

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 | acenográfico

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 CREDORES
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

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 reconvenicional 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 reconvenicional, o tribunal internacionalmente competente para conhecer o pedido do autor é igualmente competente para apreciar o pedido reconvenicional, 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 reconvenicional, 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.