quanto a atos cuja prática ou omissão tenha ocorrido dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência e em que tenha participado ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o insolvente”. Os atos previstos no artigo 121.º do CIRE são, contudo, suscetíveis de resolução independentemente da verificação de quaisquer requisitos. Esta solução conservatória do património que responde pelas dívidas do insolvente dispensa a ação pauliana em relação aos atos praticados pelo devedor cuja resolução haja sido declarada pelo administrador de insolvência, e as ações de impugnação pauliana pendentes à data da declaração de insolvência ou propostas ulteriormente não serão apensas ao processo de insolvência e só prosseguirão se a resolução vier a ser declarada ineficaz, de acordo com o disposto no artigo 127.º do CIRE¹⁶.

No mais, a igualdade entre os credores da massa insolvente é garantida por via do sistema *par conditio creditorum*. Nos termos do artigo 176.º do CIRE, o pagamento aos credores comuns tem lugar na proporção dos seus créditos, se a massa for insuficiente para a respetiva satisfação integral¹⁷. Note-se que a questão do rateio apenas se coloca em relação ao pagamento de créditos que tenham o mesmo grau, sem que isso afete o princípio da igualdade, já que o que ele impõe é o tratamento igual do que é igual, e desigual do que é desigual¹⁸. Por outro lado, este

¹⁶ Sobre o ponto, cf. CORDEIRO (2015), pp. 345 s.

¹⁷ Veja-se, ainda, no tocante à graduação dos créditos e à influência que isso tem em matéria de pagamento de credores, os artigos 174.º, 175.º, 177.º do CIRE.

¹⁸ Em rigor, o princípio da igualdade não seria afetado por um sistema assente no princípio da prioridade, que atribuísse ao credor que obteve primeiro a penhora uma preferência em relação aos demais credores que não sejam titulares de garantias reais. Nesse sentido, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de março de 2015, considerando que a alternativa entre o sistema assente no princípio da prioridade e o sistema assente no princípio da igualdade não corresponde a uma oposição entre igualdade e desigualdade. Sobre o ponto, cf., ainda, SERRA (2009), pp. 150 s.

princípio da igualdade (*Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung/Prinzip der Gleichbehandlung*) acaba por ter reflexos a outros níveis da disciplina falimentar¹⁹.

No tocante às medidas de resolução, embora nada se disponha no RGICSF, é possível chegar a um entendimento revelador da mesma ideia de igualdade entre os credores. Na verdade, e como já tantas vezes referimos, entre os que são chamados a suportar os prejuízos contam-se, segundo uma ordem definida pelo legislador, nos termos do artigo 145.º-D, n.º 1, als., *a*) e *b*), do RGICSF, os acionistas da instituição financeira objeto da medida de resolução e os credores da instituição financeira, em condições equitativas e de acordo com a hierarquia das várias classes de credores.

Não obstante o que ficou dito acerca destas duas realidades – a insolvência e as medidas de resolução –, não se ignora que o CIRE acaba por admitir derivações ao princípio da igualdade. De facto, o pagamento dos créditos, no quadro da insolvência, pode ser regulado num plano que, afastando as normas do diploma, pode afetar por forma diferente a esfera jurídica dos interessados. Tal tem de ser expressamente autorizado no título do código que regula o plano da insolvência ou consentido pelos visados. Nesse contexto, o artigo 194.º/1 do CIRE admite diferenciações entre credores, desde que sejam justificadas por razões objetivas, como vimos. Simplesmente, o tratamento mais desfavorável de um credor relativamente a outros em idêntica situação depende do consentimento do credor afetado, donde não será possível encontrar aqui um ponto de apoio para sustentar soluções atentatórias do princípio da igualdade no quadro de aplicação de uma medida de resolução. Idênticas derivações parecem agora ser admitidas, em face da Lei n.º 23/2019 em relação à medida de resolução.

Sobre o ponto, cf. CORDEIRO (2015), pp. 243 s. Veja-se, com importância, págs. 246 s., onde o autor refere as consequências da *par conditio creditorum*: a igualdade entre os credores, independentemente da antiguidade dos seus créditos; a manutenção dessa igualdade, independentemente das iniciativas processuais dos credores; a necessidade de rateio, no caso de insuficiência para cobrir todos os créditos (já que “a proporcionalidade no prejuízo, já existente, [...] dá margem à igualdade”); o ressurgimento da *par conditio* dentro de cada categoria de credores privilegiados.

¹⁹ Pense-se, por exemplo, no artigo 140.º/3 do CIRE.

O que assim fica explícito – a propósito das situações de insolvência e de saneamento bancário (de que a medida de resolução com transmissão de parte dos ativos e passivos para uma instituição de transição é exemplo paradigmático) – repete a solução contida no artigo 604.º do CC e mostra que, ocorrendo uma situação de insuficiência da garantia patrimonial, avulta maior uma ideia de igualdade entre os credores. Esta igualdade, porém, é uma igualdade que só se compreende por referência ao património daquele.

Tal património assume destaque no plano obrigacional como garantia geral da relação creditícia, embora inexista um direito do(s) credor(es) ao património do devedor. Ele é, nas palavras de MOTA PINTO, “um conjunto atomístico de relações jurídicas e não uma unidade”²⁰. Isto faz com que, ocorrendo a lesão de um interesse patrimonial, não acompanhada da violação de um direito dotado de proteção absoluta, não seja ressarcível o prejuízo sofrido pelo lesado, que se vê, assim, onerado por aquilo que se chama um dano puramente patrimonial²¹. Se não existe um direito de cada um ao seu próprio património, também não se poderá falar de um direito dos credores ao património do devedor. Não obstante, enquanto garantia geral das obrigações, aquele património é tutelado de modo a salvaguardar a posição do credor. Encontramos no direito civil vários afloramentos desta ideia. Assim, podemos, desde logo, pensar na impugnação pauliana consagrada no artigo 610.º do CC, a que já fizemos referência. Nos termos deste preceito, “os atos que envolvam diminuição da garantia patrimonial do crédito e não sejam de natureza pessoal podem ser impugnados pelo credor, se ocorrerem as seguintes circunstâncias: *a*) ser o crédito anterior ao ato ou, sendo posterior,

²⁰ PINTO (2005), 346. A este propósito, veja-se, ainda, CORDEIRO (2015), 234 s., considerando que não existe um direito ao património do devedor e falando das teorias intrínsecas e extrínsecas de compreensão do património como a garantia geral das obrigações.

²¹ Sobre o ponto, cf., com amplas referências bibliográficas, BARBOSA (2005). Sublinhe-se, porém, que vários têm sido os expedientes forjados para, em determinadas situações, se tentar ressarcir o lesado. Aspeto particularmente interessante é o problema da eventual responsabilidade dos bancos pela concessão de crédito, perante os credores da empresa financiada, uma vez que esses mesmos credores, em face da nova concessão de crédito, podem ver a sua garantia patrimonial diminuída. Sobre a questão, cf. ALMEIDA (2000). Acerca da responsabilidade bancária (ou responsabilidade profissional do banqueiro), cf. CORDEIRO (2015-2), pp. 316 e, com desenvolvimento, 414 a 443. Veja-se, também, SÁ (2008), parte II, Responsabilidade bancária: dever de informação – corte de crédito, pp. 57 s.

ter sido o ato realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor; *b*) resultar do ato a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito, ou o agravamento dessa impossibilidade^{22/23}. É também por reconhecer a necessidade de proteger a posição do credor em face do património do devedor que o ordenamento jurídico lhe atribui legitimidade para arguir a nulidade dos atos praticados pelo devedor, quando feridos por este tipo de invalidade. Do mesmo modo, as regras atinentes à transmissão de dívidas e à cessão da posição contratual²⁴ explicam-se com base na necessidade de tutela do credor. E, do ponto de vista falimentar, os artigos 120.º e ss. do CIRE parecem cumprir a mesma teleologia²⁵.

A ideia de igualdade perante os credores compreende-se, portanto, enquanto igualdade perante a garantia do crédito. Percebe-se, por isso, que ela avulte maior diante de situações em que seja posta em causa a possibilidade de executar essa mesma garantia.

²² Refira-se que, nos termos do artigo 612.º do CC, o ato oneroso só está sujeito à impugnação pauliana se o devedor e o terceiro tiverem agido de má-fé; já se o ato for gratuito, a impugnação procede ainda que os contraentes tivessem de boa-fé.

²³ Interessante a este ensejo é questionar se o ato de concessão de crédito a uma empresa pode ser impugnado paulianamente. De acordo com CORDEIRO (2008), pp. 360 s., não será possível, porque os credores não veem agravada a possibilidade de conseguir obter a satisfação do seu crédito diretamente por causa do empréstimo concedido. Para o autor, o que afeta os credores é a utilização que a empresa faz do montante obtido com o empréstimo. Na mesma linha de pensamento, cf. ALMEIDA (2000), pp. 16 s. Segundo a autora, “o prejuízo sofrido pelos credores não é consequência direta do contrato de concessão de crédito em si considerado”. Ambos os estudiosos convergem, ainda, ao considerarem que as condições contratuais podem implicar que haja prejuízo de modo a viabilizar a impugnação pauliana. Nas palavras de Menezes Cordeiro (também citado pela autora), “quando a pretexto da concessão de novos créditos, o banqueiro consiga garantias que vão prejudicar os outros credores – ou – pior ainda! – quando se trate de garantias concedidas, em detrimento dos credores, para assegurar o cumprimento de terceiros” – cf. CORDEIRO (2008), p. 360 e (2015-2), pp. 428-429.

²⁴ Cf. o artigo 595.º do CC, nos termos da qual a transmissão a título singular de uma dívida só exonera o antigo devedor havendo declaração expressa do credor; e artigo 424.º do CC, que determina que, no caso de cessão da posição contratual, em contratos com prestações recíprocas, ela fica dependente do consentimento do outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato.

²⁵ Cf., igualmente, o artigo 194.º do CIRE.

De acordo com JOANA PEREIRA DIAS²⁶, “o palco de atuação do artigo 604.º é posterior ao não cumprimento voluntário da obrigação, numa fase em que o credor exige judicialmente o seu crédito e executa o património do devedor. O seu destinatário é o juiz que se encontra vinculado a observar a regra de que todos os credores estão em pé de igualdade, o que implica a não hierarquização dos direitos de crédito pela ordem da sua constituição e, no caso de o património do devedor ser insuficiente para pagar todos os seus créditos, o rateio dos mesmos para que todos os devedores sejam pagos proporcionalmente – é o que se denomina por concurso de credores ou princípio da *par conditio creditorum*”.

O princípio da igualdade, no campo negocial e quando estejam em causa as relações entre os diversos credores, cede perante a autonomia privada, mas essa mesma igualdade avulta maior quando – por impossibilidade de cumprir todas as obrigações a que se vinculou – o património do devedor é chamado a cumprir a sua função de garantia.

A verdade, porém, é que a própria autonomia privada pode introduzir alterações nessa relação (formalmente) igualitária. São duas as vias de concretização de tais modificações: por um lado, o devedor pode acordar com os credores ou com alguns credores a constituição de garantias reais, as quais conferem preferência aos credores em benefício dos quais sejam constituídas; por outro lado, o devedor pode acordar com um ou alguns dos credores a subordinação de determinados créditos²⁷. Em rigor, contudo, em nenhum destes casos, a igualdade é posta em causa na sua materialidade, já que, como bem sabemos, o tratamento igualitário só se impõe para situações que sejam efetivamente iguais. Ora, a partir do momento em que os credores não se situem no mesmo patamar da hierarquia de créditos, então não terão por que ser tratados de

²⁶ Cf. DIAS (2003), pp. 926 s.

²⁷ A este propósito, Menezes Leitão chama-nos a atenção para que, se é admissível, ao abrigo da autonomia privada, a convenção de subordinação, sem que isso viole o artigo 809.º do CC, já pode ser duvidoso que ela possa ser aposta a um contrato celebrado com base em cláusulas contratuais gerais, nos termos dos artigos 18.º, c), e 21.º, h), do Decreto-Lei n.º 446/85. Cf. LEITÃO (2015), p. 107. Em sentido diverso, cf. DIAS (2003), p. 917, considerando que a lei portuguesa não admite a subordinação de créditos por acordo das partes. Note-se, porém, que a autora tem o cuidado de acrescentar a ideia de que, pelo menos, não o permite com eficácia *erga omnes*.

forma idêntica. Paralelamente, assiste-se na prática negocial (sobretudo ao nível de financiamentos internacionais) à aposição de cláusulas nos termos das quais deve ser garantia a igualdade de posições entre os credores, mas o reduzido efeito útil que delas se possa obter.

A igualdade com uma amplitude máxima é, então, impensável no quadro das relações conformadas por essa autonomia privada, pois, se os particulares podem autonomamente gerir a sua esfera de interesses, ainda que essa liberdade deva ser conformada materialmente pelos princípios ético-axiológicos que predicam a normatividade, não podemos esquecer-nos que a referida gestão pode implicar a necessidade de constituir direitos reais de garantia a favor de determinados credores ou mesmo que uma obrigação seja cumprida em detrimento de outra. Quer isto dizer que autonomia privada parece, mesmo fora do domínio da constituição dos vínculos negociais, opor-se à igualdade entre os credores.

O princípio da igualdade a este nível tem vindo, de facto, a ser encarado como um princípio do tratamento igualitário entre os credores. A este propósito, MENEZES CORDEIRO, depois de rejeitar que o tratamento igualitário entre os credores possa encontrar o seu fundamento dogmático no princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, aduz que “o princípio do tratamento igualitário, quando deva prevalecer sobre outros valores comunitários, retira a sua força dos vetores fundamentais do ordenamento. Tradicionalmente, tais vetores são expressos pelo conceito de boa-fé a qual, sob o formalismo linguístico das proposições, manda atender aos valores materiais subjacentes. Na conclusão dos contratos, o tratamento igualitário apoia-se no artigo 227.º/1; no exercício de posições jurídicas, no artigo 334.º; no cumprimento das obrigações, no artigo 762.º/2, todos do Código Civil”²⁸.

O autor reconduz o princípio do tratamento igualitário entre credores (que não propriamente um princípio da igualdade) à boa-fé. Ora, se é verdade que a boa-fé, enquanto princípio normativo que funda o ordenamento jurídico, há de surgir a densificar uma liberdade/autonomia que não se pode assumir como arbitrária e encerradora do homem num individualismo que o descaracteriza, não é menos verdade que ela está sempre presente em qualquer relação que se estabeleça entre pessoas certas

²⁸ CORDEIRO (1991), p. 114.

e determinadas, pelo que há que perceber por que razão impõe o tratamento igualitário em face a certos circunstancialismos e não bloqueia, na maioria das vezes, tratamentos discriminatórios (não atentatórios da dignidade da pessoa). Acresce que, se a boa-fé é um pilar de sustentação das relações obrigacionais, urge entender em que termos ela se pode estender a um esquema creditório que não tem em conta apenas a ligação entre credor-devedor, mas que chama para a ponderação valorativa os restantes credores de um mesmo devedor.

Nessa tentativa de entendimento, não podemos esquecer que a igualdade tal como é prefigurada entre credores orienta-nos para a sua igualdade em face do património do devedor, enquanto garantia geral do crédito daqueles.

O artigo 604.º do CC dispõe que, em caso de insuficiência da garantia patrimonial, nenhum credor pode ser preterido em relação ao outro. Mas é plausível que, quando não esteja em causa a execução do património do devedor, mas o simples cumprimento da obrigação, se invoquem os deveres resultantes da boa-fé (em sentido objetivo/princípio da boa-fé) para se impedir que o devedor cumpra exclusivamente em relação a um credor. Para tanto é necessário, contudo, que se estabeleça a adequada analogia problemática e judicativa. Se estes dois momentos da analogia jurídica se cumprirem, podemos afirmar que se retira do artigo 604.º do CC um princípio de alcance geral, a impor a igualdade entre os credores (ou o seu tratamento igualitário) no momento do cumprimento da obrigação (e não apenas no tocante à execução da garantia patrimonial). Fundamental para que a igualdade prevaleça sobre a autonomia é, então, uma ideia de insuscetibilidade de cumprimento integral de todas as obrigações²⁹. Impõem-se, contudo, outros requisitos: as obrigações, não podendo ser integralmente cumpridas, não podem ser absolutamente incompatíveis entre si, ou seja, se o cumprimento integral de uma ou algumas delas inviabiliza o cumprimento das restantes, o cumprimento parcial de todas deve garantir que parte do interesse de cada credor fique satisfeito³⁰. Isto

²⁹ Veja-se sobre o ponto o caso comentado por Menezes Cordeiro, em CORDEIRO (1991).

³⁰ No tocante aos direitos pessoais de gozo, vale a regra da prioridade temporal. Cf. o artigo 407.º do CC. Importa, contudo, notar que a doutrina não é unânime na visão que derrama sobre estes direitos. Sobre o ponto, *vide* MESQUITA (1999).

implica que as obrigações em causa sejam redutíveis, já que só nesses casos será possível falar de um rateio entre os credores.

Por outro lado, há que ter em conta que o artigo 604.º do CC é pensado para um momento posterior ao cumprimento voluntário, quando se constata que o património do devedor – garante de mais do que uma obrigação – não é suficiente para satisfação integral dos débitos. Como estamos a falar do último recurso disponibilizado pelo ordenamento jurídico para efetivar o direito do credor/dos credores, percebe-se que não se dê ao devedor a possibilidade de preterir a igualdade entre aqueles. Na estrutura da relação jurídica, é a garantia que passa a funcionar.

A admitir-se a existência de um princípio do tratamento igualitário entre os credores, ele terá de dialogar com a autonomia privada. Ora, esta autonomia, porque não pode ser compreendida como uma liberdade para o vazio ou como uma liberdade vazia, é também conformada por deveres impostos pela boa-fé. Daí que o contraente autónomo seja (ou deva ser, sob pena de o ordenamento jurídico o sancionar) o contraente honesto, correto e leal. Isto pode significar que, em muitas situações, o devedor pode ser chamado a cumprir parcialmente (e proporcionalmente) em relação a cada um dos seus credores, garantindo a igualdade entre eles. Simplesmente, porque este não é a última via para a satisfação do interesse do credor, dá-se a possibilidade ao devedor de preterir tal igualdade, sempre que, na gestão da sua esfera de interesses, tenha uma razão justificativa para o ato. No fundo, ao contrário do que dispõe o artigo 604.º do CC, não estamos agora diante de uma solução que inexoravelmente se imponha ao devedor, mas de uma solução que pode ser ditada pelo sentido de uma autonomia normativamente conformada.

A solução preliminar a que se chega impõe-nos, porém, uma reflexão suplementar, que nos convida a olhar para a impugnação pauliana.

A impugnação pauliana pode ser entendida como uma forma de conservar o património do devedor³¹. Para que ela proceda, o ato praticado por este não pode ter natureza pessoal; tem de provocar a impossibilidade de obter a satisfação integral do crédito por parte do credor ou

³¹ Sobre o ponto, cf. MARTINEZ/PONTE (2006), pp. 15 s.; MARIANO (2004), pp. 19 s.; LEITÃO (2012), pp. 65 s.; CORDEIRO (2015), pp. 311 s. No direito estrangeiro, cf. PAULUS (1956), pp. 277 s.; DELAYGUA (2000).

o agravamento da dificuldade de tal obtenção; tem de ter sido praticado de má-fé ou ser de natureza gratuita; por outro lado, o crédito tem de ser anterior ao ato ou, sendo posterior, aquele tem de ter sido efetuado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor³². Com um intuito de conservação patrimonial, o instituto em questão requer que o ato do devedor seja nefasto, mesmo que não implique a sua insolvência ou mesmo que não implique que não possa haver lugar à execução do crédito³³. Subjacente ao instituto está, portanto, a consciência do prejuízo que o ato causa ao credor, exceto se tiver natureza gratuita (hipótese em que essa consciência é, também, exigível), razão pela qual parece ligar-se a uma proscrição da fraude em direito civil³⁴. Entende-se, por isso, a solução plasmada no artigo 615.º/2 do CC: o cumprimento de uma obrigação vencida não está sujeito a impugnação pauliana, porque se trata de um ato devido, não correspondendo ao conceito de fraude que parece animar a disciplina legal. Assim sendo, mais do que a afirmação da não igualdade entre os credores, o que o ordenamento civilístico consagra é a não reação conservatória do património contra um ato que é devido. Por outro lado, a impugnação pauliana não implica necessariamente a impossibilidade de satisfação da obrigação, estando em causa a tutela da garantia da relação.

É claro que daí resulta a liberdade do credor de decidir qual das obrigações quer cumprir primeiro. Mas tal não contraria o sentido de que, em determinadas circunstâncias, a boa-fé pode impor, ainda no momento do cumprimento daquela obrigação, a igualdade entre os credores. No mais, mesmo que não esteja em causa o bloqueio de um comportamento do devedor que opte por cumprir apenas em relação a um credor, podemos pensar na sua exoneração quando, por facto que não lhe seja imputável, não consiga cumprir todas as obrigações que tenham

³² Cf. MARTINEZ/PONTE (2006), p. 16; MARIANO (2004), pp. 149 ss.

³³ Nesse sentido, cf. MARTINEZ/PONTE (2006), p. 18.

³⁴ Cf., porém, MARTINEZ/PONTE (2006), p. 23, dando conta de que houve uma alteração do entendimento que se derrama sobre o preceito, que deixa de ser visto como um meio de repressão da fraude, para fazer prevalecer a tutela do credor lesado. Por isso, admite-se hoje o recurso à impugnação pauliana quando haja apenas negligência consciente por parte do credor e do terceiro. Não obstante, os próprios autores explicitam que este novo enfoque não faz descurar o aspeto da repressão.

a mesma prestação e decida ratear entre aqueles perante quem se vinculou esse mesmo cumprimento.

Se fundamentamente recortámos a ideia de igualdade no sentido do tratamento igualitário entre os credores no seio do direito privado, a intervenção de um ente público que impõe, de forma discricionária, embora não arbitrária, uma medida de resolução não pode deixar intocável a intencionalidade com que o princípio da igualdade vai ser compreendido³⁵. Na verdade, não se trata agora de compatibilizar o princípio da igualdade com o valor da autonomia privada do sujeito, mas de o integrar numa lógica de realização dos interesses que subjazem à intervenção saneadora. Ora, se o que está em causa é, para lá da salvaguarda dos interesses dos depositantes, que, porque protegidos até um determinado montante pelo Fundo de Garantia dos Depósitos, são, afinal, titulares de créditos garantidos, a tutela do erário público e do funcionamento do mercado financeiro, então, haveremos de concluir que, entrando em cena interesses públicos, isto é, de todos, a prossecução de tais finalidades não pode implicar o sacrifício de interesses particulares com desrespeito pelo princípio da igualdade. É que este princípio vem garantir que, neste domínio de atuação, um sujeito não seja chamado a suportar prejuízos superiores aos que outros que se encontram na mesma situação suportariam e, portanto, vem garantir que, para lá do risco que o sujeito assumiu, não assuma, em proporção diferente da dos demais, parte de um risco sistémico que impende sobre todos.

A grande dificuldade está em saber como, sem a presença de um rateio como aquele de que podemos lançar mão num processo insolvidencial, se garante essa igualdade, no âmbito dos créditos comuns, e, ao mesmo tempo, não se prejudica uma lógica contabilística que não pode deixar de estar presente na conformação da medida de resolução, para que ela seja eficaz. Importa, aliás, não esquecer que, na seleção dos ativos e passivos a transmitir para a instituição de transição, o valor total dos passivos e elementos extrapatrimoniais a transferir para a instituição de transição não deve exceder o valor total dos ativos transferidos da instituição de crédito objeto de resolução, acrescido, sendo caso disso,

³⁵ Nesse sentido, cf. VASCONCELOS (2005), p. 26. Veja-se, ainda, VASCONCELOS (2009), pp. 420 s.

dos fundos provenientes do Fundo de Resolução, do Fundo de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo. Em última instância pode estar inclusivamente a resolubilidade da instituição em causa.

É que, se, no quadro da exclusiva relação entre privados, vimos que o que justificava a inexistência de uma ideia de igualdade estrita no momento do cumprimento era a necessidade de garantir que o devedor, no uso da sua autonomia, pudesse gerir a sua esfera de interesses, decidindo qual das obrigações que queria cumprir primeiro, não nos podemos esquecer que tal ideia se perde diante da insuficiência da garantia. E que, se é seguro que o interesse (ou interesses) público subjacente à aplicação de uma medida de resolução pode depor no sentido do constrangimento necessário daquele princípio, também não podemos ignorar que a medida é modelada no sentido de cada um arcar com os prejuízos correspondentes ao risco contratual que assumiu, donde não será viável discriminar credores que se situem no mesmo patamar de graduação do crédito, considerando que alguns terão de suportar parte do risco sistémico, para além do risco que eles próprios assumiram no âmbito de uma relação contratual. Não cremos, aliás, que a garantia oferecida pelo princípio *no creditor worse off* seja suficiente para contornar esta dificuldade. Se com ela se assegura que o credor não fica em pior situação do que aquela em que estaria se o banco tivesse entrado em liquidação, não se consegue com isso evitar que haja um tratamento diferenciado entre credores e, como tal, não se consegue explicar por que razão – se assumiram o mesmo risco – uns devem ser preteridos em detrimento de outros, quando o domínio já não é estritamente privado e a igualdade avulta maior.

4. Os fundos de recuperação de créditos

Como último recurso para a tutela de credores somos confrontados com os fundos de recuperação de créditos, previstos na Lei n.º 69/2017, de 11 de agosto. Nos termos do artigo 2.º, o diploma aplica-se aos fundos que visem a recuperação de créditos detidos por investidores não qualificados emergentes ou relacionados com a subscrição de valores mobiliários representativos de dívida, sujeitos à lei portuguesa, ou comercializados em território português, desde que se verifiquem, cumulativamente,

os seguintes requisitos: os instrumentos financeiros em causa tenham sido comercializados por instituição de crédito que posteriormente tenha sido objeto de medidas de resolução, ou por entidades que com esta se encontrassem em relação de domínio ou de grupo; o emitente dos instrumentos financeiros em causa estivesse insolvente ou em difícil situação financeira à data da comercialização; a informação referida na alínea anterior não constasse dos documentos informativos disponibilizados aos investidores, ou exista prova da violação dos deveres de intermediação financeira pela entidade comercializadora; existam indícios ou outros elementos de acordo com os quais as entidades que comercializaram os instrumentos financeiros em causa possam ser responsabilizadas pela satisfação daqueles créditos.

Tais fundos são definidos, nos termos do artigo 3.º, como os patrimónios autónomos pertencentes, no regime especial de comunhão regulado pela Lei n.º 69/2017, a uma pluralidade de pessoas, singulares ou coletivas, e que têm como exclusiva finalidade a aquisição dos créditos a que se refere o artigo 2.º do diploma citado. Funcionarão como fundos privados de investimento de direito privado, estando sujeitos ao princípio da tipicidade, nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 69/2017, só podem ser constituídos os fundos de recuperação de créditos previstos no referido diploma. O seu património é representado por partes de conteúdo idêntico que asseguram aos seus titulares direitos iguais, sem valor nominal, e que se designam por unidades de recuperação. A subscrição de unidades de recuperação está condicionada à cessão ao fundo de recuperação de créditos por parte de cada participante (titular das unidades de recuperação) da totalidade dos créditos por si detidos. *In fine*, nos termos do artigo 11.º da Lei n.º 69/2017, os fundos de recuperação de créditos são fechados, sendo as unidades de recuperação em número fixo.

A consideração destas condições permite-nos, ademais, aceder à intencionalidade subjacente à possibilidade de constituição do fundo de recuperação de créditos. Na verdade, se os instrumentos financeiros em causa têm de ter sido comercializados por instituições de crédito que venham a ser objeto de uma medida de resolução ou por entidades que com esta se encontrassem numa relação de domínio ou de grupo, se se exige que o emitente dos instrumentos financeiros estivesse insolvente ou em difícil situação económica à data da comercialização dos

instrumentos financeiros, ocultando informações relevantes sobre essa situação, e se se impõe que haja indícios que deponham no sentido da responsabilização das entidades em causa pelos créditos em questão, então torna-se claro que os fundos de recuperação de créditos surgem como uma solução de recurso para fazer face a eventuais injustiças resultantes da aplicação de uma medida de resolução. É que esta, como se sublinhou, implica, na sua teleologia, que sejam chamados a suportar os prejuízos os acionistas e credores em função do risco que assumiram, donde, existindo violação de deveres de informação a determinar a invalidade do negócio subjacente à aquisição dos instrumentos financeiros ou responsabilização pela violação de deveres de informação (que, ao não serem cumpridos, impedem uma esclarecida formação da vontade do subscritor), não parece não dever transmitir-se para a instituição de transição dos créditos envolvidos na situação controvertida. Sendo-o, haja ou não recurso às instâncias judiciais para repor a justiça do caso, importa que se dote o ordenamento jurídico de um mecanismo que permita recuperar alguns dos valores envolvidos.

Haverá, contudo, barreiras à mencionada constituição, que não são facilmente ultrapassáveis. Com efeito, nos termos do 18.º/1 da Lei n.º 69/2017, entre outros documentos que devem instruir o pedido de autorização da constituição do fundo junto da CMVM, exige-se a descrição da atividade a desenvolver pelo fundo de recuperação de créditos, acompanhada dos elementos necessários à demonstração de que dispõe ou disporá dos recursos, dos financiamentos ou de garantias do Estado ou de outras entidades que assegurem a capacidade do fundo de honrar a totalidade dos seus compromissos. Quer isto dizer que, em última instância, o financiamento do fundo junto do mercado interbancário ficará dependente da prestação de uma garantia por parte do Estado, de acordo com o artigo 71.º da Lei n.º 69/2017 e nos termos da Portaria n.º 343-A/2017, de 10 de novembro.

Curiosamente, podem, por esta via, introduzir-se distorções ao princípio da igualdade – parece que é o que resulta do fundo de recuperação de créditos constituído nestes termos, na sequência do procedimento de diálogo estabelecido entre o Governo, o BP, a CMVM, o BES e a Associação de Indignados e Enganados do Papel Comercial (AIEPC), que limitou a possibilidade de subscrição aos investidores não qualificados em papel comercial, emitido pela ESI e pela Rio Forte e comercializado pelo

BES, sem que se perceba, em termos materiais, a diferença entre estes investidores e investidores obrigacionistas não qualificados.

5. Bibliografia

- Almeida, Margarida Azevedo de, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra, 2000.
- Barbosa, Mafalda Miranda, «Tutela de credores e medida de resolução: do princípio do tratamento igualitário de credores ao princípio da igualdade», *Revista de Direito Comercial*, 2019-1, pp. 121 s.
- Barbosa, Mafalda Miranda, «A Lei n.º 23/2019 e a nova hierarquia de credores», *Revista de Direito Comercial*, 2019-2, pp. 337 s.
- Barbosa, Mafalda Miranda, *Direito civil e sistema financeiro*, Princípiã, Cascais, 2016.
- Barbosa, Mafalda Miranda, *Limites da medida de resolução*, Boletim de Ciências Económicas/Working papers, 15, Instituto Jurídico, FDUC, 2016-2.
- Barbosa, Mafalda Miranda, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2005.
- Cordeiro, António Menezes, «A impossibilidade moral: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações», in *Estudos de Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 111 s.
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, X, Coimbra: Almedina, 2015.
- Cordeiro, António Menezes, *Direito bancário*, Coimbra, Almedina, 2015-2.
- Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2008.
- Delaygua, J. Forner (coord.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, Bosch, 2000.
- Dias, Joana Pereira, «Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative pledge*, a *cross default*», in *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 911 s.
- Labareda, João, «Pressupostos subjectivos da insolvência: regime particular das instituições de crédito e sociedades financeiras», in *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2009.
- Leitão, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015
- Leitão, Luís Menezes, *Garantias das obrigações*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- Mariano, Cura, *Impugnação pauliana*, Coimbra, Almedina, 2004.

- Martinez, Pedro Romano/Ponte, Fuzeta, da *Garantias de cumprimento*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006.
- Mesquita, J. Andrade, *Direitos Pessoais de Gozo*, Coimbra, Almedina, 1999.
- Paulus, Gotthard, «Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung», *Archiv für die civilistische Praxis*, 155, 1956, pp. 277 s.
- Pinto, Carlos Alberto Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição (por A. Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- Sá, Almeno de, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- Serra, Catarina, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005.
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos atípicos*, Almedina, 2009.

A responsabilidade do sócio por actos dos administradores

– entre a socialidade e a parassocialidade –*

MANUEL CARNEIRO DA FRADA**

1. Introdução

É indiscutível que os sócios exercem muitas vezes, particularmente se poderosos, uma grande influência na forma como a sociedade é conduzida.

Ocorre mesmo com muita frequência que tais sócios se comprometem reciprocamente, por acordo parassocial, no que respeita a matérias relacionadas com a indicação dos administradores e o modo como certas decisões da administração devem ser por eles tomadas na sociedade; assumindo uns perante os outros vinculações a respeito de procedimentos então exigíveis, e procurando por essa via assegurar-se a possibilidade de influência na condução dos destinos da sociedade.

Coloca-se nestas hipóteses, com grande acuidade prática, a questão de saber se, e em que termos, podem os sócios incorrer em responsabilidade uns para com os outros por condutas de administradores por eles nomeados, quando estas se tenham afastado, em algum ponto, dos cânones previstos no acordo parassocial subscrito por eles e sejam tidas como danosas por alguns destes.

O tema é complexo e vasto, obrigando evidentemente a considerar as situações e as concretas cláusulas parassociais que tenham sido estabelecidas. Em qualquer caso, a questão da responsabilidade recíproca de

* Em homenagem a João Calvão da Silva, a quem se devem algumas importantes reflexões em ordem ao tema que nos ocupa. Veja-se, em especial, SILVA, JOÃO CALVÃO DA (2001), pp. 233 ss. O texto corresponde, com desenvolvimentos, à exposição que sobre o tema fizemos nos II Encontros de Direito Civil da Universidade Católica, e encontra-se também publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, 2018, I-II, 260 ss.

** Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Por opção do Autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

sócios por condutas dos titulares do órgão de administração requer uma adequada articulação entre o plano societário e o plano parassocial.

Situamo-nos, portanto, na intersecção entre o estatuto – que poderemos dizer – “societário” do sócio perante os demais sócios, modelado pela lei e pelos estatutos, e os direitos e deveres que, além disso ou diferentemente, para ele possam emergir de um acordo parassocial, em virtude da sua autonomia privada, perante os outros sócios que tenham também outorgado esse acordo.

É certamente reconhecido que, em matéria de administração das sociedades, vigora, como determina o disposto no art. 17.º, n.º 2, do CSC, o *princípio da separação* entre a socialidade e a parassocialidade. Tal não significa, contudo, insensibilidade ou incomunicabilidade, importando muito compreender-se de forma integrada esses dois níveis.

A questão, pois, de saber se e em que termos um sócio pode ser responsabilizado perante outro por condutas de quem se encontra encarregado da administração da sociedade carece de uma reflexão que identifique convenientemente o plano em que se situa e que, no final, abarque e harmonize congruentemente esses dois níveis¹.

Interessa-nos assim averiguar se, no caso de ter sido celebrado um acordo parassocial conferindo, a certos sócios poderosos, a faculdade de indicar administradores e vinculando-se eles reciprocamente a determinados procedimentos quando estejam em causa algumas matérias de administração especialmente sensíveis, há ou não, e até que ponto, para lá do que possa dispor o direito societário geral, uma responsabilidade do sócio por condutas da administração do administrador que por ele tenha sido indicado.

O problema posto pressupõe, naturalmente, que o acordo parassocial tenha passado o crivo da validade disposto pelo art. 17.º do CSC; assim como se compreende que o cerne da resposta dependa do género

¹ Entre nós, a reflexão central nesta matéria, principalmente numa perspectiva de esclarecimento do disposto no art. 83.º do CSC, pertence a PEREIRA DIAS (2007), cujas conclusões subscrevemos na sua grande maioria. Considerando de forma particular a perspectiva dos acordos parassociais, veja-se entretanto o importante estudo de CAROLINA CUNHA (2015), pp. 45 ss., com desenvolvida consideração de diversos tipos de estipulações parassociais relevantes no contexto do presente tema. (Não nos tendo este estudo chegado já senão muito tarde ao conhecimento, apraz-nos observar contudo também uma grande convergência no que toca à forma de resolver alguns dos problemas que a seguir se abordam.)

e do teor dos deveres que tenham sido assumidos pelos subscritores do acordo parassocial, por via desse mesmo acordo.

Mas algumas directrizes gerais podem ser apontadas.

2. O ponto de partida

I – A base não pode deixar de ser a autonomia entre a esfera da administração e a dos sócios; uma base comum a todas as sociedades comerciais, mas especialmente vincada nas sociedades anónimas que de modo principal temos em mente: a representação e a gestão da sociedade está reservada ao conselho de administração, não podendo os sócios interferir nas competências deste².

O próprio art. 64.º, n.º 1, do CSC – relativo aos deveres fundamentais dos administradores – implica e reclama para os administradores essa autonomia, pois vincula-os a actuar “no interesse da sociedade”, distinguindo-o bem do dos sócios³. Mesmo quando estabelece a necessidade de “atenderem” aos interesses de longo prazo dos sócios – que estarão muitas vezes espelhados no acordo parassocial ao abrigo do qual foram indicados –, tal não legitima os administradores a postergar o interesse social perante o dos sócios, sacrificando-o na ara do destes⁴.

O interesse que “nor-teia” a actividade dos administradores é, portanto, rigorosamente falando, apenas o da sociedade. O art. 64.º, n.º 1, não lhe equipara o dos sócios. É verdade que a sociedade não deve ser gerida contra os interesses de longo prazo dos sócios, mas só na medida em que o interesse da sociedade acomode ou possa ainda acomodar tais interesses. Caso contrário, o interesse da sociedade tem a primazia. Tanto assim que, por exemplo, o administrador deve negar informação ao accionista se o justificar o interesse da sociedade.

Por outro lado, a necessidade de os administradores atenderem também ao interesse de longo prazo dos sócios não é evidentemente suficiente para concluir que entre um administrador e um concreto

² Cfr. o disposto genericamente no art. 373.º, n.º 3, do CSC.

³ Analogamente, face à redacção originária do preceito, J. CALVÃO DA SILVA (2001), p. 247.

⁴ Alguns elementos para a forma de articulação destes parâmetros podem confrontar-se no nosso “A *business judgment rule* e os deveres fundamentais dos administradores”, in *Forjar o Direito* (2019), pp. 327 e ss. e 337 e ss. Para uma panorâmica mais recente da temática, R. PINTO DUARTE (2018), pp. 73 e ss.

accionista existe uma relação de representação ou de curadoria de interesses. Esse tipo de relação só se estabelece, por lei explícita, entre o administrador e a sociedade.

Ora, o que se espera é que a ordem jurídica seja coerente e se preocupe em garantir as condições de cumprimento de tais exigências. Porque assim é, compreende-se que os administradores sejam, à luz do Direito português, independentes dos sócios e não se encontrem sujeitos a ordens, indicações ou orientações recebidas por accionistas: nem individualmente, nem o conselho de administração no seu todo, estão ou ficam vinculados por instruções que recebam de um concreto accionista ou grupo de accionistas.

É justamente esta independência que o art. 17.º, n.º 2, do CSC visa decididamente assegurar perante a tentação de os sócios, mediante acordos parassociais que celebrem, quererem interferir no exercício da administração: tais acordos “podem respeitar ao exercício do direito de voto, mas não – diz-se – à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização”.

A lei garante, portanto, aos administradores a sua autonomia, protegendo-os (com a arma da invalidade) de qualquer vinculação a instruções ou directrizes de um accionista ou grupo de accionistas, ainda que baseadas num acordo parassocial ou dadas ao abrigo dele⁵.

Quer dizer que todos os compromissos que os sócios possam estabelecer entre si nos acordos parassociais que celebrem relativamente à conduta dos administradores não atingem estes últimos. Semelhante vinculação seria nula face ao disposto no art. 17.º, n.º 2, do CSC.

A sanção da lei é mais forte do que a da ineficácia que sempre representaria, para o administrador, um *contrato de oneração de terceiro* (*Vertrag zu Lasten Dritter*) mediante o qual os sócios pretendessem criar vinculações para administradores da sociedade (terceira) que não intervieram nem se vincularam por esses acordos, como *res inter alios acta* (cfr. o art. 406.º, n.º 1, do CC). É que nem mesmo a autorização, a “ratificação” ou o consentimento a tal vinculação por parte do interessado (da

⁵ Nesse sentido, com acentos vários, veja-se, precisamente, J. CALVÃO DA SILVA (2001), pp. 246 e ss. (aduzindo que “a aceitação de administradores vinculados *ab extra* não seria legítima nem lícita”) e, GRAÇA TRIGO (1998), pp. 175 e ss., ANA FILIPA LEAL (2009), pp. 162-163, e HELENA MORAIS (2015).

sociedade ou do administrador) poderia, em obediência ao sentido e à teleologia do art. 17.º, n.º 2, conferir efeitos a semelhante estipulação.

II – Sendo, portanto, os administradores autónomos e independentes dos sócios, os prejuízos que possam ocasionar com a sua conduta a algum ou alguns deles não são transferíveis, em princípio, para os demais sócios, e sequer para os que os elegeram ou designaram.

Tal corresponde à necessidade de separar devidamente as esferas de risco dos sócios, tanto entre si, como na sua relação com a sociedade. Não lhes está, deste modo, consentido alijarem para cima uns dos outros as consequências menos boas ou prejudiciais da actividade social e da conduta da administração da sociedade por ela responsável. Pelo menos sem que ocorram circunstâncias especiais que o justifiquem.

É o que, desta perspectiva, se apresenta conforme com a regra no direito privado de que a responsabilidade de alguém por actos praticados por outrem é, à partida, excepcional: cada um arca com as consequências dos seus próprios actos, e apenas destes. Pode haver desvios, amplos até, e inteiramente justificados, mas este é o princípio. “Cada qual responsável e solvente.”⁶ Daqui decorre um ónus de argumentação, e de prova, de quem invoque e pretenda prevalecer-se de um desvio.

3. A responsabilidade do sócio por actos dos administradores no direito societário geral

I – À luz do exposto, não admira que a regra da irresponsabilidade do sócio se não altere pelo simples facto de ele deter, em virtude de um acordo parassocial, a possibilidade de indicar ou eleger certo administrador. Investido na função, tal administrador goza, com efeito, da autonomia de desempenho acima assinalada.

Por isso mesmo, a responsabilidade do sócio pelos actos do administrador que designou ou elegeu, só por si ou em virtude de acordos parassociais que celebrou, depende, face ao Código das Sociedades Comerciais, de requisitos ulteriores, especiais.

⁶ Mote tomado de MIGUEL TORGA (s/data), p. 56, a propósito da expressão: “Contas do Porto, amigos!”

Assim, ela apenas se reconhece, de acordo com o disposto no art. 83.º, n.ºs 1 e 3, se se verificarem as seguintes condições suplementares:

- a) Culpa do sujeito na designação ou eleição do administrador;
- b) Uma obrigação de indemnizar a cargo do próprio administrador.

O direito societário português não prevê uma responsabilidade dos sócios pelos actos dos administradores que possam designar ou eleger fora destas precisas circunstâncias.

II – A culpa *in eligendo* (no sentido amplo de uma culpa na “escolha”, por designação ou por eleição) requer, como é óbvio, a previsibilidade, para o sócio, de que a pessoa não reunia à partida as condições ou as aptidões requeridas para exercer o cargo de administração (considerando as responsabilidades em que pudesse incorrer perante outros sócios ou a sociedade pelo seu mau exercício): *vide*, a respeito, o leque das qualidades requeridas que o art. 64.º, n.º 1, a), do CSC, apresenta.

Ora, se bem se reparar, o facto de se exigir uma culpa deste tipo mostra que o administrador é tido como autónomo, ainda quando é designado ou eleito para o cargo em virtude de um acordo parassocial. Na verdade, a responsabilidade do sócio que o designou ou elegeu não é automática, havendo de resultar da indigitação negligente de uma pessoa que estava destinada a agir com autonomia, mas que não reunia para as condições requeridas pela função a desempenhar.

Por outro lado, também a circunstância de a lei portuguesa requerer a responsabilidade do próprio administrador como requisito da responsabilidade do sócio evidencia, igualmente, a autonomia deste no exercício das suas funções. Pois, como é evidente, sem assumir como pressuposto tal autonomia não faria sentido a lei responsabilizá-lo separadamente do sócio que o designou, e fazer dessa sua responsabilidade condição e pressuposto da deste.

Não desenvolveremos este ponto. Falamos com certeza da responsabilidade do administrador perante a sociedade, especialmente nos termos do art. 72.º, n.º 1, do CSC, assim como face a sócios, esta nos termos do art. 79.º, n.º 1, do CSC⁷. Curiosamente, porém, não está prevista

⁷ Sobre esta, pode ver-se, desenvolvidamente, C. MONTEIRO PIRES (2005), pp. 81 e ss.; procurando algumas clarificações dogmáticas dos termos dessa responsabilidade pode ver-se

a responsabilidade do sócio por actos dos administradores que lesem os credores sociais, nos termos do art. 78.º, n.º 1, do CSC⁸.

III – A lei não ignora nem desconhece, com certeza, que a autonomia do administrador de que partiu paradigmaticamente, e com que quis dotar o seu desempenho, pode, na prática, não ser respeitada nem vivida.

Casos há, com efeito, em que o administrador, apesar de protegido pela arquitectura das disposições legais acima referidas, acaba por ser “determinado” à prática de actos lesivos da sociedade, ou de certos sócios, por outros de entre eles.

Por isso mesmo, o art. 83.º, n.º 4, do CSC comina com a responsabilidade as hipóteses em que o sócio, actuando de forma isolada ou juntamente com outros a quem se encontre ligado por acordos parassociais, usa o seu poder de destituição dos administradores para, empregando a sua influência, os determinar (ou compelir) à prática de actos lesivos que responsabilizem os administradores perante a sociedade ou os demais sócios.

Estamos então perante a conduta de um sócio que, ainda que porventura agindo a coberto de um acordo parassocial, instrumentalizou o seu poder de destituição do administrador, abusando dele de modo a sujeitar o administrador à sua vontade e a transformá-lo em executor do seu desígnio.

Nesta hipótese pressupõe-se, ao contrário das anteriores, a não autonomia do administrador; se a sua liberdade foi coarctada, justifica-se a responsabilidade do sócio.

Nem sempre a realidade corresponde, portanto, ao desejo da lei. Mas esta não se deixa vencer e, quando é assim, o sócio torna-se responsável.

En passant: seria, no entanto, excessivo pretender-se que a lei exige a total ablação da liberdade do administrador. É que, ao fazer depender a responsabilidade do sócio, *apertis verbis*, da responsabilidade pessoal

M. CARNEIRO DA FRADA (2003), pp. 172 e ss., 255 e ss., 278 e ss., em nota.

⁸ Os termos da admissibilidade, aqui, de uma lacuna dependem da interpretação dogmática das situações de responsabilidade previstas. Cfr. a propósito, M. DE FÁTIMA RIBEIRO (2009), pp. 465, 575 e 644.

do administrador, o direito objectivo mostra claramente que a determinação considerada, de que é alvo o administrador, não tem de ser tão forte que o ilibe de qualquer culpa pessoal. (Naturalmente que a responsabilidade do sócio deverá, *a fortiori*, afirmar-se se ou quando a liberdade do administrador foi totalmente eliminada. Os casos serão raros, e não derivados de uma problemática especificamente societária, sendo certamente por isso – dir-se-á – que a lei societária, uma vez que protegeu como o fez o estatuto dos administradores, os não concebeu.)

4. (cont.) A responsabilidade do sócio como “derivada”, de segundo grau, não assimilável às hipóteses de comissão, ou por auxiliar para o cumprimento de obrigações próprias

I – A responsabilidade do sócio por actos dos administradores que tenha, por acordo parassocial, o direito de designar ou eleger requer pois, *apertis verbis*, segundo o disposto no art. 83.º, n.ºs 1 e 3, do CSC, independentemente ou para lá da culpa de tais sócios na escolha ou na eleição, a responsabilidade do próprio administrador⁹.

Ela é, portanto, dependente da do administrador, não existe sem esta: apresenta-se, nesse sentido, como uma responsabilidade “derivadas”, de 2.º grau.

O ponto é relevante.

Ele evidencia que o direito português não considera, sequer por regra, os administradores assim designados uma *longa manus* dos sócios que os elegeram ou designaram, como os não configura enquanto mandatários ou curadores dos interesses de tais sócios.

Nem capitula perante intenções desse tipo por parte dos sócios.

⁹ Rui Pereira Dias matiza a exigência, admitindo uma responsabilidade do sócio independente da responsabilidade do administrador. V. R. PEREIRA DIAS (2007), pp. 103-108 e 134-136. Supomos todavia que os casos que pretende abranger relevarão antes do direito comum e dos seus instrumentos dogmáticos (na medida em que o direito comum possa legitimamente complementar as soluções do CSC; *vide* ainda *infra*). Na verdade, cremos que a genealogia do art. 83.º do CSC é especificamente societária, não devendo o preceito ser interpretado como mera expressão singular de um pensamento oriundo do direito comum. A esta luz há boas razões para darmos o devido relevo às condições que a lei (societária) aponta.

Ainda, pois, que os sócios o queiram ou tenham querido, escolhendo para a administração pessoas dúcteis aos seus interesses ou instrumentalizáveis aos seus propósitos, não basta semelhante propósito – digamo-lo mais uma vez –, para os responsabilizar.

Sendo, por outro lado, que a sua responsabilidade não exige que os administradores escolhidos pudessem ser antecipadamente vistos como não suficientemente autónomos ou independentes perante quem os nomeou. Se ela depende de que tais administradores tenham eles próprios incorrido em responsabilidade, tal significa que, de uma forma ou de outra, a lei os considera autónomos, por isso podendo conceber a responsabilidade deles enquanto distinta e pressuposto da do sócio (por tais actos).

Daí caber aos administradores precaverem-se de intromissões indevidas por parte dos sócios. Pois não podem justificar-se tão-só com a alegação de que agiam por indicação dos sócios que os designaram ou elegeram.

II – É, conseqüentemente, inviável conceber os administradores como auxiliares dos sócios que tenham o poder de os designar, de modo a fazer responder estes últimos por actos daqueles, e independentemente da responsabilidade deles, ao abrigo do art. 800.º, n.º 1, do Código Civil.

A responsabilidade do devedor por actos daqueles auxiliares de quem se socorre para o cumprimento da obrigação é uma responsabilidade pelo incumprimento de obrigações *próprias* do devedor. Ora, como é bom de ver, os deveres que, infringidos pelo administrador, conduzem à responsabilidade do sócio nos termos desse preceito, não são obrigações do sócio, mas deveres do próprio administrador.

Importa aliás frisar que o Código Civil distingue bem a responsabilidade do devedor por violação de obrigações próprias em virtude de condutas dos seus auxiliares ou representantes aquando do cumprimento da obrigação – o espaço do art. 800.º, n.º 1, citado – de outras hipóteses em que um terceiro indicado pelo devedor para fins ou propósitos diversos do cumprimento de obrigações próprias, acaba por causar danos a outrem (interferindo com a própria realização da prestação a cargo do devedor). Nesses casos, a lei civil apenas responsabiliza o devedor em caso de escolha culposa do terceiro: veja-se, por exemplo, o art. 1197.º,

a respeito do subdepósito e dos termos em que o depositário responde pelos actos daquele a quem licitamente confiou a coisa¹⁰. O paralelo é elucidativo.

III – E, claro está, face ao direito societário, os administradores não são comissários dos sócios para o efeito de se fazer responder estes últimos, como comitentes, pelos actos daqueles, por aplicação do regime do art. 500.º, n.º 1, do CC.

Não há, na verdade, subordinação alguma dos administradores aos sócios, sequer aos que detêm o poder de os nomear, não podendo dizer-se que lhes cabe executar tarefas ou encargos de que tenham sido incumbidos por estes.

5. Consequências para a compreensão do fundamento e do nexó de causalidade na responsabilidade do sócio por acto do administrador ao abrigo do direito societário geral

I – Ao estabelecer, pois, como requisito da responsabilidade do sócio, a do próprio administrador, quer o direito societário português expressar também que não vê no poder de designação ou de eleição de administradores que seja conferido por um acordo parassocial a um certo sócio uma faculdade destinada a prevenir danos susceptíveis de serem causados por administradores à sociedade, ou dirigida a evitar prejuízos que de outra forma seriam provavelmente infligidos a esse sócio.

Tal poder, que a lei admite seja conferido, não tem, para ela, semelhante finalidade social-típica. Seria absurdo pretender que cada sócio houvesse de ter alguém que cuidasse dos seus interesses, para que não fossem lesados, na administração da sociedade.

E, por outro lado, se assistisse razão a quem assim pensasse, também entre a escolha do administrador e o dano sofrido pelo sócio (ou pela sociedade) nada haveria de requerer-se, no plano normativo, em

¹⁰ A propósito da procuração estipula também o art. 264.º, n.º 3, do CC, que, sendo autorizado ao procurador substituir-se por outrem, ele só é responsável se tiver agido com culpa na escolha do substituto ou nas instruções que lhe deu. *A fortiori*, não sendo o administrador representante do sócio, como não é. O regime do art. 264.º é aplicável também ao mandato e à subempreitada (cfr. arts. 1165.º e 1213.º, n.º 2, do CC).

relação à pessoa do administrador que actua de permeio para construir o juízo de responsabilidade.

Aquela asserção (de que o poder de designação pretende prevenir danos susceptíveis de serem infligidos aos interesses do titular respectivo) é, portanto, totalmente inaceitável *de lege lata*; uma consideração que, coerentemente pensada, levaria – repete-se – à responsabilidade automática, directa ou imediata, do sócio perante outro sócio, ou a sociedade, pelos actos do administrador que designou; algo que a lei societária não previu em parte alguma.

II – Segue-se do exposto que também a violação, por um certo sócio, do direito, fundado em acordo parassocial, de outro sócio indicar um administrador, não responsabiliza automaticamente o primeiro pelos danos provocados pelo administrador nomeado na sequência da referida violação.

É que – insiste-se – tanto o requisito da *culpa in eligendo* como o da responsabilidade do próprio administrador mostram que, para a lei societária portuguesa, da violação do direito de indicação do administrador que tenha sido atribuído por um acordo parassocial a um sócio não deriva, de modo social-típico, um prejuízo para o sócio titular do direito violado (que houvesse de acautelar-se). Acabamos de ver que tal se não pode afirmar e que o direito português preclui com clareza, devidamente pensado, essa interpretação.

Seria aliás absurdo aceitá-lo, pois teríamos então a ineliminável consequência de que os sócios desprovidos de tal poder eram tidos *ex lege* como especialmente “sujeitos” ou “expostos” a sofrer esse tipo de danos, caucionando o direito objectivo, em termos discriminatórios para com os que tivessem esse poder, a possibilidade agravada de tal lesão. O princípio da igualdade dos sócios entre si perante a administração sairia fortissimamente abalado.

III – O fundamento de qualquer pretensão de responsabilidade civil envolve uma concepção da causalidade. Há que conxionar o dano sofrido por alguém com um outro sujeito que o há-de suportar, indemnizando-o.

Deste modo, se entre o acto responsabilizante do sócio e o dano se tem de interpor, por lei, como condição necessária, a conduta de um

outro sujeito – o administrador –, susceptível de gerar uma sua autónoma responsabilidade pelo referido prejuízo, não pode afirmar-se que é inelutável a responsabilidade de quem se tenha limitado a contribuir, por alguma forma que seja, para a escolha desse concreto sujeito (mesmo, porventura, se violou desse modo um acordo parassocial que tivesse subscrito e que atribuía o poder de designação ou de escolha a outro sócio).

E tal, sob pena de se degradar a causalidade jurídica aos termos da doutrina da *condictio sine qua non*, ou de se manipular a doutrina do escopo da norma num sentido que o art. 83.º, n.ºs 1 ou 3, do CSC não permite.

Não pode ignorar-se que, para a lei societária, há, nos casos de responsabilidade do sócio aí previstos, uma decisão de permeio tomada por outrem, o administrador, que imediatamente ocasiona o prejuízo. Se tal sujeito actuou, como é de regra, autónoma e livremente, é a ele que se têm de imputar as consequências da sua conduta, não àquele que o escolheu. A sua designação ou eleição apenas pode representar uma condição necessária do prejuízo, nunca uma condição suficiente.

Assim se compreende que um qualquer sócio que queira responsabilizar um consócio por ter indicado um administrador no lugar daquele que, por acordo parassocial, lhe cabia a ele indicar, tenha de demonstrar que o administrador preterido não teria tomado as decisões lesivas em causa. Pois o dano, para a lei societária, não decorre, só por si e inelutavelmente, da forma como o administrador foi escolhido, mas ainda do modo como ele *decidiu* administrar.

É aquela, portanto, a situação hipotética com a qual terá de comparar-se, nessa hipótese, a ocorrência lesiva, de modo a satisfazer as exigências do art. 563.º do Código Civil: “A obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”

De harmonia com as indicações do direito societário vigente, não basta ao sócio alegar, pois, que um certo dano lhe adveio, ou à sociedade, pela mão de um administrador escolhido por outro sócio; sendo indiferente a conformidade ou não de tal escolha com o acordo parassocial, pois a *culpa in eligendo* não deriva nem pressupõe a violação de tal acordo.

Tal significa que a (chamada) causalidade “preenchedora” (a *haftungs-sausfüllende Kausalität*)¹¹, cuja prova se requer do sócio lesado, abrange, nos nossos casos, a conduta do administrador indicado, havendo esta de comparar-se com o comportamento que outro administrador teria tomado. Se esse outro tivesse adoptado a mesma conduta ou tomado o mesmo tipo de decisões, não há responsabilidade do sócio, ainda que tenha violado o direito de um consócio de designar ou fazer eleger o administrador. Só se a conduta do administrador hipotético fosse diferente haveria causalidade entre a escolha e o dano. Dito de outra forma: a violação do direito de indicação de um administrador conferido por um acordo parassocial apenas gera, ao abrigo da lei societária, responsabilidade do sócio infractor caso se mostre e prove que a conduta alegadamente lesiva não teria sido tomada por aqueloutro administrador que, no lugar daquele, tivesse sido escolhido. É o que corresponde à exigência, da parte do lesado, da demonstração de uma conduta ilícita e responsabilizadora do administrador.

6. A propósito da causalidade relevante havendo condutas humanas de permeio: sobre a teleologia da faculdade de escolha de um administrador conferida por acordo parassocial

I – Transcendendo o tipo de casos que nos ocupa, é muito problemática a possibilidade de estabelecimento de uma causalidade relevante quando entre a conduta de um sujeito e um dano existe, ou se intercala, uma acção de um terceiro actuando com autonomia e sem subordinação ao primeiro. Nestas situações a causalidade não pode ser acriticamente admitida, e carece de ser cuidadosamente verificada. Trata-se de um tema-chave na responsabilidade civil que já encontramos a outro propósito¹² e que agora só pode enunciar-se.

O princípio, como recordámos, é o de que cada um responde apenas pelos seus actos, e não pelos dos outros: a autonomia e a auto-responsabilidade (éticas) da pessoa implicam-no. Mas no direito das sociedades comerciais avultam também, naturalmente, exigências

¹¹ Para a noção, M. CARNEIRO DA FRADA (1994), p. 193.

¹² Cfr. M. CARNEIRO DA FRADA (2003), pp. 618 e ss.

funcional-organizativas para a separação entre a actividade do sócio e a dos titulares do órgão de administração da sociedade.

II – São parâmetros importantes para entender o direito português.

Ao contemplar a possibilidade de um sócio poder designar ou fazer eleger administradores em virtude de um acordo parassocial que celebre, a lei societária aceita certamente que os sócios possam ou queiram influenciar de alguma forma a gestão da sociedade.

Não só não o estranha, como, pelo contrário, assume mesmo que essa influência é, em si mesma, lícita¹³, pois de outro modo não o permitiria.

Mas não admite tudo.

Não aceita, por exemplo, que o sócio exerça sobre o administrador uma influência para submeter a actividade social aos seus próprios interesses pessoais (mesmo corporativos, ou, *a fortiori*, extracorporativos), por isso mesmo não consentindo jamais ao administrador preferir os interesses de um sócio aos interesses da sociedade. Tal influência do sócio seria ilegítima face ao disposto no art. 64.º, n.º 1, *b*), do CSC.

Respeitado este limite, a lei portuguesa reconhece, contudo, benefício em que as perspectivas que o sócio que possa designar ou fazer eleger um administrador tenha do interesse social, ou da forma de melhor conduzir a sociedade em ordem a esse mesmo interesse, possam ser consideradas e devidamente ponderadas no seio do órgão de administração, através do administrador que designou. Aliás, a avaliação de tais perspectivas pode ser muito conveniente e benéfica para a sociedade [ou não estivessem em causa, nesses casos, normalmente, as perspectivas de quem detém na sociedade participações sociais relevantes e interesses de longo prazo, muitas vezes misturados com os interesses da própria sociedade, e que também por isso devem ser levados em conta pelos administradores nos termos do art. 64.º, n.º 1, *b*), do CSC].

Foi por isso que só responsabilizou esse sócio pelos actos do administrador que designou ou elegeu verificadas certas circunstâncias

¹³ Assim também, acertadamente, CAROLINA CUNHA (2015), p. 61, desdramatizando, ao lembrar justificadamente que qualquer sócio ou grupo de sócios maioritários tem também o poder de designar administradores, assim como, conclusivamente a págs. 83-84. Analogamente outros autores como T. ANSELMO VAZ (1996), pp. 375-376.

suplementares: precisamente porque a influência que possa exercer na pessoa que escolheu não é, por si só, má, ou sequer mal vista, antes apenas e na medida em que se verifiquem os requisitos dos vários números do art. 83.º do CSC.

III – Pelo que não é seguramente suficiente para estabelecer a responsabilidade do sócio reconhecer-se a possibilidade que ele teve de, mediante a designação de um administrador da sua confiança, a sua percepção do interesse social ou do melhor modo de condução da sociedade ser considerada na gestão da sociedade, nos casos em que as decisões do conselho de administração vieram efectivamente a acolhê-la.

O legislador societário condescende ou aceita, como factor não prejudicial, a influência desse modo exercida pelo sócio na determinação dos destinos da sociedade; reconhece mesmo que a proximidade desejada por um sócio em relação aos destinos da sociedade pode ser útil e merecer tutela. Quando lhe dá a possibilidade de indicar um administrador por via de um acordo parassocial, compreende – como é natural – o poder de facto que desse modo, pela via de um acordo parassocial, se pode depositar nas mãos de um sócio de influenciar a administração. E não se perturba só porque esse poder de facto existe ou existiu, ou possa ser indevidamente exercido, enquanto se não demonstrar que o foi efectivamente, nos moldes que vamos ver.

A fronteira entre a conduta lícita ou ilícita do sócio é decisiva e importa que seja traçada com clareza: a lei societária, para além da hipótese de *culpa in eligendo* que já consideramos, reage apenas quando, nos termos do art. 83.º, n.º 4, ele exerceu uma (autêntica) determinação do administrador mediante o abuso do poder de destituição que detenha, porventura em virtude um acordo parassocial que haja subscrito.

7. Acerca da “determinação para agir” enquanto fonte de responsabilidade do sócio por actos do administrador

I – Vale a pena considerar agora quando ocorre a “determinação para agir”.

O art. 83.º, n.º 4, não o explicita. Contudo, a forma como se encontra gizada a previsão legal aponta para uma turbação da vontade do administrador, mais do que do seu juízo.

É necessário que tenha sido afectada a vontade. A lei negligenciou o elemento intelectual subjacente à sua decisão. Só assim se justifica que se requeira do sócio um abuso do poder de destituir ou fazer destituir o administrador (que por esse modo se determinou). Efectivamente, o dolo do sócio (que vitime as representações do administrador) não é considerado.

Mas, sendo assim, quando poderá dizer-se então que ocorreu tal determinação?

Por certo se, ou na medida, em que a conduta do sócio foi condição necessária e suficiente da actuação lesiva do administrador: na acepção, pelo menos, de *causa operis* deste (se não também de *causa operantis*, da sua conduta).

Sempre, com certeza, que o sócio tenha realmente decidido e determinado o *se*, o *como* e o *quando* de tal conduta. Quando, portanto, lhe coubesse o “domínio do facto” lesivo dos interesses da sociedade ou do consócio (não bastando, desta forma, a mera antecipabilidade ou previsibilidade, por parte dele, de que uma certa conduta viria a ser adoptada pelo administrador naquelas circunstâncias, aspecto relevante apenas para efeito de *culpa in eligendo*).

Pode, naturalmente, ser fina e delicada e, nalguns casos, pouco nítida mesmo, a linha de demarcação entre a licitude e a ilicitude da influência que o sócio está autorizado a exercer, no direito português, sobre um administrador.

Não obstante, certo e indiscutível é que não basta a possibilidade de condicionar ou interferir, directa ou indirectamente, de algum modo na gestão da sociedade mediante a designação, eleição ou possibilidade de destituição dos administradores para afirmar a sua responsabilidade.

II – Além disso, supomos que o regime civil da coacção moral pode trazer também luz a esta questão: conjugando o disposto no art. 83.º, n.º 4, do CSC com a disciplina da coacção moral constante do art. 255.º do Código Civil, haverá ainda determinação do administrador pelo sócio quando a sua decisão foi resultante de ter sido ilicitamente ameaçado com o exercício do poder de destituição que assistia a tal sócio; não devendo considerar-se determinação, porém, o que decorre do exercício normal do direito de destituição, nem o simples temor reverencial do administrador perante o sócio.

A determinação pelo sócio pressupõe a alegação e a prova, por parte do lesado que queira responsabilizar aquele, das “razões do agir” do administrador. De todo o modo, não há por si só, como se vê, determinação (relevante) para a ordem jurídica quando, confrontado com uma certa opção de gestão, o sócio comunique ao administrador por ele eleito que essa opção merece o seu desacordo por não corresponder ao que considera ser o interesse social; e mesmo se lhe anuncia a possibilidade de, caso tal opção venha a consumir-se, ponderar propor aos outros sócios a não recondução da administração que se decida por tal opção (substituindo-a por outra que imprima à sociedade uma orientação mais consentânea com o que reputa melhor para os seus interesses).

Como não existe determinação relevante quando o administrador se verga à opinião do sócio por simples receio de lhe desagradar, ou de não vir a ser por ele reconduzido no futuro; ou caso tema uma “destituição” que mais não seja, na realidade, do que uma consequência do exercício normal do poder de eleger os administradores que se considerem mais convenientes para a condução dos negócios da sociedade.

E tal qual a não há, por maioria de razão, só pelo facto de um administrador, antes de tomar decisões importantes, decidir ouvir os conselhos e as opiniões, ou indagar dos interesses dos accionistas mais importantes para a sustentação da sociedade. Estes últimos não se convertem só por isso em *shadow directors*.

III – Do exposto resulta que o administrador, timorato ou não perante o sócio que o elege, se encontra legalmente resguardado das suas tentativas ou investidas de determinação. Pois nunca a sua destituição é susceptível de operar como justificação suficiente da sua conduta, se o respectivo poder for usado para o efeito. Mais do que isso, tal destituição é ilícita, podendo o administrador opor-se-lhe, e sendo que lhe estão sempre garantidas as remunerações a que tem direito e a eventual indemnização dos danos que tiver sofrido em consequência do comportamento inadmissível de um sócio¹⁴.

¹⁴ Consequência que se impõe *a fortiori*, relativamente ao regime da própria destituição lícita (e independente de justa causa). Cfr., a respeito desta, D. LEMOS E CUNHA (Abril/Junho 2014), pp. 575 e ss. O regime descrito não exige naturalmente o administrador do dilema de que fala Coutinho de Abreu – acatar as instruções que receba ou ser destituído [cfr. COUTINHO DE ABREU (2010), p. 156].

Dir-se-á que a lei padece de uma visão irrealista, e que os administradores se encontram, na prática, expostos e subjugados a quem os designa. A asserção careceria evidentemente de ser empiricamente demonstrada, pois não colherá em muitas situações, e não pode universalizar-se. De todo o modo, o que nos importa é o dever-ser jurídico. E, enquanto um administrador lograr justificar as suas decisões à luz do interesse social e da bússola que para ele constitui o art. 64.º, n.º 1, não só ele, mas também o sócio que o designou encontra-se protegido.

Haverá certamente cépticos a insistir, ainda assim, no cinismo “prático” desta consequência para com quem não designou os administradores e venha a ser prejudicado por estes (pretextando a discricionariedade dos administradores e o facto de a sua responsabilização ao abrigo do art. 64.º, n.º 1, poder ser difícil, para um sócio lesado¹⁵). Facto é que a lei não é nada ambígua no quadro que traça para o exercício da actividade dos administradores e naquilo a que os vincula. Se o quadro resultante é irrealista ou não, dependerá: a lei, pelo menos, não quer que seja.

IV – Tivemos em mente, até aqui, a perturbação da vontade do administrador. Uma perturbação que tem de ser propositada e intencional por parte do sócio.

Mas claro que a conduta dolosa do sócio que afecte ou condicione, não a dimensão volitiva das decisões do administrador, mas as suas representações na hora de decidir, enganando-o, é susceptível de gerar a sua responsabilidade.

A perturbação intencional do elemento intelectual da sua decisão gera a responsabilidade do sócio; mesmo que o administrador, enquanto vítima também, não possa ser autonomamente responsabilizado, como exige o art. 83.º, n.º 3, do CSC (responsabilidade que existirá, todavia, se uma mentira do sócio, por exemplo, gerou um erro do administrador). Pois condutas há (do sócio) que, por representarem uma causação dolosa de danos ofensiva de um mínimo ético-jurídico que de todos se pode e deve reclamar, geram sempre a obrigação de indemnizar: é uma

¹⁵ *Vide*, todavia, o que escrevemos a propósito da distribuição do ónus da prova nas acções de responsabilidade dos administradores, que colhem, por maioria de razão – e que por isso devem estender-se – aos sócios lesados por eles ao abrigo do disposto no art. 79.º: cfr. M. CARNEIRO DA FRADA (2019), pp. 347 e ss.

indeclinável exigência do Direito impor a obrigação de indemnizar àquele que provoca prejuízos com malícia, sem sentido daquela elementar decência que está ou tem de estar na base da vida social, para usar termos que fazem também curso noutras culturas jurídicas.

Uma mentira, assim, que vise enganar e provocar uma certa decisão de outrem (um administrador) para prejudicar um terceiro instrumentaliza-o e é inaceitável, permitindo uma imputação directa do dano por esse terceiro sofrido a quem assim procede. (Sem dependência, aliás – agora ao abrigo de valorações profundas do direito comum –, de uma autónoma responsabilidade do sujeito alvo da manipulação alheia; para lá, portanto, do considerado no art. 83.º, n.º 4, do CSC.)

E, como já sublinhámos noutras ocasiões a propósito de outras situações, não é necessário para o efeito da responsabilidade a verificação de qualquer artifício, como se diria requerer *apertis verbis* a disciplina civil do dolo. A pouco justificável estreiteza da formulação do art. 253.º, n.º 1, do CC não é de molde a pôr em causa o princípio elementar de que a mentira (*per se* consciente e voluntária) se encontra proibida na nossa ordem jurídica, gerando responsabilidade¹⁶, por atentar contra a veracidade que é base necessária de toda a convivência humana.

Já não é, via de regra, fonte de responsabilidade a omissão de informações, pelo sócio, ao administrador que elegeu, e que poderiam eventualmente ser importantes para a sua decisão, designadamente tendo em vista os interesses de outro sócio. Pela razão de que, ao contrário do dever de verdade (ou de veracidade) – que implica a verdade (ou a pretensão de verdade) do que se diz –, o dever de falar (de esclarecer ou informar) só existe em circunstâncias especiais, geralmente correspondentes, no direito comum, à incidência da regra de conduta segundo a boa fé no âmbito de “ligações especiais” (*Sonderverbindungen*). Um dever de esclarecer ou informar, e em benefício de outro sócio, não incide, ao menos em geral, sobre aquele que designa o administrador, nem pode ver-se como correspectivo do poder que ele tenha de o indicar. Entre este, o administrador e outro sócio não se cria, nem estabelece – via de regra, repete-se –, qualquer “relação especial” da qual emergja um dever desse género.

¹⁶ Cfr., por último, M. CARNEIRO DA FRADA (2017), pp. 196-197.

O sócio não se torna, pois, em virtude de informações que possa facultar ao administrador, seu auxiliar ou, ao invés, seu mandante; nem o administrador deixa de ser, perante a sociedade e os demais sócios, o único e exclusivo responsável pelas decisões que toma como correlato da autonomia e independência de que para o efeito goza. É a ele que cabe informar-se do que se revela necessário para comandar devidamente os destinos da sociedade. Por isso não há responsabilidade do sócio que lhe não faculte essa informação.

Não se exclui naturalmente que, em certas circunstâncias, possa ou deva mesmo afirmar-se uma responsabilidade do sócio por violação da lealdade para com a sociedade ou outro sócio. Estamos, porém, para lá do disposto no art. 83.º do CSC.

8. Breve observação conclusiva sobre a coerência do modelo do direito societário português e a natureza da responsabilidade *ex vi* do art. 83.º do CSC

I – Do exposto resulta, supomos, um quadro globalmente coerente.

O direito das sociedades português não consente ao sócio desenvolver, enquanto tal e apenas por si só, a actividade societária; obter por si mesmo, directamente, os proveitos dela¹⁷. Os lucros que ela gera só fluem para ele mediatamente, através da pessoa colectiva; interpondo-se, pois, a conduta da administração. Os proveitos que intenciona com o empreendimento societário fixam-se antes de mais na esfera da sociedade; apenas subsequentemente são objecto de uma atribuição ao sócio (ordinariamente mediante um acto ulterior, a deliberação de distribuição de lucros tomada pelos sócios).

À interposição da sociedade no que toca às vantagens corresponde também uma interposição quanto a prejuízos do sócio no âmbito da actividade social. Estes são antes de mais uma perda da sociedade, reflectindo-se depois no valor da participação dos sócios. Temos uma

¹⁷ HANS-CHRISTOPH GRIGOLEIT fala, a propósito, do princípio da prossecução descentralizada do lucro no direito das sociedades): cfr. GRIGOLEIT (2006), pp. 321 e ss. Decorre também do exposto a parcimónia com que deve admitir-se a “desconsideração” da personalidade jurídica societária.

“interpolação nas perdas” como contraponto de uma “interpolação nas vantagens”.

E é a sociedade que actua, através da administração. Compreende-se, pois, que também as responsabilidades do sócio no que toca a danos sofridos pela sociedade ou à desvalorização da participação social de outros sócios não hajam, considerando as apontadas estruturas do direito das sociedades, de estabelecer-se de forma directa, antes presuponham também a “mediação” da responsabilidade dos administradores, pois é assim que se reflecte a autonomia da própria sociedade perante os sócios.

Lidamos, no fundo, com expressões do princípio da divisão de competências e estatuto entre sócio e administração societária, que radica na separação entre sócio e sociedade comercial.

Um princípio que, como vimos, a lei societária defende contra a perturbação de tal separação mediante a “determinação para agir”.

Parece, assim, que é essencialmente na medida em que a autonomia da administração da sociedade se não tenha *in casu* verificado – e se não possa, portanto, imputar o dano, ainda, de harmonia com esse modelo, também, minimamente, ao administrador – que será legítimo recorrer às estruturas dogmáticas que o direito comum apresta para formular um juízo de responsabilidade do sócio.

II – Tal como plasmada no art. 83.º do CSC, a responsabilidade do sócio apresenta, portanto, uma individualidade própria. Encontra-se ligada ao estatuto do sócio (e articulada com o dos administradores no seio das sociedades comerciais)¹⁸. O *status socii* é expressão da autonomia privada e tem uma base voluntária, contratual. A responsabilidade de que falamos desvia-se, deste modo, do plano e do paradigma típicos da responsabilidade delitual. Não é uma simples expressão particular dos arquétipos e estruturas que a caracterizam. Muito embora não resulte também da violação de deveres de prestar a que os sócios se vincularam reciprocamente. Assim, pelo menos na medida em que não esteja em causa uma responsabilidade perante a sociedade, antes a dos accionistas uns perante os outros, tal responsabilidade não se reconduz

¹⁸ Nesse sentido, precisamente, R. PEREIRA DIAS (2007), pp. 123 e ss.

também, linearmente, ao paradigma da responsabilidade *stricto sensu* obrigacional¹⁹.

9. Consequências: a interpretação em conformidade dos acordos parassociais que versam a administração de sociedade; a excepcionalidade e a responsabilidade na promessa de facto de terceiro

I – É altura de tirarmos, para finalizar, alguns corolários.

Do exposto decorrem, com efeito, consequências relevantes no plano da responsabilidade dos sócios, uns perante os outros, pelas condutas dos administradores que se encontravam legitimados a indicar nos termos de um acordo parassocial por eles subscrito.

Duas delas avultam desde já: retomando considerações já avançadas, a autonomia com que o direito societário português concebe e garante a função dos administradores perante os sócios inviabiliza que os administradores se possam, por via de princípio, considerar auxiliares ou representantes deles no cumprimento de obrigações assumidas reciprocamente pelos sócios no âmbito de acordos parassociais que tenham subscrito.

Mesmo quando compita ou esteja facultado a algum deles designar um administrador, ele não é responsável perante os demais pelos actos de quem indicou. Os deveres relativos à administração são – sublinhe-se – do administrador, que para o efeito actua com autonomia; não pertencem ao sócio que o designou, pelo que aquele não é auxiliar de cumprimento de deveres ou vinculações parassociais que impendam sobre o sócio. (É sabido – diga-se *en passant* – que o art. 800.º, n.º 1, do CC também responsabiliza o devedor por condutas de auxiliares seus que sejam dele independentes, mas a responsabilidade do devedor por esses auxiliares só existe no âmbito de um cumprimento por ele mesmo devido; ora, nas hipóteses que nos ocupam, ao administrador cabe exclusivamente o dever de administrar a sociedade, não lhe pertencendo por conseguinte nesse âmbito ajudar o sócio, ainda que com autonomia, no cumprimento de vinculações parassociais que tenha subscrito.)

¹⁹ Sobre a concepção subjacente, cfr. M. CARNEIRO DA FRADA (2003), pp. 270 e ss., 757 e ss.

II – Do mesmo modo – e repetimos –, é também inviável considerar, face ao direito societário português, os administradores comissários dos sócios, para responsabilizar estes, ao abrigo do art. 500.º, n.º 1, do CC, por lesões perpetradas a outros sócios. Estes não detêm qualquer poder de orientação ou direcção da conduta dos administradores, ainda quando disponham, por acordo parassocial, do poder de os indicar ou fazer eleger. Di-lo claramente o art. 17.º, n.º 2, do CSC. Não há, portanto, subordinação jurídica alguma a esses mesmos sócios.

III – A autonomia dos administradores perante os sócios que o direito societário português salienta não exime, evidentemente, os sócios de poderem responder, uns perante os outros, por violação de obrigações próprias contraídas entre eles no âmbito de um acordo parassocial.

Em qualquer caso, importa que os acordos parassociais sejam interpretados no respeito das disposições do direito societário com que interagem.

O acordo parassocial, por outras palavras, deve ser alvo, tanto quanto possível, de uma interpretação conforme com a legalidade. Este um critério hermenêutico fundamental.

Na realidade, não adstringe para lá da legalidade, nem dá lugar a uma obrigação de indemnizar por condutas que não possam ser validamente prometidas pelos sócios que o subscrevam.

Assim, não-de recusar-se todos aqueles sentidos dos acordos parassociais – em matéria de responsabilidade dos sócios por actos dos administradores por eles nomeados – que afrontem preceitos imperativos do direito societário, como o art. 17.º, n.º 2, do CSC; sentidos que, por serem inconciliáveis com estes, importariam, afinal, a nulidade das respectivas cláusulas.

Compreende-se. A própria vontade presumível dos subscritores do acordo parassocial é normalmente endereçada à salvaguarda do sentido juridicamente possível, e assim útil, do acordo.

Um acordo parassocial não pode impor aquilo que a lei proíbe, nem proibir o que ela prescreve ou impede. Se o fizer não há, pois, responsabilidade do sócio que o viole (actuando em conformidade com a ordem jurídica). Existindo colisão entre regras do direito objectivo e cláusulas do acordo parassocial, sobrelevam as primeiras, naturalmente. No conflito de deveres em que possa, mediante um acordo parassocial, querer

constranger-se o administrador, prevalecem os legais. O domínio dos acordos parassociais é apenas o do *licere*, o dos actos permissivos, à luz da lei.

IV – Mas, além disso, devem evitar-se as interpretações dos acordos parassociais que acabem por atribuir às suas cláusulas um sentido, um alcance ou um efeito totalmente irracional ou despropositado face ao quadro geral da responsabilidade dos sócios por actos dos administradores traçados pela lei societária.

É o critério hermenêutico da razoabilidade a impô-lo²⁰.

Por exemplo: sendo a conduta dos administradores autónoma em relação à dos sócios, ainda quando designados por eles, também não é em princípio curial admitir-se, a não ser que tal resulte inequivocamente das circunstâncias, que os sócios partes num acordo parassocial tenham garantido uns aos outros certos resultados ou procedimentos dependentes, afinal, da decisão e da vontade autónoma desses administradores; mesmo quando pretenderam que tais objectivos ou condutas fossem prosseguidos por eles.

Vinculações deste tipo são em princípio de rejeitar: elas introduziriam um desfasamento entre a ordem primária reguladora das atribuições e comportamentos de sócios e administradores, por um lado, e a ordem secundária da tutela indemnizatória, por outro: delineando por excesso a responsabilidade dos sócios e onerando-os relativamente ao que aqueloutro plano podia razoavelmente implicar. A vontade de vinculação carece de ser provada; sobretudo em caso de escusabilidade de uma oneração, essa prova é evidentemente imprescindível.

Por outro lado, existindo autonomia de desempenho dos administradores, e não se encontrando eles sujeitos a instruções ou a orientações dos sócios, sequer dos que os designaram, percebe-se também que uma vinculação dos sócios a (tão-só) diligenciarem no sentido de serem adoptados por tais administradores certos procedimentos ou determinadas decisões aquando da administração da sociedade raramente poderá gerar a responsabilidade do sócio. Não basta, de forma alguma, para tal responsabilização, a não observância de tais procedimentos ou decisões.

²⁰ Cfr. para semelhante critério, M. CARNEIRO DA FRADA (2015), pp. 16 e ss.

Com efeito, não se tratando nem podendo tratar-se aqui de deveres de resultado, e encontrando-se o fim pretendido fora do controlo do sócio – cabendo ao alvedrio de um terceiro (administrador) proporcioná-lo ou não –, certamente que a responsabilidade do sócio só pode afirmar-se caso e na medida em que se prove positivamente um incumprimento de semelhante obrigação: uma obrigação que é de meios (com vista – repete-se – à adopção de um comportamento que há-de ser tomado por terceiro com total autonomia e independência). Sendo que, pela sua natureza, o devedor também só pode vincular-se validamente a usar os recursos legalmente possíveis em relação a um resultado que derradeiramente depende de uma decisão alheia, sem que ele possa nela interferir directamente.

De outro ângulo: os recursos ao dispor do sócio que assim se comprometa serão meramente opinativos e persuasivos, nada mais. Não pode presumir-se a culpa dele apenas porque o interesse ou fim que a obrigação de meios por ele assumida no acordo parassocial visava proporcionar não ocorreu, pois o administrador é livre nas suas decisões.

V – Quer dizer que só raramente, e apenas por excepção, as adstricções dos sócios assumidas num acordo parassocial por eles subscritas a respeito de condutas dos administradores que designem consubstanciarão promessas de facto de terceiro ou garantias de facto de terceiro (com efeitos responsabilizadores)²¹.

Quando a prestação objecto de uma obrigação inclui ou se refere a uma conduta alheia, que outrem diferente do devedor deve realizar, compreende-se que o devedor não garanta nem prometa via de regra a sua realização, e que a sua responsabilidade, quando o terceiro não colabore, só singre demonstrando-se que a sua falta de diligência foi efectivamente a causadora dessa não realização. Havendo, pois, de provar-se que a causa da não adopção da conduta que os sócios desejavam por parte do administrador derivou, não de uma decisão autónoma sua, mas de um incumprimento do sócio (designadamente da ausência de conselho ou opinião dele).

²¹ A destrinça entre obrigações de meios, de resultado e de garantia é fundamental: com idêntica perspectiva, e para a caracterização de cada uma delas, veja-se, no nosso contexto, CAROLINA CUNHA (2015), p. 79.

Afortiori quando as decisões alegadamente lesivas pertencem afinal a um órgão colegial, e o administrador designado por um sócio era, por si só e sem o concurso de outros administradores, insusceptível de determinar aquela conduta referente à administração da sociedade que o acordo parassocial visava. Se qualquer sócio raramente aceitará responder por actos autónomos daqueles que nomeia, muito mais dificilmente quererá ou consentirá responder por actos que não dependem (apenas) do administrador que indicou, mas (também) de outros.

10. Considerações finais: parassocialidade, sociedades instrumentais e dever de lealdade dos sócios entre si

I – Duas notas finais.

A primeira para salientar que as linhas de orientação precedentemente apresentadas – para um problema multifacetado, como se disse, em função do teor das adstrições parassociais – não se alteram só pelo facto de o acordo parassocial em causa poder ser “omnilateral”, isto é, vincular entre si todos os sócios.

Embora importe reconhecer que tais acordos podem implicar efectivamente ponderações especiais na articulação entre o plano da socialidade e o da parassocialidade²², facto é que não é pela circunstância de tais acordos serem, nalguns casos, subscritos por todos os sócios que os administradores por eles designados deixam de haver de exercer com autonomia e independência as suas funções, de harmonia com o disposto no art. 17.º, n.º 2, do CSC.

Ao contrário: será essa, ordinariamente, a vontade dos sócios (na medida em que todos eles queiram envolver-se efectivamente num projecto societário comum, a ser desenvolvido de acordo com as regras do direito societário, com autonomia em relação a qualquer um deles por parte dos administradores respectivos). Esse figurino, subjacente às regras do direito societário geral, não é afastado só pela circunstância de todos os sócios se comprometerem reciprocamente nalgum acordo parassocial.

²² Cfr. M. CARNEIRO DA FRADA (2009), pp. 477 e ss. *Vide*, também, as reflexões de D. COSTA GONÇALVES (2013), pp. 4, 779 e ss.

Soluções divergentes apenas podem ser equacionadas, pois, em hipóteses nas quais a constituição de uma sociedade se apresenta como um mero instrumento da realização de outros projectos e fins comuns dos sócios; projectos e fins normalmente plasmados num contrato-quadro que regula então um conjunto de relações em vista das quais se constitui a sociedade e se celebra um acordo parassocial. Por outras palavras, quando a sociedade é uma mera “sociedade-veículo”, tal qual ocorre com múltiplas *joint ventures* ou acordos de *project finance*, em que os sujeitos cooperam entre si em ordem a determinados fins, servindo a sociedade que constituam de simples meio de os atingir. Mas ainda aí havendo de averiguar-se bem até que ponto a instrumentalidade da sociedade implica de facto uma total ausência de autonomia da administração da sociedade face às decisões dos sócios no âmbito do contrato que os une.

Apenas na medida em que tal autonomia não haja (licitamente) de existir se modificarão os termos da responsabilização dos sócios por actos dos administradores que designem, passando ela a reger-se pelo direito comum (dos contratos de fim comum).

II – Interessa, por último, saber se as conclusões expostas podem ser infirmadas ou alteradas mediante o reconhecimento de um dever de lealdade entre os sócios: sustentando-se que a responsabilidade deles poderia estender-se, para lá dos limites acima apontados, caso um dever desse tipo se mostrasse infringido.

Os deveres de lealdade a cargo dos sócios, tanto entre si, como perante a sociedade, são hoje campo importante de debate e reflexão. A discussão extrema-se, contudo, no campo das sociedades anónimas. Aos que os negam contrapõem-se aqueles que os afirmam convictamente. A questão concentra-se, naturalmente, no problema da admissão de deveres não escritos. Não se põe em causa a incontornável redução dogmática de algumas disposições normativas do direito das sociedades às exigências da lealdade²³.

²³ Tenha-se em mente, por exemplo, o disposto no art. 58.º, n.º 1, b), referente a deliberações abusivas (sendo que o abuso não pode reconduzir-se centralmente à lealdade), o art. 180.º, relativo ao dever de não concorrência dos sócios, o art. 181.º, n.º 5, o art. 214.º, n.º 6, ou o art. 291.º, n.º 6, do CSC (que sanciona o sócio que utiliza as informações recebidas em prejuízo da sociedade ou de outros sócios), o art. 242.º, respeitante à exclusão judicial do sócio quotista por comportamento desleal, etc.

Persuadimo-nos, contudo, de que ambas as formas de ver se compreendem, e que cada uma delas reflecte, a seu modo, pontos de vista pertinentes²⁴. Supomos, tratar-se, em apreciável medida, de uma divergência mais aparente do que real. Na verdade, do que nos não mostraremos suficientemente advertidos é que a controvérsia mistura por vezes dois planos, que importa todavia distinguir bem: por um lado, o do direito societário, corporativo; por outro, o do direito comum, civil geral.

III – É certamente de rejeitar que, mediante a aceitação de deveres de lealdade não escritos qualificados e especiais, as vinculações constantes das específicas e especiais regulações do direito societário possam ser estendidas e intensificadas para além do que o Código das Sociedades Comerciais prevê e consente. Embora várias dessas adstrições constituam expressões de um dever de lealdade corporativo (ou especificamente societário) dos sócios entre si, ou destes para com a sociedade, a extensão de tais deveres para lá dos limites estreitos de uma prudente *analogia legis* é obviamente problemática. Pois um desenvolvimento do Direito *praeter legem* não pode pôr em causa princípios importantes do direito societário como o da autonomia dos sócios perante a sociedade ou entre si, e o da limitação da responsabilidade do sócio pela actividade social.

Especialmente no campo das sociedades anónimas, ao juiz não está consentido acrescentar acriticamente, aos que já constam profusamente do Código das Sociedades Comerciais, novos deveres para os sócios. Nesse sentido se compreende a afirmação de que não há, nas sociedades anónimas, deveres de lealdade dos sócios, entre si ou para com a sociedade, para lá do que a lei prevê.

IV – De qualquer modo, na sua literalidade, uma asserção desse tipo seria patentemente exagerada. Até porque há sempre uma lealdade que os sócios se devem entre si enquanto concretização da bitola geral daquelas regras de comportamento que incidem sobre as partes

²⁴ Temos presentes alguns contributos de referência para a compreensão da lealdade societária: especialmente os de dois dos seus defensores, P. PAIS DE VASCONCELOS (2006), pp. 358 e ss., e COUTINHO DE ABREU (2016), pp. 281 e ss., 286 e ss., e a posição céptica de P. OLAVO CUNHA (2018), pp. 20 ss.

em contratos de organização ou de fim comum: embora nenhuma delas assuma, em virtude de tais contratos, vinculações de prossecução de interesses alheios, também não estamos diante de padrões de comportamento próprios de contratos em que as partes procuram interesses contrapostos e distintos.

Pode é recusar-se reconhecimento a específicos deveres de lealdade (*stricto sensu*) societários entre os sócios enquanto se não se identificarem regras de conduta também especificamente dirigidas aos sócios enquanto tais, *distintas* das que vigoram para a generalidade dos sujeitos no tráfico jurídico.

Só que a disputa se arrisca ociosa: afinal, na concretização vai uma especificação de normas e regras.

A esta luz, se na tipologia das deslealdades se alude por vezes a sócios “corsários”, “abutres” ou “tiranos”, o relevante será indagar se tais epítetos impressionantes descrevem realidades particulares, com conteúdo normativo próprio, autonomizável perante os critérios do direito comum.

Dir-se-á que não existe dever de lealdade (especificamente) societário no caso de a adstrição que impende sobre o sócio se apresentar tão-somente como refracção do dever geral de cooperação ou, pelo menos, de não obstaculização do fim em qualquer contrato de organização ou de fim comum; atingindo desse modo, como dever de lealdade comum, e tal qual é também mister, sujeitos em situações análogas (como, por exemplo, nas associações, os associados ou os instituidores nas fundações).

Contudo, a adstrição dos sócios a colaborar ou promover o fim da sociedade (ou, pelo menos, numa formulação negativa, a não o impedir) resulta ainda da sua autonomia privada, do programa obrigacional a que se vincularam. Nesta perspectiva, será *stricto sensu* societária²⁵, por isso que radica no comprometimento do sócio em relação à sociedade.

V – Mas tal consideração não esgota o âmbito dos deveres de lealdade, que podem visar perfeitamente interesses, não já da sociedade,

²⁵ Nesse sentido, se bem interpretamos, COUTINHO DE ABREU (2016), pp. 284-285 (em diálogo com Karsten Schmidt, após ter reconduzido a lealdade ao dever, de conteúdo negativo, de não actuar de modo incompatível com o interesse social). Também para PAIS DE VASCONCELOS o dever de lealdade exige do sócio que não contrarie o interesse social no seu comportamento enquanto sócio (*A Participação Social*, cit., 325).

antes individuais, corporativos ou não, dos outros sócios. Tais deveres – deveres de consideração, ou de protecção (dos interesses) dos demais sócios – derivam directamente do direito objectivo e das exigências da boa fé, sem necessidade de qualquer vontade que os suporte.

É nesta acepção que se torna criticável admitir deveres de lealdade especificamente societários, e distintos dos deveres de protecção, ou de consideração²⁶, do direito comum.

Aliás, os sócios podem ter criado ou estabelecido outras relações especiais (*Sonderverbindungen*), em virtude ou por ocasião do seu envolvimento num projecto societário comum e nele assentes: ligações que concitem, ao abrigo do direito comum e das suas valorações, exigências de lealdade recíprocas. A tanto pode conduzir, por exemplo, a regra de conduta segundo a boa fé nas relações contratuais ou pré-contratuais do tráfico jurídico; ou, nas sociedades familiares, a existência de laços de parentesco, ou outros, interferindo com o exercício de posições sociais. É óbvio que os sócios não ficam imunizados pela sua qualidade de sócios de tais exigências em contexto societário. O direito comum aplica-se e não pode ser afastado.

VI – Parece, em qualquer caso, claro que nenhuma ordem jurídica pode prescindir das exigências da lealdade entre os sócios. *Maxime* quando unidos por um acordo parassocial, pois é óbvio que nos contratos de organização e/ou de fim comum, o direito civil impõe aos contraentes deveres de consideração, protecção ou – naturalmente – lealdade. (Com a consequência de que uma deslealdade, numa relação parassocial duradoura, pode dar origem a responsabilidade, bem como à resolução do contrato, nos termos gerais.)

VII – No final, fica a convicção de que a querela entre defensores e opositores de um dever de lealdade entre os sócios deve ser relativizada. Para lá do âmbito do dever de lealdade como mera expressão alternativa do dever (elementar) de prosseguir ou não prejudicar o fim do contrato

²⁶ Tomamos estas designações como próximas ou similares, quando não fundamentalmente equivalentes. A terminologia é fluida e espelha genealogias jurídico-culturais não coincidentes. Cfr M. CARNEIRO DA FRADA (1994), pp. 36 e ss., 143 e ss., e mais recentemente, M. CARNEIRO DA FRADA (Jan./Mar. 2013), pp. 267 e ss., assim como, especificamente sobre a lealdade: M. CARNEIRO DA FRADA (2019), pp. 330 e ss.

(no caso, do contrato de sociedade), o dever de lealdade do direito comum é susceptível de absorver também muitas das exigências de comportamento que se colocam no contexto societário aos sócios, pois tal dever é função das mais diversas situações relacionais em que os sujeitos se encontram, societárias ou não. Nesse sentido se dirá que não existem deveres de lealdade especificamente societários, mas que a lealdade é – obviamente! – também devida nas relações dos sócios entre si ou com a sociedade.

Só que – repete-se – todo o processo de concretização de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados conflui na sedimentação de regras particulares para situações típicas, com o que os deveres de lealdade societária tenderão a individualizar-se e afirmar-se especificadamente no discurso doutrinário e jurisprudencial da especialidade.

11. Conclusão

Considerando o exposto, pode concluir-se que a responsabilidade dos sócios *ex vi* do art. 83.º do CSC é uma responsabilidade do plano societário, por violação de deveres (corporativos) do sócio enquanto sócio, beneficiando a sociedade e os demais sócios enquanto tais. Logo, pois, pela circunscrição subjectiva que o preceito opera, ela só atinge os sócios enquanto tais, e apenas beneficia a sociedade ou outros sócios.

Sendo esta a vera natureza do art. 83.º do CSC – de responsabilidade de direito societário – o equilíbrio nele almejado entre os vários pontos de vista relevantes para um juízo de responsabilidade do sócio por condutas dos administradores (danosas para a sociedade ou outros sócios) não pode ser subvertido ou desfeito pelo direito comum aplicável a acordos parassociais que tenham sido subscritos, sob pena de se ignorarem indevidamente as valorações específicas do direito societário.

Quer dizer que apenas uma avaliação conscienciosa – cotejando atentamente tais valorações com as exigências a que dá expressão o direito comum – pode justificar o alargamento da responsabilidade do sócio perante outros sócios ou a sociedade, para lá de tais limites.

Não que o direito comum se não possa convocar quando seja efectivamente chamado (e a imputação do dano haja de fazer-se, efectivamente, ao abrigo de regras suas). Não deve é substituir-se ao direito societário ou corroê-lo, havendo de respeitar-se o âmbito deste. Por

forma a conseguir-se a necessária congruência e harmonização dos dois planos, da socialidade e da parassocialidade.

Bibliografia

- Abreu, Coutinho de, *Curso de Direito Comercial-Sociedades Comerciais*, 5.^a edição, Coimbra, 2016.
- Abreu, Coutinho de, *Governação das Sociedades Comerciais*, 2.^a edição, Coimbra, 2010.
- Cunha, Carolina, “Acordos Parassociais e Relações dos Sócios com os Administradores: Análise de Algumas Cláusulas Frequentes”, *AB Instancia*, ano III, 5, 2015, pp. 45 ss.
- Cunha, Diogo Lemos e, “A Destituição de Administradores nas Sociedades Anónimas: Em Particular o Alcance e Sentido da Cláusula de Destituição”, *ROA*, 74, II (Abril/Junho 2014), pp. 575 e ss.
- Cunha, Paulo Olavo, *Actas do V Congresso da DSR*, Coimbra, 2018, pp. 20 ss.
- Dias, Rui Pereira, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas/Uma Análise de Direito Material e Direito dos Conflitos*, Coimbra, 2007.
- Duarte, Rui Pinto, “Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais”, *Católica Law Review*, II/2, Maio 2018, pp. 73 e ss.
- Frada, Manuel Carneiro da, “A *Business Judgment Rule* e os Deveres Fundamentais dos Administradores”, *Forjar o Direito*, 2.^a edição, Coimbra, 2019, pp. 327 e ss.
- Frada, Manuel Carneiro da, “A Responsabilidade dos Administradores perante os Credores entre o Direito das Sociedades e o Direito da Insolvência”, *IV Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra, 2017, pp. 196-197.
- Frada, Manuel Carneiro da, *Contrato e Deveres de Protecção*, Almedina, Coimbra, 1994.
- Frada, Manuel Carneiro da, “Deveres (ditos) Acessórios e o Arrendamento”, *ROA* 73 (Jan./Mar. 2013), pp. 267 ss.
- Frada, Manuel Carneiro da, “A Responsabilidade do Sócio por Actos dos Administradores”, *ROA*, 2018, I-II, pp. 260 ss.
- Frada, Manuel Carneiro da, “Sobre a Interpretação do Contrato”, *Forjar o Direito*, Coimbra, 2015, pp. 16 ss. e 477 ss.
- Frada, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003.
- Gigoleit, Hans-Christoph, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH/Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes*, München, 2006.

- Gonçalves, Diogo Costa, “Notas Breves sobre a Socialidade e a Parassocialidade”, *Revista de Direito das Sociedades*, ano V (2013), pp. 4 e 779 ss.
- Leal, Ana Filipa, “Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português”, *RDS* 2009, 1, pp. 162 e ss.
- Morais, Helena, *Acordos Parassociais/Restrições em Matéria de Administração de Sociedades*, Coimbra, 2015.
- Pires, Catarina Monteiro, “Algumas Considerações Críticas sobre a Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas”, *O Direito* 137 (2005), I, pp. 81 ss.
- Ribeiro, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores de Sociedades por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Coimbra, 2009.
- Silva, João Calvão da, *Estudos Jurídicos (Pareceres)*, Coimbra, 2001, pp. 233 e ss.
- Torga, Miguel, *Portugal*, Coimbra, s/data, p. 56.
- Trigo, Graça, *Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, Lisboa, 1998.
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.^a edição, Coimbra, 2006.
- Vaz, Teresa Anselmo, “A Responsabilidade do Accionista Controlador”, *O Direito*, 1996, III-IV, pp. 375-376.

Tutela de credores, impugnação pauliana e sociedades comerciais – especificidades

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO*

1. O problema

Com este texto, pretende-se encontrar a solução para os problemas jurídicos que se colocam num caso específico (e frequente): um devedor pessoa singular constitui, normalmente com terceiros (muitas vezes, membros da sua família), sociedade (em regra, anónima) para a qual “entra” com a transmissão de bens imóveis que integram o seu património, com o objectivo de não sujeitar esses bens à satisfação dos seus credores pessoais (não raras vezes, esta pessoa singular é gerente ou administrador de outra sociedade comercial, tendo garantido créditos concedidos a essa sociedade por meios de garantias pessoais, v.g., na condição de avalista em livranças).

Cumprе responder a variadas questões, de entre as quais se destacam as seguintes: desde logo, a de saber se existe aqui um acto a impugnar; em caso afirmativo, a de determinar com exactidão qual o acto impugnável; depois, ainda, a de apurar, quando o acto impugnável é oneroso, como se poderá considerar que a sociedade está de má-fé, ou seja, como imputar a da má-fé de “terceiros” (v.g., pessoas que representam a sociedade no acto, gerentes ou administradores, sócios que não são gerentes, colaboradores que não integram nenhum dos órgãos da sociedade) à sociedade.

Para o efeito, analisar-se-á o instituto da impugnação pauliana, enquanto meio de tutela dos credores do devedor que entra para uma sociedade em constituição com os bens que integram o seu património imobiliário (recebendo em troca uma quota ou acções na sociedade entretanto constituída), com o objectivo de os subtrair à satisfação desses credores pessoais.

* Por opção da Autora, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

A impugnação pauliana é um instituto jurídico pelo qual se visa a conservação da garantia patrimonial do crédito: em resultado da procedência de uma acção de impugnação pauliana, neste contexto, o credor poderá executar os bens transmitidos no património da sociedade, na medida necessária à satisfação do seu crédito.

Um acto é impugnável desde que estejam preenchidos os requisitos que constam nos artigos 610.º e 612.º do Código Civil, a saber: o acto, não sendo de natureza pessoal, há-de ter envolvido a diminuição da garantia patrimonial do crédito; o acto há-de ter sido ulterior ao crédito (ou, se foi anterior, realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor; do acto há-de ter resultado a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito, ou o agravamento dessa impossibilidade; tendo o acto sido oneroso, o devedor e o terceiro hão-de ter agido de má-fé (entendida como a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor)¹.

Não cabendo no âmbito deste trabalho a análise de cada um desses requisitos, um ponto que cumpre esclarecer é o de que a substituição, no património do devedor, de imóveis por participações sociais pode entender-se como acto que diminui a garantia patrimonial dos seus credores, na medida em que se substituem bens cujo valor patrimonial é relativamente estável por bens cujo valor patrimonial é muito instável. Na verdade, o valor real de acções ou quotas pode vir a ser substancialmente diferente do seu valor nominal; a sujeição a uma possível depreciação do valor das participações sociais em função do risco de exploração de uma empresa existe – e em maior medida do que a sujeição ao risco de depreciação do valor dos imóveis. A alegação e prova destes factos cabem, bem entendido, ao credor que pretenda impugnar o acto.

Cabe acrescentar que, com o fim das acções ao portador², fica afastado outro tipo de diminuição da garantia patrimonial que estes actos implicavam. A escolha do tipo societário sociedade anónima era sobretudo determinada pela possibilidade de o devedor receber como contrapartida da sua entrada acções ao portador, caracterizadas pela sua fácil

¹ Para a análise dos requisitos estabelecidos nos artigos 610.º e 612.º do CC, cfr. RIBEIRO (2018-I) e RIBEIRO (2018-II), *passim*, e a bibliografia aí indicada.

² Cfr. a Lei n.º 15/2017, de 3 de Maio.

e “silenciosa” transmissibilidade, o que diminuía significativamente a garantia patrimonial dos seus credores.

2. O acto a impugnar

Se preenchidos todos os requisitos para o recurso à impugnação pauliana, caberá determinar especificamente qual o acto a impugnar quando a transmissão se dá em cumprimento da obrigação de entrada. A questão coloca-se porquanto tem merecido distintas respostas na jurisprudência portuguesa. Para o ilustrar, referem-se alguns acórdãos relativos a casos de transmissão de bens imóveis, por parte de um devedor, para sociedade imobiliária da qual é sócio.

No acórdão do STJ, de 3 de Maio de 2018 (Rosa Ribeiro Coelho)³, estava em causa o facto de um devedor ter constituído com dois filhos uma sociedade, para a qual entrou com a propriedade dos seus imóveis, contra uma participação social de 99,61%, tendo em primeira instância sido dados como provados todos os pressupostos necessários para a impugnação pauliana. Não se percebe no acórdão a razão pela qual não foram penhoradas as participações sociais do devedor na sociedade adquirente dos imóveis, podendo ser depois impugnado qualquer eventual acto de transmissão ulterior das mesmas. No acórdão da Relação, considerou-se que a transmissão dos imóveis constituiu cumprimento de obrigação (de entrada) vencida para com a sociedade e, portanto, acto inimpugnável (nos termos do disposto no artigo 615.º, n.º 2 do CC)⁴; assim, a impugnação deste acto dependeria, ainda nos termos

³ In dgsi.pt.

⁴ O cumprimento de uma obrigação vencida, ainda quando o devedor tenha a consciência de que está a beneficiar determinado credor em relação aos demais, não está sujeito à impugnação pauliana – em qualquer caso, esse credor poderia exigir tal cumprimento, não estando o devedor obrigado a observar aqui o princípio *par condicio creditorum* (ao contrário do que acontece no âmbito de um processo de insolvência – e apesar do disposto no n.º 1 do artigo 604.º do CC, que determina que, “[n]ão existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos”, uma vez que este princípio do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações apenas encontra aplicação rigorosa no âmbito do processo de insolvência. Se pretender reagir quanto ao cumprimento, pelo devedor, de uma obrigação vencida, restará ao credor impugnar o acto de onde resultou a constituição da obrigação (se verificados todos os pressupostos), ou recorrer ao processo de insolvência,

deste acórdão, da impugnação do próprio contrato de sociedade (“[n]ão sendo accionados todos os sócios da sociedade adquirente, não pode ser apreciada a má-fé desta, porque no acto de transmissão dos bens ainda não tinha personalidade jurídica”). No acórdão do STJ foi decidido que “a constituição da obrigação de entrada aquando da celebração do contrato de sociedade é acto impugnável”, por susceptível de pôr em causa a garantia patrimonial; ou seja, aqui entendeu-se que o acto a impugnar não é o suposto acto de cumprimento da obrigação de entrada, passando a ser o próprio acto de constituição dessa obrigação.

Pois bem, desde logo não parece ser, nestas circunstâncias, impugnável o contrato de sociedade, mas antes e apenas o acto constitutivo da obrigação de entrada daquele sócio, uma vez que foi esse o acto que pôs em causa a garantia patrimonial dos seus credores: é evidente que a constituição da sociedade pelo devedor não implicaria *ipso facto* que ele, para ser seu sócio, convencionasse a transmissão daqueles bens, nem que estabelecesse aquele valor como o valor da sua entrada⁵. Depois, a transmissão da propriedade do bem dá-se por mero efeito da celebração do contrato de sociedade (nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 26.º do CSC, as entradas dos sócios devem necessariamente ser realizadas até ao momento da celebração do contrato; e, no caso das entradas em espécie, nem sequer é admitido diferimento), não sendo portanto necessário nenhum ulterior acto negocial de cumprimento dessa obrigação

no âmbito do qual o acto de cumprimento poderá eventualmente ser sujeito a uma resolução em benefício da massa insolvente. Na resolução em benefício da massa insolvente, tendo em conta que está também em causa a satisfação do princípio *par condicio creditorum*, o facto de um devedor alienar onerosamente um bem do seu património para, com a contraprestação recebida, satisfazer um credor em detrimento de outro, leva a que neste acto de cumprimento se identifique a existência de má-fé, nos termos legalmente exigidos para a sua resolução em benefício da massa; porém, o mesmo acto não poderia ser objecto de impugnação pauliana, uma vez que nada impede um devedor de alienar bens do seu património para satisfazer uns créditos em detrimento de outros [neste sentido, cfr. o ac. STJ 26.01.2017 (417/14.3TBVFR. P1.S1)]. Cfr. RIBEIRO (2018-III), pp. 721 ss.

⁵ Em sentido diverso, indicando que o contrato de sociedade é impugnável, cfr. MARIANO (2008), pp. 148 ss. (especificamente, para os casos em que a diminuição da garantia patrimonial resulta do facto de a entrada ter valor superior ao da participação social). Todavia, curiosamente, o mesmo Autor, *idem*, p. 148, nota 306, afirma que quando a entrada resulta de uma deliberação de aumento de capital o acto impugnável é o da subscrição do aumento, e não o próprio aumento de capital.

– quando muito, será necessário praticar algum acto matéria de entrega do bem.

Analisando bem a situação, para pôr em causa o próprio contrato de sociedade, o instituto jurídico normalmente invocado é a simulação do mesmo. Simplesmente, por um lado, não é líquido que possa sempre afirmar-se que existe divergência entre a vontade negocial (a de constituir uma sociedade) e a vontade real do declarante. Por outro lado, essa via encontraria uma barreira inultrapassável: resulta do disposto nos artigos 42.º e seguintes do CSC que os casos em que pode existir declaração de nulidade de contrato de sociedade anónima registado não abrangem a simulação: existe um princípio geral de conservação da pessoa colectiva sociedade por quotas e sociedade anónima, espelhado no artigo 42.º do CSC, do qual decorre a existência de um *numerus clausus* de causas de “destruição” do respectivo acto constitutivo, depois de efectuado o registo definitivo desse acto.

A consequência da impugnação da declaração negocial do autor da obrigação de entrada terá as consequências estabelecidas no artigo 25.º, n.º 4, do CSC: se a sociedade for privada, por acto legítimo de terceiro, do bem prestado pelo sócio ou se tornar impossível a prestação, bem como se for ineficaz a estipulação relativa a uma entrada em espécie, nos termos previstos no artigo 9.º, n.º 2, do CSC, deve o sócio realizar em dinheiro a sua participação, sem prejuízo da eventual dissolução da sociedade, por deliberação dos sócios ou por se verificar a hipótese prevista no artigo 142.º, n.º 1, alínea *b*), do CSC (pode ser requerida a dissolução administrativa da sociedade se a actividade que constitui o objecto da sociedade se tornar de facto impossível).

Curiosamente, no acórdão do STJ considerou-se necessário acrescentar que se trata aqui ainda de um caso de recurso a desconsideração da personalidade jurídica, porque o devedor, “sócio fundador e quase totalitário” da sociedade adquirente, “procurou beneficiar da sua personalidade jurídica para ocultar o seu próprio património”; assim, concluiu-se que, desconsiderando-se a personalidade jurídica da sociedade, não existia obrigação de entrada e, conseqüentemente, seria impugnável a transmissão dos imóveis. Ora, a verdade é que a consequência da desconsideração da personalidade jurídica jamais seria a inexistência da obrigação de entrada, efeito que nem mesmo a declaração de nulidade do contrato constitutivo poderia produzir, nos termos do disposto

no artigo 52.º, n.º 4, do CSC. O único resultado que a desconsideração da personalidade jurídica (aqui, necessariamente, na versão de desconsideração invertida) poderia produzir *in casu* seria o da imputação da propriedade do património social ao sócio, nem havendo então a necessidade de recurso a outros meios de tutela dos credores deste. Por outro lado, parece existir alguma contradição no acórdão quando nele, a um tempo, se afirma que não existe obrigação de entrada (em virtude da desconsideração da personalidade jurídica), e, ao mesmo tempo, se afirma também que a transmissão dos bens pelo devedor para a sociedade é impugnável – sendo certo que, em rigor, desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade, ela deixaria de existir enquanto terceiro adquirente, não sendo titular de um património autónomo, os bens não seriam propriedade sua (mas, afinal, do “sócio”), e nem faria sentido aplicar a consequência prevista na lei para a procedência de uma acção de impugnação pauliana (que é o facto de o credor poder executar os bens transmitidos no património do terceiro adquirente/sociedade, na medida necessária à satisfação do seu crédito).

3. O requisito da má-fé

Para efeitos de impugnação pauliana de actos onerosos, exige-se a má-fé: o conhecimento do prejuízo causado ao credor pelo acto praticado (artigo 612.º, n.º 2, do CC). Esta noção abrange o dolo do devedor, mas também a negligência consciente e, eventualmente (o ponto é controvertido), a negligência inconsciente culposa⁶.

Cabe então ao credor provar a má-fé de ambas as partes⁷, ou seja, não se exige a prova do conluio ou da concertação do devedor e do

⁶ Cfr. RIBEIRO (2018-II), pp. 705 ss.

⁷ EVARISTO MENDES, em comentário não publicado, nota que a *ratio* do artigo 612.º, n.º 1, do CC, ao exigir nos negócios onerosos a má-fé também de quem recebe o bem, é a de proteger o adquirente do mesmo, nas situações em que ele, tendo realizado uma contrapartida pelo bem, dando algo em troca (dinheiro ou outro bem/direito), carece dessa protecção. A situação poderia ser distinta no contrato de sociedade, um contrato de fim comum, não um comum contrato comutativo e oneroso. De facto, neste caso, a sociedade recebe o bem dado como entrada sem dar nada em troca; e, funcionando a impugnação pauliana (ou a resolução em benefício da massa, etc.), existe o mecanismo específico de protecção da mesma: o artigo 25.º, n.º 4, do CSC. Ou seja, a protecção concedida pelo artigo 612.º, n.º 1, primeira parte, do

terceiro⁸, bastando que se prove a consciência do devedor e do terceiro do prejuízo que o acto causa aos credores. Mas a prova da consciência do prejuízo causado ao seu direito pode ser particularmente difícil, uma vez que se trata de “um evento da vida interior do homem”, pelo que ela não se faz de forma directa, mas resultando antes de “indícios seguros” e do “funcionamento de critérios de normalidade”⁹.

Antes de mais considerações, deve atender-se ao facto de, genericamente, a relevância do conhecimento visar, em geral, “negar determinados efeitos vantajosos a quem conhece (ou ‘deve’ conhecer) certos factos” – “o sujeito que conhece não ‘merece’ a protecção concedida a quem desconhece ou, sendo caso disso, a quem desconhece de modo não negligente”, porque “quem conhece tem a possibilidade de adequar de modo conveniente o seu comportamento à realidade (fáctica ou jurídica), não devendo por isso beneficiar dos efeitos vantajosos que a lei comina para quem desconhece, em razão desse mesmo desconhecimento”, ou seja, “se alguém conhece não merece ou, em termos mais rigorosos, não carece de protecção, pois pode proteger-se a si mesmo”¹⁰. Estas considerações permitem resolver muitos dos problemas de imputação do conhecimento às sociedades comerciais.

CC não será aqui necessária – embora possa não ser a mesma coisa a entrada em espécie em apreço e uma sucedânea em dinheiro, podendo inclusivamente o projecto empresarial garantir-se por isso, mas essa não será a situação-regra; e, ocorrendo essa circunstância excepcional, talvez fosse de considerar estarmos perante um risco natural do contrato de sociedade. Tendemos a concordar com a pertinente observação de EVARISTO MENDES sempre que se coloque a questão da impugnação pauliana da declaração negocial do autor da entrada antes do registo do acto constitutivo da sociedade e, portanto, antes da aquisição da personalidade jurídica, nos termos do artigo 5.º do CSC. Depois disso, embora não sejam menos válidos estes argumentos, cremos que, estando em causa também a protecção de todos aqueles que são e podem vir a ser credores da sociedade (tendo em conta que, por força do regime de responsabilidade dos sócios vigente para as sociedades anónimas, apenas o património da sociedade responde pelas obrigações sociais; e que o mecanismo de protecção previsto no artigo 25.º, n.º 4, do CSC deixará normalmente, nestes casos, completamente desacompanhados os interesses dos credores sociais, dada a usual inexistência de bens identificáveis e facilmente penhoráveis no património do sócio em causa), deverá exigir-se a má-fé da sociedade adquirente, nos termos gerais.

⁸ Como se esclareceu no ac. STJ 14/04/2015 (593/06.9TBCSC.L1.S1).

⁹ Cfr. MARIANO (2008), p. 209; GUICHARD (1996), pp. 35 ss.

¹⁰ Cfr. GUICHARD (1996), p. 90. Cfr., ainda, COSTA (1963), 145-174, pp. 154 ss.; PEREIRA, (1998), pp. 139 ss.; e ALVES (1991), pp. 112 ss.

Questão complexa é a de saber se deve equiparar-se “dever de conhecimento” a conhecimento efectivo – embora, aparentemente, o legislador só tenha pretendido sancionar o conhecimento efectivo¹¹.

Para responder à questão, há que, desde logo, determinar o conteúdo deste hipotético “dever de conhecimento”: neste conceito, não está nem pode estar implicado “um dever em sentido próprio ou técnico”, nem sequer um ónus ou encargo, pela simples razão de que o conhecimento não constitui uma acção ou comportamento, é um estado¹².

O que se acaba de expor é fundamental para a análise dos casos de *negligência inconsciente* em sede de impugnação pauliana: saber se deve ser afastada a existência de má-fé quando o devedor não tem *consciência efectiva* desse prejuízo por *falta do cuidado* é questão que merece ser analisada e reveste alguma complexidade: podem as partes não ter previsto a possibilidade de lesar a garantia patrimonial do credor por manifesta falta de cuidado (as partes celebraram o negócio sem terem consciência da possibilidade de lesar o credor, quando poderiam, se actuassem diligentemente, ter adquirido essa consciência ou representado essa possibilidade¹³). Para VAZ SERRA¹⁴, a falta de consciência desse prejuízo exclui a existência de má-fé, a menos que resulte de culpa grave, da falta de cuidado exigido pela boa-fé (artigo 762.º, n.º 2, do CC)¹⁵. Então, na proposta legislativa de VAZ SERRA, num primeiro momento determinava-se que a má-fé exigia a “consciência do prejuízo”, e posteriormente estabelecia-se que a ignorância por negligência valia como conhecimento desse mesmo prejuízo¹⁶. Mas a solução não foi acolhida pelo

¹¹ Cfr. GUICHARD (1996), pp. 38 ss., afirma que de *iure condendo* poderia ser melhor decisão legislativa equiparar “dever de conhecimento” a conhecimento efectivo.

¹² Cfr. GUICHARD (1996), pp. 40 ss.

¹³ Cfr. o acórdão do STJ 13.10.2011 (116/09.8T2AVR-Q.C1.S1), *in* dgsi.pt.

¹⁴ Cfr. SERRA (1969), pp. 7 ss.

¹⁵ De qualquer modo, mesmo que se entenda que existe má-fé até naquele caso, é ainda mais duvidoso que tal possa considerar-se relativamente ao terceiro, uma vez que o fundamento de que o devedor deve observar determinados deveres na relação com o seu credor não pode transpor-se para o plano dos deveres impostos ao terceiro.

¹⁶ Constava do artigo 8.º, n.º 1, do Anteprojecto do Código Civil de 1966 que “[p]ara haver má-fé, não é necessária a intenção de prejudicar os credores. Se o devedor ignorar, por negligência, o prejuízo que o acto causa aos credores, vale essa ignorância como conhecimento do mesmo prejuízo”; entretanto, o artigo 602.º, n.º 2, da 1.ª Revisão Ministerial, prosseguiu a solução propugnada pelo Anteprojecto originário, estabelecendo que “[a] má-fé não exige a

legislador – com a 2.^a Revisão Ministerial, fixou-se a disciplina vigente e a localização definitiva da matéria no artigo 612.º, n.º 2, do CC: má-fé é “a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor”, conceito no qual se compreendem apenas o dolo e a negligência consciente.

Em síntese, o facto de se identificar um não conhecimento “culposo ou negligente” não implica o reconhecimento da existência de um dever de conhecer, nem, normalmente, de um dever de indagar, e portanto de “culpa” – significa geralmente apenas que, para a aplicação de determinadas normas que supõem o conhecimento, existe um “conjunto de circunstâncias que fazem surgir, segundo a valoração do legislador, como justo ou adequado o facto de alguém, que ignora certos factos, ser tratado como alguém que dispõe do conhecimento (efectivo)”¹⁷. Ou seja, mais relevante, para este efeito, do que analisar se o não conhecimento é “culposo”, será apurar se, no caso concreto, estão preenchidas aquelas circunstâncias que justificam a sujeição do sujeito ao regime legal previsto para aqueles que efectivamente conhecem.

Deste modo, pode afirmar-se que os casos de negligência inconsciente não se consideram hoje abrangidos pelo n.º 2 do artigo 612.º^{18/19}

intenção de prejudicar, mas a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor. Se o devedor ignorar, por negligência, o prejuízo causado ao credor, vale a ignorância como efectivo conhecimento do facto”; nesta fase, a má-fé continuava a abranger o dolo, a negligência consciente e a negligência inconsciente.

¹⁷ Cfr. GUICHARD (1996), pp. 43-44, que afasta nestes casos a existência de violação de um dever, mas identifica nos mesmos algo de comum com a negligência: quem não conheceu, quando *devia conhecer*, “não usou do cuidado ou diligência necessários para conhecer (ou, dito de outra forma, que teriam, em circunstâncias normais, conduzido ao conhecimento)”.

¹⁸ Cfr. COSTA (1995), p. 275; LEITÃO (2018), pp. 308 ss., nota 629; MARIANO (2008), p. 204.

¹⁹ Como bem se explica no acórdão do STJ 13.10.2011 (116/09.8T2AVR-Q.C1.S1), *in* dgsi.pt: “não se enquadra na expressão legal “consciência do prejuízo” a mera cognoscibilidade do efeito nocivo do acto impugnado sobre a garantia geral dos credores, que se não traduziu ou consubstanciou em efectiva representação ou conhecimento do prejuízo causado, ainda que decorrente da omissão de um pretenso dever de diligência no esclarecimento e averiguação, por parte do adquirente dos bens, de todas as circunstâncias envolventes do negócio, respectivas motivações subjectivas e efectiva situação financeira do alienante dos bens”; na perspectiva de tese distinta “poderia haver censura até a um limite que poderia esbarrar no absurdo, porque haveria sempre margem para questionar mais alguma coisa em todo e qualquer negócio, designadamente qual a real situação financeira da outra parte, que credores tem, por que razões faz ele o negócio, por que razão se estipula aquele preço, etc... etc... A realização de qualquer negócio sem que um contraente tivesse o conhecimento real da situação

Aqui, as partes não representaram o resultado danoso e não existe (na ausência de disposição expressa nesse sentido no artigo 612.º do CC) no ordenamento jurídico português previsão legal que equipare a ignorância culposa ao conhecimento (nem tão-pouco um “dever acessório de indagação e certificação sobre a situação patrimonial, antes da outorga de qualquer acto que tenha por objecto bens desse património, de modo a prevenir-se uma eventual lesão da garantia comum dos credores”²⁰).

Distintos são os casos de *negligência consciente*. Esta ocorre nas situações em que o agente está ciente de que o acto pode prejudicar o credor, ainda que confie que esse resultado não venha a verificar-se²¹. Nestes casos não existe dolo, por não existir o elemento volitivo: o agente, apesar de admitir como possível o prejuízo do credor, não confia que ele se produza. Mas existe o elemento intelectual, pois é representada a possibilidade de produção do resultado danoso como consequência da conduta do agente²². Aqui considera-se que o acto é praticado de má-fé, pois o devedor e o terceiro podiam ter evitado o dano dos credores, que representaram (conhecendo-o, então), sendo censurável o facto de não o terem feito²³. Porém, Cura Mariano especifica que na negligência consciente poderá não existir má-fé, quando os autores do acto não tenham violado o dever de cuidado ao terem confiado que o prejuízo à garantia dos credores, que previam como possível, não se viria a verificar (ou seja, quando, pelas circunstâncias em que ocorreu, o erro deste juízo do devedor e do terceiro não seja eticamente censurável)²⁴.

É ainda relevante acrescentar que, quer nas pessoas singulares quer nas pessoas colectivas, “a prova do conhecimento depara com dificuldades”: é um *facto interior* e, por isso, dificilmente existe a sua percepção

económico-financeira do outro, poderia, em situação limite, demandar a necessidade de aceder a livros, relatórios, balanços, documentos, lista de fornecedores, clientes, produção, vendas, etc... etc, o que não seria admissível nem exigível, nem muito menos compaginável com ele!”.

²⁰ Nas palavras de MARIANO (2008), pp. 204 ss. Mas também este Autor lamenta que não tenha sido expressamente abrangido pela má-fé o desconhecimento culposos dos efeitos prejudiciais do acto praticado.

²¹ Cfr. MARTINEZ / PONTE (2006), p. 23.

²² Cfr. COSTA (1995), p. 276.

²³ Cfr. o acórdão do STJ, 14/04/2015 (593/06.9TBCSC.L1.S1), in *dgsi.pt*.

²⁴ Cfr. MARIANO (2008), p. 202.

directa pelas outras pessoas, pelo que facilmente o sujeito contesta o conhecimento; o julgador opera frequentemente com indícios, recorrendo necessariamente a “critérios de normalidade e probabilidade”²⁵.

4. A imputação da má-fé (enquanto conhecimento do prejuízo causado ao credor) às sociedades comerciais

No caso em apreço, é necessária a imputação da má-fé à sociedade adquirente dos bens. Determinar se uma sociedade comercial está de má-fé passa por imputar a essa pessoa colectiva a má-fé das pessoas que a representam, que a administram, ou que fazem parte da sua organização, em termos que o justifiquem. Os fundamentos doutrinários para a imputação deste conhecimento às sociedades comerciais são diversos, em qualquer dos casos. Em seguida, analisam-se sucintamente os mais significativos.

A teoria do organicismo assenta nas teses de VON GIERKE, enquanto criador da *Organtheorie*, a teoria da pessoa colectiva real orgânica, antropomórfica ou germanística. De acordo com o Autor, a pessoa colectiva como real pessoa não é meramente titular de capacidade jurídica, é antes também capaz de ter vontade e de agir (por isso, esta construção é subsumível a uma “teoria da personalidade idêntica à personalidade jurídica do homem”²⁶, na expressão de ORLANDO DE CARVALHO)²⁷. OTTO VON GIERKE reconhece à pessoa colectiva a capacidade de ser portadora de um interesse próprio, que não se confunde com os interesses das pessoas singulares que são seus membros. O reconhecimento dessa personalidade tem, aqui, valor meramente “declarativo”, pois o Estado limita-se a atestar a existência da realidade da pessoa colectiva (esta ideia merece de FLUME o reparo de que, afinal, a teoria de OTTO VON GIERKE pode ser reconduzida a uma teoria da ficção, uma vez que faz depender a afirmação da personalidade jurídica da pessoa colectiva da sua real capacidade de querer e de agir²⁸). Neste âmbito, VON GIERKE afirma que as pessoas colectivas têm os seus próprios órgãos e através deles formam

²⁵ GUICHARD (1996), p. 37. O tema será retomado *infra*.

²⁶ Cfr. CARVALHO (1976), p. 45.

²⁷ Cfr. GIERKE (1887), pp. 21 e ss.

²⁸ Cfr. FLUME (1983), p. 18.

a sua vontade, tal como as pessoas singulares o fazem através dos seus – então, a actuação dos órgãos de uma pessoa colectiva é (só pode ser) actuação da própria pessoa. Daqui veio a derivar a teoria do conhecimento absoluto: todo o conhecimento de membros dos órgãos de uma pessoa colectiva é conhecimento da própria pessoa colectiva, independentemente de quem a representa na prática do acto em relação ao qual está em causa esse conhecimento.

Depois de algum sucesso, este critério de imputação começa a ser abandonado, sobretudo por força das críticas à própria concepção da natureza jurídica da pessoa colectiva de VON GIERKE²⁹. Evoluiu-se então para a chamada teoria da representação do conhecimento – desta feita, considerou-se (numa primeira fase) que apenas releva o conhecimento das pessoas que têm poderes de representação da pessoa colectiva e (depois) o daquelas outras que, não os tendo, são “representantes do conhecimento”, ou seja, integram a organização da pessoa colectiva e, nesse contexto, devem deter esse conhecimento e transmitir a informação relevante para a prática do acto em causa; as regras aplicáveis serão, com as necessárias adaptações, as da representação voluntária³⁰. Em bom rigor, as teorias do conhecimento absoluto e da representação do conhecimento podem complementar-se, de modo a fornecerem resposta a um conjunto mais amplo de situações; mas ainda se revelam insuficientes ou, em certos casos, inadequadas (nomeadamente, quando esteja em causa a específica organização da pessoa colectiva relativamente a deveres de transmissão do conhecimento e deveres de acesso a esse conhecimento).

Surge, então, a teoria do risco de organização, partindo da ideia de que a imputação do conhecimento deve ser reconduzida ao princípio da segurança no comércio jurídico e da afirmação da existência de um dever (que aparentemente impende apenas sobre as empresas que se organizam sob a forma de pessoa colectiva) de organização do conhecimento. Então, a sociedade deve suportar o risco do conhecimento ou da sua falta, enquanto risco da organização societária, sempre e apenas

²⁹ Cfr. a análise de GOMES / GONÇALVES (2016), pp. 59 ss.

³⁰ Para mais desenvolvimentos sobre a génese e a evolução deste critério de imputação do conhecimento, cfr. BUCK (2001), pp. 155 ss.

quando se trate de um risco próprio dessa organização e, simultaneamente, um risco controlável pela sociedade.

Esta última teoria mereceu recentemente acolhimento doutrinal expresso na doutrina portuguesa, razão pela qual a ela regressaremos *infra*. Entretanto, analisamos os fundamentos aos quais tradicionalmente se recorre entre nós para a imputação da má-fé, enquanto conhecimento, à sociedade comercial.

4.1. A má-fé e a actuação do representante da sociedade

a) o artigo 259.º do Código Civil e a impugnação pauliana

Desde logo, cumpre determinar o relevo a dar ao facto de o representante da sociedade estar de má-fé para este efeito, ou seja, conhecer o prejuízo causado ao credor pelo acto praticado.

Antes de mais, cabe responder à questão de saber se é possível recorrer, no âmbito da determinação da má-fé para efeitos de impugnação pauliana de actos onerosos, ao disposto no artigo 259.º do CC (que regula a falta ou vícios da vontade e estados subjectivos relevantes, na representação)³¹.

Nos termos do seu n.º 1, determina-se neste artigo que, “[à] excepção dos elementos em que tenha sido decisiva a vontade do representado, é na pessoa do representante que deve verificar-se, para efeitos de nulidade ou anulabilidade da declaração, a falta ou vício da vontade, bem como o conhecimento ou ignorância dos factos que podem influir nos efeitos do negócio”; e no n.º 2 prescreve-se que “[a]o representado de má-fé não aproveita a boa-fé do representante”.

Neste âmbito, CURA MARIANO³² analisa especificamente o problema de imputação de conhecimento que se coloca a propósito da impugnação pauliana de actos em que intervenha representante com recurso ao disposto no artigo 259.º do Código Civil. Assim, quando se intervém através de representante, a demonstração da consciência do prejuízo (má-fé) deve ser feita relativamente à pessoa do representado ou do representante, consoante a margem de autonomia deste na conclusão do acto. Se a decisão e as circunstâncias da prática do acto foram

³¹ Cfr. LIMA / VARELA (1987), p. 241.

³² Cfr. MARIANO (2008), pp. 205 ss.

do representado, é nele que se deve verificar a má-fé. Se são do representante, com autonomia, basta que se verifique num deles, qualquer um; se não se apura de quem são, considera-se que são do representante³³.

Em síntese: e o representante está de má-fé, é relevante que o seu contributo tenha sido decisivo para a prática do acto; mas se está de boa-fé, pode ser relevada a má-fé do representado (nos termos do n.º 2 do artigo), que se serviu da nomeação de um representante de boa-fé para contornar os efeitos da sua má-fé.

b) o artigo 259.º do Código Civil e a representação orgânica

Simplemente, no caso em análise, ou seja, quando se pretende apurar se a sociedade está de má-fé para efeitos de impugnação pauliana, atendendo à má-fé daqueles que a representam no negócio, não se está perante representação em sentido próprio, mas representação orgânica (representação das pessoas colectivas que, em regra, cabe aos membros do órgão de administração da pessoa colectiva em causa; a regra geral é estabelecida no artigo 163.º do CC). E a representação orgânica não é representação em sentido próprio, nem legal (destinada a suprir incapacidades de exercício) nem voluntária (de pessoas singulares ou colectivas).

Ora, as normas do artigo 259.º do CC dirigem-se claramente à representação em sentido próprio. Cabe assim determinar se pode atender-se a estas normas para a determinação da má-fé da sociedade interveniente no negócio a impugnar. Pois bem, sendo embora certo que aqueles que agem na representação orgânica não são verdadeiros representantes relativamente à pessoa colectiva, fala-se em “representação” orgânica, “decalcada, em muitos aspectos, da representação voluntária”³⁴. E afirma-se na nossa doutrina que as regras da representação voluntária têm vocação para se aplicarem, por analogia, às demais formas de “representação”³⁵.

Deste modo, poderá, em resultado da aplicação analógica do disposto no artigo 259.º do CC, afirmar-se a má-fé da sociedade sempre

³³ Neste sentido, também, FERNANDES (2010), p. 208; VASCONCELOS (2015), pp. 296 ss.

³⁴ Cfr. CORDEIRO (2004), p. 601.

³⁵ Cfr. CORDEIRO (2011), pp. 79 ss., sobretudo p. 83; assim, também, ALBUQUERQUE (2004), pp. 1082 ss., e VASCONCELOS (2015), pp. 293 ss.

que o representante orgânico conhecia o prejuízo causado ao credor pelo acto praticado. Assim, a má-fé do representante permite dispensar o apuramento da má-fé da própria sociedade representada – subjaz a esta solução legal o facto de ser o representante quem conclui o negócio, cabendo-lhe normalmente, de acordo com a sua vontade e valoração, adequar a sua conduta aos factos conhecidos. A regra apenas se inverte quanto aos elementos do negócio que hajam sido previamente determinados pelo representado; neste caso, para a determinação da má-fé, não se considera, em regra, a pessoa do representante, mas a do representado, a sociedade³⁶. Pense-se, nomeadamente, da actuação de um membro do órgão de administração, representando a sociedade no negócio, em estrito cumprimento de uma deliberação do órgão de administração, por sua vez determinada por uma deliberação dos sócios (o que, nos termos do disposto no artigo 259.º do CSC, até se admite que ocorra por livre iniciativa dos sócios). Pois bem, aqui, tendo em conta o que se determina no n.º 1 do artigo 259.º do CC, não há que atender ao estado do representante, mas do representado – o que nos remete de novo para a complexa questão de saber quando estará a sociedade de má-fé.

Igualmente complexo será determinar se a sociedade está de má-fé nas situações reguladas pelo n.º 2 do artigo 259.º, ou seja, quando o representante da sociedade está de boa-fé. É que, nessa hipótese, não ficará afastada a má-fé do representado, se ele próprio estiver de má-fé. Ou seja, ainda que o representante orgânico não conheça o prejuízo causado ao credor, a sociedade apenas estará de boa-fé se, ela própria, também não conhecer o prejuízo causado ao credor.

Em síntese: a menos que o próprio representante orgânico esteja de má-fé, cabe sempre determinar como estabelecer a má-fé da sociedade parte no negócio que causou prejuízo ao credor, sendo certo que essa má-fé terá de derivar, então, do conhecimento de alguém que não representou a sociedade no negócio – alguém que conhecia o prejuízo causado ao credor. Cabe determinar, então, em que circunstâncias o facto de alguém, de algum modo integrado na estrutura da sociedade, conhecer o prejuízo que o acto causa ao credor pode levar à consideração de que a própria sociedade, enquanto parte no negócio, está de má-fé.

³⁶ Cfr. GUICHARD / PROENÇA / RIBEIRO (2014), 628-630, p. 629.

Por seu turno, PEDRO CAETANO NUNES³⁷, afirmando também a possibilidade de aplicação do disposto no artigo 259.º às sociedades comerciais, distingue, na imputação, disposições normativas favoráveis de imputações normativas desfavoráveis. Quando estejam em causa disposições normativas favoráveis, o Autor apenas admite o recurso ao n.º 1 do artigo; mas, no caso de disposições desfavoráveis (como será o da impugnação pauliana), defende a aplicação de ambos os números, 1 e 2, do artigo 259.º do CC. Na imputação de conhecimento para o efeito de aplicar disposições normativas desfavoráveis à sociedade, ou seja, no âmbito da aplicação do n.º 1, PEDRO CAETANO NUNES advoga que deve equiparar-se a conhecimento o “dever de conhecimento”.

No âmbito da sua aplicação à representação orgânica das sociedades comerciais, uma das fragilidades do artigo 259.º reside no facto de não conter critérios que permitam responder ao facto de, não raras vezes, existir uma pluralidade de representantes na celebração do negócio jurídico. Para estes casos, CAETANO NUNES, na aplicação do n.º 1, defende que basta o conhecimento de um dos administradores ou gerentes intervenientes no negócio (interpretação extensiva em desfavor do representado do n.º 1 do artigo 259.º). Na aplicação do n.º 2 do artigo 259.º às sociedades comerciais, ou seja, nas situações em que o representante está de boa-fé, CAETANO NUNES também identifica a insuficiência que resulta do facto de a norma apontar necessariamente para uma segunda operação de imputação. Aqui, o Autor entende que basta o conhecimento de um dos administradores que participou na deliberação interna da sociedade, mas não actuou como representante no negócio, para que se considere estar a sociedade representada de má-fé – simplesmente, não bastará o conhecimento de um administrador que não tenha participado na deliberação, ou de um colaborador sobre o qual não recaíssem deveres de transmissão da informação. Esta abordagem da questão da chamada segunda operação de imputação parece restringir a má-fé da sociedade, enquanto conhecimento, aos casos em que, comprovadamente, um administrador ou gerente da sociedade, com o conhecimento do prejuízo que o acto vai causar ao credor, participa na

³⁷ Em conferência proferida em 2 de Fevereiro de 2018 na sede do Conselho Regional da Madeira da Ordem dos Advogados, no Funchal, no âmbito da Conferência Direito das Sociedades, organizada pelo Conselho Regional da Madeira da Ordem dos Advogados.

deliberação que determina a prática do acto (sem esclarecer se essa participação deve, para este efeito, traduzir-se num voto a favor da mesma deliberação, ou ainda se releva até nas situações em que esse membro do órgão de administração se tenha absterido ou tenha votado contra), e aos casos em que um colaborador sobre o qual recaíssem deveres de transmissão da informação tinha conhecimento desse prejuízo (deixando fora do âmbito de imputação um vasto leque de pessoas relativamente às quais tradicionalmente se realiza a mesma, embora sobre elas não recaia nenhum dever de transmissão da informação, como, por exemplo, e indicando uma situação que dificilmente suscitaria dúvidas, o sócio único de uma sociedade unipessoal por quotas).

c) a teoria do risco de organização

Posição distinta têm, a este propósito, JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES, defendendo o recurso à teoria do risco de organização³⁸. A ideia é a seguinte: subjacente a todas as soluções relativas à imputação do conhecimento à sociedade comercial está a consideração de que a pessoa (colectiva) beneficia da actuação de terceiros para o exercício da sua actividade, devendo por isso suportar o risco da actuação destes terceiros, quando ela se revele prejudicial àqueles que estabelecem relações com essa pessoa. Aqui, o conhecimento, existente ou não, é um factor de risco que, quando integra a perigosidade própria e controlável da e pela organização da sociedade, deve ser suportado por esta³⁹.

Pois bem, esta fundamentação aproxima-se (perigosamente) do princípio *ubi commoda, ibi incommoda* (fundamento geralmente reconhecido, embora não pacificamente considerado suficiente, da responsabilidade pelo risco)⁴⁰: identifica-se imputação de conhecimento em geral com responsabilidade delitual do comitente pelos actos do comissário e com responsabilidade obrigacional do devedor pelos actos dos seus representantes legais ou auxiliares, embora se afirme que a diferença reside no facto de a sociedade poder opor a terceiro o cumprimento do dever de organização interna para afastar a imputação do

³⁸ Cfr. GOMES / GONÇALVES (2016), p. 17.

³⁹ Cfr. GOMES / GONÇALVES (2016), p. 15.

⁴⁰ O que é assumido por GOMES / GONÇALVES (2016), p. 79.

conhecimento⁴¹. Mas, então, quando se admite que a sociedade afaste a imputação da má-fé com a prova de que cumpriu o dever de organização interna, não é verdadeiramente de risco de organização que se fala (risco de organização implicaria também o risco do não funcionamento de uma boa organização), é de culpa pelo não cumprimento de um dever de organização.

Em nosso entender, poderia ter sido adequado, nesta sede, considerar a relação entre certas teorias explicativas da personalidade jurídica das sociedades comerciais e a aplicação das normas às pessoas colectivas – de acordo com estas doutrinas, normativas e analíticas, as normas jurídicas têm como destinatários apenas pessoas singulares; quando se aplicam às pessoas colectivas, carecem da “normativa interna, ou de organização”, composta por regras cuja função não se esgota em “transportar o peso” das disposições que se referem à pessoa colectiva para pessoas singulares, cabendo-lhes o papel de analisar o conteúdo destas últimas e de o fragmentar, “para poder depois ser distribuído entre as pessoas singulares”⁴².

Além do que se expõe, esta teoria não responde a uma questão fundamental: a de saber se soluções seriam as mesmas se, em vez da existência de sociedade comercial, a empresa, com a sua organização, fosse explorada por pessoa singular. Se assim for (e não se justificaria a existência de soluções mais penalizadoras para as sociedades comerciais do que aquelas que se apliquem a outras formas de organização da empresa), então esta teoria não responde ao problema específico da imputação do conhecimento às sociedades comerciais (nem esclarece que exista esse problema específico), mas à imputação do conhecimento a quem se apresenta no tráfico jurídico servindo-se de uma organização, seja pessoa singular seja colectiva⁴³.

Por outro lado, assumidamente, são grandes as dificuldades de aplicação desta teoria aos casos de grupos de sociedades – o que leva a que

⁴¹ Cfr. GOMES / GONÇALVES (2016), p. 101.

⁴² Para mais desenvolvimentos, cfr. RIBEIRO (2016-I), pp. 97 ss.

⁴³ A exemplo do que acontece, nomeadamente, quando se consideram os efeitos da representação institória, na preposição. Cfr. VASCONCELOS (2017-I), *passim*; e *idem*, (2017-II), *passim*: a solução é a mesma, seja qual for a forma de organização da empresa comercial.

FERREIRA GOMES e COSTA GONÇALVES a não incluírem no seu estudo, tributário do método do caso⁴⁴, qualquer situação que os envolva⁴⁵.

Além do mais, a teoria do risco de organização não responde (nem parece querer responder) à questão da imputação de conhecimento quando a má-fé (conhecimento) é de sócios – o que se compreende, dadas as premissas de que parte, pois não se concebe que, no âmbito da normal organização de uma sociedade comercial, se estabeleçam procedimentos adequados a assegurar que os sócios façam chegar a uma entidade considerada adequada o seu conhecimento relativamente às circunstâncias de negócios em que a sociedade possa vir a ser parte (até porque isso poderia ter de passar pela afirmação de um estranho dever de a sociedade comercial informar todos os seus sócios acerca dos negócios a celebrar e das respectivas circunstâncias). Simplesmente, é um facto que, em determinadas situações, se entende (e se deve entender) que o conhecimento de sócios deve ser imputado à sociedade, nomeadamente para o efeito de lhe associar a má-fé da pessoa colectiva (tema que será retomado em seguida); ora, estas situações não são sequer consideradas ou analisadas pelos defensores desta teoria.

O último ponto leva-nos a outro problema: a teoria do risco de organização não estabelece um ou mais critérios que permitam, com um mínimo de segurança, determinar aquele que pode ser o âmbito subjectivo de imputação, à luz dos seus princípios.

4.2. O caso aparentemente autónomo da má-fé de sócio

Quando a má-fé se verifica na pessoa de sócio, é frequente encontrar nos acórdãos dos tribunais superiores a referência ao mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica para o efeito de fundamentar a imputação: imputa-se à sociedade a má-fé do sócio por esta via, para considerar que a sociedade está de má-fé. Analisam-se em seguida algumas dessas situações.

⁴⁴ Cfr. a análise de PEREIRA (2018), 95-136, disponível in <https://www.revistadedireitocomercial.com/levando-a-serio-o-risco-de-organizacao>, pp. 101 ss.

⁴⁵ Cfr. GOMES / GONÇALVES (2016), pp. 18 ss.

No acórdão do STJ de 21 de Janeiro de 2003 (Afonso Correia)⁴⁶ estava em causa a celebração de negócios onerosos celebrados entre devedor pessoa singular e sociedade comercial da qual apenas aquele e duas filhas eram sócios; considerou-se estar a sociedade de má-fé, para efeitos de impugnação pauliana, através do recurso à desconsideração da personalidade jurídica.

No acórdão do TRL de 23 de Fevereiro de 2006 (Ana Luísa Geraldes)⁴⁷, dois cônjuges devedores e os filhos por si representados constituíram uma sociedade, entrando os cônjuges com a propriedade de imóveis do casal; existiam dívidas anteriores e posteriores à constituição da sociedade; não se invocou nem provou o dolo, pelo que não poderia proceder a impugnação das dívidas posteriores; foi claramente declarado que a substituição de imóveis por acções constitui um “enfraquecimento” da garantia patrimonial. A sociedade foi considerada de má-fé por os sócios deterem o conhecimento, sem recurso expresso à desconsideração da personalidade jurídica: “[m]as pode [o conhecimento] ser igualmente afirmado relativamente à sociedade constituída, tendo em conta não apenas a percentagem que aqueles [cônjuges devedores] detinham no capital social, como ainda o facto de, nos termos do pacto social, terem sido designados vogais do Conselho de Administração, com poderes para obrigarem a sociedade”. Neste caso, causa estranheza a menção ao facto de aqueles que têm o conhecimento requerido serem vogais do conselho de administração, uma vez que está em causa um acto prévio ao início do exercício das funções de administração, ou, quando muito, simultâneo deste.

No acórdão do TRL de 30 de Abril de 2013 (Manuel Marques)⁴⁸, para decidir acerca da impugnação pauliana do negócio de venda de imóveis de sociedade devedora a uma outra sociedade, o tribunal considerou provada a má-fé de ambas, com os seguintes fundamentos: a prova directa da má-fé é extremamente difícil de alcançar; em casos como este, haverá que recorrer às chamadas presunções judiciais, ou seja, a meios lógicos e mentais da descoberta de factos, mediante o recurso a regras da experiência, podendo aquela prova emergir de factos

⁴⁶ *In* dgsi.pt.

⁴⁷ *In* dgsi.pt.

⁴⁸ *In* dgsi.pt.

indiciários, instrumentais ou circunstanciais (factos conhecidos); ora, conjugando: a proximidade temporal do negócio de constituição da segunda ré e a data da realização da venda; o facto de a segunda ré não ter actividade e de, com data do dia seguinte ao da aquisição das fracções autónomas, ter subscrito um contrato de comodato, através do qual declarou ceder o uso das fracções à primeira ré (anterior vendedora); o facto de, para além de uma aplicação financeira, a primeira ré não possuir quaisquer outros bens com que possa garantir o pagamento da dívida que tem perante o banco autor; a circunstância de se desconhecer o destino dado à totalidade do preço da venda da fracção; e sobretudo, para o que interessa neste âmbito, o facto de *os únicos sócios da segunda ré, beneficiária da venda, serem pais do sócio-gerente da primeira ré*; inferiu-se que, com toda a probabilidade, a primeira ré, ao realizar a venda, sabia que ficava impossibilitada de pagar a quantia que lhe foi emprestada, juros e demais encargos previstos no contrato de abertura de crédito e que a segunda ré tinha conhecimento de que ao comprar os imóveis o banco ora autor ficava impossibilitado de obter o pagamento do crédito que havia concedido à primeira ré. Então, na verdade, foi o facto de os únicos sócios da sociedade adquirente serem pais do sócio-gerente da sociedade vendedora que foi determinante – presumiu-se que todos conheciam o prejuízo que o acto causava ao credor da sociedade vendedora e imputou-se esse conhecimento a ambas as sociedades, partes no negócio. Acresce, então, ao contributo que possa trazer o mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica, o relevo que pode ter o recurso ao conceito de pessoas especialmente relacionadas para o efeito de determinar que os próprios sócios de sociedade à qual se pretenda imputar o conhecimento estão de má-fé.

4.3. O papel das presunções judiciais e o contributo da noção de pessoas especialmente relacionadas com a sociedade

Como ficou exposto, cabe ao credor provar a má-fé do devedor e do terceiro, fazendo a prova da consciência do prejuízo causado ao seu direito, prova que pode ser particularmente difícil. Deste modo, a prova indirecta (resultante para o julgador de “sinais ou revelações exteriorizadas desse estado psíquico”) ou a prova por presunção (resultante para o julgador de determinadas circunstâncias que lhe permitam, “utilizando

as regras da experiência, os princípios da lógica, ou mesmo os dados da intuição humana”, firmar aquela consciência) assumem particular relevância (em sede de presunções judiciais, pode por exemplo entender-se que, estando provado o conhecimento da situação de insolvência do devedor por parte dos autores do acto impugnado, seja de presumir que eles tiveram consciência do prejuízo causado aos direitos dos credores; mas também que ela se presume, ainda que não provado o efectivo conhecimento da situação de insolvência do devedor, se ficar provada a sua mera cognoscibilidade – se ela fosse notória, ou se os autores do acto se encontrassem numa posição que lhes permitisse o acesso privilegiado a tal informação)⁴⁹.

O legislador português afastou-se aqui do modelo adoptado no revogado CPEREF para a impugnação pauliana colectiva (e daquele actualmente adoptado para a resolução em benefício da massa insolvente, que pelo CIRE veio a assumir função equivalente)⁵⁰: no âmbito da insolvência, perante as dificuldades que colocaria a prova da má-fé, recorreu à técnica das presunções legais.

E o recurso a presunções permite, não apenas contornar as dificuldades de prova de conhecimento, mas também, em determinadas circunstâncias, cumprir nesta sede uma função próxima daquela (embora, bem entendido, não idêntica àquela) que teria a previsão legal expressa da relevância de um “dever de conhecimento”. Atente-se, por exemplo, no facto de no CIRE, para efeitos da determinação da má-fé (enquanto conhecimento⁵¹) em sede de resolução em benefício da massa insolvente (figura tão próxima, se não derivada, da impugnação pauliana colectiva), a má-fé ser de presumir quando no acto tenha participado, ou dele tenha aproveitado, pessoa especialmente relacionada com o devedor, nos termos do disposto no artigo 120.º, n.º 4; e, depois, a enumeração

⁴⁹ Cfr. MARIANO (2008), p. 210; e o ac. STJ 14.07. 2016 (377/09.2TBACB.L1.S1).

⁵⁰ Cfr. MARIANO (2008), pp. 211 ss.

⁵¹ Entende-se por má-fé o conhecimento, à data do acto, de que o devedor se encontrava em situação de insolvência, do carácter prejudicial do acto e de que o devedor se encontrava à data em situação de insolvência iminente, ou do início do processo de insolvência (cfr. o artigo 120.º, n.º 5, do CIRE).

das pessoas que se consideram “pessoas especialmente relacionadas”⁵² resulta do artigo 49.º do CIRE⁵³.

Pois bem, qualquer destas pessoas especialmente relacionadas, se tiver participado no acto ou dele tiver beneficiado, terá de provar que não conhecia nenhum dos factos indicados no n.º 5 do artigo 120.º para afastar a presunção de má-fé: a lei presume o seu conhecimento, por se assumir que estas circunstâncias “fazem surgir, segundo a valoração do legislador, como justo ou adequado o facto de alguém, que ignora certos factos, ser tratado como alguém que dispõe do conhecimento (efectivo)”⁵⁴, justificando-se a sujeição do sujeito ao regime legal previsto para

⁵² Em termos que a doutrina tende a considerar taxativos. Para a análise deste ponto, cfr. RIBEIRO (2016-II), pp. 303 ss.

⁵³ É o seguinte o texto deste artigo: 1 – São havidos como especialmente relacionados com o devedor pessoa singular:

- a) O seu cônjuge e as pessoas de quem se tenha divorciado nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;
- b) Os ascendentes, descendentes ou irmãos do devedor ou de qualquer das pessoas referidas na alínea anterior;
- c) Os cônjuges dos ascendentes, descendentes ou irmãos do devedor;
- d) As pessoas que tenham vivido habitualmente com o devedor em economia comum em período situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência.

2 – São havidos como especialmente relacionados com o devedor pessoa colectiva:

- a) Os sócios, associados ou membros que respondam legalmente pelas suas dívidas, e as pessoas que tenham tido esse estatuto nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;
- b) As pessoas que, se for o caso, tenham estado com a sociedade insolvente em relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários, em período situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;
- c) Os administradores, de direito ou de facto, do devedor e aqueles que o tenham sido em algum momento nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;
- d) As pessoas relacionadas com alguma das mencionadas nas alíneas anteriores por qualquer das formas referidas no n.º 1.

3 – Nos casos em que a insolvência respeite apenas a um património autónomo são consideradas pessoas especialmente relacionadas os respectivos titulares e administradores, bem como as que estejam ligadas a estes por alguma das formas previstas nos números anteriores, e ainda, tratando-se de herança jacente, as ligadas ao autor da sucessão por alguma das formas previstas no n.º 1, na data da abertura da sucessão ou nos dois anos anteriores.

⁵⁴ Cfr. GUICHARD (1996), pp. 43-44, que afasta nestes casos a existência de violação de um dever, mas identifica nos mesmos algo de comum com a negligência: quem não conheceu, quando *devia conhecer*, “não usou do cuidado ou diligência necessários para conhecer (ou, dito de outra forma, que teria, em circunstâncias normais, conduzido ao conhecimento)”.

aqueles que efectivamente conhecem – a menos que ele prove que, no caso, não conhecia.

Ora, se bem analisarmos as situações nas quais os nossos tribunais consideram que uma sociedade está de má-fé, por lhe imputarem o conhecimento efectivamente detido por alguma das pessoas que integram os seus órgãos ou (eventualmente) a sua organização, verificamos que, afinal, tem funcionado amplamente o recurso a presunções judiciais: dadas as circunstâncias concretas do caso e a ponderação de todos os dados relevantes, considera-se que a sociedade tinha conhecimento porque se presume que, segundo as regras normais aplicáveis ao funcionamento de uma organização, tal informação foi, ou eventualmente deveria ter sido, do conhecimento de quem decide a prática do acto ou de quem representa a sociedade no mesmo. Não está aqui em causa o risco de organização, mas apenas aquilo que se entende ser o normal funcionamento de uma organização e o seu corrente fluxo de informação.

Esta é, a nosso ver, uma área na qual o intérprete (sobretudo, o julgador) tem um papel fundamental na construção do Direito, permitindo-se assim a mais eficiente articulação entre os valores, tantas vezes conflitantes, da Justiça e da Segurança: presume-se (a menos que o contrário seja provado) um facto, o conhecimento, a partir da efectiva prova de outros factos, como a especial relação entre aquele que conhece e aquele que é parte no acto⁵⁵, e eventualmente a existência de uma organização apta a fazer circular a informação que leva ao conhecimento.

5. Síntese conclusiva

Na proposta de solução para um problema jurídico, cabe sempre não perder de vista a essência desse problema e identificar claramente os interesses carecidos de tutela. Nos casos em análise, visa-se tutelar o interesse dos credores de alguém que, alegadamente com o objectivo de se furtar ao cumprimento das suas obrigações, constitui uma sociedade

⁵⁵ Note-se que, apesar da opção legislativa, MARIANO (2008), p. 218, defende que o julgador não está impedido de utilizar “os raciocínios presuntivos anteriormente fixados pelo C.P.E.R.E.F. e actualmente estabelecidos para o exercício do direito de resolução no C.I.R.E., para fazer funcionar presunções judiciais de má-fé, nos termos permitidos pelos arts. 349.º e 351.º do C.C.”.

comercial, para a qual entra com os bens que integram o seu património imobiliário.

Para tutela destes credores, suscitam-se frequentemente questões de impugnação pauliana dos actos de transmissão desses bens para o património da sociedade, de impugnação pauliana do acto de constituição da própria sociedade, de impugnação pauliana do acto de constituição da obrigação de entrada deste sócio, e até de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

Ora, cabe precisamente esclarecer que no património deste devedor estão ainda, quase sempre, desde a constituição da sociedade, a quota ou as acções por ele detidas na mesma. Essa quota ou essas acções poderiam e podem facilmente ser penhoradas, se existir fundamento jurídico para tal, no património desse devedor, por qualquer dos seus credores. Curiosamente, em todos os casos analisados, nunca se considera sequer este mecanismo de tutela dos credores, que será o adequado *in casu*.

Evidentemente, existe o risco de transmissão, por parte do devedor, desta quota ou destas acções para terceiros. Mas esse risco pode ser acautelado através do pedido de arresto das participações sociais, verificados os requisitos necessários⁵⁶. E, tendo já havido transmissão, sempre poderá esse acto ser objecto de impugnação pauliana, quer a transmissão tenha ocorrido após a constituição do crédito a tutelar, nos termos gerais, quer até quando a transmissão tenha ocorrido antes da constituição do crédito, desde que provado também que o acto foi realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor [nos termos do disposto no artigo 610.º, alínea *a*), segunda parte]⁵⁷.

Quando, por esta via, não se consiga a tutela integral dos interesses dos credores (por exemplo, porque entretanto a situação patrimonial se degradou, a ponto de provocar uma significativa desvalorização das participações sociais), sempre se poderá recorrer à impugnação pauliana – mas, então, da declaração negocial do autor da entrada no acto de constituição da sociedade comercial.

⁵⁶ Cfr. RIBEIRO (2018-IV), pp. 736 ss.

⁵⁷ Cfr. RIBEIRO (2018-I), pp. 699 ss.

Bibliografia

- Albuquerque, Pedro de – *A Representação Voluntária no Direito Civil (Ensaio de Reconstrução Dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2004.
- Alves, Raúl Guichard – *O problema dos “estados subjectivos” relevantes no contexto da representação – uma análise ao artigo 259.º do Código Civil*, dissertação de mestrado em Ciências jurídico-privatísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ed. policopiada, Coimbra, 1991.
- Buck, Petra – *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- Carvalho, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório sobre o programa. Conteúdo e Métodos de Ensino*, edição dactilografada, Coimbra, 1976.
- Cordeiro, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português. I Parte Geral. Tomo II*, Almedina, Coimbra, 2004.
- Cordeiro, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português. I Parte Geral. Tomo V*, 2011.
- Costa, Mário Júlio de Almeida – “A vontade e a declaração na teoria do negócio jurídico representativo”, in *BMJ*, n.º 127, 1963, 145-174.
- Costa, Mário Júlio de Almeida – “Anotação ao Acórdão do STJ de 23 de Janeiro de 1992”, in *RLJ*, ano 127.º, n.º 3846, 1995, 248-278.
- Fernandes, Luís A. Carvalho – *Teoria Geral do Direito Civil. Volume II. Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 5.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.
- Flume, Werner – *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Tomo I. Parte 2. Die juristische Person*, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo, 1983.
- Gierke, Otto von – *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887.
- Gomes, José Ferreira / Gonçalves, Diogo Costa – *A Imputação de Conhecimento às Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2016.
- Guichard, Raúl – *Da Relevância Jurídica do Conhecimento no Direito Civil*, Universidade Católica Portuguesa – Editora, Porto, 1996.
- Guichard, Raúl / Proença, Catarina Brandão / Ribeiro, Ana Teresa – “Artigo 259.º – Falta ou vícios da vontade e estados subjetivos relevantes”, in *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, 628-630.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações. Vol. II. Transmissão e Extinção das Obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- Lima, Pires de / Varela, Antunes – *Código Civil Anotado. Volume I (artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª ed. (com a colab. de Henrique Mesquita), Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- Mariano, João Cura – *Impugnação Pauliana*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.

- Martinez, Pedro Romano / Ponte, Pedro Fuzeta da – *Garantias de Cumprimento*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- Pereira, Maria de Lurdes – “Os estados subjectivos relevantes na representação, em especial, o conhecimento ou desconhecimento juridicamente relevante”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXIX-1, 1998, 135-192.
- PEREIRA, RUI SOARES – “Levando a sério o risco de organização como critério de imputação de conhecimento às sociedades comerciais”, in *Revista de Direito Comercial*, 2018, 95-136, disponível in <https://www.revistadedireitocomercial.com/levando-a-serio-o-risco-de-organizacao>.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Notas sobre a natureza da personalidade jurídica das pessoas colectivas”, in *Direito das Sociedades em Revista*, volume 16, 2016, 77-104.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Riscos dos negócios das sociedades com pessoas especialmente relacionadas com elas, no quadro da insolvência (da resolução em benefício da massa insolvente e da subordinação de créditos)”, in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2016, 290-318.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Anotação ao Artigo 610.º – Requisitos gerais”, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2018, pp. 693-700.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Anotação ao Artigo 612.º – Requisito da má-fé”, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2018, pp. 693-700 e 704-712.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Anotação ao Artigo 615.º – Atos impugnáveis”, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2018, 719-723.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Anotação ao Artigo 619.º – Requisitos”, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2018, 735-742.
- Serra, Adriano Paes da Silva Vaz – “Acórdão de 30 de Janeiro de 1968. Anotação”, in *RLJ*, ano 102.º, n.º 3382, 1969, 4-10.
- Vasconcelos, Pedro Leitão Pais de – *A Preposição: Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Vasconcelos, Pedro Leitão Pais de – “A preposição”, in *Revista de Direito Comercial*, 2017, 163-214, in <https://www.revistadedireitocomercial.com/a-preposicao>.
- Vasconcelos, Pedro Pais de – *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.

O sinalagma na insolvência

MARIA DE LURDES PEREIRA*

I. Introdução

1. É sabido que o regime dos contratos em curso à data da declaração de insolvência e de que seja parte o insolvente encerra numerosas e intrincadas questões. Algumas das dificuldades são originadas pela própria redação da lei, nuns pontos desnecessariamente complexa¹ e, noutros pontos, geradora de dúvidas praticamente insanáveis². Outras dificuldades decorrem de uma deficiente sistemática, que consiste em a lei formular um princípio de âmbito aparentemente geral no art. 102.º do CIRE, aplicável a todos os casos não abrangidos pelas regras «especiais» seguintes, mas afinal com uma extensão bastante mais limitada. Nos contratos que envolvam prestações duradouras, por exemplo, a *suspensão* de execução do contrato com a declaração de insolvência, ordenada cegamente no art. 102.º, n.º 1, do CIRE, ou é, nuns casos, pura e simplesmente inviável ou é, em muitos outros, inconveniente. Assim, um contrato de mútuo cujo mutuário se torne insolvente é um contrato em curso nos termos do capítulo IV do CIRE, por ser um contrato sinalagmático e ainda não se encontrar integralmente executado por nenhuma

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ A lei alemã, apesar de ser, quanto ao regime dos contratos em curso, a fonte de inspiração da lei nacional, é bastante mais económica nos enunciados normativos: o princípio geral do art. 102.º do CIRE e o regime que o complementa no art. 103.º do mesmo diploma correspondem, no essencial, ao regime estabelecido nos §§ 103 e 105 da *Insolvenzordnung* que têm redações bastante mais curtas e simples.

² Basta recordar a perplexidade que resulta da falta de coordenação entre a epígrafe do art. 103.º do CIRE e a definição da previsão normativa que é feita no corpo do artigo. Se a epígrafe do preceito se refere a «prestações indivisíveis», os n.ºs 1 e 3 do artigo delimitam o seu âmbito de aplicação aos contratos que imponham o cumprimento de uma «prestação infunível» ou «fracionável na entrega de várias coisas, não facilmente substituíveis, entre as quais interceda uma conexão funcional».

das partes³, mas *não é possível* suspendê-lo, pelo que o art. 102.º não se lhe pode aplicar⁴. E quanto a outras relações contratuais duradouras que envolvam uma prestação continuada e não reguladas especialmente no CIRE, a sua suspensão, sendo embora praticável, teria *consequências contrárias às pretendidas* na lei, dado que, em vez de se limitar a adiar a respetiva execução, tornaria impossível a prestação em apreço pelo período por que durasse a suspensão.

Não são ainda de descurar as dúvidas que pode gerar a articulação deste regime com os demais regimes do processo de insolvência, designadamente a sua coordenação com as regras de vencimento imediato de dívidas, bem como com os efeitos da declaração de insolvência sobre ações judiciais pendentes. Assim, por exemplo, a aplicação do art. 91.º, n.º 1, do CIRE às obrigações de restituição emergentes do mútuo (no caso de insolvência do mutuário), da locação (no caso de insolvência do locatário) e do depósito (no caso de insolvência do depositário) implicaria que a declaração de insolvência fizesse cessar automaticamente esses contratos, quando a lei pretende nos arts. 102.º e ss. do CIRE reservar ao administrador a decisão sobre a conveniência ou não de esses contratos sobreviverem. A necessária conciliação das várias normas impõe aqui uma interpretação restritiva do art. 91.º do CIRE e a prevalência das regras do art. 108.º (no caso de insolvência do locatário) e do art. 114.º (no caso de insolvência do depositante) do mesmo diploma⁵.

Acima de tudo, no entanto, as dificuldades decorrem da própria heterogeneidade das situações da vida a regular. Há que reconhecer a complexidade do desafio que o legislador enfrenta quando se propõe estabelecer o regime dos contratos em curso à data da declaração de insolvência. A par da variedade dos esquemas contratuais, há ainda que

³ Assim, BRITO BASTOS (2015), 261-271.

⁴ Neste sentido, BRITO BASTOS (2015), 265-269. O autor sustenta a aplicação análogica ao contrato de mútuo da disciplina dos contratos de locação em curso.

⁵ Uma razão adicional para a não aplicação do art. 91.º, n.º 1, do CIRE à obrigação de restituição do capital resultante de um contrato de mútuo, no caso de insolvência do mutuário, é a assinalada por BRITO BASTOS (2015), 259: «com a sua aplicação mecânica, chegar-se-ia a uma situação em que a disponibilização do capital cessaria antecipadamente, continuando os juros remuneratórios dessa disponibilização a vencer-se, o que se mostraria contrário ao sinalagma contratual».

lidar com a diversidade dos estádios em que eles se encontram e que reclamam regulações apropriadas: contratos integralmente por executar, contratos parcialmente executados, contratos em vias de serem resolvidos por alguma das partes, contratos definitivamente incumpridos, contratos defeituosamente executados, contratos cujos créditos foram, na totalidade ou em parte, cedidos a terceiros, etc. A própria decisão do administrador, em vez de traçar em termos definitivos o destino de um contrato em curso, pode criar novas hesitações: a massa pode não estar em condições de cumprir o contrato que o administrador resolveu conservar; o administrador pode vir a cumprir defeituosamente o contrato que quis manter; o administrador optou pelo cumprimento de um contrato que só depois se vem revelar ter sido defeituosamente cumprido pelo insolvente, entre muitas outras hipóteses.

2. O presente estudo tem um fim menos ambicioso e versará apenas um tema. No ponto que se segue pretendo analisar em que termos e com que limites, após a declaração de insolvência de uma das partes de um contrato sinalagmático ainda não integralmente cumprido por nenhuma delas, o contraente *in bonis* beneficia de certos direitos, meios de defesa ou «remédios» ligados à tutela sinalagma, ou seja, *meios de defesa relacionados com a sua condição de devedor de uma contraprestação* a cumprir ou já parcialmente cumprida à parte insolvente. Para esse efeito, tento *descrever várias regras legais que apresentam um fundo valorativo comum através da formulação de dois princípios*. Estes princípios respeitam aos reflexos da decisão do administrador de insolvência na posição jurídica da parte *in bonis*, sendo um deles aplicável à decisão de recusa de cumprimento e o outro referente à opção pela execução do contrato. A identificação de princípios tem um valor heurístico na solução de casos cujo enquadramento no regime legal dos artigos 102.º e ss. do CIRE se apresenta duvidoso e serão dados alguns exemplos disso.

II. A tutela do sinalagma nos contratos em curso à data da declaração de insolvência: os princípios do CIRE

a) Introdução

3. Relativamente aos contratos sinalagmáticos⁶ ainda não integralmente cumpridos por nenhuma das partes à data da declaração de insolvência e de que seja parte o insolvente duas dúvidas acodem imediatamente ao espírito relacionadas com a tutela do sinalagma desses contratos no âmbito do processo de insolvência. Se a parte *in bonis* já cumpriu parcialmente o contrato e for colocada perante a recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência, poderá, com o pretexto de que não alcançará o cumprimento do que lhe foi prometido, exigir a restituição da parte da prestação que fez? E se a parte *in bonis* for confrontada com um pedido de execução da prestação por ela devida ao abrigo do contrato celebrado com o insolvente, poderá recusar-se a fazê-lo com o argumento de que não recebeu aquilo a que, por seu turno, tinha direito?

Ambas as questões mereceriam resposta positiva fora do contexto um processo de insolvência e, portanto, *antes e independentemente* de ele ser instaurado. A parte fiel, caso o incumprimento da outra (ora declarada insolvente) viesse a ser convertido em definitivo, poderia *resolver* o contrato e obter a *restituição «por inteiro»* do que prestou (cf. o artigo 801.º, n.º 2, do CC). E caso lhe fosse exigido o cumprimento da sua obrigação – ainda não cumprida, total ou parcialmente –, a parte fiel poderia recusá-lo licitamente, opondo à outra (ora declarada insolvente) a *exceção do não cumprimento*, a menos que se tivesse obrigado a

⁶ Tomarei sinalagma no sentido amplo, que abrange não apenas a «troca» de prestações *proprio sensu*, mas também a «troca» de quaisquer outras atribuições patrimoniais que não possam ser descritas como prestações. A esta luz, são sinalagmáticos, por exemplo, tanto o contrato de mútuo como o de compra e venda de créditos, muito embora a atribuição patrimonial a cargo de uma das partes não seja suscetível de ser definida como uma *prestação* e, conseqüentemente, a situação jurídica encabeçada por aquele a quem incumbe essa atribuição não seja configurável como uma *obrigação*. A defesa de um conceito amplo de sinalagma e das suas virtualidades encontra-se em L. PEREIRA/P. MÚRIAS (2008a), 379-430.

cumprir antes (cf. o artigo 428.º do CC). Mesmo nesta última hipótese, a obrigação de prestar em primeiro lugar não a privaria totalmente da *exceptio*: a situação de insolvência não judicialmente declarada da outra parte (ora declarada insolvente) teria a virtualidade de lhe tornar legítima a recusa de cumprimento, dada a incerteza criada quanto à possibilidade de obter a contraprestação prometida (cf. os artigos 429.º e 781.º do CC).

O que dizer, porém, da posição da parte *in bonis após a declaração* de insolvência? Conservará ela este grau de proteção relativamente à sua *condição jurídica de devedora*? É certo que a insolvência envolve uma «compressão» dos *direitos* dos credores do insolvente, dado que estes, durante o processo de insolvência, estão limitados a exercê-los nos termos previstos na lei da insolvência (cf. o artigo 90.º do CIRE) e, na melhor das hipóteses, apenas receberão, no final, uma parte do valor da prestação que lhes era devida (cf. o artigo 604.º do CC e os artigos 172.º e ss. do CIRE). Mas o que sucede às obrigações dos credores do insolvente perante o mesmo insolvente, quando estas estejam num nexo sinalagmático com os seus direitos de crédito: estarão essas obrigações sujeitas ao mesmo regime que seria aplicável antes da insolvência? O regime dos artigos 102.º e ss. do CIRE oferece-nos respostas a estas interrogações. Mas as respostas estão dispersas por vários preceitos cuja conexão entre si, por um lado, e cuja ligação com os problemas acabados de enunciar, por outro, nem sempre é evidente, daí se seguindo a importância de enunciar os princípios subjacentes. É o que se procurará fazer de seguida, não sem antes expor algumas considerações introdutórias quanto aos preceitos legais relevantes.

4. A disposição incontornável nesta matéria e que constitui o ponto partida para o seu estudo é o artigo 102.º do CIRE, onde encontramos (aleadamente) o princípio ou princípios gerais aplicáveis ao destino dos contratos sinalagmáticos pendentes à data da declaração de insolvência. Ainda que o artigo 102.º do CIRE comece por qualificar-se como «princípio geral quanto a negócios ainda não cumpridos» – conforme resulta da sua epígrafe –, o preceito tem um âmbito bastante mais modesto: visa apenas uma parte do universo dos «negócios em curso» regulados no capítulo IV do CIRE, concretamente, os *contratos sinalagmáticos*. Logo no seu texto, o artigo 102.º do CIRE torna claro que se aplica

exclusivamente aos «contratos bilaterais», pelo não contém a disciplina de contratos «bilaterais imperfeitos» como o mandato gratuito, de contratos de cooperação como o de associação em participação e de negócios unilaterais como a procuração, embora todos estes sejam «negócios em curso» previstos no capítulo IV do CIRE.

Por outro lado, os «negócios em curso» do capítulo IV do CIRE e os «negócios ainda não cumpridos» do art. 102.º do CIRE são *apenas os que não tenham sido ainda integralmente cumpridos por nenhuma das partes*, não abrangendo a lei aqueles já cumpridos totalmente por uma das partes, seja o insolvente seja a parte *in bonis*, mas não executados totalmente pela outra, embora a estes últimos caísse igualmente bem o epíteto de «negócios ainda não cumpridos» ou de «negócios em curso». A exclusão dos contratos já inteiramente executados por uma das partes compreende-se desde que se tenha presente que o traço fundamental do regime legal é o de conceder ao administrador da insolvência a possibilidade de ajuizar se o cumprimento *futuro* de um contrato pendente que obriga o insolvente tem ou não vantagens na perspetiva da satisfação do interesse dos credores do insolvente. O objetivo do regime dos arts. 102.º e ss. do CIRE *não é* conferir ao administrador um direito de decidir sobre o que se passou *antes* da declaração de insolvência, direito esse que, pelo contrário, é a peça central do regime da resolução em benefício da massa dos arts. 120.º e ss. do CIRE. Percebe-se, por isso, que não faria sentido deferir ao administrador da insolvência um poder de decisão sobre o cumprimento dos contratos que, antes da abertura do processo, já se apresentem integralmente cumpridos por uma das partes. A solução é evidente, desde logo, nos contratos já totalmente cumpridos pelo insolvente antes da declaração de insolvência, em relação aos quais, abstraindo da verificação eventual dos pressupostos da resolução em benefício da massa, resta somente exigir à parte *in bonis* o respetivo cumprimento, pertencendo o correspondente crédito à massa insolvente (cf. o art. 46.º, n.º 1, do CIRE). Mas a solução não deixa de ser também convincente no caso de um contrato integralmente cumprido pela parte *in bonis* antes da insolvência, pois aí o benefício para a massa (a existir) já se encontra assegurado e à parte *in bonis* sobra apenas a via de reclamar no processo de insolvência (cf. o art. 90.º do CIRE) os créditos que para ela emergem daquele contrato, concretamente o crédito à contraprestação ou ao seu valor no caso de

ela não corresponder a uma soma em dinheiro [cf. o art. 96.º, n.º 1, al. a), do CIRE]⁷.

5. Uma leitura apressada dos preceitos legais relevantes poderia levar a crer que interessa ao presente estudo *apenas* o disposto no art. 102.º do CIRE, na medida em que este tem justamente por objeto a definição de um «princípio geral». Mas essa impressão é enganadora, pois deverão ser tidas igualmente em conta outras disposições do capítulo IV do CIRE e até disposições que se encontram fora desse capítulo.

Um confronto do regime do art. 102.º do CIRE com o dos preceitos seguintes revela que o «princípio geral» que aparentemente consagra, mesmo que restrito aos contratos sinalagmáticos e, dentro destes, aos que não tenham sido inteiramente cumpridos por nenhuma das partes, não tem exatamente o sentido de uma regra à qual as demais disposições se limitem a estabelecer pontuais desvios e que funcione como *factispecie*s de acolhimento para todos os casos não especialmente regulados.

Desde logo, no caso de alguns contratos que envolvam prestações duradouras, a suspensão da sua execução, genericamente ordenada no art. 102.º, n.º 1, do CIRE com o objetivo de permitir ao administrador da insolvência uma formação do juízo sobre a conveniência do seu cumprimento, conduziria a uma *automática, involuntária e definitiva recusa de cumprimento* desses contratos, pelo tempo que durasse a suspensão, como acima se assinalou. Por isso, relativamente aos contratos que obrigam a prestações (ou atribuições) duradouras pendentes à data da declaração de insolvência e que foram objeto de regulação especial CIRE, percebe-se por que razão a lei, salvo no caso do mandato (cf. o art. 110.º do CIRE)⁸, declarou expressamente que a sua execução não se suspende com a abertura do processo de insolvência. A continuidade da

⁷ Diversamente, OLIVEIRA ASCENSÃO (2005), 290-291, considera que a restrição do regime aos contratos ainda não integralmente executados é «incompreensível», pois «o administrador teria [nestes casos] de aceitar o cumprimento ou de cumprir, por mais nocivo que isso fosse para o processo de insolvência». Porém, como se acentua no texto, os arts. 102.º e ss. do CIRE não visam conceder ao administrador de insolvência a possibilidade de «voltar atrás» num negócio que se apresente nocivo para a massa: esse é antes um domínio reservado à resolução em benefício da massa.

⁸ A caducidade (automática) do mandato que não se mostre «estranho à massa insolvente» logo com a declaração de insolvência justifica-se pelo objetivo de evitar uma sobreposição (e,

execução desses contratos mesmo após a declaração de insolvência foi indispensável para assegurar-se, como a lei pretendeu, a possibilidade de o administrador apreciar a conveniência em mantê-los. É o que se passa com os contratos de locação e com os contratos de prestação duradoura de serviços (cf. os arts. 108.º, 109.º, 111.º e 114.º do CIRE). Salvo no caso do contrato de locação em que se torne insolvente o locador, em todos esses casos a lei quis conceder ao administrador a possibilidade de resolver ou denunciar os correspondentes contratos, mas, para o fazer, teve precisamente de estabelecer a regra da sua não suspensão com o início do processo de insolvência. Pelas razões que se acaba de expor, a regra da suspensão constante do art. 102.º, n.º 1, do CIRE *não pode aplicar-se supletivamente* sem mais a todos os contratos duradouros que não os expressamente individualizados neste código⁹.

Um outro exemplo de que o art. 102.º não tem, em rigor, o estatuto de uma regra geral pode ver-se ainda no direito concedido à parte *in bonis* de denunciar o contrato de prestação duradoura de serviço em caso de insolvência do credor dessa prestação (cf. o art. 111.º, n.º 1, do CIRE), no direito de resolver o contrato de locação em que não tenha havido entrega da coisa (cf. os arts. 108.º, n.º 5, e 109.º, n.º 2, do CIRE)¹⁰ ou ainda na possibilidade de o locador *in bonis* resolver o contrato de arrendamento com fundamento em falta de pagamento das rendas pelo locatário insolvente (implícito no art. 108.º, n.º 4, do CIRE)¹¹. Estes direitos não têm qualquer paralelo no art. 102.º do CIRE, que não concede àquela parte uma faculdade de se desligar do contrato, não sendo, por esta razão, muito rigoroso qualificá-los como meros desvios ao princípio geral.

logo, um conflito) com os próprios poderes do administrador da insolvência relativamente à massa.

⁹ Diversamente, OLIVEIRA ASCENSÃO (2005), 295, considera que a suspensão se aplica a todas as relações contratuais duradouras não sujeitas a regime especial. O autor, no entanto, havia afirmado certamente o seguinte: «O princípio do art. 102.º não é assim tão “princípio geral” como proclama. Nem sequer o é com o complemento do art. 103.º. Há que atender a todas as figuras contidas no capítulo para captar realmente os princípios gerais» (*idem*, 287).

¹⁰ Assinalando a dificuldade de conciliar este direito da parte *in bonis* com o direito do administrador de optar pelo cumprimento, cf. MENEZES LEITÃO (2012), art. 108.º, n. m. 5, e art. 109.º, n. m. 3.

¹¹ Quanto a este último, cf. MENEZES LEITÃO (2018), 2018, 201, n. 271.

b) Primeiro princípio

6. Um primeiro princípio em matéria de efeitos da decisão do administrador de insolvência relativamente aos contratos em curso respeita ao tema da restituição do que já tiver sido prestado pela parte *in bonis*. A regra geral a esse propósito é muito clara e consta do art. 102.º, n.º 3, alínea *a*), do CIRE. Quando o administrador de insolvência recuse o cumprimento do contrato, *se o contraente in bonis que já tiver executado uma parte da prestação que lhe cabia no contrato, não poderá exigir a restituição* daquilo que prestou.

A razão de adoção desta regra parece decorrer de um imperativo de tratamento análogo entre um contrato que tenha sido *parcialmente* cumprido pela parte *in bonis* antes da declaração de insolvência e um contrato *totalmente* cumprido pela mesma nessa data. Neste último caso, à luz do direito português, a parte *in bonis* não pode pedir restituição alguma, estando limitada a reclamar o seu direito à prestação devida pelo insolvente como crédito sobre a insolvência. Na verdade, neste segundo exemplo, o contrato, ainda que não tenha sido – no todo ou em parte – cumprido pelo insolvente antes da declaração, *não é «negócio curso»* para efeitos do art. 102.º do CIRE, o qual supõe que não haja integral cumprimento por nenhum dos contraentes¹². Se a parte *in bonis* já executou plenamente a prestação por ela contratualmente devida, o administrador da insolvência não é chamado a optar pelo cumprimento ou não cumprimento de um contrato. A parte *in bonis* tem somente, em tais circunstâncias, o direito a reclamar o seu crédito no processo e obterá inevitavelmente uma satisfação deste limitada às forças do património insolvente. A privação de um direito à recuperação do que tenha sido prestado pela parte *in bonis* é, de resto, confirmada pelo disposto no art. 119.º, n.º 2, do CIRE. Um dos sentidos da proibição de cláusulas contratuais que atribuam à situação de insolvência de uma das partes o valor de uma condição resolutiva do negócio ou de causa de constituição de um direito à resolução a favor da parte *in bonis* é precisamente o de vedar que esta parte possa recuperar o que prestou com fundamento em não receber aquilo que lhe foi prometido¹³. Ora – e terá

¹² Cf. o que se escreveu *supra*, n.º 4.

¹³ Assim, a proibição do art. 119.º, n.º 2, do CIRE não se destina apenas a impedir que o contrato «já chegue» resolvido ao administrador da insolvência, o que o privaria da faculdade

sido esta a analogia que ditou a formulação da regra do art. 102.º, n.º 3, al. *a*), do CIRE —, a solução aplicável aos casos em que a parte *in bonis* cumpriu *parcialmente* não poderia ser diversa da solução aplicável a um cumprimento *integral*, pois o facto é que em ambas as hipóteses a parte *in bonis* cumpriu e nessa medida — na medida justamente do que cumpriu — deve ser tratada da mesma forma¹⁴.

Se é certo parte *in bonis* que tenha executado, antes da declaração de insolvência, uma parte da prestação a que se encontrava obrigada fica privada do direito de recuperá-la ainda que o administrador de insolvência opte pelo não cumprimento do contrato [cf. novamente o art. 102.º, n.º 3, al. *a*), do CIRE], não tem, contudo, de devolver a parte da prestação que já tenha recebido do insolvente, a qual pode até superar proporcionalmente a parte que ela fez [cf. o art. 102.º, n.º 3, al. *a*), do CIRE], nem perde o direito de reclamar na insolvência a parte da contraprestação ou o valor desta (caso não se trate originalmente de uma contraprestação pecuniária) correspondente à parte do contrato que executou, caso não a tenha recebido antes da declaração de insolvência. Neste aspeto, a posição da parte *in bonis* que tenha cumprido parcialmente continua a acompanhar a posição da parte *in bonis* que tenha cumprido integralmente, já que esta última conserva, como acima se viu, o seu direito à prestação devida pelo insolvente ou adquire o direito ao valor dessa prestação, caso esta não seja originariamente em dinheiro. Naturalmente, a *satisfação* do crédito ao valor de parte da prestação devida pelo insolvente está sujeita às vicissitudes próprias da insolvência, podendo nunca chegar a ocorrer ou só se verificar em medida inferior ao que foi prestado pelo contraente *in bonis*. Mas o crédito em si mesmo considerado não deixa de ser reconhecido e a insolvência não constitui evidentemente uma causa de extinção desse crédito. Esse direito da parte *in*

de opção pelo cumprimento prevista no art. 102.º do CIRE [cf. MENEZES LEITÃO (2015), 99]. Ela também se aplica, a meu ver, fora desse domínio, concretamente a contratos que já tenham sido integralmente cumpridos pela parte *in bonis* e em relação aos quais não há qualquer decisão do administrador a salvaguardar.

¹⁴ Terá sido também esta a razão por que regra idêntica foi consagrada no § 26 (1) da *Konkursordnung* alemã, que vigorou neste país entre 1877 e 1998 e que ultrapassava a incoerência da anterior *Konkursordnung* prussiana que permitia à parte *in bonis* a recuperação da parte que tivesse prestado antes da declaração de insolvência, desde que a prestação se mantivesse na massa insolvente [cf. MAROTZKE (2001), 298-299].

bonis resulta do art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE. Ao atribuir à parte *in bonis* o valor da prestação devida pelo devedor insolvente *deduzida* do valor da contraprestação que aquela *não tenha chegado a realizar* compensa-se a contraprestação que já realizou¹⁵.

7. Procurando ir um pouco mais além no fundamento da regra da privação do direito à restituição do que tiver sido prestado pela parte *in bonis* antes da declaração de insolvência, percebe-se, sem dificuldade, que ela pretende ser uma concretização de um princípio de ordem superior e de carácter mais geral, com inúmeras manifestações no direito da insolvência: o princípio de igualdade de tratamento dos credores. Com efeito, tendo a parte *in bonis* cumprido antes da declaração de insolvência, sujeita-se ao risco de não vir posteriormente a obter aquilo que lhe foi prometido em troca precisamente por causa da possibilidade de insolvência do outro contraente. A parte que cumpre antes está, tal como os demais credores, mesmo daqueles cujos créditos não provenham de um contrato sinalagmático, sujeita a não obter a esperada satisfação em consequência da insuficiência do património do devedor. Ora, dir-se-ia que permitir à parte que cumpriu antes que *voltasse atrás no cumprimento que fez*, implicaria, por via *indireta*, uma exoneração daquele risco, o que se traduziria num *tratamento desigual* relativamente aos demais credores comuns do devedor insolvente. E é esse tratamento desigual que a regra se propõe evitar.

No entanto, a reflexão sobre o fundamento material do art. 102.º, n.º 3, al. a), na parte em que se refere à posição da parte *in bonis*, não pode ficar por aqui. Se se compreende o bem fundado da preocupação do legislador português em evitar um avantajamento da parte *in bonis* de um contrato sinalagmático que já o tenha parcialmente cumprido relativamente aos demais credores quando o administrador opte pelo não cumprimento, já não se pode aceitar que a exclusão do direito à restituição do que tenha sido prestado por aquela parte seja a *única via* de evitar um tratamento privilegiado. Como assinala MAROTZKE, esse tratamento

¹⁵ Neste sentido, PINTO DE OLIVEIRA (2013), 226, que afirma: «O art. 102.º, n.º 3, al. c), propõe-se resolver *simultaneamente* dois problemas: em primeiro lugar, propõe-se resolver o problema da compensação do desequilíbrio entre a (parte da) prestação e a (parte da) contraprestação já realizadas e, em segundo lugar, o problema da indemnização dos danos que correspondem à diferença entre prestação e contraprestação.»

igualitário pode ser plenamente assegurado permitindo a restituição do já prestado *desde que, por um lado, a restituição se cinja ao valor do prestado e não permita a recuperação de um objeto que tenha «entrado» na massa insolvente e que, por outro lado, o crédito (pecuniário) à restituição seja considerado um crédito sobre a insolvência*¹⁶. Quer dizer, a lei portuguesa optou, como regra geral, por excluir o direito da parte *in bonis* à restituição do prestado, no caso de recusa do administrador de insolvência de cumprimento do contrato, assim como no caso de a parte *in bonis* ter realizado integralmente a prestação que contratualmente lhe incumbia antes da declaração de insolvência. Mas essa solução não se impunha como a única via adequada à prossecução dos valores cuja proteção o legislador teve em vista: a mesma finalidade poderia ter sido atingida consagrando-se a possibilidade de a parte *in bonis* reclamar uma restituição, em valor, do já prestado, estando esta, porém, limitada às forças da massa insolvente.

Num aspeto significativo, embora marginal, as soluções em questão podem divergir. O resultado, em termos económicos, da solução de atribuir à parte *in bonis* uma «compensação» pelo seu cumprimento parcial calculada nos termos expostos não é necessariamente igual ao resultado do direito à recuperação do valor da prestação. Se a prestação devida pela parte *in bonis* tiver um valor superior à devida pelo insolvente, a solução restitutória será mais vantajosa do que a pura e simples conservação da parte da prestação que o insolvente eventualmente já tenha feito antes de ser como tal declarado [cf. o art. 102.º, n.º 3, al. a), do CIRE] ou, no caso de este não ter cumprido, do que o direito a exigir o valor da prestação devida pelo insolvente, deduzido do valor da parte da contraprestação que a parte *in bonis* não chegou a efetuar [cf. o art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE]. Poderá, por isso, perguntar-se se, *de iure condendo*, não teria sido sistematicamente mais coerente ter consagrado como regra geral a possibilidade de a parte *in bonis* optar pelo direito à restituição do que prestou, naturalmente sujeito à devolução do que ela própria recebeu e à concorrência paritária com os demais créditos sobre

¹⁶ Cf. MAROTZKE (2001), 299-305. Perante dados legais aparentemente desfavoráveis ao direito da parte *in bonis* à recuperação do prestado, o autor propõe uma interpretação do § 26 da antiga *Konkursordnung* que contemple esse direito, com as restrições assinaladas no texto, e também parece sujeitar o atual § 105 da *Insolvenzordnung* a uma interpretação idêntica (*idem*, 307 e ss.).

a insolvência, sempre que fosse confrontada com a decisão de recusa de cumprimento do administrador. A solução seria mais ajustada ao sinalagma, já que não se vê por que razão a parte *in bonis* tenha de abdicar da sua prestação mais valiosa quando não receba aquilo por que estava disposta a abdicar daquele maior valor. Além de mais coerente com o sinalagma, ela não importaria, conforme se assinalou, qualquer tratamento discriminatório da parte que optasse pela restituição perante os demais credores do insolvente, já que, relativamente o crédito à restituição concorreria em termos paritários com os restantes créditos. Seja como for, esta é uma discussão que não poderá ser aqui desenvolvida¹⁷.

8. Conhecida a regra geral, importa perceber se a ela são postos desvios. À primeira vista, os casos em que a lei da insolvência faculta à parte *in bonis* a restituição da parte da prestação que esta tenha feito anteriormente à declaração de insolvência constituiriam *exceções* àquela regra, no sentido mais radical do termo. No entanto, não é assim. O art. 103.º, n.º 1, al. c), e n.º 4, al. b), do CIRE conferem indiscutivelmente à parte *in bonis* o direito à restituição do prestado antes da declaração. Simplesmente, não consagram, com isso, qualquer tratamento privilegiado da parte *in bonis*, na medida em que o *crédito à restituição é sempre pecuniário e é qualificado como crédito sobre a insolvência*. Repare-se que no caso do art. 103.º, n.º 1, al. c), a lei converte expressamente o direito da parte *in bonis* à restituição em espécie do que prestou num crédito ao respetivo custo ou valor (consoante os casos) e qualifica-o como crédito sobre a insolvência. Por seu turno, na alínea b) do n.º 4 do mesmo artigo, trata-se do direito da parte *in bonis* à restituição daquilo que esta pagou em troca da «prestação indivisível» do insolvente, pressupondo a lei que aquela terá sido em dinheiro. Por outras palavras, os preceitos citados, não obstante estabelecerem uma solução aparentemente oposta à daqueles que consagram exclusão do direito à restituição, têm em relação a estes um *fundo valorativo comum*. E o mesmo se pode dizer do disposto no art. 107.º, n.º 2, segunda parte, do CIRE. Neste último caso, é a

¹⁷ Note-se que o reconhecimento legislativo numa opção restitutória à parte *in bonis* não poderia cingir-se ao regime dos «negócios em curso», devendo ser consagrada igualmente no caso de aquela parte ter executado a totalidade da prestação por si devida antes da declaração de insolvência.

própria lei – e não a decisão do administrador de insolvência – que estabelece, como efeito automático e definitivo da declaração de insolvência, que nenhuma das partes poderá exigir o cumprimento do contrato, o que desencadeará efeitos restitutórios a cargo do vendedor, quando o comprador já tenha pago uma parte do preço. E o direito à restituição, quando seja o comprador a parte *in bonis*, tem a natureza de um crédito sobre a insolvência.

9. A diferença das soluções vigentes em matéria de um direito à restituição da parte *in bonis* levanta a questão de saber por que razão o legislador português terá optado nuns casos por excluir aquele direito e noutros por reconhecê-lo, ainda que como crédito sobre a insolvência e necessariamente pecuniário.

O fundamento da diferenciação parece residir no facto de, em certos casos, a recusa de cumprimento do contrato decidida pelo administrador da insolvência não ser acompanhada da conservação, pela parte *in bonis*, do que já tenha recebido do insolvente (quando seja caso disso) e/ou do direito dessa mesma parte ao valor da prestação devida pelo insolvente, deduzido do valor da parte da (contra)prestação que a parte *in bonis* não chegou a realizar. Nas situações em que a parte *in bonis* não tenha o direito de *conservar* o que já recebeu e/ou de *exigir* uma «compensação» pela parte da prestação que já fez antes da declaração de insolvência, impõe-se, de facto, que possa exigir a restituição do que prestou, uma vez que a insolvência não constitui, de forma alguma, um fundamento para um tal desequilíbrio no plano da *atribuição ou reconhecimento dos direitos*, embora possa interferir – e interferirá normalmente – na sua *satisfação*.

Recorde-se que a parte *in bonis* que tenha executado, antes da declaração de insolvência, uma parte da prestação a que se encontrava obrigada fica privada, em princípio, do direito de recuperá-la mesmo que o administrador de insolvência opte pelo não cumprimento do contrato, mas, em contrapartida, não tem de devolver a parte da prestação que já tenha recebido do insolvente [cf. o art. 102.º, n.º 3, al. a), do CIRE], e tem o direito de reclamar na insolvência a prestação devida pelo insolvente ou o valor desta (caso não se trate originalmente de uma contraprestação pecuniária) deduzida do valor da parte da (contra)prestação que não chegou a realizar [cf. o art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE]. Sucede

que em determinados casos essa «compensação» da parte *in bonis* pelo cumprimento que já realizou não ocorre, por variadas razões. Pode ver-se um desses casos no disposto no art. 103.º, n.º 1, do CIRE. Pense-se no exemplo de a parte *in bonis* ter entregue antes do início do processo uma parte das coisas devidas e entre a totalidade das coisas que estava obrigada a entregar interceder uma conexão funcional que impeça que o fornecimento de apenas uma parte delas tenha alguma utilidade para a massa insolvente. Aí, optando o administrador pelo não cumprimento do contrato, não é do interesse da própria massa insolvente ficar com as coisas já entregues antes pela parte *in bonis*. Sobretudo, não é do interesse da massa insolvente *ter de remunerar essas coisas e/ou não poder exigir o reembolso da remuneração* já paga pelo insolvente antes da declaração de insolvência. Nestes casos, e noutros em que o cumprimento parcial não seja apto a satisfazer, sequer parcialmente, o interesse que a massa insolvente tinha no cumprimento do contrato, a decisão de recusa de cumprimento do administrador deve ter por efeito o direito da parte *in bonis* à restituição do valor do prestado, ainda que como crédito sobre a insolvência. E é isto que, pelo menos na parte relativa aos casos em que a prestação da parte *in bonis*, corresponda à entrega de várias coisas entre as quais «interceda uma conexão funcional», dispõe precisamente o art. 103.º, n.º 1, al. b), do CIRE¹⁸.

Noutras hipóteses, estão em causa interesses diversos. Pode suceder que a parte *in bonis* tenha executado uma parte da prestação que lhe incumbia antes da declaração de insolvência e, embora possa interessar à massa insolvente a manutenção desse cumprimento parcial, essa manutenção constitui uma solução desequilibrada para a parte *in bonis*. Suponha-se que esta cumpriu uma parte do contrato e recebeu em troca,

¹⁸ Implícita no que se acaba de dizer está a opinião de que o art. 103.º do CIRE se aplica aos contratos que respeitem prestações indivisíveis, mas suscetíveis de fisicamente serem executadas por partes, sendo o caso da entrega de várias coisas entre as quais «interceda uma conexão funcional» apenas um exemplo, entre outros possíveis, desse tipo de prestações. É notório, no entanto, que esta ideia, apesar de ter reflexo na epígrafe do preceito, não ficou adequadamente refletida na sua parte dispositiva, em que se refere incompreensivelmente a categoria das prestações infungíveis. Esta incoerência entre epígrafe e texto da disposição tem dado azo ao surgimento de várias propostas interpretativas na doutrina que não serão aqui *ex professo* analisadas, por isso se desviar substancialmente do propósito limitado deste estudo.

também antes da declaração de insolvência, uma parte da prestação que era devida pelo insolvente; suponha-se ainda que a prestação devida pelo insolvente correspondia à entrega de várias coisas entre as quais intercede uma conexão funcional, de tal forma que o cumprimento parcial não apresenta para a parte *in bonis* qualquer utilidade, *i.e.*, não é capaz de satisfazer, sequer parcialmente, o interesse que esta tinha na prestação. Nesse caso, a opção do administrador pelo incumprimento não deverá privar a parte *in bonis* de optar por restituir o que recebeu, que para ela não tem interesse algum, e cumulativamente exigir o reembolso do preço que pagou. Nestes casos, portanto, a recusa de cumprimento deve ser associada a um conjunto de restituições, sob pena de a insolvência ter para a parte *in bonis* um efeito nocivo que vai muito além do prejuízo que têm de sofrer todos os credores do insolvente em consequência da insolvência. E é por isso que o art. 103.º, n.º 4, do CIRE estabelece aqui os correspondentes direitos (à restituição do prestado), seja a favor da parte *in bonis* seja a favor da massa.

Em suma, no caso de o administrador de insolvência optar pelo não cumprimento de um contrato sinalagmático em curso, a regra geral vigente no direito da insolvência português nega à parte *in bonis* o direito à restituição do que prestou ao insolvente antes da declaração de insolvência. No entanto, em casos especiais, o direito à recuperação do prestado pela parte *in bonis* é reconhecido sem que essa solução entre em contradição valorativa com a primeira, uma vez que tal direito terá necessariamente por objeto uma quantia em dinheiro (mesmo quando não tenha sido dinheiro o que a parte *in bonis* «entregou» ao insolvente) e a sua satisfação estará sujeita às forças da massa, constituindo um (mero) crédito sobre a insolvência. Por fim, ao menos em termos genéricos, são inteligíveis os fundamentos que levaram o legislador português a escolher uma ou outra das soluções consoante o grupo de casos, sendo certo que, como acima se disse, elas partilham um fundo valorativo comum.

10. O que se acaba de se expor revela já a base material para enunciar um princípio: *recusando o administrador de insolvência ou a lei o cumprimento de um contrato sinalagmático em curso, e tendo a parte in bonis executado, já a essa data, uma parte da prestação que lhe cabia no contrato, não poderá ela exigir a restituição daquilo que prestou, ou, nos casos em que não tenha direito a conservar a prestação que eventualmente já tenha recebido*

do insolvente e/ou não tenha direito a ser compensada pela parcela de prestação que já executou, a parte in bonis tem direito à restituição do prestado, mas a restituição será necessariamente pecuniária e constituirá um crédito sobre a insolvência. O princípio assim formulado revela as restrições que a insolvência traz aos meios de defesa próprios dos contratos sinalagmáticos quando tenha havido cumprimento prévio pela parte *in bonis*. Esta, apesar de poder ser privada, em consequência da insolvência, no todo ou em parte, da satisfação do seu direito à prestação que lhe foi prometida, não pode invocar o *malogro da troca* para recuperar o que prestou ou, quando tal argumento seja admitido, não poderá recuperar o prestado em espécie, mas apenas em valor, e o respetivo crédito será tratado como um crédito comum.

11. A enunciação de um princípio com esta extensão, além de, repete-se, permitir harmonizar disposições à primeira vista dificilmente conciliáveis entre si, tem ainda um valor heurístico que importa destacar. Sem ele, na verdade, a solução de certos casos não regulados seria inevitavelmente encaminhada para a «regra geral», *i.e.*, para a regra de exclusão do direito à restituição estatuída no art. 102.º, n.º 3, al. *a*), do CIRE, e não para as regras – de outra forma vistas como excepcionais – do art. 103.º, n.º 1, al. *c*), e n.º 4, al. *b*), e do art. 107.º, n.º 2, do CIRE que consagram o direito à restituição do que já tenha sido prestado pela parte *in bonis*. Uma outra possibilidade seria reconhecer, nesses casos «difíceis», um direito da parte *in bonis* à restituição com base no enriquecimento sem causa da massa insolvente decorrente da decisão do administrador da insolvência de recusar o cumprimento do contrato, direito esse a que seria dada a prioridade própria dos créditos sobre a massa [cf. o art. 51.º, n.º 1, al. *i*), do CIRE]. Ambas as soluções são justamente contrariadas pelo referido princípio.

Três exemplos permitem ilustrar o que acabo de afirmar. O primeiro exemplo é o da compra e venda sob reserva de propriedade sem que tenha havido entrega ao comprador, caso o vendedor seja declarado insolvente. Em tal hipótese, a lei permite que o administrador de insolvência recuse o cumprimento do contrato (cf. os arts. 102.º, n.º 1, e 104.º, n.º 1, do CIRE). No entanto, o comprador pode já ter pago uma parte do preço e, nesse caso, perguntar-se-á se tem direito à restituição do prestado, ainda que como crédito sobre a insolvência. A lei não faculta aqui

uma indemnização ao comprador que lhe permita «compensar» a parte do preço já paga. Na verdade, de acordo com a fórmula legal de cálculo da indemnização devida em caso de recusa de cumprimento do contrato de compra e venda, o direito do comprador cinge-se à diferença, se positiva, entre o valor da coisa e o preço convencionado atualizado à data da declaração de insolvência («o montante das prestações [...] previstas até ao final do contrato»: cf. o art. 104.º, n.º 5, do CIRE). Esta regra de cálculo corresponde exatamente à diferença de valor das prestações (*rectius*, de uma atribuição e de uma prestação) do contrato de compra e venda e difere substancialmente da fórmula do art. 102.º, n.º 3, al. c). Neste último, a indemnização assenta no valor da prestação devida pelo insolvente *deduzida* do valor da prestação devida pela parte *in bonis* (no caso agora em análise, o comprador) que ainda não tenha sido realizada, o que permite uma compensação do que esta parte eventualmente tenha prestado antes da insolvência, ainda que limitada ao valor da prestação que lhe foi prometida. Nada disto, porém, é facultado ao comprador *in bonis* pelo art. 104.º, n.º 5, e, por esta razão, mantém-se premente a questão colocada: pode este, confrontado com a frustração da compra e venda, exigir a restituição da parte do preço que eventualmente já tenha pago ao vendedor entretanto declarado insolvente? A resposta não pode deixar de ser positiva: o comprador que vê a venda malogar-se não pode ser privado da restituição do que já pagou. A situação de insolvência e o imperativo de tratamento igualitário dos credores não justificam que o comprador seja expropriado desse direito, apenas forçam a que ele o exerça em iguais condições aos demais credores. De resto, o confronto com a hipótese análoga do art. 107.º, n.º 2, em que ao vendedor é imposto um dever de restituição, não autoriza quaisquer dúvidas sobre a solução. Por fim – e este é o ponto que cumpre sublinhar –, a solução de facultar ao comprador a restituição do preço, ainda que a efetiva satisfação do seu crédito possa ser, a final, comprometida por insuficiência da massa insolvente, não é senão uma concretização do princípio acima enunciado.

Um segundo exemplo pode encontrar-se na hipótese de o contrato de locação, em que se torne insolvente o locador e a coisa locada não tenha ainda sido entregue ao locatário, vir a ser resolvido pelo administrador da insolvência, conforme permitido pelo art. 109.º, n.º 2, do CIRE. Nesse caso, pode bem suceder que o locatário *in bonis* já tenha

pago antecipadamente ao locador (agora insolvente) rendas ou alugueres. Poderá, em face da resolução do contrato, exigir o reembolso das rendas e alugueres já pagos? É certo que, neste caso, a lei classifica o direito exercido pelo administrador como um direito de resolução do contrato e não como um direito de «recusar o cumprimento», o que, desde logo, lança uma objeção formal à aplicabilidade da regra de não restituição do art. 102.º, n.º 3, al. *a*), do CIRE. Dir-se-ia, à luz desta diferença semântica, que o locatário poderia exigir o reembolso das rendas e alugueres. No entanto, a objeção não seria muito convincente atendendo a que, em certas hipóteses, a «recusa de cumprimento» pelo administrador da insolvência, nos termos do art. 102.º do CIRE, não obstante a indeterminação da locução legal, corresponde inegavelmente a uma verdadeira *resolução* do contrato¹⁹. Sobretudo, aquela objeção não permitiria fundamentar substancialmente o direito à restituição. Assim, o recurso ao princípio enunciado é indispensável à determinação e justificação da solução adequada do caso, que não poderá deixar de consistir no reconhecimento do direito do locatário *in bonis* à recuperação das rendas ou alugueres já pagos, ainda que como crédito sobre a insolvência²⁰. Na verdade, a resolução prevista no n.º 2 do art. 109.º do CIRE não é acompanhada de qualquer indemnização do locatário *in bonis*, pelo que não poderá ser compensado, por essa via, do cumprimento que já tenha efetuado. Poderá duvidar-se da coerência da solução adotada pelo legislador. Tendo em conta que a insolvência, em regra, não priva, nem deve privar, o contraente *in bonis* da diferença de valor das prestações, caso ela lhe seja favorável, apenas afetando, naturalmente, a possibilidade de satisfação efetiva de um tal direito, é discutível que aqui a decisão de resolução pelo administrador de insolvência deixe o locatário de «mãos vazias». Em todo o caso, a denegação da indemnização, qualquer que seja o juízo definitivo que se faça quanto à bondade da solução, não pode afetar o tema da restituição. Antes pelo contrário, sendo negada à parte *in bonis* qualquer compensação e não sendo o contrato cumprido, verifica-se precisamente o segundo segmento do princípio enunciado nos

¹⁹ Cf. *infra*, o texto correspondente às n. 34 e n. 35, quanto à qualificação da recusa de cumprimento como uma verdadeira resolução do contrato pelo administrador da insolvência.

²⁰ Neste sentido, MENEZES LEITÃO (2015), 94.

termos do qual a parte *in bonis*, no caso, o locatário, pode exigir a restituição do que prestou, embora como crédito sobre a insolvência.

O terceiro e último exemplo da utilidade da enunciação do princípio encontra-se no papel que este pode desempenhar na questão de saber se, no contrato-promessa de compra e venda, o promitente comprador *in bonis* tem direito à restituição do sinal prestado antes da declaração de insolvência do promitente vendedor na hipótese de o administrador da insolvência optar pelo não cumprimento do contrato-promessa e, em caso afirmativo, qual a qualificação do correspondente crédito. A análise do reflexo da decisão de recusa de cumprimento no direito à restituição do sinal prestado reveste um duplo interesse neste domínio: por um lado, permite ilustrar a utilidade de identificação do princípio, por outro, permite definir com mais exatidão a sua amplitude. Na verdade, no contrato-promessa, o sinal não corresponde à prestação que o promitente comprador deve por força desse contrato, pelo que à primeira vista o princípio acima descrito, referente às prestações de um contrato sinalagmático em curso, não se lhe aplicaria. Mesmo quando o sinal entregue pelo promitente comprador corresponda a uma antecipação do preço da compra e venda²¹ e seja qualificável, portanto, como contraprestação, ele não é uma contraprestação devida por força do contrato-promessa e é só este o contrato em curso à data da declaração de insolvência, sobre cujo destino incide a decisão do administrador. Por isso, ao contrário dos exemplos que até ao momento foram apresentados, a entrega do sinal pelo promitente comprador ao promitente vendedor antes da declaração de insolvência deste último não consubstancia um cumprimento parcial do contrato-promessa pela parte *in bonis* e, por isso, repete-se, estando aparentemente fora do âmbito de aplicação do princípio atrás referido.

No entanto, o sinal não deixa de ser uma coisa que a parte *in bonis* entregou ao insolvente antes da respetiva declaração e que posteriormente, malgrado o efeito que essa entrega tinha em vista, *terá necessariamente de ser devolvido* no caso de o administrador recusar o cumprimento da promessa. Na doutrina, parece imperar o reconhecimento

²¹ O sinal pode corresponder a uma parte do preço, mas não tem necessariamente de ser assim, não tendo sequer de coincidir, no todo ou em parte, com qualquer prestação devida (cf. o art. 442.º, n.º 1, do CC). A antecipação do preço é, no entanto, a situação mais frequente na prática e que só nesse caso, aliás, funciona a presunção de estipulação de sinal (cf. o art. 441.º).

de um direito à restituição do sinal ao promitente comprador *in bonis* e de um correspondente dever da massa insolvente em caso de recusa de cumprimento da promessa pelo administrador, embora o direito seja erradamente enquadrado nas regras que atribuem ao contraente *in bonis* um direito à indemnização. Além disso, é discutida a sua qualificação de crédito sobre a massa (e, portanto, satisfeito prioritariamente: cf. o art. 172.º do CIRE) ou como crédito da insolvência. O princípio que enunciarei atrás permite conferir um enquadramento correto e uma justificação mais substancial à solução da restituição: o sinal prestado não é uma prestação devida por força do contrato-promessa, pelo que, recusando o administrador o cumprimento da promessa, o promitente comprador ficará sem direito a compensação alguma pelo que entregou [o art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE não lhe proporciona tal compensação] e é forçoso, justamente por isso, que possa reclamar a restituição²².

Mas é sobretudo na solução da segunda dificuldade que tem interesse o princípio enunciado. O *direito à restituição do sinal em singelo não pode deixar de ser qualificado como crédito sobre a insolvência e não como*

²² No sentido da inaplicabilidade do art. 102.º, n.º 1, al. a), à restituição do sinal em singelo, cf. TAVEIRA FONSECA (2015), 380. Diversamente, PESTANA VASCONCELOS (2011), 14, n. 41, afirma que a restituição ao promitente comprador *in bonis* do sinal *em singelo* é negada pelo art. 102.º, n.º 3, al. a), do CIRE, pelo que a recuperação só poderia ser alcançada por «via indireta» através da indemnização devida pela massa ao promitente comprador em caso de recusa de cumprimento. Em sentido próximo, CATARINA SERRA (2018), 237, propõe a aplicação do art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE, para preencher esta «lacuna da lei» e proporcionar ao promitente comprador uma compensação pelo sinal prestado. Como está implícito no texto, creio que não há analogia, pois o sinal não é a contraprestação devida no contrato-promessa e, de resto, a aplicação daquele preceito é excluída pelo art. 104.º, n.º 5, para o qual remete, em matéria de contrato-promessa, o art. 106.º, n.º 2, ambos do CIRE. O direito do promitente comprador *in bonis* relativamente ao sinal prestado é à restituição do mesmo e não a uma compensação calculada nos termos do art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE (à luz do qual, aliás, o crédito do promitente comprador estaria sempre limitado pelo valor da coisa a que se refere o contrato prometido). Veja-se ainda a solução proposta por SOVERAL MARTINS (2017), 191-193: o autor propõe que seja «descontada» quantia prestada a título de sinal na indemnização atribuída pelo art. 104.º, n.º 5, do CIRE; simplesmente o «desconto» do sinal nessa indemnização não permite ao promitente comprador recuperá-lo. De resto, o autor assinala, corretamente, os limites desta solução no caso de o sinal não corresponder a uma parte do preço (*idem*, n. 106).

*crédito sobre a massa*²³. Não se justifica, de facto, que o promitente comprador *in bonis* que tenha antecipado o preço da compra e venda – ou que tenha entregue qualquer outra coisa a título de sinal – possa ser exonerado do risco de insolvência e tratado de forma mais favorável que os restantes credores da insolvência. Não há razão para privilegiar o promitente comprador que sinaliza a promessa antes da declaração de insolvência do promitente vendedor em face das partes de quaisquer outros contratos do insolvente que tenham cumprido parcialmente também antes da declaração. Num e noutro caso, o direito à restituição, sempre que seja reconhecido, só pode ter o estatuto de um crédito sobre a insolvência e não sobre a massa. Além disso, seria dificilmente compreensível que o promitente comprador *in bonis* que tenha resolvido a promessa sinalizada *antes* da declaração de insolvência com fundamento em incumprimento do vendedor seja apenas titular de um crédito sobre a insolvência (no caso, ao sinal em dobro) e o promitente que não o tenha feito e seja confrontado com uma recusa (lícita) de cumprimento da promessa pelo administrador de insolvência fosse titular de um crédito sobre a massa (no caso, ao sinal em singelo)²⁴.

12. Dada a resposta ao problema da qualificação do crédito do promitente comprador *in bonis* à restituição do sinal em singelo, importa

²³ Contrariamente, veja-se PINTO DE OLIVEIRA (2015), 127, propondo aqui a aplicação do art. 51.º, n.º 1, al. i), do CIRE, referente às dívidas que tenham por fonte o enriquecimento sem causa da massa insolvente. CATARINA SERRA (2018), 237, n. 343, aparentemente não toma uma posição definitiva quanto à qualificação do direito à restituição do sinal como crédito sobre a massa.

²⁴ Note-se também que há quem sustente a qualificação do (alegado) direito do promitente comprador ao *sinal em dobro* constituído *após a declaração de insolvência* como crédito sobre a massa, qualificação essa sobre a qual não me pronuncio neste texto. PINTO DE OLIVEIRA (2015), 131-132 e 135, e MENEZES LEITÃO (2018), 197, defendem que esse direito, quando a ele haja lugar, constitui uma dívida da massa, aplicando aqui o disposto no art. 51.º, n.º 1, al. e), do CIRE. Esta posição está indissociavelmente ligada à tese (exposta *infra*, n. 27) de que o administrador apesar de não poder recusar o cumprimento de determinados contratos-promessa, poderá incumpri-los em termos definitivos, tendo, nesse caso, a parte *in bonis* o direito ao sinal em dobro. Parece, contudo, injustificável que o promitente comprador que já tenha resolvido o contrato-promessa *antes* da insolvência só possa reclamar o seu crédito ao sinal em dobro como crédito sobre a insolvência e, no caso de o fazer *depois* da declaração de insolvência, seja premiado com a condição de credor da massa.

precisar que, para o efeito da colocação e da resolução desse problema, não foi necessário tomar posição no controverso tema do direito do promitente comprador ao *sinal em dobro* no tipo de casos aqui em vista, isto é, na hipótese de insolvência do vendedor e de opção do administrador de insolvência pelo não cumprimento da promessa²⁵. Na verdade, a pergunta à qual o princípio acima enunciado permite dar resposta é apenas a de saber se e em que termos o comprador *in bonis* tem direito à restituição do sinal *em singelo*, pelo que se pode aqui abstrair da questão *adicional* do direito a uma *indenização* equivalente ao valor do sinal, *cumulável* com a restituição do mesmo.

No tratamento do problema colocado, também não foi necessário tomar posição quanto à extensão da faculdade do administrador da insolvência do promitente vendedor de recusar o cumprimento do contrato-promessa com eficácia obrigacional. Este tema é igualmente marcado por uma significativa divergência de opiniões na doutrina, sendo detetável uma tendência para, em nome da proteção do promitente comprador que tenha beneficiado da tradição da coisa objeto do contrato prometido antes da declaração de insolvência, restringir essa faculdade do administrador da insolvência, que assim se acharia privado da opção pela inexecução da promessa²⁶. A questão a que pretendi aqui dar resposta respeita apenas aos casos em que seja lícito ao administrador recusar o cumprimento da promessa, pelo que, se é certo que tem como pressuposto a existência de situações em que o administrador pode

²⁵ Sem pretensões de exaustividade, defendendo a inaplicabilidade do regime do sinal (nos casos em que o administrador possa recusar o cumprimento da promessa): C. SERRA/P. DE OLIVEIRA (2010), 413, PINTO DE OLIVEIRA (2015), 129 e *passim*, SOVERAL MARTINS (2017), 185-195, e MENEZES LEITÃO (2018), 196. Sustentando, pelo contrário, que o promitente comprador tem direito a uma indenização calculada nos termos do art. 442.º do CC sempre que o administrador recuse o cumprimento, e que o art. 106.º, n.º 2, do CIRE não se aplica às promessas sinalizadas, cf. PESTANA DE VASCONCELOS (2008), 62-63, IDEM (2011), 9 e ss., e GRAVATO MORAIS (2010), 9.

²⁶ MENEZES LEITÃO (2018), 196-197, sustenta não ser possível a recusa de cumprimento da promessa com eficácia obrigacional em caso de insolvência do promitente vendedor quando a coisa objeto do contrato prometido tenha sido entregue ao projetado adquirente. Seguindo-o, ALBUQUERQUE MATOS (2017), 58 e 63. PINTO DE OLIVEIRA (2013), 209-210, IDEM (2015), 120-121 (com referências) sustenta a proibição de recusa quando a mesma seja abusiva, generalizando a regra do art. 102.º, n.º 4, do CIRE: tal sucederia, de acordo com o autor, se a decisão afrontasse princípios constitucionais, como o do direito à habitação.

recusar o cumprimento, não exige que se conheça exatamente o âmbito dos casos em que está autorizado a fazê-lo e em que tal lhe é vedado²⁷.

Por fim, é igualmente indiferente na resposta à questão da existência e graduação do direito à restituição do sinal em singelo saber se este direito, a existir, é ou não garantido por um direito de retenção. Por essa razão, não se viu necessidade de tomar uma posição nesta matéria, que é, uma vez mais, objeto de intensa controvérsia doutrinal²⁸.

²⁷ Note-se que alguns autores admitem a possibilidade de o promitente comprador *in bonis* ter direito à restituição do sinal, mais concretamente, à «restituição» do sinal em dobro, nos casos em que, segundo sustentam, seja vedado ao administrador da insolvência recusar o cumprimento do contrato-promessa. O que se defende é que, nestes casos, se estava vedado ao administrador da insolvência recusar o cumprimento, mas o contrato acaba na realidade por ser incumprido, então é reconhecido ao promitente comprador o direito ao sinal em dobro. Assim, PINTO DE OLIVEIRA (2015), 130-131, e MENEZES LEITÃO (2018), 196-197. No entanto, este efeito parece contraditório com o ponto de partida. Se se defende que o administrador, num conjunto mais ou menos alargado de hipóteses, não pode recusar o cumprimento do contrato em nome da tutela da parte *in bonis*, o resultado deve ser o cumprimento do próprio contrato e não indemnização. Por outras palavras, e passe a imprecisão, o resultado deve ser o cumprimento do contrato «em espécie». A solução indemnizatória (de resto limitada ao valor do sinal) acaba por desvirtuar essa (suposta) decisão legislativa de tutelar o promitente comprador *in bonis* proibindo o administrador de incumprir o contrato. Anote-se que nos casos em que a lei indiscutivelmente veda ao administrador a opção pelo não cumprimento é difícil conceber sequer a possibilidade *fáctica* de o administrador, mesmo querendo, incumprir o contrato. É o que se passa na venda com reserva de propriedade, estando a coisa nas mãos do comprador: se vendedor se torna insolvente, o pagamento do preço pelo comprador *in bonis* operará a transmissão da propriedade, não dando ao administrador qualquer hipótese de incumprir o contrato (cf. o art. 104.º, n.º 1, do CIRE). Da mesma forma, na venda com transmissão da propriedade, mas sem entrega à data da declaração de insolvência, se o vendedor cai em insolvência, o comprador pode exigir a restituição ou separação do bem [cf. os arts. 105.º, n.º 1, al. a), e 141.º do CIRE], sem que ao administrador seja dada a possibilidade de o evitar. Por fim, nos casos de promessa com eficácia real e tradição, tornando-se insolvente o promitente vendedor, a venda a terceiro pelo administrador não perturba o direito do promitente adquirente (ainda que a via de exercício do seu direito seja bastante controversa na doutrina) pelo que qualquer ação do administrador, só por si, não gerará o incumprimento definitivo da promessa. Tenho, por isso, bastantes reservas quanto à tese exposta de que, estando o administrador impedido de recusar o cumprimento do contrato-promessa, o promitente adquirente pode dar à eventual inércia ou recusa do administrador em cumprir o contrato o valor de um incumprimento definitivo (*maxime*, por meio de interpegação admonitória) e exigir o sinal em dobro.

²⁸ Poderá eventualmente a qualificação do crédito do promitente comprador como crédito sobre a massa afastar a aplicabilidade de um direito de retenção, mas nunca o contrário,

13. Do regime aplicável à compra e venda sob reserva de propriedade (art. 104.º do CIRE) e à compra e venda com transmissão da propriedade, mas sem entrega (art. 105.º do CIRE) podem extrair-se duas soluções qualificáveis como verdadeiras *exceções* ao princípio acima enunciado. O facto de constituírem exceções não significa, porém, que sejam infundadas ou criticáveis. Bem pelo contrário, como se verá de seguida.

No caso de recusa de cumprimento da venda sob reserva de propriedade pelo administrador do comprador insolvente, o *direito do vendedor in bonis à separação da coisa* [cf. o art. 141.º, n.º 1, al. c), do CIRE]²⁹ corresponde, em termos materiais, a um direito à restituição *em espécie* daquilo que a parte *in bonis* prestou ao insolvente antes da declaração de insolvência, direito esse cuja satisfação não se encontra condicionada às forças da massa, antes é exercido, em certo sentido, com prejuízo dos demais credores, sejam eles credores da massa ou credores da insolvência. Este tratamento «privilegiado» do vendedor sob reserva justifica-se, no entanto, tendo em conta o objetivo com que foi fixada a cláusula de reserva de propriedade, que é justamente o de tornar imune o vendedor à eventual incapacidade do comprador para pagar o preço³⁰.

Na compra e venda com transmissão de propriedade, mas sem entrega, a recusa de cumprimento pelo administrador do comprador insolvente não poderá deixar de ter por efeito o *regresso do direito de propriedade à esfera do vendedor in bonis*³¹. É certo esse *efeito real* da decisão

razão pela qual não há necessidade de tomar posição quanto à aplicação do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC no contexto da insolvência do promitente vendedor [defendendo que a qualificação como crédito da massa afasta a aplicabilidade do direito de retenção, cf. PINTO DE OLIVEIRA (2015), 135; contra, MENEZES LEITÃO (2018), 197, n. 265]. O tema do direito de retenção do promitente comprador na insolvência é amplamente debatido na doutrina e na jurisprudência, e já deu lugar, inclusive, à emissão de dois acórdãos de uniformização de jurisprudência: o AUJ n.º 4/2014 (Távora Vítor), DR, 1.ª Série, n.º 95/2014, de 19-05-2014, e o AUJ n.º 4/2019 (M.ª Olinda Garcia), DR, 1.ª Série, n.º 141/2019, de 25-07-2019.

²⁹ Indicando expressamente este direito, cf. MENEZES LEITÃO (2018), 193.

³⁰ PESTANA DE VASCONCELOS (2006), 521-559 (557), assinala que a exclusão da possibilidade de o vendedor reaver as mercadorias entregues em caso de insolvência do comprador quando já tenha sido transferida a propriedade prejudica o crédito comercial, pois só em condições de necessidade aceitará o vendedor, sem constituição de garantias, cumprir antes do comprador. No entanto, a solução não poderia deixar de ser esta, atento o princípio de tratamento igualitário dos credores.

³¹ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO (2005), e PESTANA DE VASCONCELOS (2006), 544.

do administrador da insolvência não configura um direito à *restituição* do prestado pela parte *in bonis* antes da declaração de insolvência, pelo que, aparentemente, não teríamos aqui uma verdadeira exceção ao princípio enunciado. No entanto, na compra e venda o sinalagma constitui-se entre uma atribuição patrimonial que não pode ser inteiramente descrita como uma prestação – a transmissão do direito de propriedade e a entrega³² – e uma prestação – o preço³³. A regra de «regresso» da atribuição patrimonial ao património da parte *in bonis*, sendo esse efeito imune à insuficiência da massa para solver as respetivas dívidas, constitui, por isso, um *desvio claro* ao princípio. O vendedor *in bonis* recupera, assim, tudo aquilo que «prestou», *rectius*, a atribuição patrimonial que fez no contrato celebrado com o insolvente, e recupera-o sem sofrer a concorrência dos demais credores do insolvente. A exceção compreende-se. Permitir ao administrador da insolvência do comprador que recusasse o cumprimento do contrato, se exonerasse, por essa via, do dever de pagar o preço e mantivesse a propriedade da coisa, com a possibilidade de reivindicar a coisa ao vendedor *in bonis* (ou a quem detivesse) constituiria uma solução inaceitável, uma via de enriquecimento da massa insolvente, estranha aos princípios gerais da insolvência.

Sublinhe-se, por fim, que nos dois casos que se acaba de expor a decisão do administrador da insolvência que recuse o cumprimento do contrato tem, indiscutivelmente, uma eficácia resolutiva. Tem-na neste último caso, na medida em que a eliminação do efeito real produzido pelo contrato é um efeito privativo da resolução³⁴. E tem-no também no primeiro, já que o direito de aquisição a favor do comprador, fundado na estipulação da cláusula, tem também de extinguir-se, o que novamente só é viável mediante resolução do contrato³⁵.

14. Distinto do problema do direito da parte *in bonis* à restituição do que prestou antes da declaração de insolvência é o problema *simétrico* do

³² Repare-se que a compra e venda pode ocorrer em casos em que a coisa já se encontre nas mãos do comprador, caso em que a «relação de troca» se estabelece unicamente entre a transmissão do direito e o preço.

³³ Já atrás referi a importância de um conceito amplo de sinalagma: cf. *supra*, n. 6.

³⁴ Assim, os autores citados *supra*, na n. 31.

³⁵ A decisão do administrador permitirá depois o cancelamento da cláusula no registo, quando seja esse o caso.

(eventual) *direito da própria massa insolvente à restituição* do que o devedor insolvente tenha prestado em momento anterior àquela declaração. Os valores que relevam na solução desta segunda questão são necessariamente distintos dos que importam para a solução da primeira, desde logo porque um direito da massa insolvente a exigir à parte *in bonis* a restituição do cumprimento já havido nunca poderia ter o sinalagma por fundamento, já que a insolvência, *só por si*, não afeta as perspectivas de a massa obter da parte *in bonis* a contraprestação pela parcela do contrato que o devedor (agora insolvente) executou anteriormente. Assim, quando o art. 102.º, n.º 3, al. a), do CIRE nega, por princípio, o direito da massa insolvente à restituição do que tenha sido prestado pelo devedor antes da declaração de insolvência, esta decisão legislativa já não pode ser enquadrada como uma compressão ou privação dos meios de defesa próprios dos contratos sinalagmáticos, pela simples razão de que a situação de insolvência em que caiu o devedor não lhe oferece, na perspectiva da tutela do sinalagma, qualquer fundamento para se desvincular e exigir de volta o que já entregou.

Mas sé certo que se trata de dois problemas substancialmente distintos, isso não significa que possam ser resolvidos autonomamente. Pelo contrário, a solução de um condiciona, até certa medida, a solução de outro. A opção do legislador português de privar a parte *in bonis*, em regra, do direito à restituição do que prestou afeta inevitavelmente o direito da massa insolvente a exigir a restituição do que o devedor já tenha prestado, na medida em que seja proporcional ao prestado pela parte *in bonis*. Se por exemplo a parte *in bonis* executou antes da insolvência 50% da prestação por si devida, e o devedor insolvente fez, também até essa data, 50% do que lhe cabia, percebe-se que a privação da primeira do direito à restituição do que prestou tenha por efeito forçoso a negação de semelhante direito ao segundo. Que dizer, porém, dos casos em que o devedor insolvente *prestou em maior medida* do que a parte *in bonis*: como se justifica aí a exclusão do direito à restituição que o art. 102.º, n.º 3, al. a), do CIRE ordena? Nesse grupo de casos, a solução legal supõe uma justificação autónoma e explica-se por a insolvência, *só por si*, não permitir pôr em causa atos anteriores do insolvente. Salvo se e na medida em que tais atos tenham sido prejudiciais aos demais credores – e, portanto, nos casos, nos termos e com os fundamentos da resolução em benefício da massa –, a insolvência não dá azo à reponderação

da atividade pretérita do insolvente. A massa insolvente tem então apenas direito a exigir o valor da contraprestação correspondente à prestação já efetuada pelo devedor [cf. o art. 102.º, n.º 3, al. b), do CIRE].

À semelhança do que sucede em sede de direito à restituição da parte *in bonis*, também a regra de exclusão do direito da massa à restituição da prestação que o devedor insolvente tenha feito antes da declaração de insolvência conhece desvios, os quais têm precisamente o mesmo âmbito que vimos valer para o direito da parte *in bonis*. Como regra geral, se a massa insolvente tem de restituir a esta última o que ela tenha prestado e/ou não tiver o direito a exigir daquela parte o valor da contraprestação proporcional ao que o devedor insolvente prestou, então impõe-se, com evidência, o direito da massa à restituição. O desequilíbrio que resultaria da solução diversa não tem apoio em qualquer valor ou princípio do direito da insolvência. Compreende-se, assim, o direito de restituição atribuído à massa insolvente nos arts. 103.º, n.º 1, al. a), n.º 4, al. a), e 107.º, n.º 2, ambos do CIRE. Em todos estes casos, embora por razões várias, a massa insolvente não conserva a parte da prestação já realizada pelo outro contraente e/ou não tem o direito de exigí-la, razão pela qual fica investida no direito a recuperar o valor do que prestou.

Fora dos casos em que a lei o contemple expressamente, deve ser admitido um direito à restituição a favor da massa sempre que se verifiquem os mencionados pressupostos. Assim, por exemplo, o direito da massa à recuperação do prestado pelo insolvente deve existir no caso de recusa de cumprimento pelo administrador de insolvência do comprador que seja parte de uma venda sob reserva de propriedade, embora tal direito não esteja previsto no art. 104.º do CIRE. A massa insolvente não chega a adquirir a propriedade da coisa e tem de restituí-la ao vendedor no caso (eventual) de esta lhe ter sido entregue, *rectius*, o vendedor pode requerer a sua separação da massa. A massa insolvente fica, assim, sem qualquer «compensação» pelo preço pago. Nos preceitos acima citados, esta é precisamente a situação em que se reconhece à massa insolvente o direito a reaver o prestado, pelo que há que aplicá-los por analogia. O art. 107.º, n.º 2, do CIRE oferece uma base particularmente convincente para aplicação analógica, na medida em que se trata aí também de um contrato de compra e venda e em que se estatui que o vendedor, mesmo sendo a parte *in bonis*, fica obrigado à restituição das «importâncias já recebidas» a título de preço. Nada justifica, na verdade,

que o vendedor *in bonis* possa manter definitivamente a parte do preço que recebeu antes da declaração de insolvência do comprador³⁶. Mesmo quando o comprador tenha usado a coisa durante um certo período — o que não tem de se verificar —, sempre seria arbitrário indemnizar o vendedor negando ao comprador a restituição da parte do preço paga, que só por sorte corresponderá ao desgaste resultante do uso. Além disso, a compra e venda não se destina a proporcionar o gozo temporário da coisa, pelo que o preço pago também não pode evidentemente ser retido com a justificação de constituir a remuneração contratualmente devida pelo gozo havido. De resto, o cálculo da indemnização a que o vendedor *in bonis* tem direito toma por base o «valor da coisa na data da recusa», pelo que a eventual desvalorização da coisa decorrente da sua utilização pelo comprador é atendida por esta via, não devendo interferir no direito da massa insolvente ao reembolso do preço pago³⁷.

Um outro exemplo da necessidade de reconhecer o direito da massa ao que tenha sido prestado pelo insolvente antes da declaração de insolvência mesmo quando tal não seja expressamente cominado na lei pode encontrar-se nos casos de promessa de venda sinalizada em que o

³⁶ Em sentido contrário, PESTANA DE VASCONCELOS (2006), 553-554 afirma que, existindo reserva de propriedade e insolvência, do comprador «não há lugar a restituições». MENEZES LEITÃO (2018), 192, também nega o direito do comprador insolvente à restituição do prestado, esclarecendo ainda não ser aplicável «o art. 102.º, n.º 3, al. b), na medida em que a entrega pelo vendedor suplanta os pagamentos que tiverem sido, entretanto, feitos pelo comprador». Esta última observação do autor leva a crer que a solução defendida assenta no pressuposto de que existe uma espécie de «sinalagma substitutivo» entre a temporária fruição da coisa proporcionada pela entrega do vendedor e as prestações do preço já pagas pelo comprador, o que justificaria a retenção do preço. No entanto, este pressuposto não é aceitável (como resulta do que se diz no texto), nem tão-pouco a coisa tem de ter sido entregue ao comprador insolvente para que se aplique o art. 104.º do CIRE.

³⁷ Questão diversa é a de saber se o vendedor *in bonis* pode recusar o reembolso do preço enquanto, por seu turno, não receber a indemnização devida pela massa. O art. 107.º, n.º 2, do CIRE resolve a dificuldade reconhecendo ao vendedor um direito de compensar o direito à indemnização com o dever de restituir o preço, solução que ultrapassa os limites em que a compensação é admitida, em geral, na insolvência (cf. o art. 99.º do CIRE). A analogia indicada no texto sugere que esta solução da compensação valha igualmente para o caso da venda com reserva de propriedade. Não deixa, contudo, de se tratar de uma concretização do instituto da compensação dos arts. 847.º e ss. do CC, o que supõe precisamente a existência (e a exigibilidade) de dois créditos recíprocos, entre os quais se conta o direito da massa à restituição da parte do preço paga antes da declaração de insolvência.

promitente comprador tenha sido declarado insolvente e o administrador opte pelo não cumprimento do contrato. Aí a regra geral da não restituição do art. 102.º, n.º 3, al. *a*), do CIRE não se apresenta adequada. Na verdade, a massa não pode exigir do promitente vendedor *in bonis*, nos termos da alínea *b*) daquele preceito, «o valor da contraprestação correspondente» ao sinal prestado, pela simples razão de que o sinal não constitui a prestação devida pelo insolvente ao abrigo do contrato-promessa. E, como acima se disse, a lei estabelece desvios à regra geral de exclusão do direito à restituição quando a massa não possa pedir uma compensação pelo já prestado e/ou não possa conservar a contraprestação já recebida. Por isso, idêntico desvio à regra geral parece impor-se no caso do sinal prestado pelo promitente comprador que venha a cair em insolvência.

A inaplicabilidade do art. 102.º, n.º 3, al. *a*), do CIRE à promessa de venda com convenção de sinal traz um esclarecimento relevante para o tema, amplamente discutido, da aplicação do art. 442.º do CC à decisão do administrador da insolvência de recusar o cumprimento do contrato-promessa, em caso de insolvência seja do promitente comprador, seja do promitente vendedor. De facto, já se sustentou que precisamente porque o promitente vendedor *in bonis* poderia fazer seu o sinal por força da proibição contida naquele artigo, o disposto no art. 106.º, n.º 2, do CIRE não se aplicaria à promessa sinalizada, a qual, sendo objeto de uma decisão de não cumprimento do administrador, estaria antes sujeita ao regime legal do sinal³⁸. Esta argumentação não pode aceitar-se, desde logo porque uma regra que disciplina o *direito à restituição* do que tenha sido prestado é chamada a resolver um problema relativo ao *direito à indemnização*. Não se pode supor que, ao proibir as partes de exigirem a restituição do que tenham prestado, a lei da insolvência quisesse abranger os casos em que a legitimação da retenção do que se recebeu tem uma função indemnizatória. Além disso, a tese não pode aceitar-se também por partir do pressuposto equívoco de que a lei da insolvência atribui ao promitente vendedor o direito de reter o sinal entregue e consequentemente priva o promitente comprador insolvente de exigir o correspondente reembolso. Já se viu que não é assim.

³⁸ Assim, PESTANA DE VASCONCELOS (2011), 12-15.

Poderá, é claro, defender-se que, na promessa sinalizada, a decisão do administrador de insolvência de não cumprir desencadeia a indemnização prevista no art. 442.º, n.º 1, do CC e não a indemnização prevista na lei da insolvência. Mas essa tese terá de assentar *noutros argumentos*. Nessa medida, e estritamente nessa medida, poderá o promitente vendedor *in bonis reter* o sinal prestado antes da declaração, mas *a título de indemnização*. Simetricamente, em caso de declaração de insolvência do promitente vendedor, poderá o promitente comprador exigir a restituição do sinal acrescida de uma quantia de igual valor (*i.e.*, o sinal em dobro). Simplesmente, estas soluções terão de ser justificadas por outra via. Designadamente, terá de se ultrapassar a objeção (corrente) de que a remissão do art. 106.º, n.º 2, do CIRE para a indemnização prevista no art. 104.º, n.º 5, do mesmo diploma afastaria o regime do sinal. Como quer que se tente fundamentar esta tese, o certo é que ela não poderá invocar a seu favor a suposto direito do promitente vendedor *in bonis* de conservar, à luz do art. 102.º, n.º 3, al. a), do CIRE, o sinal prestado.

c) Segundo princípio

15. Ao contrário do anterior, o segundo princípio supõe a decisão de cumprimento do contrato pelo administrador da insolvência e respeita à prestação ou parte da prestação *ainda não cumprida* pela parte *in bonis*. Se esta não cumpriu, no todo ou em parte, o contrato, uma decisão do administrador de insolvência que opte pela sua execução *poderá forçá-la a cumprir sem receber a prestação que lhe caiba*? Se não tiver feito, parcial ou totalmente, a sua prestação antes da declaração de insolvência, designadamente para se precaver contra o risco de não cumprimento do devedor, poderá depois ser constrangida a cumprir e ficar, por assim dizer, de «mãos vazias», tendo de se contentar com uma satisfação do seu crédito na medida das forças do património do insolvente a liquidar, o que, no limite, pode traduzir-se em nada receber?

Antes da declaração de insolvência, a resolução da questão posta seria relativamente simples. A parte *in bonis* poderia invocar o incumprimento do devedor para «suspender» a execução da sua obrigação, a menos que se tivesse vinculado a prestar em primeiro lugar. Poderia invocar, em suma, a *exceção do não cumprimento* do art. 428.º do CC. Mesmo na hipótese de se ter obrigado a prestar antes do devedor, a

ameaça séria de não poder satisfazer o seu crédito sobre este, consubstanciada numa situação de insolvência não judicialmente declarada, tornar-lhe-ia igualmente lícita a recusa do cumprimento, nos termos da denominada *exceção de insegurança* (cf. os arts. 429.º e 780.º do CC)³⁹. Mas, se é assim antes da declaração de insolvência, terá essa declaração o efeito de despojar a parte *in bonis* destas exceções?

16. A resposta que a lei portuguesa dá ao problema colocado não é totalmente clara, ao contrário do que a singeleza deste poderia sugerir. Na verdade, e adiantando a resposta em linhas gerais, se a parte *in bonis* não executou a prestação por si devida antes da declaração de insolvência ou, tendo-a realizado parcialmente, o fez em menor medida do que recebeu do devedor antes dessa data, ela *conserva aquele meio de defesa*, em termos que caberá adiante precisar. Se, porém, a parte *in bonis*, antes da declaração de insolvência, executou a prestação por si devida em maior medida do que recebeu do insolvente, poder-se-ia entender que a *exceptio* só subsistiria em relação a uma parte do seu crédito, concretamente à parte relativa à prestação devida pelo insolvente proporcional à contraprestação ainda não executada pelo contraente *in bonis* à data da declaração de insolvência. Se, relativamente a esta primeira «parcela» do crédito, o contraente *in bonis* seria plenamente protegido e poderia invocar que este ainda não foi satisfeito para o efeito recusar o cumprimento da sua obrigação, já em relação à segunda parcela do crédito, pelo

³⁹ TAVEIRA DA FONSECA (2015), 188-189, entende que nos casos de perda de benefício do prazo (entre os quais se conta a situação de insolvência não judicialmente declarada do devedor) faltaria ao art. 429.º do CC «sentido útil». Por meio da simples perda do benefício do prazo da parte que se obrigou a prestar em último lugar, estatuída no art. 780.º do CC, passaria a outra parte a poder exigir o *cumprimento simultâneo das obrigações*, pelo que se aplicaria *diretamente* o art. 428.º do CC, não sendo necessária a regra do art. 429.º do CC. No entanto, não é exato fazer depender o exercício da *exceptio* da vontade de a parte vinculada a prestar em primeiro lugar se prevalecer da perda do benefício do prazo pela outra e exigir-lhe *anticipadamente* o cumprimento. A parte vinculada a prestar em primeiro lugar pode não estar minimamente interessada em receber a prestação da outra antes do momento convencional, pois, por variadíssimas razões, o cumprimento antecipado pode impedir ou perturbar a satisfação do seu interesse na prestação. O art. 429.º do CC tem, por isso, pleno sentido útil nos casos que compõem a sua previsão normativa, pois permite à parte que se vinculou a prestar em primeiro lugar exercer a *exceptio* sem ter de exigir o cumprimento «antecipado» da obrigação da outra.

contrário, o contraente *in bonis* não seria protegido e *não poderia furtar-se a cumprir* aquilo que se obrigou invocando que não recebeu e provavelmente não receberá a contrapartida proporcional *ao que já prestou*. Veremos, porém, que esta primeira impressão criada pela lei, que, a verificar-se, constrangeria significativamente a *exceptio* nos casos assinalados, não se confirma.

17. Começarei por indicar e fundamentar o direito de a parte *in bonis* recusar, no contexto da insolvência, o cumprimento da sua obrigação por ser titular de um crédito contra o insolvente cuja satisfação ainda não obteve (ou ainda não obteve na totalidade), para só depois examinar os limites que a lei coloca a esse direito. As situações mais simples em que se coloca o problema são aquelas em que a parte *in bonis* ainda não tenha executado de todo a sua prestação ou tenha executado em menor medida do que o que foi executado pelo devedor, antes de ser declarado insolvente. Maior complexidade envolvem as hipóteses em que a parte *in bonis* executou o contrato em maior medida do que o devedor. Em todo o caso, o que se pretende saber é se, optando o administrador pelo cumprimento do contrato, poderá a parte *in bonis* recusar-se a cumprir a sua obrigação invocando que não foi satisfeito o crédito que detém contra o insolvente.

18. A lei começa por resolver a questão colocada operando uma *alteração à qualificação do crédito* da parte *in bonis* à prestação devida pelo agora insolvente, no caso de o administrador optar pela execução do contrato. Esse crédito passa a ser, a partir da decisão do administrador, um crédito sobre a massa, nos termos do art. 51.º, n.º 1, al. f), do CIRE, pelo que será satisfeito prioritariamente (cf. o art. 172.º do CIRE). Identicamente, os n.ºs 3 e 5 do art. 103.º do CIRE atribuem de forma expressa a natureza de crédito sobre a massa ao direito da parte *in bonis* à prestação do devedor insolvente no caso de o administrador optar pela execução dos contratos aí previstos. Por fim, nos termos do art. 51.º, n.º 1, al. g), do CIRE, o crédito correspondente a uma «contraprestação já realizada» pela parte *in bonis* ao abrigo da exigência de execução de um contrato duradouro pelo administrador provisório passa a ser também um crédito sobre a massa. A mesma solução encontra-se nos casos em que seja a própria lei, e não o administrador, que «opte» pelo cumprimento

do contrato, impondo-o. São igualmente créditos sobre a massa os correspondentes a dívidas resultantes de contratos bilaterais cujo cumprimento não possa ser recusado pelo administrador da insolvência [cf. o art. 51.º, n.º 1, al. e), do CIRE], assim como o é o crédito do mandatário à remuneração e reembolso de despesas, no caso de o mandante se tornar insolvente e de o mandatário ser constrangido ao cumprimento do mandato por a sua intervenção ser necessária para evitar prejuízos da massa insolvente, até ao momento em que o administrador esteja em condições de tomar as respetivas providências [cf. o art. 110.º, n.º 2, al. a), e n.º 3 do CIRE]⁴⁰.

19. Em qualquer dos casos, a alteração de qualificação do crédito da parte *in bonis* constitui uma clara concretização da *proteção do sinalagma* na insolvência⁴¹. Estas soluções legais têm como pressuposto a *oponibilidade no contexto da insolvência da exceção do contrato não cumprido* pertencente à parte *in bonis* antes e independentemente de qualquer insolvência⁴². Pode dizer-se que a lei portuguesa partiu de um princípio de sobrevivência ou persistência deste meio de defesa da parte *in*

⁴⁰ Ao estabelecer, no art. 110.º, n.º 2, al. a), do CIRE, que o contrato de mandato se *mantém* após a declaração de insolvência do mandante sempre que «a prática de atos pelo mandatário [seja necessária] para evitar prejuízos previsíveis para a massa insolvente, até que o administrador da insolvência tome as devidas providências», a lei não só *legítima* a atuação do mandatário, que tem cobertura num contrato que permanece vigente, como ainda o «*constrange*» à realização da sua prestação, uma vez que a manutenção do contrato significa também a manutenção das respetivas obrigações contratuais. Outro parece, no entanto, ser o sentido da alínea b) do mesmo preceito.

⁴¹ Neste sentido, veja-se MENEZES LEITÃO (2017), 27-28, quando afirma que a qualificação se justifica porque de outra forma «a outra parte se veria obrigada a realizar uma prestação, sem ter qualquer garantia relativa à realização da contraprestação».

⁴² Em L. PEREIRA/P. MÚRIAS (2008b), 220-222, os preceitos que qualificam os créditos da parte *in bonis* à contraprestação como créditos sobre a massa (caso o administrador decida o cumprimento do contrato) são invocados precisamente para reconhecer a eficácia da *exceptio* em sede de insolvência. No direito alemão, também se aceita a persistência (*Insolvenzfestigkeit*) da exceção do não cumprimento na insolvência, apenas se discutindo se se está perante um princípio privativo dos contratos sinalagmáticos ou se o mesmo se estende a outros direitos de recusa de cumprimento não restritos a prestações ligadas por uma relação de troca (trata-se do tema da oponibilidade do «direito geral de retenção» ou *allgemeine Zurückbehaltungsrecht* em sede de insolvência): cf. BLAUM (2008), 110 e ss. Veja-se, sobre este último tema, o que se dirá ainda *infra*, no texto junto à n. 66.

bonis perante a declaração de insolvência. É certo que em lado algum do código encontramos uma menção expressa à suscetibilidade de exercício do «remédio» do art. 428.º do CC no âmbito do respetivo processo. Mas a alteração da qualificação do crédito da parte *in bonis* à prestação devida pelo insolvente nos casos em que seja constringida, pelo administrador ou pela lei, ao cumprimento do contrato só pode compreender-se aceitando-se o pressuposto da possibilidade de exercício daquela exceção. Na verdade, estando a lei (diretamente ou por via da opção do administrador da insolvência) «empenhada» no cumprimento do contrato e tendo presente que a parte *in bonis* poderia licitamente recusar-se a executar o que ainda não fez invocando que ainda não obteve – e provavelmente não obterá – o que lhe foi prometido, a *superação do impasse* só pode ocorrer assegurando-se que o crédito daquela parte à prestação devida pelo insolvente não está limitada a uma quota do património a liquidar. Na perspetiva legal, que é a de viabilizar a execução integral do contrato, de nada serviria declarar a sobrevivência e oponibilidade da *exceptio*, pois isso equivaleria apenas a dar a satisfação dos direitos de ambas as partes por inatingível. O fim legal impôs antes a fixação da saída para o «diferendo». Mas precisamente porque pressupõe a existência de um «diferendo» é que a solução da lei não pode deixar de ser vista como reconhecimento da eficácia da *exceptio* em sede de insolvência.

20. Se é verdade que, como se vem de afirmar, os preceitos indicados do código da insolvência *pressupõem* a oponibilidade da exceção do não cumprimento no contexto da insolvência, daí não se segue necessariamente que extraiam dessa oponibilidade todos os seus corolários. Na verdade, a mera «promoção» do crédito (ou da parcela do crédito) da parte *in bonis*, que passa a ter o estatuto crédito sobre a massa, não resolve todos os problemas, ou, mais exatamente, não proporciona à parte *in bonis* uma proteção integral. Basta pensar que *a massa insolvente pode ser ou tornar-se insuficiente* para a liquidação de todas as dívidas da massa. Mesmo atendendo à responsabilidade do administrador por danos causados aos credores da massa se esta não bastar para satisfação dos seus direitos e na medida em que estes resultem de um ato do administrador, nos termos do art. 59.º, n.º 2, do CIRE, a verdade é que a desproteção do contraente *in bonis* permanece. Desde logo, porque a responsabilidade do administrador não abrange os casos em que seja a

própria lei a impor o cumprimento do contrato em curso. Depois, porque a responsabilidade do administrador depende de ilicitude e culpa e, aliás, no caso dos contratos em curso, a ilicitude parece existir apenas quando o administrador opte pelo cumprimento e seja, à data dessa opção, *manifestamente improvável* a suficiência da massa para a satisfação do crédito da parte *in bonis*⁴³.

Além de não eliminar totalmente o risco de incumprimento, a requalificação do crédito da parte *in bonis* não impede a verificação dos pressupostos do art. 428.º do CC: enquanto uma das partes não oferecer cumprimento simultâneo (quando as prestações devam ser executadas simultaneamente) ou não cumprir (quando se tenha obrigado a cumprir em primeiro lugar), pode a outra parte recusar-se a executar a contraprestação, por muito «garantida» que esteja a obtenção da prestação que lhe foi prometida. A *exceptio* não é afastável mediante a prestação de garantias (cf. o art. 428.º, n.º 2, do CC), pelo que também não pode ser afetada pela alteração da qualificação do crédito no contexto da insolvência. Por isso, mesmo depois da decisão de cumprimento do contrato pelo administrador de insolvência, a parte *in bonis* continua a poder exercer a exceção do não cumprimento e, sendo confrontada com um pedido de cumprimento do administrador que não lhe ofereça o cumprimento simultâneo pela massa, pode recusar-se licitamente a cumprir.

Só assim não será nos casos em que o contraente *in bonis* se tenha vinculado a prestar em primeiro lugar. Em tal hipótese, o facto de passar a ser titular de uma dívida sobre a massa elimina o risco a que a *exceção de insegurança* visa reagir. A requalificação do crédito da parte *in bonis* pode ser incluída no conceito de «garantias de cumprimento» prestadas pela outra parte a que se refere o art. 429.º do CC ou, em qualquer caso,

⁴³ Existe uma *assimetria* entre o critério da responsabilização do administrador do art. 59.º, n.º 2, do CIRE e o critério de exercício do direito potestativo do administrador do art. 102.º, n.º 4, do CIRE. O primeiro critério exige maior diligência ao administrador, já que este é responsabilizado desde que fosse previsível a insuficiência da massa, à luz das circunstâncias que conhecia ou devia conhecer. O segundo critério exige menos, pois o administrador só não tem poderes para o ato de optar pelo cumprimento quando seja manifesto o risco de insuficiência da massa. Como não se pode responsabilizar o administrador pelo exercício de um direito nos limites em que este lhe é legalmente concedido, parece inevitável que, relativamente à sua decisão de cumprir contratos em curso, a responsabilidade do administrador seja mais exígua que relativamente a outros domínios da sua atividade.

pode ser a elas equiparada. Desta forma, embora esta exceção sobreviva num primeiro momento à insolvência, ela é afastada, por via da opção do administrador pelo cumprimento. A solução é aplicável mesmo à compra e venda comercial: após a declaração de insolvência do comprador, o vendedor que se obrigou a entregar a coisa antes de receber o preço terá de honrar esta obrigação sem que para isso o administrador tenha de constituir caução. Esta solução, bem como a consequente revogação do art. 468.º do C. Com., que uma parte da doutrina tem vindo a sustentar com fundamento na ausência de uma remissão do art. 141.º do CIRE para aquele preceito⁴⁴, é reforçada pela consideração de que, com a decisão do administrador, o preço se torna uma dívida da massa.

No entanto, se, no decurso do processo, seja por desvalorização do ativo seja por aumento do passivo, a situação da massa vier a degradar-se e a tornar-se insuficiente para satisfazer o direito da parte *in bonis* (sem existirem perspectivas de melhoria), renasce a possibilidade de esta recusar o cumprimento da sua obrigação, invocando a perda ou a desvalorização da garantia que entretanto lhe havia sido «prestada»⁴⁵.

21. É agora possível formular, ao menos provisoriamente, o segundo princípio. *Optando o administrador pelo cumprimento do contrato ou sendo este imposto por lei, a parte in bonis que se tenha obrigado executar a prestação que lhe cabe em simultâneo ou depois do recebimento da prestação devida pelo insolvente pode opor-lhe a exceção do não cumprimento.* Pelo contrário, se a parte *in bonis* se vinculou a prestar antes de receber a prestação devida pelo agora insolvente e o administrador opta pelo cumprimento do respetivo contrato, deixa de poder exercer a «exceção de insegurança» do art. 429.º do CC, já que a qualificação do crédito da parte *in bonis* como crédito sobre a massa constitui, em princípio, uma «garantia» bastante do cumprimento. Caso, porém, no decurso do processo, a situação da massa venha a degradar-se e a tornar-se insuficiente para satisfazer o direito da parte *in bonis* (sem existirem perspectivas de melhoria), esta poderá invocar a «exceção de insegurança».

⁴⁴ Assim OLIVEIRA ASCENSÃO (2005), 304-305. C. FERNANDES/J. LABAREDA (2008), art. 105.º, anot. n.º 6, 471. Dubitativo, MENEZES LEITÃO (2018), 193-194.

⁴⁵ Solução idêntica é defendida por BLAUM (2008), 168-169, em face da lei alemã, com citação de doutrina concordante.

22. O princípio assim formulado ajusta-se apenas aos contratos sinalagmáticos que envolvam a troca de *prestações* ou, mais exatamente, em que a atribuição patrimonial da parte *in bonis* corresponda a uma prestação. Que regra vale nos casos em que na relação de troca esteja uma atribuição patrimonial da parte *in bonis* que não constitua uma prestação? Tudo depende de as partes terem estabelecido por acordo um mecanismo que faça depender a atribuição da parte *in bonis* do cumprimento pelo insolvente. Existindo esse acordo, ele tem de ser respeitado em sede de insolvência.

O art. 104.º, n.º 4, do CIRE, ao consagrar a oponibilidade de uma cláusula de reserva de propriedade à massa, revela com particular clareza que o legislador respeitou a precaução da parte *in bonis* tomada antes da declaração da insolvência e consistente em não fazer a sua atribuição patrimonial sem a garantia de obter do devedor (posteriormente insolvente) a contraprestação devida. E essa precaução não importa apenas para os casos em que o administrador da insolvência se decida pela não execução da compra e venda, como ainda releva para as situações em que opte pelo cumprimento. O vendedor que fez depender a transmissão da propriedade do pagamento do preço não quis justamente «cumprir» integralmente antes de ter a certeza de que a outra parte cumpre⁴⁶ e, em caso de insolvência do comprador, essa sua cautela é plenamente assegurada, não sendo possível ao administrador impor a transmissão da propriedade sem que a obrigação de pagar o preço (porventura, o preço remanescente) seja satisfeita pela massa insolvente⁴⁷.

23. A afirmação deste princípio é relevante mesmo fora dos estritos limites da insolvência. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um contrato de empreitada em que o empreiteiro, antes de ser declarado

⁴⁶ A cláusula de reserva de propriedade prossegue assim uma função idêntica à da exceção do não cumprimento num contexto em que esta não é aplicável por não estar em causa uma prestação – cuja execução seja possível recusar –, mas antes a transmissão de um direito: cf. L. PEREIRA/P. MÚRIAS (2008a), 384-386.

⁴⁷ O aludido princípio não é desmentido pela regra da inoponibilidade da cláusula quando não escrita, pois trata-se de uma exigência destinada a prevenir um conluio simulatório entre vendedor e comprador insolvente, no sentido de prejudicar os credores deste. Cf. MENEZES LEITÃO (2018), 193. Os casos visados por esta restrição são, portanto, aqueles em que as partes não convencionaram verdadeiramente qualquer cláusula de reserva de propriedade.

insolvente, tenha cedido o seu direito ao preço. Neste tipo de casos tem sido intensamente discutido na doutrina e jurisprudência alemãs o direito de o administrador optar pelo cumprimento ou os efeitos dessa opção, para aqueles que a consideram admissível⁴⁸. A discussão compreende-se, na medida em que a opção pelo cumprimento vincularia a massa a cumprir o contrato, mas sem retirar daí o correspondente benefício, dada a cessão de crédito ocorrida. Independentemente, porém, da solução desta questão, o certo é que o dono da obra *in bonis* pode opor ao cessionário a *exceptio*, recusando-se a pagar-lhe o preço enquanto a obra não for concluída.

Poderia pretender-se que esta solução decorre, em primeira linha, do art. 585.º do CC, sendo irrelevante a afirmação da sobrevivência da *exceptio* à insolvência. Mas não é assim. Se se demonstrasse que, sem a cessão, o dono da obra teria perdido a *exceptio* contra o empreiteiro, por

⁴⁸ Na hipótese de, antes da declaração de insolvência, o devedor ter cedido o crédito de um contrato sinalagmático e de esse contrato, após a declaração, se encontrar ainda por cumprir (ao menos parcialmente) por ambas as partes, a doutrina e a jurisprudência alemãs têm acentuado a iniquidade que decorreria de, caso o administrador optasse pelo cumprimento, a prestação devida à parte *in bonis* ser feita com os meios da massa, mas a contraprestação da parte *in bonis* ser recebida pelo cessionário. Para evitar este resultado, tem-se oscilado entre considerar que o administrador não pode optar pelo cumprimento [é a tese de MAROTZKE (2001), 100-120] ou, diversamente, considerar que, optando o administrador pelo cumprimento, a contraprestação da parte *in bonis* pertence à massa e não ao cessionário, sendo esta última a tese dominante atualmente e a seguida na jurisprudência [cf. a síntese de BALDRINGER (2014), 182-218, com indicação ainda de outras soluções alternativas]. A tese dominante sobreviveu, inclusive, à alteração da posição do BGH relativamente aos efeitos da declaração de insolvência sobre os contratos em curso [foi abandonada a tese de que a declaração extinguiria os (ou uma parte dos) créditos provenientes desses contratos e substituída pela tese de que a declaração se limitaria a afetar a suscetibilidade de execução pela força desses créditos]: cf. MÜNCHKOMM/KREFT, § 103 InsO, n. m. 4a, e 42. No direito português, Pestana de Vasconcelos repudia ambas as soluções, considerando que a cessão operada pelo devedor antes da declaração de insolvência tem de permanecer eficaz mesmo perante a opção do administrador pelo cumprimento do contrato de onde provém o crédito cedido, acentuando o autor, porém, que a opção é improvável [cf. PESTANA DE VASCONCELOS (2007), 963-969, n. 1758]. MENEZES LEITÃO (2005), 400-401, embora faça referência ao tema, acaba por não tomar posição, pois afirma que o administrador não pode recusar o cumprimento do contrato de cessão, mas não esclarece qual o regime do contrato sinalagmático de onde promana o crédito cedido, no caso de este se encontrar ainda por cumprir pelo insolvente e pela parte *in bonis*.

causa da insolvência, ela não poderia ser exercida perante quem o veio a substituir, *i.e.*, perante o cessionário, pois o propósito do art. 585.º do CC é tornar a cessão de créditos neutral para o devedor e, em tais circunstâncias, o efeito da sua aplicação daria ao cedido um direito de que ele (já) não dispunha contra o cedente. Por isso, também para este exercício exterior à insolvência é decisivo o reconhecimento da eficácia da exceção do não cumprimento na insolvência.

24. Mas a qualificação do direito da parte *in bonis* ao cumprimento do contrato como crédito sobre a massa é limitada. O crédito da parte *in bonis* à prestação do devedor insolvente só é considerado crédito sobre a massa *na parte correspondente ao que ela não cumpriu antes* da insolvência. É o que resulta das alíneas *e*) e *f*) do art. 51.º do CIRE, bem como do art. 103.º, n.º 3, do mesmo diploma. Relativamente àquilo que a parte *in bonis* já tenha cumprido antes da insolvência, o direito à *fração da contraprestação correspondente* não será um crédito sobre a massa, no caso de o administrador optar pelo cumprimento. Será antes crédito sobre a insolvência. A regra é aplicável às situações em que, antes da declaração de insolvência, a parte *in bonis* tenha cumprido o contrato *em maior medida* do que o insolvente.

Ainda assim, a solução de «cindir» o crédito da parte *in bonis* nos casos em que o administrador opte pelo cumprimento não vale de forma indiscriminada. Uma restrição inequívoca a esta solução encontra-se na hipótese de o contrato em curso atribuir à parte *in bonis* o direito a uma prestação indivisível, como sucede, por exemplo, se a prestação consiste na entrega de várias coisas, não facilmente substituíveis, entre as quais interceda uma conexão funcional. Neste caso, a opção do administrador pelo cumprimento do contrato «garante» integralmente a contraprestação à parte *in bonis*, independentemente de esta já ter pago ou não ao devedor, antes da declaração de insolvência, o preço por coisas que não chegou a receber: as coisas devidas à parte *in bonis* são-lhe entregues *integralmente* com meios da massa (cf. o art. 103.º, n.º 5, do CIRE).

25. A divisão do crédito da parte *in bonis* ao cumprimento do contrato num crédito sobre a massa, por um lado, e num crédito sobre a insolvência, por outro, constitui uma inovação do atual Código da Insolvência. A solução foi importada da *Insolvenzordnung* alemã de 1999

e, também aí, foi inovatória. Para entender o alcance e o sentido desta solução importa olhar, ainda que brevemente, para a sua história.

Na verdade, praticamente até ao final do século xx, dominou na doutrina e jurisprudência alemãs o entendimento nos termos do qual, caso o administrador de insolvência optasse pelo cumprimento, o direito da parte *in bonis* à prestação devida pelo insolvente seria integralmente uma dívida da massa, dado que o administrador de insolvência só poderia recusar ou optar pelo cumprimento do contrato *como um todo*⁴⁹. Contudo, já no final na vigência da *Konkursordnung* de 1877, esta tese veio a ser abandonada em duas decisões do supremo tribunal alemão, tendo-se aí considerado que a própria declaração de insolvência conduz a uma cisão ou divisão dos contratos sinalagmáticos em curso que já se encontrem parcialmente cumpridos por uma das partes. Segundo a tese acolhida pelo BGH, o contrato seria cindido em duas parcelas distintas e cada uma delas estaria sujeita a um regime distinto. A parte do contrato referente à prestação ou prestações já feitas pelas partes não seria afetada pela decisão do administrador de o cumprir, a qual só atingiria a parte ainda por cumprir por ambas as partes⁵⁰. A consequência prática destas decisões foi a de impedir a parte *in bonis*, a quem havia sido exigido o cumprimento do contrato, de recusá-lo com o pretexto de não ter recebido do insolvente a contraprestação por aquilo que esta já havia executado antes do processo de insolvência.

Poucos anos depois, a *Insolvenzordnung* veio a consagrar a solução da jurisprudência. O atual § 105 dessa lei, aplicável aos contratos que envolvam prestações divisíveis, estabelece que se a contraparte do insolvente tiver cumprido parcialmente o contrato antes da declaração de insolvência permanece credora da insolvência relativamente à parte proporcional da contraprestação, mesmo que o administrador da insolvência opte pelo cumprimento do contrato e lhe exija a execução da prestação ainda em falta.

A solução da lei visou sobretudo intervir sobre os contratos de fornecimento de energia celebrados entre o insolvente e empresas

⁴⁹ Cf. MÜNCHKOMM/KREFT, § 103 InsO (cit. na n. 48), n. m. 9, e BLAUM (2008), 194-196.

⁵⁰ As decisões são de 1995 e 1997, sendo a última decisão referente a uma sociedade que comercializava produtos lácteos (a *Sachsenmilch AG*) e que não havia pago aos produtores de leite os fornecimentos por estes feitos antes da declaração de insolvência. Cf. MÜNCHKOMM/KREFT, § 103 InsO (cit. na n. 48), n. m. 4 e 47-48, e BLAUM (2008), 197-199.

monopolistas e que se encontrassem em curso à data da declaração de insolvência. Por causa da posição de monopólio dessas empresas, o administrador da insolvência raramente recusaria o cumprimento do contrato, o que, de acordo com o regime vigente até à data, significava que estas acabavam por ver os seus créditos por fornecimentos anteriores serem pagos com preferência sobre os dos demais credores⁵¹. Foi justamente esta a vantagem que a mudança da lei visou eliminar.

No entanto, a interpretação da regra do § 105 da *Insolvenzordnung* é ainda hoje muito controvertida na doutrina alemã. MAROTZKE sublinha que a solução não é compatível com o reconhecimento de eficácia, na lei da insolvência, à reserva de propriedade e a outras garantias. O autor sustenta que a lei, na sua redação atual, se refere apenas à qualificação do crédito da parte *in bonis* como crédito sobre a insolvência e que não impede o exercício da *exceptio* pela parte *in bonis* relativamente à *totalidade* da contraprestação. Uma interpretação contrária seria, para MAROTZKE, inconstitucional⁵².

26. Que dizer do acolhimento, pela lei portuguesa, da solução vigente na lei alemã? Poder-se-á afirmar que o código da insolvência vigente *despoja parcialmente o contraente in bonis da exceção do não cumprimento que lhe assistiria fora do contexto da insolvência*? Será de concluir que a solução legal, ainda que restrita aos casos em que a prestação devida pelo insolvente seja divisível, implica um encurtamento tão relevante nos meios de defesa que os contratos sinalagmáticos oferecem àqueles que os celebram?

⁵¹ Cf. BLAUM (2008), 195-196. Segundo MÜNCHKOMM/KREFT, § 103 InsO, n.m. 8-10, a solução de considerar os créditos anteriores como dívidas da massa tinha consequências «catastróficas» para a massa e envolvia um tratamento discriminatório dos credores fundado em circunstâncias totalmente aleatórias. Krefte defende, com entusiasmo, a atual solução da lei.

⁵² Cf. MAROTZKE (2001), 163-173. Crítica idêntica é a de que Henkel faz ao § 105 da *Insolvenzordnung*, propondo uma interpretação restritiva [cf. HENKEL, «Konstruktion, Funktion, Interessen – zur modifizierten Erlöschenstheorie durch den Bundesgerichtshof in Insolvenzrecht um Wandel der Zeit», in *Festschrift für Hans-Peter Kirchhof*, ZAP, 2003, 191 e ss., *apud* BLAUM (2008), 201-202]. Contestando igualmente a solução legal, mas entendendo que a exclusão da *exceptio* constitui uma opção legal que não pode ser contornada no plano interpretativo, cf. Von WILMOWSKY (2019), 11-15. Aderindo à solução legal, e sustentando a sua adequação, veja-se BLAUM (2008), 202-203, MÜNCHKOMM/KREFT, § 103 InsO, n. m. 4 e 47-48, SCHEFFLER (2001), 1185, HUBER (2002), 470, e SCHERER (2004), 116.

Tudo levaria a crer ser correta a resposta afirmativa e que a parte *in bonis* só poderia exercer a *exceptio* em relação a uma parte da contraprestação do insolvente, não podendo, pelo contrário, recusar-se a cumprir invocando que não chegou a obter contraprestação por aquilo que executou antes da declaração de insolvência. A manutenção da qualificação de *uma parte* do crédito da parte *in bonis* como crédito sobre a insolvência sugeriria que ela fica também privada da exceção do não cumprimento, ainda que nessa exata medida. Confrontada com um pedido de cumprimento do administrador, *a parte in bonis não poderia recusar-se a cumprir alegando não ter recebido – e provavelmente não vir a receber, ao menos integralmente – a contrapartida ou preço pela parte do contrato que executou antes da declaração de insolvência*. Por outras palavras, a decisão legislativa de manter uma parte do crédito da parte *in bonis* como crédito da insolvência no caso de exigência de cumprimento levaria necessariamente à supressão da *exceptio* naqueles precisos termos.

No entanto, a exclusão da *exceptio* em todos os casos em que, antes da declaração de insolvência, a parte *in bonis* tenha prestado mais do que o insolvente não decorre necessariamente da lei, a qual deve ser *interpretada restritivamente*, por forma a permitir uma *defesa plena do sinalagma* no âmbito insolvencial. Na medida em que qualifica uma parcela do crédito do contraente *in bonis* à contraprestação como crédito sobre a insolvência [cf. o art. 51.º, n.º 1, als. e) e f) *in fine*, do CIRE], a lei aplica-se apenas a um grupo restrito de casos em que tal qualificação é compatível com a proteção absoluta e integral do sinalagma contratual no contexto da insolvência.

Na aplicação daqueles preceitos deve, com efeito, distinguir-se os contratos de execução fracionada de uma só prestação, por um lado, dos contratos de execução duradoura, sejam estes de prestação contínua ou periódica, por outro. Nos contratos em que tenha sido convencionada a execução fracionada da prestação a cargo da parte *in bonis*, a decisão do administrador de exigir o cumprimento do contrato que não assegurasse o direito desta parte à *totalidade da contraprestação*, mesmo por frações que já tivesse executado antes da declaração de insolvência, implicaria uma *quebra do sinalagma*. Apesar de se ter obrigado a prestar *para receber – de ter declarado, em suma, «dou para que dê» (do ut des) –*, a parte *in bonis* ver-se-ia estrangida a cumprir integralmente tendo, em contrapartida, direito a apenas *uma parte* que lhe havia sido prometido.

Nos contratos de execução duradoura, a situação é diferente. A exigência do seu cumprimento pelo administrador (ou pela lei), ou, por outras palavras, a sua manutenção depois da declaração de insolvência sem que se assegure a satisfação dos créditos da parte *in bonis* à contraprestação referente a períodos anteriores *não implica qualquer quebra do sinalagma*. Como *falta qualquer nexó sinalagmático entre as remunerações relativas a períodos anteriores à declaração de insolvência e as prestações a executar pela parte in bonis depois dessa declaração*, exigir-se a segundas sem estarem saldadas as primeiras não desagrega a relação de troca. Por isso, nestes casos, a defesa do sinalagma basta-se com a «garantia» de que a parte *in bonis* receba a contraprestação devida por fornecimentos que seja constrangida a fazer após a declaração de insolvência, o que é assegurado através da qualificação dos correspondentes créditos como créditos sobre a massa. O respeito pelo sinalagma, nestas hipóteses, não requer qualquer intervenção nos créditos referentes a cumprimentos anteriores da parte *in bonis*. Ele não exige aqui a proteção da parte *in bonis* relativamente a prestações anteriores à declaração de insolvência, na medida em que, quanto a elas, a decisão de manutenção do contrato não a força a fazer uma prestação sem receber a contraprestação correspondente.

27. Procurando ilustrar o que se acaba de dizer, suponha-se que existe entre um produtor e o insolvente um contrato de compra e venda que obriga o primeiro a entregar ao segundo 5000 kg de determinada mercadoria pelo preço de 5000,00 €. Se antes da declaração de insolvência, o produtor já tiver entregue 2500 kg sem que o insolvente lhe tenha pago preço algum, o administrador pode exigir ao produtor *in bonis* a entrega das mercadorias em falta contra o pagamento de 2500,00 €. Ou será lícito a este opor-lhe a que ainda não recebeu a parte restante do preço, recusando-se, por isso, a cumprir? Repare-se que, fora do contexto da insolvência, a possibilidade de exercício da *exceptio* seria indiscutível⁵³. O fornecedor poderia recusar-se a entregar os 2500 kg restantes

⁵³ Note-se que as situações que levantam dúvidas quanto ao exercício da *exceptio* em casos de incumprimento parcial são aquelas em que o excipiente recusa o cumprimento de uma parte da prestação *proporcionalmente superior* àquela que não recebeu da contraparte. No caso ilustrado no texto, pelo contrário, a parte *in bonis* (excipiente) recusaria o cumprimento de uma parte da prestação *exatamente proporcional* àquela que não foi satisfeita pelo insolvente e que

enquanto não recebesse a totalidade do preço, *i.e.*, 5000,00 €. Será essa possibilidade lhe retirada na insolvência? Penso que não e que as alíneas *e)* e *f)* do art. 51.º do CIRE, na parte em que «desqualificam» o crédito da parte *in bonis* que se reporte a um cumprimento que esta já fez antes da declaração de insolvência, não podem ser aplicados a este tipo de hipóteses⁵⁴.

De forma idêntica deve ainda ser decidido o caso inverso de entre a parte *in bonis* e o insolvente existir um contrato que obriga o insolvente a fornecer à primeira 5000 kg de determinada mercadoria pelo preço de 5000,00 €. Se, antes da declaração de insolvência, este já tiver recebido 2500,00 € sem nada ter entregue em contrapartida, o administrador não pode decidir exigir ao comprador *in bonis* o pagamento da parte restante do preço contra a entrega *apenas* de 2500 kg de mercadorias, sendo lícito a este opor que não recebeu os 2500 kg de mercadorias ainda em falta.

Regra diversa vale para contratos de execução duradoura, seja esta continuada ou periódica. Pense-se, por exemplo, num contrato de fornecimento continuado de energia a uma instalação fabril ou de entrega periódica de determinada matéria prima ao fabricante que a transforma. Sendo o fabricante, credor do fornecimento, declarado insolvente, será frequente que, à data dessa declaração, já se encontre em falta o pagamento do preço pelos fornecimentos pretéritos. Aí, porém, a opção do administrador (ou da lei) pela manutenção do contrato não deve dar à parte *in bonis* a possibilidade de recusar o seu cumprimento invocando que ainda não recebeu a contrapartida por fornecimentos anteriores. Para a tutela desse contraente é suficiente que lhe seja assegurado que receberá a contraprestação relativa aos períodos posteriores à declaração de insolvência, o que é proporcionado pela qualificação desses créditos como créditos sobre a massa.

o administrador não se propõe satisfazer. Por isso, a possibilidade de invocar a *exceptio* fora do contexto da insolvência em casos como o descrito não levanta obstáculos, salvo, evidentemente, um limite imposto pela boa-fé.

⁵⁴ Diversamente, segundo MÜNCHKOMM/KREFT, § 103 InsO (cit. na n. 48), n. m. 48, o direito alemão priva a parte *in bonis* da totalidade da contraprestação: esta é obrigada, por decisão do administrador, a completar a parte da sua prestação que ainda esteja em falta, apesar de não receber a remuneração pelas frações da mesma que executou antes da declaração de insolvência.

28. Importa que fique claro que, segundo a interpretação aqui proposta do art. 51.º, n.º 1, als. e) e f) *in fine*, do CIRE, a parte *in bonis* que deva uma prestação de execução fracionada e que já a tenha executado, em parte, antes da declaração de insolvência *não perde, em medida alguma, a exceção do contrato não cumprido*. Diversamente, a parte *in bonis* de um contrato de execução duradoura que não tenha sido remunerada por períodos anteriores à data da declaração de insolvência *perde a exceptio* que noutras condições poderia exercer, *i.e.*, perde o direito de recusar novos fornecimentos (*lato sensu*) com fundamento na falta de pagamento dos fornecimentos anteriores. Simplesmente, a extinção deste direito é inteiramente conforme com a tutela do sinalagma e não representa uma exceção a esse princípio. O que a parte *in bonis* desses contratos detinha antes da insolvência não era uma exceção que a defendesse de incumprimentos pretéritos – por falta de relação sinalagmática entre o *preço* relativo aos fornecimentos *anteriores* e os fornecimentos *posteriores* –, mas antes uma exceção que a defendia de incumprimentos futuros. Concretamente, assistia à parte *in bonis* a exceção de insegurança do art. 429.º do CC, uma vez que a falta de pagamento preço relativo aos fornecimentos *anteriores* revela de forma impressiva o risco de não virem a ser pagos fornecimentos *posteriores*⁵⁵. Estando a manutenção do contrato após a insolvência associada à atribuição à parte *in bonis* de créditos sobre a massa relativos a períodos contratuais posteriores, o risco ou insegurança de incumprimento futuro pelo insolvente são afastados pela «garantia» que decorre dessa requalificação, pelo que a supressão da *exceptio* já resultaria do regime geral do direito civil e não representa, por isso, uma quebra do sinalagma assente em (supostas) valorações próprias do direito da insolvência.

29. Interessa ainda assinalar que regime presentemente consagrado no CIRE relativamente a contratos de execução duradoura é diverso do que valia na legislação precedente para uma modalidade destes contratos, concretamente, para as vendas com entregas periódicas e contratos

⁵⁵ No sentido de que o direito de recusar fornecimentos posteriores invocando a falta de pagamento do preço de anteriores se funda no art. 429.º do CC, cf. L. PEREIRA/P. MÚRIAS (2008a), 203, equiparando-se a insegurança gerada pelo incumprimento precedente às situações que importam a perda de benefício do prazo.

de fornecimento que se encontrassem em execução à data da declaração de insolvência. À luz do código anterior, se o administrador optasse pelo cumprimento destes contratos em caso de insolvência do comprador, *mantinham-se «todas as obrigações»* do comprador, independentemente de essas obrigações se referirem a entregas ou fornecimentos que o vendedor ou fornecedor tivessem feito antes da declaração de insolvência (cf. os artigos 161.º, n.º 2, e 162.º do CPEREF)⁵⁶. Atualmente, como se viu, não é assim. No caso de se tratar de um contrato de fornecimento duradouro (e não de uma prestação de execução fracionada), só a remuneração dos fornecimentos posteriores está salvaguardada.

Um outro reflexo no código atual da posição da parte *in bonis* de um contrato de execução duradoura relativamente a prestações que tenha feito anteriormente à declaração de insolvência pode encontrar-se ainda no art. 108.º, n.º 4, al. *a*), do CIRE. Estabelece-se neste artigo que, mantendo-se o contrato de locação após a declaração de insolvência do locatário, o locador não pode resolver do contrato com fundamento na falta de pagamento das rendas ou alugueres respeitantes ao período anterior à data da declaração de insolvência. *O direito de resolução do locador que se havia constituído antes da declaração de insolvência não sobrevive a esta.* Ora, esta solução só se compreende se se vir nela uma concretização da decisão de manter os créditos relativos às rendas ou alugueres vencidos antes declaração de insolvência (e referentes a períodos anteriores a esta) como créditos sobre a insolvência, mesmo quando se imponha a continuação da locação. Tendo presente este pressuposto, quis-se retirar ao locador *in bonis* a possibilidade de neutralizar a qualificação dos seus créditos anteriores expropriando-o do direito de resolução. Conserando-se a possibilidade de resolução, a ameaça do seu exercício pelo locador *in bonis* forçaria o administrador que quisesse manter o contrato na pendência do processo a liquidar ao locador todas as rendas ou alugueres em atraso e relativos a períodos anteriores à declaração de insolvência com preferência sobre os demais credores do insolvente e foi esse o resultado que a lei quis impedir despojando o locador do seu direito⁵⁷.

⁵⁶ Assim, PESTANA DE VASCONCELOS (2006), 546 (embora refira uma opinião discordante).

⁵⁷ Crítico, no entanto, em relação à solução de privação do locador de um direito à resolução do contrato já constituído antes da declaração de insolvência, veja-se MENEZES LEITÃO (2018), 201.

A opção legal é acertada e é coerente com o que se viu resultar do art. 51.º, n.º 1, als. e) e f), do CIRE. Ao «forçar-se» o locador a manter o contrato de locação, essa decisão não cria qualquer desequilíbrio no sinalagma contratual, já que relativamente ao período posterior à declaração, as rendas ou alugueres deverão ser pagos pela massa. O sinalagma referente ao período anterior encontra-se evidentemente afetado (porque falta o pagamento das rendas ou alugueres já vencidos), mas esse desequilíbrio não foi criado pela decisão do administrador de manter o contrato e, conseqüentemente, não deve ser objeto de tutela na lei de insolvência. A possibilidade de resolução pelo locador *in bonis* com fundamento em incumprimentos anteriores poderia, no entanto, ainda que por via indireta, pôr em crise esta decisão de separar o antes do depois e, por isso, foi suprimida.

Esta clarificação relativa ao fundamento valorativo da perda do direito do locador à resolução do contrato fundada em falta de pagamento de rendas ou alugueres anteriores à declaração de insolvência é importante, na medida em que *impede uma generalização desta restrição* a outros direitos de resolução que subsistam à data da declaração de insolvência e relativos a contratos em curso. O direito de resolução do dono da obra *in bonis* com fundamento numa execução defeituosa da obra anterior à insolvência do empreiteiro sobrevive, em princípio, a ela, não lhe podendo ser aplicada a regra do art. 108.º, n.º 4, al. a), do CIRE, por inexistência de analogia.

30. Em suma, na interpretação da lei deve distinguir-se entre os contratos de execução fracionada, por um lado, e os contratos de execução duradoura (continuada ou periódica): se nos contratos em que exista uma só prestação, cuja execução é fracionada, a decisão do administrador de impor o cumprimento do contrato não pode retirar à parte *in bonis* a possibilidade de recusar o cumprimento enquanto não receber a *totalidade* da contraprestação, mesmo quando tenha executado anteriormente uma ou mais frações da prestação que lhe cabe, já nos contratos de execução duradoura, a parte *in bonis* não poderá invocar a falta de pagamento pelo insolvente de fornecimentos ou prestações pretéritos para recusar a realização de novos fornecimentos ou prestações. Vistas as coisas na perspetiva da qualificação do crédito da parte *in bonis*, no primeiro caso, o seu crédito é na *totalidade* um crédito sobre a massa

ainda que constitua a contrapartida de uma fração da prestação efetuada anteriormente pela parte *in bonis*. No segundo caso, o seu crédito só é crédito sobre a massa relativamente às novas prestações ou novos fornecimentos que vier a fazer depois da decisão do administrador (ou da lei) de manter o contrato: o preço ou contrapartida por prestações ou fornecimentos anteriormente feitos pela parte *in bonis* constitui, pelo contrário, um crédito sobre a insolvência mesmo que o contrato se mantenha para além da respetiva declaração. Sendo o contrato se execução duradoura, tem, pois, plena aplicação o disposto no art. 51.º, n.º 1, als. e) e f) *in fine*, do CIRE: os créditos referentes a prestações anteriores da parte *in bonis* são meros créditos sobre a insolvência e esta não pode recusar fazer novas prestações invocando a falta de remuneração das anteriores.

31. A solução de *conservar a exceptio* da parte *in bonis* mesmo que esta tenha executado uma ou mais frações da sua prestação antes da declaração de insolvência é de indubitável acerto. A observação que logo salta à vista é a de que a parte *in bonis* pode ter «retido» uma parte da sua prestação precisamente com o objetivo de evitar cumprir na íntegra sem assegurar que também recebia integralmente. Não é legítimo que a insolvência ou, mais exatamente, a decisão do administrador pelo cumprimento do contrato, destrua, ainda que parcialmente, esta sua precaução.

Contra esta regra não vale o argumento de que o administrador da insolvência sempre poderá, através do exercício dos seus poderes «contornar» ou «superar» a *exceptio* que lhe seja oposta. Sem dúvida, o administrador da insolvência pode recusar o cumprimento do contrato em curso e de seguida celebrar um contrato idêntico com a mesma parte *in bonis*, de tal forma que o crédito proveniente do contrato recusado permanece um simples crédito sobre a insolvência, sendo apenas o crédito proveniente de um novo contrato um crédito sobre a massa. Simplesmente, esta via depende sempre do acordo da parte *in bonis*, que pode não assentir num novo contrato ou pode condicioná-lo à obtenção de melhores condições. A opção legal não, por isso, é inócua: ela permite à parte *in bonis* recusar executar o contrato existente *nas mesmas condições, maxime, pelo preço anteriormente acordado*, sem receber na totalidade contraprestação. É, aliás, de esperar que o administrador opte pelo cumprimento (em vez de celebrar um novo contrato) precisamente para

manter essas condições, sobretudo o preço, quando este seja inferior ao oferecido no mercado. Mas é precisamente aí que a garantia do direito da parte *in bonis* à totalidade da contraprestação é mais convincente, já que o desconto no preço terá sido frequentemente uma contrapartida da quantidade e é justamente este equilíbrio que vem a ser rompido.

Contra a oponibilidade da *exceptio* também não se pode dizer que ela implica que a parte *in bonis* seja tratada com vantagem sobre demais credores, que seja preterida, por outras palavras, a *par conditio creditorum*⁵⁸. Na verdade, um tal direito de *recusa de cumprimento* da parte *in bonis* apenas respeita à sua condição de devedora e não de credora: nesse sentido não traduz qualquer privilégio ou avantajamento no confronto com os demais credores do insolvente⁵⁹. É certo que no caso de o administrador (ou a lei) optar pelo cumprimento do contrato, a eficácia dessa decisão exige que se supere a *exceptio*, sendo necessário, para o efeito, assegurar a totalidade da contraprestação da parte *in bonis*, reconhecendo-lhe o estatuto de credora da massa. Mas a eficácia e a oponibilidade da *exceptio* só *por si* não obriga a esta solução. Se o administrador recusar o cumprimento, a parte *in bonis*, apesar de beneficiar da possibilidade de recusar o cumprimento, não deixa de ser, relativamente à prestação devida pelo insolvente, uma simples credora da insolvência.

Por idêntica razão, a eficácia da *exceptio* também não implica qualquer discriminação inadmissível entre a parte *in bonis* que tenha cumprido integralmente o contrato antes da declaração de insolvência, por um lado, e a parte *in bonis* que apenas o tenha cumpra parcialmente, por outro⁶⁰. A primeira despojou-se da *exceptio* e resta-lhe agora exercer, em igualdade com os demais credores do insolvente, o direito à contraprestação do insolvente. A segunda não se despojou da *exceptio*, mas também ficará limitada a exercer, em igualdade com os demais credores do insolvente, o direito a uma parte da contraprestação do insolvente [nos

⁵⁸ Assim, no entanto, SCHEFFLER (2001), 1185, e MÜNCHKOMM/KREFT, § 103 InsO, n. m. 47.

⁵⁹ Esta ligação da *exceptio* exclusivamente à defesa do excipiente na sua condição de devedor e não na sua condição de credor contribui para esclarecer vários aspetos do regime da figura, sobretudo em confronto com o seu «congénere» direito obrigacional de retenção [cf. L. PEREIRA/P. MÚRIAS (2008b), 189 e *passim*].

⁶⁰ É, porém, o argumento de SCHERER (2004), 116, BLAUM (2008), 202-203, e MÜNCHKOMM/KREFT, § 103 InsO, n. m. 47.

termos do art. 102.º, n.º 3, al. c), do CIRE]. Só não será assim se o administrador optar pelo cumprimento. Mas aí a «discriminação» ocorre não por força do reconhecimento da *exceptio*, mas em consequência da decisão do administrador, a qual presumivelmente só será tomada quando favorável à massa: logo, favorável também àquele que cumpriu integralmente o contrato antes da declaração de insolvência.

Também não se pode acusar, por fim, a solução de conservar a *exceptio* de levar a que o poder do administrador seja exercido contra os interesses da massa. Há neste argumento um patente equívoco. Todas as decisões do administrador, mesmo as de recusa de cumprimento, podem ser prejudiciais à massa. A solução não está, nem pode estar, em criar mecanismos legais para que os atos do administrador sejam sempre favoráveis à custa da parte *in bonis*. Mesmo que, em caso de exigência do cumprimento do contrato, tenha de pagar a *totalidade* da contra-prestação à parte *in bonis*, o administrador permanece livre de renunciar a isso se e na medida em que essa opção seja economicamente desaconselhável na perspetiva do interesse de todos os credores. Não se vê, por isso, em que medida esse regime seja incompatível com a finalidade dos seus poderes em matéria de contratos em curso.

Por fim, a solução de conservação da *exceptio* encontra um apoio seguro noutros preceitos da própria lei da insolvência. Pense-se na proteção dispensada ao vendedor sob reserva de propriedade que tenha entregue a coisa ao comprador insolvente (antes de este ser como tal declarado), ou na posição do vendedor que transmita a propriedade, mas não tenha entregue a coisa ao comprador insolvente. Em ambos os casos, uma decisão de cumprimento do administrador dá ao vendedor o direito à *totalidade* do preço: a circunstância de o vendedor *in bonis* ter «adiantado» ao comprador uma *parte* da atribuição patrimonial antes da declaração de insolvência não o priva de recusar a integral execução do contrato de compra e venda enquanto não receber o preço⁶¹.

⁶¹ Na própria jurisprudência e doutrina alemãs, a aplicabilidade do § 105 da *Insolvenzordnung* a casos difíceis como o da insolvência do empreiteiro que tenha executado parcialmente a empreitada e recebido o correspondente preço, vindo a constatar-se que a obra padece de defeitos, tem suscitado soluções desencontradas, o que revela inadequação da solução quando aplicada aos contratos em que uma só prestação tenha sido executada de forma fracionada. Cf. sobre o tema, além das obras citadas na n. 52, ver ainda HUBER (2005), 449-454, e KESSELER (2005), 2046-2051, com posições antagónicas.

III. Conclusão

32. Os dois princípios que identifiquei no presente estudo revelam a *extensão e os limites da tutela do sinalagma no contexto da insolvência*. Numa breve síntese, pode dizer-se que, na insolvência, o sinalagma é plenamente tutelado apenas quando a parte *in bonis* ainda não tenha executado integralmente a prestação que lhe cabe e somente na medida em que lhe é permitido *recusar* a totalidade ou a parte da prestação ainda em falta enquanto não receber a totalidade da contraprestação que lhe é devida.

Porque o sinalagma é, na sua essência, um acordo das partes, ainda que esse acordo seja depois «desenvolvido» pela lei⁶², a justeza da sua tutela em sede de insolvência representa não mais do que uma concretização do respeito pela autonomia privada mesmo numa situação em que os direitos dos credores sofrem uma compressão inequívoca. Além disso, a sobrevivência da exceção do não cumprimento à declaração de insolvência não constitui uma quebra do *par conditio creditorum*. A *exceptio* tutela a parte *in bonis* na sua condição de devedora da insolvência e não de credora⁶³.

Com a proteção que a lei portuguesa dispensa ao sinalagma não se confunde um suposto princípio segundo o qual a massa insolvente não deveria adquirir mais do que aquilo que o devedor tinha, estando, por isso, os créditos pertencentes à massa sujeitos a *todos os «meios de defesa»*, exceções ou limitações que atingissem, já antes da declaração de insolvência, os direitos do insolvente⁶⁴. Um princípio de tal latitude não justificaria apenas a sobrevivência da exceção do contrato não cumprido,

⁶² Cf. L. PEREIRA/P. MÚRIAS (2008a), 408 e ss.

⁶³ Cf. *supra*, texto e n. 59.

⁶⁴ Diversamente, MAROTZKE (2001), 11 e ss., na medida em que este autor defende que a oponibilidade da *exceptio* em sede de insolvência remonta a um princípio mais geral que se aplica também a outros direitos de recusa de cumprimento não restritos aos contratos sinalagmáticos (o «direito geral de retenção» ou *allgemeine Zurückbehaltungsrecht*). Mas Marotzke também não aceita em toda a latitude este princípio, distinguindo antes consoante o «direito de retenção» *lato sensu* que exercido pelo devedor da insolvência respeita a uma coisa que lhe pertença (caso em que oponível à insolvência) ou a uma coisa que pertença ao insolvente (caso em que a retenção não é oponível): cf. *idem*, 39. Cf. a crítica em BLAUM (2008), 114-119. BALDRINGER (2014), 137-143, também defende a inoponibilidade do direito geral de retenção em sede de insolvência.

mas legitimaria ainda a oponibilidade, em sede de insolvência, do direito obrigacional de retenção, quando exista antes da insolvência. À luz dele, poderia o devedor do insolvente recusar-se a cumprir a sua obrigação invocando deter um crédito *conexo* contra o insolvente ainda por liquidar, sem que entre as duas situações jurídicas tivesse de existir sinalagma algum⁶⁵. Por muito plausível que seja aparentemente o princípio, ele não pode ser deduzido das referidas disposições do CIRE, comprometidas, como estão, com o sinalagma⁶⁶.

Bibliografia

- AAVV, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, T. II, Beck, Munique, 3.^a ed., 2013.
- Ascensão, Oliveira, «Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso», *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 65 (2005), 281-312.
- Baldringer, Sebastian, *Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters. Auswirkung der Suspensiv- und Qualitätssprungtheorie auf Vertragserfüllungs- und Mängelbürgschaften in der Insolvenz des Bauunternehmers*, Nomos, Baden-Baden, 2014.
- Bastos, Brito, *O mútuo bancário. Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.
- Blaum, Katharina, *Zurückbehaltungsrechte in der Insolvenz*, Nomos, Baden-Baden, 2008.
- Fernandes, Carvalho/Labareda, João, *Código da insolvência e recuperação de empresas anotado*, 2.^a ed., Quid Juris, Lisboa, 2008.
- Fonseca, Taveira da, *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito*, Almedina, Coimbra, 2015.
- Huber, Michael, «Gegenseitige Verträge und Teilbarkeit von Leistungen in der Insolvenz», *Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierungsrecht*, 2002, 467-471.
- Huber, Michael, «Vertragsspaltung in der Insolvenz des Auftragnehmers auch für mangelhafte Teilleistung vor Vertragseröffnung?», *Zeitschrift für das Gesamte Insolvenzrecht*, 9 (2005), 449-454.

⁶⁵ Sobre os casos em que deve reconhecer-se um direito obrigacional de retenção, cf. L. PEREIRA/P. MÚRIAS (2008b), 191-198, e TAVEIRA DA FONSECA (2015), 546-550 (embora sem acolher a designação «direito obrigacional de retenção»).

⁶⁶ Além disso há boas razões para a inoponibilidade, como regra geral, do direito obrigacional de retenção na insolvência: cf. L. PEREIRA/P. MÚRIAS (2008), 214-220, e TAVEIRA DA FONSECA (2015), 555-556.

- Kessler, Christian «§105 InsO und die teilbaren unteilbaren Leistungen», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 46 (2005), 2046-2051.
- Leitão, L. Menezes, *Cessão de créditos*, Almedina, Coimbra, 2005.
- Leitão, L. Menezes, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- LEITÃO, L. Menezes, «A (in)admissibilidade da insolvência como fundamento da resolução de contratos», in Catarina Serra (coord.), *III Congresso do Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, 89-101.
- Leitão, L. Menezes, «As dívidas da massa insolvente», in Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2017, 25-33.
- Leitão, L. Menezes, *Direito da Insolvência*, 8.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- Marotzke, Wolfgang, *Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht*, 3.^a ed., Luchterand, Newied, 2001.
- Martins, Soveral, *Um curso de direito da insolvência*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- Matos, Albuquerque de, «Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso», in Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2017, 35-70.
- Morais, Gravato, «Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29 (jan./mar. 2010), 3-12.
- Oliveira, Pinto de, «Efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso: em busca dos princípios perdidos», in Catarina Serra (coord.), *I Congresso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2013, 201-227.
- Oliveira, Pinto de, «A qualificação do crédito resultante da não execução do contrato-promessa», in Catarina Serra (coord.), *III Congresso de direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, 115-135.
- Pereira, Lurdes/Múrias, Pedro, «Conceito e extensão do sinalagma», in *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008a, 379-430.
- Pereira, Lurdes/Múrias, Pedro, «Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XLIV (jan.-dez. 2008b), 187-239.
- Scheffler, F. Rüdiger, «Teilleistungen und gegenseitige nicht vollständig erfüllte Verträge in der Insolvenz», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 28 (2001), 1182-1189.
- Scherer, Inge, «Teilweise Vorleistungen in der Insolvenz», *Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierungsrecht*, 2004, 113-117.
- Serra, Catarina, *Lições de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018.

- Serra, Catarina/Oliveira, Pinto, «Insolvência, contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional», *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 70 (2010), 395-440.
- Vasconcelos, Pestana de, «O novo regime insolvencial da compra e venda», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 3 (2006), 521-559.
- Vasconcelos, Pestana de, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular a posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Vasconcelos, Pestana de, «Contrato-promessa e falência/insolvência – Ac. TRC de 15.4.2008», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 24 (out./dez. 2008), 54-64.
- Vasconcelos, Pestana de, «Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33 (jan./mar. 2011), 3-29.
- Von Wilmowsky, Peter «Insolvenzrecht II: Vertiefung. Allgemeines Insolvenzvertragsrecht: Teilleistungen vor dem Insolvenzverfahren», disponível em https://www.jura.uni-frankfurt.de/46376673/IR_II_P1_I_4_Teilleistungen_AVP_Uebersicht.pdf, 2019.

Responsabilidade pela concessão de crédito - comparação entre o direito italiano e o direito português

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA*

1. Introdução. O problema da responsabilidade pela concessão de crédito numa perspectiva de direito comparado

O presente texto propõe uma comparação entre dois sistemas de responsabilidade civil, entre o sistema italiano e o sistema português¹, a partir de um caso de responsabilidade por *danos patrimoniais primários* – o caso da responsabilidade pela *concessão de crédito*. O sistema italiano de responsabilidade civil contém uma única norma fundamental; o art. 2043.º do Código Civil italiano diz que “qualquer facto, doloso ou culposo, que cause a outrem um dano injusto obriga aquele que cometeu o facto a indemnizar o dano”^{2/3}; em contraste com o sistema italiano, o sistema português de responsabilidade civil contém três normas fundamentais: a primeira, a violação de direitos subjectivos, consta da primeira alternativa do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil; a segunda, a violação do direito objectivo – e, dentro do direito objectivo, das disposições legais de protecção –, consta da segunda alternativa do

* Juiz-Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça. Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho (com contrato na situação prevista no art. 73.º do ECDU). Por opção do Autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

¹ Sobre as características do sistema italiano, *vide* o ainda actual conjunto de artigos de MERRYMAN (1965-1966), pp. 39-65; pp. 396-437; e pp. 583-611; ALPA e ZENO-ZENCOVICH (2007); ou BRAUN (2006), pp. 665-681.

² O texto original do art. 2043.º do Código Civil italiano é o seguinte: “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.”

³ Sobre o art. 2043.º do Código Civil italiano, *vide*, p. ex., THIENE (2016), pp. 2193-2212; BIANCA (1994), pp. 582-585; ALPA (1999); FRANZONI (1993), pp. 75-84; MONATERI (1988); VISINTINI (2005); BARCELONA (2011); ou ZENO-ZENCOVICH (2019), pp. 373-416.

art. 483.º, n.º 1, do Código Civil; a terceira, o abuso do direito, consta do art. 334.º do Código Civil⁴.

O facto de os dois sistemas serem diferentes faz com que apreciem o problema da responsabilidade pela *concessão de crédito* a partir de perspectivas diferentes.

MARTA INFANTINO e ELENI ZERVORGIANNI descrevem-nos um caso exemplar.

Em Janeiro, a sociedade comercial A, cliente do banco B, estava insolvente e não podia pagar aos seus credores – pediu um empréstimo ao banco B. O banco B devia ter avaliado a situação económica e financeira da sociedade e, por negligência, não o fez – concedeu o empréstimo, que a sociedade A lhe tinha pedido. Entre Janeiro e Dezembro, a sociedade continuou em actividade e, em Dezembro, foi declarada insolvente.

Estando provado que a concessão de crédito foi condição *sine qua non* da diminuição do património da sociedade – estando provado que, se o banco não tivesse concedido nenhum empréstimo, a sociedade teria sido declarada insolvente em Janeiro e que, se a sociedade tivesse sido declarada insolvente em Janeiro, o seu património teria sido conservado –, pergunta-se: podem os credores, antigos e novos credores, pedir uma indemnização ao banco, e pedir-lhe uma indemnização por ter concedido crédito?⁵

Enquanto, no sistema de direito civil italiano, o problema da responsabilidade pela concessão de crédito é sobretudo um problema de qualificação do *dano* como *injusto*⁶, no sistema de direito civil português

⁴ Sobre o art. 334.º do Código Civil, *vide* SINDE MONTEIRO (1989), pp. 187-199; CARNEIRO DA FRADA (1994), pp. 129-141 e 173-178; CARNEIRO DA FRADA (2004), pp. 238-251; SINDE MONTEIRO (2005), pp. 349-390 (esp. nas pp. 361-365); CARNEIRO DA FRADA e M. J. PESTANA DE VASCONCELOS (2015), pp. 157-185; DIAS PEREIRA (2005), pp. 623-648 (esp. nas pp. 630-632); M. J. PESTANA DE VASCONCELOS (2007), pp. 147-206; A. MENEZES LEITÃO (2009); PINTO OLIVEIRA (2011), pp. 589-602 e sobretudo 985-1004; SINDE MONTEIRO (2017), pp. 457-487; DIAS PEREIRA e PINTO OLIVEIRA (2018), pp. 23-29; e, por último, VAZ DE SEQUEIRA (2018), pp. 272-284 (esp. nas pp. 276 e 278).

⁵ “Case 11 – Too Many Creditors”, MARTA INFANTINO / ELENI ZERVORGIANNI (2017), p. 423.

⁶ Embora a fórmula *dano injusto* seja de quando em quando adaptada, em termos de se sustentar que o dano injusto só pode ser o dano produzido por um facto humano antijurídico ou ilícito [cf. designadamente DE CUPIS (1962), pp. 622-632 (631)], ou corrigida, em termos de se sustentar que *dano injusto* é só uma *expressão da lei*, que a expressão da lei é *imprópria* e

é sobretudo um problema de qualificação do *comportamento*, que deu causa ao *dano*, como *abusivo* – e, dentro dos comportamentos abusivos, como um comportamento *contrário aos bons costumes*⁷.

2. O art. 2043.º do Código Civil italiano

I. – A Exposição de motivos do código italiano partia do princípio de que o *dano injusto* do art. 2043.º do actual código abrangia os *delitos* e os *quase delitos* do antigo código, do código de 1865, ou seja, de que o dano injusto do art. 2043.º abrangia aqueles comportamentos e aquelas situações em que o ser humano se encontra, “em relação a pessoas e a coisas”, e que estão em conflito com o princípio geral “que impõe a cada indivíduo que não cause danos aos demais, no desenvolvimento da sua actividade”.

O requisito de que o dano fosse *injusto* deveria analisar-se ou decompor-se em dois⁸. Em primeiro lugar, o dano deveria ser injusto no sentido de se tratar de um dano contrário ao direito, *contra ius*, e, em segundo lugar, deveria ser injusto no sentido de se tratar de um dano *non iure*. O requisito de que o dano fosse contrário ao direito, *contra ius* atendia à perspectiva do lesado e o requisito de um dano *non iure*, à perspectiva do lesante – com o requisito de um dano contrário ao direito, *contra ius*, pretendia-se designar uma lesão de um direito ou, em todo o caso, de um interesse juridicamente protegido e, com o requisito de um dano *non iure*, pretendia-se designar-se uma lesão, de um direito ou de um interesse, sem nenhuma *causa de exclusão da ilicitude* ou *causa de justificação*⁹. Em relação ao requisito de que o dano fosse *injusto* e, em especial, em

que, como a expressão da lei é imprópria, deve ser corrigida em sede de interpretação, “transferido-se o requisito da *injustiça* do dano para o facto” [cf. designadamente TRIMARCHI (1970), pp. 90-112 (94)], o ponto é – continua a ser – controverso.

⁷ Sobre o tema da responsabilidade pela concessão de crédito no direito português, vide MENEZES CORDEIRO (2014), pp. 414-429; A. LUÍS (1985), pp. 69-78; LEITE DE CAMPOS (1986), pp. 49-55; MENEZES CORDEIRO (1987); SINDE MONTEIRO (1989), pp. 555-556 (nota n.º 347); ALMENO DE SÁ (1990-1993), pp. 607-680; LEITE DE CAMPOS (1992), pp. 853-868; VEIGA DE FARIA (1995), pp. 43-70; ALMENO DE SÁ (2003); MENEZES CORDEIRO (2018), pp. 9-46; A. MENEZES LEITÃO (2018), pp. 229-248.

⁸ THIENE (2016), p. 2196, fala de um conceito bilateral.

⁹ Cf. designadamente BUSNELLI (1991), pp. 1-34 (12).

relação ao requisito de que o dano fosse contrário ao direito, *contra jus*, houve uma evolução sensível¹⁰.

II. – O critério do *direito absoluto* foi superado e substituído pelo critério do direito subjectivo, para que o dano injusto incluísse a lesão de direitos relativos; o critério do direito subjectivo foi superado por um conjunto de critérios, desde os mais específicos aos mais gerais – aos critérios do *alterum non laedere* ou do *neminem laedere* –, em termos tais que um autor, e dos mais distintos, chegou a dizer que, se era claro que o critério e o limite do direito absoluto tinha sido superado, não era claro, – não era nada claro –, por que critério ou por que limite tinha sido substituído¹¹.

A doutrina e, sobretudo, a jurisprudência italianas começaram por concordar em atribuir ao termo dano contrário ao direito, *contra ius*, o sentido de *dano contrário a um direito absoluto*¹². O resultado era uma interpretação restritiva do art. 2043.º – só haveria um *dano injusto* desde que o dano decorresse da lesão de um *direito absoluto*, ou seja, da lesão de um direito real ou de um direito de personalidade¹³.

a) O critério, ou o limite, do *direito absoluto* foi superado a partir do início da década de 70¹⁴. O *ponto de viragem* foi o acórdão da Corte

¹⁰ Sobre a evolução dos conceitos de *delito* e de *quase-delito* na vigência do Código Civil italiano de 1865, vide CAZZETTA (1991); sobre a evolução do conceito de *dano injusto* na vigência do Código Civil italiano de 1942, vide a obra fundamental, de quando em quando qualificada de *revolucionária*, de RODOTÀ (1964); os textos sobre o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência nas décadas de setenta, oitenta e noventa de MIRABELLI DE LAURO (2003), pp. 9-56; MIRABELLI DE LAURO (2003), pp. 219-264; e de BUSSANI (2011), pp. 249-268; e a obra fundamental, de quando em quando qualificada de *conservadora*, de CASTRONOVO (2006).

¹¹ SALVI (1988), pp. 1186-1265 (1211).

¹² Cf. designadamente BUSNELLI (1991), p. 1211.

¹³ Explicando a restrição do dano contrário ao direito aos danos contrários a direitos absolutos, SALVI dizia que “[a] limitação da área do dano ressarcível às hipóteses de lesão de direitos reais ou de bens ‘objectivamente’ protegidos (vida, integridade física, outros ‘direitos’ de personalidade) [...] justifica-se como critério formal coerente, fundado sobre a idoneidade estrutural e objectiva das situações protegidas para serem injustamente lesadas por comportamentos de terceiros, por se tratar de situações construídas em torno da atribuição de um bem ao titular de um modo imediato e potencialmente exclusivo”, SALVI (1988), p. 1211.

¹⁴ Sobre as razões do *dogma* do direito absoluto e sobre as razões – históricas, sistemáticas e teleológicas da sua superação –, vide CURSI (2006), pp. 23-126.

di Cassazione de 26 de Janeiro de 1971¹⁵ – a partir daí, a doutrina e a jurisprudência italianas atribuíram ao termo *dano contrário ao direito*, ao termo *dano contra ius*, o sentido de *dano contrário a um direito subjectivo*, fosse o direito subjectivo um direito *absoluto* ou um direito *relativo*¹⁶.

O problema estava em que o conceito de *direito subjectivo*, como *categoria qualificante* do dano injusto, era ainda inadequado e insuficiente. Era inadequado, por determinar uma ampliação do conceito de direito subjectivo, de forma a abranger, p. ex., o *direito à integridade do próprio património*¹⁷ ou, em termos mais rigorosos, o *direito à integridade e à liberdade de disposição do próprio património*^{18/19}. Era insuficiente, por não determinar, como devia, uma ampliação do conceito de dano injusto de forma a abranger, p. ex., as hipóteses de lesão de interesses legítimos, através do *abuso do direito*²⁰, do *dolo*²¹ ou da *infracção de normas de protecção*²².

Em acórdão de 22 de Julho de 1999, a *Corte di Cassazione* admitiu que a afirmação ou reafirmação do princípio que o *dano injusto* consistia na *lesão de um direito subjectivo* era, frequentemente, completada por uma qualificação que “‘mascarava’ de direito subjectivo situações que não tinham tal consistência, como o pretendido direito à integridade do próprio património, as expectativas ou as situações possessórias”.

¹⁵ A ampliação jurisprudencial do conceito de *dano injusto* de forma a incluir a *lesão de um direito relativo* encontra-se descrita, de forma clara e elegante, em E. SANTOS JÚNIOR (2003), pp. 370-375.

¹⁶ Cf. designadamente BUSNELLI (1991), p. 1211.

¹⁷ Expressão do acórdão da *Corte di Cassazione* de 4 de Maio de 1982 (n.º 2765).

¹⁸ Em rigor o *direito à integridade* compreende um *direito à integridade* e um *direito à liberdade*, compreendido como “direito de autodeterminação livre no desenvolvimento da actividade negocial relativa ao próprio património” – cf. BUSNELLI (1991), p. 12.

¹⁹ Em acórdão de 22 de Julho de 1999, a *Corte di Cassazione* admitiu que a afirmação ou reafirmação do princípio que o *dano injusto* consistia na *lesão de um direito subjectivo* era, frequentemente, completada por uma qualificação que “‘mascarava’ de direito subjectivo situações que não tinham tal consistência, como o pretendido direito à integridade do próprio património, as expectativas ou as situações possessórias”.

²⁰ Vide, p. ex., THIENE (2016), esp. p. 2196; BARCELLONA (2011), pp. 182-202.

²¹ Vide, p. ex., CENDON (1991), pp. 29-44.

²² Vide, p. ex., DE CUPIS (1962), p. 631 – definindo a *antijuridicidade* ou *ilicitude* como contrariedade a específicos princípios e a específicas regras de direito, para as quais o art. 2043.º do Código Civil italiano reenvia sistematicamente – ou THIENE (2016), esp. p. 2196.

b) Como o conceito de *direito subjectivo* fosse ainda inadequado e ainda insuficiente, a doutrina e a jurisprudência italianas propuseram-se superá-lo.

O art. 2043.º do Código Civil italiano careceria de um adequado desenvolvimento, através dos critérios da *interpretação* e da *integração*²³, por *analogia*²⁴.

O princípio da tipicidade dos factos ilícitos era ainda compatível com uma adaptação do modelo da *actio de dolo* do direito romano²⁵, com uma adaptação do modelo da *causação dolosa de danos contra os bons costumes* do § 826 do Código Civil alemão^{26/27}, ou com uma adaptação do modelo das *normas de protecção* do § 823, n.º 2, do Código Civil alemão²⁸. A adaptação do modelo da *actio de dolo*, ou da *causação dolosa de danos contra os bons costumes* correspondia a uma interpretação *mais restrita* do princípio do *alterum non laedere* como dever de não causar *dolosamente* danos a outrem ou, no mínimo, de não causar *dolosamente* danos a outrem contra os bons costumes; a adaptação do modelo das *normas de protecção*, essa, correspondia a uma interpretação *mais ampla* do princípio do *alterum non laedere*, como “síntese de todos os deveres específicos impostos aos sujeitos”²⁹. O ponto estaria em que a aplicação do art. 2043.º do Código Civil italiano distinguisse, como devia distinguir, entre *interesses protegidos* e *interesses dignos de protecção*, para efeitos de restringir o *dano injusto* ao dano decorrente da lesão de interesses protegidos ou tutelados³⁰.

²³ Vide, p. ex., TRIMARCHI (1970), p. 95.

²⁴ Entendido em termos amplos, de forma a abranger a analogia particular e a analogia geral – como dizia, p. ex., DE CUPIS (1962), p. 631, “a injustiça do dano e, por consequência, a responsabilidade corresponde à protecção jurídica de interesses, como circunscrita pelos limites do conteúdo normativo do direito objectivo”; o conteúdo normativo do direito objectivo compreende as regras e os princípios, susceptíveis de serem deduzidos (*desumibili*) através dos diversos instrumentos interpretativos”.

²⁵ Vide, p. ex., CURSI (2008), pp. 77-138.

²⁶ Ou do art. 334.º do Código Civil português.

²⁷ Sobre a relação entre a *actio de dolo* do direito romano e a *causação dolosa de danos contra os bons costumes* do direito alemão, vide CURSI (2008), pp. 121-124.

²⁸ Ou do art. 483.º, n.º 1, segunda alternativa, do Código Civil português.

²⁹ DE CUPIS (1962), p. 630.

³⁰ DE CUPIS (1962), p. 631.

Embora ainda fosse compatível com uma adaptação do modelo da *actio de dolo*, ou da *causação dolosa de danos contra os bons costumes*, ou com uma adaptação do modelo das *normas de protecção*, o princípio da tipicidade dos factos ilícitos não era compatível com uma substituição dos critérios do direito subjectivo ou das normas específicas, por que se protegem interesses legítimos, pelo princípio geral do *alterum non laedere* ou do *neminem laedere*, em termos de toda a causação de danos corresponder a um dano injusto, desde que a sua antijuridicidade ou ilicitude não fosse impedida por uma concreta *causa de exclusão da ilicitude* ou por uma concreta *causa de justificação*³¹.

III. – Face à crítica – face à constante crítica, – da doutrina, o critério, ou o limite, do *direito subjectivo* foi superado a partir da década de noventa do século xx.

O *ponto de viragem* foi o acórdão da *Corte dei Cassazione* de 22 de Julho de 1999 – a partir daí, a doutrina e a jurisprudência italianas atribuíram ao termo *dano contrário ao direito* o sentido de *dano contrário a um interesse legítimo, juridicamente relevante*.

O termo *dano injusto* designaria todo o *dano* com o atributo ou a característica da *injustiça*, e a característica da *injustiça* deveria adscriver-se a “toda a lesão dos interesses aos quais o ordenamento jurídico atribui relevância, tomando-os em consideração sob perfis ou pontos de vista diversos do ressarcimento do dano”³².

O tema considerado no acórdão foi sobretudo a interpretação do art. 2043.º do Código Civil italiano como *cláusula geral*, ou seja, como *norma aberta* e como *norma primária*.

a) A *Corte di Cassazione* começa por descrever a opinião tradicional “segundo a qual a responsabilidade aquiliana se configura como sanção para um facto ilícito”.

O termo *dano injusto* seria incorrecto: “a injustiça mencionada no art. 2043.º do Código Civil italiano estaria incorrectamente referida ao dano”; deveria estar referida à conduta – “deveria ser considerada como um atributo da conduta”; e, considerada como um atributo da conduta,

³¹ Cf. TRIMARCHI (1970), pp. 95-96.

³² Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500).

deveria ser “identificada com a ilicitude”³³. O art. 2043.º, ao exigir que o dano fosse *injusto*, estaria a exigir que a conduta do lesante fosse caracterizada pela *ilicitude* e pela *culpa*: caracterizada pela *ilicitude*, por lesar uma posição jurídica tutelada *erga omnes*; caracterizada pela *culpa*, por lesar a posição jurídica tutelada *com dolo ou com negligência*. Como o art. 2043.º pressupusesse que a conduta do lesante fosse caracterizada pela ilicitude e pela culpa, a responsabilidade aquiliana, extracontratual, resultaria da aplicação de duas normas: de uma *norma primária*, por que se estabelece um direito ou um dever; de uma *norma secundária*, por que se sanciona a lesão de um direito ou a violação de um dever estabelecido pela norma primária; resultaria da aplicação de uma *norma primária*, por que se estabelece um *direito subjectivo* e um *dever negativo*, de omissão, das condutas contrárias ao *direito subjectivo* do lesado; resultaria da aplicação de uma *norma secundária*, por que sanciona a violação do *dever negativo*, estabelecido pela *norma primária*, com uma obrigação de indemnização.

O art. 2043.º seria uma *norma secundária*; seria uma norma por que se “prevê a obrigação de ressarcimento do dano como sanção para uma conduta que se qualifica como ilícita”, e que se qualifica como *ilícita* porque contrária à *norma primária*:

“porque lesiva de uma posição jurídica do lesado tutelada *erga omnes* por uma outra norma, pela *norma primária*”³⁴.

b) Entre a *opinião tradicional* e o texto do art. 2043.º do Código Civil italiano, entre a *opinião tradicional* e o texto da lei que através da *opinião tradicional* se pretendia interpretar, havia em todo o caso uma *dissonância* – em rigor, uma *dupla dissonância*.

Em primeiro lugar, o art. 2043.º do Código Civil italiano não se refere, em momento nenhum, a um direito subjectivo; “não emerge do teor literal do art. 2043.º que o objecto da tutela ressarcitória seja exclusivamente o direito subjectivo”; em segundo lugar, o art. 2043.º não se

³³ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500) – parágrafo n.º 8.

³⁴ O texto original do acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500) diz o seguinte: “l’art. 2043 c.c. prevede l’obbligo del risarcimento del danno quale sanzione per una condotta che si qualifica come illecita [...] perché lesiva di una posizione giuridica della vittima tutelata *erga omnes* da altra norma primaria”.

refere, em nenhum momento, à injustiça da conduta; refere-se, sim, à injustiça do dano; não emerge do teor literal do art. 2043.º que, entre os pressupostos da tutela ressarcitória, esteja a ilicitude da acção, ou da omissão, e a culpa do agente, ou do omitente: “a cisão da fórmula ‘dano injusto’, para referir a adjectivação [como injusto] à conduta é incontestavelmente uma interpretação forçada da disposição legal, segundo a qual a injustiça é requisito [da relevância] do dano”³⁵. Em contraste com a *opinião tradicional*, em lugar de se partir da *centralidade da conduta*, deveria partir-se da *centralidade do dano*, “de que está previsto o ressarcimento, desde que seja ‘injusto’”³⁶ – e, desde que devesse partir-se da *centralidade do dano*, o art. 2043.º não se configuraria como *norma secundária*, como *sanção* para uma conduta *ilícita*.

A *área da ressarcibilidade* não seria, ou em todo o caso não deveria ser, definida pelas normas por que se atribuem direitos ou deveres, e sim, só, pela norma por que se determina que “qualquer facto [...] que cause a outrem um dano injusto obriga aquele que cometeu o facto a indemnizar o dano” – por que se determina que “é ressarcível o dano que apresente a característica da injustiça, isto é, o dano causado *non iure*, concretizado na lesão de um interesse relevante para o ordenamento jurídico, desde que não coberto por nenhuma causa de justificação”³⁷. A previsão da *injustiça do dano*, por que se define a *área da ressarcibilidade*, não seria uma previsão *não autónoma* – não seria uma *fattispecie* não autónoma, dependente de uma norma primária –, seria sim uma previsão autónoma, ou uma *fattispecie* autónoma, “caracterizada (*contrassegnata*) pela lesão de um interesse juridicamente relevante”; *i.e.*, caracterizada pela lesão de um interesse relevante para o ordenamento jurídico. Em

³⁵ “... può tuttavia osservarsi, per un verso, che non emerge dal tenore letterale dell’art. 2043 c.c. che oggetto della tutela risarcitoria sia esclusivamente il diritto soggettivo [...]; per altro verso, che la scissione della formula ‘danno ingiusto’, per riferire l’aggettivazione alla condotta, costituisce indubbia forzatura della lettera della norma, secondo la quale l’ingiustizia è requisito del danno”.

³⁶ VISINTINI (2005), p. 427, diz, chega a dizer, que “aquilo que caracteriza o sistema italiano é [...] a qualificação da injustiça aplicada ao dano, e não ao facto”.

³⁷ “L’area della risarcibilità non è quindi definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti [...], bensì da una clausola generale, espressa dalla formula ‘danno ingiusto’, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell’ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l’ordinamento”.

consequência, a *área da ressarcibilidade* seria definida por uma norma *autónoma*, por uma norma *primária*, e a norma autónoma, primária, relevante seria o art. 2043.º do Código Civil italiano:

“a norma sobre a responsabilidade aquiliana [do art. 2043.º] não [seria] uma norma (secundária) destinada a sancionar uma conduta proibida pelas demais normas (primárias), e sim uma norma (primária) destinada a proporcionar uma reparação do dano injustamente sofrido por algum sujeito como resultado da conduta de outrem, de algum outro sujeito”³⁸.

A tese de que a *área da ressarcibilidade* é definida pelas normas por que se atribuem direitos e deveres teria como consequência a *tipicidade* dos factos ilícitos civis; teria como consequência que ilícitos civis seriam só os factos lesivos de “situações [subjectivas] bem determinadas, qualificadas pelo legislador”; a tese de que a *área da ressarcibilidade* não é definida pelas normas por que se atribuem direitos e deveres, e sim só pela norma por que se estabelece que é indemnizável o *dano injusto*, essa, tem como consequência a *atipicidade* dos factos ilícitos; tem como consequência que ilícitos civis sejam todos os factos lesivos de situações subjectivas juridicamente relevantes, ainda que não qualificadas pelo legislador. Ora os interesses juridicamente relevantes – as situações subjectivas juridicamente relevantes e, em consequência, dignas de tutela –, não poderiam determinar-se *a priori*:

“característica do facto ilícito delineado pelo art. 2043.º do Código Civil italiano, entendido como norma primária, é exactamente a sua atipicidade”.

O aplicador do direito deveria proceder a uma *selecção* dos interesses, ou a uma selecção das *situações subjectivas*, dignas de tutela, e deveria proceder a uma *selecção* dos interesses, ou das situações subjectivas, dignas de tutela através de uma *comparaçã*o entre os interesses em conflito

³⁸ O texto original do acórdão da Corte di Cassazione de 22 de Julho de 1999 (n.º 500) diz o seguinte: “Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell’attività altrui.”

– entre o interesse, o *interesse efectivo*, do sujeito que se afirma lesado e o interesse do sujeito de que se afirma ser lesante –, “a fim de verificar se o sacrifício do interesse do lesado se encontra, ou não, justificado, pela prossecução do interesse do lesante, do autor da conduta, em razão da sua prevalência”.

Em todo o caso, a *comparação*, com a componente de *ponderação* e de *valoração* subjacente, não ficaria remetida para a discricionariedade do juiz, devendo ser conduzida de acordo com o direito positivo – e devendo ser conduzida de acordo com o direito positivo no sentido em que há-de averiguar-se *se, com que consistência e com que intensidade* o direito positivo tutela o interesse lesado; se o tutela com *disposições específicas*, “resolvendo radicalmente o conflito”³⁹, ou se, ainda que não o tutele com *disposições específicas*, “o toma em consideração sob algum perfil, ou ponto de vista, diferente da tutela ressarcitória, tornando assim explícita uma exigência de protecção”; “se se verifica uma ruptura do justo equilíbrio intersubjectivo, que possa ou deva reestabelecer-se através do ressarcimento”:

“... a normativa sobre a responsabilidade aquiliana desempenha a função de reparação do ‘dano injusto’, e é injusto o dano que o ordenamento jurídico não pode suportar que permaneça a cargo da vítima e que, por consequência, deve transferir-se para o autor do facto, por corresponder à lesão de um interesse juridicamente relevante, qualquer que seja a sua qualificação formal – e, em particular, sem que assuma relevo determinante a sua qualificação [formal] como direito subjectivo”⁴⁰.

IV. – Enquanto a adaptação dos modelos da *actio de dolo*, da *causação dolosa de danos contra os bons costumes* ou das *normas de protecção* seria

³⁹ Como sucede, p. ex., quando o interesse lesado é tutelado sob a forma de um direito subjectivo, como, p. ex., de um direito de personalidade ou de um direito constitucionalmente garantido.

⁴⁰ O texto original do acórdão da *Corte di Cassazione* diz o seguinte: “la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del ‘danno ingiusto’, e [...] è ingiusto il danno che l’ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull’autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo”.

ainda compatível interpretação do art. 2043.º como uma *norma secundaria*, por que se sanciona a violação dos deveres estabelecidos pelas *normas primárias*, a superação dos modelos da *actio de dolo*, da *causação dolosa de danos contra os bons costumes* ou das *normas de protecção*, através de uma cláusula geral como o *dano injusto*, só é compatível com a interpretação do art. 2043.º do Código Civil italiano como *norma primária*⁴¹. Enquanto a adaptação dos modelos do direito alemão, ou do direito romano, designadamente através da cláusulas gerais do *abuso do direito* e da *boa fé*⁴², seria ainda compatível com o *princípio da tipicidade*, a superação dos modelos do direito alemão ou do direito romano só seria compatível com um *princípio de atipicidade dos factos ilícitos*.

O resultado de que o art. 2043.º do Código Civil italiano contém uma *cláusula geral* equivale ao de que contém uma *norma*, ou uma *proposição jurídica, incompleta*⁴³.

A *cláusula geral* não dá os critérios da sua aplicação / da sua concretização⁴⁴ – carece de preenchimento com recurso a valorações⁴⁵, e com valorações sensíveis às circunstâncias do caso⁴⁶:

“... em vez de disciplinar completamente uma *fattispecie abstracta*, [a cláusula geral] dita uma *directiva*, destinada a concretizar-se, com a formação, pela jurisprudência, da regra a aplicar”⁴⁷.

Interpretar o art. 2043.º do Código Civil italiano como *cláusula geral*, e como *norma primária*, significa representar o sistema de responsabilidade civil como um *sistema aberto*⁴⁸ e substituir o princípio da *tipicidade* por um princípio de *atipicidade* dos factos constitutivos da responsabilidade civil – em regra, em toda a regra, por um princípio de

⁴¹ Cf. TRIMARCHI (1970), pp. 96-97.

⁴² SACCO (2001), pp. 279-373; NAVARRETA (1998), pp. 77-115; MESSINETTI, (1998), pp. 1-22.

⁴³ VISINTINI (2005), p. 430, fala de uma “técnica legislativa incompleta”.

⁴⁴ Cf. designadamente CANARIS (1989), p. 142.

⁴⁵ CANARIS (1989), pp. 142 e 143.

⁴⁶ CANARIS (1989), p. 142.

⁴⁷ VISINTINI (2005), p. 430

⁴⁸ Expressão de THIENE (2016), p. 2196.

atipicidade dos factos *antijurídicos* ou *ilícitos* constitutivos da responsabilidade civil⁴⁹.

Os comentários ao art. 2043.º do Código Civil italiano chamam a atenção para que, desde que abandonada a referência, a “tranquilizadora referência”⁵⁰, ao direito subjectivo, tornou-se clara a dificuldade de encontrar uma nova fórmula, “capaz de guiar os juizes na selecção dos interesses dignos da tutela ressarcitória”⁵¹.

Entre os pontos certos, incontroversos, está sobretudo o de que o juízo sobre a injustiça decorre de uma comparação, de um *balanceamento* ou de uma *ponderação*, entre os interesses do lesante e os interesses do lesado⁵²; decorrendo, como decorre, de uma comparação, “é [um juízo] intrinsecamente bilateral”⁵³; e, decorrendo de um *balanceamento* ou de uma *ponderação*, é um *juízo de valor*, bilateral ou recíproco⁵⁴.

Em alguns autores afirma-se e em alguns autores nega-se que deve atender-se à diferença entre as *acções* e as *omissões*⁵⁵; em alguns autores afirma-se e em alguns autores nega-se que deve atender-se à diferença entre *dolo* e *mera culpa*, que, dentro da *mera culpa*, deve atender-se à diferença entre *culpa grave* e *culpa leve*⁵⁶.

O art. 2043.º do Código Civil italiano faz referência, indistintamente, ao *dolo* e à *mera culpa*, desvalorizando a relevância que assume,

⁴⁹ Vide, por último, SIRENA, (2007), pp. 242-253 (247); CURSI (2012), pp. 5-91; ou VISINTINI (2018), pp. 589-623.

⁵⁰ Expressão de THIENE (2016), p. 2197.

⁵¹ THIENE (2016), p. 2197.

⁵² Cf. TRIMARCHI (1970), pp. 96-97 – falando de uma *valoração comparativa de interesses contrapostos*.

⁵³ THIENE (2016), p. 2196.

⁵⁴ Cf. SALVI (1988), p. 1212 – continuando com a afirmação de que o procedimento em causa, por ser um procedimento de *ponderação* e de *valoração*, só pode ser sintética e unitariamente descrito por referência às características formais da operação que o intérprete desempenha na aplicação das normas relevantes, e não por referência às características substanciais, à “enunciação de regras que substituam – com a mesma pretensão de exaustividade – a tradicional fórmula da violação dos direitos absolutos”.

⁵⁵ Cf. TRIMARCHI (1970), pp. 97-98 – afirmando-o.

⁵⁶ Cf. TRIMARCHI (1970), pp. 97-98 – afirmando-o.

ou que deve assumir, “a específica modalidade de comportamento que conduziu à lesão de um interesse protegido”^{57/58}.

Entre os pontos controversos, duvidosos, estão sobretudo os critérios do *juízo de valor* – a doutrina e a jurisprudência italianas convocam, indistintamente, princípios de direito privado e princípios de direito público, no quadro da ordem de valores constitucionais; convocam princípios de direito privado, como o *abuso do direito*⁵⁹, os deveres de *boa fé* e os deveres de *correção*⁶⁰; convocam princípios de direito público, como o princípio da prossecução do *interesse público*, ou da *utilidade pública*⁶¹; e consideram os princípios, de direito privado e de direito público no quadro da ordem de valores constitucionais, entre os quais está o valor da *solidariedade*^{62/63}.

O acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500) fala de uma *convergência substantiva* entre os resultados da interpretação do art. 2043.º do Código Civil italiano como *cláusula geral* e como *norma primária* e os resultados da interpretação do art. 2043.º como *norma secundária*, por que se sanciona a violação da *norma primária* representada pelo art. 2.º da Constituição italiana; ou seja, da *norma primária* por que se estabelecem “deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social”⁶⁴; em todo o caso, ainda que se represente o art. 2043.º como *cláusula geral* e como *norma primária*, sempre o art. 2.º da

⁵⁷ THIENE (2016), p. 2197.

⁵⁸ Em particular, pergunta-se se um dano económico, se um dano patrimonial primário ou puro, deve ser indemnizado, desde que seja causado intencionalmente ainda que da causação intencional do dano não decorra a lesão de algum direito subjectivo ou de algum interesse juridicamente protegido [vide THIENE (2016), p. 2197 – falando de uma “intencional vontade de causar um dano”].

⁵⁹ Cf. designadamente BUSNELLI e NAVARRETA (1998), pp. 77-115, e BARCELLONA (2011), p. 200.

⁶⁰ THIENE (2016), p. 2196.

⁶¹ THIENE (2016), p. 2196.

⁶² Entre os *afloramentos* do princípio ou valor da solidariedade está o art. 2.º da Constituição italiana, em que se declara que “[a] República reconhece e garante os direitos invioláveis do ser humano, seja como indivíduo, seja nas formações sociais em que desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social”.

⁶³ THIENE (2016), p. 2196.

⁶⁴ O texto original do acórdão da *Corte di Cassazione* diz, *en passant*, o seguinte: “*altra opinione ricollega l’ingiustizia del danno alla violazione del limite costituzionale di solidarietà, desumibile*

Constituição italiana remeteria para princípios e valores relevantes, por que deveria avaliar-se a *justiça* ou a *injustiça* do dano.

Será *injusto*, p. ex., o dano decorrente da omissão dos comportamentos adequados e/ou dos comportamentos necessários para a protecção dos interesses tutelados pela ordem jurídica, “no quadro de critérios de correcção e de solidariedade”⁶⁵.

3. O problema da responsabilidade pela concessão de crédito no quadro do art. 2043.º do Código Civil italiano

Face ao *paradigma da ponderação* e da *valoração*, a doutrina e a jurisprudência italianas podem pôr o problema da responsabilidade pela concessão de crédito no quadro da responsabilidade pela lesão de direitos absolutos, pela lesão de direitos relativos ou pela lesão de interesses. Em primeiro lugar, podem pô-lo no quadro da responsabilidade pela lesão de direitos absolutos. O dano, dos antigos e dos novos credores, pode representar-se como resultado da violação do direito absoluto à integridade e à liberdade de disposição do património. Em segundo lugar, podem pô-lo no quadro da responsabilidade pela lesão de direitos relativos ou pela lesão de interesses⁶⁶.

I. – O tema convoca a distinção entre o dano causado à empresa e o dano causado aos credores da empresa financiada e, dentro do dano causado aos credores, a distinção entre o dano causado aos antigos e o dano causado aos novos credores – aos antigos credores, a que a *Corte di Cassazione* chama *credores precedenti*, e aos novos credores, a que a *Corte di Cassazione* chama *credores subsequentes* ou *sucessivos*.

A existência de uma responsabilidade contratual do banco para com o devedor indigno de crédito é controvertida; alega-se que é difícil conceber uma responsabilidade contratual pela *conclusão* ou pelo *cumprimento*

dagli artt. 2 e 41, comma 2, Cost., in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti, e sotto tale ultimo profilo le tesi sostanzialmente convergono”.

⁶⁵ Cf. NIGRO (1978), pp. 219 ss. (230).

⁶⁶ Excluído o (controverso) direito absoluto à integridade e à liberdade de disposição do património, o problema da responsabilidade pela concessão de crédito deverá em todo o caso pôr-se só no quadro da responsabilidade pela lesão de direitos, desde que relativos, ou no quadro da responsabilidade pela lesão de interesses.

de um contrato; de um contrato de concessão de crédito⁶⁷; a existência de uma responsabilidade extracontratual do banco para com os credores do devedor indigno de crédito, essa, não era e não é controvertida⁶⁸. Os autores mais fortemente ligados ao princípio da *tipicidade do ilícito civil* consideravam que só havia, de que só podia haver, *concessão abusiva de crédito* em duas hipóteses: quando a decisão do banco fosse absolutamente inexplicável ou, ainda que a decisão do banco não fosse absolutamente inexplicável, a concessão de crédito correspondesse a uma ingerência ou intromissão na gestão da empresa financiada⁶⁹. Em termos práticos, o critério da decisão *absolutamente inexplicável* corresponderia a uma limitação da responsabilidade ao *dolo* e à *culpa grave*⁷⁰. Os autores mais fortemente ligados ao *princípio da atipicidade do ilícito civil*, esses, consideravam que podia haver *concessão abusiva de crédito* em todas as hipóteses de violação dos deveres civis de boa fé e de correção, designadamente profissional – consagrados nos arts. 1175.º e 1375.º do Código Civil italiano – ou de violação dos deveres constitucionais de solidariedade – consagrados no art. 2.º da Constituição italiana⁷¹. Em termos práticos, o critério da *violação dos deveres civis de boa fé e de correção*, ou dos *deveres constitucionais de solidariedade*, corresponderia a uma ampliação da responsabilidade – de uma responsabilidade por *dolo* e *culpa grave* a uma responsabilidade por *culpa leve*.

A evolução da doutrina e da jurisprudência italianas sobre o art. 2043.º do Código Civil, com a superação do limite do *direito absoluto* e, depois do *direito absoluto*, com a superação do limite do *direito subjectivo*, depõe decisivamente em favor da segunda tese – da ampliação do conceito de *concessão abusiva de crédito* em termos de abranger a responsabilidade por *dolo* e por *mera culpa* e, dentro da *mera culpa*, por *culpa grave* e por *culpa leve*. O *facto constitutivo* da responsabilidade está, ou pode estar, no comportamento *doloso* do credor. O banco pode ter concedido crédito

⁶⁷ Cf. designadamente DI MARZIO (2012).

⁶⁸ Sobre o direito italiano anterior aos *leading cases* constituído pelos acórdãos da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2006, vide, p. ex., NIGRO (1978), pp., 219 ss.; CASTRONOVO (1981), pp. 275 ss.; BERTACHINI (1994); SANTORO (1996), pp. 351-368; CAPOLINO (1997), pp. 37-67; DI MARZIO (2004), pp. 142-182; ou FAUCEGLIA (2005), pp. 246-257.

⁶⁹ Cf. CASTRONOVO (1981), pp. 287 ss.

⁷⁰ Cf. SANTORO (1996), pp. 362 ss.

⁷¹ Cf. NIGRO (1978), pp. 219 ss.

à empresa para conseguir uma vantagem injustificada para si, e para a conseguir em detrimento da generalidade dos credores⁷². Estabelecida a responsabilidade nos casos em que o facto *constitutivo* da responsabilidade estivesse no comportamento *doloso* do credor, a doutrina e a jurisprudência preocuparam-se em estabelecê-la nos casos em que o facto constitutivo estivesse num comportamento *negligente*. Entre os pontos consensuais, ou quase consensuais, está o de que “o elemento subjectivo [do ilícito] não pode restringir-se ao dolo ou à culpa grave, devendo aplicar-se os princípios gerais sobre os factos ilícitos extracontratuais”, e dos princípios gerais resulta a extensão do elemento subjectivo à culpa leve, “avaliada com recurso aos critérios da diligência profissional”⁷³.

II. – Os acórdãos da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2006, com os n.ºs 7029⁷⁴, 7030⁷⁵ e 7031⁷⁶, consideraram que a conclusão de um contrato, em regra a de um contrato de mútuo, com um cliente indigno de crédito era um *facto que causava um dano injusto* no sentido do art. 2043.º do Código Civil italiano, e que, *desde que o facto que causava o dano fosse doloso ou negligente*, constituía o banco em responsabilidade. Em *responsabilidade contratual* para com o cliente e em *responsabilidade extracontratual*, para com os *antigos credores* e para com os *novos credores* do cliente.

O dano dos antigos credores, dos titulares de créditos anteriores ao financiamento da empresa devedora, *em situação desesperada*, pode representar-se como consequência da lesão de um direito, desde que relativo, ou como consequência da lesão de um interesse. Os antigos credores ficaram prejudicados por concorrerem com os novos credores

⁷² Entre os casos típicos de responsabilidade pela concessão de crédito estariam aqueles em que o banco concede crédito para conseguir uma vantagem para si própria, desde o mínimo de evitar os custos adicionais ou suplementares de um processo de liquidação relativamente a um património insuficiente, ao máximo de escapar à acção pauliana, à resolução em benefício da massa, ou de estabelecer uma hipoteca sobre os bens da empresa devedora [cf. SANTORO, “Criteri di valutazione dell’operato della banca nella concessione di fidi a società poi dichiarate fallite: Recenti orientamenti della Cassazione in tema di abuso della banca nella concessione di credito”, cit., p. 360].

⁷³ Cf. FOSTUNATO (2009), p. 66.

⁷⁴ Consultado em: [www: < http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17013.pdf >](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17013.pdf).

⁷⁵ Consultado em: [www: < http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/264.pdf >](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/264.pdf).

⁷⁶ Publicada in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (2006).

e, em consequência, por só conseguirem recuperar uma soma inferior àquela que teriam recuperado se a insolvência tivesse sido declarada em tempo⁷⁷. Em relação aos antigos credores, o banco responde pelo *crédito*, pela maior ou menor satisfação do crédito – a responsabilidade do banco pelos danos causados aos *antigos credores* é, por consequência, semelhante à *responsabilidade pela lesão de um direito de crédito*⁷⁸.

O dano dos novos credores – dos titulares de créditos posteriores ao financiamento da empresa devedora –, esse, só pode representar-se como consequência da lesão de um interesse. Os novos credores ficaram prejudicados por terem continuado a ter relações comerciais e económicas com a empresa devedora, confiando na sua aparência de solvabilidade e concedendo-lhe o crédito que a sua aparência de solvabilidade explicava e/ou justificava. Em relação aos novos credores, o banco responde pela *confiança* – pela maior ou menor confiança na capacidade económica e financeira, na *dignidade de crédito*, da empresa financiada – em lugar de *responsabilidade pela lesão de um direito*, de um direito *de crédito*, a responsabilidade do banco pelos danos causados aos *novos credores* é semelhante à *responsabilidade pela lesão de um interesse*.

Independentemente de os credores serem antigos ou novos, a *Corte di Cassazione* decidiu que os interesses da banca deviam subordinar-se aos interesses dos credores, explicando ou justificando a sua decisão em, pelo menos, três razões.

O banco violou deveres de boa fé e de correcção; ao violá-los, perturbou a *percepção* dos participantes no mercado sobre a situação económica e financeira da empresa financiada; e ao perturbar a *percepção* dos participantes no mercado sobre a situação económica e financeira da empresa financiada, perturbou a concorrência.

Em primeiro lugar, o banco violou deveres de boa fé e de correcção – o crédito foi concedido contra as práticas da boa administração, ou simplesmente das boas práticas. Em segundo lugar, ao violar deveres de boa fé e de correcção, o banco perturbou a *percepção* dos participantes no mercado sobre a situação económica e financeira da empresa financiada. O facto de um banco conceder crédito a um cliente indigno causa um *dano injusto* aos *antigos credores*, conflituando com o seu direito a

⁷⁷ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695).

⁷⁸ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695).

uma “realização do crédito na execução insolvential”, e causa um *dano injusto* aos *novos credores*, conflituasse ou não com o seu direito a uma realização do crédito. O dano injusto dos novos credores consiste na lesão da *liberdade contratual* – o comportamento global do banco, concretizado na concessão de crédito, teria o efeito de produzir no mercado em geral e nos novos credores, como agentes de mercado, em particular, a convicção errónea de que “a empresa era ainda digna de crédito (era ainda financiável)”.

Em terceiro lugar, ao perturbar a *percepção* dos participantes no mercado, sobre a situação económica e financeira da empresa financiada, perturbou a concorrência.

Os acórdãos da *Corte di Cassazione* de 26 de Março de 2006 falam de um *dano concorrencial*:

“Uma concessão de crédito estranha às regras da correcta administração do banco, mantendo artificialmente em vida uma empresa que, pelo contrário, deveria sair do mercado, consentir-lhe-ia continuar no mercado, e continuar num mercado concorrencial.”

O tema foi retomado, p. ex., pelo acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695)⁷⁹. O facto de o financiamento ter efeitos em relação ao mercado, a todo o mercado, era agravado pela circunstância de o mercado ter natureza relacional – nos termos da *Corte di Cassazione*, era agravado pela circunstância de o mercado ter “natureza puramente relacional”. O mercado é um sistema, e é um sistema de relações comerciais; daí que a actuação de cada um dos *operadores* seja constituição e constituição do mercado⁸⁰: “... o operador económico é artífice do mercado e, como tal, está sujeito ao dever de auto-responsabilidade”; de tal forma que só com dificuldade se duvidará de que “o agir negligente, despreocupado com os perigos [da concessão de crédito] para o conjunto das relações comerciais e económicas contraria o princípio da

⁷⁹ Consultado em [www: < http://www.italggiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=../20180514/snciv@s10@a2018@n11695@tS.clean.pdf >](http://www.italggiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=../20180514/snciv@s10@a2018@n11695@tS.clean.pdf).

⁸⁰ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695): “*il mercato ha dimensione puramente relazionale nel senso che le relazioni economiche e commerciali non soltanto si svolgono nel mercato, ma pure lo realizzano*”.

auto-responsabilidade”, ou de que a confiança de terceiros, participantes no mercado, na diligência do banco é uma confiança digna de protecção ou de tutela⁸¹.

Em cada um dos três acórdãos de 26 de Março de 2006 – com os n.ºs 7029, 7030 e 7031 –, a *Corte di Cassazione* concluía que o banco devia ser responsabilizado pela concessão de crédito, e que devia ser responsabilizado pela concessão de crédito ainda que a empresa financiada não fosse declarada insolvente – “a concessão abusiva de crédito continua[ria] a ser ilícita e, por isso, facto constitutivo de um dano aquiliano ainda que não [fosse] seguida da falência e, de qualquer forma, antes da falência”⁸² – e as suas conclusões foram desenvolvidas, p. ex., pelos acórdãos da 1 de Junho de 2010 (com o n.º 13413)⁸³, de 20 de Abril de 2017 (com o n.º 9983)⁸⁴, de 12 de Maio de 2017 (com o n.º 11798)⁸⁵ e de 14 de Maio de 2018 (com o n.º 11695)⁸⁶.

III. – Esforçando-se por uma *reconstrução dogmática*, sistemática e teleologicamente sustentada, do sistema de responsabilidade pela

⁸¹ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695): “*nell’esercizio della sua attività sul mercato l’operatore economico è artefice del mercato stesso, e come tale è richiamato al dovere di autoresponsabilità anche quale misura di giustificazione delle sue pretese risarcitorie, sicché sembra difficile dubitare che l’agire negligente e noncurante delle insidie insite nelle operazioni economiche e nelle relazioni commerciali contravvenga al principio di autoresponsabilità, e impedisca di affermare come meritevole di tutela l’incauto affidamento riposto sulla bontà dell’operazione*”.

⁸² O acórdão da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2006 continuava dizendo que “o efeito danoso da actividade ilícita de que se trata não é necessariamente e, por isso, não é exclusivamente, a errada percepção da solvabilidade da empresa financiada”.

⁸³ Consultado em [www: < http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17261.pdf >](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17261.pdf).

⁸⁴ Consultado em [www: < http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17266.pdf >](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17266.pdf).

⁸⁵ Consultado em [www: < http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=20170512/snciv@s30@a2017@n11798@tS.clean.pdf >](http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=20170512/snciv@s30@a2017@n11798@tS.clean.pdf) e em [http://www.dirittobancario.it/giurisprudenza/fallimentare-restructuring/azioni-di-responsabilita/abusiva-concessione-di-credito-e-difetto-di-legittimazione >](http://www.dirittobancario.it/giurisprudenza/fallimentare-restructuring/azioni-di-responsabilita/abusiva-concessione-di-credito-e-difetto-di-legittimazione).

⁸⁶ Sobre o direito italiano posterior aos *leading cases* constituído pelos acórdãos da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2006, *vide*, p. ex., FORTUNATO (2009), pp. 65-68; PISCITELLO (2010), pp. 655-675; BELLÌ (2012), pp. 92-96; DI MARZIO (2012); BALESTRA (2013), pp. 109-127; PIZZIGATTI (2013), pp. 80-89; FULCHERI e GOITRE (2016), pp. 67-83; PARROTTA (2016); VITIELLO (2017), pp. 193-203; CARIDI (2017), pp. 785-799; ou RAJNERI (2017), pp. 424-425.

concessão abusiva do crédito, a doutrina e a jurisprudência italianas dividem-se entre os adeptos de uma concepção *monista, monocêntrica*, e os adeptos de uma concepção *pluralista, policêntrica*, dos bens ou dos interesses lesados. O termo *concepção monista, monocêntrica*, designará as construções de toda a responsabilidade pela concessão abusiva de crédito como responsabilidade *indiferenciada* pela lesão da liberdade dos credores; o termo *concepção pluralista, policêntrica*, designará as construções da responsabilidade pela concessão de crédito como responsabilidade *diferenciada*. Em relação aos antigos credores, haveria uma lesão de um direito (de crédito). O dano dos antigos credores corresponderia a um dano indirecto; decorreria da diminuição do património do devedor⁸⁷. Em relação aos novos credores, uma lesão da liberdade – da liberdade de conclusão ou de não conclusão do negócio; da liberdade negocial. O dano dos novos credores seria um dano directo; decorreria da conclusão do contrato, ainda que da conclusão do contrato não decorresse nenhuma diminuição do património do devedor. Os interesses dos novos credores seriam lesados pelo facto de terem concluído um contrato com um devedor em situação económica difícil, ou em situação de insolvência iminente.

O argumento central das *concepções monistas, monocêntricas*, consiste na reconstrução do problema da concessão abusiva de crédito como um problema de informação.

Entre os *momentos centrais* do direito da insolvência, ou da pré-insolvência, estaria o *momento informativo*⁸⁸. O direito da insolvência, ou da pré-insolvência, desempenharia uma função de *exteriorização da insolvência* ou de *exteriorização do risco de insolvência* e a função de *exteriorização do risco* exprimir-se-ia, designadamente, no *dever de apresentação à insolvência* – no *dever de requerer a declaração de insolvência*.

A concessão abusiva de crédito corresponderia a uma *lesão do momento informativo*: prejudicaria a informação do mercado por acção e por omissão: prejudicá-la-ia por acção, ao fazer com que fosse emitido um sinal de que o devedor não está insolvente, ou não está em risco

⁸⁷ Como diz CARIDI, “un affidamento tutelabile suscettibile di essere leso dalla abusiva concessione di credito è configurabile solo in capo ai c.d. ‘creditori successivi’ all’erogazione del credito [...], ossia solo in capo a coloro che contrattano con il sovrvenuto dopo che lo stesso sia stato finanziato, non invece in capo ai c.d. ‘creditori anteriori’, i quali, avendo contrattato con il sovrvenuto prima del finanziamento, evidentemente su quest’ultimo non possono in alcun modo aver fatto affidamento”.

⁸⁸ Expressão de CARIDI (2017), p. 786: “centralità del momento informativo”.

de insolvência; prejudicá-la-ia por omissão, ao não fazer com que fossem emitidos os sinais de que o devedor está insolvente ou em risco de insolvência.

Entre os credores atingidos pela lesão do *momento informativo* estariam os antigos e os novos credores. Os antigos credores seriam atingidos, por não poderem actuar ou exercer as faculdades de que, em especial, dispõem – designadamente, por não poderem actuar a faculdade de requerer a declaração de insolvência do devedor⁸⁹; os novos credores seriam atingidos, por não poderem actuar ou exercer as faculdades de que, em geral, dispõem – designadamente, por não poderem exercer a sua liberdade contratual. CARIDI diz, de forma impressiva, que a concessão abusiva de crédito “desactiva os mecanismos sinaléticos” – a lesão do *momento informativo* tem como efeito um *inquinamento das condições normais de transparência dentro das quais se desenvolvem (devem desenvolver-se) as relações económicas, dentro de um mercado*⁹⁰.

O tema continua controverso; ainda que o tema continue controverso, as teses dualistas tendem a prevalecer sobre as teses unitárias – os interesses dos antigos credores e dos novos credores tendem a ser tomados como interesses autónomos e distintos.

Entre os sinais da prevalência das teses dualistas sobre as teses unitárias está o acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695), em que se decidiu que a responsabilidade dos bancos pelos danos causados aos novos credores era uma *responsabilidade pela confiança* – e que, como responsabilidade pela confiança, estava sujeita ao requisito adicional ou suplementar de que *o novo credor não conhecesse, e não devesse conhecer, a situação de insolvência do devedor-cliente*.

O conjunto das disposições do direito actual – o conjunto das disposições do direito vivo⁹¹ –, relativas à *responsabilidade pela confiança* teria imanente o princípio de que a responsabilidade do lesante

⁸⁹ Cf. DI MARZIO (2004), “*nella concessione abusiva del credito non si realizza nessuna complicità nell’inadempimento e dunque nella lesione del diritto di credito, ma una autonoma lesione della libertà del creditore di autotutelarsi convenientemente (con la richiesta del fallimento dell’impresa debitrice)*”.

⁹⁰ Expressão de DI MARZIO (2004): “*inquinamento delle condizioni normali di trasparenza in cui si svolgono (o dovrebbero svolgersi) le relazioni di mercato*”.

⁹¹ O acórdão da *Corte di Cassazione* fala de um *principio immanente nell’assetto impresso dal diritto vivente alla tutela risarcitoria in materia di affidamento*.

depende da auto-responsabilidade do lesado, e a auto-responsabilidade do lesado concretiza-se em que a confiança na conduta do lesante seja uma confiança desculpável: “não pode[] o ordenamento jurídico tutelar aquele que, por causa da sua própria negligência, abdicou da própria responsabilidade”⁹².

Embora o caso fosse especial⁹³, a *Corte di Cassazione* enunciou um princípio geral:

“Em tema de concessão abusiva de crédito, o banco que financie uma empresa insolvente e que, por consequência, faça com que se atrase a declaração de insolvência responde perante terceiros que, em razão do retardamento, tenham confiado na solvabilidade e tenham continuado a ter relações contratuais com a empresa, desde que fique provado que os terceiros não tinham conhecimento da situação de insolvência e que tal falta de conhecimento não era imputável a culpa sua.”

O teor do sumário sugere que a responsabilidade do banco pela concessão abusiva de crédito depende de três categorias ou tipos de elementos: de elementos objectivos – a insolvência ou risco de insolvência da empresa –, de elementos subjectivos relacionados com o credor – o banco só responde desde que conheça, ou deva conhecer, a situação económica e financeira da empresa – e de elementos subjectivos relacionados com os *terceiros*, em particular com os *novos credores* – o banco só responde perante os terceiros, p. ex., perante os novos credores, desde que os terceiros desconheçam, e não devam conhecer, a situação económica e financeira da empresa.

⁹² Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695): “... *intanto si possa affermare la responsabilità del soggetto a cui si imputa il fatto illecito fonte di pregiudizio, se ed in quanto l'affidamento che il danneggiato riponga nella condotta altrui sia immune da colpa, non potendo l'ordinamento tutelare le ragioni di chi per effetto della propria negligenza abbia abdicato al principio di autoresponsabilità*”.

⁹³ A autora, a sociedade OMT, era completamente controlada pela empresa financiada, pela sociedade Merker, de tal forma que era gerida pelas mesmas pessoas que geriam a empresa financiada, e pedia uma indemnização à Ré, à Meliorbanca, por ter continuado a ter relações comerciais com a Merker.

4. Comparação entre o art. 2043.º do Código Civil italiano e os arts. 483.º e 334.º do Código Civil português – Comparação entre o problema da responsabilidade pela concessão de crédito no quadro do art. 2043.º do Código Civil italiano e no quadro dos arts. 483.º e 334.º do Código Civil português

Enquanto o art. 2043.º do Código Civil italiano contém uma *cláusula geral*, uma *grande cláusula geral*, os arts. 483.º e 334.º do Código Civil português contêm três *cláusulas particulares* ou, em todo o caso, três *pequenas cláusulas gerais*⁹⁴; enquanto o art. 2043.º do Código Civil italiano contém uma *norma incompleta*, os arts. 483.º e 334.º do Código Civil português contêm duas *normas completas, tendencialmente completas*, de alcance mais amplo – as duas normas do art. 483.º – e uma *norma incompleta*, de alcance mais restrito (muito mais restrito) – a norma do art. 334.º; enquanto o sistema de responsabilidade civil resultante do art. 2043.º do Código Civil italiano é um sistema *aberto, móvel*, o sistema de responsabilidade civil resultante dos arts. 483.º e 334.º do Código Civil português é um sistema em que coexistem *partes fechadas, imóveis ou rígidas* e *partes móveis, flexíveis*⁹⁵ e em que as *partes fechadas, imóveis ou rígidas* têm uma *prevalência fundamental* sobre as *partes móveis, flexíveis*⁹⁶.

I. – Os argumentos de direito comparado retirados do direito italiano podem contribuir para uma adequada interpretação das partes móveis do sistema português.

O problema fundamental do direito da responsabilidade civil está em determinar como pode conciliar-se a protecção dos bens jurídicos do

⁹⁴ Cf. designadamente CANARIS (2005/2012), pp. 577-584 = (2012), pp. 1109-1126 (1118-1119).

⁹⁵ Em termos em tudo semelhantes, para o direito alemão, vide CANARIS (2005/2012), pp. 134 e 135.

⁹⁶ Em termos em tudo semelhantes, para o direito alemão, vide CANARIS (2005/2012), p. 134.

lesado com a protecção da liberdade do lesante, do potencial lesante⁹⁷. Os §§ 823 e 826 do Código Civil alemão e, em termos em quase tudo semelhantes, os arts. 483.º e 334.º do Código Civil português resolvem-no através das três *pequenas cláusulas gerais*, das três *cláusulas particulares*, da violação dos direitos subjectivos e, dentro dos direitos subjectivos, dos direitos absolutos; da violação do direito objectivo e, dentro do direito objectivo, das disposições legais de protecção; e da causação de danos contra os bons costumes^{98/99}.

O sistema das três *pequenas cláusulas gerais*, ou das três *cláusulas particulares*, desempenha uma função de limitação da responsabilidade: “só proporciona uma protecção da liberdade geral de acção e do património se estiverem preenchidos requisitos objectivos e subjectivos especialmente exigentes”¹⁰⁰.

Entre os corolários da função de limitação da responsabilidade do sistema das três *pequenas cláusulas gerais*, ou das três *cláusulas particulares*, está sobretudo o *princípio da não ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários* – recentemente (re)afirmado, p. ex., por três acórdãos do

⁹⁷ CANARIS (2005/2012), p. 1118.

⁹⁸ CANARIS (2005/2012), p. 1118.

⁹⁹ CANARIS alega que a primeira das três pequenas cláusulas gerais, a violação dos direitos subjectivos e, dentro dos direitos subjectivos, dos direitos absolutos de outrem, tem como ponto de referência o ser humano em si; com a responsabilidade pela violação de direitos absolutos, pretende-se proteger os direitos mais fundamentais, mais importantes, do ser humano; a segunda, a violação do direito objectivo, tem como ponto de referência o ser humano em relação com o Estado – tem como ponto de referência o legislador, com o seu poder de conformação jurídica das relações sociais; e a terceira, a causação de danos contra os bons costumes, tem como ponto de referência a comunidade ou a sociedade [(2005), pp. 118-119]. Em todo o caso, a alegação de que a responsabilidade pela violação de direitos subjectivos e, dentro dos direitos subjectivos, dos direitos absolutos pretende proteger os bens jurídicos mais elementares, mais importantes, do ser humano é controvertida [criticando-a, vide, p. ex., SINDE MONTEIRO (1989), pp. 198-199: “na origem da técnica que é utilizada entre nós para a determinação da ilicitude, como primeiro e fundamental ‘filtro’ dos prejuízos indemnizáveis, não está o pensamento do carácter ‘menor’ ou menos valioso do dano económico puro, algo que se ligue com a sua natureza intrínseca, mas uma preocupação de certeza na determinação das pessoas com direito à indemnização”].

¹⁰⁰ CANARIS (2005/2012), p. 1120.

Supremo Tribunal de Justiça datados de 8 de Setembro de 2016^{101/102}, de 30 de Abril de 2019¹⁰³ e de 12 de Setembro de 2019¹⁰⁴.

Os danos patrimoniais primários, danos patrimoniais puros ou danos económicos puros “não são reparáveis em sede de responsabilidade civil extracontratual, salvo no caso de violação de normas destinadas a proteger interesses alheios [...] ou em determinadas hipóteses especiais como as dos arts. 485.º e 495.º do Código Civil, ou ainda quando se verifique abuso do direito enquanto fonte de responsabilidade civil”¹⁰⁵. Em coerência com o princípio da não ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários, a responsabilidade pela concessão de crédito será em regra uma responsabilidade por abuso do direito – e, dentro da responsabilidade por abuso do direito, uma responsabilidade pela causação de danos contra os bons costumes¹⁰⁶.

Ora a responsabilidade por abuso do direito – e, dentro da responsabilidade por abuso do direito, pela causação de danos contra os bons costumes – é uma das *partes móveis*, e uma das *partes flexíveis*, do direito da responsabilidade civil.

Embora o sistema do direito alemão ou do direito português “não [seja] fundamentalmente móvel, mas sim imóvel”¹⁰⁷, é um sistema fundamentalmente imóvel, fundamentalmente rígido, com partes móveis, flexíveis¹⁰⁸; embora, como é próprio de um sistema fundamentalmente imóvel, “a formação rígida de proposições normativas [...] represent[e] a

¹⁰¹ Proferido no processo n.º 1952/13.6TBPVZ.P1.S1 e relatado pela Conselheira MARIA DA GRAÇA TRIGO.

¹⁰² Com anotação de MIRANDA BARBOSA (2017), pp. 60-74, e (2017), pp. 453-486.

¹⁰³ Proferido no processo n.º 261/14.8TBVCD.P1.S1, de que fomos relator.

¹⁰⁴ Proferido no processo n.º 149/16.8T8VIS.C1.S1 e relatado pela Conselheira MARIA DA GRAÇA TRIGO.

¹⁰⁵ Cf. sumário do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2016 – processo n.º 1952/13.6TBPVZ.P1.S1.

¹⁰⁶ Como, em geral, explica SINDE MONTEIRO (1989), p. 547, o abuso do direito “é de particular relevo nas hipóteses em que não existe violação de direitos subjectivos, nem os respectivos interesses estão protegidos por disposições legais de protecção”.

¹⁰⁷ CANARIS (1989), p. 134.

¹⁰⁸ CANARIS (1989), pp. 134-135 – com a reafirmação subsequente de que “o direito positivo compreende [...] partes do sistema móveis e imóveis, com predomínio básico das primeiras” (p. 138).

regra” e a formação flexível, móvel, represente ou traduza a exceção¹⁰⁹, os conceitos de abuso de direito e, dentro do abuso do direito, de bons costumes resultam de uma formação flexível, móvel, de proposições normativas;

“Encontram-se numerosos exemplos de mobilidade do sistema, em especial onde as previsões normativas rígidas se complementam e acomodam através de cláusulas gerais: para determinar se um despedimento é anti-social, se existe um fundamento importante, se um negócio jurídico ou um comportamento são contrários aos bons costumes, etc., é necessário ponderar entre si determinados pontos de vista ‘segundo o número e o peso’, sem uma relação hierárquica firme.”¹¹⁰

Em Itália, como em Portugal, a aplicação do *abuso do direito* à responsabilidade civil pressupõe um conflito entre princípios antinómicos suscitado pela causação de um dano ou de um prejuízo¹¹¹.

Em Itália, fala-se do conflito entre um *princípio proibitivo geral*, por que se protege a esfera do lesado, e um conjunto de *princípios permissivos especiais* por que protege a esfera do lesante; em Portugal, fala-se, ou deve falar-se, do conflito entre um conjunto de *princípios proibitivos especiais* e o *princípio permissivo geral*, que decorre *a contrario sensu* do art. 483.º do Código Civil. Em todo o caso, em Itália, como em Portugal, a composição do conflito entre os princípios *proibitivos* e *permissivos* resolve-se necessariamente na *reorganização* do sistema, através de *regras* de compatibilização, por que se determina a prevalência do(s) princípio(s) proibitivo(s) ou permissivo(s)¹¹².

O art. 334.º do Código Civil português, como o § 826 do Código Civil alemão, permite o desenvolvimento do direito da responsabilidade civil, em dois sentidos:

Em primeiro lugar, no sentido de proteger, através da obrigação de indemnizar, interesses que são indubitavelmente dignos de tutela,

¹⁰⁹ CANARIS (1989), p. 138.

¹¹⁰ CANARIS (1989), pp. 137-138.

¹¹¹ BARCELONA (2011), p. 200.

¹¹² BARCELONA (2011), p. 200.

merecedores da tutela do direito, ainda que não tenham encontrado o seu “local dogmático preciso”; em segundo lugar, no sentido de proteger (todos) os interesses dignos de tutela, merecedores de tutela, contra “formas de comportamento novas” ou, em todo o caso, contra formas de comportamento que ainda “não tenham sido consideradas como ofendendo os bons costumes” – eventualmente, “antecipando-se à intervenção do legislador”¹¹³.

Entre o art. 2043.º do Código Civil italiano e o art. 334.º do Código Civil português encontra-se, por um lado, uma fundamental *relação de semelhança*. O art. 334.º permite a protecção dos interesses do lesado, ainda que não se consubstanciem num direito subjectivo, e dentro dos direitos subjectivos, num direito absoluto^{114/115}. Entre o art. 2043.º do Código Civil italiano e o art. 334.º do Código Civil português encontra-se, por outro lado, uma fundamental, ainda mais fundamental, *relação de dissemelhança*. O art. 2043.º do Código Civil italiano permite *como regra* a protecção dos interesses do lesado, ainda que não se consubstanciem num direito subjectivo; o art. 334.º do Código Civil português permite-a *como excepção*, e só a permite *como excepção*.

Os indícios da *relação de semelhança* concretizam-se, p. ex., em que a *qualificação de um dano como injusto* no quadro do art. 2043.º do Código Civil italiano ou a *qualificação de um comportamento como abusivo, como contrário aos bons costumes*, no quadro do art. 334.º do Código Civil português é o resultado de uma *comparação* e de uma *avaliação* – de uma *comparação valorativa* – por que se conclui que o interesse do lesado deve prevalecer sobre o interesse do lesante. Os indícios da *relação de dissemelhança* concretizam-se, p. ex., em que a *qualificação de um dano como injusto* no quadro do art. 2043.º do Código Civil italiano é *tendencialmente mais fácil* e o de que a *qualificação de um comportamento como*

¹¹³ Cf. SINDE MONTEIRO (1989), p. 558 (nota n.º 352) – em diálogo com DEUTSCH.

¹¹⁴ CANARIS (2005/2012), p. 1120.

¹¹⁵ VISINTINI (2005), p. 425, retira do § 826 do Código Civil alemão a conclusão de que, “na Alemanha, vigora um princípio de atipicidade, pelo menos potencial [dos factos ilícitos], desde que não nos fiquemos pela letra das disposições” – e a conclusão procede, *a pari* ou a fortiori, *para Portugal*.

abusivo, como contrário aos bons costumes, no quadro do art. 334.º do Código Civil português¹¹⁶ é *tendencialmente mais difícil*.

A qualificação de um dano como injusto no quadro do art. 2043.º do código italiano é *tendencialmente mais fácil*, porque pressupõe uma *ilicitude simples* e uma *culpa simples* – pressupõe só uma culpa leve; a qualificação de um comportamento como abusivo, ou como contrário aos bons costumes, no quadro do art. 334.º do código português, essa, é *tendencialmente mais difícil*, porque pressupõe uma ilicitude qualificada e *em regra* uma culpa qualificada – *em regra* pressupõe o dolo ou a culpa grave.

II. – Entrando na interpretação do art. 334.º do Código Civil deve atender-se à distinção entre as três hipóteses de abuso – o excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé, o excesso manifesto dos limites impostos pelos bons costumes e o excesso manifesto dos limites impostos pelo fim social ou económico do direito¹¹⁷.

A primeira e a terceira hipóteses – excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé e excesso manifesto dos limites impostos pelo fim, económico ou social, do direito actuado, da faculdade ou da liberdade exercidas – devem considerar-se irrelevante para efeitos de responsabilidade extracontratual. Estando em causa a primeira hipótese, falta muito para que possa sustentar-se a tipicidade e a ilicitude: falta a *ligação especial* entre lesante e lesado requerida pelo princípio da boa fé¹¹⁸ e, ainda que se superasse o requisito da *ligação especial*¹¹⁹, sempre faltaria a

¹¹⁶ Em ligação com o art. 335.º do Código Civil, para que a limitação dos espaços de liberdade, das *zonas de liberdade*, de cada sujeito, de cada potencial lesado e de cada potencial lesante, atenda, como deve atender, “[a]o modelo e [às] limitações do disposto em sede de conflito de direitos” [vide CARNEIRO DA FRADA (2006), p. 76].

¹¹⁷ Em relação a cada uma das três hipóteses, “a expressão [excesso *manifesto*] [...] redundava num apelo à prudência na apreensão e compreensão dos limites”, ainda que, “em si mesma e desligada de uma compreensão global quanto ao fundamento do instituto”, de pouco contribua para a sua densificação [GUERRA DE ALMEIDA (2014), pp. 784-789 (786)].

¹¹⁸ Vide por todos SINDE MONTEIRO, cit., p. 549: “... entre os sujeitos não existe uma relação ou relacionamento especial, pressuposto normalmente requerido para a actuação do princípio da boa fé”.

¹¹⁹ Como, em geral, explica SINDE MONTEIRO, o requisito da *ligação especial* é superável e, desde que fosse *superado*, o excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé poderia relevar como *previsão* ou como *tipo* de responsabilidade extracontratual: “nada impede, em

fundamentação ou *justificação* teleológica e sistemática para a *flexibilização* do sistema¹²⁰. Estando em causa a terceira hipótese, falta ainda mais (falta quase tudo) – o art. 334.º do Código Civil aplica-se sobretudo aos casos em que seja actuada a *liberdade geral de acção*, e o fim económico ou social da *liberdade geral de acção* é absolutamente indeterminado.

Em consequência, falta a *valoração* subjacente ao *direito*, subjacente à *faculdade* ou à *liberdade* – “[f]alta a base segura para a ponderação teleológica”¹²¹.

A responsabilidade extracontratual pelo *excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé*, ou pelo *excesso manifesto dos limites impostos pelo fim económico ou social da faculdade ou da liberdade exercidas*, frustraria a função de limitação da responsabilidade subjacente ao sistema dos arts. 483.º e 334.º do Código Civil.

A discricionariedade do aplicador do direito tornar-se-ia tão grande que ficariam esvaziadas de sentido “[a]s exigências colocadas em termos gerais para a existência de ilicitude”¹²². O equilíbrio entre a protecção dos bens jurídicos do lesado e a protecção da liberdade do lesante, procurado pelo legislador, seria substituído por uma ampliação desproporcionada da primeira, da protecção dos bens jurídicos do lesado, e por uma restrição desproporcionada da segunda, da liberdade do lesado – em lugar de se proporcionar, a cada sujeito, uma “isenção do risco de responsabilidade”, dentro de “zonas razoáveis de liberdade”¹²³, retirar-se-lhe-ia toda e qualquer isenção do risco.

Evitando a *frustração* das funções e a *substituição* do equilíbrio pelo *desequilíbrio* do sistema, deve excluir-se a *remissão* para o excesso

definitivo, que, prescindindo-se da exigência de uma ‘relação especial’ ou sequer de um ‘contacto social especialmente qualificado, se pretenda chamar a terreira o ‘excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé’ para sindicar a ilicitude delitual” [“Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III – *Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), pp. 453-481 (480)].

¹²⁰ Vide por todos SINDE MONTEIRO (1989), pp. 480-481; ou MENEZES CORDEIRO (2017), p. 455 – com a conclusão de que “[a] boa fé surge, cultural e cientificamente, como um instituto da áres obrigacional (ou contratual): não da área aquiliana”, pelo que não é necessária ou, ainda que fosse necessária, não seria adequada ao chamado “campo aquiliano”.

¹²¹ SINDE MONTEIRO (1989), p. 548.

¹²² SINDE MONTEIRO (1989), p. 480.

¹²³ CARNEIRO DA FRADA (2006), pp. 75-76.

manifesto dos limites impostos pela boa fé¹²⁴ ou para o excesso manifesto dos limites impostos pelo fim, económico ou social, da faculdade ou da liberdade exercidas¹²⁵ – a responsabilidade extracontratual por abuso do direito será essencialmente uma responsabilidade extracontratual pelo excesso manifesto dos limites impostos pelos bons costumes¹²⁶.

a) O conceito de *bons costumes*, para que remete o art. 280.º do actual Código Civil, corresponde sensivelmente ao conceito de *moral pública* para que remetia o art. 671.º do antigo Código Civil¹²⁷; designa o conjunto das regras morais aceites pela consciência social¹²⁸, ou então o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, correctas, de boa fé, num dado ambiente e num certo momento¹²⁹.

Explicando o art. 671.º do antigo Código Civil, MANUEL DE ANDRADE dizia que “[n]ão se trata de usos ou práticas morais, mas de *ideias* ou *convicções morais*; não da moral que se observa e se pratica (*mores*), mas daquela que se entende dever ser observada (*bonos mores*)”; “[n]ão se trata tão-pouco da *moral subjectiva* ou pessoal do juiz, antes sim da *moral objectiva* e precisamente da que *corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social*”; “[n]ão se trata [...] da moral transcendente, religiosa ou filosófica, mas da moral positiva (*hoc sensu*)”¹³⁰ – e, explicando o art.

¹²⁴ Cf. SINDE MONTEIRO (2007), p. 480: “*De lege lata*, tendo em conta as características do sistema delitual português, não parece fazer sentido o chamamento do princípio da boa fé para efeitos de definição da ilicitude”.

¹²⁵ Em todo o caso, e embora o resultado seja hoje consensual ou quase consensual, de tal forma que “[d]ificilmente algum jurista defenderá uma posição com esta exacta latitude no momento presente”, SINDE MONTEIRO adverte para a possibilidade de uma reinterpretação dos arts. 483.º e 334.º, por que se *perturbe* o equilíbrio proporcionado pelas três *pequenas cláusulas gerais*, designadamente através de uma reconstrução dos conceitos de tipicidade e de ilicitude por que se dê relevância à *boa fé*: “deve reconhecer-se que é uma possibilidade em aberto para o futuro, dada a técnica utilizada pelo legislador português na regulação destas matérias” ((2007), p. 480).

¹²⁶ Cf. SINDE MONTEIRO, cit., p. 550: “Como essencial, para efeitos de responsabilidade civil, aparece a segunda vertente.”

¹²⁷ Cf. designadamente C. MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO (2005), p. 558: “O sentido desta exigência [ou seja, da exigência de que o acto não seja *ofensivo dos bons costumes*] é o mesmo da fórmula “*não contrariedade à moral pública* do Código de Seabra”.

¹²⁸ Cf. M. DE ANDRADE (1974), p. 341.

¹²⁹ Cf. MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO (2005), p. 559.

¹³⁰ M. DE ANDRADE (1974), p. 341.

280.º do actual Código Civil, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO escreve que

“[n]ão se trata de remeter o juiz para uma averiguação empírica dos *usos*, pois remete-se para os *bons usos*, mas também não se faz apelo a uma ética ideal, de carácter eterno”^{131/132}.

A remissão contida no conceito de *bons costumes* desenvolve-se em dois sentidos; deve distinguir-se entre uma *remissão interna* e uma *remissão externa* – uma *remissão interna*, para princípios de valoração imanentes à ordem jurídica, e a *remissão externa*, para princípios de valoração transcendentais à ordem jurídica, que devem procurar-se na *ordem ética*, na *ordem moral* ou na *ordem social*¹³³. Entre os elementos da *remissão externa* deve distinguir-se. Os *bons costumes* podem ser considerados pelo prisma de uma ética individual ou pelo prisma de uma ética social, de ordenação¹³⁴; contrariedade aos *bons costumes* pode resultar da ofensa a uma *ética individual* ou da ofensa a uma *ética social*, a uma “*ética de ordenação*”¹³⁵; e, entre os elementos da ética social, de ordenação, deve colocar-se os (chamados) deveres deontológicos¹³⁶, *i.e.*, os deveres fundamentais das diversas actividades ou das diversas profissões¹³⁷.

b) Inspirando-se em WALTER WILBURG¹³⁸, em MAYER-MALY¹³⁹ e, em alguma medida, em MERTENS¹⁴⁰, SINDE MONTEIRO propôs-se construir

¹³¹ MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO (2005), pp. 558-559.

¹³² Os dois últimos parágrafos reproduzem, em parte, a fundamentação de direito do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 2019 – processo n.º 261/14.8TBVCD. P1.S1.

¹³³ Cf. SINDE MONTEIRO (1989), p. 550: “O juízo de que um comportamento é contrário, ofensivo dos *bons costumes*, contém uma desaprovação dirigida à ‘moral social ou negocial’ dominante”.

¹³⁴ Cf. SINDE MONTEIRO (2007), p. 464 – falando dos “princípios de boa ordenação de uma sociedade.”

¹³⁵ Cf. SINDE MONTEIRO (1989), p. 553 (nota n.º 340); ou (2007), p. 464.

¹³⁶ MENEZES CORDEIRO (1997), p. 1222.

¹³⁷ SINDE MONTEIRO (2007), p. 464.

¹³⁸ cujo texto fundamental está disponível em português – WILBURG (2000), pp. 55-73.

¹³⁹ MAYER-MALY (1986), pp. 117-126.

¹⁴⁰ MERTENS (1978), pp. 227-262, e (1997), pp. 1688-1750 (esp. nas pp. 1727-1734).

os elementos da responsabilidade pela causação de danos contra os bons costumes como um *sistema móvel*¹⁴¹.

Em lugar de uma enunciação rígida dos pressupostos da responsabilidade¹⁴² ou de uma enunciação tão flexível que significasse uma remissão para “[...] um número, [para um] certo número, de *topoi*, em princípio extensível sem limite”¹⁴³, deveria procurar-se um número limitado de elementos¹⁴⁴, de princípios¹⁴⁵ ou de vectores¹⁴⁶.

Em lugar de uma consideração indiferenciada dos elementos, dos princípios ou dos vectores relevantes, “sem preocupação de formação de um ‘sistema’”¹⁴⁷, deveria procurar-se uma consideração diferenciada. Em lugar de uma determinação *em abstracto* da consequência jurídica, deveria procurar-se uma determinação *em concreto*, caso a caso, “a partir do jogo concertado dos elementos, consoante o seu número e força”¹⁴⁸.

O juízo de contrariedade aos bons costumes e, por consequência, o juízo de responsabilidade pela causação de danos contrária aos bons costumes exigiria uma “ponderação global das circunstâncias do caso”¹⁴⁹, “utilizando o espaço hermenêutico que a lei, prudentemente, oferece ao intérprete-aplicador para procurar obter resultados proporcionados à valoração a fazer dos interesses em jogo”^{150/151}.

¹⁴¹ Sobre o sistema móvel, vide GUICHARD (2000), pp. 51-54; POSCH (2000), pp. 74-75; LARENZ (1997), pp. 667-689 e 680-682; VIEHWEG (1986); CANARIS (1989), pp. 127-148; PAWLOWSKI (1999), pp. 122-125 (n. m. 228-233); BYDLINSKI (2011), pp. 529-543; JANSEN (2003), esp. nas pp. 593 ss.; MAURER (2017), pp. 74-92; KOZIOL (2017); e, entre os civilistas portugueses, MENEZES CORDEIRO (1997), em especial na p. 1262; ou CARNEIRO DA FRADA (2004), em especial na p. 586 e na nota n.º 617 (pp. 586-587).

¹⁴² SINDE MONTEIRO (1989), p. 551 – “enunciação rígida do *Tatbestand* de responsabilidade”.

¹⁴³ SINDE MONTEIRO (1989), p. 551.

¹⁴⁴ SINDE MONTEIRO (1989), pp. 551 e 647.

¹⁴⁵ SINDE MONTEIRO (1989), p. 647 – falando de “princípios directores”.

¹⁴⁶ SINDE MONTEIRO (1989), p. 551.

¹⁴⁷ SINDE MONTEIRO (1989), p. 551.

¹⁴⁸ SINDE MONTEIRO (1989), pp. 551 e 647.

¹⁴⁹ SINDE MONTEIRO (1989), pp. 581 e 649.

¹⁵⁰ SINDE MONTEIRO (1989), pp. 557-558.

¹⁵¹ CARNEIRO DA FRADA (2006), pp. 75-75, convoca implicitamente a ideia de um *sistema móvel* para preconizar uma “análise diferenciada”, orientada por valorações, dos casos de responsabilidade por danos patrimoniais primários – considera necessário definir espaços razoáveis, “zonas razoáveis”, de isenção da responsabilidade; ao definir os espaços razoáveis,

aa) SINDE MONTEIRO convoca dois elementos, duas *forças*, essenciais: o primeiro seria “predominantemente de carácter objectivo”; consistiria “[n]a maior ou menor desconformidade da conduta do agente com aquilo que naquelas circunstâncias [...] é objectivamente de exigir ao tráfico”; o segundo seria predominantemente de carácter subjectivo; consistiria na maior ou menor *censurabilidade* ou *reprovabilidade*¹⁵².

Quando surgissem, simultaneamente, *na sua máxima força*, os dois elementos conjugar-se-iam para fazer funcionar o *conteúdo delitual mínimo* do art. 334.º do Código Civil¹⁵³: “aquele que, de uma forma ofensiva para os bons costumes, causa intencionalmente um dano a outrem, fica obrigado a indemnizar o lesado”¹⁵⁴. Quando não surgissem, simultaneamente, *na sua máxima força*, os dois elementos completar-se-iam e substituir-se-iam reciprocamente – a *maior intensidade* do elemento objectivo, da *ofensa aos bons costumes*, permitiria a responsabilidade, ainda que o elemento subjectivo não fosse tão *forte* como a *intenção de causar o dano*, e a *maior intensidade* do elemento subjectivo, da *intenção de causar o dano*, permitiria a responsabilidade, ainda que o elemento

distinguir a actuação dentro e fora do mercado; e, ao definir os espaços razoáveis *dentro do mercado*, distinguir categorias ou tipos de sujeitos – empresas, profissionais, consumidores.

¹⁵² SINDE MONTEIRO (1989), p. 552.

¹⁵³ Como que a confirmar o resultado do *jogo concertado* dos dois elementos estariam a história do direito português e, em especial, os trabalhos preparatórios do Código Civil e o direito comparado, de tal forma que SINDE MONTEIRO fala de “uma espécie de fundo comum da cultura jurídica europeia” [(2007), p. 463].

¹⁵⁴ SINDE MONTEIRO (1989), p. 552. Entre as previsões ou tipos de responsabilidade do art. 483.º e a *previsão mínima*, ou *típo mínimo*, do art. 334.º há duas diferenças; há uma diferença no plano objectivo – ou seja, quanto ao elemento objectivo – e há uma diferença no plano subjectivo – ou seja, quanto ao elemento subjectivo. A primeira, a diferença no plano objectivo, está em que, “[n]o lugar da violação dos direitos de outrem, ou de uma disposição legal de protecção, entra a [ofensa] dos bons costumes, como valor protegido” (p. 552) – “[a] ilicitude aparece-nos aqui na veste de ofensa aos *boni mores*” (p. 552) – e a segunda, a diferença no plano subjectivo, está em que, no lugar da mera culpa, entra o dolo (p. 553).

objectivo, a *ofensa aos bons costumes*, não fosse tão *forte* (tão *caracterizado* ou tão *marcado*)^{155/156}.

“Um comportamento especialmente ofensivo dos bons costumes no plano objectivo, poderá atenuar a exigência do requisito subjectivo (um estado de espírito condenável) e vice-versa.”¹⁵⁷

bb) O resultado da construção do sistema de responsabilidade pela causação de danos contra os bons costumes como um *sistema móvel* é confirmado pelo *silêncio*, pelo *silêncio eloquente*, do art. 334.º do Código Civil sobre a *intenção de causar dano*¹⁵⁸.

O *conteúdo delitual mínimo* do art. 334.º do Código Civil português corresponderia sensivelmente ao *conteúdo delitual* do § 826 do Código Civil alemão¹⁵⁹.

O problema estaria em que a regulação do § 826 do Código Civil alemão seria hoje em geral representada como uma “regulação falhada”, e como uma regulação falhada “sobretudo por colocar como carácter genérico o requisito do *dolo* de lesão”¹⁶⁰.

O texto do § 826 do Código Civil alemão não proporciona ao intérprete o *espaço hermenêutico* necessário para corrigir a falha; exige, expressamente, o *dolo*; o texto do art. 334.º do Código Civil português proporciona-lhe o *espaço hermenêutico* necessário para exigir ou o *dolo* ou a *mera*

¹⁵⁵ SINDE MONTEIRO (1989), p. 561 – em diálogo com MAYER-MALY: “... só à custa de ficções pode ser mantido o princípio [de que a violação dos bons costumes] pressupõe um *Tatbestand* subjectivo (um ‘ânimo condenável’ – *verwerfliche Gesinnung*)” e, com o princípio só pudesse ser mantido à custa de ficções, seria preferível aceitar [...], no caso de realização marcada de um elemento de contrariedade aos bons costumes (perturbação da equivalência) que a normalmente exigida presença de outro elemento pode retroceder”.

¹⁵⁶ Entre os argumentos a favor de uma atenuação dos requisitos subjectivos da responsabilidade prevista no § 826 está o de que o requisito do *dolo* significaria um *privilégio* para as condutas gravemente negligentes, e o *privilégio* é *injustificado* [cf. MAURER (2017), pp. 207-208].

¹⁵⁷ SINDE MONTEIRO, cit., p. 647.

¹⁵⁸ Cf. SINDE MONTEIRO, cit., pp. 553-554, 555, 555-556 (nota n.º 347), 557, 645 e 646, ou cit., p. 463.

¹⁵⁹ Com a diferença de que o alcance da fórmula *intenção de causar dano* é ainda mais limitado que o alcance do termo *dolo*, por não abranger o *dolo eventual*.

¹⁶⁰ SINDE MONTEIRO, cit., pp. 553-554.

*culpa*¹⁶¹; não exige, expressamente, o *dolo* — directo, necessário ou eventual¹⁶². Considerando-se, como deve considerar-se, que em alguns casos a responsabilidade do lesado pela causação *negligente* de danos contra os bons costumes é a “solução preferível *de jure condendo*”¹⁶³, conclui-se que a solução preferível *de jure condendo* é sustentável *de jure condito* — o art. 334.º permite uma *aproximação razoável* à solução preferível, “sem desequilíbrio da construção jurídica” e “[sem prejuízo para o] sentimento de auto-responsabilidade”¹⁶⁴.

cc) Em todo o caso, ainda que a lei não exija nem um determinado *tipo* nem um determinado *grau* de culpa, exige um *excesso manifesto*, e o termo *manifesto* tem algumas consequências sobre o *tipo* e sobre o *grau* de culpa.

Em regra a responsabilidade pela ofensa dos bons costumes depende de uma *culpa qualificada*¹⁶⁵. O termo *culpa qualificada* é suficientemente amplo para incluir o *dolo* de lesão e a negligência grosseira¹⁶⁶. SINDE MONTEIRO convoca, pela sua especial plasticidade, a fórmula adoptada por FREY para distinguir a negligência leve e a negligência grave: “A negligência é leve quando dizemos ‘isso pode acontecer’” e é grave, grosseira, quando temos de dizer “não se admite que tal aconteça”¹⁶⁷.

Excesso manifesto, no sentido do art. 334.º do Código Civil, será em regra tão-só o excesso de que tenhamos de dizer “não se admite que tal aconteça”¹⁶⁸.

¹⁶¹ SINDE MONTEIRO, cit., pp. 555-556 (nota n.º 557) — “O teor literal do art. 334.º deixa margem para essa interpretação, na medida em que, em certas áreas, ela apareça como preferível” — ou 646 — “Ao falar de ‘excesso manifesto dos limites’ para que exista ‘ilegitimidade’ (de que a ilicitude é um e só um dos aspectos), o art. 334.º oferece algum espaço hermenêutico ao intérprete”.

¹⁶² SINDE MONTEIRO (1989), p. 645: “... o art. 344.º não exige o *dolo*, mesmo que só eventual”.

¹⁶³ SINDE MONTEIRO (1989), pp. 555, 646 e 649.

¹⁶⁴ SINDE MONTEIRO (1989), p. 649.

¹⁶⁵ SINDE MONTEIRO (1989), pp. 567, 570, 572-573, 581 e 648.

¹⁶⁶ Em conjunto com a negligência grosseira, a *culpa qualificada* deverá incluir a “negligência bem caracterizada” (referida nas pp. 581 e 648).

¹⁶⁷ SINDE MONTEIRO, cit., p. 567, ou (2007), p. 463.

¹⁶⁸ SINDE MONTEIRO (1989), pp. 567, 570, 572-573, 581 e 648;

III. – Enunciados os dois elementos essenciais do sistema móvel, “o espaço hermenêutico há-de ser prudentemente utilizado, tendo em conta a especificidade das situações”¹⁶⁹ – e, em particular, a especificidade da situação do baco que concede crédito a uma empresa em situação económica difícil, *sem perspectiva razoável de recuperação*; que concede crédito a uma empresa em situação desesperada¹⁷⁰.

Em Itália, como em Portugal, a responsabilidade do banco é uma responsabilidade pela violação de deveres fundamentais de uma determinada actividade ou profissão.

O *sistema aberto, móvel*, de responsabilidade civil resultante do art. 2043.º do Código Civil italiano faz com que seja suficiente uma ilicitude simples. O comportamento do banco deve ser considerado como ilícito, desde que viole deveres de boa fé e de correcção – e, desde que o comportamento do banco deva ser considerado como ilícito, o dano deve ser considerado como injusto. O *sistema tendencialmente fechado, tendencialmente imóvel*, de responsabilidade civil resultante dos arts. 483.º e 334.º do Código Civil português faz com que não seja suficiente uma ilicitude simples – faz com que seja necessária uma ilicitude qualificada. O comportamento do banco só deverá ser considerado como ilícito desde que *exceda*, e desde que exceda *manifestamente*, os limites impostos pelos bons costumes – e o conceito amplo de bons costumes, em termos de incluir a (chamada) ética individual e a (chamada) ética social, *de ordenação*, determina que a violação caracterizada, clara ou grave, dos deveres fundamentais de uma determinada actividade ou de uma determinada profissão seja um elemento de *grande peso* para a *ponderação global* das circunstâncias do caso concreto^{171/172}.

¹⁶⁹ SINDE MONTEIRO (1989), pp. 646.

¹⁷⁰ CAPOEN (2008) ou BELLI (2012), pp. 92-96.

¹⁷¹ SINDE MONTEIRO (1989), pp. 581 e 649: “... o juízo de contrariedade aos bons costumes exige uma ponderação global das circunstâncias do caso, aparecendo a qualificação profissional apenas como um dos elementos, embora de grande peso, ao lado dos restantes”.

¹⁷² O resultado não é em nada perturbado pelos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – ainda que o banco possa ser uma pessoa afectada pela qualificação da insolvência e que a responsabilidade do banco, como pessoa afectada pela qualificação da insolvência, possa estar sujeita aos princípios e às regras dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, a responsabilidade pela insolvência culposa desenvolve-se dentro das coordenadas dogmáticas da responsabilidade pelo abuso

Os bancos estão adstritos a um dever procedimental de avaliação da dignidade de crédito do cliente¹⁷³ e a um dever substancial de decisão no sentido da não concessão de crédito a um cliente indigno¹⁷⁴. O problema da responsabilidade pela concessão de crédito só se põe desde que o banco tenha violado um dos dois deveres – desde que tenha violado o dever procedimental de *avaliação da dignidade de crédito* ou desde que tenha violado o dever substancial de *decisão no sentido da não concessão de crédito a um cliente indigno*. Os dois deveres estão entre os deveres fundamentais da actividade ou da profissão: em primeiro lugar, por causa da ampla capacidade e da ampla experiência dos bancos¹⁷⁵; em segundo lugar, por causa do perigo, do *grave perigo* das decisões sobre a concessão de crédito para o conjunto dos participantes no mercado; em terceiro lugar, por causa da *fácil recognoscibilidade* do *grave perigo* das decisões sobre a concessão de crédito para o conjunto dos participantes no mercado.

Encontrando-se, como se encontram, sujeitos a uma fiscalização estadual especial, os bancos “gozam [...] de uma grande medida de confiança junto do público”¹⁷⁶.

O facto de os bancos estarem adstritos aos dois deveres, e de os dois deveres estarem entre os deveres fundamentais da actividade ou

do direito e, dentro do abuso do direito, da responsabilidade pela causação, com dolo ou com culpa grave, de danos contra os bons costumes.

¹⁷³ O dever positivo de avaliação da dignidade de crédito decorre *implicitamente* dos arts. 75.º e 115.º-N do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras e *explicitamente* no art. 10.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 3 de Junho, por que se estabelece o regime jurídico do crédito aos consumidores, nos arts. 16.º a 19.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, por que se estabelece o regime jurídico do crédito imobiliário aos consumidores, e nos arts. 4.º a 11.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 20 de Setembro.

¹⁷⁴ O dever negativo de não concessão de crédito a um cliente “indigno” decorre *implicitamente* do art. 75.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, e decorre *explicitamente* do art. 16.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 74-A/2017 e do art. 11.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017.

¹⁷⁵ SINDE MONTEIRO (1989), p. 96 – considerando um caso em que “uma companhia de seguros passara um ‘certificado’ de ‘seguros de capital’ [...] utilizado por uma sociedade em comandita para a angariação de investidores”, Sinde Monteiro escreve que “os seguradores privados, tal como os bancos, [dispõem] de grande experiência no julgamento da segurança do investimento, o que lhes impõe maiores exigências em situações deste tipo”.

¹⁷⁶ SINDE MONTEIRO (1989), p. 96.

da profissão, é em todo o caso insuficiente para que a contrariedade ao dever signifique contrariedade aos bons costumes ou para que a contrariedade aos bons costumes signifique responsabilidade.

Embora haja uma elevada probabilidade de que o conjunto dos participantes do mercado seja determinado pela *informação* sobre a dignidade de crédito¹⁷⁷, embora os interesses dos antigos credores sejam conhecidos e os interesses dos novos credores sejam facilmente cognoscíveis¹⁷⁸, há um elevado perigo de que o número de lesados seja ilimitado¹⁷⁹. O conjunto dos antigos credores está quase sempre indeterminado e o conjunto dos novos credores é sempre indeterminável – daí que a responsabilidade do banco pela concessão de crédito deva depender, designadamente, de que o banco tenha a *intenção de alcançar uma vantagem* ou a *intenção de causar uma desvantagem*.

CANARIS considera que será em geral necessário que o banco tenha a intenção de alcançar uma vantagem através da violação do dever¹⁸⁰; COING considera em geral necessário que o banco tenha a intenção de causar uma desvantagem a terceiros – as “difíceis circunstâncias em que as decisões têm de ser tomadas, em situações de crise”, fariam com que o banco só respondesse, ou só devesse responder, por dolo e que não respondesse, ou que não devesse responder, por mera culpa ou negligência¹⁸¹.

MERTENS enuncia um conjunto de *elementos* relevantes para avaliar a responsabilidade ou irresponsabilidade do banco pela concessão de crédito. Entre os elementos relevantes estariam elementos objectivos e subjectivos: estariam elementos objectivos, como as probabilidades de recuperação da empresa ou a proporção entre o crédito concedido e as necessidades de crédito da empresa financiada, e estariam elementos subjectivos, como o cuidado do banco na apreciação das probabilidades

¹⁷⁷ KOZIOL (2012), p. 198 – formulando as regras de que, *quanto mais elevada seja a probabilidade de que o comportamento de terceiros seja determinado pela informação incorrecta ou inexacta, tanto mais justificada será a responsabilidade por danos puramente patrimoniais*.

¹⁷⁸ KOZIOL (2012), p. 199 – formulando a regra de que, *se o lesante conhecia os interesses económicos de terceiros, ou se os interesses económicos de terceiros eram evidentes, é mais provável que a responsabilidade por danos puramente patrimoniais seja justificada*.

¹⁷⁹ Cf. KOZIOL (2012), p. 198.

¹⁸⁰ CANARIS (1988), pp. 92-93.

¹⁸¹ COING (1980), pp. 1026-1030.

de recuperação, a influência do banco na administração da empresa, ou a preocupação de respeitar o princípio da igualdade dos credores (= da comunhão de risco do conjunto dos credores)¹⁸².

O banco estaria tanto mais próximo de responder, quando mais fácil fosse o seu acesso à informação sobre a situação económica e financeira do cliente; quanto mais justificada fosse a confiança do conjunto dos participantes no comércio jurídico numa avaliação profissional, precisa e rigorosa, do risco de insolvência; e quanto mais justificada fosse a imputação da confiança ao banco, que conceda um crédito à empresa¹⁸³.

Entre os *pontos consensuais* ou *quase consensuais* no quadro de um *sistema móvel* está o de que não será necessário que os dois elementos, a *intenção de alcançar uma vantagem* e a *intenção de causar uma desvantagem aos credores*, estejam presentes.

O elemento *predominantemente objectivo* do art. 334.º do Código Civil poderá ter o *peso suficiente* ainda que o banco não tenha a intenção de alcançar uma vantagem. O comportamento do banco poderá ser contrário aos bons costumes desde que a *decisão seja absolutamente inexplicável*, e a decisão poderá ser *absolutamente inexplicável* desde que o banco não tenha *avaliado a dignidade de crédito do cliente* ou desde que, havendo-a avaliado, tenha *decidido conceder crédito a um cliente indigno*¹⁸⁴. O elemento *predominantemente subjectivo* do art. 334.º, esse, poderá ter o *peso suficiente* ainda que o banco não tenha a intenção de causar uma desvantagem aos credores. O dolo directo – a *intenção* de causar uma desvantagem; de prejudicar – poderá porventura ser substituído pelo dolo necessário – pela *consciência* de causar uma desvantagem; pela *consciência* de prejudicar –, e o dolo necessário poderá porventura ser substituído pelo dolo eventual ou pela negligência consciente – pela

¹⁸² MERTENS (1978), *passim*.

¹⁸³ Sobre o sistema móvel de responsabilidade *dos bancos* por danos patrimoniais *causados aos credores* de MERTENS, *vide* KOLLER (1985), pp. 1013-1024 (1015-1016), ou MAURER (2017), pp. 111-112 e 112-117.

¹⁸⁴ Entre os deveres relevantes para efeitos de bons costumes, por resultarem de uma ética profissional, está o “dever de ‘organizar a própria esfera’, nomeadamente o processo de trabalho na própria empresa, de tal forma que sejam, na medida do possível, evitados danos de terceiros” – e a violação do dever, concretizada na *culpa de organização*, é em regra qualificada como *culpa grave* [cf. SINDE MONTEIRO (1989), p. 553 (nota n.º 340)].

consciência da possibilidade de causar uma desvantagem; pela *consciência da possibilidade* de prejudicar.

Independentemente de qual seja o critério mais adequado, mais correcto ou mais exacto, a ilicitude da violação de deveres decorre – como em Itália – de uma *comparação*, com as componentes de *ponderação* e de *valoração* subjacentes, e de uma *comparação* que – como em Itália – deve ser conduzida de acordo com o direito positivo¹⁸⁵.

Em Itália, em consequência de não haver uma hierarquia firme dos bens jurídicos, ou dos interesses protegidos pelo art. 2043.º do Código Civil, o banco será responsável pela concessão de crédito, ainda que não haja razões adicionais ou suplementares para considerar *grave* a ilicitude ou a culpa. Em Portugal, em consequência de haver uma hierarquia (firme!) dos bens jurídicos, ou dos interesses, protegidos pelos arts. 483.º e 334.º do Código Civil, o banco só será responsável pela concessão de crédito desde que haja razões suplementares para considerar *grave* a ilicitude ou a culpa.

IV. – Em consonância com o acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695), os tribunais italianos distinguem consoante os credores da empresa financiada tenham ou não tenham conhecimento da situação de insolvência.

O problema põe-se em termos diferenciados, consoante estejam em causa antigos ou novos credores: a responsabilidade do banco pelos danos causados aos antigos credores só poderá ser perturbada desde que os *antigos credores* conhecessem a situação de insolvência do cliente, da empresa financiada, *aquando da conclusão do contrato entre o banco e o cliente-devedor*; a responsabilidade do banco pelos danos causados aos novos credores, essa, só poderá ser perturbada desde que os *novos credores* conhecessem a situação de insolvência do cliente, da empresa financiada *aquando da conclusão do contrato – da conclusão do contrato entre o cliente-devedor e o novo credor*.

O facto de os antigos credores conhecerem a situação de insolvência, e de a conhecerem antes da conclusão do contrato entre o banco e o cliente-devedor, significa que a *desactivação dos mecanismos sinaléticos* não prejudicou a actuação ou o exercício dos direitos de que os antigos

¹⁸⁵ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500).

credores dispõem para a tutela jurisdicional do seu crédito – designadamente, da faculdade de requererem a declaração de insolvência do cliente-devedor. Em todo o caso, atendendo a que o direito de requerer a declaração de insolvência é um direito, e não um dever ou um ónus, a circunstância de o antigo credor conhecer a situação económica e financeira do cliente-devedor não é necessariamente uma *causa de exclusão* da responsabilidade do banco – deve aplicar-se o art. 570.º do Código Civil e, devendo aplicar-se o art. 570.º do Código Civil, o tribunal deverá determinar se a indemnização deve ser totalmente concedida, limitada ou excluída.

O facto de os novos credores conhecerem a situação de insolvência, e de a conhecerem antes da conclusão do contrato com o cliente – com o devedor –, esse, significa que a *desactivação dos mecanismos sinaléticos* não prejudicou a actuação ou o exercício da liberdade contratual, de disposição do próprio património – a circunstância de o novo credor conhecer a situação económica e financeira do cliente-devedor é necessariamente uma *causa de exclusão* da responsabilidade do banco.

O critério enunciado pela *Corte di Cassazione* carece em todo o caso de uma correcção.

Quando se diz que “o banco que financie uma empresa insolvente e que, por consequência, faça com que se atrase a declaração de insolvência responde perante terceiros que, em razão do retardamento, tenham confiado na solvabilidade e tenham continuado a ter relações contratuais com a empresa, desde que fique provado que os terceiros não tinham conhecimento da situação de insolvência e que tal falta de conhecimento não era imputável a culpa sua”, está a dizer-se que o desconhecimento desculpável da situação de insolvência é um *facto constitutivo* do direito do *novo credor*.

O problema está em que a concessão de crédito a um cliente-devedor em situação de insolvência é necessária e é em regra suficiente para constituir o direito do credor à indemnização e em que o conhecimento, ou o desconhecimento não desculpável, da situação de insolvência de devedor só é em regra necessária para o impedir; está em que o conhecimento, ou o desconhecimento não desculpável, da situação de insolvência do devedor é um facto anormal e que, como o conhecimento, ou o desconhecimento não desculpável, da situação de insolvência do

devedor é um facto anormal, as consequências da *falta de prova* devem recair sobre o réu – sobre o devedor.

O segmento em que se diz “desde que fique provado que os terceiros não tinham conhecimento da situação de insolvência e que tal falta de conhecimento não era imputável a culpa sua” deveria por consequência dizer: “desde que não fique provado que os terceiros tinham conhecimento da situação de insolvência, ou a falta de tal conhecimento era imputável a culpa sua” – o desconhecimento desculpável da situação de insolvência não é, não deve ser, facto constitutivo do direito do autor; o conhecimento, ou o desconhecimento não desculpável é, ou deve ser, facto impeditivo.

Bibliografia

- Almeida, Margarida Azevedo de, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- Almeida, Tatiana Guerra de, “Anotação ao artigo 334.º”, *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, Luís Carvalho Fernandes e José Carlos Brandão Proença (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 784-789.
- Alpa, Guido, *Trattato di diritto civile*, vol. 4 – *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Alpa, Guido/Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Italian Private Law*, Routledge / Cavendish, Abingdon / New York, 2007.
- Andrade, Manuel de, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II – *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 1974 (reimpressão).
- Balestra, Luigi, “Crisi dell’impresa e abusiva concessione del credito”, *Giurisprudenza commerciale*, vol. 40, 2013, pp. 109-127.
- Barbosa, Mafalda Miranda, “Um caso de ressarcimento de danos puramente patrimoniais”, *Cadernos de direito privado*, n.º 57 – Janeiro-Março de 2017, pp. 60-74, e *Revista jurídica luso-brasileira*, vol. 3, 2017, págs. 453-486.
- Barcellona, Mario, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, UTET, Torino, 2011.
- Belli, Guido, “La responsabilità della banca per erogazione ‘abusiva’ del credito ad un’impresa in situation désperée”, in *La responsabilità civile*, 2012, pp. 92-96.
- Bertachini, Elisabetta, “Concessione del credito, comportamenti abusivi e responsabilità della banca: Osservazione alla luce delle recenti disposizioni legislative in materia bancaria”, *Liuc Papers n. 8*, Serie Impresa e Istituzioni 3, abril 1994.

- Bianca, Cesare Massimo, *Diritto civile*, vol. 5 – *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994.
- Braun, Alexandra, “Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26 (2006), pp. 665-681.
- Busnelli, Francesco Donato, “Illecito civile”, *Enciclopedia giuridica*, vol. 15, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1991, pp. 1-34 (12).
- Busnelli, Francesco Donato/Navarreta, Emanuela, “Abuso del diritto e responsabilità civile”, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, *Esercizio e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 77-115.
- Bussani, Mauro, “Le interazioni fra gli elementi dell’illecito e il danno risarcibile”, *Il danno risarcibile*, Letizia Vacca (coord.), Jovene, Napoli, 2011, pp. 249-268.
- Bydlinski, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2.^a ed., Springer, Wien / New York, 2011, pp. 529-543.
- Campos, Diogo Leite de, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 46, 1986, pp. 49-55.
- Campos, Diogo Leite de, “A responsabilidade do credor na fase de incumprimento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 52, 1992, pp. 853-868.
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (título original: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- Canaris, Claus-Wilhelm, “Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts”, in *Versicherungsrecht*, 2005, pp. 577-584.
- Canaris, Claus-Wilhelm, “*Gesammelte Schriften*, vol. 3, *Privatrecht*, de Gruyter, Berlin, 2012, pp. 1109-1126 (1118-1119).
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Bankvertragsrecht*, vol. 1, *Allgemeine Grundlagen*, 3.^a ed., de Gruyter, Berlin / New York, 1988.
- Capoen, Anne-Laure, *La responsabilité bancaire à l’égard des entreprises en difficulté*, Université de Toulouse, 2008.
- Capolino, Olina, “Responsabilità delle banche nell’insolvenza dell’impresa; revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito”, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d’Italia*, n.º 47, 1997, pp. 37-67.
- Caridi, Vincenzo, “Concessione di credito e informazione del mercato”, *Diritto della banca e del mercato finanziario*, ano 31.º, 2017, pp. 785-799.
- Castronovo, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, 3.^a ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- Castronovo, Carlo, “Diritto privato generale e diritti secondari. Responsabilità civile e impresa bancaria”, Salvatore Maccaro e Alessandro Nigro (coord.), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 275 ss. e 287 ss.

- Cazzetta, Giovanni, *Responsabilità aquilina e frammentazione del diritto comune civilistico*, Giuffrè, Milano, 1991.
- Cendon, Paolo, “Dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)”, *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione diritto civile*, vol. VII – *Do-Esi*, UTET, Torino, 1991, pp. 29-44.
- Coing, Helmut, “Eine neue Entscheidung zur Haftung der Banken wegen Gläubigergefährdung”, *WM. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1980, pp. 1026-1030.
- Cordeiro, António Menezes, *Direito bancário*, com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2014.
- Cordeiro, António Menezes, “Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexos de causalidade”, *Estudos de direito bancário*, I, António Menezes Cordeiro, Manuel Januário da Costa Gomes, Miguel Brito Bastos e Ana Alves Leal (coord.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 9-46.
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de direito civil*, vol. VIII, *Direito das obrigações – Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Cordeiro, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão).
- Cordeiro, António Menezes, *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1987.
- Cupis, Adriano de, “Danno (diritto vigente)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. 11 – *Cosa-Delib*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 622-632.
- Cursi, Maria Floriana, *Modelli storici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. 2, Jovene, Napoli, 2006.
- Cursi, Maria Floriana, *Modelli storici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. 3, Jovene, Napoli, 2008.
- Cursi, Maria Floriana, “Dalla tipicità della tutela del danno extracontrattuale alle clausole generali di responsabilità”, *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Gianni Santucci (coord.), Jovene, Napoli, 2012, pp. 5-91.
- Faria, Manuel Veiga de, “Algumas questões em torno da responsabilidade civil dos bancos pela concessão ou recusa de crédito e por informações, conselhos ou recomendações”, *Revista da Banca*, 1995, pp. 43-70.
- Fauceglia, Giuseppe, *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino, 2005.
- Fortunato, Sabino, “La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali”, *Fallimento*, n.º 1 – 2009, pp. 65-68.
- Frada, Manuel Carneiro da, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, 1994.
- Frada, Manuel Carneiro da, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2004.
- Frada, Manuel Carneiro da, *Direito civil. Responsabilidade civil – O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006.

- Frada, Manuel Carneiro da/ Vasconcelos, Maria João, “Danos económicos puros. Ilustração de uma problemática”, *Forjar o direito*, Almedina, Coimbra, 2015.
- Franzoni, Massimo, *Fatti illeciti, Commentario al Codice civile Scialoja-Branca*, GALGANO, FRANCESCO (coord.), Zanichelli / Società Editrice del Foro Italiano, Bologna / Roma, 1993, pp. 75-84.
- Fulcheri, Alessandro/ Goitre, Enrico, “La concessione abusiva di credito da parte della banca: uno sguardo d’insieme”, *Il nuovo diritto delle società*, ano 14, 2016, pp. 67-83.
- Guichard, Raúl, “Apresentação [de Walter Wilburg, ‘Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil’]”, *Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo III, 2000, pp. 51-54.
- Infantino, Marta/Zervogianni, Eleni, “Case 11 – Too Many Creditors”, *Causation in European Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 423.
- Jansen, Nils, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
- Júnior, Eduardo Santos, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003.
- Koller, Ingo, “Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung”, *Juristenzeitung*, 1985, pp. 1013-1024.
- Koziol, Helmut, “Das bewegliche System. Die goldene Mitte für Gesetzgebung und Dogmatik”, *Austrian Law Journal*, n.º 3-2017, in [www: < http://alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/111 >](http://alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/111).
- Koziol, Helmut, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek, Wien, 2012.
- Koziol, Helmut/Steininger, Barbara (coord.), *European Tort Law 2004*, Springer, Wien / New York, 2005, pp. 623-648.
- Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito* (título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.
- Lauro, Antonino Procida Mirabelli di, “Il danno ingiusto (dall’ermenautica ‘bipolare’ alla teoria generale e ‘monocentrica’ della responsabilità civile)” (1.ª parte), *Rivista critica del diritto privato*, vol. 21 (2003), pp. 9-56 e 219-264.
- Leitão, Adelaide Menezes, *Normas de protecção e danos patrimoniais primários*, Almedina, Coimbra, 2009.
- Leitão, Adelaide Menezes, “Concessão de crédito, normas de protecção e responsabilidade bancária”, *Estudos de direito bancário*, I, António Menezes Cordeiro, Manuel Januário da Costa Gomes, Miguel Brito Bastos, Ana Alves Leal (coord.), pp. 229-248.
- Luís, Alberto, “O crédito abusivo e a mentira bancária”, *Direito bancário. Temas críticos e legislação conexa*, Almedina, Coimbra, 1985.

- Marzio, Fabrizio di, “Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all’impresa insolvente”, *Rivista di diritto privato*, vol. 10, 2004, pp. 142-182.
- Marzio, Fabrizio di, “Finanziamento bancario alle imprese in crisi”, in *Libro dell’anno Diritto 2012*, Treccani, in [www: < http://www.treccani.it/enciclopedia/finanziamento-bancario-alle-imprese-in-crisi_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/finanziamento-bancario-alle-imprese-in-crisi_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/>).
- Maurer, Franz, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Mayer-Maly, Theo, “Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten”, *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Franz Bydlinski, Heinz Krejci, Bernd Schilcher e Viktor Steininger (coord.), Springer, Wien / New York, 1986.
- Merryman, John Henry, “The Italian Style, I: Doctrine”, *Stanford Law Review*, vol. 18 (1965-1966), pp. 39-65.
- Merryman, John Henry, “The Italian Style, II: Law”, *Stanford Law Review*, vol. 18 (1965-1966), pp. 396-437.
- Merryman, John Henry, “The Italian Style, III: Interpretation”, *Stanford Law Review*, vol. 18 (1965-1966), pp. 583-611.
- Mertens, Hans-Joachim, “Deliktsrecht und Sonderprivatrecht. Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, ano 178 (1978), pp. 227-262.
- Mertens, Hans-Joachim, “Anotação ao § 826”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.^a ed., C. H. Beck, München, 1997, pp. 1688-1750.
- Messinetti, Davide, “Abuso del diritto”, *Enciclopedia giuridica. Aggiornamento II*, Giuffré, Milano, 1998, pp. 1-22.
- Monateri, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, UTET, Torino, 1988.
- Monteiro, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.
- Monteiro, Jorge Ferreira Sinde, “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, *Come-morações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, *Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 453-481.
- Monteiro, Jorge Ferreira Sinde, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2 (2005), pp. 349-390.
- Monteiro, Jorge Ferreira Sinde, “Danos puramente patrimoniais. A propósito do caso ACP v. Casa da Música / Porto 2001, S.A.”, *Colóquio de direito civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas*, Agostinho Cardoso Guedes e Nuno Pinto de Oliveira (coord.), Almedina, Coimbra, 2017, pp. 457-487.
- Nigro, Alessandro, “La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito”, *Giurisprudenza commerciale*, 1978, pp. 219 ss.

- Oliveira, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- Parrotta, Alessandro, “La responsabilità della banca nell’erogazione del credito”, in [www: < http://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/la-responsabilita-della-banca-nellerogazione-del-credito/ >](http://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/la-responsabilita-della-banca-nellerogazione-del-credito/), 2016.
- Pawlowski, Hans-Martin, *Methodenlehre für Juristen*, 3.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1999.
- Pereira, André Gonçalo Dias, “Portuguese Tort Law. A Comparison with the Principles of European Tort Law”, *European Tort Law 2004*, Helmut Koziol / Barbara Steininger (coord.), Springer, Wien / New York, 2005, pp. 623-648.
- Pereira, André Gonçalo Dias/ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Pure Economic Loss in Portugal”, *PoLaR. Portuguese Law Review*, vol. 2 (2018), pp. 23-29.
- Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- Piscitello, Paolo, “Concessione abusiva del credito e patrimonio dell’imprenditore”, *Rivista di diritto civile*, vol. 56, 2010, pp. 655-675.
- Pizzigatti, Mauro, “Noterelle minime sulla concessione ‘abusiva’ e sulla revoca ‘abusiva’ del credito”, *Il nuovo diritto delle società*, ano 11, 2013, pp. 80-89.
- Posch, Willibald, “Pós-facio [a Walter Wilburg, ‘Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil’]”, *Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo III, 2000, pp. 74-75.
- Rajneri, Eleanora, “Case 11 – Italy”, *Causation in European Tort Law*, Marta Infantino, Eleni Zervogianni (coord.), Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 424-425.
- Rodotà, Stefano, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.
- Sá, Almeno de, “Responsabilidade bancária: dever pré-contratual de informação e corte de crédito”, *Revista de direito e economia*, anos 16-19, 1990-1993, pp. 607-680.
- Sá, Almeno de, *Responsabilidade bancária*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998 (republicação, em forma de livro, do artigo publicado na *Revista de direito e economia*).
- Sacco, Rodolfo, “L’esercizio e l’abuso del diritto”, *Il diritto soggettivo*, Guido Alpa, Michele Graziadei, Attilio Guarneri, Ugo Mattei, Pier Giuseppe Monateri (coord.), *Trattato di diritto civile*, dir. Rodolfo Sacco, UTET, Torino, 2001, págs. 279-373.
- Salvi, Cesare, “Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. 39 – *Reazione-Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1186-1265.
- Santoro, Vittorio, “Criteri di valutazione dell’operato della banca nella concessione di fidi a società poi dichiarate fallite: Recenti orientamenti della Casazione in tema di abuso della banca nella concessione di credito”, *Quaderno*

- [del Consiglio superiore di magistratura], n.º 84 – 1996, vol. II – *Crisi dell’imprese e procedure concorsuali*, pp. 351-368.
- Sequeira, Elsa Vaz de, “Anotação ao Artigo 483.º”, *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, José Carlos Brandão Proença (coord.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 272-284.
- Sirena, Pietro, “Illecito (diritto civile)”, *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, vol. VII – *Giu-Inp*, Corriere della sera / Il sole 24 ore, Milano, 2007, pp. 242-253.
- Thiene, Arianna, “Anotação ao art. 2043.º”, *Commentario breve al codice civile*, Giorgio Cian e Alberto Trabucchi (coord.), 12.ª ed., CEDAM, Padova, 2016, pp. 2193-2212.
- Trimarchi, Pietro, *Enciclopedia del diritto*, vol. 20 – *Ign-Inch*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 90-112.
- Vasconcelos, Maria João Pestana de, “Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português”, *Novas tendências da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 147-206.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia* (título original: *Topik und Jurisprudenz*), Taurus, Madrid, 1986 (reimpressão).
- Visintini, Giovanna, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3.ª ed., CEDAM, Padova, 2005.
- Visintini, Giovanna, “Atipicità del fatti illeciti e danno ingiusto”, *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, RomaTre Press, Roma, 2018.
- Vitiello, Mauro, “Il ruolo delle banche nell’agravamento e nella soluzione della crisi d’impresa”, *Questione Giustizia*, n.º 3, 2017, pp. 193-203.
- Wilburg, Walter, “Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil”, *Direito e Justiça*, vol. XIV (2000) – tomo III, pp. 55-73.
- Zeno-Zencovich, Vincenzo, “La responsabilità civile”, *Diritto privato comparato*, 4.ª ed., Laterza, Roma, 2019.

Capitalização de juros moratórios*

PAULO MOTA PINTO*

1. O problema

Quando o devedor de uma obrigação pecuniária se atrasa no pagamento, e entre em mora, o Código Civil prevê, nos artigos 804.º, n.º 1, e 806.º, n.º 1, respetivamente, que o devedor fica obrigado a reparar os danos causados ao credor com o atraso, e essa “indenização corresponde aos juros de mora a contar do dia da constituição em mora”. Estes juros devidos são os juros legais, salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado ou se as partes houverem estipulado um juro diferente do legal (artigo 806.º, n.º 2). O credor pode provar que a mora lhe causou um dano superior aos juros, e exigir a indenização suplementar correspondente, se se tratar de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco, como se dispõe no n.º 3 do artigo 806.º (introduzido neste artigo pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho).

Quid juris, porém, se o devedor se atrasar também no pagamento dos juros de mora? Podem os juros moratórios relativos a obrigações pecuniárias – designadamente àquelas em que credor e devedor são comerciantes (mas não instituições de crédito) – ser capitalizados nos termos previstos no artigo 560.º do Código Civil? Em que circunstâncias e condições?

O problema apresenta significativa relevância prática, e também interesse teórico, podendo desde já adiantar a resposta para que

* Publica-se o texto que, elaborado em coautoria com a Doutora MARIA INÊS OLIVEIRA MARTINS, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, serviu de base à conferência proferida em 22 de fevereiro de 2019 nos II Encontros de Direito Civil, subordinados ao tema “A tutela dos credores”, que decorreram na Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa. Uma versão deste texto com notas de rodapé foi também publicada na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 148, n.º 4016 (maio-junho 2019), pp. 272-315.

tendemos, e que tentaremos fundamentar nos números seguintes: os juros moratórios relativos a obrigações pecuniárias, em que credor e devedor são comerciantes (no sentido de profissionais não consumidores, mas não instituições de crédito, *podem ser capitalizados* nos termos previstos no artigo 560.º do Código Civil. Esta norma permite a incidência de juros de mora sobre os juros de mora vencidos, desde que pelo período correspondente a *pelo menos um ano*, mediante *convenção posterior* ao respetivo vencimento ou *notificação judicial do devedor* para o efeito. Os juros que se venham a vencer por esta via poderão, por sua vez, ser capitalizados nos mesmos termos.

A análise das questões postas implica, porém, desde logo, que se comece por dilucidar o sentido e alcance da norma em que no Código Civil se dispôs sobre capitalização de juros: o artigo 560.º

2. Sentido geral do artigo 560.º do Código Civil

O artigo 560.º do Código Civil trata a questão do *anatocismo*: ou seja, da *capitalização de juros*, que retrata o processo pelo qual os juros vencidos passam a ser tratados como capital, no sentido de serem, eles próprios, produtivos de juros.

Nos seus termos, para que os juros vencidos produzam juros é necessária *convenção posterior ao vencimento*; pode haver também juros de juros, a partir de *notificação judicial* feita ao devedor para capitalizar os juros vencidos ou proceder ao seu pagamento sob pena de capitalização (n.º 1). Só podem, porém, ser capitalizados os juros correspondentes ao *período mínimo de um ano* (n.º 2). Tais restrições são afastadas se forem contrárias a *regras ou usos particulares do comércio* (n.º 3).

Na sua configuração, o artigo 560.º insere-se na tradição de regulação do anatocismo que descende da linha do Código Civil francês. Esta assenta na racionalidade e na justiça da cobrança de *juros sobre os juros sucessivamente vencidos*: ela é *permitida*, desde que *nos limites da norma em causa*.

Com efeito, cada montante devido a título de juros que o credor deixa de obter é um montante *que ele poderia também aplicar* produtivamente, gerando *novos proventos*, ou cuja ausência o forçará a *buscar um empréstimo e suportar os respetivos custos*. E, por sua vez, ao furtar-se a pagar as prestações em dívida, escusando-se a devolver esses montantes,

o *devedor beneficia* no fundo de uma *nova disponibilização de tais capitais* – pela qual deverá *pagar o respetivo preço*. Pois se devolvesse tais montantes no tempo devido, e se voltasse para um outro credor, teria também de pagar o juro respetivo.

A compreensão-chave deve aqui ser, pois, a do *valor económico da disponibilização de somas de dinheiro*, já que estas têm aptidão aquisitiva e reditícia. Cada atraso no pagamento de somas devidas representa, pois, do mesmo passo, um *prolongamento da sua disponibilização ao devedor*, com os *efeitos económicos de uma nova concessão* de crédito; e representa um *dano na esfera do credor*, que não só não recebe os montantes a que teria direito, como *deixa de obter os resultados da sua aplicação produtiva*.

Assim, percebe-se que, do ponto de vista económico, cada novo montante de juros vencido deva receber *tratamento idêntico ao do capital* a partir do qual é calculado, e integrar a base para o cálculo da nova prestação de juros. Este processo, pelo qual cada nova parcela vencida e não paga engrossa a base de cálculo da parcela de juro subsequente, corresponde ao *cômputo de juros compostos* (“*compound interest*”): ele identifica a *capitalização em sentido próprio*.

Por outro lado, são erguidos limites jurídicos à capitalização, em nome de um princípio de *proteção do devedor*. Proteção em termos de *transparência*, já que se teme que o devedor não logre compreender as consequências que a falta ao pagamento do juro vencido acarretará em termos da sua dívida futura. E proteção em termos de *equidade*, procurando-se conter o próprio *ritmo do crescimento* do montante em dívida, que o mecanismo dos juros compostos exponencialmente acelera.

Assaca-se também ao regime o escopo de tutela da efetividade das disposições sobre taxa de juro máxima, tornando-o parte integrante do regime da *usura* (artigos 559.º-A e 1146.º). Ao tratar os juros como capital, o regime levaria a um aumento do juro retirado do mesmo capital, correspondendo na verdade à incidência de uma taxa de juro superior à declarada, importando, pois, limitar os termos em que o anatocismo poderia ter lugar. Tal corresponde, porém, a uma visão equivocada do fenómeno em causa: na verdade, o montante de juros vencidos, ao não ser pago, configura nova colocação de capitais à disposição do devedor, pela qual é devida remuneração. Não é, pois, correto contabilizar as prestações de juros subsequentes como se elas derivassem apenas da disponibilização inicial do capital: derivam agora da disponibilização

de um capital engrossado pelos juros não pagos, devendo a taxa ser calculada por referência a ele.

Estas considerações permitem uma última precisão: as normas sobre anatocismo atuam *a montante* das normas sobre usura, de taxa de juro (artigos 559.º-A e 1146.º) ou em geral (artigo 282.º). O anatocismo é, em abstrato, uma prática dotada de racionalidade económica, não equivalendo só por si à criação de um desequilíbrio entre posições das partes. Apenas em face das *concretas condições* se poderá concluir pela ocorrência de uma desproporção.

Assim, exige-se um *período de carência* antes de comecem a correr juros sobre o montante de juros vencido e não pago: no ordenamento português, segue-se a regra, vinda já do direito romano pré-clássico, de o fazer corresponder a *pelo menos um ano* – pelo que não são admissíveis juros de juros por períodos inferiores. E a mesma referência ao período de um ano encontra-se no direito francês, no belga, no grego, no neerlandês e no regime do *Draft Common Frame of Reference* do direito privado europeu. Durante esse ano, impõe-se ao credor que continue a financiar o devedor; para lá desse ano, entende-se que “o sacrifício imposto ao credor se torna desproporcional”, e permite-se-lhe a cobrança de juros pelo montante desses juros vencidos e não pagos.

Tal requer, porém, o cumprimento de *ulteriores requisitos procedimentais*, exigindo-se ainda ao credor um *ato posterior ao vencimento* – nova convenção ou intimação judicial para o efeito –, pelo qual o devedor possa tomar consciência das consequências de persistir no *não pagamento dos montantes vencidos*. É, pelo contrário, vedada a convenção de capitalização de juros que seja *anterior ao seu vencimento*: teme-se que um mutuante, pressionando pela necessidade dos capitais, consinta numa cláusula cujo alcance e riscos não consegue descortinar em abstrato.

Daqui decorre que, à face da letra da lei, a capitalização dos juros implica sucessivos atos de negociação e convenção, ou, mais plausivelmente, sucessivas notificações judiciais avulsas: só à medida que os juros correspondentes a sucessivos períodos de (pelo menos) um ano se vão vencendo, estes poderão ser adicionados à base de cálculo dos juros ulteriores. Por sua vez, o devedor pode obstar a tal processo simplesmente pagando o montante dos juros vencidos, cuja capitalização se tornou agora possível. Mas não parece que o credor seja forçado a aceitar

a extinção dessa dívida de juros sem que o devedor liquide também os montantes que estejam em dívida a título de despesas (artigo 785.º).

Do escopo da norma resulta que estes limites devem ser havidos – salvo onde incida uso negocial contrário – como *limites imperativos*. Porém, tal imperatividade serve a proteção do interesse do devedor, e não um interesse de ordem geral (*maxime*, relativo a razões de política monetária).

Lembre-se que *o espaço próprio de aplicação do regime é o arco temporal da mora*: ele opera no momento em que as obrigações de juros se encontram vencidas e o credor se prepara para exigir o seu pagamento. Como tal, não oferece dúvida a faculdade de o credor poder invocar o regime do anatocismo para fazer correr *juros moratórios* – calculados à sua taxa e nos seus termos – *sobre os juros remuneratórios* vencidos no período de um ano.

Mais debatida é a questão de saber se poderá invocar o regime em causa para fazer incidir *juros calculados nos termos dos juros remuneratórios sobre os juros – também eles – remuneratórios* em dívida. Quando a capitalização dos juros vencidos decorrer de acordo nesse sentido, poderão também credor e devedor acordar na aplicação de uma tal taxa. Já quando decorrer de notificação judicial, a resposta – *afirmativa* – decorrerá, entre nós, do artigo 806.º, n.º 2, que determina que os juros devidos “são os juros legais, *salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado* ou as partes houverem estipulado um juro moratório diferente do legal” (itálico aditado).

Deste ponto, resulta também já que o regime *abre naturalmente as portas à capitalização de juros moratórios relativos a prestações de juros remuneratórios vencidas e não pagas*. Na verdade, quando os juros remuneratórios vencidos sejam capitalizados, e sobre eles passem a incidir juros moratórios, os juros vencidos relativamente à anualidade subsequente compreenderão tanto os juros remuneratórios desse período como os juros moratórios nele vencidos – e assim sucessivamente, face a cada ato e período ulterior de capitalização.

O campo imediato de funcionamento do artigo é, pois, o da determinação dos termos em que há lugar à *capitalização de juros remuneratórios vencidos e não pagos*.

Ora, quando uma *obrigação pecuniária que não consista no pagamento de juros* (remuneratórios) entra em mora, dá também lugar ao pagamento

de juros – *juros moratórios*. A questão que se põe é a de saber se *também estes juros moratórios podem ser capitalizados*, nos termos e limites do artigo 560.º

É desta questão que se passa a tratar a seguir.

3. A aplicação do artigo 560.º do Código Civil aos juros moratórios, segundo a doutrina e jurisprudência nacionais

A questão do anatocismo tem merecido relativamente pouca atenção da doutrina e dos tribunais, sendo, por conseguinte, escassas também as pronúncias sobre a questão do enquadramento dos juros de mora no artigo 560.º do Código Civil.

No plano da *jurisprudência* dos tribunais superiores, e tanto quanto pudemos apurar, analisam-na apenas dois arestos, ambos do Tribunal da Relação de Lisboa, e assumindo posições opostas a este respeito.

Na decisão singular do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de julho de 2011, entende-se que o artigo 560.º regula as hipóteses em que há lugar a capitalização de juros, abrangendo-se aqui os juros de mora. Segundo essa decisão, procedem em ambos os casos as razões subjacentes ao regime, que consubstancia uma ponderação entre os “riscos e perigos” do anatocismo para o devedor e o prejuízo do credor representado pela perda da aplicação produtiva do capital. Até ao ano de mora, sobreleva a proteção do devedor face aos riscos e perigos do anatocismo; depois deste período, a lei passa a considerar “desproporcional e inexigível o sacrifício do credor e, por isso, abre-lhe a porta do anatocismo, através de notificação judicial ao devedor”.

Em sentido oposto, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de fevereiro de 2013 considera que o artigo 560.º não regula a capitalização de juros de mora, não sendo esta admitida no ordenamento jurídico português. A argumentação deste acórdão assenta na distinção entre juros remuneratórios e juros moratórios. Considera-se que os segundos têm natureza indemnizatória e que por isso o artigo 560.º não os quis regular. A disposição proibitiva da capitalização dos juros de mora, constante dos anteprojetos de VAZ SERRA, teria caído na redação final do artigo em causa – segundo o acórdão – por ser reputada desnecessária. Aos juros de mora aplicar-se-ia apenas o artigo 806.º do Código Civil; ora, o n.º 3 deste artigo vedaria a prova de um dano excedente dos juros

moratórios, nos casos de responsabilidade contratual. E a concessão de juros de mora de juros de mora traduzir-se-ia na reparação deste dano excedente, pelo que ficava precludida por este artigo. Invocam-se ainda razões que se diria serem de política legislativa: considera-se que se abriam por esta via perigos de cobrança de juros excessivos, os quais seriam visíveis no ordenamento espanhol, mais permissivo a este respeito.

Encontramos ainda acórdãos da jurisprudência superior que analisam *pedidos de capitalização de juros de mora*, à luz do artigo 560.º do Código Civil, *rejeitando-os* por não se considerarem cumpridos os *requisitos formais* – notificação judicial ou convenção posterior ao vencimento – aí previstos. Em dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ambos de 2012 (de 12 de abril e 21 de novembro), não chega a afirmar-se diretamente que o artigo 560.º é a sede para o tratamento da questão; mas a recusa do pedido com base na falta dos requisitos formais do regime parece supô-lo. Num acórdão posterior, de 15 de dezembro de 2016, do Tribunal da Relação de Lisboa, tal enquadramento é expresse. Embora o credor fosse uma instituição de crédito, o acórdão considera que as disposições específicas, contidas, ao tempo dos factos, no artigo 5.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 344/78, não eram aplicáveis à capitalização de juros moratórios – antes seria a eles aplicável o *regime geral*, justamente contido no artigo 560.º do Código Civil.

Merece ainda referência o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de maio de 2007, por levantar uma questão tangencial àquela aqui em apreço, mas de muito interesse, e por o acórdão de 2013 do Tribunal da Relação de Lisboa, acima citado, lhe imputar o entendimento de que o artigo 560.º não se aplicaria a juros moratórios. Na verdade, porém, o referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça não trata essa questão. Procura dar resposta à questão de saber se incidem juros moratórios sobre juros remuneratórios em atraso, e, no caso afirmativo, se é o artigo 560.º a sede de regulação da matéria. O que o aresto determina é que o regime em análise não põe em causa a cobrança de juros moratórios quando haja *atraso no pagamento de juros remuneratórios*; considera-se que aquele regime apenas é chamado à aplicação quando se pretenda a capitalização de juros. Ou seja, o artigo 560.º apenas se aplica quando se peça a *aplicação de juro composto aos juros remuneratórios em dívida*; não condiciona a incidência de *juro moratório simples* sobre juro remuneratório em atraso.

Na *doutrina*, a análise da questão está praticamente ausente.

Pronunciou-se quanto a ela, em sentido negativo, ADRIANO VAZ SERRA, em sede de proposta do direito a constituir. O ilustre civilista concedeu que os juros moratórios seriam também eles uma prestação, cujo não pagamento tempestivo poderia causar prejuízo ao credor. Porém, rejeitou que devessem valer aqui as possibilidades abertas pelo regime do anatocismo, em nome da proteção do devedor, enquanto ao credor deveria bastar a reparação consubstanciada nos juros de mora (não capitalizados). Neste sentido, fez inscrever nos anteprojetos apresentados a respeito da mora disposição similar à constante do Código das Obrigações suíço, na qual se afirmava expressamente que o atraso no pagamento de juros de mora não dá lugar ao pagamento de juros de mora.

VAZ SERRA foi ainda o interlocutor direto de CORREIA DAS NEVES que, volvidas várias décadas, se debruçou sobre a questão, pronunciando-se sobre ela em sentido oposto. Considerou CORREIA DAS NEVES que o abandono da norma dos anteprojetos de VAZ SERRA que expressamente proibia o anatocismo de juros moratórios deve ser interpretado no sentido do abandono de tal proibição. Tal conclusão é escorada num argumento de paralelismo de razão, recorrente aliás na história do instituto: não faria sentido afirmar a proibição de convenção de anatocismo posterior ao vencimento dos juros, pois, se o devedor se dirigisse ao seu credor, ao fim de um ano de acumulação de juros de mora, e pedisse que, em vez de devolver esse montante, ele lhe pudesse ser adiantado, a ordem jurídica nada teria a obstar a tal.

4. A aplicabilidade do artigo 560.º do Código Civil aos juros moratórios

Resulta logo de uma análise perfunctória do artigo 560.º que a lei se refere simplesmente aos *juros vencidos*, sem os qualificar, e, portanto, sem limitar a sua aplicação aos juros *remuneratórios*. Não há, pois, do ponto de vista da *letra* da lei, qualquer argumento para afastar a sua aplicação em relação aos juros *moratórios*.

Esta primeira compreensão é reforçada, no plano *histórico*, pelo referido abandono da norma proposta no anteprojeto de VAZ SERRA, que excluía o anatocismo de juros moratórios. Não porque se possa ou deva presumir daqui uma intenção legislativa num ou noutro sentido; mas porque, despojado daquele segmento proibitivo, o regime não tem

sequer argumentos formais para deixar de se aplicar aos juros de mora. E os argumentos *sistemáticos* ou *teleológicos* militam, pelo contrário, claramente por esta aplicação.

Como foi já dito acima, os juros remuneratórios e os juros moratórios não têm *substância económica distinta*: em ambos os casos se trata de retirar consequências do facto de o credor abdicar de certo montante pecuniário, que fica na disponibilidade do devedor. Atenta a aptidão do dinheiro para ser transformado em outros bens ou gerar rendimento ao longo do tempo, de um ponto de vista económico, impõe-se então que o devedor compense o credor por tal disponibilidade. O facto de um sujeito conceder a disponibilidade de um montante pecuniário a outrem, sem contrapartida, representa economicamente, quando decorra de ato voluntário, uma liberalidade; quando decorra de imposição, um sacrifício.

De resto, o mecanismo da *capitalização de juros remuneratórios* tem já em si a aptidão para enquadrar a sujeição de juros moratórios ao regime do anatocismo, através do mecanismo dos juros compostos: todo o montante de juros vencidos durante a anualidade e não pagos é, ao fim desta, mediante convenção ou notificação, tratado como montante adiantado ao devedor, e tal montante *inclui (numa proporção crescente) uma parcela de juros relativos ao atraso no pagamento dos juros de base*, que poderá ser tratada como juro moratório.

Trataremos agora de averiguar se este entendimento pode ser reforçado através de uma análise mais ampla.

a) Argumento sistemático: o confronto com o regime especial previsto para as entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal

Em termos *sistemáticos*, o entendimento expresso decorre do confronto com o *regime especial aplicável aos créditos* concedidos por entidades legalmente habilitadas para o efeito e sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, constante do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio.

Estão, nesse regime, em causa contratos de concessão de crédito, que dão lugar ao pagamento de juros remuneratórios. O artigo 7.º do diploma disciplina a capitalização de juros – regendo tanto tais juros remuneratórios, como os juros moratórios que o seu não pagamento produz. O termo “juros” denota aí, pois, sem mais, tanto uma realidade

como a outra. Este regime é complementado pelo disposto no artigo 8.º do diploma, que dispõe especificamente em matéria de juros moratórios.

Ora, na resposta à mora no pagamento de juros remuneratórios, tradicionalmente põem-se *dois remédios em alternativa*: de um lado, a *capitalização de juros devidos e não pagos*; do outro lado, a aplicação de uma *taxa de juros moratórios agravada face à taxa geral*, que vem muitas vezes tomada ao modo de uma cláusula penal.

É clara, no referido diploma especial sobre entidades habilitadas para a concessão do crédito, a opção pelo segundo dos termos da alternativa: analisadas com atenção, as normas em causa têm por efeito a *recusa da incidência de juro composto sobre juros remuneratórios* em dívida, sendo o credor em contrapartida compensado com uma *taxa moratória especialmente favorável*.

Na verdade, o que se encontra simplesmente previsto é que as partes *podem convencionar* previamente – desde que o façam por escrito – que sobre os juros remuneratórios vencidos e não pagos sucessivamente vencidos, correrão automaticamente juros de mora. Os juros de mora apenas poderão passar a incidir, porém, sobre juros vencidos e não pagos referentes a períodos sucessivos de pelo menos um mês.

Porém, não há aqui lugar a uma *capitalização em sentido próprio*, já que sobre os montantes de juro remuneratório não incide uma taxa de *juro composto*, mas apenas de *juro simples*. Assim, os juros gerados por estes – juros moratórios – não chegam, nos termos da regra geral, a ser tratados como capital adiantado. É isto mesmo que a lei quer exprimir no artigo 7.º, n.º 3, ao determinar que, para efeitos de aplicação de juros moratórios, os juros remuneratórios que integram cada prestação vencida e não paga só podem ser capitalizados – *hoc sensu*, produtivos de juros – uma única vez, o que vale por dizer que *sobre o juro remuneratório corre uma taxa moratória simples*, não havendo apuramento de juros de juros. Apenas podem ser contabilizados juros de juros moratórios nos termos muito limitados do n.º 5 desse artigo 7.º: no âmbito de acordos de reestruturação ou consolidação de créditos, e face à existência de montantes de juro moratório vencidos e não pagos (não *a priori*, portanto), podendo então acordar-se que tais montantes passarão a ser tratados (eventualmente, mesmo juridicamente) como capital.

Ora, em contrapartida a esta limitação, a lei mune o credor do meio de tutela alternativo à verdadeira capitalização de juros: permite-lhe

calcular os *juros de mora* nos termos de uma *taxa especialmente gravosa*, calculada por aplicação de uma sobretaxa *anual máxima de 3% sobre a taxa de juros remuneratórios* aplicável à operação em causa (artigo 8.º, n.º 1). Esse remédio toma, aliás, uma feição decisivamente incisiva para quem entenda – como o faz tradicionalmente a jurisprudência e parte considerável da doutrina – que as taxas de juro remuneratório (e moratório) não se encontram sujeitas a limites máximos no sector da banca, já que permite então que uma taxa fixada sem limitações legais seja suplementarmente agravada por um adicional de 3%.

Já o *regime civilístico geral* não oferece esta via de tutela ao credor cujo devedor se encontre em mora; mas oferece-lhe a tutela tradicionalmente alternativa, assente no *regime do anatocismo*. Este não assenta na previsão de uma *taxa especialmente penalizadora* de juro moratório, mas assenta na *possibilidade de capitalização dos juros* sucessivamente vencidos por períodos de um ano, fazendo sobre eles incidir juros compostos. Tal implica, mesmo quando o ponto de partida seja a mora de juros remuneratórios, a *possibilidade de capitalização de juro moratório*; e implica também, por inteira *paridade de razão*, que sejam desde logo juros moratórios vencidos e não pagos a fazer funcionar o regime.

Resta reiterar porque tal solução é bem fundada, mediante uma análise mais detida dos seus *fundamentos materiais*.

b) Compensar o credor pelo seu prejuízo, e não alijar sobre ele custos de financiamento ao devedor em mora

No fundo, os raciocínios em volta da mora no cumprimento de obrigações pecuniárias partem das considerações basilares sobre a função e estatuto do dinheiro. Numa economia monetária, este constitui o ativo que goza de liquidez – ou seja, que pode ser trocado por quaisquer outros bens, de consumo ou de investimento. E constitui ainda uma coisa fungível – pelo que essa potencialidade existe em relação a qualquer uma das suas unidades. A sua privação impede a aquisição de outros bens; e por tal privação os sujeitos exigem uma remuneração – o juro. Acresce que, numa economia de mercado, dotada de um sistema financeiro funcional, o dinheiro não consumido ou investido pelo próprio pode ser facilmente canalizado para financiar, mediante contrapartida, consumo e investimento alheio.

Por isso há lugar à *remuneração por adiantamento de capital*: ele é um recurso aquisitivo, e potencialmente produtivo nas mãos de quem o recebe; e representa a perda de um ativo com aptidão aquisitiva nas mãos de quem o disponibiliza, que se poderá ver forçado a pedir um empréstimo para suprir a sua falta, suportando os respetivos custos, e que de todo o modo perderá os frutos gerados pelo seu investimento.

A análise económica assenta exatamente nesta compreensão: a de que uma soma de dinheiro paga no presente vale mais do que a mesma soma paga no momento futuro (valor temporal do dinheiro), pelo que apenas equivalerá a uma soma futura mais elevada, correspondente ao capital acrescido de juros compostos. Tal exprime uma preferência temporal dos sujeitos: uma preferência pela disponibilidade de dinheiro no momento presente, que explica que a cedência de somas a outrem apenas se faça mediante remuneração. Isto, sendo claro que estas considerações não são postas em causa em causa pela atual situação, anómala, de ocorrência de taxas de juro nominais nulas ou negativas (e colheriam mesmo diretamente para uma situação de deflação com variações negativas do nível dos preços, em que o montante nominal pago no futuro, ainda que mais baixo do que o entregue, teria um maior valor real).

Pelo que se disse, a remuneração pela disponibilidade de uma soma monetária está indefetivelmente ligada ao *fator tempo* – a disponibilidade dessa soma permite exatamente *a quem a detém, e enquanto a detém*, que faça seus os respetivos frutos ou que se exima aos custos de um empréstimo. Ora, tal disponibilização não tem de decorrer de uma *transmissão de meios monetários* do credor para o devedor: pode decorrer de um mero *alargamento do prazo* pelo qual os montantes permanecem na esfera do devedor.

Estas considerações refletem-se de modo transparente na história dos antepassados próximos do artigo 560.º do Código Civil português. Na aprovação do preceito do *Code Civil* de onde aquele descende, é matricial o reconhecimento de que *a fruição de uma soma de dinheiro representa um valor económico*: se este legitima a *cobrança de juros*, não pode deixar de ter também por corolário lógico a permissão do anatocismo; e com muita clareza se encontra a mesma ordem de ideias no Relatório ministerial que acompanhou o Código Civil italiano de 1865.

E por isso mesmo encontramos a lógica própria da capitalização de juros – o pagamento dos juros compostos – como regra inerente à

eliminação dos efeitos de uma deslocação patrimonial indevida. É ela que subjaz às orientações da Comissão Europeia em matéria de devolução de auxílios de Estado ilegais. Considerando-se que a atribuição do benefício tem os efeitos económicos de uma concessão de crédito a médio prazo, determina-se que, *para que se logre neutralizar totalmente o benefício financeiro recebido*, o beneficiário deva restituir o montante recebido *acrescido de juros compostos*. A partir do momento em que tem acesso ao montante em causa, o sujeito tem a oportunidade de rentabilizar esse capital, bem como os seus sucessivos frutos.

É esta perspetiva também a que subjaz a uma certa aproximação entre a lógica da determinação da *indemnização por mora face a uma quantia pecuniária* e a lógica do *enriquecimento sem causa* – aproximação transparente, por exemplo, no *Draft Common Frame of Reference* do direito privado europeu, onde se explicita que o direito a juros de mora capitalizados existe mesmo que o atraso não seja imputável ao devedor. Em sistemas como o nosso, esta compreensão consubstancia-se no facto de o dano causado pela mora do devedor no cumprimento de obrigações pecuniárias se computar, nos termos do artigo 806.º, n.º 1, do Código Civil, de *modo abstracto*, por aplicação de uma taxa de juro a cada montante que deveria ter sido prestado ao credor e não o foi atempadamente – e que é, visto de outro ângulo, como que um adiantamento que o credor se vê factualmente forçado a conceder, em virtude da mora do devedor. E espelha-se ainda, por exemplo, no regime da gestão de negócios, quando este obriga o *dominus* a compensar o gestor pelo *adiantamento do montante das despesas efetuadas com a gestão*, vinculando-o ao *pagamento de juros legais desde a data da respetiva realização*, além da reparação dos prejuízos que haja sofrido (artigo 468.º, n.º 1).

Todas as limitações à remuneração de um adiantamento de capital são, pois, limitações a este pressuposto de base, que se justificam, ou com base na falta de *verosimilhança*, perante os pressupostos em causa, da rentabilização de tal montante ou – e sobretudo – com base numa ideia de *merecimento de proteção do devedor*.

A mora no pagamento de montantes pecuniários tem, pois, o *efeito económico* de *disponibilizar tais montantes ao devedor por um período acrescido, retirando-os ao mesmo tempo da disponibilidade do credor*, e produzindo na sua esfera um potencial *dano emergente* – pela necessidade de contração de um empréstimo – ou um *lucro cessante*. Tal acontece quer se

trate de somas devidas a título de preço, ou de capital, ou de juros remuneratórios, e acontece, exatamente do *mesmo modo*, quando se trate de somas devidas a título de *juros moratórios*.

Não há, pois, fundamento económico para não aplicar aos *juros moratórios vencidos* e não pagos o *mesmo regime* que se aplica, nas mesmas condições, aos *juros remuneratórios*. Em ambos os casos, deve estar aberta a via da cobrança de juros pelo atraso no pagamento – juros moratórios, dentro dos limites do regime especialmente aplicável, que é o regime geral do anatocismo.

De outro modo, permitir-se-á que a privação ao credor dos montantes que lhe são devidos – e a sua fruição pelo devedor – passe incólume nos seus efeitos económicos. Trata-se, assim, em ambos os casos, de extrair *consequências de uma situação de incumprimento* em sentido lato, reparando o *dano por ela causado* e dotando de *eficácia jurídica a obrigação de juros em causa*. Tal produz ainda um efeito de *incentivo ao cumprimento* atempado, cuja importância sistémica – prevenir, numa economia crescentemente interligada, situações de incumprimento em cadeia – tem sido justamente salientada como reforço dos fundamentos para a admissão da capitalização de juros moratórios.

c) O direito comparado

A referida *paridade de razões* reflete-se, no panorama do direito comparado, numa *paridade de tratamento jurídico* dos efeitos da mora do pagamento de juros *remuneratórios* e de juros *moratórios*.

É o que se pode ver em recentes tentativas de uniformização do direito privado europeu, que se destacam pela abordagem permissiva da capitalização de juros moratórios.

Assim, no já citado *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) do direito privado europeu, o regime *supletivo geral* da mora das obrigações pecuniárias prevê que, a cada *doze meses*, há lugar à *capitalização automática* justamente dos *juros moratórios* que se encontrem vencidos (artigo III. 3:709, em articulação com o artigo III. 3:708). Nos termos dessa proposta de regime, resultante de um amplo trabalho de direito comparado e de análise das razões e objetivos de cada opção de tratamento jurídico, não é, portanto, sequer necessário haver qualquer pacto expresso, anterior ou posterior ao vencimento da dívida de juros, *ou mesmo interpelação*

do devedor, para que haja lugar à capitalização. E a matéria encontra-se na disponibilidade das partes, as quais, sob vigilância das normas sobre desproporção contratual, podem nela dispor diversamente.

O regime especial da *mora nos contratos comerciais* no citado DCFR, por sua vez, não contém regra específica quanto à capitalização do juro moratório (III. 3:710); da norma não decorre, porém, o carácter imperativo do regime, podendo as partes preestabelecer no contrato a capitalização dos juros moratórios, ao abrigo da sua autonomia privada. A regra que vale para a capitalização dos juros remuneratórios vencidos, estabelecida em sede de mútuo, é semelhante, determinando que o juro vencido é capitalizado a cada doze meses (IV.F.-1:104 do DCFR).

Norma de teor rigorosamente idêntico ao artigo III. 3:709 do DCFR existia já no regime dos *Princípios de Direito Europeu dos Contratos* (artigo 17:101). E também o Código Europeu dos Contratos, elaborado pelo chamado “Grupo de Pavia”, previa supletivamente, quando não valesse regra contrária em matéria comercial ou de prestação de garantias, a capitalização de juros moratórios, sem sequer estabelecer um período mínimo de acumulação de juros a esse respeito (artigo 169.º, n.ºs 1, 5 e 6).

Igualmente, o sistema da “Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda” (direito europeu comum da compra e venda – “*Common European Sales Law*”) se mostrava permissivo a este respeito, conquanto através do espaço concedido à autonomia privada, e já não através do sistema de normas supletivas: assim, salvo quando o devedor fosse um consumidor, as partes poderiam livremente estipular a capitalização dos juros.

Dentro dos trabalhos de codificação recente, deve ser aproximado deste regime o direito civil *holandês*. Nos termos do artigo 6:119 do Código Civil, n.º 2, no final de cada ano são automaticamente adicionados ao capital os juros moratórios em dívida, calculados à taxa legal, integrando a base de cálculo do juro subsequente. Esta provisão vale para todas as hipóteses de aplicação dos juros moratórios legais, mesmo que estes sejam determinados pelas regras especiais fixadas para as transações comerciais (artigo 6:119a) ou para os negócios com entidades públicas (artigo 6:119b). Recordar-se aqui um sistema particularmente permissivo na atribuição da reparação por juro de mora composto, com

uma norma central praticamente idêntica à constante do citado DCFR. O equilíbrio é, porém, diferente num sistema e noutro, já que, ao contrário do que ocorre no sistema do DCFR, no ordenamento neerlandês não há lugar à reparação de outros danos que transcendam a atribuição do juro.

Também em ordenamentos cujo regime sobre anatocismo foi, tal como o português, construído sobre a matriz francesa, encontramos diretriz idêntica.

Assim, nos ordenamentos *francês* ou *belga*, o regime do anatocismo acolhe tanto a capitalização de juros *remuneratórios*, como *moratórios* – sendo, aliás, as situações de não pagamento de juros moratórios vencidos as que retratam a hipótese considerada menos problemática de aplicação do regime em causa. Considera-se que, se o regime visa *incentivar o devedor ao cumprimento* das suas obrigações em geral, não seria lógico não o aplicar em relação à obrigação de pagar *juros de mora*.

Esta é também a posição da generalidade da doutrina *espanhola*, considerando que as *mesmas razões* que procedem para a reparação do dano da mora dos juros remuneratórios procedem também para o dano da mora dos juros moratórios, enquadrando-se ambas as hipóteses no regime legal supletivo.

Do direito *alemão* pareceria decorrer uma rejeição do anatocismo (“juros de juros”, ou “*Zinseszinsen*”), determinando-se que este não teria lugar à face da regulação legal da mora (§ 289 do BGB) e que tão-pouco poderia ser previamente convencionado entre as partes (§ 248 do BGB). Trata-se, porém, de mera aparência, pois essas normas – criticadas aliás por doutrina autorizada – têm um *alcance prático muito menor* do que *prima facie* se afigura que teriam, albergando afinal soluções quase inteiramente convergentes com as que valem noutros ordenamentos.

Assim, entende-se que a proibição da convenção de anatocismo (§ 248) não visa a proteção do devedor contra uma prática considerada injusta ou desequilibrada, mas serve, sim, *exclusivamente razões de transparência*, já que o devedor teria dificuldade em calcular o alcance da dívida potencial quando esta compreendesse juros de juros. Como tal, limita-se em boa medida o âmbito de incidência da proibição, interpretando-a restritivamente. Esta *não vale face a juros já vencidos*, pois o seu montante – o montante sobre o qual incidirão juros – está então determinado. E também *não vale para juros vincendos*, quando o seu montante

seja *calculado e indicado* à partida. Simetricamente, defende-se a interpretação extensiva das previsões excludentes da aplicação do regime.

Quando não haja convenção válida de anatocismo, rege o § 289 do BGB. Na primeira frase, esta norma linearmente exclui que os juros vencidos deem lugar a juros de mora. Porém, na segunda frase, logo afirma que *o credor tem direito à indemnização dos danos causados pela mora*. Ou seja, o que acontece é apenas que tais danos não são *pré-liquidados, em abstrato, através da atribuição de um direito a juros* – o credor tem de *alegar e provar em concreto* que a mora lhe causou dano. Este segmento normativo dá cumprimento ao princípio geral segundo o qual deve ser indemnizada a *totalidade do dano* causado pela mora (o princípio da “reparação total”), e, por isso, vale indistintamente para juros remuneratórios ou moratórios, legais ou convencionais.

Ao credor está, pois, sempre aberta a possibilidade de *demonstrar que concretamente sofreu um dano com a mora no pagamento dos juros de mora*, já que os teria investido, inclusivamente a juros compostos. Possibilidade facilmente concretizada, por exemplo, quando o credor for um *comerciante* ou uma *empresa comercial*, que gere e aplica os excedentes de tesouraria.

E o recurso a tal possibilidade é *muito facilitado* em várias constelações de casos, em que o credor está então mesmo desonerado da prova do dano concretamente causado pelo não pagamento atempado de juros de mora, concedendo-lhe a jurisprudência um *direito à indemnização de um dano fixado em abstrato*.

Trata-se, por um lado, de hipóteses em que se reclama o lucro cessante correspondente à perda da rentabilidade, durante o período da mora, dos montantes não pagos. Tal vale, desde logo, para a sua rentabilização nos mercados financeiros; e, aí, vale tanto para *investidores profissionais*, como não profissionais. Face a estes últimos, presume-se a produção de dano da mora quando o montante em dívida for elevado ao ponto de se poder afirmar, segundo as regras gerais da experiência, que este seria prontamente investido pelo credor. O credor tem apenas de demonstrar que a sua situação patrimonial apontava para um investimento expedito dos montantes não pagos, e qual o rendimento que estes provavelmente gerariam. Quando o credor seja um investidor profissional (v.g., segurador ou empresa de investimento), presume-se a própria aplicação rentável dos montantes. E, quando se trate de uma *instituição*

de crédito, não só se arranca da presunção de que essa instituição teria provavelmente *usado o montante dos juros moratórios* para conceder empréstimos remunerados, como se lhe atribui o *direito à rentabilização desse montante*, de acordo com a *taxa de juro corrente no mercado bancário no período temporal em questão*.

A presunção de dano é ainda afirmada no direito alemão para empresas produtoras ou distribuidoras de bens, face à frustração do investimento (não financeiro) no seu negócio, fazendo-se o dano coincidir com a receita média que seria gerada pela aplicação daqueles capitais na empresa.

Fica, além disso, sempre reservada ao credor a faculdade de retornar ao regime geral, quando pretenda provar um *dano concreto superior*. E fica reservada ao devedor a prova de que os montantes em causa não seriam investidos ou que, sendo-o, não teriam tal rentabilidade.

O cálculo do dano em abstrato vale, ainda, para a invocação do dano emergente correspondente a custos com financiamentos necessários para suprir os montantes em falta. Também aqui há lugar à mobilização de presunções: basta ao *credor profissional* provar que recorreu ao crédito na sequência do não cumprimento, não tendo de demonstrar que o fez *por causa* do não cumprimento; já um credor não profissional terá de demonstrar que o crédito assumido serviu para o pagamento de dívidas que se venceriam a curto prazo.

A solução vigente no direito inglês, por sua vez, acaba por se aproximar desta. Conquanto as normas de fonte legal apenas respaldassem a aplicação de juro simples, com a jurisprudência firmada em *Sempre Metals Ltd (antes Metallgesellschaft Ltd) vs. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue e outro*, afirmou-se que o credor tem, em princípio, *sempre a possibilidade de provar que a mora lhe causou um dano superior* ao montante dos juros simples – aí se incluindo a possibilidade de prova, ao abrigo das regras gerais da imputação causal, de que o *dano sofrido corresponde à atribuição de juros compostos*. Embora o princípio tenha sido formulado em sede de *obiter dicta* – a questão submetida à apreciação da *House of Lords* foi enquadrada nas regras do enriquecimento sem causa –, deve reconhecer-se-lhe uma considerável *auctoritas* na determinação de decisões ulteriores.

Na verdade, ao contrário do que aconteceu em relação a outros aspetos discutidos no caso, a este respeito as opiniões dos vários juízes

revelaram-se *concordantes*. Acresce que tal posição parece exprimir um *entendimento alargado* dos operadores jurídicos ingleses, segundo o qual a atribuição do direito a juros compostos traduz a realidade do mercado, onde os sujeitos apenas logram obter crédito se se dispuserem a pagar por ele juros compostos. Tal entendimento, que faz tendencialmente corresponder o dano moratório do credor ao valor dos juros compostos, foi sufragado já, em relação às dívidas que ultrapassassem um certo limiar quantitativo ou temporal, pela *Law Commission*, no estudo legislativo elaborado em 2003. A falta de acolhimento legislativo de uma solução que ampare a atribuição de juros compostos é, pois, em geral lamentada.

O apelo à categoria económica do *valor intertemporal do dinheiro* faz-se, de resto, notar; e a defesa do cômputo do dano em abstrato para as hipóteses tipologicamente próximas do enriquecimento sem causa gozou mesmo de curso na *common law*, desde a dita jurisprudência *Sempre* e até muito recentemente.

Uma última referência merece também o Direito suíço, já que o artigo 105, III, do Código das Obrigações foi a fonte direta para a proposta de VAZ SERRA, e aparece entre nós citado pelo Tribunal da Relação de Lisboa enquanto referência de proibição expressa da capitalização de juros moratórios. Com efeito, nos termos do preceito, não podem ser contabilizados juros de mora sobre juros de mora. Porém, a norma é *dispositiva*, podendo ser afastada por convenção das partes; pelo que a doutrina helvética atribui *reduzido alcance* à proibição.

d) O artigo 806.º, n.º 3, do Código Civil não se opõe à capitalização de juros moratórios: juros e dano em abstrato vs. prova de dano concreto de índole diversa

O artigo 806.º, n.º 1, do Código Civil, invocado por vezes em sentido contrário à possibilidade da capitalização de juros de mora, nos termos gerais do artigo 560.º, não constitui, porém, argumento relevante nesse sentido.

Com efeito, essa norma arranca das mesmas considerações já expendidas, para prefixar *em abstrato* o montante de indemnização devido por atraso no pagamento de *cada soma pecuniária* devida. A lei prefixa na *mora debitoris* o dano em abstrato, de acordo com as consequências plausíveis da falta de pagamento da soma em causa – necessidade de

contração pelo credor de um empréstimo a juros ou perda dos ganhos do investimento –, determinando que seja aplicada ao montante em mora a *taxa de juros moratórios legais* ou outra *taxa fixada no contrato*. E essa pré-fixação opera *em abstrato* num sentido próprio, já que a norma legal não abre espaço a que se prove em concreto um dano diverso do determinável por aplicação da taxa de juro. Foi precisamente este aspeto, articulado com os termos estritos em que o artigo 806.º, n.º 3, admite a prova do dano excedente, que forneceu um eixo central na argumentação do Tribunal da Relação de Lisboa, no sentido do afastamento da possibilidade de capitalização de juros de mora.

Como se disse, esta argumentação não se mostra, contudo, procedente.

Convém começar por lembrar que o artigo 806.º, n.º 3, que admite para algumas hipóteses a prova de dano excedente, não constava da redação original do Código Civil, em que o artigo 806.º era composto apenas pelos dois primeiros números. Com efeito, visando-se afastar as *dificuldades probatórias*, a *litigiosidade* e a *incerteza* que adviria da *possibilidade de prova de um dano concreto excedente do juro*, recusou-se na versão originária do Código Civil a solução que constava do anteprojeto de VAZ SERRA, e que atribuía tal faculdade de prova ao credor, em caso de mora imputável ao devedor.

O número 3, em causa, apenas viria a ser acrescentado ao artigo 806.º pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de junho, voltando-se à proteção dos lesados em sede de *responsabilidade civil extracontratual*. Como o preâmbulo do diploma começa por apontar, tratou-se então de alterar vários aspetos do regime das obrigações pecuniárias, de modo a dar conta dos fenómenos de *desvalorização monetária*. Entre estes, integra-se a contabilização do dano causado pela *mora do devedor de indemnização fundada em responsabilidade extracontratual*, passando então a permitir-se ao credor-lesado alegar e provar que a mora no pagamento lhe causou um dano que excede o montante dos juros moratórios.

A restrição do regime a este grupo de credores por responsabilidade por factos ilícitos ou pelo risco ter-se-á devido, provavelmente, ao contexto que marcou a época de aprovação do diploma, de grande sinistralidade rodoviária, aliada à exiguidade dos montantes indemnizatórios atribuídos. Mas não se encontram reais razões de fundo para não generalizar tal via de proteção a outros credores expostos ao dano da mora.

Porém, independentemente do acerto de tal restrição, é certo que do que se tratou foi de *abrir as portas à possibilidade de o credor provar um dano concreto diferente do liquidado em abstrato através da aplicação de taxas de juro* – tratou-se de vencer os referidos argumentos de *incerteza jurídica e litigiosidade*, através de considerações de *justiça* da solução, e de proteção do credor.

Esse preceito, contido no artigo 806.º, n.º 3, simplesmente *não está em causa quando o que se pretenda seja o cálculo do dano em abstrato*, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo.

Com efeito, o artigo 806.º não deixa de acolher a aplicação do critério geral – dano liquidado através de taxa de juro – sempre que esteja em causa *o atraso no cumprimento de uma prestação pecuniária*. Neste caso, não se abre a *fonte de incerteza e contestação* que a redação conservadora do artigo 806.º procurou conter: basta a alegação e prova de que a soma devida não foi cumprida a tempo, para o cálculo do dano se lhe seguir.

Ora, é justamente isto o que está em causa tratando-se de *prestação de juros de mora*. Também esta configura, em termos jurídicos, o *objeto de uma obrigação pecuniária*; e o atraso na sua realização configura, *em termos económicos*, como acima ficou dito, um *adiantamento de somas monetárias*. Pelo que também este atraso deve ser compensado através do *pagamento de juros moratórios*.

Outra solução seria, aliás, no sistema português da reparação do dano da mora, particularmente *desequilibrada* – justamente porque o nosso sistema (ao contrário, por exemplo, do direito alemão) *não permite em geral ao credor de obrigação pecuniária que peticione outro dano de mora que não o liquidável através de juros*. Pelo que se somaria a esta limitação a proibição da incidência de juros sobre juros moratórios, agravando adicionalmente a posição do credor perante o devedor em mora.

Por isso mesmo, noutros sistemas que partem igualmente da rejeição do direito à reparação pelo dano moratório excedente, afirma-se a *possibilidade de incidência de juros sobre juros moratórios* – é o que acontece, nos ordenamentos francês, belga, espanhol e neerlandês. Acresce que, nestes dois últimos ordenamentos, tal incidência é afirmada com *substancial liberalidade*: nos Países Baixos é automática, ao fim de um ano de acumulação de juros de mora vencidos; e em Espanha, não sendo automática, não está em todo o caso sujeita a um prazo mínimo de acumulação. E ambos os ordenamentos tratam a matéria, lembre-se, em

termos *supletivos*. E, por sua vez, o ordenamento francês permite ainda ao credor demonstrar que sofreu, nesse período, um prejuízo independente do atraso, e obter a respetiva reparação quando tal proceda de má-fé do devedor (artigo 1231-6 do *Code Civil*).

A diferença é mesmo extrema face ao regime do DCFR, em que o direito à indemnização calculada através da *atribuição automática* de juros compostos correspondentes à anualidade coexiste com a *possibilidade de provar a ocorrência de um dano excedente* em caso de mora do devedor (artigo III. 3:708, n.º 2, e artigo III. 3:709, n.º 1).

E, como se disse, também o ordenamento alemão permite, ainda que com maior encargo probatório para o credor (relevante pelo menos para o credor que não seja investidor ou comerciante), que este obtenha a reparação do dano total causado pela mora.

No direito português, a interpretação do artigo 806.º, como configurada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no sentido de não permitir *nem a prova de dano concreto excedente em caso de mora do devedor nem a capitalização de juros moratórios vencidos*, seria, pois, no panorama comparatístico, *especialmente penalizadora do credor*, desviando a lógica do sistema para a colocação, em abstrato, de uma parcela do dano da mora *imputável ao devedor* definitivamente a cargo do credor, que deveria ter recebido o pagamento atempadamente. Um resultado, em suma, especialmente penalizador do crédito – e do incentivo ao pontual cumprimento das obrigações –, e, portanto, da própria atividade económica.

e) Equilíbrio material da solução: os limites do anatocismo

Importa recordar que o regime do anatocismo não vale para as instituições de crédito que, dispõem, nesta sede do aludido *regime especial*. Mas vale *para a generalidade das obrigações*, civis e comerciais, cumprindo-lhe traçar a bissetriz de um regime em geral *materialmente equilibrado*. Assinale-se, de resto, que a preocupação com a *tutela da posição do credor* tem marcado o desenvolvimento recente do direito civil, que conflui, também neste aspeto, com o que era antes a axiologia própria do direito comercial, em acentuada preocupação com as *realidades da vida económica* e a *eficiência da tutela do crédito*.

O equilíbrio entre os interesses de ambas as partes, credor e devedor, assenta, no ordenamento português, como na generalidade dos

ordenamentos que regulam o anatocismo em moldes similares, na imposição de *limitações temporais* e de *limitações procedimentais* à possibilidade de capitalização de juros vencidos.

Central é, aqui, a exigência de que o credor apenas possa acumular juros vencidos correspondentes *ao período mínimo de um ano*, antes de poder prevalecer-se do dano moratório sofrido. Como ficou dito, os juros moratórios partilham com as demais obrigações pecuniárias a substância económica; a sua razão jurídica é, porém, a de dotar de eficácia o cumprimento (e de o incentivar), assegurando que o não cumprimento tem consequências para o devedor.

Os dados económicos – atendendo ao *id quod plerumque accidit* – apontariam para que o credor *não mantivesse ociosas* as somas em causa, se as recebesse, empregando-as na aquisição de bens ou injetando-as no sistema de captação de poupanças; ou então para que tivesse necessidades não só de investimento, mas também de consumo, vendo-se forçado a contrair um empréstimo para as custear. Não pode presumir-se que a generalidade dos sujeitos seja diligente com as suas poupanças ao ponto de o fazer *imediatamente*, na sequência da recepção de cada uma das quantias devidas. Mas já se mostra razoável esperar que, no final de *um ano* de acumulação de poupanças, um sujeito se dispusesse a aplicá-las produtivamente – mais ainda, tratando-se de um crédito associado ao exercício de uma atividade económica. Tal presunção cobre também os casos em que o sujeito não tenha podido prescindir de bens a que o montante em causa lhe daria acesso, tendo carecido de contrair um empréstimo a juros. Não seria razoável presumir, para a generalidade dos casos, que o recurso ao financiamento se impusesse com cada prestação de juro vencida, mas parece já razoável presumir que a falta do montante acumulado num ano gerasse tal necessidade.

Ao final desse ano de acumulação de montantes em dívida, presume-se, pois, que a persistência no seu não pagamento começará a gerar um dano. E esse dano, relativo a um atraso num pagamento, será tratado como qualquer outro dano moratório, cabendo-lhe também o propósito de compelir ao cumprimento da obrigação que lhe subjaz.

Acresce que o requisito temporal mínimo de um ano é também apto a *evitar a excessiva e imprevisível acumulação* de juros sobre juros, como aconteceria, por exemplo, com os juros compostos numa base diária.

Com este requisito, fixa-se, pois, um *critério temporal mínimo* que limite as *margens temporais de irresponsabilidade* do devedor em atraso pela capitalização dos respetivos juros; transposto este, passam a imputar-se-lhe as respetivas consequências. O prazo escolhido para traçar esta barreira corresponde, de resto, às opções recentemente adotadas no direito comparado.

Em segundo lugar, o papel do *limite procedimental* – convenção ou notificação posterior ao vencimento, para possibilitar a capitalização – não é também despiendo na proteção dos interesses do devedor.

Face à *convenção posterior ao vencimento*, o devedor está em condições de se autotutelar, por via do consentimento; e perante a eventual inclusão de condições que possam ser desproporcionadas, sempre contará com vários conjuntos normativos de proteção. Quando o clausulado tenha sido apresentado unilateralmente pelo credor, sem possibilidade de negociação pelo devedor, estará disponível o regime dos *contratos de adesão*, constante do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Sendo ou não essa a técnica contratual utilizada, vale ainda a norma geral sobre *negócios usurários*, constante do artigo 282.º do Código Civil, podendo fundar o pedido de anulação ou modificação do acordo, uma vez que o devedor prove que o credor explorou a sua situação de necessidade para obter benefícios excessivos ou injustificados. Estes dois regimes podem intervir, *v.g.*, quando se estabeleça prazos curtos para a acumulação de juros capitalizáveis. Por sua vez, a taxa de juro eventualmente convencionada está sujeita aos limites quantitativos previstos para a *usura*, no artigo 1146.º, para o qual remete o artigo 559.º-A, não podendo exceder a taxa legal em 3 ou 5%, conforme exista ou não garantia real.

A exigência de uma *notificação judicial*, por sua vez, desempenhará uma dupla função. Por um lado, servir a *transparência* a que tradicionalmente se alude, conferindo ao devedor um dado decisivo para poder computar as consequências da persistência em incumprimento. Por outro, servir como *filtro prático*, retirando da incidência de capitalização as dívidas com montantes mais baixos – já que, nestes casos, tenderá a prevalecer a inércia dos credores, face à necessidade de suscitar a intervenção judicial.

As conclusões a que se chega não são alteradas pelos conjuntos normativos que visam especialmente proteger, em contexto de mora, a parte

credora – conjuntos que encontramos postos lado a lado no artigo 102.º do Código Comercial, §§ 3.º a 5.º

Trata-se, por um lado, do regime dos *juros de créditos de que sejam titulares empresas comerciais*, recortado no § 3.º e § 4.º do artigo 102.º do Código Comercial; e, por outro, do regime especial relativo aos *atrasos no pagamento das transações comerciais*, conforme definidas pelo Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, para o qual remetem os §§ 3.º e 5.º do artigo 102.º do Código Comercial.

Este último regime transpõe a Diretiva n.º 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, e limita em conformidade com ela o seu campo de aplicação. Está aí em causa apenas a mora no cumprimento de prestações pecuniárias que sejam *contrapartida pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, por parte de uma empresa* – isto é, de uma entidade que desenvolva uma atividade económica ou profissional autónoma – *a uma outra empresa*, ou então *a uma entidade pública* [artigo 3.º, alíneas *b*), *c*) e *d*) referido do Decreto-Lei]. O credor é, pois, um profissional (*hoc sensu*, não consumidor), sendo o devedor um outro profissional, ou uma entidade pública.

Estes regimes merecem referência a dois títulos.

Em primeiro lugar, como se começou por dizer, para salientar que não se mostram colidentes com a aplicação do regime do anatocismo, pese embora o facto de lhes virem associadas taxas de juro agravadas. O valor mais elevado da taxa de juros de mora comerciais – que vale também para as atividades económicas englobadas no regime especial, ainda que não sejam comerciais em sentido técnico – é geralmente explicado pelo facto de o dinheiro *ter um custo mais elevado para quem o usa profissionalmente*, já que deixa de o poder aplicar nas suas atividades, das quais extrairia lucro, ou tem então de recorrer ao crédito bancário. O sentido destes regimes mantém-se, pois, ancorado em *considerações indemnizatórias*.

A esta razão acresce uma segunda, enfatizada na própria fundamentação do regime especial dos créditos emergentes de transações comerciais: a *proteção da saúde financeira das empresas credoras e do próprio mercado* – cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 62/2013 e os considerandos 3) e 12), bem como o artigo 1.º da Diretiva. Releva aqui particularmente a proteção de empresas com menor poder negocial e arcabouço financeiro – ou seja, de credores que sejam pequenas e médias

empresas – face a devedores que sejam igualmente profissionais. Com efeito, estas dívidas não só tendem a ter maior vulto e impacto potencial na tesouraria do credor, como provêm de devedores que podem ter significativo poder de mercado, abstendo-se o credor de proceder à cobrança por receio de prejudicar relações comerciais que lhe são de importância por vezes existencial. Por outro lado, funcionando as atividades económicas em boa medida com base no crédito, e encontrando-se os agentes económicos integrantes do mesmo mercado interligados por créditos e débitos mútuos, teme-se o efeito de contágio: que as dificuldades financeiras provindas do incumprimento dos devedores da empresa a deixe por sua vez em situações de incumprimento, alastrando o não cumprimento aos seus credores e a toda a economia, como uma “mancha de azeite”. Pretende-se, pois, desencorajar os devedores a integrar a mora no seu cálculo económico, levando a que deixem de a utilizar como um instrumento de gestão de tesouraria.

Ora, as razões que fundam a proteção face ao atraso na prestação *do montante inicial* procedem também para o não cumprimento do dever de *prestar juros de mora* – pelo menos, a partir do momento em que o seu caudal se torne de certo relevo.

De resto, sendo os regimes em causa de índole supletiva, não vedam convenções diversas em matéria de juros, desde que tal não constitua um prejuízo desproporcionado para o credor (artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 62/2013); pelo que, por maioria de razão, não vedam que este mobilize o regime legal do anatocismo. Assim, no direito comparado, o regime legal da *capitalização de juros* surge expressamente associado ao *regime especial* do atraso no cumprimento das *dívidas emergentes de transações comerciais* (artigos 6:119a, n.º 3, e 6:119b, n.º 3, do Código Civil dos Países Baixos, já referidos), ou é admitido com muita largueza, de modo a englobar também tais casos. No plano do direito a constituir, seria, porém, porventura mais adequada a associação do regime da capitalização a uma taxa de juro de mora de índole exclusivamente *indemnizatória*, que melhor se coadunaria com o sentido sobretudo indemnizatório do anatocismo.

Os referidos conjuntos normativos são, em segundo lugar, dignos de nota porque da sua compreensão poderão resultar argumentos materiais para uma certa limitação do regime do anatocismo.

Como resulta do recorte feito acima, o regime especial previsto para as transações comerciais *não é aplicável quando o devedor tenha a qualidade*

de consumidor [artigo 2.º, n.º 2, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 62/2013]. Desde logo, dado o papel atomizado deste segmento de clientela, determinando que nem uma dívida deste tipo terá em regra um impacto significativo no equilíbrio financeiro do credor, nem é plausível que o credor se melindre na sua cobrança, por receio de prejudicar as relações comerciais com tal contraparte. Acresce que o direito do consumidor é cunhado exatamente pela tutela dos seus sujeitos, pelo que se não coadunaria com estas normas portadoras de uma axiologia de sinal contrário. Já o regime dos créditos de que sejam titulares empresas comerciais não circunscreve com a mesma clareza o seu âmbito de incidência. Se bem que conte ainda, na sua interpretação, com o peso da tradição que afirma que as regras sobre juros comerciais valem também para os contratos apenas *unilateralmente comerciais*, a verdade é que esta conclusão não passa incontestada. Tal contestação escora-se em argumentos *formais* – a redação dos atuais §§ 3.º e 4.º do Código Comercial foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, que, tal como o seu sucessor, excluía do seu campo de aplicação os contratos com consumidores –, bem como em argumentos *materiais*. Salieta-se que as *razões* que levam a afastar o regime especial das transações comerciais das relações com consumidores procedem também aqui: não há razões de *tutela especial do credor comerciante* face ao *devedor consumidor*, cujo estatuto perante o direito é, antes, o de sujeito carecido de proteção. Tal proteção não se limita, aliás, contrariamente ao que pretende a jurisprudência, a vigiar a conformidade da prestação devida ao consumidor-credor, mas protege-o também na qualidade de devedor, como é visível tanto em sede geral, no regime especial da prescrição dos créditos de comerciantes e profissionais face a não profissionais [artigo 317.º, alínea *b*), do Código Civil], como em sede de contrato de crédito ao consumo e à habitação, onde por um lado se alarga a faculdade de proceder ao reembolso antecipado, e por outro se limitam as condições para a perda do benefício do prazo ou resolução por incumprimento.

Aceitando-se esta argumentação – que não retrata, porém, a posição que prevalece na jurisprudência, ou na doutrina –, dir-se-á que o *consumidor em mora* sempre deverá gozar de uma proteção acrescida face ao devedor não consumidor, já que não valerá contra ele a taxa de juro supletiva comercial, mas sim aquela mais baixa, constante dos preceitos civis. Não se fazendo a proteção do consumidor logo em sede de taxa

aplicável, os argumentos materiais contemplados deverão porventura ser afirmados perante esta outra instância de proteção do credor em sede de mora, que é o regime do anatocismo, vedando que o credor possa retirar todos os efeitos do atraso no pagamento, mobilizando esse regime perante um devedor-consumidor.

5. Os pressupostos da aplicação do artigo 560.º do Código Civil aos juros moratórios

O artigo 560.º, n.º 2, do Código Civil, requer que os juros capitalizados correspondam ao *período mínimo de um ano*. Prevê-se, com isto, que os juros vencidos se devem *ter acumulado pelo menos durante um ano*: devem corresponder à contrapartida da disponibilidade do seu capital de base pelo menos durante um ano. O ano marca apenas um *limite mínimo*, podendo ser capitalizados juros correspondentes a um ano acrescido de fração de ano.

Desta limitação decorreria, linearmente, que nunca poderia ter lugar a capitalização de juros vencidos quando o devedor deixasse por pagar, mesmo que há mais de um ano, juros referentes a um período inferior a um ano (tendo, por exemplo, deixado de pagar juros correspondentes a 11 meses, cuja capitalização se pretende). Face a essa hipótese, já se defendeu, porém, a possibilidade de capitalização, desde que entre o *início do período a que se referem os juros a englobar* e o *momento da convenção ou notificação* tenha decorrido pelo menos um ano. De outro modo, uma diferença de dias no período de juro vencido e não pago fundaria um tratamento totalmente diverso de dois credores, em função apenas de o período em causa, a que se referem os juros a capitalizar, ter ou não transcendido a barreira de um ano: um dos credores beneficiaria, e o outro não, do regime do anatocismo, numa diferenciação que seria arbitrária.

Em segundo lugar, exige-se *notificação judicial* ou *convenção ad hoc, posteriores ao vencimento* dos juros que se pretenda capitalizar. A notificação judicial referida pelo artigo 560.º, n.º 1, é, no entendimento da jurisprudência superior, uma notificação judicial avulsa.

Não se requer, porém, ao contrário do que acontece nos ordenamentos francês (mas veja-se quanto a este o que dizemos já de seguida), italiano ou espanhol, que a capitalização por via judicial *decorra de ação*

intentada contra o devedor. Tal exigiria ao credor um maior dispêndio de recursos de tempo e aumentaria os custos de cobrança – que por sua vez acabariam por reverter contra o devedor. Por outro lado, a jurisprudência superior tem reafirmado que *não basta a citação* para a ação de condenação no pagamento. Considera-se que a lei requer um ato *especificamente dirigido a inculcar no devedor que a capitalização de juros terá lugar* em caso de não pagamento, “solicitando energicamente a sua atenção” para esse facto.

Atenta tal exigência procedimental, bem como os termos da disposição portuguesa, não parece de admitir uma notificação referida a *juros vincendos* – em subseqüentes períodos de pelo menos um ano –, mas apenas a *juros já vencidos*.

Por sua vez, os termos do artigo 560.º, n.º 1, parecem claros quanto à exigência de que a convenção seja *posterior ao vencimento* dos juros a capitalizar – o que retirará grande alcance prático ao preceito.

Os novos juros começam a correr *a partir da data da convenção ou da notificação* feita ao devedor.

A determinação da *taxa aplicável* aos juros de juros moratórios há de ser, por igualdade de razão, *idêntica à que vale para os próprios juros moratórios*. Porém, se houve lugar à determinação de uma taxa de juro de mora convencional, há que determinar, por interpretação do contrato, se esta abrange também o juro anatocístico. Caso o contrato não o estabeleça, e a taxa de juro legal for inferior à convencional, deve então valer a primeira, por argumentos de *favor debitoris*, já que o devedor poderia não contar com a aplicação da taxa agravada nesta sede.

6. Conclusão

Podemos agora concluir, quanto à questão que pusemos inicialmente.

O artigo 560.º do Código Civil trata a questão do anatocismo: ou seja, da *capitalização de juros*, que retrata o processo pelo qual os juros vencidos passam a ser tratados como capital, no sentido de serem, eles próprios, produtivos de juros, e, segundo essa norma, para que os juros vencidos produzam juros é necessária *convenção posterior ao vencimento*, podendo haver também juros de juros, a partir de *notificação judicial* feita ao devedor para capitalizar os juros vencidos ou proceder ao seu

pagamento sob pena de capitalização (n.º 1), mas só podem ser capitalizados os juros correspondentes ao *período mínimo de um ano* (n.º 2). Deve entender-se que o regime do artigo 560.º do Código Civil vale *quer para juros remuneratórios quer para juros moratórios*. Com efeito, nada há, na letra da lei, que apenas se refere a juros vencidos, sem os qualificar, que leve a tratar de um modo diferenciado uns e outros, sendo que, do ponto de vista do argumento histórico, a proposta de VAZ SERRA, que proibia que sobre juros moratórios corresse juros de mora, foi abandonada na versão final, não se tendo mantido na letra da lei qualquer argumento para dar tratamento distinto aos dois tipos de juros.

Esta conclusão pela aplicabilidade do artigo 560.º aos juros moratórios é secundada também por argumentos sistemáticos, decorrentes do confronto com o regime especial previsto para as entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, constante do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio. Na verdade, na resposta à mora no pagamento de juros, tradicionalmente põem-se *dois remédios em alternativa*, consistentes na *capitalização de juros devidos e não pagos*, por um lado, e na aplicação de uma *taxa de juros moratórios agravada face à taxa geral*, por outro, que vem muitas vezes tomada ao modo de uma cláusula penal, sendo que o regime especial referido apenas permite a verdadeira capitalização de juros moratórios em termos muito limitados (artigo 7.º, n.º 5), mas, *em contrapartida*, mune o credor do meio de tutela alternativo à verdadeira capitalização de juros, permitindo-lhe calcular os juros de mora nos termos de uma *taxa especialmente gravosa*, calculada por aplicação de uma sobretaxa *anual máxima de 3% sobre a taxa de juros remuneratórios* aplicável à operação em causa (artigo 8.º, n.º 1). Já o *regime civilístico geral não oferece esta via de tutela para o atraso no pagamento dos juros de mora*; mas oferece-lhe a tutela tradicionalmente alternativa, assente no *regime do anatocismo*, que permite a capitalização destes juros.

Decisivamente, os argumentos *teleológicos* apoiam também a mesma conclusão, desde logo no plano económico, pois os juros de mora vencidos e não pagos *consustanciam, em termos económicos, uma soma de dinheiro disponibilizada ao devedor, devendo ser tratados como qualquer outra obrigação pecuniária em mora*. Cada montante devido a título de juros moratórios que o credor deixa de obter é um montante que ele *poderia também aplicar* produtivamente, gerando *novos proventos*, ou cuja ausência o forçará a *buscar um empréstimo e suportar os respetivos custos*,

enquanto, por sua vez, ao furtar-se a pagar as prestações em dívida, escusando-se a devolver esses montantes, o *devedor beneficia* no fundo de uma *nova disponibilização de tais capitais* – pela qual deverá *pagar o respetivo preço* –, já que, se devolvesse tais montantes no tempo devido, e se voltasse para um outro credor, teria também de pagar o juro respetivo. A mora no pagamento destes montantes produz, na esfera do credor, um potencial *dano emergente* – pela necessidade de contração de um empréstimo – ou um *lucro cessante*, pelo que deve estar aberta a via da cobrança de juros pelo atraso no pagamento – juros moratórios –, dentro dos limites do regime especialmente aplicável, que é o regime geral do anatocismo, sendo este regime aquele que permite extrair *consequências de uma situação de incumprimento* em sentido lato, reparando o *dano por ela causado* e dotando de *eficácia jurídica a obrigação de juros em causa*.

E a orientação defendida é também amparada pelo direito comparado, que prevê a possibilidade de capitalização dos juros de mora vencidos e não pagos (França, Bélgica, Países Baixos, DCFR, Inglaterra, tendencialmente), ou a sua alegação e prova facilitada, mediante um sistema de presunções judiciais (Alemanha).

Quanto ao artigo 806.º, n.º 3, do Código Civil, que permite ao credor de indemnização fundada em responsabilidade por factos ilícitos ou pelo risco *provar um dano concreto superior ao liquidado em abstrato através da aplicação de taxas de juro*, não se opõe à capitalização de juros moratórios, desde logo, porque quando se pretende determinar um *dano moratório em abstrato*, por aplicação de taxa de juro ao montante em dívida, não é o artigo 806.º, n.º 3, que *opera*. Tal modo de cômputo do dano por atraso no pagamento de juros moratórios inscreve-se, sim, nos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, conferindo a esta dívida a devida paridade de tratamento face às demais obrigações pecuniárias. E também não se abre por esta via a *fonte de incerteza* a que o legislador do Código Civil quis (bem ou mal) obviar com a restrição da possibilidade de prova de dano concreto excedente, já que não se trata de alegar e provar um dano concretamente sofrido.

Outra solução seria, aliás, no sistema português da reparação do dano da mora, particularmente *desequilibrada* – exatamente porque o nosso sistema não permite em geral ao credor de obrigação pecuniária que peticione outro dano de mora que não o liquidável através de juros. Deixar-se-ia particularmente fragilizada a posição do credor

(designadamente por obrigações contratuais) perante o devedor em mora, ao vedar-lhe *tanto a prova de dano concreto excedente à taxa de juro legal* ou contratualmente fixada como a *liquidação de juros sobre os juros moratórios* que teria recebido e aplicado, caso fossem pagos. E seria também uma solução menos incentivadora do cumprimento pontual das obrigações e menos benéfica para a atividade económica.

Deve entender-se que *equilíbrio material* do regime do anatocismo, inclusive quando aplicado a juros moratórios, é conseguido em geral através dos limites previstos no próprio artigo 560.º, e em especial pelo *limite temporal* que exige que se acumulem juros de mora *vencidos durante um ano*, para tutelar a posição do devedor, permitindo-lhe que o não cumprimento da sua obrigação de pagamento de juros permaneça inconsequente durante esse período. Esse *prazo mínimo de um ano* responde, de resto, dentro do sistema de fixação do dano em abstrato, à verosimilhança atribuída à hipótese de o credor pretender *aplicar produtivamente* os montantes acumulados durante todo um ano, ou de lhe ser necessário contrair um empréstimo remunerado para suprir a sua falta.

Por sua vez, o *limite procedimental* exige que a capitalização resulte de *convenção* ou de *notificação judicial*, em qualquer caso *posteriores ao vencimento* dos juros a capitalizar. No caso de convenção sobre capitalização, o devedor goza da autotutela inerente ao seu consentimento, dispondo, ainda, a jusante, das normas que tutelam o desequilíbrio contratual, relativas aos contratos de adesão, nos termos do respetivo regime jurídico, à proibição de negócios usurários, nos termos do artigo 282.º do Código Civil, ou, quando haja lugar também à convenção de taxa de juro, à limitação do respetivo quantitativo, nos termos dos artigos 559.º-A e 1146.º do mesmo Código. Já a exigência de notificação judicial serve propósitos de *transparência*, tornando visível ao credor o montante que passará a ser tratado como capital, além de funcionar como *filtro*, dada a presumível inércia dos credores face a montantes bagatelares. E poderá ainda admitir-se que a invocação do regime contra devedores consumidores seja paralisada por argumentos materiais de menor necessidade de tutela do credor, face à tutela que envolve a qualidade de consumidor, também nas vestes de devedor.

Uma vez mobilizado o regime do anatocismo, os novos juros começam a correr *a partir da data da convenção* ou *da notificação* feita ao

devedor, devendo, os juros moratórios, por igualdade de razão, ser capitalizados à *mesma taxa que vale para a sua própria fixação*; se houve lugar à determinação de uma taxa de juro de mora convencional, há que determinar, por interpretação do contrato, se esta abrange também o juro anatocístico; caso o contrato não o estabeleça, e a taxa de juro legal for *inferior* à convencional, deve então valer a primeira, por argumentos de *favor debitoris*, já que o devedor poderia não contar com a aplicação da taxa agravada nesta sede.

Os juros cobertos pelas garantias reais

RUI PINTO DUARTE

1. Introdução

Sempre que uma garantia real transcende as relações entre devedor e credor – seja por haver outros credores (ou potenciais credores) do titular do bem dado em garantia seja por esse titular não ser o devedor – há interesse em que outros sujeitos jurídicos, além do credor e do devedor, conheçam o limite do valor garantido.

Daí surgiram as regras que determinam, mormente quanto hipoteca, esse limite (e a inscrição do mesmo no registo).

Sabendo-se que as dívidas incumpridas abrangem, as mais das vezes, além do capital, juros e outros créditos acessórios¹, suscita-se

¹ Como acessórios que a garantia hipotecária pode cobrir além dos juros são comumente referidos os créditos resultantes das despesas de constituição e de registo da hipoteca. Outros créditos levantam dúvidas, cuja ilustração pode ser feita pelo seguinte excerto de um acórdão da Relação do Porto de 8 de outubro de 1991: «O imposto do selo não é, e aí assiste razão às partes, acessório do crédito, e muito menos do crédito principal (sê-lo-ia acessório de acessório do crédito, os juros de mora). Acessórios do crédito, para o efeito do n.º 1 do art. 693.º, entre outros, os juros, as despesas de constituição e do registo da hipoteca, apenas estabelecida para o caso do não cumprimento (v., locs. cit., PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, págs. 716 e 717; ALMEIDA COSTA, pág. 365; Correia das Neves, pág. 370). É certo que, a propósito da interpretação do lugar paralelo do n.º 3, do art.º 48.º da LULL, há quem entenda que na expressão “outras despesas” a que o portador tem direito se engloba o imposto do selo (Ac. Rel. Coimbra, de 14/1/86, Col. Jur., Ano XI, tomo 1, págs. 32 e 33, e Ac. Rel. Lisboa, de 14/1/88, sumariado do Bol. 373, pág. 591). [...] Mais rigorosa se afigura a construção operada no Ac. desta Rel., de 5/12/89 (Col. Jur., Ano XIV, págs. 202 e 203), citado nos autos, que se louva no Ac. deste Tribunal de 12/11/85 (Col. cit., Ano X, tomo 5, pág. 167), a de que o imposto do selo não está incluído nas “outras despesas”, sem prejuízo de consistir num acréscimo legal devido pelos juros da letra e, por isso, integrado no título. Na verdade – cit. Ac. de 5/12/89 – o imposto do selo a que alude o art.º 120.º-A da Tabela Geral incide, além do mais, sobre os juros cobrados por instituições bancárias, designadamente por desconto de letras ou empréstimos, sendo devido no acto de recebimento dos juros [al. b) e n.º 1 do cit. artigo]. [...] É que – diz-se – esse imposto, por injunção legal (n.º 5 do cit. art.º 120.º-A), é cobrado

a questão de saber se tais créditos acessórios (antes de mais, os juros) devem ser cobertos pelas garantias (mormente a hipoteca) e, em caso afirmativo, em que medida o devem ser.

A resposta mais frequente nas leis europeias a tal questão tem sido afirmativa, mas a medida da cobertura tem variado. Sirvam de exemplos dos regimes vigentes:

– O *Code Civil* francês, cujo art. 2432, na redação da *loi* n.º 2015-992, de 17 de agosto de 2015, estabelece:

«Le créancier privilégié dont le titre a été inscrit, ou le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêt et arrérages, a le droit d'être colloqué, pour trois années seulement, au même rang que le principal, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les intérêts et arrérages autres que ceux conservés par l'inscription primitive.

Toutefois, le créancier a le droit d'être colloqué pour la totalité des intérêts, au même rang que le principal, lorsque l'hypothèque a été consentie en garantie du prêt viager défini au I de l'article L. 314-1 du code de la consommation.»

– A *Ley Hipotecaria* espanhola², cujo art. 114 estabelece:

«Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

pelas instituições bancárias e entregue nos cofres do Estado, constituindo (n.º 1 do mesmo normativo) “encargo dos clientes em benefício dos quais se efectue a operação”. A instituição de crédito fica incumbida da cobrança do imposto, o qual acresce, “ex vi legis”, ao crédito de juros. Numa palavra: a dívida de juros implica, inexoravelmente, a dívida do imposto do selo. Nesta ordem de ideias, mostra-se frágil o argumento de que o imposto do selo é arredado da garantia hipotecária por falta de inscrição registral. Essa omissão não afecta a protecção de terceiros, uma vez que do registo do acessório do crédito que são os juros e da identificação do sujeito activo do facto inscrito, conjugada com a do fundamento da hipoteca, logo se fica a saber do acréscimo no imposto inerente aos juros.» (CJ, ano XVI, 1991, tomo IV, p. 262).

² Decreto de 8 de fevereiro de 1946, modificado pelas leis 7/1998, 1/2000, 24/2001, 53/2002, 7/2003, 22/2003, 62/2003 y pela ley orgánica 15/2003.

En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.»³

– O *Codice Civile*, cujo art. 2855, sob a epígrafe «Estensione degli effetti dell’iscrizione», estabelece:

«L’iscrizione del credito fa collocare nello stesso grado le spese dell’atto di costituzione d’ipoteca, quelle dell’iscrizione e rinnovazione e quelle ordinarie occorrenti per l’intervento nel processo di esecuzione. Per il credito di maggiori spese giudiziali le parti possono estendere l’ipoteca con patto espresso, purché sia presa la corrispondente iscrizione.

Qualunque sia la specie d’ipoteca, l’iscrizione di un capitale che produce interessi fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti, purché ne sia enunciata la misura nell’iscrizione. La collocazione degli interessi é limitada alle due annate anteriori e a quella in corso al giorno del pignoramento, ancorché sia stata pattuita l’estensione a un maggior numero di annualità; le iscrizioni particolari prese per altri arretrati hanno effetto dalla loro data.

L’iscrizione del capitale fa pure collocare nello mesmo grado gli interessi maturati dopo il compimento dell’annata in corso alla data del pignoramento, pero’ soltanto nella misura legale e fino alla data della vendita.»

Centrando a atenção no nosso país, há que lembrar que o Código de Seabra, no seu texto primitivo, estabelecia:

«Artigo 900.º – A hipoteca relativa a crédito, que vença juros, abrange os vencidos no último ano e no corrente, para o efeito de terem as vantagens dela, independentemente do registo.

§ único. Os juros, relativos aos anos anteriores, têm hipoteca como crédito distinto, se como tais tiverem sido registados»

³ O art. 220 do Regulamento Hipotecario dispõe complementarmente: «Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses, no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades.»

Porque se levantaram várias dúvidas de interpretação desse texto⁴, o mesmo foi alterado pelo Decreto 19.126, de 16 de dezembro de 1930, passando a redação do preceito a ser:

«Artigo 900.º – A hipoteca relativa a crédito que vença juros abrange os vencidos tanto no ano anterior à citação para a execução como durante esta, para efeitos de terem as vantagens da hipoteca independentemente do registo.

§ único. Os juros, relativos aos anos anteriores, têm hipoteca como crédito distinto, se como tais tiverem sido registados.»

Adianto que julgo que a questão da cobertura dos juros das dívidas pelas hipotecas tem afinidade com a questão da prescrição dos juros, que o art. 310, alínea *e*), do CC determina ocorrerem no prazo de cinco anos: a regra da prescrição elimina o crédito, a da limitação da cobertura limita a garantia. Adiante se verá que essa afinidade tem relevância para a interpretação da regra relativa aos juros cobertos pela hipoteca.

2. O estudo preparatório do atual Código Civil relativo à hipoteca

No estudo preparatório do atual Código Civil relativo à hipoteca⁵, VAZ SERRA expôs minuciosamente os problemas em causa e propôs soluções para eles. De tal exposição, destaco:

«Dois princípios estão aqui em jogo. Por um lado, a regra *accessorium sequitur principale* quereria que os acessórios do crédito fossem, sem mais nada, compreendidos na garantia hipotecária; por outro lado, todavia, o princípio da *especialidade*, basilar em registo predial, opõe-se a que a garantia abranja elementos que não constem da inscrição.

Daqui o terem as legislações adoptado a solução de limitar os acessórios que, sem registo especial, podem ser assegurados pela hipoteca.

⁴ Para o enunciado dessas dúvidas, v. SERRA (1957 «Hipoteca»), n.º 62, pp. 233 e 234.

⁵ Antes do texto que a que me refiro, Vaz Serra publicou, em 1947, sob o título «A Hipoteca e os Acessórios do Crédito», uma primeira versão (muito menos desenvolvida) deste seu estudo – v. SERRA (1947), sobretudo, pp. 225 e ss. e 241 e ss.

Alguns Códigos consideram garantidas pela hipoteca as despesas do acto de constituição de hipoteca, as do registo e outras.

O nosso Código não foi tão longe. Para que quaisquer despesas ou outros acessórios (tais como cláusulas penais) sejam abrangidos pela hipoteca, é indispensável que sejam especificados e registados de modo a poder determinar-se-lhes, ao menos aproximadamente, o montante (art.os 911.º e 960.º, §3.º; Código do Registo Predial, art.º 231.º, n.º 1.º).

Não parece haver motivo para modificar substancialmente esta doutrina, que é a mais consentânea com o princípio da especialidade do registo.

Mas parece preferível declarar que tais acessórios devem ser especificados no registo de maneira a designar-se o máximo que podem atingir para os efeitos do dito registo.

Na verdade, terceiros devem ser informados do máximo que esses acessórios podem alcançar, para estarem habilitados a formar uma ideia tão segura quanto possível do encargo que pesa sobre os bens hipotecados. Não basta que se designe o montante *aproximado*, acaso inferior ao real.

O princípio da especialidade do registo quer que os bens não respondam *além* do que no registo se indicar.

III – O princípio da especialidade do registo não consente em que a hipoteca proteja todos os juros, ainda que no registo se refira que o capital vence juros e se mencione a sua taxa. Na verdade, mesmo assim, não poderiam terceiros fazer um cálculo do valor do encargo, pois o devedor pode ir pagando os juros, como é usual, além de que, com tal sistema, se abriria a possibilidade de fraudes, vindo um credor, de combinação com o devedor, reclamar juros há muito pagos.

Mas, por outro lado, também não é razoável que da garantia hipotecária relativa ao capital sejam excluídos todos e quaisquer juros. Se o fossem, o credor teria que fazer registar hipotecas especiais à medida que os juros se fossem vencendo; mas estas hipotecas, que só valeriam contra terceiros desde a data do seu registo, poderiam ser inutilizadas praticamente por outros registos anteriores, de sorte que o credor seria levado, para

evitar este perigo, a reclamar o pagamento pontual dos juros e a executar a coisa hipotecada logo que o devedor deixasse de realizar tal pagamento.

Resulta daqui que a hipoteca relativa ao capital deve compreender um certo período de juros, com o que se obstará a muitas execuções, no interesse do devedor e no dos credores.

Parece, portanto, que o sistema preferível não é o de atribuir a todos os juros a garantia da hipoteca relativa ao capital, nem o de recusar, em absoluto, aos juros essa quantia.

O primeiro desses sistemas obrigaria terceiros, para se informarem dos juros realmente em dívida, a fazerem investigações custosas e demoradas; e se bem que o crédito de juros esteja sujeito a uma prescrição de curto prazo (Código Civil, art.º 543.º), a prescrição pode ser interrompida, ampliando-se, assim, praticamente o prazo prescricional.

O segundo sistema favorece as execuções contra o devedor.

O melhor sistema, [*vírgula no original*] será, por conseguinte, um sistema intermédio, segundo o qual a hipoteca garantirá apenas determinado período de juros.

Este sistema funda-se em que é normal ir o devedor pagando os juros, podendo, quando muito, estar em dívida um, dois ou três anos. Em regra, o credor reclamará o pagamento dos juros no vencimento; convém, no entanto, reconhecer-lhe uma certa margem, que lhe torne possível esperar algum tempo pelo pagamento, sem recorrer logo à execução, se o devedor acaso não for pontual.»⁶

Em consonância com essas considerações, propôs VAZ SERRA as seguintes regras:

«Art. 26.º – *Acessórios do crédito*

1. Para que a hipoteca assegure os acessórios do crédito, é indispensável que estes sejam precisamente especificados no registo de maneira a indicar-se, pelo menos, o máximo que podem atingir.

⁶ SERRA (1957 «Hipoteca»), n.º 62, pp. 236 e 237.

2. Se a hipoteca for relativa a crédito que vença juro, a inscrição dela no registo abrange os juros devidos, se a taxa destes for mencionada no mesmo registo. Tal extensão compreende os juros correspondentes ao ano corrente à data da penhora e aos dois anos anteriores, bem como, mas não acima da taxa legal, os que se vencerem posteriormente até ao momento em que, vendidos os bens, se fixar a quantia que cada um dos credores pode receber. Pode mencionar-se, como taxa de juro, a que for praticada pelo Banco de Portugal ou outra determinável, uma vez que se indique a taxa máxima que o juro pode atingir.
3. Tratando-se de juros de mora, que não seja possível indicar no registo, observa-se a doutrina do parágrafo anterior, sem necessidade de menção deles ou da sua taxa.
4. A limitação do § 2.º aplica-se mesmo que se tenha ampliado convencionalmente o prazo nele referido.
5. Acordando-se em que os juros serão pagos com o capital, equiparam-se a este para o efeito da garantia, ainda que relativos a período superior ao indicado no § 2.º, desde que o seu montante global se depreenda do registo.
6. Quando dos documentos apresentados se não concluir qual foi a taxa de juro convencional, mas, apesar disso, o capital vencer juro, deve inscrever-se a taxa legal.
7. Os juros, relativos a anos anteriores aos mencionados no § 2.º, têm hipoteca como crédito distinto, se nessa conformidade se fizer o registo, cujos efeitos se contam da data em que ele se realizar.»⁷

O Código Civil afastou-se das propostas de VAZ SERRA, designadamente, no que para o tema deste texto mais releva, quanto ao modo de determinação do período de juros a garantir: o ponto de referência escolhido não foi a data da penhora, mas sim (implicitamente) a data considerada na conta final para pagamento (instrumento que o Código de

⁷ Serra (1957 «Hipoteca»), n.º 63, pp. 354 e 355.

Processo Civil refere sob tal nome no art. 791, n.º 3, e sem lhe dar nome nos arts. 846 e 847, mas que infelizmente não regula)⁸.

A doutrina tem continuado a enunciar os problemas da cobertura de juros pela hipoteca em termos similares aos constantes do trabalho de VAZ SERRA⁹. Procurando sintetizar as razões da limitação dos juros abrangidos pela hipoteca, tenho escrito serem elas proteger as expectativas de terceiros quanto ao valor máximo abrangido pela garantia e estimular a diligência do credor sem, contudo, o forçar a agir logo que se verifique o incumprimento.

3. Os estudos preparatórios do atual Código Civil relativos a outras garantias reais

VAZ SERRA também tratou da cobertura dos juros nos estudos preparatórios do atual Código Civil relativos a outras garantias reais.

No tocante ao penhor, serão significativos do pensamento do Autor estes excertos:

«(g) O penhor deve garantir o crédito tal como ele for em cada momento, a não ser que se convencione outra coisa. É o que melhor se ajusta à finalidade normal do penhor.

⁸ No sentido em causa, determinando a contagem dos juros «até ao momento da liquidação do julgado pela secretaria na conta que se segue à sentença de extinção da execução», v. o acórdão da Relação do Porto de 13.7.1993 (CJ, ano XVIII, 1993, tomo IV, p. 200). S. COSTA (2001), p. 89, escreve (remetendo em nota para o acórdão em causa): «O momento da contagem dos juros na acção executiva, no caso de concurso de credores, é o da liquidação pela secção central, na conta adrede realizada a que se reporta o artigo 52.º do Código das Custas Judiciais, ou na conta subsequente à sentença declarativa da extinção da acção executiva. Os juros são contados, conforme os casos, até ao depósito, à adjudicação de bens ou à consignação de rendimentos (artigo 53.º, n.º 5, do CCJ).» NEVES (1969), pp. 19 e ss., discutiu demoradamente o problema, analisando três possibilidades: os juros serem contados até à data em que se dá «pagamento à dívida»; os juros serem contados até à data da liquidação do processo, referindo ser essa a solução mais praticada; os juros serem contados até à data da arrematação, referindo ser esse o critério adotado pelo Código de Processo das Contribuições e Impostos então em vigor (art. 236, § 4.º) – acabando por defender o alargamento de tal critério ao processo civil.

⁹ V. LIMA e VARELA (1987), pp. 716 e 717, M. COSTA (2009), p. 943, texto e nota 3, ASCENÇÃO e FRANÇA (1989), pp. 57 e ss., S. COSTA (2001), pp. 87 e ss., MARTINEZ e PONTE (2006), pp. 196 e 197, e CAMPOS (2003), pp. 79 e ss., e (2018), p. 927.

[...]

Afigura-se aceitável a solução de o penhor, quanto aos juros posteriores ao ano em curso na data da penhora ou do acto que a substitua, ser limitado à taxa legal e garanti-los até à data da venda ou da adjudicação. Como a execução pode durar bastante tempo e o credor pignoratício não a fazer andar, parece razoável que, findo aquele ano, eles só sejam garantidos pelo penhor dentro da taxa legal, e não já da convencional mais alta. Se os juros convenccionados forem inferiores ao[s] legais, atender-se-á àqueles.

De resto, não parecem de fazer outras restrições, como as que se propõem, para o caso de hipoteca, na respectiva exposição, por o penhor não afectar, em regra, tão gravemente os interesses de terceiros.»¹⁰

Acerca dos privilégios creditórios, destaco as seguintes passagens:

«Um problema de certa gravidade, que pode suscitar-se em relação aos privilégios, é o de saber se o privilégio, além do capital do crédito, deve abranger também os juros. É problema análogo ao resolvido, para a hipoteca, no art.º 900.º do actual Código e no art. 26.º do articulado relativo à hipoteca e, para o penhor, no art.º 16.º, § 3.º, do respectivo articulado.

[...]

Parece justo que o privilégio garanta, além do capital, os juros, sendo devidos, e numa certa medida. A razão é análoga à que pode invocar-se para a hipoteca ou para o penhor.

Em relação à hipoteca, a solução que se propõe (art. 26.º) é que a hipoteca abranja os juros correspondentes ao ano corrente à data da penhora e aos dois anos anteriores, bem como, mas só pela taxa legal, os que se vencerem posteriormente até ao momento em que se fixar a ordem de colocação dos credores com indicação das quantias a que têm direito.

Para o penhor (art.º 16.º, § 3.º), propõe-se que compreenda os juros desde a constituição dele, não excedendo o montante dos

¹⁰ SERRA (1956), pp. 99 e 100.

juros legais quanto ao período posterior à penhora ou à citação para a acção de venda ou adjudicação do penhor. Visto que o penhor está subordinado a uma publicidade que os privilégios mobiliários não possuem (não havendo neles sempre o desapossamento), parece mais razoável adoptar, para os privilégios uma solução análoga à da hipoteca: o privilégio abrangerá os juros do ano corrente à data da penhora e do ano anterior, bem como, mas não acima da taxa legal, os posteriores.»¹¹

Quanto à consignação de rendimentos, certamente pela própria natureza da figura, VAZ SERRA não discutiu o problema, dando por adquirido que a mesma poderia cobrir os juros das dívidas, tendo proposto a seguinte redacção para o preceito sobre a matéria: «Pela consignação de rendimentos, o pagamento da dívida, ainda que condicional ou futura, e seus juros, se devidos, ou só do capital, ou só dos juros, é garantido por meio da consignação dos rendimentos de certos bens e determinados bens imobiliários ou de certos e determinados bens mobiliários para que exista registo análogo ao dos imóveis»¹².

4. Os preceitos legais vigentes relativos à hipoteca

Para facilidade do leitor, vou fazer transcrições da lei.

O preceito central é o art. 693 do Código Civil, que, sob a epígrafe «Acessórios do crédito», determina:

- «1. A hipoteca assegura os acessórios do crédito que constem do registo.
2. Tratando-se de juros, a hipoteca nunca abrange, não obstante convenção em contrário, mais do que os relativos a três anos.
3. O disposto no número anterior não impede o registo de nova hipoteca em relação a juros em dívida.»

¹¹ SERRA (1957 «Privilégios»), pp. 81 a 83.

¹² Trata-se do primeiro período do n.º 1 do art. 1.º do projeto de articulado constante de SERRA (1957 «Consignação de Rendimentos»), constando tal artigo da p. 308.

Tais regras do Código Civil são completadas pelo Código de Registo Predial, que estabelece:

«Artigo 96.º

Requisitos especiais da inscrição de hipoteca

1 – O extrato da inscrição de hipoteca deve conter as seguintes menções especiais:

a) O fundamento da hipoteca, o crédito e seus acessórios e o montante máximo assegurado;

[...]

2 – Se os documentos apresentados para registo da hipoteca mostrarem que o capital vence juros, mas não indicarem a taxa convencionada, deve mencionar-se na inscrição a taxa legal.»

5. A jurisprudência sobre os juros cobertos pela hipoteca

As regras relativas à hipoteca têm sido discutidas em diversos acórdãos. Reproduzo algumas passagens de alguns deles (adiante indicarei outros).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5.11.80 (publicado no *BMJ*, n.º 301, dezembro 1980, p. 397)

«Discorda disto o agravante, pretendendo dever abranger esta garantia, para lá dos três anos, todos os juros vencidos depois de proposta a execução. E baseia-se para tanto “na douta opinião do ilustre Prof. Vaz Serra, – *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 62, pág. 243”. Efectivamente, este ilustre Mestre propôs que no novo Código Civil se legislasse no sentido de “colocar os juros vencidos durante a execução no mesmo lugar do capital para o efeito da garantia hipotecária” (*loc. cit.* págs. 232 e 242). Mas tal proposta foi rejeitada e, pelo contrário, fixou-se expressamente no n.º 2 do artigo 693.º do actual Código que, “tratando-se de juros, a hipoteca nunca abrange, não obstante convenção em contrário, mais do que os relativos a três anos”. E Pires de Lima e Antunes Varela justificam este preceito, apontando que “a indicação rígida dos juros de três anos, sem concretização dos períodos a que respeitam, tem a vantagem de afastar muitas dúvidas que se suscitam noutros países, como, por ex.,

a de saber se estão garantidos por hipoteca os juros vencidos durante a execução e terá ainda a vantagem de estimular, para além de certo limite, a diligência do credor exequente. Também a proibição de convenção mostra que é no interesse de terceiros que se estabelece a limitação do n.º 2; os juros poderiam acumular-se sem conhecimento destes.” (*Código Civil Anotado*, vol. I, pág. 531).»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6.6.2000
(disponível em www.dgsi.pt, processo 00A440; número convencional JSTJ00040516)

«Ao exigir que se indique o limite máximo assegurado está-se ainda e também a proteger o interesse de terceiros. O cálculo desse montante não poderá desrespeitar o prescrito na lei substantiva sobre a garantia hipotecária; com mais rigor, tal montante não resulta da vontade dos interessados mas apenas da lei, o que não significa que a declaração por aqueles seja de todo irrelevante (cfr. Mouteira Guerreiro in *Noções de Direito Registral*, nota 1 à p. 224). Tal montante «corresponde à soma de todas as verbas parcelarmente citadas na inscrição: o capital, os juros remuneratórios, os moratórios, as despesas, enfim, quaisquer acessórios que a garantia abranja» (aut. e op. cit., p. 223-224). Qualquer elevação do capital assegurado e de momento em dívida (ainda, portanto, que o inicial tivesse sido reduzido, v.g., através de pagamentos parcelares periódicos), como resultado de operação legal de capitalização de juros, tinha como contrapartida a diminuição do crédito de juros. Ainda como efeito desta operação o capital inicial poderá vir sempre a ser “refeito” se é que não mesmo ‘superado’ e irá passar, muito naturalmente, a vencer juros. É um ‘acessório’ que desaparece dando lugar, por crescer ao capital em dívida, a um ‘novo’ capital que, por sua vez, irá conhecer ‘novo acessório’. A questão que se põe é não a da sua legalidade, que, como se disse antes, obtém resposta positiva, mas a de o valor em si da elevação e os juros que a mesma vai passar a conhecer, por direito próprio, estarem ou não abrangidos pela garantia hipotecária anteriormente celebrada para assegurar o pagamento de um outro capital (aquele

que não inclui essa elevação) e uns outros juros (aqueles que não recaem sobre esse valor da capitalização). Por outras palavras, são coisas distintas a legalidade da operação e a extensão da garantia. Do reconhecimento daquela não decorre que o valor capitalizado e os juros fiquem por lei abrangidos nesta. Além das normas acima referidas e da sua razão de ser, é o comando do n.º 3 do art. 693 a indicar o caminho num caso paralelo – o que surge a «mais» em relação ao inicialmente contemplado apenas beneficiará de garantia hipotecária se uma nova e sobre esse «mais» tiver sido constituída. A garantia hipotecária não abrange o valor da elevação do capital inicial, o mutuado, por capitalização de juros não pagos nem os juros sobre esse valor acrescido. Esta, a regra.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.6.2006
(disponível em www.dgsi.pt, processo 06A1677; número convencional JSTJ000)

«Alterou-se o princípio, que era duvidoso, do art. 900 do Código Civil de 1867, não obstante a alteração introduzida pelo decreto n.º 19126, de 16 de Dezembro de 1930. O facto da [*assim no original*] hipoteca só abranger os juros dos últimos três anos, não obsta a que se registe nova hipoteca em relação aos juros vencidos (art. 693, n.º 3), nem que se executem juros por mais de três anos, estando, porém estes, excluídos da garantia hipotecária. Além disso, se os juros tiverem sido capitalizados, não se lhes aplica a restrição do art. 693. Entrando, agora, mais directamente, na análise da questão que nos ocupa, dir-se-á que várias razões apontam no sentido de que a contagem do período dos três anos de juros abrangidos pela hipoteca deve ter lugar a partir do momento em que os primeiros juros forem exigíveis. Com efeito, o início da contagem desse prazo não tem de coincidir, forçosamente, com a data do financiamento. Desde logo, porque se o financiamento não vier a beneficiar da garantia real de hipoteca, não poderão ser reclamados nem o capital, nem os juros, face ao disposto no art. 865, n.º 1, do C.P.C. Depois, porque mesmo que o financiamento beneficie de contemporânea hipoteca, só o registo desta confere eficácia

aos juros que constem do registo. Finalmente, porque as partes podem convencionar data diferente para o vencimento dos juros e, enquanto estes se não vencerem, não pode o credor reclamar o seu pagamento. Por outro lado, também não pode afirmar-se que o início da contagem do referido período legal dos juros ocorra com o registo da hipoteca que se pretende fazer valer. É que, se as partes tiverem convencionado a data de vencimento dos juros, só a partir de tal data eles são exigíveis. Ora, no caso concreto, à obrigação de juros constituída por via do ajuizado contrato de crédito hipotecário, foi consensualmente fixado um prazo a partir do qual a mesma passou a ser exigível, sendo assim uma obrigação com prazo certo. Daí que a solução natural seja considerar como data do início de contagem daquele período de três anos durante o qual os juros beneficiam de garantia hipotecária, o dia do vencimento e conseqüente exigibilidade dos primeiros juros. No sentido desta interpretação abona o disposto no art. 693, n.º 3, do C.C. De facto, a lei concede ao credor hipotecário a possibilidade de requerer o registo de nova hipoteca em relação aos juros em dívida que excedam as três anuidades. O que significa que a ratio desta norma converge para o entendimento aqui sufragado. O legislador comete ao credor hipotecário o ónus de periodicamente (uma vez esgotado aquele período de três anos) requerer junto da competente Conservatória do Registo Predial novo registo, por forma a que a totalidade dos juros que se vão vencendo fiquem também hipotecariamente garantidos. Não obstante a lei estabelecer a limitação dos juros garantidos por hipoteca a um período de três anos, o certo é que permite um[a] actualização progressiva da extensão de tal garantia, o que só se justifica considerando que o período inicial e legalmente garantido se reporta aos três primeiros anos do respectivo vencimento. Por isso, findo tal período, tem o credor hipotecário a possibilidade de requerer novo registo, referente aos juros que se vierem a vencer nos anos subsequentes.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.2.2009
(disponível em www.dgsi.pt, processo 9259/2008-7)

«Insurge-se a exequente contra tal entendimento, alegando, essencialmente, que antes de ser efectuada e registada a penhora, o bem hipotecado apenas garante o capital em dívida acrescido de três anos de juros (como aconteceria se o imóvel se mantivesse na titularidade da devedora) mas, logo que registada a penhora, face à constituição desta nova e ulterior garantia real, verifica-se a extensão da “responsabilidade” do titular inscrito (seja o primitivo proprietário, seja o respectivo adquirente do direito) ao valor assegurado pela penhora, sendo certo que os titulares inscritos respondem na mesma medida em que responderia o devedor, não podendo, pelo facto de terem adquirido um bem hipotecado, ter uma posição mais vantajosa daquela que teria o devedor. Salvo o devido respeito por opinião contrária, entendemos não assistir qualquer razão à recorrente. Alega a exequente que, após a penhora do imóvel feita na execução, “verifica-se a extensão da “responsabilidade” do titular inscrito (seja o primitivo proprietário, seja o respectivo adquirente do direito) ao valor assegurado pela penhora”, por a mesma constituir, também, garantia real. Não colhe, porém, tal argumento. Escreve o Cons. Salvador da Costa, in *O Concurso de Credores*, 2.^a edição, pág. 21, que “o acto processual fulcral na execução do património do devedor ou de terceiro é o acto de penhora. A penhora consubstancia-se na apreensão jurídica de bens do devedor ou de terceiro, em termos de desapossamento em relação àqueles e de empossamento quanto ao tribunal, com vista à realização dos fins da acção executiva. No âmbito do direito do exequente à execução, nos termos do art. 817.º do Código Civil, traduz-se em garantia real das obrigações, impõe-se erga omnes, podendo o seu titular seguir o prédio penhorado, independentemente da contingência da respectiva titularidade, em conformidade com as características da sequela”. A penhora apenas pode incidir sobre os bens do devedor (arts. 817.º do CC e 821.º, n.º 1 do CPC), podendo, contudo, incidir sobre bens de terceiro, nos casos especialmente previstos na lei (art. 821.º,

n.º 2 do CPC). Ora, um dos casos especialmente previstos na lei, é, precisamente, o do imóvel hipotecado para garantia do crédito, que passou a pertencer a terceiro. Mas, se passou a pertencer a terceiro, a penhora só é permitida nos precisos termos em que aquele imóvel, que não pertence já ao devedor, responde pela dívida. E esses termos são os estabelecidos na hipoteca (nomeadamente quanto aos juros). A penhora de bem de terceiro não pode ir além da garantia resultante da hipoteca desse bem, uma vez que o mesmo só pode ser penhorado em execução por dívida a que o seu titular é alheio, em virtude de estar vinculado por aquela garantia.»

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26.4.2010
(disponível em www.dgsi.pt, processo 1254/07.7TBGDM-A.

P1; número convencional JTRP00043826)

«Qual a razão de ser de tal regime jurídico? Que interesses pretende a lei proteger? Claramente, os interesses subjacentes à obrigatoriedade do registo: a defesa dos interesses de terceiros que confiam na publicidade do registo. Logo, se a lei pretende que da simples leitura do registo, possa resultar qual o valor garantido pelo[a] hipoteca, em defesa dos interesses dos demais credores, segue-se que os juros abrangidos pela hipoteca só poderão ser aqueles que foram calculados à taxa que constar do registo. Se ao longo do contrato, houver modificação das taxas de juro para valor superior àquele que consta do registo, se o mutuante pretender que a garantia assegure essas novas taxas terá de registar nova hipoteca, como a própria lei especifica para o caso dos juros que se vencem para além dos três anos. A ratio legis para o caso do período de vencimento de juros abrangido pela hipoteca é a mesma no que respeita à respectiva taxa, pelo que o regime aplicável deverá ser o mesmo.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.11.2010
(disponível em www.dgsi.pt, processo 1254/07.7TBGDM-A.

P1.S1)

«Sendo certo que o n.º 2 do art. 693.º do Código Civil não define, nem um termo inicial nem um termo final do período de três anos de juros que a hipoteca abrange, podendo até

admitir-se que a lei deixou ao arbítrio do credor exercer o direito conforme melhor lhe conviesse “, tanto mais que na prática bancária podendo não valer a proibição do anatocismo – art. 560.º, n.ºs 1 e 3, do Código Civil – e conseqüentemente que os juros vencidos possam ser incluídos no capital, o que é deveras favorável, levando a que os Bancos possam deferir para momento ulterior a contagem dos três anos, importa, a nosso ver, saber desde logo, se as partes convencionaram o momento a partir do qual vigoraria a garantia, o que poderiam fazer no âmbito do princípio da liberdade contratual – art. 405º, nº1, do Código Civil. Nada tendo sido estipulado, a melhor solução, a mais conforme aos princípios gerais do direito, leva a considerar que não havendo lugar a discriminar juros moratórios de juros compensatórios o prazo de três anos, deve contar-se desde o início do incumprimento por parte do mutuário. Não seria congruente a contagem daquele prazo, com início na data do registo da escritura: pense-se num mútuo de longa duração – como por regra o é o empréstimo para aquisição de habitação própria – por exemplo no caso em que o mutuário só muito tarde na *vida do empréstimo* entra em incumprimento. Se, por exemplo, num mútuo com o prazo de 25 anos, o devedor só entrasse em incumprimento para lá dos três anos subsequentes ao registo, então o credor hipotecário veria frustrada a garantia no que respeita aos juros. Temos, assim, por mais consentânea com os princípios que regem o cumprimento das obrigações e a finalidade da garantia hipotecária, que o período de três anos do n.º 2 do art. 693.º do Código Civil se inicia com o incumprimento do devedor.»

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21.12.2010 (disponível em www.dgsi.pt, processo 64/10.9TBSCD-A.C1)
«Com todo o respeito, não nos parece o mais correcto. Por um lado, parece pacífico que a previsão se refere quer a juros moratórios quer a remuneratórios; por outro, estamos perante uma restrição, ou seja, se os juros remuneratórios não estivessem abrangidos no n.º 2, mantinham a garantia (ao invés do que parece pressupor-se) consoante constassem do registo e

não apenas por três anos; finalmente, se a liquidação dos juros é feita, como sucedeu, a partir do incumprimento... não estão reclamados os anteriores: foram pagos. De todo o modo, e admitindo que a razão que fundou o decidido não foi a distinção dos juros, ou mesmo independentemente de o ter sido, não pode ignorar-se que a sentença interpreta o n.º 2 do artigo 693.º no sentido da hipoteca conferir garantia aos “juros vencidos nos três anos subsequentes ao registo”, importando apurar se, ainda assim, a interpretação é de sufragar. Entendemos, com todo o respeito, que assim não é. Em primeiro lugar, a lei não fixou um termo inicial para a contagem dos juros e diz apenas “os relativos a três anos”; depois a doutrina refere “os juros dos últimos três anos, pergunta-se se o tempo não abrangido pela hipoteca é “o que excede três anos a contar do vencimento” ou a contar – para trás – “da venda judicial” ou diz mesmo “independentemente do período a que respeitem”, nunca colocando a hipótese, que se conheça, de o termo inicial da contagem dos juros ter de coincidir com a inscrição da garantia no registo. Se assim é na doutrina, queremos dizer, se o é sem que se considere como relevante a ocasião do registo, parece-nos que igualmente assim o tem interpretado, pelo menos em sentido dominante, a jurisprudência dos tribunais superiores. Entre outros que podem citar-se, concluiu-se neste Relatório de Coimbra (acórdão de 13.11.2007) que (1) por força do disposto no artigo 693.º, n.º 2, a garantia hipotecária não cobre juros superiores a três anos, e abrange tanto os juros remuneratórios, como os moratórios, vencidos e vincendos; (2) o início do período de três anos é o do dia do vencimento e consequente exigibilidade dos juros; (3) os juros devem ser contados até ao momento da liquidação do julgado pela secretaria, desde que respeite o prazo imperativo dos três anos e (4) tendo o credor hipotecário reclamado, na acção executiva, o capital e juros vincendos (e não os vencidos), o prazo dos três anos da garantia hipotecária, relativamente aos juros, conta-se, não da data da reclamação do crédito, mas a partir do dia em que se venceram os primeiros juros. Relevantemente, em acórdão acabado de publicar, o Supremo Tribunal veio afastar a possibilidade de o período de garantia

de três anos poder ser contado com termo inicial na data do registo da hipoteca, e esclareceu que os juros remuneratórios e os moratórios têm o mesmo regime, ou seja, a mesma garantia, expressamente acrescentando que “temos, assim, por mais consentânea com os princípios que regem o cumprimento das obrigações e a finalidade da garantia hipotecária, que o período de três nos do n.º 2 do art. 693.º do Código Civil se inicia com o incumprimento do devedor.” Assim, e com todo o respeito por diferente opinião, seguindo o entendimento da doutrina e da jurisprudência citadas, ponderando o disposto no artigo 693.º, n.º 2 do CC, a sua razão de ser e finalidade, concluímos que a lei não estabeleceu qualquer termo (inicial ou final) para a contagem dos juros garantidos e que, depois de afastada a possibilidade de se começarem a contar desde o registo da hipoteca, não sendo outra a liquidação do credor, eles serão devidos desde que (e desde quando) exigíveis, a partir daí se contando o período máximo de três anos.»

6. Os preceitos legais vigentes relativos às outras garantias reais

Como resulta do que escrevi na introdução, o problema essencial que está em causa não respeita somente à hipoteca – embora respeite sobretudo à hipoteca

Em consequência, é útil lembrar as regras legais afins sobre outras garantias reais.

6.1. Consignação de rendimentos

Quanto à consignação de rendimentos, no n.º 2 do art. 656 (cuja epígrafe é «Noção»), estabelece o Código Civil:

«[...]»

2. A consignação de rendimentos pode garantir o cumprimento da obrigação e o pagamento dos juros, ou apenas o cumprimento da obrigação ou só o pagamento dos juros.»

Em complemento, o Código do Registo Predial dispõe:

«Artigo 95.º

Requisitos especiais

1 – O extrato das inscrições deve ainda conter as seguintes menções especiais:

[...]

p) Na de consignação de rendimentos: o prazo de duração ou, se for por tempo indeterminado, a quantia para cujo pagamento se fez a consignação e a importância a descontar em cada ano, se tiver sido estipulada uma quantia fixa;

[...]»

Parece, pois, indiscutível que a lei não limita os juros cobertos. A proteção dos interesses de terceiros é feita por: *a)* serem afetados exclusivamente os rendimentos do bem; e *b)* só o serem por certo prazo ou haver limite ao valor coberto.

Vale ainda a pena notar que o art. 656 refere meramente os juros, não todos os acessórios do crédito, como sucede com o art. 693, relativo à hipoteca.

6.2. Penhor

Quanto ao penhor, o preceito relevante é o n.º 2 do art. 666 (cuja epígrafe é «Noção») do Código Civil, do seguinte teor:

«1. O penhor confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito, bem como dos juros, se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro.

[...]»

Parece claro que a lei não estabelece limite aos juros cobertos. A razão de ser da discrepância relativamente à hipoteca estará no facto de as expectativas de terceiro serem diferentes, nomeadamente por o próprio capital coberto tender a ser desconhecido.

Tal como sucede no caso do penhor, o preceito só refere juros, não todos os acessórios do crédito, como sucede com o art. 693, relativo à hipoteca.

6.3. *Privilégios creditórios*

Quanto aos privilégios creditórios, valem os seguintes preceitos do Código Civil:

«Artigo 734.º

Acessórios do crédito

O privilégio creditório abrange os juros relativos aos últimos dois anos, se forem devidos.»

«Artigo 736.º

Créditos do Estado e das autarquias locais

1. O Estado e as autarquias locais têm privilégio mobiliário geral para garantia dos créditos por impostos indiretos, e também pelos impostos diretos inscritos para cobrança no ano corrente na data da penhora, ou ato equivalente, e nos dois anos anteriores.

[...]»

«Artigo 737.º

Outros créditos que gozam de privilégio mobiliário geral

1. Gozam de privilégio geral sobre os móveis:

[...]

b) O crédito por despesas com doenças do devedor ou de pessoas a quem este deva prestar alimentos, relativo aos últimos seis meses;

c) O crédito por despesas indispensáveis para o sustento do devedor e das pessoas a quem este tenha a obrigação de prestar alimentos, relativo aos últimos seis meses;

d) Os créditos emergentes do contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato, pertencentes ao trabalhador e relativos aos últimos seis meses.

[...]»

«Artigo 744.º

Contribuição predial e impostos de transmissão

1. Os créditos por contribuição predial devida ao Estado ou às autarquias locais, inscritos para cobrança no ano corrente na data da penhora, ou ato equivalente, e nos dois anos anteriores, têm privilégio sobre os bens cujos rendimentos estão sujeitos àquela contribuição.

[...]»

Sublinho:

- A regra geral constante do art. 734 é a de os privilégios cobrirem juros com o limite de dois anos, sendo explicitado tratar-se dos últimos dois, «se forem devidos»;
- Comparando tal regra com o preceito afim relativo à hipoteca (o art. 693), nota-se que os privilégios creditórios só cobrem juros, não todos os acessórios do crédito;
- A regra do art. 736, n.º 1, limita o privilégio mobiliário geral atribuído aos impostos diretos aos tributos inscritos para cobrança no ano corrente na data da penhora e aos relativos aos dois anos anteriores;
- A regra do art. 737, n.º 1, alíneas *b*), *c*) e *d*), limita o privilégio mobiliário geral atribuído aos créditos nela referidos – cuja concessão resulta tendencialmente de vários atos sucessivos – aos dos últimos seis meses (contados nos termos do n.º 2 do mesmo artigo);
- A regra do art. 744, n.º 1, limita o privilégio da contribuição predial – atual IMI – ao tributo inscrito para cobrança no ano corrente na data da penhora e aos relativos aos dois anos anteriores.

7. Os três anos de juros cobertos pela hipoteca

Vimos que VAZ SERRA propôs regra segundo a qual sendo a hipoteca relativa a «[...] crédito que vença juro, a inscrição dela no registo abrange os juros devidos, se a taxa destes for mencionada no mesmo registo», compreendendo tal extensão os «juros correspondentes ao ano corrente

à data da penhora e aos dois anos anteriores, bem como, mas não acima da taxa legal, os que se vencerem posteriormente até ao momento em que, vendidos os bens, se fixar a quantia que cada um dos credores pode receber».

Caso a proposta tivesse vingado, seria inequívoco que a garantia hipotecária quando não abrangesse todos os juros da dívida, cobriria os de vencimento mais recente à data da penhora.

Não tendo a proposta vingado, o n.º 2 do art. 693 levanta a dúvida – *que tem interesse prático quando a taxa dos juros vencidos pela dívida varie durante o período potencialmente relevante*, o que de resto, é vulgar, por força de haver muitos «empréstimos a taxa variável» – de saber como contar o prazo de três anos, ou, por outras palavras, qual o lapso de tempo a considerar não abrangido pela hipoteca: o que excede três anos a contar do vencimento ou o que excede três anos a contar («para trás») do momento final relevante (a data considerada na conta final para pagamento)?

A resposta maioritária parece ser a constante do acima citado acórdão do STJ de 27.6.2006, nos seguintes passos do excerto transcrito: «Daí que **a solução natural seja considerar como data do início de contagem daquele período de três anos durante o qual os juros beneficiam de garantia hipotecária, o dia do vencimento** e conseqüente exigibilidade dos primeiros juros. [...] Não obstante a lei estabelecer a limitação dos juros garantidos por hipoteca a um período de três anos, o certo é que permite um[a] actualização progressiva da extensão de tal garantia, o que só se justifica considerando que o período inicial e legalmente garantido se reporta aos três primeiros anos do respectivo vencimento» (negrito acrescentado)¹³. Foram claramente no mesmo sentido os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 30.11.2010 e da Relação de Coimbra de 21.12.2010 antes referidos – como já antes o tinham sido outros e depois outros o voltaram a ser, nomeadamente acórdãos da Relação de Lisboa de 5.3.1992¹⁴ e de 1.10.2015¹⁵, acórdãos da Relação

¹³ In CJ-STJ, ano XIV, tomo II, 2006, pp. 135 e 136, constando o passo citado da p. 136.

¹⁴ Sumariado no *BMJ*, n.º 405, abril 1992, p. 712.

¹⁵ Disponível em www.dgsi.pt, processo 1262/10.0TBCTX-A.L1-8.

do Porto de 23.10.2001¹⁶, 10.1.2006¹⁷, 10.5.2011¹⁸ e um acórdão da Relação de Évora de 12.3.2015¹⁹.

Não há muito tempo, tal orientação dominante da jurisprudência mereceu apoio de Miguel Fernandes Freitas, num texto totalmente dedicado ao problema²⁰. Ainda mais recentemente, Isabel Menéres Campos também se manifestou no mesmo sentido²¹.

Tenho-me permitido discordar: atentas as razões de ser do preceito (atrás referidas), julgo que o período a considerar como coberto tem de ser o dos últimos três anos – sendo os restantes abrangidos por algo que tenho chamado «prescrição da garantia»: tal como a regra sobre prescrição dos juros elimina os mais antigos, a da limitação da cobertura tem por objeto os mais antigos. Em ambos os casos trata-se de penalizar o titular de um direito pelo seu não exercício durante um lapso de tempo capaz de gerar a expectativa de ter havido renúncia ao direito (de crédito, no caso da prescrição propriamente dita, de cobertura pela hipoteca de parte dos acessórios, no caso que nos ocupa)²².

Nesse sentido tenho também invocado o paralelismo com os referidos preceitos do art. 734 (limitação dos juros cobertos pelos privilégios creditórios aos últimos dois anos), do art. 736, n.º 1 (limitação do privilégio mobiliário geral atribuído aos impostos diretos aos tributos inscritos para cobrança no ano corrente na data da penhora e aos relativos aos dois anos anteriores), do art. 737, n.º 1, alíneas *b*), *c*) e *d*) (limitação do privilégio mobiliário geral atribuído a certos créditos cuja concessão resulta tendencialmente de vários atos sucessivos aos dos últimos seis meses, contados nos termos do n.º 2 do mesmo artigo), e do art. 744, n.º 1 (limitação do privilégio da contribuição predial – atual IMI – ao

¹⁶ Disponível em www.dgsi.pt, processo 0121318, número convencional JTRP00032080.

¹⁷ Disponível em www.dgsi.pt, processo 0526617, número convencional JTRP00038670.

¹⁸ Disponível em www.dgsi.pt, processo 932/07.5TJVNF.P1.

¹⁹ Disponível em www.dgsi.pt, processo 1226/10.4TBBNV-B.E1.

²⁰ FREITAS (2017).

²¹ CAMPOS (2018), p. 928.

²² Recordo que entre os fundamentos tradicionalmente (ainda que controvertidamente) apontados à prescrição estão a sanção da negligência do credor (*dormientibus non succurrit ius*) e a promoção do exercício oportuno dos direitos – v. ANDRADE (1972), pp. 445 e 446, MARQUES (1953), pp. 15 a 19, SERRA (1961), pp. 32 e 33, e CORDEIRO (2018), pp. 198 e 199.

tributo inscrito para cobrança no ano corrente na data da penhora e aos relativos aos dois anos anteriores).

A opinião diferente parece, assim, nada ter a seu favor. Nem sequer qualquer tradição ou os trabalhos preparatórios do atual Código Civil. Quer o Código de Seabra quer a proposta de VAZ SERRA só consideravam cobertos pela garantia hipotecária os juros mais recentes (naquele caso por referência à citação, neste por referência à penhora).

8. A concluir

As questões a discutir acerca dos juros cobertos pelas garantias, em especial pela hipoteca – quer no plano do direito vigente, quer no da política legislativa, não se resumem à que ficou tratada no número anterior.

Sirva de exemplo a (de resto, clássica) de saber se o risco das demoras processuais deve recair sobre o credor (que pode propor a execução antes de estarem vencidos três anos de juros e só lograr pagamento muitos anos depois, vendo parte do seu crédito não ser abrangido pela garantia) ou sobre terceiros (determinando que todos os juros posteriores à citação ou à penhora sejam abrangidos pela garantia). No plano do direito vigente, parece-me claro que a letra do n.º 2 do art. 693 não deixa margem para retirar o risco das demoras da esfera do credor, mas julgo que o problema merece ser reponderado, quando ocorrer uma reforma do direito das garantias – que, diga-se, não se antevê: os responsáveis diretos pela produção das leis e os fazedores de opinião em matéria legislativa vivem muito longe de tais questões, apesar de elas não interessarem apenas ao «mundo da justiça», já que condicionam fortemente a celeridade e a eficiência do processo executivo e, portanto, o sistema de crédito.

Bibliografia

Andrade, Manuel A. Domingues de – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 3.^a reimpressão, Almedina, 1972 [a edição reimprimida é de 1960, provindo o texto das mesmas, na parte em causa, das lições copiografadas do Autor da responsabilidade de Ricardo Velha, publicadas em 1953].

- Ascensão, José de Oliveira, e Maria Augusta Pesquita França – «As Repercussões da Declaração de Falência sobre a Situação dos Credores Hipotecários», in *Estudos de Direito Comercial volume I Das Falências* (obra coletiva), Almedina, 1989.
- Campos, Isabel Menéres – «Anotação ao art. 693», in *Comentário ao Código Civil Direito das Obrigações Das Obrigações em Geral* (coord. José Brandão Proença), Universidade Católica Editora, 2018.
- Campos, Maria Isabel Helbling Menéres – *Da Hipoteca Caracterização, Constituição e Efeitos*, Almedina, 2003.
- Cordeiro, António Menezes – *Tratado de Direito Civil, V, Parte Geral Exercício Jurídico*, 3.ª ed., Almedina, 2018.
- Costa, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, 2009.
- Costa, Salvador da – *O Concurso de Credores*, 2.ª ed., Almedina, 2001.
- Freitas, Miguel Fernandes – «Dos Três Anos de Juros Abrangidos pela Hipoteca Modo de Contagem», in *Ipsa Jure*, n.º 97, junho 2017, <http://www.oa.pt/Conteudos/Media/file.aspx?ida=152878> (consultado pela última vez em 13.2.2019).
- Lima, Pires de, e Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita) – *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Editora, 4.ª ed., 1987.
- Marques, José Dias – *Prescrição Extintiva*, Coimbra Editora, 1953.
- Martinez, Pedro Romano, e Pedro Fuzeta da Ponte – *Garantias de Cumprimento*, 5.ª ed., Almedina, 2006.
- Neves, F. Correia das – *Manual dos Juros Estudo Jurídico de Utilidade Prática*, 2.ª ed., Almedina, 1969.
- Serra, Adriano Paes da Silva Vaz – *Prescrição Extintiva e Caducidade*, Lisboa, 1961 (separata do *BMJ*, n.ºs 105, 106 e 107, abril, maio e junho de 1961).
- Serra, Adriano Paes da Silva Vaz – «Hipoteca», in *BMJ*, n.º 62, janeiro 1957, e n.º 63, fevereiro 1957.
- Serra, Vaz – «Consignação de Rendimentos», in *BMJ*, n.º 65, abril 1957.
- Serra, Vaz – «A Hipoteca e os Acessórios do Crédito», in *RLJ*, n.ºs 2862 e 2863, ano 80, 1947.
- Serra, Vaz – «Privilégios», in *BMJ*, n.º 64, março 1957.

Apoio

slcm.pt

SERRA LOPES, CORTES MARTINS // ADVOGADOS



CATÓLICA
FACULDADE
DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA



CATÓLICA

RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Colaboradores

Agostinho Guedes
Ana Filipa Morais Antunes
Ana Taveira da Fonseca
Catarina Monteiro Pires
Catarina Serra
Elsa Vaz de Sequeira
Evaristo Mendes
Fernando Oliveira e Sá
Henrique Sousa Antunes
José Brandão Proença
Mafalda Miranda Barbosa
Manuel Carneiro da Frada
Maria de Fátima Ribeiro
Maria de Lurdes Pereira
Nuno Manuel Pinto Oliveira
Paulo Mota Pinto
Rui Pinto Duarte

