

**SUSANA AZEVEDO DUARTE**

**A RESPONSABILIDADE DOS CREDORES FORTES NA  
PROXIMIDADE DA INSOLVÊNCIA DA EMPRESA:**

**A Celebração de Acordos Extrajudiciais e a Tutela dos Credores Fracos**

**PORTO**

**2011**



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**  
**CENTRO REGIONAL DO PORTO – PÓLO FOZ**  
**ESCOLA DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE DOS CREDORES FORTES NA PROXIMIDADE DA  
INSOLVÊNCIA DA EMPRESA:**

**A Celebração de Acordos Extrajudiciais e a Tutela dos Credores Fracos**

Por

Susana Azevedo Duarte

Dissertação de Mestrado em Direito com

Especialização em Direito da Empresa e dos Negócios

Orientadora: Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

**PORTO**

**2011**

*“A chave de todas as ciências é inegavelmente  
o ponto de interrogação”*

Honoré de Balzac

## SUMÁRIO

<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I: AS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO COMO CREDORES FORTES..</b>	<b>6</b>
1. Breve introdução à actividade das Instituições de Crédito .....	6
<b>CAPÍTULO II: A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS EXTRAJUDICIAIS NA PROXIMIDADE DA INSOLVÊNCIA DA EMPRESA.....</b>	<b>9</b>
1. Considerações Gerais .....	9
2. Os Acordos Extrajudiciais no Direito Comparado .....	10
2.1. E.U.A. e Reino Unido .....	10
2.2. Espanha .....	13
3. A Admissibilidade dos Acordos Extrajudiciais e a Necessidade de Tutela dos Credores Fracos .....	15
<b>CAPÍTULO III: MECANISMOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS CREDORES FORTES PELA ACTUAÇÃO NA PROXIMIDADE DA INSOLVÊNCIA .....</b>	<b>18</b>
1. A Concessão Abusiva de Crédito e a Tutela conferida pelo art. 483.º do Código Civil .....	19
2. Concessão Abusiva de Crédito e a Tutela conferida pelo art. 334.º do Código Civil	26
3. A Tutela Conferida pelo Regime da Insolvência: A Resolução em Benefício da Massa Insolvente .....	29
4. Os Acordos Extrajudiciais como uma Terceira Via? .....	35
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>37</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>39</b>

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDUL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa  
ABIJ – American Bankruptcy Institute Journal  
ABILR – American Bankruptcy Institute Law Review  
Ac. – Acórdão  
Art. – Artigo  
Arts. – Artigos  
BC – Bankruptcy Code  
BCLR – Boston College Law Review  
BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch  
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça  
CC – Código Civil  
CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas  
CJ – Colectânea de Jurisprudência  
CP – Código Penal  
CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência  
CSC – Código das Sociedades Comerciais  
DL – Decreto-Lei  
EBOLR – European Business Organization Law Review  
ECFLR – European Company and Financial Law Review  
Ed. – Edição  
EUA – Estados Unidos da América  
FLR – Fordham Law Review  
IAPMEI - Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação  
LC – Ley Concursal  
*ob. cit.* – obra citada  
p. – página  
pp. – páginas

RB – Revista da Banca

RDE – Revista de Direito e Economia

RDS – Revista de Direito das Sociedades

RFDUL – Revista da Faculdade de Direito de Lisboa

RGIC – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RU – Reino Unido

SLR – Stanford Law Review

*s.p.* – sem indicação de página

*ss.* – seguintes

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UPLR – University of Pennsylvania Law Review

*Vd.* – *Vide*

## INTRODUÇÃO

A actividade da banca assume cada vez maior relevo sócio-económico, sendo uma componente estrutural das economias de mercado. Neste âmbito, assume especial importância a actividade de concessão de crédito, uma vez que poucas são as sociedades comerciais que podem sobreviver sem recurso ao crédito. Contudo, o risco associado a esta actividade leva as instituições de crédito a desenvolverem instrumentos cada vez mais complexos e que sejam capazes de assegurar a sua posição enquanto credores fortes.

O eclodir da crise económico-financeira, que arrastou inúmeras sociedades para uma situação de precariedade económica, levou a que os credores procurassem meios alternativos de satisfação do seu crédito, ganhando, neste âmbito, expressão a celebração de acordos extrajudiciais ou informais entre os credores fortes e a sociedade em situação económica difícil. Esta realidade crescente suscita inúmeras questões quanto à tutela dos credores sociais que detêm uma posição menos protegida, pelo se que torna premente, a par de uma regulamentação destes acordos extrajudiciais, encontrar mecanismos de responsabilização dos credores fortes.

A nossa exposição tem como objectivo analisar os acordos com feições de concessão de crédito celebrados entre o credor forte e o devedor, à margem de um processo de insolvência, sendo que procuraremos, ao longo da nossa análise, identificar os problemas associados à celebração destes acordos, assim como os institutos a que os credores prejudicados podem recorrer para serem ressarcidos.

Num primeiro ponto abordaremos, em traços gerais, a actividade das instituições de crédito e a sua afirmação enquanto credores fortes. De seguida, centraremos a nossa investigação no tema dos acordos extrajudiciais ou informais celebrados entre aqueles credores e o devedor, sendo que, nesta fase, faremos alusão à experiência de outros ordenamentos e procuraremos avaliar a admissibilidade destes acordos e a necessidade de tutelar os credores mais fracos. Por fim, voltaremos a nossa atenção para os possíveis mecanismos de responsabilização dos credores fortes pela celebração destes acordos, quando daí resultem prejuízos para os demais credores.

# CAPÍTULO I:

## AS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO COMO CREDORES FORTES

A actual conjuntura de económica crise mundial arrastou inúmeras empresas<sup>1</sup> para uma situação de declínio. Face às crescentes dificuldades económicas sentidas, os credores e o devedor procuram “mecanismos alternativos”<sup>2</sup> que permitam, à margem de um processo de insolvência, satisfazer os créditos e evitar a declaração de insolvência, ganhando, neste âmbito, expressão a celebração de acordos que visam refinanciar ou reestruturar a sociedade em situação económica difícil<sup>3</sup>. Não obstante estes acordos poderem ser celebrados com qualquer credor, por regra são celebrados com os credores ditos fortes<sup>4</sup>, nomeadamente as instituições de crédito.

### 1. Breve introdução à actividade das Instituições de Crédito

---

<sup>1</sup> Quanto à definição de empresa, Vd. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Vol. I*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 207.

<sup>2</sup> Vd. EMILIO BELTRÁN, *La reforma – inarmónica - de la Ley Concursal*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 775, 2009, 1-14, p. 8.

<sup>3</sup> O conceito de situação económica difícil não se encontra definido na nossa lei. O CIRE, ao contrário do CPEREF, apenas alude à situação de insolvência, definindo-a, no art. 3.º, n.º 1, como a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas (*cash flow test*). Trata-se de um conceito de solvabilidade, sendo que pode dar-se o caso de o passivo ser superior ao activo e não existir uma situação de insolvência, por existir disponibilidade de crédito, ou o caso de o activo ser superior ao passivo e o devedor estar insolvente por falta de liquidez do activo. Para além disso, o art. 3.º, n.º 2 CIRE, consagra, para as pessoas colectivas, um critério especial que manda atender à manifesta superioridade do passivo em relação ao activo, avaliados segundo as normas contabilísticas (*balance sheet test*). – Vd. MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 83. Manifestamos algumas reservas quanto à hipótese de o conceito de situação económica difícil poder coincidir com o de insolvência, porque uma empresa pode estar em situação económica difícil sem que isso implique que esteja insolvente nos termos do CIRE (a insolvência pode ou não vir a verificar-se). Inclinamo-nos, assim, para atender a um conceito de situação económica difícil semelhante ao consagrado nos arts. 1.º e 3.º do CPEREF. Este diploma referia que estava em situação económica difícil a empresa que, não se considerando ainda em situação de insolvência, indiciasse dificuldades económicas e financeiras, designadamente por incumprimento das suas obrigações.

<sup>4</sup> Vd. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Teses, Almedina, Coimbra, 2009, p. 169, nota n.º 152, que salienta que a doutrina propõe designações diversas, distinguindo nomeadamente entre: (i) credores fortes, cujos créditos provêm de responsabilidade contratual, e fracos, cujos créditos têm origem no instituto da responsabilidade delitual; e (ii) *adjusting* e *non-adjusting creditors*, incluindo nos segundos os credores que não alteram, de acordo com o risco inerente ao devedor, os termos nos quais concedem crédito. Atendendo ao tema em análise, somos levados a considerar que aqui a distinção entre credores fortes e fracos resulta quer do montante do crédito, quer das garantias que cada um detém.

As instituições de crédito são definidas, no art. 2.º RGIC, como “*as empresas cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito*”, sendo que os bancos, cuja actuação estará no cerne da nossa análise<sup>5</sup>, são o paradigma das instituições de crédito<sup>6</sup>.

O crédito, por sua vez, é a cedência da disponibilidade efectiva de um bem por uma contraprestação futura, consistente em um bem análogo ao primeiro, podendo assumir diversas modalidades, como a abertura de crédito<sup>7</sup>, o descoberto em conta<sup>8</sup>, a antecipação bancária<sup>9</sup>, o desconto bancário<sup>10</sup>, o crédito documentário<sup>11</sup>, o crédito ao consumo, entre outras.

A actividade de concessão de crédito acarreta um risco para o credor, que poderá vir a não ser reembolsado das quantias adiantadas. Como tal, aquele tende a proteger-se contra este risco, através quer das cláusulas do contrato de crédito, quer das garantias que exige. Nos ordenamentos do RU e EUA as referidas cláusulas<sup>12</sup>, denominadas *covenants*, permitem aos credores determinar contratualmente a condução dos assuntos da sociedade devedora. Genericamente, aquelas dividem-se em negativas (proíbem determinadas

---

<sup>5</sup> No âmbito da sua actividade, os bancos têm de observar os deveres impostos pela lei geral e ainda as regras de conduta impostas pelos arts. 73.º e ss. RGIC. Salienta-se aqui o dever de informação, que, como importante meio de protecção da parte fraca, pode conduzir à responsabilização do banco em caso de prestação de informações inexactas. *Vd. MENEZES LEITÃO, Informação Bancária e Responsabilidade*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 231 e ss., que aponta como deveres legais de informação os decorrentes das regras gerais da boa fé (art. 227.º do CC) e ainda os decorrentes da lei estrita.

<sup>6</sup> Para uma noção de instituição de crédito, *vd. MENEZES CORDEIRO, Manual de Direito Bancário*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 783 e ss.

<sup>7</sup> É o contrato pelo qual o banco se vincula a disponibilizar à outra parte uma soma em dinheiro, por um dado período de tempo ou indeterminadamente, e a outra parte obriga-se a reembolsar essa quantia acrescida do pagamento de juros.

<sup>8</sup> É a situação que se gera quando, numa conta-corrente subjacente a uma abertura de conta, o banqueiro admite um saldo negativo para o cliente.

<sup>9</sup> É o contrato pelo qual um banqueiro concede ao seu cliente um crédito mediante um penhor equivalente de títulos, dinheiro ou outros bens.

<sup>10</sup> É o contrato pelo qual o banco entrega, ao seu cliente, uma determinada quantia, em troca de um crédito sobre um terceiro, ainda não vencido e descontados os juros.

<sup>11</sup> Operação pela qual o banco, a pedido do cliente, abre um crédito a favor de terceiro.

<sup>12</sup> Apesar de o termo apontar para a ideia de acordo, a verdade é que, por regra, não existem obrigações do mutuante perante o mutuário, mas apenas deste perante aquele. *Vd. JOANA PEREIRA DIAS, Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a pari passu, a negative pledge e a cross default*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, 879-1029, p. 905.

condutas) ou positivas (impõem condutas), sendo possível tentar sistematizá-las, como refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, em “(i) *cláusulas relativas ao fornecimento de informação (reporting covenants), que exigem ao devedor a entrega de cópias dos documentos de prestação de contas [...] bem como a comunicação de eventos relevantes;* (ii) *cláusulas tendentes a garantir a solvência da sociedade (financial covenants) [...];* (iii) *cláusulas proibindo a disposição de bens sociais (disposal of assets covenant) [...];* (iv) *cláusulas que visam preservar a identidade da sociedade devedora durante o empréstimo (change of business covenant);* (v) *cláusulas que proíbem a alteração da estrutura da propriedade da empresa (ownership clause) e, bem assim, no caso de recuperação informal da empresa, cláusulas que determinam modificações ao nível do órgão de gestão;* (vi) *cláusulas que impedem a constituição de novas garantias (negative pledge covenant);* finalmente, (vii) *cláusulas que implicam o vencimento da obrigação em caso de incumprimento (events of default), incluindo este o não pagamento da dívida ou a violação de outra obrigação contratualmente estabelecida*”<sup>13</sup>.

A par deste clausulado, as instituições de crédito exigem ainda a prestação de garantias, o que lhes confere uma posição privilegiada face aos restantes credores. Entre as garantias usualmente exigidas<sup>14</sup> podemos encontrar a hipoteca, o penhor bancário<sup>15</sup>, os acordos de garantia financeira<sup>16</sup>, entre outras.

Assim, a imposição das referidas cláusulas contratuais, assim como a exigência de garantias, conferem à instituição de crédito uma posição ímpar face aos demais credores.

---

<sup>13</sup> *Vd. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?*, in RDS, Ano 2009, Vol. I, Almedina, Coimbra, 95-133, p. 104.

<sup>14</sup> Dada a sua complexidade do tema apenas vamos enunciar algumas garantias.

<sup>15</sup> Confere ao credor o direito à satisfação do crédito, bem como dos juros, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca (art. 666.º, n.º 1 CC), sendo que o art. 1.º do DL 29833, de 17 de Agosto, não exige a tradição da coisa.

<sup>16</sup> Foram criados pela Directiva n.º 2002/47/CE, de 6 de Junho e transpostos pelo DL n.º 105/2004, de 8 de Maio. Para estarmos perante um acordo deste tipo têm que estar preenchidos os pressupostos constantes dos arts. 3.º a 7.º, sendo aqueles definidos como uma garantia real, sob a forma de penhor, de fidúcia ou de reporte, concluída entre uma instituição de crédito e uma pessoa colectiva, destinada a assegurar obrigações pecuniárias ou instrumentos financeiros, que recaiam sobre numerário e que as partes tenham decidido submeter a um regime financeiro especial. O art. 17º daquele diploma garante a eficácia destes contratos em caso de insolvência, enquanto o art. 18º do mesmo normativo garante a sua eficácia nos “*termos convencionados pelas partes*”, ainda que tenham sido prestadas após a abertura da insolvência.

## **CAPÍTULO II:**

### **A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS EXTRAJUDICIAIS NA PROXIMIDADE DA INSOLVÊNCIA DA EMPRESA**

#### **1. Considerações Gerais**

A experiência de outros ordenamentos demonstra que é na fase em que a empresa se encontra em situação económica difícil, e por isso mais vulnerável, que se acentua a celebração de acordos entre credores e devedores com o objectivo de refinar ou reestruturar a sociedade.

Numa formulação genérica, os acordos extrajudiciais ou informais<sup>17</sup> visam obter a satisfação do crédito, sem que haja qualquer intervenção do tribunal, procurando, assim, obstar à declaração de insolvência e garantir a continuidade da empresa.

A celebração destes acordos tem vantagens inegáveis: trata-se de um processo mais célere e menos dispendioso e que, para além disso, evita que a sociedade seja catalogada, perante o mercado, como estando insolvente, o que acarretaria a sua desvalorização e poderia comprometer a sua possibilidade de recuperação<sup>18</sup>. Ademais, a celebração destes acordos pode ainda ser benéfica para os credores mais fracos se, e apenas se, daí decorrer uma valorização da empresa no mercado, o que, conseqüentemente, aumentará a probabilidade de aqueles credores verem o seu crédito satisfeito.

Contudo, estes acordos podem ser usados em prejuízo dos credores fracos, numa tentativa de rentabilizar o investimento dos credores fortes ou de obter a satisfação dos créditos destes, com preferência sobre os dos demais credores. Para além disso, podem ainda estar associados a tentativas, por parte do devedor<sup>19</sup>, de dissipação patrimonial, muitas vezes como forma de assegurar que, quando é iniciado o processo de insolvência, já

---

<sup>17</sup> Ao longo da nossa exposição utilizaremos ambos os termos indistintamente.

<sup>18</sup> Para além disso, o controlo pelo credor forte poderia evitar os comportamentos “oportunistas” dos gerentes/administradores do insolvente. *Vd. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, A Responsabilidade de Gerentes e Administradores pela Actuação na Proximidade da Insolvência de Sociedade Comercial*, in *O Direito*, Ano 142, Vol. I, 2010, 81-128, p. 84.

<sup>19</sup> Devido ao limite de caracteres, não iremos abordar os casos em que é o devedor que, conscientemente, procura delapidar o património societário, causando prejuízos aos seus credores.

não existem activos patrimoniais na empresa capazes de satisfazer todos os créditos reclamados.

Este tema tem sido abordado em vários ordenamentos jurídicos, onde, face à disseminação destes acordos, se têm buscado novas formas de tutelar os credores mais fracos.

## 2. Os Acordos Extrajudiciais no Direito Comparado

### 2.1 E.U.A. e Reino Unido

O caso Norte-Americano é paradigmático, sendo inúmeras as decisões jurisprudenciais em que estes “mecanismos alternativos” foram usados por grandes credores-investidores<sup>20</sup>.

Nas últimas décadas tem-se destacado, como mecanismo de financiamento societário, a aquisição de “*distressed debt*”, que se traduz na aquisição de dívida de uma sociedade em situação financeira difícil, sendo que, dado o elevado risco de incumprimento associado, a dívida é adquirida por um valor inferior ao valor nominal. Os credores que recorrem a este mecanismo adoptam ora estratégias a curto prazo, visando revender a dívida após a valorização da empresa no mercado e obter, assim, a rentabilização do seu investimento, ora estratégias a longo prazo, que passam pela detenção da dívida até à completa reestruturação da empresa, podendo os credores influenciar este processo de modo a adquirir capital da empresa<sup>21</sup> através de *debt-for-equity exchanges/swaps*<sup>22</sup>. Dada a relevância que estas matérias têm assumido, a jurisprudência

---

<sup>20</sup> Vd. PAULO CÂMARA, *Manual do Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2009. Entre os possíveis investidores salientam-se, ao lado dos bancos, os *hedge funds*. Não existe uma noção precisa de *hedge fund* mas estes podem ser definidos como “*estruturas organizativas de investimento colectivo legalmente atípicas, que recorrem a um conjunto muito diversificado de estratégias de investimento com um objectivo de retorno absoluto, num quadro de grande liberdade regulatória*”. Vd. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os “Hedge Funds” e o Governo das Sociedades*, in *Separata do Direito dos Valores Mobiliários*, Instituto dos Valores Mobiliários, Volume IX, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 14.

<sup>21</sup> O grau de influência do credor depende das características da sua dívida (garantida ou não) e dos direitos contratuais associados. Vd. MICHELLE M. HARNER, *The Corporate Governance and Public Policy Implications of Activist Distressed Debt Investing* in *FLR*, Vol. 77, n.º 2, Nov. 2008, 703-773, p. 728.

<sup>22</sup> Para uma definição de *swaps*, vd. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 167.

norte-americana é muito vasta, citando-se, a título de exemplo, os casos da *Allied Holdings, Inc.*<sup>23</sup> e *Kmart Corporation*<sup>24</sup>.

É de referir que este mecanismo tanto se pode verificar no âmbito de um processo de insolvência, ao abrigo das disposições do Capítulo 11<sup>25</sup> do *Bankruptcy Code* (BC), como extrajudicialmente (*out-of-court restructuring* ou *workout*). Contudo, os *out-of-court workouts* têm sido o procedimento de eleição, sendo vistos como alternativas menos morosas e dispendiosas do que as do Capítulo 11 do BC<sup>26</sup>. Por regra, estes acordos implicam uma reestruturação consensual, embora as partes possam apenas acordar sobre uma nova concessão de crédito, a redução do montante em dívida ou o aumento do prazo de pagamento<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> A *Allied Holdings, Inc.* era uma empresa do ramo automóvel que começou a ter problemas de liquidez, pelo que decidiu recorrer ao Capítulo 11 do *Bankruptcy Code* (BC) para proceder à sua reestruturação. Neste âmbito, a *Yucaipa* adquiriu cerca de 66% da dívida não garantida da *Allied*, utilizando a posição adquirida para intervir na sua reestruturação. No plano de reorganização elaborado foi proposta a troca da dívida por participação na sociedade reorganizada, de tal forma que a *Yucaipa* surge como accionista maioritária da *Allied*.

<sup>24</sup> A *Kmart* era um revendedor grossista, que estava numa situação económica difícil devido à concorrência de outros grossistas como o *Wal-Mart* e a *Target*. Em consequência, iniciou um processo de reestruturação ao abrigo do Capítulo 11 do BC. Pouco tempo depois, a *ESL Investments, Inc.* e a *Third Avenue Trust* adquiriram tranches de dívida da *Kmart*, tendo-se tornado os dois maiores credores, o que lhes permitiu controlar o processo de reestruturação da empresa.

<sup>25</sup> O *Bankruptcy Code*, ao contrário CIRE, é uma legislação “amiga do devedor” (*debtor friendly*), de forma que, p. ex., durante o processo de reestruturação, só em raros casos é que os administradores são afastados e substituídos por *trustees*. Em traços gerais, uma sociedade insolvente pode optar por uma reestruturação no âmbito do Capítulo 11 do BC ou pela sua liquidação ao abrigo do Capítulo 7 do BC. No Capítulo 11 do BC, é elaborado um plano de reestruturação que contém a reconfiguração do capital e um plano de pagamento das dívidas, sendo este plano usado para adquirir o controlo societário. Contudo, alguns autores têm começado a questionar a aplicabilidade deste Capítulo, salientando que a realidade demonstra que apenas as pequenas empresas recorrem ao Capítulo 11 do BC porque as grandes empresas tendem a recorrer a este apenas para efectivar um acordo pré-existente. *Vd.* DOUGLAS G. BAIRD/ROBERT K. RASMUSSEN, *The End of Bankruptcy*, in SLR, Dez. 2002, 751-789. Em sentido contrário, LYNN M. LOPUCKI, *The Nature of the Bankrupt Firm: A Response to Baird and Rasmussen’s The End of Bankruptcy*, in SLR, Dez. 2003, 645-671; HARVEY R. MILLER/SHAI Y. WAISMAN, *The Future of Chapter 11: A Symposium Cosponsored by the American College of Bankruptcy: Is Chapter 11 Bankrupt?*, in BCLR, Dez. 2005, 129-181.

<sup>26</sup> Muitos dos procedimentos de reestruturação iniciados no âmbito do Capítulo 11 do BC começaram como sendo acordos informais que falharam. As principais causas apontadas para o fracasso são: o *free-riding* (o credor não quer arcar com os custos relacionados com o processo de reestruturação na expectativa que outros o façam, podendo assim tirar partido dos benefícios que daí advêm); o facto de os credores exigirem uma percentagem maior dos lucros em troca da ratificação do acordo e de entrarem em disputas sobre quais as medidas a adoptar e a posição de outros credores. *Vd.* HORST EIDENMÜLLER, *Trading in times of crisis: formal insolvency proceedings, workouts and the incentives for shareholders/managers*, in EBOLR 7, 2006, 239-258.

<sup>27</sup> *Vd.* CONRAD B. DUBERSTEIN, *Out-of-Court Workouts*, in ABILR, n.º 347, 1993, 349-351.

Perante a disseminação destes *out-of-court workouts*, houve uma tentativa de desjudicializar os mecanismos previstos no Capítulo 11 do BC, de forma a criar alternativas viáveis, que assegurassem a participação de todos os credores. Salientam-se aqui os *prepackaged plans (prepacks)* e as *prenegotiated restructurings*. Os primeiros são muito semelhantes aos *out-of-court workouts*: uma empresa negocia um plano, que tem de ser aceite pelos credores, sendo depois intentado um processo, no âmbito do Capítulo 11 do BC, apenas para obter a ratificação do plano. Nos segundos, existe também a negociação e aceitação de um plano, mas apenas após ter sido intentado o processo de insolvência e aprovado um plano geral<sup>28</sup> (*disclosure statement*).

O recurso aos mecanismos descritos tem suscitado muita discussão na doutrina norte-americana, sobretudo nos casos em que aqueles são usados pelos credores como forma de controlar a empresa e, assim, determinar o seu futuro. A questão aqui centra-se não tanto nos meios usados para adquirir o controlo, mas sim no uso abusivo desse controlo em detrimento dos restantes credores e da sociedade<sup>29</sup>, sendo que os meios de responsabilização que têm vindo a ser propostos são muito variados, destacando-se, entre outros, a boa-fé e *fair dealing*, a responsabilidade civil e a imposição de deveres fiduciários.

Também no Reino Unido esta questão tem ganho relevo com casos como o *Schefenacker Plc*<sup>30</sup> e *Jarvis*<sup>31</sup>. Neste ordenamento, as sucessivas alterações ao *Insolvency*

---

<sup>28</sup> *Vd. JOHN D. AYER/MICHAEL L. BERNSTEIN/JONATHAN FRIEDLAND, Chapter 11 – “101”, Out-of-court Workouts, Prepacks and Pre-arranged Cases: A Primer*, in ABIJ, 16, Abril 2005.

<sup>29</sup> *Vd. JEFFREY JOHN HASS, Insights into Lender Liability: an Argument for treating Controlling Creditors as Controlling Shareholders*, in UPLR 135, 1321-1363, que delimita três situações que podem originar responsabilidade: aquisição abusiva de controlo (p. ex. quando o credor se compromete a não executar a dívida mas exige, em troca, o afastamento dos administradores); abuso do controlo legitimamente obtido; e envolvimento excessivo na actividade do devedor.

<sup>30</sup> *Schefenacker* era uma sociedade alemã que operava no sector automóvel. O seu negócio começou a deteriorar-se quando adquiriu uma empresa concorrente, tendo incorrido em dívidas para financiar esta operação. A dívida acabou por ser adquirida por investidores londrinos, que tiveram um papel activo na reestruturação informal da empresa, alterando a sua sede para Inglaterra e tornando-se sócios maioritários.

<sup>31</sup> *Jarvis*, uma empresa inglesa que presta serviços na área da engenharia, começou a ter problemas de liquidez. Os seus credores institucionais (*Barclays* e *Royal Bank of Scotland*) concederam-lhe crédito em troca de um papel activo na sua reestruturação informal, a qual obteve a aprovação dos sócios.

*Act* de 1986, sobretudo as operadas pelo *Enterprise Act* de 2002<sup>32</sup>, têm procurado implementar uma cultura de recuperação das empresas em situação económica difícil (*rescue culture*). Tradicionalmente, os procedimentos falimentares previstos eram três: (i) *administration*, que visava reorganizar a empresa ou planear a sua liquidação, sendo nomeado um administrador para o efeito; (ii) *liquidation*, que podia ser voluntária ou obrigatória, e visava liquidar a empresa; (iii) *receivership*, em que o credor que possuía uma *floating charge*<sup>33</sup> podia nomear um *receiver* (semelhante ao nosso administrador da insolvência), por regra, para preparar a liquidação da empresa, sendo que este devia preservar os interesses de quem o nomeou sobre os dos restantes credores. Este último foi abolido com o *Enterprise Act* de 2002, que veio, simultaneamente, regular o *Corporate Voluntary Arrangement* (CVA) e os *Schemes of Arrangement*, que visam assemelhar-se aos acordos informais. No CVA, a empresa e os credores negociam os termos do plano e nomeiam um *trustee* para o implementar, sendo que este plano não carece da ratificação do tribunal para ser implementado, excepto se um dos credores o contestar. Os *Schemes*, por sua vez, já são objecto de um maior controlo judicial, na medida em que o plano acordado entre credores e devedor tem que ser aprovado pela maioria dos credores e ratificado pelo tribunal, tornando-se, assim, vinculativo para todos os credores, quer tenham votado contra ou a favor.

## 2.2 Espanha

No ordenamento Espanhol houve necessidade de introduzir medidas urgentes para fazer face à difícil situação económica gerada pela crise mundial, a qual veio comprovar a inadequação de algumas das medidas previstas na Ley Concursal (LC) Espanhola (Ley 22/2003).

---

<sup>32</sup> *Vd.* JOHN ARMOUR/AUDREY HSU/ADRIAN WALTERS, *Corporate Insolvency in the United Kingdom: The Impact of the Enterprise Act of 2002* in ECFLR, 2008, 148-171, pp. 158 e ss.

<sup>33</sup> O *floating charge* inglês e o *floating lien* americano são garantias sobre os bens circulantes da empresa (mercadorias, créditos, etc). Nestes casos, o devedor fica autorizado a continuar a alienação daqueles bens no âmbito normal do seu negócio. Contudo, não pode constituir outras garantias sobre os referidos bens e, em caso de incumprimento, a garantia cristaliza-se no conjunto de bens existentes na empresa nessa data, sendo que, caso tal aconteça, estes credores têm preferência sobre os credores comuns. *Vd.* MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 306 e ss.

A LC previa, no seu art. 71, a resolução em benefício da massa insolvente dos actos prejudiciais que tivessem sido praticados nos dois anos anteriores à declaração de insolvência. Esta disposição foi muito criticada por consagrar uma presunção de que eram prejudiciais à massa as disposições patrimoniais realizadas a título oneroso e a constituição de garantias reais, o que, em consequência, inviabilizava qualquer operação de refinanciamento com constituição de garantias, quando realizada na proximidade da insolvência, pois as mesmas podiam ser resolvidas e os credores converter-se-iam em credores comuns<sup>34</sup>. Apesar de alguma jurisprudência ter defendido uma interpretação mais restrita daquele preceito<sup>35</sup>, na prática as instituições de crédito retraíam-se quanto a refinar as empresas que se encontrassem em situação económica difícil.

Neste contexto, foi promulgado o *Real Decreto-Ley 3/2009*, de 27 de Março, que, no seu preâmbulo, salienta a necessidade de facilitar o refinanciamento das empresas que enfrentam dificuldades económicas mas que ainda são economicamente viáveis<sup>36</sup>, pelo que, para o efeito, veio regular os *acuerdos de refinanciación*<sup>37</sup>, que visam facilitar tal reestruturação financeira<sup>38</sup>.

Estes *acuerdos* parecem aplicar-se não só a empresas em situação de “pré-insolvência”, como ainda àquelas que já estejam insolventes, sendo, contudo, de excluir do

---

<sup>34</sup> A referida presunção admitia prova em contrário mas esta era uma prova diabólica, sobretudo nos casos em que o refinanciamento não obstava à declaração de insolvência. *Vd.* Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid de 21.05.2007 (Ac. 2008/1603), disponível em [www.aranzadi.es](http://www.aranzadi.es); JOSÉ ANTÓNIO GARCÍA CRUCES, *La Reintegración de la Masa Activa en la Ley Concursal*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 590-591, 2003, p. 8.

<sup>35</sup> *Vd.* Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Cantabria de 18.10.2006 (Ac 1905) “(...) *el artículo 71 LC alude al perjuicio patrimonial y necesariamente de su tenor se extrae que no lo identifica con el simple pago de unos acreedores (...). Sin embargo, lo que no pretende la ley es rescindir todo pago anterior a la declaración de concurso cuando se encontraban vencidas deudas no satisfechas. (...) Es necesario que se trate de un acto perjudicial para la masa*”, disponível em [www.aranzadi.es](http://www.aranzadi.es).

<sup>36</sup> *Vd.* EMILIO BELTRÁN, *La reforma...*, *cit.*, p. 8, que salienta que a LC não foi capaz de aumentar o grau de satisfação dos credores, nem reduzir a duração e o custo elevado do processo de insolvência, nem mesmo a percentagem deste tipo de processos que termina em liquidação da sociedade.

<sup>37</sup> São os acordos alcançados entre o devedor e credor e em virtude dos quais se procede à ampliação significativa do crédito disponível ou à alteração das suas obrigações (prorrogação do prazo de vencimento, estabelecimento de outras contrapartidas, etc.) e ainda à elaboração de um plano de viabilidade que permita a continuidade da actividade do devedor a curto e médio prazo. *Vd.* JOSÉ DOMINGO MONFORTE, *Actividad y Solución Preconcurso: Exoneración de la Responsabilidad Concursal Ex Lege*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 775, 2009, 1-14, p. 1.

<sup>38</sup> *Vd.*, para uma breve análise, SIDO BONFATTI, *Los «Paraguas Protectores» de los Acuerdos Extrajudiciales para Prevenir y Superar la Crisis de la Empresa en las Reformas de las Leyes Concursales Española e Italiana*, in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 12, 2010, p. 397-403.

seu âmbito de aplicação as empresas que estejam em fase de liquidação, na medida em que se exige a continuidade da empresa a curto ou médio prazo<sup>39</sup>. Para além disso, estes *acuerdos* encontram-se excluídos do âmbito do art. 71.1 da LC<sup>40</sup>, referente à resolução em benefício da massa, desde que sejam subscritos por credores cujos créditos representem três quintos do passivo, sejam submetidos à aprovação de um perito independente, o qual deve emitir um juízo sobre o conteúdo e viabilidade do mesmo, e sejam ainda celebrados por escritura pública<sup>41</sup>.

Esta solução é, contudo, criticada pela doutrina<sup>42</sup>, por não afastar a hipótese destes acordos serem celebrados por empresas já inviáveis e, para além disso, por continuar a não existir um procedimento de carácter preventivo e extrajudicial que permita reduzir os custos associados ao processo de insolvência.

### **3. A Admissibilidade dos Acordos Extrajudiciais e a Necessidade de Tutela dos Credores Fracos**

Os acordos extrajudiciais celebrados entre credor e devedor podem assumir diversos contornos, sendo que, por regra, visam refinanciar a empresa – nomeadamente através de novas concessões de crédito ou da renegociação dos termos e cláusulas anteriormente acordados – ou reestruturá-la – mediante operações de troca de dívida por participação. Estes acordos são celebrados, sobretudo, numa fase anterior à instauração de um processo de insolvência<sup>43</sup>, sendo distintos dos acordos celebrados no âmbito do

---

<sup>39</sup> Vd. n.º 1 da *Disposición Adicional Cuarta* da *Ley 22/2003*, que dispõe: “A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo”.

<sup>40</sup> Para que beneficiem desta protecção não é necessário que a modificação das obrigações seja significativa ou que implique outorga de dinheiro novo (*fresh money*). Vd. FERNANDO AZOFRA/JUAN ANTONIO PÉREZ, *La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación* in *La Ley*, n.º 7161, 2009, 21-24.

<sup>41</sup> Vd. *Disposición Adicional Cuarta* da *Ley 22/2003*.

<sup>42</sup> Vd. EMILIO BELTRÁN, *La reforma...*, *cit.*, p. 10.

<sup>43</sup> O processo de insolvência é um processo concursal porque todos os credores são chamados a intervir, independentemente da natureza do seu crédito e norteia-se por um princípio de proporcionalidade das perdas dos credores (princípio da *par conditum creditorum*), de modo que as necessidades de tutela que iremos ressaltar não se manifestam com tanta acuidade, uma vez que é assegurada a participação de todos os

procedimento extrajudicial de conciliação, os quais se encontram regulados pelo DL n.º 316/98, de 20 de Outubro<sup>44</sup>. Neste âmbito, parecem inexistir normas específicas que regulem esta matéria e que assegurem a participação de todos os credores nesta tomada de decisões. No entanto, e em abstracto, não nos parece que a mera celebração destes acordos seja, em si, proibida. Senão vejamos.

A concessão de crédito é uma actividade lícita e necessária e “*não será aceitável considerar que o facto de o banqueiro ter aceite conceder crédito a uma empresa cujas dificuldades conhecia, seja suficiente para considerar que actuou ilicitamente (...) se a sobrevivência da empresa não estiver irremediavelmente comprometida, não se afigura, em princípio, condenável a opção do banqueiro no sentido de lhe conceder crédito. De outro modo, estar-se-ia a contrariar o interesse da manutenção das empresas económica e financeiramente viáveis*”<sup>45</sup>. Impõe-se, portanto, distinguir, antes de mais, se o devedor se encontrava numa situação económica irremediável ou se, apesar das dificuldades, a empresa ainda se mantinha viável e recuperável, pois só no primeiro caso o comportamento da instituição que acorda em refinar a empresa será censurável.

Assim, não estaremos perante situações, *a priori*, ilícitas mas apenas perante lacunas regulatórias, pelo que se deve aferir, caso a caso, se os acordos celebrados cumprem as normas e princípios legais e se se demonstram prejudiciais para os restantes credores.

No entanto, dado que estes acordos permitem que um credor, à margem de um processo regulamentado, altere o património e estrutura da sociedade, torna-se necessário tutelar aqueles agentes que poderão ser prejudicados. Desde logo, estes acordos celebrados “à sombra da lei” não asseguram a *par conditio creditorum*<sup>46</sup>, sendo quase sempre celebrados com o credor mais forte e sem que aos restantes credores seja dada sequer a oportunidade de se pronunciarem, o que alerta para a necessidade de os tutelar. Ademais,

---

credores na tomada de decisões que afectem a massa insolvente. *Vd. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 12.

<sup>44</sup> Com a redacção dada pelo DL n.º 201/2004, de 18 de Agosto.

<sup>45</sup> *Vd. MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, A Responsabilidade Civil do Banqueiro perante os Credores da Empresa Financiada*, in BFDUC, *Stvdia Ivridica*, 75, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 157.

<sup>46</sup> Princípio segundo o qual todos os credores se encontram em igualdade de situação, concorrendo paritariamente ao património do devedor para obter a satisfação dos respectivos créditos.

nos casos em que há um refinanciamento através de uma nova concessão de crédito, o passivo da empresa agrava-se, com a consequente diminuição do património do devedor – o qual constitui a garantia patrimonial dos credores (art. 601º CC) – para além de se criar uma hipotética aparência de solvabilidade. A empresa pode, assim, entrar num ciclo vicioso de contrair dívida para pagar dívida, o que, a longo prazo, reduzirá as hipóteses de os credores mais fracos verem os seus créditos satisfeitos. Como tal, é premente tutelar estes credores, quer sejam credores anteriores (que já o eram à data da celebração do acordo), quer posteriores (que, após a celebração do acordo, vieram a contratar com o devedor, confiando na aparência de solvabilidade)<sup>47</sup>.

Contudo, importa sublinhar que os credores fortes são, na maioria das vezes, as instituições de crédito e que estas desenvolvem uma actividade que é essencial para a manutenção do sistema económico, sendo poucas as empresas que podem sobreviver sem o recurso à banca. Deste modo, a par de tentar encontrar meios de tutela dos credores fracos, importa precisar os termos em que estes meios devem operar, pois uma excessiva responsabilização das instituições de crédito poderia paralisar o mercado e frustrar qualquer possibilidade de recuperação e manutenção das empresas.

Neste pressuposto, em vários ordenamentos jurídicos a solução passa por tentar estabelecer uma regulamentação flexível, que incentive os credores a negociarem dentro de quadros minimamente regulados e onde é assegurada a igualdade entre aqueles. Foi com este intuito que Espanha criou, pelo Real Decreto-Ley 3/2009, os *acuerdos de refinanciación*, enquanto nos EUA, como já fizemos referência, o Capítulo 11 do BC consagrou os *prepacks* e *prenegotiated restructurings* e, em Inglaterra, o *Enterprise Act* regulou os *CVA* e os *Schemes of Arrangement*.

O nosso ordenamento também não ficou totalmente alheio a esta tendência, tendo regulado um procedimento extrajudicial de conciliação<sup>48</sup> (DL n.º 316/98, de 20 de Outubro, com a redacção dada pelo DL n.º 201/2004, de 18 de Agosto), que visa “*alcançar a viabilização económico-financeira e jurídica de empresas em situação de insolvência,*

---

<sup>47</sup> *Vd. CARNEIRO DA FRADA, A Responsabilidade dos Administradores da Insolvência*, in ROA, 2006, 653-702, pp. 683 e ss. O Autor estabelece esta distinção para efeitos de apuramento do dano a ressarcir: para os credores antigos, o dano equivale à diferença entre o valor do seu crédito e o valor efectivamente pago; para os novos, o dano resulta do facto de terem contratado com a sociedade insolvente.

<sup>48</sup> Para uma abordagem geral, *vd. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, ob. cit.*, pp. 291 e ss.

*através do recurso à negociação entre os principais interessados (...) com a mediação conciliatória de um organismo público com vocação específica para o efeito*<sup>49</sup> (o IAPMEI).

No entanto, e apesar das tentativas de regulamentação verificadas nestes ordenamentos, a celebração de acordos totalmente informais afigura-se ainda como mais atractiva do que o recurso a outras vias, que se revelarão, porventura, menos vantajosas para o credor forte. Como tal, atendendo aos contornos que tais acordos podem assumir e à inexistência de normas específicas de tutela, torna-se premente procurar vias alternativas de protecção dos credores fracos<sup>50</sup>.

### **CAPÍTULO III:**

## **MECANISMOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS CREDORES FORTES PELA ACTUAÇÃO NA PROXIMIDADE DA INSOLVÊNCIA**

A nossa análise visa centrar-se nos acordos, com feições de concessão de crédito, celebrados pelos credores fortes com empresas em situação económica difícil. De facto, as grandes operações de reestruturação de empresas, mediante a transformação da dívida em capital<sup>51-52</sup>, assim como as operações de concessão de crédito acima das necessidades da

---

<sup>49</sup> *Vd. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Sociedade Editora, Lisboa, p. 921.

<sup>50</sup> Embora não seja objecto da nossa análise, não podemos deixar de referir a possibilidade de imputar ao credor o crime de insolvência culposa, previsto e punido pelo art. 227.º do CP. Para tal, temos de atender ao 227.º, n.º 2 do CP, que dispõe que “*O terceiro que praticar algum dos factos descritos no n.º 1 deste artigo, com o conhecimento do devedor ou em benefício deste, é punido com a pena prevista nos números anteriores, conforme os casos, especialmente atenuada*”. Terceiro, para este efeito, parece ser todo aquele que é estranho à empresa do devedor, não desempenhando as funções de sócio, gerente/administrador, titular de outro cargo em órgão social ou trabalhador. *Vd. Ac. do TRC de 24.03.92 in CJ, ano XVIII, 1993, Tomo II, pp. 58-61*, que defendeu que um terceiro pode ser aquele que empresta determinada quantia em dinheiro. Sobre a insolvência culposa, *MARIA FERNANDA PALMA, Aspectos Penais da Insolvência e da Falência: Reformulação dos Tipos Incriminadores e Reforma Penal*, in RFDUL, Vol. 36, 1995, 401-415.

<sup>51</sup> Não podemos deixar de suscitar a questão de saber se, nos casos em que a actuação dos bancos implica a ingerência na governação das sociedades, aqueles podem ser responsabilizados como gerentes de facto. Para uma definição de gerentes/administradores de facto, *Vd. COUTINHO DE ABREU, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 101. *RICARDO COSTA, Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, in M. COUTINHO DE ABREU/RICARDO COSTA/M. ÂNGELA COELHO BENTO SOARES/A. SOVERAL MARTINS/ALEXANDRE MOTA PINTO/GABRIELA F. DIAS, *Temas Societários*, Almedina, Coimbra, 2006, 23-43, pp. 29 e ss., aponta como características da gerência de facto o exercício

empresa<sup>53</sup>, apesar de serem frequentes nos ordenamentos anglo-saxónicos, representam uma realidade com menor expressão entre nós. Não obstante, e face à actual conjuntura de crise económica, pode tornar-se prática habitual a celebração de acordos em que o banco, aproveitando-se de uma situação de especial fragilidade, “ameaça” cortar as linhas de crédito se o devedor não lhe pagar antecipadamente uma parte da dívida, ou se não prestar garantias adicionais, assim como os acordos em que o devedor aceita dispor de parcelas do património societário como forma de satisfazer alguns dos seus credores e, desta forma, evitar que estes requeiram a insolvência da empresa.

Antes de estarmos aptos a ensaiar os meios de responsabilização destes credores, cumpre esclarecer que a activação dos mesmos só ocorrerá se se verificar um dano para os restantes credores da empresa, sendo que facilmente se compreende que este decorre da inexistência ou insuficiência do património da empresa.

Posto isto, começaremos por atender aos mecanismos previstos pela lei geral para tutelar os credores e, apenas depois, indagaremos sobre a existência de alguma norma especial.

## **1. A Concessão Abusiva de Crédito e a Tutela conferida pelo art. 483.º do Código Civil**

O problema que se suscita é o de saber se, e em que circunstâncias, poderemos responsabilizar o banco que, sabendo que a sociedade se encontrava numa situação económica comprometida, mesmo assim acordou um refinanciamento<sup>54</sup>.

---

efectivo de funções de gestão equivalentes às dos administradores de direito e a actuação com a autonomia que lhes é própria, com uma certa permanência e sistematicidade.

<sup>52</sup> Refira-se que, no quadro do CIRE, o plano de insolvência pode estar condicionado à adopção de medidas que envolvam a exclusão dos sócios ou um aumento de capital realizado mediante a conversão de créditos em participações sociais (art. 198.º CIRE). Para além disso, no caso das sociedades anónimas, é possível a conversão de créditos comuns ou subordinados em capital da sociedade insolvente ou de outra, sem que para tal seja necessário o consentimento dos respectivos titulares (art. 203.º CIRE).

<sup>53</sup> Correspondem aos mecanismos de *leveraged finance*, em que ocorre o financiamento da empresa com fundos superiores aos que seriam considerados normais, gerando uma dívida superior à usual e acarretando um risco mais elevado. *Vd. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 98.*

<sup>54</sup> Sobre a recusa ou ruptura de crédito, que não abordaremos, *vd. MANUEL VEIGA DE FARIA, Algumas Questões em Torno da Responsabilidade Civil dos Bancos pela Concessão ou Recusa de Crédito e por Informações, Conselhos ou Recomendações, in RB, n.º 30. Abril-Junho 2004, pp. 43-70.*

Esta questão tem sido discutida em outros ordenamentos, como o Francês e Italiano<sup>55</sup>. Em França, a decisão da *Cour de Cassation* no caso *Laroche & Fils*<sup>56</sup> constitui um marco importante, tendo a instituição de crédito sido condenada com base no artigo 1382.º do *Code Civil*<sup>57</sup>, que é a norma geral da responsabilidade extracontratual. Este normativo apela ao conceito de *faute*, que pode ser definido como a prática de um acto proibido ou a omissão de um acto prescrito, em condições tais que se fique sujeito a censura. Não obstante, a doutrina francesa, face ao conceito vago e impreciso de *faute*, procurou descobrir deveres mais precisos (informação, diligência, etc.), defendendo a responsabilidade dos banqueiros perante terceiros pelas faltas (*fautes*) profissionais que possam cometer, sendo responsáveis desde que a sua actuação permita a um cliente em má situação de negócios conservar um crédito aparente e fictício e agravar o seu passivo<sup>58</sup>.

Em Itália, a questão tem sido analisada do ponto de vista das regras do bom profissionalismo bancário, *i.e.*, das normas e princípios de boa administração das instituições de crédito. Por esta razão, para aferir a existência de responsabilidade, por concessão abusiva de crédito, atende-se ao “profissionalismo bancário” que seria, normalmente, exigível. Como esclarece FRANCO ANELLI, a culpa da instituição de crédito será determinada de acordo com o padrão do *bonus argentarium* (bom banqueiro), ou seja, o banqueiro diligente<sup>59</sup>.

Considerando os meios de responsabilização a que outros ordenamentos têm recorrido, cumpre-nos indagar quais os mecanismos previstos na nossa lei geral para conservação da garantia patrimonial dos credores.

---

<sup>55</sup> Também no ordenamento alemão se tem colocado esta questão, que tem sido reconduzida ao § 826 do BGB, segundo o qual é responsável aquele que, actuando dolosamente contra os bons costumes, provoque danos a outrem. Esta solução levanta problemas pois exige-se o dolo, assim como o preenchimento do conceito de bons costumes, o que dificulta a sua aplicação prática.

<sup>56</sup> No caso, uma sociedade sacava letras sobre compradores fictícios domiciliados nas agências da *Banque Nationale de Paris* e remetia-as para desconto nesse banco. O tribunal considerou que estas operações só foram possíveis porque houve uma negligência grosseira do banco.

<sup>57</sup> O art. dispõe que “*Todo o feito humano que cause dano a outrem obriga aquele por cuja falta (faute) tenha ocorrido, a repará-lo*”.

<sup>58</sup> *Vd.* RIPERT-ROBLLOT, *Traité de Droit Commercial*, Tome 2, 12.ª ed., pp. 337 e ss. *apud* MANUEL VEIGA DE FARIA, *ob. cit.*, p. 51.

<sup>59</sup> *Vd.* FRANCO ANELLI, *La Responsabilità Risarcitoria delle Banche per Illeciti Commessi nell'erogazione del Credito*, in *Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, 1998, 137-160, p. 148.

A impugnação pauliana (art. 610.º e ss. CC), sendo um meio que permite aos credores atacar os actos realizados pelo devedor que comprometam a possibilidade de satisfação dos seus créditos, poderá estar apta a tutelar os credores fracos nas situações *supra* descritas. Contudo, para que os credores possam socorrer-se deste meio têm de verificar-se os seguintes pressupostos<sup>60</sup>: (i) realização, pelo devedor, de um acto que diminua a garantia patrimonial do crédito e não seja de natureza pessoal, pelo que têm que ser actos que se repercutam de forma negativa no património do devedor; (ii) anterioridade do crédito em relação ao acto, ou sendo ele posterior, prática dolosa do acto com o fim de impedir o direito do futuro credor; (iii) natureza gratuita do acto ou, sendo ele oneroso, ocorrência de má-fé<sup>61</sup>, tanto do alienante como do adquirente (*consilium fraudis*); (iv) impossibilidade de o credor obter a satisfação integral do crédito ou agravamento dessa impossibilidade.

DIOGO LEITE DE CAMPOS<sup>62</sup>, em defesa deste instituto no contexto em análise, chega a questionar a necessidade de recorrer à responsabilidade civil para proteger os interesses dos credores, considerando que estes estão suficientemente tutelados pelo recurso à impugnação pauliana. Cremos, contudo, que este entendimento acarreta algumas dificuldades que obstarão à sua adopção, desde logo, devido à dificuldade de prova da má fé do banqueiro e do seu cliente. A isto acresce o facto de a impugnação pauliana actuar sobre os actos dos quais resulte a impossibilidade de o credor satisfazer os seus créditos ou o agravamento desta impossibilidade (art. 610º, al. b) CC). Ora, a concessão de crédito, por si só, não parece envolver um prejuízo para os credores<sup>63</sup>. Esclarece, aliás, MENEZES LEITÃO que não poderão “*ser objecto de impugnação pauliana actos que no curto prazo representem um incremento patrimonial do devedor, ainda que a longo prazo possam*

---

<sup>60</sup> *Vd. MENEZES LEITÃO, Garantias..., cit., pp. 71 e ss.*

<sup>61</sup> O art. 612.º, n.º 2 CC define má-fé como a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor. Este conceito tem suscitado uma querela doutrinal. *Vd. MENEZES CORDEIRO, Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 492 e ss., que defende que a má-fé deveria incluir a ignorância por negligência do prejuízo causado ao credor; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral. Vol. II*, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 452, para quem o conceito de má fé abrange o dolo e a negligência consciente mas não a inconsciente.

<sup>62</sup> *Vd. DIOGO LEITE DE CAMPOS, A responsabilidade do Banqueiro pela Concessão ou Não Concessão de Crédito*, in ROA, Ano 46, Ab. 1988, Lisboa, p. 49-55, p. 53.

<sup>63</sup> Neste sentido, *vd. MENEZES CORDEIRO, Concessão de Crédito e Responsabilidade Bancária* in BMJ, n.º 357, Jun. 1986, p. 27.

*incrementar o seu passivo, como a obtenção de créditos ou financiamentos*<sup>64</sup>, ou seja, tem de resultar do próprio acto a repercussão negativa no património do devedor, o que não se verifica na situação de que ora nos ocupamos. Não obstante, MENEZES CORDEIRO salienta que, em certos casos, o prejuízo para os credores pode decorrer directamente da concessão de crédito “*quando, a pretexto da concessão de novos créditos, o banqueiro consiga garantias que vão prejudicar os outros credores*”<sup>65</sup>, ou quando o próprio crédito é de tal forma oneroso que provoca a ruína da empresa, situação que nos parece que será menos frequente na nossa prática negocial.

Face ao exposto, e no encalço de outros ordenamentos, não poderemos deixar de equacionar a tutela conferida pelo instituto da responsabilidade civil<sup>66</sup>.

No âmbito da responsabilidade extracontratual por factos ilícitos, ANTUNES VARELA e ALMEIDA COSTA retiram do art. 483.º CC a necessidade de estarem preenchidos cinco pressupostos<sup>67</sup>: (i) facto voluntário do agente; (ii) ilicitude; (iii) nexo de imputação do facto ao lesante (culpa); (iv) dano; e o (v) nexo de causalidade entre o facto e o dano. Por ora, ater-nos-emos na análise da ilicitude por ser esta a característica que nos permite avaliar qual o grau de protecção conferido pela lei.

O nosso legislador procurou descrever duas variantes de ilicitude: violação de um direito de outrem, ou seja, o desrespeito de um direito subjectivo (art. 483.º, n.º 1, 1.ª parte CC) e violação da lei que protege interesses alheios (art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte CC).

Na primeira variante, os direitos subjectivos abrangidos são, sobretudo, os direitos absolutos (direitos reais, de personalidade, de autor, etc.). Já na segunda trata-se “*da infracção de leis que, embora protejam interesses particulares, não conferem aos respectivos titulares um direito subjectivo a essa tutela; e de leis que, tendo também ou até principalmente em vista a protecção de interesses colectivos, não deixam de atender aos interesses particulares subjacentes*”<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Vd. MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, cit., p. 72.

<sup>65</sup> Vd. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, cit., p. 311; MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 27.

<sup>66</sup> Vd., sobre o instituto, ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 518 e ss.

<sup>67</sup> Vd. IDEM, *ibidem*, pp. 518 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 509 e ss.

<sup>68</sup> Vd. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, Vol. I, p. 536.

Somos assim levados a concluir que os danos sofridos pelos credores, por decorrerem da lesão de um direito de crédito, são danos puramente patrimoniais<sup>69</sup>, pelo que, por não resultarem da violação de um direito absoluto, não beneficiam de uma tutela *erga omnes*. De facto, e na esteira de MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, a *ratio* subjacente ao art. 483.º, n.º 1, 1.ª parte CC parece ter sido a de proteger apenas “bens que se caracterizem por serem facilmente reconhecíveis na sua existência e no seu conteúdo. Compreende-se que assim seja, pois, atendendo ao facto de a responsabilidade extracontratual ter em vista regular as relações gerais entre os cidadãos, representaria um limite intolerável à liberdade de acção que alguém pudesse ser responsabilizado pela violação de posições de que não fosse possível conhecer o conteúdo”, pelo que a tutela dos direitos puramente patrimoniais se encontra excluída<sup>70</sup>.

Assim sendo, suscita-se a questão de saber se os interesses puramente patrimoniais podem ser tutelados por outras normas, nomeadamente pelo art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte CC.

Este preceito regula os casos em que é inobservada uma norma destinada a proteger interesses alheios (norma de protecção). Para estarmos perante uma norma deste tipo, têm que estar preenchidos três pressupostos: (i) a lesão dos interesses do particular tem de corresponder à violação de uma norma legal; (ii) o fim da norma tem de ser a protecção dos interesses particulares; e (iii) o dano tem que se ter registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar<sup>71</sup>.

Tendo em consideração tais requisitos, e no âmbito das relações de crédito, somos levados a atender ao disposto nos arts. 73.º a 76.º RGIC, que consagram os deveres gerais que as instituições de crédito devem observar no exercício da sua actividade. O art. 75.º

---

<sup>69</sup> O dano patrimonial puro não se identifica com o dano patrimonial relevante para efeitos de responsabilidade delitual, uma vez que aquele não decorre da violação de direitos subjectivos, estando antes ligado a “um prejuízo que se repercute na situação patrimonial global de uma pessoa sem que tenha sido atingido um bem absolutamente protegido”. Vd. MARIA JOÃO PESTANA DE VASCONCELOS, *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português* in *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, 147-206, p. 153. Estes danos são, em princípio, ressarcíveis em sede de responsabilidade contratual, uma vez que não implicam a prévia violação de um direito subjectivo. Embora os danos aqui em análise sejam danos puramente patrimoniais, não é objectivo da presente dissertação abordar pormenorizadamente este tema. Contudo, *vd.*, por todos, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Teses, Almedina, Coimbra, 2009.

<sup>70</sup> Neste sentido, *vd.* MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pp. 38 e ss.

<sup>71</sup> *Vd.* ANTUNES VARELA, *ob. cit. Vol. I*, pp. 539 e ss.

RGIC, em especial, determina que “[o]s membros dos órgãos de administração das instituições de crédito, bem como as pessoas que nelas exerçam cargos de direcção, gerência, chefia ou similares, devem proceder nas suas funções com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, de acordo com o princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações e ter em conta o interesse dos depositantes, dos investidores, dos demais credores e de todos os clientes em geral”. Questionamos, então, se visará esta norma tutelar os interesses de terceiros<sup>72</sup>.

MENEZES CORDEIRO considera que estamos perante “*meras normas programáticas e de enquadramento*”, que têm de ser concretizadas “*por outras regras, de natureza legal ou contratual, de modo a dar azo a verdadeiros direitos subjectivos ou, de todo o modo, a regras precisas de conduta, susceptíveis de, quando violadas, induzirem responsabilidade bancária*”<sup>73</sup>. Em sentido contrário, MENEZES LEITÃO afirma que o facto de a norma referida poder ser concretizada não afasta o seu “*cariz vincutivo imediato para o banqueiro, e a possibilidade da sua responsabilização em caso de desrespeito*”<sup>74</sup>, sendo esta posição igualmente sufragada por MANUEL VEIGA DE FARIA<sup>75</sup>, AUGUSTO DE ATHAYDE e DUARTE DE ATHAYDE<sup>76</sup> e ANTÓNIO SARAIVA MATIAS<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> Cumpre referir que o facto de a norma apenas referir os “*órgãos de administração*” e quem exerça “*cargos de direcção, gerência, chefia ou similares*” não obsta a que daqui se retire um dever de indemnizar porque o critério de diligência destina-se à instituição em si. Ainda que assim não se entendesse, ao exercerem as suas funções, actuam ao serviço, no interesse e por conta das instituições, ou seja, actuam e respondem na qualidade de comissários, podendo recorrer-se ao art. 500.º CC.

<sup>73</sup> Vd. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, cit., p. 248. No mesmo sentido, vd. MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 137, que refere que “*a vaguidade destes preceitos parece aconselhar a que não se reconheça a possibilidade de com base neles nascerem direitos à indemnização. De outra forma, abrir-se-iam as portas ao ressarcimento demasiado amplo dos puros interesses patrimoniais que o direito português sobre a responsabilidade civil parece rejeitar*”.

<sup>74</sup> Vd. MENEZES LEITÃO, *Informação...*, cit., p. 229, nota n.º 7.

<sup>75</sup> Vd. MANUEL VEIGA DE FARIA, *ob. cit.*, pp. 58 e ss.

<sup>76</sup> Vd. AUGUSTO DE ATHAYDE e DUARTE DE ATHAYDE, *Curso de Direito Bancário*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, [s.p.] onde referem que os preceitos referidos “*impõem aos seus destinatários verdadeiras obrigações*” e que “*a natureza relativamente vaga dos conceitos que usam levará, caso por caso, a problemas de interpretação (...) mas (...) tal não parece suficiente, para, em princípio, lhes retirar a capacidade para constituir obrigações na esfera jurídica do destinatário*”.

<sup>77</sup> Vd. ANTÓNIO SARAIVA MATIAS, *Normas e Códigos de Conduta*, in *Direito Bancário*, Actas do Congresso Comemorativo do 150.º aniversário do Banco de Portugal – 22-25 de Outubro de 1996, RFDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 154, sendo peremptório ao afirmar que “*a violação das regras de conduta do REGICSF, integrando um ilícito, pode constituir o infractor (pessoa singular ou pessoa colectiva) em responsabilidade civil, devendo responder pelos prejuízos que causar em conformidade com o disposto sobre responsabilidade por actos ilícitos*”.

De facto, o RGIC veio impor regras de conduta às instituições de crédito, as quais devem pautar o seu comportamento por princípios de diligência, neutralidade, lealdade, discrição e respeito consciencioso pelos interesses que lhes estão confiados (art. 74.º RGIC). Neste âmbito, é a própria letra do art. 76.º que alude ao “*interesse dos depositantes, dos investidores, dos demais credores e de todos os clientes em geral*”, parecendo alargar o âmbito protector da norma a terceiros, uma vez que não está aqui em causa o interesse exclusivo da instituição ou do cliente, mas antes de terceiros relativamente a estas relações. Assim, se o banco concede crédito a uma empresa sabendo, ou não podendo ignorar, a situação económica desta, e sendo movido por motivos escusos, como o de procurar a obtenção vantagens face a outros credores, está a violar as normas de conduta que lhe são impostas, nomeadamente o dever de actuar de forma conscienciosa e diligente.

Para além disso, e ainda que se argumente que o art. 76.º RGIC visa criar deveres de conduta que se reportam apenas às relações internas do banco, parece-nos que é a própria natureza da actividade destas instituições que obriga a que se alargue o âmbito protector desta norma. Na verdade, resulta da própria definição de instituições de crédito que estas estão vocacionadas para receber depósitos do público e conceder crédito, sendo patentes os reflexos sócio-económicos desta actividade, que afecta não só a parte que contrata com o banco, como aquela que pode vir a ser prejudicada pela concessão crédito a uma empresa economicamente inviável. Tal justifica a imposição de deveres de conduta, cujo alcance não se pode confinar às relações internas, uma vez que estão também em conexão com interesses de terceiros.

Não obstante, ainda que admitamos a existência de uma norma de protecção que permita aos credores o recurso ao art. 483.º CC, entendemos ser de precisar os termos em que esta responsabilidade pode operar, uma vez que não podemos esquecer o papel fulcral dos bancos na economia e as repercussões nefastas que advêm de uma excessiva responsabilização destes<sup>78</sup>. Neste pressuposto, somos levados a considerar que apenas condutas particularmente graves e claramente violadoras dos deveres de conduta impostos poderão fundamentar a responsabilidade dos bancos.

---

<sup>78</sup> Por exemplo se, como meio de defesa, os bancos decidissem cortar as linhas de crédito às empresas.

Com efeito, as instituições bancárias, quando contratam, encontram-se obrigadas a recolher informações<sup>79</sup> e a analisar a estrutura económica e solvabilidade da parte que pretende obter crédito, como forma de aferir se aquela entidade reúne as condições necessárias para contrair um financiamento<sup>80</sup>. Para cumprir este requisito, os bancos possuem estruturas especializadas particularmente vocacionadas para analisar os dados recolhidos e fornecidos pelas empresas, encontrando-se assim numa posição privilegiada face aos comuns agentes económicos, que não têm nem acesso a estes dados, nem possuem profissionais especializados na área. Assim, a informação e a capacidade de análise ao dispor do banco justificam a confiança<sup>81</sup> depositada pelos outros credores, quando estes contratam com a empresa financiada. Porém, a decisão de conceder crédito envolve sempre uma larga margem de discricionariedade da actuação do banco, pelo que se deverá aferir, casuisticamente, se houve um prejuízo efectivo do credor e se este é imputável à actuação do banco, na medida em que este conhecia, ou não podia ignorar a situação económica da empresa<sup>82</sup> e mesmo assim acordou em refinanciá-la com o intuito de, desta forma, obter uma vantagem sobre os demais credores.

## **2. Concessão Abusiva de Crédito e a Tutela conferida pelo art. 334.º do Código Civil**

---

<sup>79</sup> Alguns Autores falam num “ónus de auto-informação” do credor, o qual deve fazer tudo o que se encontra razoavelmente ao seu alcance para recolher dados sobre a contraparte. *Vd.* EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 121 e ss.

<sup>80</sup> Para além do serviço de Centralização dos Riscos de Crédito do Banco de Portugal, o art. 83.º RGIC permite a criação, entre as instituições, de um sistema de informações recíprocas.

<sup>81</sup> Cumpre dar nota que a doutrina tem vindo a enunciar uma teoria da responsabilidade pela confiança, a qual, ultrapassando a tradicional distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, visa introduzir um terceiro fundamento para a imputação de um dano e completar a doutrina do negócio jurídico onde esta apresenta lacunas. CANARIS foi um dos precursores desta teoria, defendendo, no âmbito da responsabilidade por informações, que o fundamento desta reside no comportamento do informante que, dada a sua profissão, conhecimento especializado e experiência, oferece uma garantia de correcção das informações prestadas. Esta concepção foi transposta para outros domínios, como o da tutela dos interesses patrimoniais puros. *Vd.* CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, in *Separata do Volume XXXVIII do Suplemento ao BFDUC*, Coimbra, 1994, pp. 240 e ss.

<sup>82</sup> *Vd.* MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pp. 157 e ss., sobre a oportunidade económica do crédito. A Autora salienta que o simples facto de aceitar conceder crédito a uma empresa cujas dificuldades conhecia não é suficiente para considerar que actuou ilicitamente, ainda que a empresa depois venha a ser declarada insolvente, pois se a empresa não estiver irremediavelmente comprometida a opção do banco não é censurável.

Para além da tutela que pode ser conferida pelo instituto da responsabilidade civil, parece-nos ser ainda de analisar a hipótese de aquela tutela ser acautelada através do instituto do abuso de direito (art. 334.º CC). No nosso ordenamento, a figura do abuso de direito tem sido encarada como a “*válvula de segurança do sistema jurídico, destinad[a] a fazer face e neutralizar situações de flagrante injustiça*”<sup>83</sup>, devendo apenas operar em “*situações-limite (...) [e] à mingua de previsão normativa expressa sobre a conduta em estudo*”<sup>84</sup>. Atendendo a esta premissa de que o abuso de direito opera como *ultima ratio*, este poderá assumir particular relevo no âmbito do ressarcimento de danos que não decorrem da violação de direitos subjectivos ou de normas de protecção, como pode ser o caso dos danos puramente patrimoniais.

No ordenamento alemão estes danos estão abrangidos pelo escopo do § 826 do BGB, que determina o ressarcimento dos danos causados dolosamente e com ofensa dos bons costumes, sem distinguir a natureza dos bens atingidos<sup>85</sup>. Contudo, no ordenamento português não parece estar consagrada semelhante disposição, pelo que alguma doutrina<sup>86</sup> tem sustentado que o art. 334.º CC poderá colmatar esta lacuna<sup>87</sup>, na medida em que consagra uma concepção objectiva<sup>88</sup> de abuso. Para esta concepção, é irrelevante quer a natureza da posição atingida, quer a consciência de que, com a sua actuação, o agente

---

<sup>83</sup> *Vd.* Ac. do STJ de 12.06.2003, Proc. 03B4273, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>84</sup> *Vd.* Ac. do STJ de 16.01.2008, Proc. 07S2884, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>85</sup> *Vd.* CARNEIRO DA FRADA, *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 49, que refere que o § 826 do BGB é “*uma expressão das exigências postas pelo mínimo ético-jurídico à convivência ou coexistência humanas*”.

<sup>86</sup> *Vd.* SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Teses, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 545 e 546.

<sup>87</sup> Uma primeira questão levantada pela doutrina prende-se com o saber se uma conduta abusiva, nos termos do art. 334.º CC, é passível de originar uma obrigação de indemnizar. Nos trabalhos preparatórios do CC, VAZ SERRA era apologista de que o abuso de direito deveria constar quer da parte geral, quer do âmbito da responsabilidade civil – *Vd.* VAZ SERRA, *Abuso de Direito em Matéria de Responsabilidade Civil* in *BMJ*, n.º 85 (1959), pp. 243 e ss. Embora, actualmente, o instituto do abuso de direito apenas figure na parte geral, a maioria da doutrina tem considerado que este constitui uma forma de comportamento ilícito, relevante para efeitos de responsabilidade civil – *vd.*, neste sentido, ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 544 e ss.; CARNEIRO DA FRADA, *Uma “Terceira Via”...*, *cit.*, p. 50. Em sentido oposto, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 288.

<sup>88</sup> A concepção objectivista define o abuso por referência a elementos de carácter objectivo – o fim económico ou social da norma, os bons costumes e a boa fé – enquanto para a concepção subjectivista de abuso o que releva é a intenção do agente. *Vd.* MARIA JOÃO PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 194, nota 149.

excedeu manifestamente os limites impostos pela boa fé, bons costumes ou fim económico ou social do direito.

No enalço deste entendimento, o abuso de direito poderá estar apto a fornecer um quadro adequado à responsabilização da instituição de crédito quando comportamento exceda desta os limites impostos pelos bons costumes<sup>89</sup>, ou seja, quando exceda os padrões de conduta mínimos, que “*correspondem a concepções normativas (logo, apreciadas em termos de dever ser), éticas, geralmente admitidas no meio social*”<sup>90</sup>.

Segundo MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, deve atender-se, neste âmbito, à “*relevância social das decisões sobre a concessão de crédito*”, as quais, por poderem acarretar sérios prejuízos a terceiros, devem implicar uma análise cuidada da actividade da empresa e da sua situação patrimonial<sup>91</sup>. Como já referido, não podemos esquecer que as instituições de crédito são estruturas dotadas de meios particularmente capazes de recolher e analisar a informação sobre a empresa que pede o financiamento, pelo que quando, desrespeitando os deveres de cuidado e diligência que lhes são impostos, aquelas acordam em conceder crédito a uma empresa cuja inviabilidade económica conhecem, violam os padrões de conduta que lhes são exigíveis, sendo tal actuação censurável por contrária aos bons costumes. No entanto, esta actuação tem de consubstanciar comportamentos especialmente graves, uma vez que aquele normativo não se basta com o abuso dos limites impostos pelos bons costumes. É necessário que o abuso seja manifesto<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Na verdade, a vertente da ofensa ao fim económico ou social do direito parece estar vocacionada para sancionar o exercício abusivo de direitos com uma função social – *vd. ANTUNES VARELA, ob. cit., Vol. I, pp. 546 e 547*. Por sua vez, a boa fé parece impor-se, sobretudo, no seio das relações *inter partes* (*Vd. CARNEIRO DA FRADA, Uma “Terceira Via”...*, *cit.*, p. 53) e não os casos aqui abordados de responsabilidade face a um credor, que é alheio à relação entre banco e devedor.

<sup>90</sup> *Vd. CARVALHO FERNANDES, Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II, 3.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996., p. 590.*

<sup>91</sup> *Vd. MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA, ob. cit., p. 150.*

<sup>92</sup> MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE ALMEIDA considera que esse abuso é manifestamente contrário aos bons costumes, p. ex., quando a instituição de crédito concede crédito com o intuito de adiar a declaração de insolvência, de modo a recuperar os seus créditos a expensas dos credores posteriores; quando a instituição, ao conceder crédito, se mune de garantias excessivas, que lhe assegurem uma posição privilegiada na recuperação dos seus créditos; quando o crédito é de tal forma oneroso que provoca a ruína da empresa; e ainda quando existe uma dependência económica do devedor face à instituição de crédito, que se aproveita deste facto para o levar a celebrar negócios prejudiciais aos restantes credores. *Vd. IDEM, ibidem, p. 139.*

Este entendimento não se apresenta, no entanto, isento de críticas. O art. 334.º CC faz referência ao “*exercício de um direito*” (subjectivo), o que parece excluir a sua aplicação aos casos em que o comportamento abusivo decorre não do exercício de um direito mas sim de uma liberdade – neste caso, a liberdade de contratar. Todavia, não parece existir uma outra norma que preveja a hipótese de uso abusivo de uma liberdade, pelo que não deverá ser desprezada a hipótese de o art. 334.º CC ser objecto de uma interpretação extensiva, de forma a compreender a liberdade de contratar<sup>93</sup> e, desta forma, evitar que condutas especialmente gravosas não conduzam a responsabilidade.

Esta interpretação extensiva do disposto no art. 334.º CC permitiria acautelar os danos sofridos pelos credores da empresa em situação económica difícil. Contudo, e voltando a sublinhar o carácter residual do art. 334.º CC, cremos que este, nas situações aqui em análise, deve ser interpretado com as devidas cautelas, de forma a operar como *ultima ratio*<sup>94</sup>, apenas para regular os casos em que inexistente qualquer disposição, quer na lei geral quer na lei especial, passível de assegurar a tutela dos interesses patrimoniais dos credores. Para além disso, e atendendo a que o art. 334.º CC exige um abuso manifesto, apenas comportamentos particularmente gravosos, que atentam contra os padrões mínimos de conduta e ofendam a diligência e prudência que devem nortear as decisões da instituição de crédito, são susceptíveis de conduzir à responsabilidade do banco nos termos do 334.º CC.

### **3. A Tutela Conferida pelo Regime da Insolvência: A Resolução em Benefício da Massa Insolvente**

Não obstante os institutos previstos na lei geral parecerem aptos a tutelar os credores mais fracos, não poderemos deixar de indagar da existência de normas especiais.

---

<sup>93</sup> A maior parte da nossa doutrina admite um alargamento deste instituto a poderes, faculdades ou simples liberdades de agir. *Vd.* CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 491; COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 67. Em sentido contrário, HEINRICH EWALD HÖRSTER, *ob. cit.*, p. 282, que considera que a expressão “direito” não pode ser interpretada de forma muito abrangente, sob pena de conduzir a um abuso da função do instituto, o qual é passível de gerar arbitrariedades.

<sup>94</sup> Neste sentido, SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 181, notas 13 e 547, que refere que “*a necessidade de interpretar muito amplamente a noção de direito subjectivo na hipótese de facto do art. 334.º corresponde entre nós a uma imperiosa necessidade de regulamentação; não existe outra norma a que possamos recorrer no caso de um mau uso de uma liberdade de acção, fora dos quadros do exercício de um direito*”; MARIA JOÃO PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 202.

Nos casos em que a empresa em situação económica difícil venha a ser declarada insolvente, os credores podem ainda beneficiar dos mecanismos previstos no CIRE<sup>95</sup>. O que está aqui em causa é a possibilidade de responsabilizar os credores fortes que, sabendo da situação económica precária da empresa, e aproveitando-se deste facto, usam a sua posição para conseguir condições mais vantajosas, causando, deste modo, prejuízos aos demais credores. Facilmente se compreende que, na generalidade dos casos, este prejuízo ocorre no momento em que a empresa se torna insolvente e, após graduados os créditos, se verifica que inexistente património capaz de satisfazer todos os créditos reclamados.

O CIRE, nos arts. 120.º e ss, consagra a abertura de um “período suspeito”, em que podem ser resolvidos, em benefício da massa insolvente, os actos praticados pelo devedor antes da declaração de insolvência. A *ratio* subjacente a estes preceitos é a de que o processo de insolvência se pauta pela satisfação igualitária de todos os credores, pelo que qualquer vantagem atribuída a um credor em detrimento dos restantes não deve ser admitida.

Neste âmbito, aquele diploma consagra duas modalidades de resolução: a condicional e a incondicional.

Quanto à primeira, o art. 120.º CIRE dispõe que podem ser resolvidos (i) os actos ou omissões<sup>96</sup> praticados pelo devedor; (ii) que sejam prejudiciais à massa; (iii) e tenham sido praticados nos quatro anos anteriores ao início do processo de insolvência; desde que (iv) se verifique a existência de má fé por parte do terceiro. Consideram-se prejudiciais os actos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores, ou seja, que impliquem uma diminuição da massa insolvente (n.º 2), sendo que o n.º 3 parece fixar uma presunção inilidível de que são prejudiciais os actos previstos no art. 121.º CIRE, independentemente de terem sido ou não praticados nos prazos aí indicados.

---

<sup>95</sup> A par de outros institutos, o CIRE prevê, no art. 31.º, a adopção de medidas cautelares destinadas a impedir o agravamento da situação patrimonial do devedor. Entre estas medidas conta-se a nomeação de um administrador judicial provisório com poderes para administrar o património do devedor..

<sup>96</sup> A referência a actos omitidos suscita dúvidas. *Vd.* CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 433, que defendem que o acto omitido refere-se a uma abstenção de comportamento, mas que se deve distinguir se o silêncio vale como declaração negocial (art. 218.º CC) ou não, pois no primeiro caso temos uma situação equivalente a um acto praticado; MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa Anotado*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 147, considera que se deve interpretar restritivamente a norma no sentido de abranger apenas a omissão do exercício de direitos que poderiam ser exercidos pelos credores por via de acção subrogatória.

Contudo, tem ainda de se verificar a má fé do terceiro com quem foi celebrado o acto, traduzindo-se esta no conhecimento, à data do acto, de que o devedor se encontrava em situação de insolvência, ou no conhecimento do carácter prejudicial do acto e de que o devedor se encontrava em situação de insolvência iminente ou, ainda, no conhecimento do início do processo de insolvência (n.º 5)<sup>97</sup>.

Estes requisitos não têm aplicação nos casos de resolução incondicional descritos no art. 121.º CIRE, o qual consagra que são resolúveis, independentemente de quaisquer outros requisitos, os actos taxativamente enumerados nas suas alíneas, as quais prevêm as circunstâncias que se devem verificar em cada caso, assim como o respectivo requisito temporal<sup>98-99</sup>.

Considerando a natureza dos acordos em análise, os quais implicam, por exemplo, a constituição de novas obrigações ou garantias, podem estar reunidos os requisitos constantes de várias alíneas do 121.º CIRE, com especial enfoque para o disposto na al. c) e e).

A alínea c) considera resolúveis os actos de constituição, pelo devedor<sup>100</sup>, de garantias reais relativas a obrigações preexistentes ou outras que as substituam, mas cujas

---

<sup>97</sup> Este preceito tem que ser conjugado com o n.º 4, que presume a má fé quando se verifique a prática do acto até dois anos antes do início do processo de insolvência e a participação no acto de pessoa especialmente relacionada com o insolvente. Embora a lei não defina esta relação especial, tem sido entendido que é uma das descritas no art. 49.º CIRE, o que parece resultar, aliás, do próprio § 25 do preâmbulo quando refere que “*o combate a uma fonte frequente de frustração das finalidades do processo de insolvência, qual seja a do aproveitamento (...) de relações orgânicas ou de grupo, de parentesco, especial proximidade, dependência ou outras, para praticar actos prejudiciais aos credores é prosseguido no âmbito da resolução de actos em benefício da massa*”. Assim, segundo o art. 49.º CIRE, o conceito de pessoa especialmente relacionada é diferente consoante se trate de pessoa singular, colectiva ou património autónomo, podendo englobar, p. ex., no caso de pessoa colectiva, os sócios, administradores, etc. *Vd. MENEZES LEITÃO, Direito da Insolvência, cit.*, pp. 110 e ss.

<sup>98</sup> *Vd.* art. 121.º CIRE.

<sup>99</sup> Os prazos do art. 121.º CIRE são relativamente curtos, pelo que parece ser necessário coordenar os arts. 121.º e 120.º, de forma a que, ainda que se encontrem esgotados os limites temporais previstos no primeiro, os credores possam beneficiar do segundo. Assim, os actos descritos no art. 121.º CIRE, que beneficiam de uma presunção de prejudicialidade por força do art. 120.º, n.º 3 CIRE, podem ainda beneficiar da presunção de má fé, constante do art. 120.º, n.º 4, desde que se preencham os respectivos requisitos.

<sup>100</sup> Este preceito parece englobar todas as garantias reais que tenham sido constituídas pelo devedor, (p. ex. a hipoteca voluntária), excluindo, *a contrario sensu*, aquelas que resultem de imposição legal ou judicial (p. ex. hipotecas legais ou judiciais, penhoras, direito de retenção). *Vd. GRAVATO MORAIS, Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 96 e ss.

garantias só foram constituídas posteriormente<sup>101</sup>, mais precisamente nos seis meses anteriores ao início do processo de insolvência<sup>102</sup>. Por outro lado, a al. e), que tem uma redacção semelhante, prevê a resolução do acto de constituição de garantias reais, quando este ocorra em simultâneo com a criação das obrigações garantidas e seja constituído nos 60 dias anteriores ao início do processo de insolvência, sendo que esta é, porventura, a alínea em que melhor se enquadram os acordos com feições de concessão de crédito.

Não obstante, nos casos em que os acordos extrajudiciais envolvam, designadamente, a prestação de outras garantias, por exemplo, garantias pessoais, o pagamento ou outro acto de extinção de obrigações ou ainda a prática de actos a título oneroso, estes podem estar abrangidos pelo escopo das alíneas d)<sup>103</sup>, f) e g)<sup>104</sup> ou h)<sup>105</sup> do 121.º CIRE, desde que verificados os restantes requisitos impostos por aqueles normativos, nomeadamente o requisito temporal.

Com efeito, a resolução em benefício da massa poderá assegurar uma tutela eficaz dos credores fracos. Por outras palavras, estando em causa acordos celebrados com o credor forte, nos quais foram renegociados créditos, prestadas novas garantias ou feitas disposições patrimoniais, o recurso àquele instituto pode restaurar a igualdade entre os credores, uma vez que a resolução dos actos descritos implica a extinção, com efeitos retroactivos, da relação contratual entre o insolvente e o outro contratante, o que obriga as

---

<sup>101</sup> Nos casos em que a constituição de garantia é posterior, este acto é oneroso na medida em que o devedor “recebe em troca uma vantagem correspondente, v.g. uma prorrogação do prazo ou uma redução de juros ou da dívida”. *Vd. VAZ SERRA, Responsabilidade Patrimonial*, in *BMJ* (n.º 75), 1958, p. 245.

<sup>102</sup> Para efeitos de cômputo regressivo do prazo, tem-se como referência a data de início do processo de insolvência. *Vd. GRAVATO MORAIS, ob. cit.*, p. 104, que salienta que o prazo regressivo “tem por referência momentos diversos (...) tratando-se de hipoteca há que ter em conta a data da inscrição da mesma no registo; estando em causa penhor (...) releva o momento da entrega da coisa; caso se trate de um penhor para garantia de créditos bancários, sobressai já a data da celebração do contrato escrito”.

<sup>103</sup> A al. d) considera resolúveis a fiança, subfiança, aval e mandatos de crédito que o insolvente haja outorgado no período de seis meses anteriores ao início do processo e que não respeitem a operações negociais com real interesse para ele. *Vd. GRAVATO MORAIS, ob. cit.*, p. 126, que salienta que o interesse referido é de natureza patrimonial ou financeira.

<sup>104</sup> Estas alíneas consagram a resolução caso ocorra o pagamento ou outro acto de extinção das obrigações, sendo que a al. g) impõe ainda que a extinção da obrigação ocorra de modo não usual no comércio jurídico.

<sup>105</sup> Refere-se aos actos realizados a título oneroso no ano anterior ao início da insolvência, quando as obrigações assumidas excedam manifestamente as da contraparte. *Vd. CARLOS MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra, 2005, p. 537, que defende o critério do dobro do valor; *GRAVATO MORAIS, ob. cit.*, p. 136, que entende que deve atender-se ao caso concreto mas prevê que o valor de 30%, atendendo à factualidade em causa, é susceptível de originar a resolução.

partes a devolver as prestações que tenham recebido em cumprimento do contrato (art. 126.º CIRE). Assim, ainda que o credor forte tenha adquirido uma posição privilegiada no processo de insolvência, decorrente, por exemplo, da constituição ou reforço de uma garantia, ao ser accionada a resolução em benefício da massa, esta posição é anulada e o seu crédito é qualificado e graduado como comum<sup>106</sup>.

De todo o modo, sempre se dirá que não se tratará de uma solução isenta de reparos. Desde logo, parece que apenas ao administrador da insolvência é reconhecida legitimidade activa para, nos termos do 123.º CIRE e mediante carta registada com aviso de recepção, proceder à resolução em benefício da massa, estando esta possibilidade vedada aos credores pela letra da lei<sup>107</sup>, o que pode criar dificuldades acrescidas nos casos de omissão por parte do administrador de insolvência<sup>108</sup>.

Em segundo lugar, cumpre delimitar o requisito da prejudicialidade dos actos, uma vez que a definição do art. 120.º, n.º 2 CIRE apresenta uma grande amplitude, englobando qualquer acto que, qualitativa ou quantitativamente, enfraqueça a garantia patrimonial dos credores. Porém, este conceito tem de ser aferido objectivamente, atendendo às circunstâncias de cada caso<sup>109</sup>.

A análise de jurisprudência<sup>110</sup> parece demonstrar que os administradores da insolvência, e alguns tribunais, tendem a aplicar o preceituado nos arts. 120.º e 121.º CIRE recorrendo a enunciações genéricas de que o acto “*é prejudicial à massa*” ou que “*diminui*

---

<sup>106</sup> Nos casos de resolução condicional, em que é exigida a má fé do terceiro, os créditos são qualificados como subordinados, nos termos do art. 48.º, al. e) CIRE. *Vd. MENEZES LEITÃO, Direito da Insolvência, cit., p. 114.*

<sup>107</sup> *Vd. GRAVATO MORAIS, ob. cit., p. 149*, que defende não ser de desconsiderar a possibilidade de os credores resolverem actos em benefício da massa, nos casos em que se verifica uma omissão do administrador da insolvência, desde que denuncie o acto e intime o administrador para um comportamento.

<sup>108</sup> No entanto, parece-nos que qualquer credor pode suscitar a questão em sede de assembleia de credores. Para além disso, não se pode deixar de equacionar a hipótese de destituição do administrador, nos termos do art. 56.º CIRE, caso exista justa causa que fundamente a destituição. O conceito de justa causa não é definido pela lei, embora se entenda que abrange a violação grave dos deveres do administrador mas também quaisquer outras circunstâncias que tornem insustentável a manutenção do cargo. *Vd. MENEZES LEITÃO, Direito da Insolvência..., cit., p. 127.*

<sup>109</sup> Em traços genéricos, o acto que diminui é aquele que implica uma redução dos direitos dos credores, o acto que frustra é o que gora as pretensões dos credores; o que dificulta é o que cria entraves à realização do crédito. Já o que põe em perigo é o que implica uma ameaça à segurança dos créditos e o que retarda é o que faz protelar a satisfação dos créditos

<sup>110</sup> A jurisprudência, no domínio do CIRE, não é prolixa em acórdãos cuja questão a decidir se prenda especificamente com a análise da prejudicialidade dos actos. Contudo, e a título de exemplo, *vd. Ac. do TRC de 24.05.2011, Proc. 1791/08.6TBLRA-K.C1*, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*a satisfação dos credores*”, sem, contudo, proceder a uma análise ponderada do requisito da prejudicialidade. Ora, este deve ser aferido com base na “*satisfação dos credores da insolvência*” (art. 120.º, n.º 2 CIRE), a qual está intimamente relacionada com uma das finalidades do processo de insolvência – “*a repartição do produto obtido pelos credores*” (art. 1.º CIRE) – de tal forma que o acto objecto de resolução tem que ter originado um prejuízo para a massa e, conseqüentemente, uma desigual distribuição do património do devedor. Assim sendo, parece-nos que não será de acolher uma interpretação demasiado lata do disposto nos arts. 120.º e 121.º CIRE, *i.e.*, sendo a *ratio* subjacente a estes preceitos a de restaurar a *par conditio creditorum* através da resolução de actos que acarretaram prejuízo para a massa e para os credores, cumpre, em primeiro lugar, comprovar o prejuízo efectivamente causado pelo acto que se pretende resolver. Deste modo, somos levados a considerar que não basta estarmos perante um dos actos descritos nos arts. 120.º ou 121.º CIRE e verificar-se o respectivo requisito temporal, impondo-se, *a priori*, a prova de que houve um real e efectivo prejuízo. Imagine-se a hipótese de um contrato de compra e venda de um imóvel parte do immobilizado da sociedade, celebrado com um terceiro um ano antes da declaração de insolvência. Em princípio, haveria prejuízo para a massa, sendo o acto resolúvel. Contudo, se o imóvel foi alienado por um valor superior ao de mercado, tendo o produto da venda sido usado para liquidar a dívida perante o maior credor, que possuía um crédito garantido de igual valor, talvez não exista já um verdadeiro prejuízo – desde logo porque o imóvel foi vendido a um preço superior, tendo ainda saldado a dívida perante o credor garantido, o qual, a reclamar o seu crédito em concurso com os restantes credores, iria ser pago com preferência sobre os demais e receberia exactamente a mesma parcela que foi adiantada com a venda do imóvel<sup>111</sup>.

Atento o exposto, não podemos deixar de considerar algo excessiva a presunção inilidível de prejudicialidade constante do 120.º, n.º 3 e 121.º CIRE, pois embora a presunção esteja limitada pelo facto de terem que se verificar as circunstâncias descritas, não podemos deixar de questionar os seus efeitos práticos, porquanto permitem a resolução

---

<sup>111</sup> Vd. Ac. do TRP de 29.09.2009, Proc. 252/06.2TBMDB-K.P1, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), o qual entendeu que “*A venda de um imóvel é à partida um acto prejudicial à massa insolvente atenta a natureza volátil da contrapartida. Contudo tal pode não se verificar, especificamente se essa contrapartida é apreendida nos autos, ou se essa contrapartida foi empregue noutros bens que sejam apreendidos nos autos, ou se a mesma proporcionou um aumento do activo*”.

de todos actos nele descritos, sem sequer aferir se estes foram verdadeiramente prejudiciais para a massa e para os credores.

Embora a letra da lei pareça categórica quanto à inadmissibilidade de prova em contrário, interrogamo-nos sobre os efeitos de um regime tão intransigente, sobretudo numa altura de crise económico-financeira, em que a mínima tentativa de salvar a empresa e acautelar os interesses dos credores pode ser abrangida pelo escopo tão amplo da resolução em benefício da massa.

#### **4. Os Acordos Extrajudiciais como uma Terceira Via?**

Apesar de os vários institutos analisados ao longo desta dissertação poderem ser adequados a tutelar os credores fracos, pensamos ser inevitável suscitar a seguinte questão: será que um regime mais flexível não estaria apto a garantir a negociação de acordos que, observando determinados requisitos legalmente fixados, pudessem beneficiar a empresa e todos os demais credores?

Com efeito, e como referido inicialmente, a tendência observada em outros países tem sido a de criar meios alternativos que permitam refinanciar e recuperar a empresa, sendo que o nosso ordenamento também não parece ter ficado totalmente alheio a esta tendência, não só por ter regulado um procedimento extrajudicial de conciliação, como ainda por ter previsto, no âmbito CIRE, a possibilidade de recuperar e viabilizar uma empresa<sup>112</sup>.

Contudo, a actual crise económica, leva-nos a suscitar o debate em torno da eficácia daqueles meios de recuperação<sup>113</sup>. Não podemos esquecer que, com o início de um processo de insolvência, é dada a indicação ao mercado de que uma empresa não é segura, o que pode acarretar graves prejuízos, sobretudo se a empresa ainda for economicamente viável e passível de recuperação. Acresce que no processo de insolvência compete aos

---

<sup>112</sup> Contudo, uma notícia veiculada, em 2009, referia que, de acordo com dados do MJ referentes aos anos de 2007 e 2008, apenas 0,12% dos processos de insolvência tiveram decisões judiciais favoráveis à recuperação da empresa – *Vd. BRUNO AMORIM, Processos de Insolvência Raramente Salvam Firms* in *Jornal de Notícias*, 06.12.2009.

<sup>113</sup> Várias críticas têm sido dirigidas ao processo de recuperação de empresas previsto no CIRE, salientando-se, sobretudo, o facto de o administrador da insolvência poder não possuir os conhecimentos necessários sobre o mercado em que a empresa actua. *Vd. LUÍS M. MARTINS, Processos de Insolvência Salvam Firms?*, disponível em [www.insolvencia.pt](http://www.insolvencia.pt).

credores determinar a liquidação ou recuperação da empresa, o que, atenta a posição que determinados credores assumem, pode levar a que estes decidam pela imediata liquidação, mesmo tratando-se de empresas viáveis e recuperáveis.

Neste seguimento, ponderamos se não seria preferível uma terceira via, com uma função mais preventiva e que, à semelhança dos *acuerdos de refinanciación* espanhóis, assegurasse a participação de todos os credores e permitisse refinarciá-lo ou recuperar a empresa que se mantém economicamente viável, como forma de, assim, evitar a respectiva declaração de insolvência.

## CONCLUSÃO

1. A actual conjuntura de crise potencia a procura de mecanismos alternativos que permitam às empresas, à margem de um processo de insolvência, satisfazer os credores (mais fortes) e evitar a declaração de insolvência, ganhando aqui expressão os acordos extrajudiciais ou informais celebrados entre os credores e o devedor.
2. Estes acordos são, sobretudo, celebrados com credores fortes, que detêm um maior poder negocial, destacando-se aqui as instituições de crédito, cuja posição privilegiada face aos restantes credores decorre quer do montante do seu crédito, quer dos termos em que este é concedido (pois envolvem a prestação de garantias e a imposição de *covenants*).
3. A experiência de outros ordenamentos demonstrou-nos que estes acordos extrajudiciais assumem, por regra, feições de refinanciamento da empresa (mediante uma nova concessão de crédito ou renegociação de um crédito anterior) e de reestruturação (mediante troca de dívida por participação), sendo meios mais flexíveis e expeditos de recuperação das empresas.
4. Não obstante, estes acordos, celebrados à margem de qualquer processo regulamentado, não asseguram a *par conditio creditorum* e podem acarretar prejuízos para os credores que não detêm uma posição tão garantida como a das instituições de crédito. Atenta a necessidade de tutelar estes credores, a solução encontrada em vários ordenamentos passa pela regulamentação de instrumentos de recuperação de empresas mais desjudicializados.
5. No ordenamento português, e perante a inexistência de normas específicas nesta matéria, consideramos que a tutela dos credores deveria ser acautelada através dos institutos previstos na lei, geral e especial. Dentro dos quadros da lei geral, admitimos o recurso à responsabilidade civil por violação de normas de protecção e, ainda, o recurso ao abuso de direito (art. 334.º CC), o qual, atenta a sua natureza de “*válvula de segurança*” do sistema, deverá operar como *ultima ratio* e apenas em caso de condutas particularmente graves.
6. Em ambos os casos, consideramos, contudo, que apenas condutas particularmente graves podem conduzir a responsabilidade, uma vez que não podemos ignorar a

particular relevância económica e social da actividade das instituições de crédito. Todavia, não visamos com este limite relegar a responsabilidade das instituições de crédito para situações absolutamente excepcionais, uma vez que aquelas não podem ser equiparadas aos restantes credores. Ou seja, face aos conhecimentos técnicos e informações que possuem – que não estão acessíveis à grande maioria dos credores –, estão especialmente aptas a avaliar qual a situação da empresa que pede o financiamento, o que, por outro lado, faz recair sobre estas instituições um dever acrescido de fundamentação das suas opções quanto ao crédito, devendo ser responsabilizadas quando inobservaram os seus deveres nesta matéria e, assim, causaram prejuízos a terceiros.

7. A par dos meios de tutela previstos na lei geral, os quais sempre se dirá que apresentam maiores entraves, nomeadamente em sede de prova, consideramos que a lei da insolvência está apta a tutelar os credores fracos através do instituto da resolução em benefício da massa, cuja *ratio* é garantir a satisfação igualitária dos credores.
8. Sem prejuízo da eficácia que reconhecemos a este meio, parece-nos que se deve rejeitar uma interpretação demasiado lata do preceituado nos arts. 120.º e 121.º CIRE, acautelando que para que os credores recorram ao instituto da resolução em benefício da massa tem de existir um verdadeiro e efectivo prejuízo, o qual deve ser aferido *a priori*.
9. Assim sendo, e não descurando a necessidade de, face aos contornos que estes acordos podem assumir, acautelar os credores mais fracos, não podemos deixar de indagar sobre os eventuais efeitos benéficos da consagração de mecanismos de refinanciamento e de recuperação das empresas mais informais, que permitam que credores e devedor, dentro de quadros legais mínimos, conjuguem esforços para assegurar a manutenção e recuperação da empresa que, apesar de atravessar dificuldades, ainda se mantém economicamente viável. Esta solução poderia ser um mecanismo alternativo para, no actual cenário de crise, tentar obstar ao desaparecimento do nosso tecido empresarial.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE

- *Do Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 1999.
- *Curso de Direito Comercial. Vol. I. Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, 6ª Ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007.

ALMEIDA, MARGARIDA MARIA MATOS CORREIA AZEVEDO DE

- *A Responsabilidade Civil do Banqueiro perante os Credores da Empresa Financiada*, in *Stvdia Iuridica – Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

AMORIM, BRUNO

- *Processos de Insolvência Raramente Salvam Firms* in *Jornal de Notícias*, 06.12.2009.

ANELLI, FRANCO

- *La Responsabilità Risarcitoria delle Banche per Illeciti Commessi nell'erogazione del Credito*, in *Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, 1998, 137-160.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA

- *Os “Hedge Funds” e o Governo das Sociedades*, in *Instituto dos Valores Mobiliários - Separata do Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IX, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- *Os Instrumentos Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2009.

ARMOUR, JOHN / HSU, AUDREY / WALTERS, ADRIAN

– *Corporate Insolvency in the United Kingdom: The Impact of the Enterprise Act of 2002*, in *European Company and Financial Law Review*, 2008, 148-171.

ATHAYDE, AUGUSTO DE / ATHAYDE, DUARTE DE

– *Curso de Direito Bancário*. Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

AYER, JOHN D. / BERNSTEIN, MICHAEL L. / FRIEDLAND, JONATHAN

– *Chapter 11 – “101”, Out-of-court Workouts, Prepacks and Pre-arranged Cases: A Primer*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 16, Abril 2005.

AZOFRA VEGAS, FERNANDO / ANTONIO PÉREZ, JUAN

– *La esperada reforma de la Ley Concursal: un nuevo marco jurídico para las operaciones de refinanciación* in *La Ley*, n.º 7161, 2009, 21-24.

BAIRD, DOUGLAS G. / RASMUSSEN, ROBERT K.

– *The End of Bankruptcy* in *Stanford Law Review*, Dezembro 2002, 751-789.

BELTRÁN, EMILIO

– *La reforma – inarmónica – de la Ley Concursal*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 775, 2009, 1-14.

BONFATTI, SIDO

– *Los «Paraguas Protectores» de los Acuerdos Extrajudiciales para Prevenir y Superar la Crisis de la Empresa en las Reformas de las Leyes Concursales Española e Italiana* in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 12, 2010, 397-403.

CÂMARA, PAULO

– *Manual do Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2009.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE

– *A responsabilidade do Banqueiro pela Concessão ou Não Concessão de Crédito*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Abr. 1988, 49-55.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

– *Concessão de Crédito e Responsabilidade Bancária*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 357, Jun. 1986.

– *Da Boa Fé no Direito Civil*. Almedina, Coimbra, 1984.

– *Direito das Obrigações. Vol. I.*, AAFDL, Lisboa, 1999.

– *Manual de Direito Bancário*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA

– *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006.

COSTA, RICARDO

– *Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, in J. M. COUTINHO DE ABREU/RICARDO COSTA/M. ÂNGELA COELHO BENTO SOARES/A. SOVERAL MARTINS/ALEXANDRE MOTA PINTO/GABRIELA F. DIAS, *Temas Societários*, Almedina, Coimbra, 2006, 23-43.

DIAS, JOANA PEREIRA

– *Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a pari passu, a negative pledge e a cross default*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Vol. IV*, Almedina, Coimbra, 2003.

DOMINGO MONFORTE, JOSÉ

– *Actividad y Solución Preconcursoal: Exoneración de la Responsabilidad Concursoal Ex Lege*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 775, 2009, 1-14.

DUBERSTEIN, CONRAD B.

– *Out-of-Court Workouts*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, n.º 347, 1993, 349-351.

EIDENMÜLLER, HORST

– *Trading in times of crisis: formal insolvency proceedings, workouts and the incentives for shareholders/managers*, in *European Business Organization Law Review* 7, 2006, p. 239-258.

EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO

– *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009.

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*, in *Revista da Banca*, n.º 30, Abr. - Jun. 2004, 43-70.

FERNANDES, CARVALHO

– *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, 3.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO / LABAREDA, JOÃO

– *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado. Vol. I*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2005.

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA

– *A Responsabilidade dos Administradores da Insolvência*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, 653-702.

- *Contrato e Deveres de Protecção*, in Separata do Volume XXXVIII do Suplemento ao BFDUC, Coimbra, 1994.
- *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil?*, Almedina, Coimbra, 1997.

GARCÍA CRUCES, JOSÉ ANTÓNIO

- *La Reintegración de la Masa Activa en la Ley Concursal*, in Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 590-591, 2003, [s.p.].

HARNER, MICHELLE M.

- *The Corporate Governance and Public Policy Implications of Activist Distressed Debt Investing* in Fordham Law Review, Vol. 77, n.º 2, Nov. 2008, 703-777.

HASS, JEFFREY JOHN

- *Insights into Lender Liability: an Argument for treating Controlling Creditors as Controlling Shareholders*, in University of Pennsylvania Law Review, 135, 1321-1363.

HÖRSTER, HEINRICH EWALD –

- A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito*, 2.<sup>a</sup> reimpressão, Almedina, Coimbra, 1992.

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES

- *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Teses, Almedina, Coimbra, 2009.

LEITÃO, LUÍS MENEZES

- *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*. 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- *Direito da Insolvência*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2011.

- *Garantias das Obrigações*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- *Informação Bancária e Responsabilidade*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Inocêncio Galvão Telles, Vol. II, Almedina, Coimbra, Dez. 2002.

LOPUCKI, LYNN M.

- *The Nature of the Bankrupt Firm: A Response to Baird and Rasmussen's The End of Bankruptcy*, in Stanford Law Review, Dez. 2003, 645-671.

MARTINS, LUÍS M.

- *Processos de Insolvência Salvam Firms?*, disponível em [www.insolvencia.pt](http://www.insolvencia.pt).

MATIAS, ANTÓNIO SARAIVA

- *Normas e Códigos de Conduta. Direito Bancário, Actas do Congresso Comemorativo do 150.º aniversário do Banco de Portugal*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

MILLER, HARVEY R. / WAISMAN, SHAI Y.

- *The Future of Chapter 11: A Symposium Cosponsored by the American College of Bankruptcy: Is Chapter 11 Bankrupt?*, in Boston College Law Review, Dez. 2005, 129-181.

MONTEIRO, SINDE

- *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989.

MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO

- *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Almedina, Coimbra, 2008.

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE

– *Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Vol. I, Ano 2009, Almedina, Coimbra.

PALMA, MARIA FERNANDA

– *Aspectos Penais da Insolvência e da Falência: Reformulação dos Tipos Incriminadores e Reforma Penal*, in *RFDUL*, Vol. 36, Ano 1995, p. 401-415.

PINTO, CARLOS MOTA

– *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA

– *A Responsabilidade de Gerentes e Administradores pela Actuação na Proximidade da Insolvência de Sociedade Comercial*, in *O Direito*, Vol. I, Ano 142, 2009, 81-128.

– *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Coleção de Teses, Almedina, Coimbra, 2009.

SERRA, ADRIANO VAZ

– *Responsabilidade Patrimonial*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 75, 1958.

– *Abuso de Direito em Matéria de Responsabilidade Civil* in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, 1959.

SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA

– *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Almedina, Coimbra, 2006.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES

– *Das Obrigações em Geral. Vol. I e II*, 10.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2005.

VASCONCELOS, MARIA JOÃO PESTANA DE

– *Algumas Questões sobre a Ressarcibilidade Delitual de Danos Patrimoniais Puros no Ordenamento Jurídico Português* in *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, 147-206.