



Responsabilidade pela concessão de crédito

Nuno Manuel Pinto Oliveira*

“La concessione del credito da parte degli istituti bancari [...] non costituisce un mero affare privato tra le parti del contratto avente ad oggetto il finanziamento”^{1 2}.

1. O tema da responsabilidade pela concessão ou pela não concessão de crédito de crédito como tema clássico da responsabilidade bancária

Menezes Cordeiro define de forma ampla a responsabilidade bancária como “toda a responsabilidade profissional do banqueiro”

O presente trabalho resulta do texto de apoio a uma aula sobre *Concessão de crédito e responsabilidade civil — responsabilidade pela concessão, pelo corte e pela recusa de crédito*, leccionada no dia 2 de Março de 2022 no quadro do 7.º Curso de pós-graduação avançada em Direito bancário, organizado pelo Centro de investigação em direito privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

* Juiz-Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Professor catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho (com contrato na situação prevista no art. 73.º do ECDU)

¹ Luigi Balestra, “Crisi dell’impresa e abusiva concessione del credito”, in: *Giurisprudenza commerciale*, vol. 40 (2013), págs. 109-127.

² A afirmação de Luigi Balestra é repetida, praticamente palavra por palavra, pelo acórdão da *Corte di cassazione* italiana de 10 de Junho de 2021 (com o n.º 18610): “l’attività di concessione del credito da parte degli istituti bancari non costituisce mero affare privato tra le parti del contratto di finanziamento”.



³. Entre os temas clássicos da responsabilidade bancária está a concessão ou não concessão do crédito ⁴.

Se a responsabilidade do banqueiro pelo não cumprimento de deveres específicos está no *centro* ⁵, a responsabilidade pelo não cumprimento de deveres específicos do banqueiro na concessão ou na não concessão, no corte de crédito estará porventura no *centro*

³ António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, 5.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2014, pág. 414.

⁴ Entre a responsabilidade pelo corte de crédito e a responsabilidade pela concessão de crédito há uma aparente contradição. O regime da responsabilidade pela concessão de crédito exigiria do banco uma particular prudência quando decidisse no sentido da *conclusão de um contrato de crédito* e o regime da responsabilidade pelo corte de crédito exigiria do banco uma particular prudência quando decidisse no sentido da *recusa da conclusão de um contrato de crédito* e, depois da conclusão do contrato, na *ruptura da relação de crédito*. Di Marzio chama contudo a atenção para a complexidade e para a unidade do fenómeno da concessão de crédito, de que as duas situações são “manifestações patológicas igualmente danosas para o destino da empresa financiada e para os interesses de terceiros” — a decisão irracional no sentido do corte de crédito, em sentido amplo ou em sentido estrito, pode determinar o fim de uma empresa que não apresentava dificuldades relevantes e a decisão irracional no sentido da concessão de crédito pode determinar a continuação de uma empresa que apresentava dificuldades económicas e financeiras graves e irreversíveis. Enquanto expressões patológicas, ou manifestações patológicas, de um fenómeno unitário (o financiamento da empresa), a responsabilidade pela concessão e a responsabilidade pelo corte de crédito, pela recusa ou pela ruptura do crédito, estariam “unidas entre si por ligações subterrâneas, mas muito estreitas” [Fabrizio Di Marzio, “Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all’impresa insolvente”, in: *Rivista di diritto privato*, vol. 10 (2004), págs. 142-182 (142-143)].

⁵ António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, cit., pág. 415.



do centro, ou no núcleo do núcleo, da responsabilidade bancária ⁶
7.

⁶ Como prova, p. ex., o facto de, no seu *Direito bancário*, Calvão da Silva considerar três casos típicos da responsabilidade bancária — a responsabilidade por informações e conselhos, a responsabilidade por concessão de crédito e a responsabilidade por transferências (*Direito bancário*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 440).

⁷ Em Portugal, o tema foi tratado por António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, cit., págs. 414-429; Alberto Luís, “O crédito abusivo e a mentira bancária”, in: *Direito bancário. Temas críticos e legislação conexas*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985, págs. 69-78; Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 46 (1986), págs. 49-55; António Menezes Cordeiro, *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1987; Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, págs. 555-556 (nota n.º 347); Almeno de Sá, “Responsabilidade bancária: dever pré-contratual de informação e corte de crédito”, in: *Revista de direito e economia*, anos 16-19 (1990-1993), págs. 607-680; Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do credor na fase de incumprimento”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 52 (1992), págs. 853-868; 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: *Revista da Banca*, 1995, págs. 43-70; Almeno de Sá, *Responsabilidade bancária*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998 (republicação, em forma de livro, do artigo publicado na *Revista de direito e economia*); Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003; António Menezes Cordeiro, “Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexos de causalidade”, in: António Menezes Cordeiro / Manuel Januário da Costa Gomes / Miguel Brito Bastos / Ana Alves Leal (coord.), *Estudos de direito bancário I*, Livraria Almedina, Coimbra, 2018, págs. 9-46; Adelaide Menezes Leitao, “Concessão de crédito,



O fenómeno da causação de danos através de uma concessão abusiva ou de uma não concessão abusiva, ilícita, de crédito está *normalmente* relacionado com a insolvência⁸. Em dois sentidos. Em conjunturas de crise, em que as empresas se encontram em dificuldades financeiras, em que as empresas se encontram praticamente impossibilitadas de fazer face às dívidas contraídas, sente-se mais os efeitos da concessão ou da não concessão de crédito. Como se sente mais os efeitos de uma concessão ou de uma não concessão de crédito, suscita-se a questão dos deveres dos bancos e da responsabilidade dos bancos pela inobservância dos seus deveres.

O facto de o banco conceder crédito pode causar danos ao cliente ou a terceiros, designadamente aos credores do cliente. Em primeiro lugar, pode causar danos ao cliente — a concessão de crédito a uma sociedade pode ser condição *sine qua non* de os administradores não requererem a declaração de insolvência em tempo e o facto de os administradores não requererem a declaração de insolvência em tempo pode ser condição *sine qua non* da diminuição do património da sociedade (= pode ser condição

normas de protecção e responsabilidade bancária”, in: António Menezes Cordeiro / Manuel Januário da Costa Gomes / Miguel Brito Bastos / Ana Alves Leal (coord.), *Estudos de direito bancário I*, cit., págs. 229-248.

⁸ Como reconhecem, p. ex., Alberto Luís, “O crédito abusivo e a mentira bancária”, cit., pág. 69, António Menezes Cordeiro, *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, cit., pág. 2; ou António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, cit., pág. 415: “Nas diversas ocorrências de insolvência, ou similares, que traduzam danos para o credor ou para os seus credores, intervêm, na prática, sempre bancos, seja como principais credores, seja como entidades cuja intervenção, a dar-se, poderia evitar ou retardar a insolvência”.



sine qua non do agravamento da situação de insolvência). Em segundo lugar, pode causar danos a terceiros não relacionados com o banco (*'unverbundene' Dritter*)⁹ e, em especial, aos credores do cliente — os créditos concedidos a empresas em situação económica difícil, “fortemente comprometida”, podem criar uma aparência de “dignidade de crédito” ou de solvabilidade, “susceptível de vir a afectar a posição dos credores”¹⁰.

Alberto Luís dizia que “um crédito concedido a uma empresa cuja situação esteja muito comprometida, que se financie principalmente por meio de créditos bancários, que recorra desproporcionadamente ao desconto sem que os negócios se desenvolvam na mesma medida, um tal crédito, se tem como efeito criar uma aparência de solvabilidade, na realidade faz crescer o número dos seus credores e a importância do seu passivo”¹¹ e Diogo Leite de Campos escrevia: “Quando o crédito é concedido a uma empresa numa situação financeira muito difícil, ou aparentemente sem saída, permitindo-lhe manter artificialmente a sua actividade sem benefícios reais, o crédito é nocivo”, e é nocivo porque “envolve o agravamento do passivo da empresa sem aumentar o seu activo”¹².

Envolve necessariamente o aumento do seu passivo e não envolve, ou em todo o caso não envolve necessariamente, nenhum

⁹ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, 3.ª ed., de Gruyter, Berlin / New York, 1988, págs. 89-99.

¹⁰ Almeno de Sá, *Responsabilidade bancária*, cit., págs. 114-115.

¹¹ Alberto Luís, “O crédito abusivo e a mentira bancária”, cit., pág. 70.

¹² Cf. Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito”, cit., pág. 50, e Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do credor na fase de incumprimento”, cit., pág. 861.



aumento do seu activo: “O saldo patrimonial da empresa torna-se negativo ou o seu *deficit* é agravado”^{13 14}.

Marta Infantino e Eleni Zervogianni descrevem-nos um caso exemplar:

Em Janeiro, a sociedade comercial *A*, cliente do banco *B*, estava insolvente e não podia pagar aos seus credores — pediu um empréstimo ao banco *B*. O banco *B* devia ter avaliado a situação económica e financeira da sociedade e, por negligência, não o fez — concedeu o empréstimo, que a sociedade *A* lhe tinha pedido. Entre Janeiro e Dezembro, a sociedade continuou em actividade e, em Dezembro, foi declarada insolvente.

Ficando provado que a concessão de crédito foi condição *sine qua non* da diminuição do património da sociedade — ficando provado que, se o banco não tivesse concedido nenhum empréstimo, a sociedade teria sido declarada insolvente em Janeiro e que, se a sociedade tivesse sido declarada insolvente em Janeiro, o seu património teria sido conservado —, pergunta-se: podem os credores, antigos e novos credores, pedir uma indemnização ao

¹³ Cf. Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito”, cit., pág. 50, e Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do credor na fase de incumprimento”, cit., pág. 861.

¹⁴ Em termos em tudo semelhantes, o acórdão do plenário das secções cíveis da *Corte di Cassazione* italiana de 26 de Março de 2006, com o n.º 7030, diz que, na concessão abusiva de crédito, “[o] valor económico do financiamento é neutralizado pelo seu custo global, de tal forma que assume, para o sujeito financiado, um valor negativo”.



banco, e pedir-lhe uma indemnização por ter concedido crédito ¹⁵?

Em rigor, deve distinguir-se duas categorias de credores— os *antigos* e os *novos*.

Os *antigos credores*, titulares de direitos constituídos antes da concessão de crédito pelo banco, podem ser prejudicados pelo facto de “diminuir a garantia constituída pelo património líquido da empresa” ¹⁶ e os *novos credores*, titulares de direitos constituídos depois da concessão de crédito pelo banco, podem ser e são prejudicados pelo puro e simples facto de terem contratado. “Os credores posteriores à outorga do crédito poderão contratar com o devedor por causa da falsa aparência de solvabilidade criada pela concessão de crédito — ou, muito simplesmente, ser colocados na possibilidade material de o fazer por causa da sobrevivência

¹⁵ “Case 11 — Too Many Creditors”, in: Marta Infantino / Eleni Zervogianni (coord.), *Causation in European Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pág. 423.

¹⁶ Cf. Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito”, cit., pág. 50. — O texto carece em todo o caso de dois esclarecimentos. Em primeiro lugar, em termos juridicamente rigorosos, a garantia não é constituída pelo património em sentido líquido, e sim pelo património em sentido bruto. A afirmação de que há uma diminuição da garantia constituída pelo património líquido pretende seguramente referir-se à garantia considerada na sua consistência prática, e não à garantia considerada na sua consistência jurídica. Em segundo lugar, em termos juridicamente rigorosos, a garantia não é constituída pelo património da empresa e sim pelo património do devedor. A afirmação de que há uma diminuição da garantia constituída pelo património líquido da empresa pretende seguramente referir-se ao património do devedor titular de uma empresa.



concedida à empresa pelo crédito”¹⁷.

Enquanto os antigos credores são prejudicados por um facto e por um dano posteriores à conclusão do seu contrato — e, por isso, posteriores à constituição do seu crédito —, os novos credores são prejudicados por um facto ou por um dano contemporâneos da conclusão do contrato — contemporâneos da constituição do seu crédito.

O facto constitutivo da responsabilidade pelos danos causados aos antigos credores poderá relacionar-se com uma alteração do património do devedor ou com uma alteração dos critérios de distribuição do património do devedor, designadamente através da constituição de garantias reais. Em regra, os bancos concedem crédito às empresas contra garantias, e só contra garantias¹⁸. O problema da responsabilidade pela concessão de crédito poderá então analisar-se em dois: o primeiro consistirá em averiguar se a concessão de crédito é, em si, abusiva — é, em si, ilícita — e o segundo, em averiguar se as condições de uma concessão de crédito em si lícita poderão ser abusivas — poderão ser ilícitas —, por exigirem, p. ex., a prestação de garantias reais desproporcionadas

¹⁷ Cf. Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito”, cit., pág. 50.

¹⁸ Sinde Monteiro, p. ex., só põe o problema da responsabilidade para a concessão de crédito com garantia, para perguntar se haverá um dever de indemnizar “quando a concessão de crédito (mediante garantia) prolonga artificialmente a vida [da empresa], iludindo os credores que, confiando na estabilidade financeira, prosseguem ou entabulam negociações, vindo a sofrer prejuízos” [cf. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 555 (nota n.º 347)].



ou excessivas ¹⁹. O facto constitutivo da responsabilidade pelos danos causados aos novos credores, esse, poderá relacionar-se com a constituição de créditos que não poderão ser satisfeitos ou, pelo menos, integralmente satisfeitos.

Face a um crédito que adiou uma situação de insolvência *inevitável* ou que causou uma situação de insolvência *evitável*, p. ex., por ter sido concedido em condições tais que se tornou um *crédito ruinoso*, o banco tenderá a alegar que não tinha um dever de avaliar a situação económica do cliente, ou um dever de não conceder crédito a um cliente em situação económica difícil. O cliente, ou os credores do cliente, alegarão que sim — que se o banco não tivesse concedido crédito, a insolvência teria sido declarada *em tempo*, e que, se a insolvência tivesse sido declarada *em tempo*, todos estariam melhor: o cliente estaria melhor — o seu património não teria diminuído —, os antigos credores estariam melhor — os seus direitos não teriam chegado a ser afectados pela diminuição da garantia, entre a data em que a insolvência devia ter sido e a data em que a insolvência foi declarada — e os novos credores do crédito, estariam melhor — estariam muito melhor: os seus direitos não teriam chegado a ser constituídos. Entre as razões dos bancos e as razões dos clientes, ou dos seus credores, quem terá

¹⁹ Sinde Monteiro dá-nos conta de que a jurisprudência alemã utilizar o padrão ou *standard* dos bons costumes para apreciar a validade ou invalidade dos negócios e, em particular, dos negócios de garantia: “A jurisprudência alemã tem utilizado o padrão dos bons costumes [...] centrando a sua análise [...] [na] verificação sobre se os negócios de garantia que o banco celebrou com o — posteriormente — devedor comum são nulos por violação dos bons costumes — § 138 do BGB” [cf. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 556 (nota n.º 347)].



razão?

2. A responsabilidade pela concessão de crédito no direito francês

I. — O direito francês tratava a responsabilidade bancária pela concessão de crédito no quadro dos antigos arts. 1382.º e 1383.º e dos novos arts. 1240.º e 1241.º do Código Civil ²⁰. O antigo art. 1382.º e o novo art. 1240.º dizem que todo aquele que causa faltosamente, i. e., ilícita e culposamente, um dano a outra pessoa fica obrigado à sua reparação ²¹; o antigo art. 1382.º e o novo art. 1241.º dizem que todo aquele que causa um dano responde pelo seu dolo e pela sua negligência ²². O critério decisivo da responsabilidade seria um só, a *faute*, síntese dos conceitos de ilicitude e de culpa ²³, e o critério da *faute* fazia com que a

²⁰ Cf. designadamente Jack Vézian, *La responsabilité des banquiers en droit privé français*, 2.ª ed., Editions techniques, Paris, 1977; Christian Gavalda, “La responsabilité du banquier en cas de faillite de l'entreprise financée”, in: *Les Cahiers de droit*, vol. 22 (1981), págs. 547-560; Monique Raynaud-Contamine, “La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'égard des tiers”, in: *Revue juridique de l'USEK*, n.º 3—1994, págs. 107-130.

²¹ O texto do antigo art. 1382.º e do novo art. 1240.º do Código Civil francês é o seguinte: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”.

²² O texto do antigo art. 1383.º e do novo art. 1241.º do Código Civil francês é o seguinte: “*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”.

²³ Menezes Cordeiro escreve: “... misto de culpa e de ilicitude...” — cf. *Direito bancário*, cit., pág. 420.



responsabilidade fosse relativamente fácil ²⁴.

Ora, como o critério da *faute* fizesse com que a responsabilidade fosse relativamente fácil, os bancos franceses eram confrontados uma situação complicada.

Monique Raynaud-Contamine descrevia-a dizendo que “não h[avia] escapatória” ²⁵.

Os bancos franceses podiam responder por todo e qualquer acto ²⁶ — podiam responder por concederem crédito ou por não o concederem ²⁷. Em relação a todas as empresas, o crédito era difícil e, em relação a algumas empresas, às empresas em dificuldades, o crédito era impossível — os bancos não lhes concediam o crédito necessário para a recuperação. O problema agravava-se pelo facto de a França estar integrada nas Comunidades e na União Europeia — a divergência entre, p. ex., o direito alemão e o direito francês representava uma desvantagem, e uma desvantagem significativa

²⁴ Cf. Christophe Quézel-Ambrunaz, “Case 11 — France”, in: Marta Infantino / Eleni Zervogianni (coord.), *Causation in European Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, págs. 423-425: “Before 2006, other creditors (as well as the person who gives the guarantee) did not find it difficult to sue banks for excessive loans”.

²⁵ Monique Raynaud-Contamine, “La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l’égard des tiers”, cit., pág. 109.

²⁶ Monique Raynaud-Contamine, “La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l’égard des tiers”, cit., pág. 109.

²⁷ Monique Raynaud-Contamine, “La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l’égard des tiers”, cit., págs. 109 e 129.



II. — Em 2005, o direito francês foi modificado — a Lei n.º 2005-845, de 26 de Julho de 2005, aditou um novo artigo, o art. L. 650-1, ao *Code de commerce*.

O primeiro parágrafo do art. L. 650-1 consagrava um *princípio geral da irresponsabilidade dos credores* e três excepções ao *princípio geral da irresponsabilidade*.

Em primeiro lugar, consagrava um *princípio geral de irresponsabilidade*: “os credores não podem ser responsabilizados pelos danos decorrentes dos créditos concedidos” (*concours consentis*)²⁹ ³⁰. Em segundo lugar, consagrava três excepções ao *princípio geral da irresponsabilidade*:

“...salvo nos casos de fraude, de ingerência caracterizada na gestão do devedor ou de desproporção das garantias,

²⁸ Cf. Christian Gavalda, recensão a Jack Vézian, *La responsabilité des banquiers en droit privé français*, in: *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30 (1978) — n.º 3, pág. 928.

²⁹ O texto original do art. L. 650-1 do *Code de commerce*, na redacção da *Loi n.º 2005-845*, de 26 de Julho de 2005, era o seguinte: “*Les créanciers ne peuvent être tenus responsables des préjudices subis du fait des concours consentis...*”.

³⁰ A *Ordonnance* n.º 2008-1345, de 18 de Dezembro de 2008, alterou o primeiro parágrafo do art. L. 650-1 do *Code de commerce*, para esclarecer que o princípio da irresponsabilidade dos credores deve restringir-se aos casos em que seja aberto um processo de insolvência, de liquidação ou de recuperação. O texto original do art. L. 650-1 do *Code de commerce*, na redacção da *Ordonnance n.º 2008-1345*, é o seguinte: “*Lorsqu’une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus responsables des préjudices subis du fait des concours consentis...*”.



prestadas em contrapartida da concessão de créditos, em relação ao crédito concedido”^{31 32}.

O segundo parágrafo do art. L. 650-1 do *Code de commerce* esclarecia que, entre as consequências da responsabilidade do credor estaria a *invalidade das garantias*.

O antigo texto do art. L. 650-1 determinava a *nulidade* das garantias: “Caso o credor seja responsável, as garantias prestadas como contrapartida do seu crédito são nulas”³³. O novo texto, decorrente da *Ordonnance* n.º 2008-1345, de 18 de Dezembro de 2008, abandonou a *nulidade*, em favor da *anulabilidade* e pela *redutibilidade*:

“Caso o credor seja responsável, as garantias prestadas como contrapartida do seu crédito podem ser anuladas ou

³¹ “... sauf les cas de fraude, d’immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci”.

³² Sobre o art. L-650-1 do *Code de commerce*, vide, p. ex., Anne-Laure Capoen, *La responsabilité bancaire à l’égard des entreprises en difficulté*, dissertação de doutoramento, Université de Toulouse, Toulouse, 2008, in: WWW: < <http://publications.ut-capitole.fr/679/1/ThALCapoen.pdf> >, esp. nas págs. 31-75 e 76-124; Marie Nicolle, *Essai sur le droit au crédit* (dissertação de doutoramento), Université Paris Descartes, Paris, 2014, in: WWW: < http://thesesenligne.parisdescartes.fr/Rechercher-une-these/thesedetail?id_these=1481 >; ou Jennifer Chossis, *Le refus du banquier* (dissertação de doutoramento), Université de Montpellier, Montpellier, 2015, in: WWW: < <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01525853/document> >.

³³ “Pour les cas où la responsabilité du créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles”.



reduzidas pelo juiz”³⁴.

O conceito de créditos concedidos (*concours consentis*) é consensualmente interpretado de forma a abranger todos os sujeitos que concedam crédito, ainda que não sejam instituições de crédito³⁵, e todas as situações em que o crédito seja concedido, ainda que de uma forma indirecta, como, p. ex., através de uma *moratória*^{36 37}.

Em face do primeiro parágrafo do art. L. 650-1 do *Code de commerce*, a responsabilidade dos credores pela concessão de um crédito depende de duas coisas.

³⁴ “*Pour les cas où la responsabilité du créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge*”.

³⁵ Cf. acórdão da *Chambre commerciale* da *Cour de cassation* de 16 de Outubro de 2012 — n.º 11-22.993: “... *les termes génériques de ‘concours consentis’ et de ‘créancier’ de l’article L. 650-1 du code de commerce conduisent à ne pas limiter son application aux seuls établissements de crédit*”.

³⁶ Cf. acórdão da *Chambre commerciale* da *Cour de cassation* de 16 de Outubro de 2012 — n.º 11-22.993 —, em que se diz que “*des délais de paiement accordés par un cocontractant au débiteur constituaient des concours au sens de ce texte, de sorte qu’il était applicable à ce cocontractant*”.

³⁷ Conquanto abranja o crédito concedido de forma indirecta, o conceito de créditos concedidos deixa de fora as garantias prestadas sem que ao devedor garantido seja concedido um crédito [cf. designadamente o acórdão da *Chambre commerciale* da *Cour de cassation* de 24 de Maio de 2018 (n.º 16-26.387) — em que se diz que “... *la garantie financière accordée aux personnes physiques ou morales qui, d’une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations mentionnées à l’article 1er de loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 n’est pas, en l’absence de fourniture d’un crédit, un concours au sens de l’article L. 650-1 du code de commerce*”].



Em primeiro lugar, do preenchimento de todos os *pressupostos gerais* da responsabilidade civil dos antigos arts. 1382.º e 1383.º e dos novos arts. 1240.º e 1241.º do Código Civil e, em segundo lugar, do preenchimento de um dos pressupostos específicos da responsabilidade civil dos credores do novo art. L. 650-1 do Código Comercial — fraude, desproporção das garantias ou ingerência na gestão do devedor ³⁸.

O conceito de fraude abrange comportamentos criminalmente relevantes e comportamentos criminalmente irrelevantes ³⁹. Entre os comportamentos criminalmente relevantes estão aqueles em que o credor financie actividades ilícitas e aqueles em que o credor financie actividades lícitas por meios ilícitos ⁴⁰. Entre os comportamentos criminalmente irrelevantes estão, p. ex., aqueles em que o credor financie o devedor com a intenção de causar danos ⁴¹ — p. ex., quebrando a igualdade dos credores ⁴².

O acórdão da *Chambre commerciale* da *Cour de cassation* de 13 de Dezembro de 2017 pronunciou-se sobre a definição de *fraude*,

³⁸ Reinhard Dammann / Alexis Rapp, “La responsabilité pour soutien abusif de l’article L. 650-1 du Code de commerce: la fin des incertitudes”, in: *Recueil Dalloz*, 7 de Junho de 2012, págs. 1455-1460 (1458).

³⁹ Cf. Anne-Laure Capoen, *La responsabilité bancaire à l’égard des entreprises en difficulté*, cit., págs. 130 ss., ou Reinhard Dammann / Alexis Rapp, “La responsabilité pour soutien abusif de l’article L. 650-1 du Code de commerce: la fin des incertitudes”, cit., pág. 1458.

⁴⁰ Cf. Anne-Laure Capoen, *La responsabilité bancaire à l’égard des entreprises en difficulté*, cit., págs. 130 ss..

⁴¹ Cf. Anne-Laure Capoen, *La responsabilité bancaire à l’égard des entreprises en difficulté*, cit., pág. 133.

⁴² Cf. Reinhard Dammann / Alexis Rapp, “La responsabilité pour soutien abusif de l’article L. 650-1 du Code de commerce: la fin des incertitudes”, cit., pág. 1458.



concluindo que era um

“... acto praticado através da utilização de meios desleais, destinados a induzir um consentimento, a obter uma vantagem material ou moral indevida, ou realizado com a intenção de escapar à aplicação de uma lei imperativa ou proibitiva”⁴³.

Com a fórmula *ingerência caracterizada na gestão do devedor* pretende-se designar as hipóteses em que o banco é administrador de facto da empresa do seu cliente⁴⁴ e as hipóteses em que o banco, ainda que não seja administrador de facto, determina as decisões de gestão dos administradores de direito⁴⁵. O caso paradigmático está em o banco exigir que o cliente adopte um plano de recuperação⁴⁶. Com a fórmula *desproporção das garantias, prestadas em contrapartida da concessão de crédito, em relação ao crédito concedido*, pretende-se designar os casos em que o valor da garantia ou do conjunto das garantias excede manifestamente o

⁴³ “... *une fraude... s'entend, en matière civile ou commerciale, comme un acte réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu, ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive*”.

⁴⁴ Cf. Anne-Laure Capoen, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, cit., págs. 138-140.

⁴⁵ Cf. Anne-Laure Capoen, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, cit., pág. 144.

⁴⁶ Cf. Reinhard Dammann / Alexis Rapp, “La responsabilité pour soutien abusif de l'article L. 650-1 du Code de commerce: la fin des incertitudes”, cit., pág. 1458. — Em todo o caso, Damman e Rapp dão-nos conta de que não será suficiente que o banco condicione a concessão de créditos a determinadas medidas de reestruturação da empresa (pág. 1459).



valor do crédito ⁴⁷.

Em relação ao critério da *desproporção manifesta* o espaço da controvérsia estava entre o critério dos 110% — a garantia seria desproporcionada desde que o seu valor excedesse em 10% o valor do crédito concedido ⁴⁸ — e o critério dos 200% — a garantia só seria excessiva desde que o seu valor o excedesse em 100% ^{49 50}.

O dever de indemnizar está limitado ao dano causado pela concessão de crédito, ou seja — ao dano correspondente ao agravamento da insolvência do devedor ⁵¹.

⁴⁷ Cf. Reinhard Dammann / Alexis Rapp, “La responsabilité pour soutien abusif de l’article L. 650-1 du Code de commerce: la fin des incertitudes”, cit., pág. 1459.

⁴⁸ Cf. Anne-Laure Capoen, *La responsabilité bancaire à l’égard des entreprises en difficulté*, cit., pág. 167.

⁴⁹ Cf. Reinhard Dammann / Alexis Rapp, “La responsabilité pour soutien abusif de l’article L. 650-1 du Code de commerce: la fin des incertitudes”, cit., pág. 1459 — referindo-se aos critérios constantemente aplicados pela doutrina e pela jurisprudência alemãs — ; e Anne-Laure Capoen, *La responsabilité bancaire à l’égard des entreprises en difficulté*, cit., pág. 167 — referindo-se à jurisprudência francesa e, em especial, a um acórdão não publicado da *Cour de cassation*, com a data de 10 de Maio de 1994.

⁵⁰ Para uma comparação entre o direito francês da responsabilidade bancária, antes e depois da Lei n.º 2005-845, de 26 de Julho de 2005, *vide* o artigo, muito informado e informativo, de Mónica Rodríguez González, “La responsabilidad bancaria derivada de las operaciones de crédito en el derecho francés”, in: *Revista de derecho privado* [de la Universidad Externado de Colombia], n.º 20 — 2011, págs. 437-454.

⁵¹ Cf. acórdão da *Chambre commerciale* da *Cour de cassation* de 10 de Janeiro de 2018 (n.º 16-10.824): “... le fournisseur qui a engagé sa responsabilité à l’égard de son client à raison des concours fautifs qu’il lui a accordés n’est tenu que de réparer l’aggravation de l’insuffisance d’actif qu’il a contribué à créer”.



3. A responsabilidade pela concessão de crédito no direito alemão

O direito alemão tratava e trata a responsabilidade bancária no quadro do § 826 do Código Civil ⁵² — todo aquele que causa dolosamente um dano a outra pessoa de uma forma que contraria

⁵² Cf. designadamente Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II — *Besonderer Teil*, tomo II — *Schuldverhältnisse des Rechtsverkehrs (Fortsetzung). Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung. Schuldverhältnisse aus unerlaubte Handlungen*, 13.ª ed., C. H. Beck, München, 1994, págs.457-459; Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, 3.ª ed., de Gruyter, Berlin / New York, 1988; Hans-Joachim Mertens, “Deliktsrecht und Sonderprivatrecht. Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 178 (1978), págs. 227-262; Hans-Joachim Mertens, “Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung”, in: *ZHR. Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, vol. 143 (1979), págs. 174-194; Ingo Koller, “Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung”, in: *Juristenzeitung*, 1985, págs. 1013-1024; Hans-Joachim Mertens, anotação ao § 826, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.ª ed., C. H. Beck, München, 1997, págs. 1688-1750 (esp. nas págs. 1727-1734); Andreas Engert, *Die Haftung für die drittschädigende Kreditgewährung*, C. H. Beck, München, 2005; Gert Brüggemeier, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin / Heidelberg / New York, 2006, págs. 355-356; Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, Nomos, Baden-Baden, 2017; ou Nils Jansen / David Kästle-Lamparter / Lukas Rademacher, “Case 11 — Germany”, in: Marta Infantino / Eleni Zervogianni (coord.), *Causation in European Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, págs. 427-429.



os bons costumes fica obrigado à sua reparação ⁵³.

I. — O § 826 enuncia *pressupostos objectivos e pressupostos subjectivos* da responsabilidade⁵⁴. Os pressupostos objectivos concretizam-se em que a acção do lesante deverá ser contrária aos bons costumes; em que a acção, contrária aos bons costumes, deverá causar um dano; e em que, entre a acção contrária aos bons costumes e o dano, deverá haver uma conexão de ilicitude. Os princípios ou as regras relativos aos bons costumes devem ter com fim evitar que aquele lesante causasse, e causasse àquele lesado, um dano daquela *categoria* ou daquele *tipo* dos danos ⁵⁵. Os pressupostos subjectivos da responsabilidade, esses, concretizam-

⁵³ O texto do § 826 do Código Civil alemão é o seguinte: “*Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet*”.

⁵⁴ Cf. designadamente Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II — *Besonderer Teil*, tomo II — *Schuldverhältnisse des Rechtsverkehrs (Fortsetzung). Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung. Schuldverhältnisse aus unerlaubte Handlungen*, cit., págs. 446-455; Johannes Hager, “Das Recht der unerlaubten Handlungen”, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier / de Gruyter, Berlin, 2008, págs. 879-953 (947-953); Dieter Medicus, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 11.ª ed., C. H. Beck, München, 2003, págs. 396-401; Peter Schlechtriem, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, págs. 380-383; Jan Dirk Harke, *Besonderes Schuldrecht*, Springer, Heidelberg / Dordrecht / London / New York, 2011, págs. 458-461; ou Maximilian Fuchs / Werner Pauker, *Deliktsrecht*, 8.ª ed., Springer, Heidelberg / Dordrecht / London / New York, 2012, págs. 157-169.

⁵⁵ Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., pág. 56 — considerando que a disposição relativa aos bons costumes tenha como fim evitar o dano, na relação entre lesante e lesado.



se em que o lesante deverá ter consciência das circunstâncias que fazem com que a acção seja contrária aos bons costumes; em que o lesante deverá ter consciência de que a acção é contrária aos bons costumes; e em que deverá haver dolo de lesão (*Schädigungsvorsatz*)⁵⁶.

Os critérios decisivos da responsabilidade seriam dois, a ilicitude e a culpa; o critério da ilicitude concretizar-se-ia na *contrariedade aos bons costumes*⁵⁷ e o critério da culpa, no *dolo*; e os dois critérios fariam com que a responsabilidade fosse relativamente difícil.

Em primeiro lugar, exige-se uma ilicitude qualificada e, em segundo lugar, uma culpa qualificada. Exige-se uma ilicitude qualificada — não é uma qualquer ilicitude, que faz com que o banco fique obrigado à reparação, é só a ilicitude que resulta de uma *contrariedade* ou uma *ofensa aos bons costumes*. Exige-se uma culpa qualificada — não é qualquer culpa que faz com que o banco fique obrigado à reparação, é só o *dolo*.

Extraindo todas as consequências do § 826 do Código Civil

⁵⁶ Cf. designadamente Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II — *Besonderer Teil*, tomo II — *Schuldverhältnisse des Rechtsverkehrs (Fortsetzung)*. *Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung. Schuldverhältnisse aus unerlaubte Handlungen*, cit., págs. 454-455, ou Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., págs. 60-61.

⁵⁷ Menezes Cordeiro considera em todo o caso que os conceitos de bons costumes do direito alemão e do direito português serem diferentes. O conceito de *bons costumes* do direito alemão seria mais amplo; abrangeria a ordem pública; o conceito de *bons costumes* do direito português seria mais restrito — não a abrangeria [cf. *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, cit., pág. 23].



alemão, os pressupostos da responsabilidade do banco pela concessão de crédito são particularmente restritivos ⁵⁸ — a responsabilidade do banco depende de que não haja nenhuma probabilidade razoável, séria, de recuperação do devedor titular de empresa; de que o banco actue ou exerça influência sobre os administradores do devedor; de que a actue ou exerça com a intenção de conseguir uma vantagem para si próprio ⁵⁹; e, finalmente, de que a exerça com a intenção ou com a consciência de causar um dano a terceiros ⁶⁰.

II. — Canaris considerava cinco grupos ou cinco tipos de casos de responsabilidade pela concessão de crédito — a colocação em perigo dos credores (*Gläubigergefährdung*) ⁶¹, o adiamento da declaração de insolvência (*Konkursverschleppung* ou *Insolvenzverschleppung*) ⁶², a indução em erro sobre o crédito

⁵⁸ Cf. Vito Roberto, “Die Haftung der Bank als Kreditgeberin”, in: Susan Emmenegger (coord.), *Bankhaftungsrecht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel / Genf / München, 2006, págs. 93-140 (119-125 e 139).

⁵⁹ Vito Roberto, “Die Haftung der Bank als Kreditgeberin”, cit., págs. 124-125 e 139.

⁶⁰ Vito Roberto, “Die Haftung der Bank als Kreditgeberin”, cit., pág. 121.

⁶¹ O termo *colocação em perigo dos credores* designaria um super-conceito, um *Oberbegriff*, capaz de abranger os casos de cumplicidade do banco no adiamento da declaração de insolvência do cliente, de cumplicidade na prestação superveniente de novas garantias ou no reforço superveniente das garantias prestadas e de indução em erro sobre o crédito ou sobre a dignidade de crédito (cf. Claus-Wilhelm: Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, 3.ª ed., de Gruyter, Berlin / New York, 1988, págs. 93-94).

⁶² Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., págs. 92-93.



(Kredittäuschung) ou sobre a dignidade de crédito (*Kreditwürdigkeitäuschung*)⁶³, a indução ao não cumprimento de um contrato (*Verleitung zum Vertragsbruch*)⁶⁴ e a participação do banco em práticas abusivas (*Beteiligung am Mißbrauch von Rechtsinstituten des Bank- und Zahlungsverkehrs*)⁶⁵. Entre as hipóteses de participação em práticas abusivas estará, p. ex., a participação em esquemas de “bola de neve” ou de “pirâmide”, como o financiamento de um projecto que só poderá ser levado a cabo com um aumento constante do número de investidores, e com os pagamentos dos novos investidores⁶⁶.

Koller circunscrevia os grupos ou tipos de casos relevantes, distinguindo três hipóteses.

O banco responderia por ter concedido crédito a um cliente cuja insolvência era *certa* e estava *iminente*; poderia responder por ter concedido crédito a um cliente cuja insolvência não era *certa* ou não estava *iminente*; e poderia responder por ter exigido, como garantia do crédito concedido, garantias supervenientes⁶⁷. Se concedesse crédito a um cliente cuja insolvência era *certa* e estava *iminente*, a

⁶³ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., págs. 90-92.

⁶⁴ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., págs. 94-95.

⁶⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., págs. 95-96.

⁶⁶ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 95.

⁶⁷ Cf. Ingo Koller, “Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung”, in: *Juristenzeitung*, 1985, págs. 1013-1024 (1013-1014).



responsabilidade dependeria sobretudo da sua *consciência*⁶⁸ e, se concedesse crédito a um cliente cuja insolvência não era *certa* ou não estava *iminente*, a responsabilidade dependeria sobretudo da sua *intenção*. O banco responderia desde que não quisesse conceder o crédito necessário para a recuperação e quisesse, tão-só, adiar a declaração de insolvência do devedor, p. ex., para conseguir a recuperação ou a satisfação dos seus créditos^{69 70}.

Em alternativa aos grupos de casos, Hans-Joachim Mertens alegou que os critérios relevantes para a aplicação / para a concretização do § 826 deviam reconstruir-se como um sistema móvel⁷¹ — e a alegação de um sistema móvel de responsabilidade

⁶⁸ Cf. Ingo Koller, “Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung”, cit., pág. 1013 — o banco agiria contra os bons costumes desde que estivesse consciente da situação económica e financeira do devedor e desde que, estando consciente da situação da empresa, representasse a possibilidade de causar danos aos demais credores, aceitando-a (com dolo eventual).

⁶⁹ Cf. Ingo Koller, “Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung”, cit., pág. 1014.

⁷⁰ Em tema de garantias supervenientes, os tribunais alemães deduziam da cláusula geral dos bons costumes o dever de o banco fazer uma avaliação global das circunstâncias do caso e de só exigir garantias supervenientes desde que, sem culpa grave, pudesse estar convencido de que a garantia não prejudicasse nem os antigos credores, nem tão pouco os novos credores. O banco deveria, p. ex., estar convencido de que a insolvência não seria declarada antes de todos os antigos créditos serem satisfeitos [cf. Ingo Koller, “Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung”, cit., pág. 1014].

⁷¹ Sobre o sistema móvel, vide Walter Wilburg, “Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil”, in: *Direito e Justiça*, vol. XIV (2000) — tomo III, págs. 55-73; Raúl Guichard, “Apresentação [de Walter Wilburg, ‘Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil’]”, in: *Direito e Justiça*, vol. XIV (2000) — tomo III,



pela causação dolosa de danos contra os bons costumes foi recentemente retomado ⁷².

Franz Maurer alegou que deveria atender-se em especial a quatro tipos de elementos: à censurabilidade do comportamento do lesante (como *comportamento contrário aos bons costumes*); à desigualdade entre o lesante e o lesado; à censurabilidade das

págs. 51-54; Willibald Posch, “Pósfacio [a Walter Wilburg, ‘Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil’]”, in: *Direito e Justiça*, vol. XIV (2000) — tomo III, nas págs. 74-75; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito* (título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, págs. 667-689 e 680-682; Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (título original: *Topik und Jurisprudenz*), Taurus, Madrid, 1986 (reimpressão); Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (título original: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, págs. 127-148; Hans-Martin Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, 3.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1999, págs. 122-125 (n. m. 228-233); Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2.ª ed., Springer, Wien / New York, 2011, págs. 529-543; Franz Bydlinski / Heinz Krejci / Bernd Schilcher / Viktor Steininger (coord.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Springer, Wien / New York, 1986; Nils Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, esp. nas págs. 593 ss.; Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., págs. 74-92; Helmut Koziol, “Das bewegliche System. Die goldene Mitte für Gesetzgebung und Dogmatik”, in: *Austrian Law Journal*, n.º 3-2017, in: WWW: < <http://alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/111> >; e, entre os civilistas portugueses, António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão), em especial na pág. 1262; ou Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, em especial na pág. 586 e na nota n.º 617 (págs. 586-587).

⁷² Cf. Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., *passim*.



razões, por que o lesante adoptou o comportamento contrário aos bons costumes; à previsibilidade da colocação em perigo, ou da lesão, de terceiros (designadamente dos credores) ⁷³.

Entre os elementos relevantes para avaliar a censurabilidade do comportamento do lesante estariam a violação de princípios e de regras positivados ⁷⁴; de princípios e de regras não positivados, como sejam as “representações socialmente consentidas” ⁷⁵; das instituições por que se pretende garantir a liberdade e a ordem ⁷⁶; e das expectativas, desde que justificadas, do comércio jurídico ⁷⁷. Entre os elementos relevantes para avaliar a censurabilidade das razões por que o lesante adoptou um comportamento contrário aos bons costumes, para avaliar a censurabilidade da *convicção* ou da

⁷³ Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., págs. 227-267.

⁷⁴ Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., págs. 230-236. O termo *princípios e regras positivados* deve interpretar-se em termos de abranger a violação de princípios positivados, seja de direito constitucional (págs. 230-231), seja de direito infra-constitucional (págs. 234-235); violação directa de regras positivadas; e a violação indirecta de regras positivadas — considerando-se como violação indirecta a violação das *decisões de valor* subjacentes às regras jurídicas (235-236).

⁷⁵ Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., págs. 237-238.

⁷⁶ Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., pág. 236.

⁷⁷ Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., págs. 240 ss. — considerando, sucessivamente, a confiança concreta do lesado (pág. 242), a confiança no cumprimento de deveres contratuais (pág. 243) e a confiança no cumprimento / na observância de deveres profissionais ou sociais (págs. 243-245). Como requisito negativo, como *factor de exclusão*, de uma responsabilidade pela frustração das expectativas estaria a possibilidade de auto-protecção do lesado (pág. 297).



determinação interior (Gesinnung), estaria a consideração de uma vantagem para si próprio e a desconsideração das desvantagens para terceiros (lesados) ⁷⁸.

A reconstrução dos critérios relevantes para a aplicação / para a concretização do § 826 como um sistema móvel concretiza-se em algumas directrizes sobre a responsabilidade dos bancos pela colocação em perigo, ou pela lesão, dos seus credores ⁷⁹.

Entre os elementos relevantes para apreciar a responsabilidade do banco estariam elementos objectivos e subjectivos: estariam elementos objectivos, como as probabilidades de recuperação da empresa ou a proporção entre o crédito concedido e as necessidades de crédito da empresa financiada, e estariam e elementos subjectivos, como o cuidado do banco na apreciação das probabilidades de recuperação, a influência do banco na administração da empresa, ou a preocupação de respeitar o princípio da igualdade dos credores (= da comunhão de risco do conjunto dos credores) ⁸⁰.

⁷⁸ Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., pág. 260.

⁷⁹ Sobre o sistema móvel de responsabilidade por danos patrimoniais de Hans-Joachim Mertens, *vide* desenvolvidamente Adelaide Menezes Leitão, Normas de protecção e danos puramente patrimoniais (dissertação de doutoramento), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007, págs. 111-123.

⁸⁰ Cf. Hans-Joachim Mertens, “Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung”, in: *ZHR. Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, vol. 143 (1979), págs. 174-194 — e, em desenvolvimento da construção de um sistema móvel de responsabilidade por danos patrimoniais, Hans-Joachim Mertens, “Deliktsrecht und Sonderprivatrecht. Zur



O banco estaria tanto mais próximo de responder quando mais fácil fosse o seu acesso à informação sobre a situação económica e financeira do cliente; quanto mais justificada fosse a confiança do conjunto dos participantes no comércio jurídico numa avaliação profissional, precisa e rigorosa, do risco de insolvência do devedor; e quanto mais justificada fosse a imputação da confiança ao banco, que conceda um crédito ⁸¹.

4. A responsabilidade pela concessão de crédito no direito italiano

Entre a *grande cláusula geral* do Código Civil francês e as *três pequenas cláusulas gerais* do § 823, n.º 1, do § 823, n.º 2, e do § 826 do Código Civil alemão, o art. 2043.º do Código Civil italiano esforçou-se por encontrar uma *solução intermédia*:

“Qualquer facto doloso ou [meramente] culposos, que causa a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o

Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 178 (1978), págs. 227-262, ou anotação ao § 826, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.ª ed., C. H. Beck, München, 1997, págs. 1688-1750 (esp. nas págs. 1727-1734).

⁸¹ Sobre o sistema móvel de responsabilidade *dos bancos* por danos patrimoniais *causados aos credores* de Hans-Joachim Mertens, *vide* Ingo Koller, “Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung”, cit., págs. 1015-1016, ou Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., págs. 111-112 e 112-117.



facto a ressarcir o dano”⁸².

5. (Cont.) O art. 2043.º do Código Civil italiano — antes e depois do acórdão da Corte dei Cassazione de 22 de Julho de 1999

A Exposição de motivos do Código Civil italiano partia do princípio de que o *dano injusto* do art. 2043.º do actual código abrangia os *delitos* e os *quase delitos* do antigo código, de 1865, ou seja, de que o dano injusto do art. 2043.º abrangia aqueles comportamentos e aquelas situações em que o ser humano se encontra, “em relação a pessoas e a coisas”, e que estão em conflito com o princípio geral “que impõe a cada indivíduo que não cause danos aos demais, no desenvolvimento da sua actividade”⁸³.

O requisito de que o dano fosse *injusto* deveria analisar-se ou

⁸² O texto original do art. 2043.º do Código Civil italiano é do seguinte teor: “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”.

⁸³ Sobre as características do sistema italiano, *vide* o ainda actual conjunto de artigos de John Henry Merryman, “The italian Style, I: Doctrine”, in: *Stanford Law Review*, vol. 18 (1965-1966), págs. 39-65; “The italian Style, II: Law”, in: *Stanford Law Review*, vol. 18 (1965-1966), págs. 396-437; e “The italian Style, III: Interpretation”, in: *Stanford Law Review*, vol. 18 (1965-1966), págs. 583-611; Guido Alpa / Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian Private Law*, Routledge / Cavendish, Abingdon / New York, 2007; ou Alexandra Braun, “Professors and Judges in Italy: It Tales Two to Tango”, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26 (2006), págs. 665-681.



decompor-se em dois ⁸⁴. Em primeiro lugar, o dano deveria ser injusto no sentido de se tratar de um dano contrário ao direito, *contra ius*, e, em segundo lugar, deveria ser injusto no sentido de se tratar de um dano *non iure*. O requisito de que o dano fosse contrário ao direito, *contra ius* atendia à perspectiva do lesado e o requisito de um dano *non iure*, à perspectiva do lesante — com o requisito de um dano contrário ao direito, *contra ius*, pretendia-se designar uma lesão de um direito ou, em todo o caso, de um interesse juridicamente protegido e, com o requisito de um dano *non iure*, pretendia-se designar-se uma lesão, de um direito ou de um interesse, sem nenhuma *causa de exclusão da ilicitude* ou *causa de justificação* ⁸⁵.

Em relação ao requisito de que o dano fosse *injusto* e, em especial, em relação ao requisito de que o dano fosse contrário ao direito, *contra jus*, houve uma evolução sensível ⁸⁶. O critério do

⁸⁴ Arianna Thiene fala de um conceito bilateral — *vide* anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., pág. 2196.

⁸⁵ Cf. designadamente Francesco Donato Busnelli, “Illecito civile”, in: *Enciclopedia giuridica*, vol. 15, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1991, págs. 1-34 (12).

⁸⁶ Sobre a evolução dos conceitos de *delito* e de *quase-delito* na vigência do Código Civil italiano de 1865, *vide* Giovanni Cazzetta, *Responsabilità aquilina e frammentazione del diritto comune civilistico*, Giuffrè, Milano, 1991; sobre a evolução do conceito de *dano injusto* na vigência do Código Civil italiano de 1942, *vide* a obra fundamental, de quando em quando qualificada de *revolucionária*, de Stefano Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; os textos sobre o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência nas décadas de setenta, oitenta e noventa de Antonino Procida Mirabelli di Lauro, “Il danno ingiusto (dall'ermenautica 'bipolare' alla teoria generale e 'monocentrica' della



direito absoluto foi superado e substituído pelo critério do direito subjectivo, para que o dano injusto incluísse a lesão de direitos relativos; o critério do direito subjectivo foi superado por um conjunto de critérios, desde os mais específicos aos mais gerais — aos critérios do *alterum non laedere* ou do *neminem laedere* —, em termos tais que um autor, e dos mais distintos, chegou a dizer que, se era claro que o critério e o limite do direito absoluto tinha sido superado, não era claro, — não era nada claro, — por que critério ou por que limite tinha sido substituído ⁸⁷.

I. — A doutrina e, sobretudo, a jurisprudência italianas começaram por concordar em atribuir ao termo dano contrário ao direito, *contra ius*, o sentido de *dano contrário a um direito absoluto* ⁸⁸. O resultado era uma interpretação restritiva do art. 2043.^o — só haveria um *dano injusto* desde que o dano decorresse da lesão de um *direito absoluto*, ou seja, da lesão de um direito real ou de um

responsabilità civile)” (1.^a parte), in: *Rivista critica del diritto privato*, vol. 21 (2003), págs. 9-56; Antonino Procida Mirabelli di Lauro, “Il danno ingiusto (dall'ermenautica 'bipolare' alla teoria generale e 'monocentrica' della responsabilità civile)” (2.^a parte), in: *Rivista critica del diritto privato*, vol. 21 (2003), págs. 219-264; e de Mauro Bussani, “Le interazioni fra gli elementi dell'illecito e il danno risarcibile”, in: Letizia Vacca (coord.), *Il danno risarcibile*, Jovene, Napoli, 2011, págs. 249-268; e a obra fundamental, de quando em quando qualificada de *conservadora*, de Carlo Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 3.^a ed., Giuffrè, Milano, 2006.

⁸⁷ Cesare Salvi, “Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)”, in: *Enciclopedia del diritto*, vol. 39 — *Reazione-Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1988, págs. 1186-1265 (1211).

⁸⁸ Cf. designadamente Francesco Donato Busnelli, “Illecito civile”, cit., pág. 12, ou Cesare Salvi, “Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)”, cit., pág. 1211.



direito de personalidade ⁸⁹.

a) O critério, ou o limite, do *direito absoluto* foi superado a partir do início da década de 70 ⁹⁰. O *ponto de viragem* foi o acórdão da *Corte di Cassazione* de 26 de Janeiro de 1971 ⁹¹ — a partir daí, a doutrina e a jurisprudência italianas atribuíram ao termo *dano contrário ao direito*, ao termo *dano contra ius*, o sentido de *dano contrário a um direito subjectivo*, fosse o direito subjectivo um *direito absoluto* ou um *direito relativo* ⁹².

O problema estava em que o conceito de *direito subjectivo*, como *categoria qualificante* do dano injusto, era ainda inadequado e

⁸⁹ Explicando a restrição do dano contrário ao direito aos danos contrários a direitos absolutos, Cesare Salvi dizia que “[a] limitação da área do dano ressarcível às hipóteses de lesão de direitos reais ou de bens ‘objectivamente’ protegidos (vida, integridade física, outros ‘direitos’ de personalidade) [...] justifica-se como critério formal coerente, fundado sobre a idoneidade estrutural e objectiva das situações protegidas para serem injustamente lesadas por comportamentos de terceiros, por se tratar de situações contruídas em torno da atribuição de um bem ao titular de um modo imediato e potencialmente exclusivo” [“Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)”, cit., pág. 1211].

⁹⁰ Sobre as razões do *dogma* do direito absoluto e sobre as razões — históricas, sistemáticas e teleológicas da sua superação —, vide Maria Floriana Cursi, “Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti”, in: *Modelli storici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. 2, Jovene, Napoli, 2006, págs. 23-126.

⁹¹ A ampliação jurisprudencial do conceito de *dano injusto* de forma a incluir a *lesão de um direito relativo* encontra-se descrita, de forma clara e elegante, em E. Santos Júnior, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, págs. 370-375.

⁹² Cf. designadamente Francesco Donato Busnelli, “Illecito civile”, cit., pág. 12, ou Cesare Salvi, “Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)”, cit., pág. 1211.



insuficiente. Era inadequado, por determinar uma ampliação do conceito de direito subjectivo, de forma a abranger, p. ex., o *direito à integridade do próprio património*⁹³ ou, em termos mais rigorosos, o *direito à integridade e à liberdade de disposição do próprio património*^{94 95}. Era insuficiente, por não determinar, como devia, uma ampliação do conceito de dano injusto de forma a abranger, p. ex., as hipóteses de lesão de interesses legítimos, através do *abuso do direito*⁹⁶, do *dolo*⁹⁷ ou da *infracção de normas de protecção*⁹⁸.

⁹³ Expressão do acórdão da *Corte di Cassazione* de 4 de Maio de 1982 (n.º 2765).

⁹⁴ Em rigor o *direito à integridade* compreende um *direito à integridade* e um *direito à liberdade*, compreendido como “direito de autodeterminação livre no desenvolvimento da actividade negocial relativa ao próprio património” — cf. Francesco Donato Busnelli, “Illecito civile”, cit., pág. 12.

⁹⁵ Em acórdão de 22 de Julho de 1999, a *Corte di Cassazione* admitiu que a afirmação ou reafirmação do princípio que o *dano injusto* consistia na *lesão de um direito subjectivo* era, frequentemente, completada por uma qualificação que “‘mascarava’ de direito subjectivo situações que não tinham tal consistência, como o pretendido direito à integridade do próprio património, as expectativas ou as situações possessórias”.

⁹⁶ *Vide*, p. ex., Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., esp. na pág. 2196; ou Mario Barcellona, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, UTET, Torino, 2011, págs. 182-202.

⁹⁷ *Vide*, p. ex., Paolo Cendon, “Dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)”, in: *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione diritto civile*, vol. VII — *Do-Esi*, UTET, Torino, 1991, págs. 29-44.

⁹⁸ *Vide*, p. ex., Adriano De Cupis, “Danno (diritto vigente)”, in: *Enciclopedia del diritto*, vol. 11 — *Cosa-Delib*, Giuffrè, Milano, 1962, págs. 622-632 (631) — definindo a *antijuridicidade* ou *ilicitude* como contrariedade a específicos princípios e a específicas regras de direito, para as quais o art. 2043.º do Código



Em acórdão de 22 de Julho de 1999, a *Corte di Cassazione* admitiu que a afirmação ou reafirmação do princípio que o *dano injusto* consistia na *lesão de um direito subjectivo* era, frequentemente, completada por uma qualificação que “‘mascarava’ de direito subjectivo situações que não tinham tal consistência, como o pretendido direito à integridade do próprio património, as expectativas ou as situações possessórias”.

b) Como o conceito de *direito subjectivo* fosse ainda inadequado e ainda insuficiente, a doutrina e a jurisprudência italianas propuseram-se superá-lo.

O art. 2043.º do Código Civil italiano careceria de um adequado desenvolvimento, através dos critérios da *interpretação* e da *integração*⁹⁹, por *analogia*¹⁰⁰.

O princípio da tipicidade dos factos ilícitos era ainda compatível com uma adaptação do modelo da *actio de dolo* do direito romano

Civil italiano reenvia sistematicamente — ou Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., esp. na pág. 2196.

⁹⁹ Vide, p. ex., Pietro Trimarchi, “Illecito (diritto privato)”, cit., pág. 95.

¹⁰⁰ Entendido em termos amplos, de forma a abranger a analogia particular e a analogia geral — como dizia, p. ex., De Cupis, “a injustiça do dano e, por consequência, a responsabilidade corresponde à protecção jurídica de interesses, como circunscrita pelos limites do conteúdo normativo do direito objectivo”; o conteúdo normativo do direito objectivo compreende as regras e os princípios, susceptíveis de serem deduzidos (*desumibili*) através dos diversos instrumentos interpretativos” [cf. “Danno (diritto vigente)”, cit., pág. 631].



¹⁰¹, com uma adaptação do modelo da *causação dolosa de danos contra os bons costumes* do § 826 do Código Civil alemão ¹⁰² ¹⁰³, ou com uma adaptação do modelo das *normas de protecção* do § 823, n.º 2, do Código Civil alemão ¹⁰⁴. A adaptação do modelo da *actio de dolo*, ou da *causação dolosa de danos contra os bons costumes* correspondia a uma interpretação *mais restrita* do princípio do *alterum non laedere* como dever de não causar *dolosamente* danos a outrem ou, no mínimo, de não causar *dolosamente* danos a outrem contra os bons costumes; a adaptação do modelo das *normas de protecção*, essa, correspondia a uma interpretação *mais ampla* do princípio do *alterum non laedere*, como “síntese de todos os deveres específicos impostos aos sujeitos” ¹⁰⁵. O ponto estaria em que a aplicação do art. 2043.º do Código Civil italiano distinguisse, como devia distinguir, entre *interesses protegidos* e *interesses dignos de protecção*, para efeitos de restringir o *dano injusto* ao dano decorrente da lesão de interesses protegidos ou tutelados ¹⁰⁶.

Embora ainda fosse compatível com uma adaptação do modelo da *actio de dolo*, ou da *causação dolosa de danos contra os bons costumes*, ou com uma adaptação do modelo das *normas de*

¹⁰¹ Vide, p. ex., Maria Floriana Cursi, “Dall’actio de dolo al danno meramente patrimoniale”, in: *Modelli storici e metodologici nella storia del diritto privato*, vol. 3, Jovene, Napoli, 2008, págs. 77-138.

¹⁰² Ou do art. 334.º do Código Civil português.

¹⁰³ Sobre a relação entre a *actio de dolo* do direito romano e a *causação dolosa de danos contra os bons costumes* do direito alemão, vide Maria Floriana Cursi, “Dall’actio de dolo al danno meramente patrimoniale”, cit., págs. 121-124.

¹⁰⁴ Ou do art. 483.º, n.º 1, segunda alternativa, do Código Civil português.

¹⁰⁵ Adriano De Cupis, “Danno (diritto vigente)”, cit., pág. 630.

¹⁰⁶ Adriano De Cupis, “Danno (diritto vigente)”, cit., pág. 631.



protecção, o princípio da tipicidade dos factos ilícitos não era compatível com uma substituição dos critérios do direito subjectivo ou das normas específicas, por que se protegem interesses legítimos, pelo princípio geral do *alterum non laedere* ou do *neminem laedere*, em termos de toda a causação de danos corresponder a um dano injusto, desde que a sua antijuridicidade ou ilicitude não fosse impedida por uma concreta *causa de exclusão da ilicitude* ou por uma concreta *causa de justificação* ¹⁰⁷.

II. — Face à crítica, — face à constante crítica, — da doutrina, o critério, ou o limite, do *direito subjectivo* foi superado a partir da década de noventa do século XX.

O *ponto de viragem* foi o acórdão da *Corte dei Cassazione* de 22 de Julho de 1999 — a partir daí, a doutrina e a jurisprudência italianas atribuíram ao termo *dano contrário ao direito* o sentido de *dano contrário a um interesse legítimo, juridicamente relevante*.

O termo *dano injusto* designaria todo o *dano* com o atributo ou a característica da *injustiça*, e a característica da *injustiça* deveria adscrever-se a “toda a lesão dos interesses aos quais o ordenamento jurídico atribui relevância, tomando-os em consideração sob perfis ou pontos de vista diversos do ressarcimento do dano” ¹⁰⁸.

O tema considerado no acórdão foi sobretudo a interpretação do art. 2043.º do Código Civil italiano como *cláusula geral*, ou seja,

¹⁰⁷ Cf. Pietro Trimarchi, “Illecito (diritto privato)”, cit., págs. 95-96.

¹⁰⁸ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500).



como *norma aberta* e como *norma primária*.

a) A *Corte di Cassazione* começa por descrever a opinião tradicional “segundo a qual a responsabilidade aquiliana se configura como sanção para um facto ilícito”. O termo *dano injusto* seria incorrecto: “a injustiça mencionada no art. 2043.º do Código Civil italiano estaria incorrectamente referida ao dano”; deveria estar referida à conduta — “deveria ser considerada como um atributo da conduta”; e, considerada como um atributo da conduta, deveria ser “identificada com a ilicitude” 109. O art. 2043.º, ao exigir que o dano fosse *injusto*, estaria a exigir que a conduta do lesante fosse caracterizada pela *ilicitude* e pela *culpa*: caracterizada pela *ilicitude*, por lesar uma posição jurídica tutelada *erga omnes*; caracterizada pela *culpa*, por lesar a posição jurídica tutelada *com dolo ou com negligência*. Como o art. 2043.º pressupusesse que a conduta do lesante fosse caracterizada pela ilicitude e pela culpa, a responsabilidade aquiliana, extracontratual, resultaria da aplicação de duas normas: de uma *norma primária*, por que se estabelece um direito ou um dever; de uma *norma secundária*, por que se sanciona a lesão de um direito ou a violação de um dever estabelecido pela norma primária; resultaria da aplicação de uma *norma primária*, por que se estabelece um *direito subjectivo* e um *dever negativo*, de omissão, das condutas contrárias ao *direito subjectivo* do lesado; resultaria da aplicação de uma *norma secundária*, por que sanciona a violação do *dever negativo*, estabelecido pela *norma primária*, com uma obrigação de indemnização.

109 Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500) — parágrafo n.º 8.



O art. 2043.º seria uma *norma secundária*; seria uma norma por que se “prevê a obrigação de ressarcimento do dano como sanção para uma conduta que se qualifica como ilícita”, e que se qualifica como *ilícita* porque contrária à *norma primária*:

“porque lesiva de uma posição jurídica do lesado tutelada *erga omnes* por uma outra norma, *pela norma primária*” ¹¹⁰.

b) Entre a *opinião tradicional* e o texto do art. 2043.º do Código Civil italiano, entre a *opinião tradicional* e o texto da lei que através da *opinião tradicional* se pretendia interpretar, havia em todo o caso uma *dissonância* — em rigor, uma *dupla dissonância*. Em primeiro lugar, o art. 2043.º do Código Civil italiano não se refere, em momento nenhum, a um direito subjectivo; “não emerge do teor literal do art. 2043.º que o objecto da tutela ressarcitória seja exclusivamente o direito subjectivo”; em segundo lugar, o art. 2043.º não se refere, em nenhum momento, à injustiça da conduta; refere-se, sim, à injustiça do dano; não emerge do teor literal do art. 2043.º que, entre os pressupostos da tutela ressarcitória, esteja a ilicitude da acção, ou da omissão, e a culpa do agente, ou do omitente: “a cisão da fórmula ‘dano injusto’, para referir a adjectivação [como injusto] à conduta é incontestavelmente uma interpretação forçada da disposição legal, segundo a qual a injustiça

¹¹⁰ O texto original do acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500) diz o seguinte: “l’art. 2043 c.c. prevede l’obbligo del risarcimento del danno quale sanzione per una condotta che si qualifica come illecita [...] perché lesiva di una posizione giuridica della vittima tutelata erga omnes da altra norma primaria”.



é requisito [da relevância] do dano”¹¹¹. Em contraste com a *opinião tradicional*, em lugar de se partir da *centralidade da conduta*, deveria partir-se da *centralidade do dano*, “de que está previsto o ressarcimento, desde que seja ‘injusto’”¹¹² — e, desde que devesse partir-se da *centralidade do dano*, o art. 2043.^º não se configuraria como *norma secundária*, como *sanção* para uma conduta *ilícita*.

A *área da ressarcibilidade* não seria, ou em todo o caso não deveria ser, definida pelas normas por que se atribuem direitos ou deveres, e sim, só, pela norma por que se determina que “qualquer facto [...] que cause a outrem um dano injusto obriga aquele que cometeu o facto a indemnizar o dano” — por que se determina que “é ressarcível o dano que apresente a característica da injustiça, isto é, o dano causado *non iure*, concretizado na lesão de um interesse relevante para o ordenamento jurídico, desde que não coberto por nenhuma causa de justificação”¹¹³. A previsão da *injustiça do dano*, por que se define a *área da ressarcibilidade*, não seria uma previsão

¹¹¹ “... può tuttavia osservarsi, per un verso, che non emerge dal tenore letterale dell'art. 2043 c.c. che oggetto della tutela risarcitoria sia esclusivamente il diritto soggettivo [...]; per altro verso, che la scissione della formula ‘danno ingiusto’, per riferire l'aggettivazione alla condotta, costituisce indubbia forzatura della lettera della norma, secondo la quale l'ingiustizia è requisito del danno”.

¹¹² Giovanna Visintini diz, chega a dizer, que “aquilo que caracteriza o sistema italiano é [...] a qualificação da injustiça aplicada ao *dano*, e não ao *facto*” (Giovanna Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3.^ª ed., CEDAM, Padova, 2005, pág. 427).

¹¹³ “L'area della risarcibilità non è quindi definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti [...], bensì da una clausola generale, espressa dalla formula “danno ingiusto”, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento”.



não autónoma, — não seria uma *fattispecie* não autónoma, dependente de uma norma primária, — seria sim uma previsão autónoma, ou uma *fattispecie* autónoma, “caracterizada (*contrassegnata*) pela lesão de um interesse juridicamente relevante”; i.e., caracterizada pela lesão de um interesse relevante para o ordenamento jurídico. Em consequência, a *área da ressarcibilidade* seria definida por uma norma *autónoma*, por uma norma *primária*, e a norma autónoma, primária, relevante seria o art. 2043.º do Código Civil italiano:

“a norma sobre a responsabilidade aquiliana [do art. 2043.º] não [seria] uma norma (secundária) destinada a sancionar uma conduta proibida pelas demais normas (primárias), e sim uma norma (primária) destinada a proporcionar uma reparação do dano injustamente sofrido por algum sujeito como resultado da conduta de outrem, de algum outro sujeito” ¹¹⁴.

A tese de que a *área da ressarcibilidade* é definida pelas normas por que se atribuem direitos e deveres teria como consequência a *tipicidade* dos factos ilícitos civis; teria como consequência que ilícitos civis seriam só os factos lesivos de “situações [subjectivas] bem determinadas, qualificadas pelo

¹¹⁴ O texto original do acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500) diz o seguinte: “*Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui*”.



legislador”; a tese de que a *área da ressarcibilidade* não é definida pelas normas por que se atribuem direitos e deveres, e sim só pela norma por que se estabelece que é indemnizável o *dano injusto*, essa, tem como consequência a *atipicidade* dos factos ilícitos; tem como consequência que ilícitos civis sejam todos os factos lesivos de de situações subjectivas juridicamente relevantes, ainda que não qualificadas pelo legislador. Ora os interesses juridicamente relevantes, — as situações subjectivas juridicamente relevantes e, em consequência, dignas de tutela, — não poderiam determinar-se *a priori*:

“característica do facto ilícito delineado pelo art. 2043.º do Código Civil italiano, entendido como norma primária, é exactamente a sua atipicidade”.

O aplicador do direito deveria proceder a uma *selecção* dos interesses, ou a uma selecção das *situações subjectivas*, dignas de tutela, e deveria proceder a uma *selecção* dos interesses, ou das situações subjectivas, dignas de tutela através de uma *comparação* entre os interesses em conflito — entre o interesse, o *interesse efectivo*, do sujeito que se afirma lesado e o interesse do sujeito de que se afirma ser lesante —, “a fim de verificar se o sacrifício do interesse do lesado se encontra, ou não, justificado, pela prossecução do interesse do lesante, do autor da conduta, em razão da sua prevalência”.

Em todo o caso, a *comparação*, com a componente de *ponderação* e de *valoração* subjacente, não ficaria remetida para a



discricionariedade do juiz, devendo ser conduzida de acordo com o direito positivo — e devendo ser conduzida de acordo com o direito positivo no sentido em que há-de averiguar-se *se, com que consistência e com que intensidade* o direito positivo tutela o interesse lesado; se o tutela com *disposições específicas*, “resolvendo radicalmente o conflito” ¹¹⁵, ou se, ainda que não o tutele com *disposições específicas*, “o toma em consideração sob algum perfil, ou ponto de vista, diferente da tutela ressarcitória, tornando assim explícita uma exigência de protecção”; “se se verifica uma ruptura do justo equilíbrio intersubjectivo, que possa ou deva reestabelecer-se através do ressarcimento”:

“... a normativa sobre a responsabilidade aquiliana desempenha a função de reparação do ‘dano injusto’, e é injusto o dano que o ordenamento jurídico não pode suportar que permaneça a cargo da vítima e que, por consequência, deve transferir-se para o autor do facto, por corresponder à lesão de um interesse juridicamente relevante, qualquer que seja a sua qualificação formal — e, em particular, sem que assuma relevo determinante a sua qualificação [forma] como direito subjectivo” ¹¹⁶.

¹¹⁵ Como sucede, p. ex., quando o interesse lesado é tutelado sob a forma de um direito subjectivo, como, p. ex., de um direito de personalidade ou de um direito constitucionalmente garantido.

¹¹⁶ O texto original do acórdão da *Corte di Cassazione* diz o seguinte: “*la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del ‘danno ingiusto’, e [...] è ingiusto il danno che l’ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull’autore del fatto, in quanto*”



III. — Enquanto a adaptação dos modelos da *actio de dolo*, da *causação dolosa de danos contra os bons costumes* ou das *normas de protecção* seria ainda compatível interpretação do art. 2043.º como uma *norma secundária*, por que se sanciona a violação dos deveres estabelecidos pelas *normas primárias*, a superação dos modelos da *actio de dolo*, da *causação dolosa de danos contra os bons costumes* ou das *normas de protecção*, através de uma cláusula geral como o *dano injusto*, só é compatível com a interpretação do art. 2043.º do Código Civil italiano como *norma primária* ¹¹⁷. Enquanto a adaptação dos modelos do direito alemão, ou do direito romano, designadamente através das cláusulas gerais do *abuso do direito* e da *boa fé* ¹¹⁸, seria ainda compatível com o *princípio da tipicidade*, a superação dos modelos do direito alemão ou do direito romano só seria compatível com um *princípio de atipicidade dos factos ilícitos*.

O resultado de que o art. 2043.º do Código Civil italiano contém uma *cláusula geral* equivale ao de que contém uma *norma*, ou uma

lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo”.

¹¹⁷ Cf. Pietro Trimarchi, “Illecito (diritto privato)”, cit., págs. 96-97.

¹¹⁸ Rodolfo Sacco, “L'esercizio e l'abuso del diritto”, in: Guido Alpa / Michele Graziadei / Attilio Guarneri / Ugo Mattei / Pier Giuseppe Monateri / Rodolfo Sacco, *Il diritto soggettivo*, in: Rodolfo Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 2001, págs. 279-373; Francesco Donato Busnelli / Emanuela Navarreta, “Abuso del diritto e responsabilità civile”, in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V — *Esercizio e tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1998, págs. 77-115; Davide Messinetti, “Abuso del diritto”, in: *Enciclopedia giuridica. Aggiornamento II*, Giuffrè, Milano, 1998, págs. 1-22.



proposição jurídica, incompleta ¹¹⁹.

A *cláusula geral* não dá os critérios da sua aplicação / da sua concretização ¹²⁰ — carece de preenchimento com recurso a valorações ¹²¹, e com valorações sensíveis às circunstâncias do caso ¹²².

“... em vez de disciplinar completamente uma *fattispecie abstracta*, [a cláusula geral] dita uma *directiva*, destinada a concretizar-se, com a formação, pela jurisprudência, da regra a aplicar” ¹²³.

Interpretar o art. 2043.º do Código Civil italiano como *cláusula geral*, e como *norma primária*, significa representar o sistema de responsabilidade civil como um *sistema aberto* ¹²⁴ e substituir o princípio da *tipicidade* por um princípio de *atipicidade* dos factos constitutivos da responsabilidade civil — em regra, em toda a regra, por um princípio de *atipicidade* dos factos *antijurídicos* ou *ilícitos*

¹¹⁹ Giovanna Visintini fala de uma “técnica legislativa incompleta” — *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pág. 430.

¹²⁰ Cf. designadamente Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (título original: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, pág. 142.

¹²¹ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* cit., págs. 142 e 143.

¹²² Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., pág. 142.

¹²³ Giovanna Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pág. 430

¹²⁴ Expressão de Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., pág. 2196.



constitutivos da responsabilidade civil ¹²⁵.

Os comentários ao art. 2043.º do Código Civil italiano chamam a atenção para que, desde que abandonada a referência, a “tranquilizadora referência” ¹²⁶, ao direito subjectivo, tornou-se clara a dificuldade de encontrar uma nova fórmula, “capaz de guiar os juízes na selecção dos interesses dignos da tutela ressarcitória” ¹²⁷.

Entre os pontos certos, incontroversos, está sobretudo o de que o juízo sobre a injustiça decorre de uma comparação, de um *balanceamento* ou de uma *ponderação*, entre os interesses do lesante e os interesses do lesado ¹²⁸; decorrendo, como decorre, de uma comparação, “é [um juízo] intrinsecamente bilateral” ¹²⁹; e, decorrendo de um *balanceamento* ou de uma *ponderação*, é um

¹²⁵ Vide, por último, Pietro Sirena, “Illecito (diritto civile)”, in: *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, vol. VII — *Giu-Inp*, Corriere della sera / Il sole 24 ore, Milano, 2007, págs. 242-253 (247); Maria Floriana Cursi, “Dalla tipicità della tutela del danno extracontrattuale alle clausole generali di responsabilità”, in: Gianni Santucci (coord.), *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Jovene, Napoli, 2012, págs. 5-91; ou Giovanna Visintini, “Atipicità del fatti illeciti e danno ingiusto”, in: *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, RomaTre Press, Roma, 2018, págs. 589-623.

¹²⁶ Expressão de Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., pág. 2197.

¹²⁷ Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., pág. 2197.

¹²⁸ Cf. Pietro Trimarchi, “Illecito (diritto privato)”, cit., págs. 96-97 — falando de uma *valoração comparativa de interesses contrapostos*.

¹²⁹ Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., pág. 2196.



juízo de valor, bilateral ou recíproco ¹³⁰.

Em alguns autores afirma-se e em alguns autores nega-se que deve atender-se à diferença entre as *ações* e as *omissões* ¹³¹; em alguns autores afirma-se e em alguns autores nega-se que deve atender-se à diferença entre *dolo* e *mera culpa*, que, dentro da *mera culpa*, deve atender-se à diferença entre *culpa grave* e *culpa leve* ¹³².

O art. 2043.º do Código Civil italiano faz referência, indistintamente, ao dolo e à mera culpa, desvalorizando a relevância que assume, ou que deve assumir, “a específica modalidade de comportamento que conduziu à lesão de um interesse protegido” ^{133 134}.

¹³⁰ Cf. Cesare Salvi, “Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)”, cit., pág. 1212 — continuando com a afirmação de que o procedimento em causa, por ser um procedimento de *ponderação* e de *valoração*, só pode ser sintética e unitariamente descrito por referência às características formais da operação que o intérprete desempenha na aplicação das normas relevantes, e não por referência às características substanciais, à “enunciação de regras que substituam — com a mesma pretensão de exaustividade — a tradicional fórmula da violação dos direitos absolutos”.

¹³¹ Cf. Pietro Trimarchi, “Illecito (diritto privato)”, cit., págs. 97-98 — afirmando-o.

¹³² Cf. Pietro Trimarchi, “Illecito (diritto privato)”, cit., págs. 97-98 — afirmando-o.

¹³³ Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., pág. 2197.

¹³⁴ Em particular, pergunta-se se um dano económico, se um dano patrimonial primário ou puro, deve ser indemnizado, desde que seja causado intencionalmente ainda que da causação intencional do dano não decorra a lesão de algum direito subjectivo ou de algum interesse juridicamente protegido [*vide* Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi



Entre os pontos controversos, duvidosos, estão sobretudo os critérios do *juízo de valor* — a doutrina e a jurisprudência italianas convocam, indistintamente, princípios de direito privado e princípios de direito público, no quadro da ordem de valores constitucionais; convocam princípios de direito privado, como o *abuso do direito*¹³⁵, os deveres de *boa fé* e os deveres de *correção*¹³⁶; convocam princípios de direito público, como o princípio da prossecução do *interesse público*, ou da *utilidade pública*¹³⁷; e consideram os princípios, de direito privado e de direito público no quadro da ordem de valores constitucionais, entre os quais está o valor da *solidariedade*^{138 139}.

O acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500) fala de uma *convergência substantiva* entre os resultados da interpretação do art. 2043.º do Código Civil italiano como *cláusula geral* e como *norma primária* e os resultados da interpretação do

(coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., pág. 2197 — falando de uma “intencional vontade de causar um dano”].

¹³⁵ Cf. designadamente Francesco Donato Busnelli / Emanuela Navarreta, “Abuso del diritto e responsabilità civile”, cit., págs. 77-115, e Mario Barcellona, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, cit., pág. 200.

¹³⁶ Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., pág. 2196.

¹³⁷ Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., pág. 2196.

¹³⁸ Entre os *afloramentos* do princípio ou valor da solidariedade está o art. 2.º da Constituição italiana, em que se declara que “[a] República reconhece e garante os direitos invioláveis do ser humano, seja como indivíduo, seja nas formações sociais em que desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social”.

¹³⁹ Arianna Thiene, anotação ao art. 2043.º, in: Giorgio Cian / Alberto Trabucchi (coord.), *Commentario breve al codice civile*, cit., pág. 2196.



art. 2043.º como *norma secundária*, por que se sanciona a violação da *norma primária* representada pelo art. 2.º da Constituição italiana; ou seja, da *norma primária* por que se estabelecem “deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social” ¹⁴⁰; em todo o caso, ainda que se represente o art. 2043.º como *cláusula geral* e como *norma primária*, sempre o art. 2.º da Constituição italiana remeteria para princípios e valores relevantes, por que deveria avaliar-se a *justiça* ou a *injustiça* do dano.

Será *injusto*, p. ex., o dano decorrente da omissão dos comportamentos adequados e / ou dos comportamentos necessários para a protecção dos interesses tutelados pela ordem jurídica, “no quadro de critérios de correcção e de solidariedade” ¹⁴¹.

6. (Cont.) A responsabilidade pela concessão de crédito no quadro do art. 2043.º do Código Civil italiano ¹⁴²

¹⁴⁰ O texto original do acórdão da *Corte di Cassazione* diz, *en passant*, o seguinte: “*altra opinione ricollega l’ingiustizia del danno alla violazione del limite costituzionale di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, Cost., in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti, e sotto tale ultimo profilo le tesi sostanzialmente convergono*”.

¹⁴¹ Cf. Alessandro Nigro, “La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito”, in *Giurisprudenza commerciale*, 1978, págs. 219 ss (230).

¹⁴² O texto do n.º 6 corresponde, com algumas actualizações e adaptações, ao do nosso artigo “Responsabilidade pela concessão de crédito — comparação entre o direito italiano e o direito português”, in: *Il Encontros de direito civil — A tutela dos credores*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, págs. 365-413.



Face ao *paradigma da ponderação* e da *valoração*, a doutrina e a jurisprudência italianas podem pôr o problema da responsabilidade pela concessão de crédito no quadro da responsabilidade pela lesão de direitos absolutos, pela lesão de direitos relativos ou pela lesão de interesses. Em primeiro lugar, podem pô-lo no quadro da responsabilidade pela lesão de direitos absolutos. O dano, dos antigos e dos novos credores, pode representar-se como resultado da violação do direito absoluto à integridade e à liberdade de disposição do património. Em segundo lugar, podem pô-lo no quadro da responsabilidade pela lesão de direitos relativos ou pela lesão de interesses ¹⁴³.

I. — O tema convoca a distinção entre o dano causado à empresa e o dano causado aos credores da empresa financiada e, dentro do dano causado aos credores, a distinção entre o dano causado aos antigos e o dano causado aos novos credores — aos antigos credores, a que a *Corte di Cassazione* chama *credores precedentes*, e aos novos credores, a que a *Corte di Cassazione* chama *credores subsequentes* ou *sucessivos*.

A existência de uma responsabilidade contratual do banco para com o devedor indigno de crédito é controvertida; alega-se que é difícil conceber uma responsabilidade contratual pela *conclusão* ou pelo *cumprimento* de um contrato; de um contrato de concessão de

¹⁴³ Excluído o (controverso) direito absoluto à integridade e à liberdade de disposição do património, o problema da responsabilidade pela concessão de crédito deverá em todo o caso pôr-se só no quadro da responsabilidade pela lesão de direitos, desde que relativos, ou no quadro da responsabilidade pela lesão de interesses.



crédito ¹⁴⁴; a existência de uma responsabilidade extracontratual do banco para com os credores do devedor indigno de crédito, essa, não era e não é controvertida ¹⁴⁵. Os autores mais fortemente ligados ao princípio da *tipicidade do ilícito civil* consideravam que só havia, de que só podia haver, *concessão abusiva de crédito* em duas hipóteses: quando a decisão do banco fosse absolutamente inexplicável ou, ainda que a decisão do banco não fosse absolutamente inexplicável, a concessão de crédito correspondesse

¹⁴⁴ Cf. designadamente Fabrizio di Marzio, “Finanziamento bancario alle imprese in crisi”, in: *Libro dell’anno Diritto 2012*, Treccani, in: WWW: < http://www.treccani.it/enciclopedia/finanziamento-bancario-alle-imprese-in-crisi_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ >.

¹⁴⁵ Sobre o direito italiano anterior aos *leading cases* constituído pelos acórdãos da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2006, *vide*, p, ex., Alessandro Nigro, “La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito”, in *Giurisprudenza commerciale*, 1978, págs. 219 ss.; Carlo Castronovo, “Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria”, in: Salvatore Maccarone / Alessandro Nigro (coord.), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Giuffrè, Milano, 1981, págs. 275 ss.; Elisabetta Bertachini, “Concessione del credito, comportamenti abusivi e responsabilità della banca: Osservazione alla luce delle recenti disposizioni legislative in materia bancaria” (1994), in: *Liuc Papers n. 8, Serie Impresa e Istituzioni 3, aprile 1994*; Vittorio Santoro, “Criteri di valutazione dell’operato della banca nella concessione di fidi a società poi dichiarate fallite: Recenti orientamenti della Cassazione in tema di abuso della banca nella concessione di credito”, in: *Quaderno [del Consiglio superiore di magistratura]*, n.º 84 — 1996, vol. II — *Crisi dell’impresa e procedure concorsuali*, págs. 351-368; Olina Capolino, “Responsabilità delle banche nell’insolvenza dell’impresa; revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito”, in: *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d’Italia*, n.º 47 (1997), págs. 37-67; Fabrizio Di Marzio, “Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all’impresa insolvente”, in: *Rivista di diritto privato*, vol. 10 (2004), págs. 142-182; ou Giuseppe Fauceglia, *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino, 2005, págs. 246-257.



a uma ingerência ou intromissão na gestão da empresa financiada ¹⁴⁶. Em termos práticos, o critério da decisão *absolutamente inexplicável* corresponderia a uma limitação da responsabilidade ao *dolo* e à *culpa grave* ¹⁴⁷. Os autores mais fortemente ligados ao *princípio da atipicidade do ilícito civil*, esses, consideravam que podia haver *concessão abusiva de crédito* em todas as hipóteses de violação dos deveres civis de boa fé e de correção, designadamente profissional — consagrados nos arts. 1175.º e 1375.º do Código Civil italiano — ou de violação dos deveres constitucionais de solidariedade — consagrados no art. 2.º da Constituição italiana ¹⁴⁸. Em termos práticos, o critério da *violação dos deveres civis de boa fé e de correção*, ou dos *deveres constitucionais de solidariedade*, corresponderia a uma ampliação da responsabilidade — de uma responsabilidade por *dolo* e *culpa grave* à uma responsabilidade por *culpa leve*.

A evolução da doutrina e da jurisprudência italianas sobre o art. 2043.º do Código Civil, com a superação do limite do *direito absoluto* e, depois do *direito absoluto*, com a superação do limite do *direito subjectivo*, depõe decisivamente em favor da segunda tese — da ampliação do conceito de *concessão abusiva de crédito* em termos de abranger a responsabilidade por *dolo* e por *mera culpa* e, dentro da *mera culpa*, por *culpa grave* e por *culpa leve*. O

¹⁴⁶ Cf. Carlo Castronovo, “Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria”, cit., págs. 287 ss.

¹⁴⁷ Cf. Vittorio Santoro, “Criteri di valutazione dell’operato della banca nella concessione di fidi a società poi dichiarate fallite: Recenti orientamenti della Cassazione in tema di abuso della banca nella concessione di credito”, cit., págs. 362 s.

¹⁴⁸ Cf. Alessandro Nigro, “La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito”, cit., págs. 219 ss.



facto constitutivo da responsabilidade está, ou pode estar, no comportamento *doloso* do credor. O banco pode ter concedido crédito à empresa para conseguir uma vantagem injustificada para si, e para a conseguir em detrimento da generalidade dos credores¹⁴⁹. Estabelecida a responsabilidade nos casos em que o *facto constitutivo* da responsabilidade estivesse no comportamento *doloso* do credor, a doutrina e a jurisprudência preocuparam-se em estabelecê-la nos casos em que o *facto constitutivo* estivesse num comportamento *negligente*. Entre os pontos consensuais, ou quase consensuais, está o de que “o elemento subjectivo [do ilícito] não pode restringir-se ao dolo ou à culpa grave, devendo aplicar-se os princípios gerais sobre os factos ilícitos extracontratuais”, e dos princípios gerais resulta a extensão do elemento subjectivo à culpa leve, “avaliada com recurso aos critérios da diligência profissional”¹⁵⁰.

II. — Os acórdãos da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2006,

¹⁴⁹ Entre os casos típicos de responsabilidade pela concessão de crédito estariam aqueles em que o banco concede crédito para conseguir uma vantagem para si própria, desde o mínimo de evitar os custos adicionais ou suplementares de um processo de liquidação relativamente a um património insuficiente, ao máximo de escapar à acção pauliana, à resolução em benefício da massa, ou de estabelecer uma hipoteca sobre os bens da empresa devedora [cf. Vittorio Santoro, “Criteri di valutazione dell’operato della banca nella concessione di fidi a società poi dichiarate fallite: Recenti orientamenti della Cassazione in tema di abuso della banca nella concessione di credito”, cit., pág. 360].

¹⁵⁰ Cf. Sabino Fortunato, “La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concursuali”, in: *Il Fallimento*, n.º 1 — 2009, págs. 65-68 (66).



com os n.ºs 7029 ¹⁵¹, 7030 ¹⁵² e 7031 ¹⁵³, consideraram que a conclusão de um contrato, em regra a de um contrato de mútuo, com um cliente indigno de crédito era um *facto que causava um dano injusto* no sentido do art. 2043.º do Código Civil italiano, e que, *desde que o facto que causava o dano fosse doloso ou negligente*, constituía o banco em responsabilidade. Em *responsabilidade contratual* para com o cliente e em *responsabilidade extracontratual*, para com os *antigos credores* e para com os *novos credores* do cliente.

O dano dos antigos credores, dos titulares de créditos anteriores ao financiamento da empresa devedora, *em situação desesperada*, pode representar-se como consequência da lesão de um direito, desde que relativo, ou como consequência da lesão de um interesse. Os antigos credores ficaram prejudicados por concorrerem com os novos credores e, em consequência, por só conseguirem recuperar uma soma inferior àquela que teriam recuperado se a insolvência tivesse sido declarada em tempo ¹⁵⁴. Em relação aos antigos credores, o banco responde pelo *crédito*, pela maior ou menor satisfação do crédito — a responsabilidade do banco pelos danos causados aos *antigos credores* é, por consequência, semelhante à *responsabilidade pela lesão de um*

¹⁵¹ Consultado em: WWW: <
<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17013.pdf> >.

¹⁵² Consultado em: WWW: <
<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/264.pdf> >.

¹⁵³ Publicada in: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2006.

¹⁵⁴ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695).



direito de crédito ¹⁵⁵.

O dano dos novos credores, — dos titulares de créditos posteriores ao financiamento da empresa devedora, — esse, só pode representar-se como consequência da lesão de um interesse. Os novos credores ficaram prejudicados por terem continuado a ter relações comerciais e económicas com a empresa devedora, confiando na sua aparência de solvabilidade e concedendo-lhe o crédito que a sua aparência de solvabilidade explicava e/ou justificava. Em relação aos novos credores, o banco responde pela *confiança* — pela maior ou menor confiança na capacidade económica e financeira, na *dignidade de crédito*, da empresa financiada — em lugar de *responsabilidade pela lesão de um direito*, de um direito *de crédito*, a responsabilidade do banco pelos danos causados aos *novos credores* é semelhante à *responsabilidade pela lesão de um interesse*.

Independentemente de os credores serem antigos ou novos, a *Corte di Cassazione* decidiu que os interesses da banca deviam subordinar-se aos interesses dos credores, explicando ou justificando a sua decisão em pelo menos, três razões.

O banco violou deveres de boa fé e de correcção; ao violá-los, perturbou a *percepção* dos participantes no mercado sobre a situação económica e financeira da empresa financiada; e ao perturbar a *percepção* dos participantes no mercado sobre a situação económica e financeira da empresa financiada, perturbou a concorrência.

Em primeiro lugar, o banco violou deveres de boa fé e de

¹⁵⁵ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695).



correção — o crédito foi concedido contra as práticas da boa administração, ou simplesmente das boas práticas. Em segundo lugar, ao violar deveres de boa fé e de correção, o banco perturbou a *percepção* dos participantes no mercado sobre a situação económica e financeira da empresa financiada. O facto de um banco conceder crédito a um cliente indigno causa um *dano injusto* aos *antigos credores*, conflituando com o seu direito a uma “realização do crédito na execução insolvencial”, e causa um *dano injusto* aos *novos credores*, conflituasse ou não com o seu direito a uma realização do crédito. O dano injusto dos novos credores consiste na lesão da *liberdade contratual* — o comportamento global do banco, concretizado na concessão de crédito, teria o efeito de produzir no mercado em geral e nos novos credores, como agentes de mercado, em particular, a convicção errónea de que “a empresa era ainda digna de crédito (era ainda financiável)”.

Em terceiro lugar, ao perturbar a *percepção* dos participantes no mercado sobre a situação económica e financeira da empresa financiada, perturbou a concorrência.

Os acórdãos da *Corte di Cassazione* de 26 de Março de 2006 falam de um *dano concorrencial*:

“Uma concessão de crédito estranha às regras da correcta administração do banco, mantendo artificialmente em vida uma empresa que, pelo contrário, deveria sair do mercado, consentir-lhe-ia continuar no mercado, e continuar num mercado concorrencial”.



O tema foi retomado, p. ex., pelo acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695) ¹⁵⁶. O facto de o financiamento ter efeitos em relação ao mercado, a todo o mercado, era agravado pela circunstância de o mercado ter natureza relacional — nos termos da *Corte di Cassazione*, era agravado pela circunstância de o mercado ter “natureza puramente relacional”. O mercado é um sistema, e é um sistema de relações comerciais; daí que a actuação de cada um dos *operadores* seja constituição e constituição do mercado ¹⁵⁷: “... o operador económico é artífice do mercado e, como tal, está sujeito ao dever de auto-responsabilidade”; de tal forma que só com dificuldade se duvidará de que “o agir negligente, despreocupado com os perigos [da concessão de crédito] para o conjunto das relações comerciais e económicas contraria o princípio da auto-responsabilidade”, ou de que a confiança de terceiros, participantes no mercado, na diligência do banco é uma confiança digna de protecção ou de tutela ¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Consultado em WWW: <
<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20180514/snciv@s10@a2018@n11695@tS.clean.pdf>>.

¹⁵⁷ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695): “*il mercato ha dimensione puramente relazionale nel senso che le relazioni economiche e commerciali non soltanto si svolgono nel mercato, ma pure lo realizzano*”.

¹⁵⁸ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695): “*nell’esercizio della sua attività sul mercato l’operatore economico è artefice del mercato stesso, e come tale è richiamato al dovere di autoresponsabilità anche quale misura di giustificazione delle sue pretese risarcitorie, sicché sembra difficile dubitare che l’agire negligente e noncurante delle insidie insite nelle operazioni economiche e nelle relazioni commerciali contravvenga al principio di autoresponsabilità, e impedisca di affermare come meritevole di tutela l’incauto affidamento riposto sulla bontà dell’operazione*”.



Em cada um dos três acórdãos de 26 de Março de 2006 — com os n.ºs 7029, 7030 e 7031 —, a *Corte di Cassazione* concluía que o banco devia ser responsabilizado pela concessão de crédito, e que devia ser responsabilizado pela concessão de crédito ainda que a empresa financiada não fosse declarada insolvente — “... a concessão abusiva de crédito continua[ria] a ser ilícita e, por isso, facto constitutivo de um dano aquiliano ainda que não [fosse] seguida da falência e, de qualquer forma, antes da falência”¹⁵⁹ — e as suas conclusões foram desenvolvidas, p. ex., pelos acórdãos de 1 de Junho de 2010 (com o n.º 13413)¹⁶⁰, de 20 de Abril de 2017 (com o n.º 9983)¹⁶¹, de 12 de Maio de 2017 (com o n.º 11798)¹⁶², de 14 de Maio de 2018 (com o n.º 11695)¹⁶³, de 10 de Junho de 2021

¹⁵⁹ O acórdão da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2006 continuava dizendo que “o efeito danoso da actividade ilícita de que se trata não é necessariamente e, por isso, não é exclusivamente, a errada percepção da solvabilidade da empresa financiada”.

¹⁶⁰ Consultado em WWW: <
<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17261.pdf> >.

¹⁶¹ Consultado em WWW: <
<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17266.pdf> >.

¹⁶² Consultado em WWW: <
<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20170512/snciv@s30@a2017@n11798@tS.clean.pdf> > e em <
https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/sites/default/files/allegati/cassazione_civile_sez._iii_12_maggio_o_2017_n._11798.pdf >.

¹⁶³ Consultado em WWW: <
<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20180514/snciv@s10@a2018@n11695@tS.clean.pdf> > e em <
https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/sites/default/files/allegati/cassazione_civile_sez._i_14_maggio_2018_n._11695.pdf >.



(com o n.º 18610) ¹⁶⁴ e de 14 de Setembro de 2021 (com o n.º 24725) ^{165 166}.

¹⁶⁴ Consultado em WWW: < <https://dirittodellacrisi.it/file/6umLLAJpOU624qTRnyyS29QDPWnyb542LscvAwln.pdf> >.

¹⁶⁵ Consultado em WWW: < <https://www.dirittodelrisparmio.it/wp-content/uploads/2021/09/Cass.-Civ.-Sez.-I-14-settembre-2021-n.-24725.pdf> > e em < https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2021/09/15/24725.pdf >.

¹⁶⁶ Sobre o direito italiano posterior aos *leading cases* constituído pelos acórdãos da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2006,, *vide*, p. ex., Sabino Fortunato, “La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali”, cit., págs. 65-68; Paolo Piscitello, “Concessione abusiva del credito e patrimonio dell’imprenditore”, in: *Rivista di diritto civile*, vol. 56 (2010), págs. 655-675; Guido Belli, “La responsabilità della banca per erogazione ‘abusiva’ del credito ad un’impresa in situation désespérée”, in: *La responsabilità civile*, 2012, págs. 92-96; Fabrizio di Marzio, “Finanziamento bancario alle imprese in crisi”, in: *Libro dell’anno Diritto 2012*, Treccani, in: WWW: < http://www.treccani.it/enciclopedia/finanziamento-bancario-alle-imprese-in-crisi_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ >; Luigi Balestra, “Crisi dell’impresa e abusiva concessione del credito”, in: *Giurisprudenza commerciale*, vol. 40 (2013), págs. 109-127; Mauro Pizzigatti, “Noterelle minime sulla concessione ‘abusiva’ e sulla revoca ‘abusiva’ del credito”, in: *Il nuovo diritto delle società*, ano 11 (2013), págs. 80-89; Alessandro Fulcheri / Enrico Goitre, “La concessione abusiva di credito da parte della banca: uno sguardo d’insieme”, in: *Il nuovo diritto delle società*, ano 14 (2016), págs. 67-83; Alessandro Parrotta, “La responsabilità della banca nell’erogazione del credito” (2016), in: WWW: < <http://www.dirittopenaleglobalizzazione.it/la-responsabilita-della-banca-nellerogazione-del-credito/> >; Mauro Vitiello, “Il ruolo delle banche nell’aggravamento e nella soluzione della crisi d’impresa”, in: *Questione Giustizia*, n.º 3—2017, págs. 193-203; Vincenzo Caridi, “Concessione di credito e



III. — Esforçando-se por uma *reconstrução dogmática*, sistemática e teleologicamente sustentada, do sistema de responsabilidade pela concessão abusiva do crédito, a doutrina e a jurisprudência italianas dividem-se entre os adeptos de uma concepção *monista, monocêntrica*, e os adeptos de uma concepção *pluralista, policêntrica*, dos bens ou dos interesses lesados. O termo *concepção monista, monocêntrica*, designará as construções de toda a responsabilidade pela concessão abusiva de crédito como responsabilidade *indiferenciada* pela lesão da liberdade dos credores; o termo *concepção pluralista, policêntrica*, designará as construções da responsabilidade pela concessão de crédito como responsabilidade *diferenciada*. Em relação aos antigos credores, haveria uma lesão de um direito (de crédito). O dano dos antigos credores corresponderia a um dano indirecto; decorreria da diminuição do património do devedor ¹⁶⁷. Em relação aos novos credores, uma lesão da liberdade — da liberdade de conclusão ou de não conclusão do negócio; da liberdade negocial. O dano dos novos credores seria um dano directo; decorreria da conclusão do

informazione del mercato”, in: *Diritto della banca e del mercato finanziario*, ano 31.º (2017), págs. 785-799; ou Eleanora Rajneri, “Case 11 — Italy”, in: Marta Infantino / Eleni Zervogianni (coord.), *Causation in European Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, págs. 424-425.

¹⁶⁷ Como diz Caridi, “*un affidamento tutelabile suscettibile di essere lesa dalla abusiva concessione di credito è configurabile solo in capo ai c.d. ‘creditori successivi’ all’erogazione del credito [...], ossia solo in capo a coloro che contrattano con il sovvenuto dopo che lo stesso sia stato finanziato, non invece in capo ai c.d. ‘creditori anteriori’, i quali, avendo contrattato con il sovvenuto prima del finanziamento, evidentemente su quest’ultimo non possono in alcun modo aver fatto affidamento*”.



contrato, ainda que da conclusão do contrato não decorresse nenhuma diminuição do património do devedor. Os interesses dos novos credores seriam lesados pelo facto de terem concluído um contrato com um devedor em situação económica difícil, ou em situação de insolvência iminente.

O argumento central das *concepções monistas, monocêntricas*, consiste na reconstrução do problema da concessão abusiva de crédito como um problema de informação.

Entre os *momentos centrais* do direito da insolvência, ou da pré-insolvência, estaria o *momento informativo* ¹⁶⁸. O direito da insolvência, ou da pré-insolvência, desempenharia uma função de *exteriorização da insolvência* ou de *exteriorização do risco de insolvência* e a função de *exteriorização do risco* exprimir-se-ia, designadamente, no *dever de apresentação à insolvência* — no *dever de requerer a declaração de insolvência*.

A concessão abusiva de crédito corresponderia a uma *lesão do momento informativo*: prejudicaria a informação do mercado por acção e por omissão: prejudicá-la-ia por acção, ao fazer com que fosse emitido um sinal de que o devedor não está insolvente, ou não está em risco de insolvência; prejudicá-la-ia por omissão, ao não fazer com que fossem emitidos os sinais de que o devedor está insolvente ou em risco de insolvência.

Entre os credores atingidos pela lesão do *momento informativo* estariam os antigos e os novos credores. Os antigos credores seriam atingidos, por não poderem actuar ou exercer as faculdades de que,

¹⁶⁸ Expressão de Vincenzo Caridi, “Concessione di credito e informazione del mercato”, cit., pág. 786: “centralità del momento informativo”.



em especial, dispõem — designadamente, por não poderem actuar a faculdade de requerer a declaração de insolvência do devedor ¹⁶⁹ —; os novos credores seriam atingidos, por não poderem actuar ou exercer as faculdades de que, em geral, dispõem — designadamente, por não poderem exercer a sua liberdade contratual. Caridi diz, de forma impressiva, que a concessão abusiva de crédito “desactiva os mecanismos sinaléticos” — a lesão do *momento informativo* tem como efeito um *inquinamento das condições normais de transparência dentro das quais se desenvolvem (devem desenvolver-se) as relações económicas, dentro de um mercado* ¹⁷⁰.

O tema continua controverso; ainda que o tema continue controverso, as teses dualistas tendem a prevalecer sobre as teses unitárias — os interesses dos antigos credores e dos novos credores tendem a ser tomados como interesses autónomos e distintos.

Entre os sinais da prevalência das teses dualistas sobre as teses unitárias está o acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695), em que se decidiu que a responsabilidade dos bancos pelos danos causados aos novos credores era uma

¹⁶⁹ Cf. Fabrizio Di Marzio, “Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all’impresa insolvente”, cit.: “*nella concessione abusiva del credito non si realizza nessuna complicità nell’inadempimento e dunque nella lesione del diritto di credito, ma una autonoma lesione della libertà del creditore di autotutelarsi convenientemente (con la richiesta del fallimento dell’impresa debitrice)*”.

¹⁷⁰ Expressão de Fabrizio Di Marzio, “Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all’impresa insolvente”, cit.: “*inquinamento delle condizioni normali di trasparenza in cui si svolgono (o dovrebbero svolgersi) le relazioni di mercato*”.



responsabilidade pela confiança — e que, como responsabilidade pela confiança, estava sujeita ao requisito adicional ou suplementar de que *o novo credor não conhecesse. e não devesse conhecer, a situação de insolvência do devedor-cliente.*

O conjunto das disposições do direito actual, — o conjunto das disposições do direito vivo ¹⁷¹, — relativas à *responsabilidade pela confiança* teria imanente o princípio de que a responsabilidade do lesante depende da auto-responsabilidade do lesado, e a auto-responsabilidade do lesado concretiza-se em que a confiança na conduta do lesante seja uma confiança desculpável: “não pode[] o ordenamento jurídico tutelar aquele que, por causa da sua própria negligência, abdicou da própria responsabilidade” ¹⁷².

Embora o caso fosse especial ¹⁷³, a *Corte di Cassazione* enunciou um princípio geral:

“Em tema de concessão abusiva de crédito, o banco que financie uma empresa insolvente e que, por consequência,

¹⁷¹ O acórdão da *Corte di Cassazione* fala de um *principio immanente nell’assetto impresso dal diritto vivente alla tutela risarcitoria in materia di affidamento*.

¹⁷² Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695): “... intanto si possa affermare la responsabilità del soggetto a cui si imputa il fatto illecito fonte di pregiudizio, se ed in quanto l’affidamento che il danneggiato riponga nella condotta altrui sia immune da colpa, non potendo l’ordinamento tutelare le ragioni di chi per effetto della propria negligenza abbia abdicato al principio di autoresponsabilità”.

¹⁷³ A autora, a sociedade OMT, era completamente controlada pela empresa financiada, pela sociedade Merker, de tal forma que era gerida pelas mesmas pessoas que gariam a empresa financiada, e pedia uma indemnização à Ré, à Meliorbanca, por ter continuado a ter relações comerciais com a Merker.



faça com que se atrase a declaração de insolvência responde perante terceiros que, em razão do retardamento, tenham confiado na solvabilidade e tenham continuado a ter relações contratuais com a empresa, desde que fique provado que os terceiros não tinham conhecimento da situação de insolvência e que tal falta de conhecimento não era imputável a culpa sua”.

O teor do sumário sugere que a responsabilidade do banco pela concessão abusiva de crédito depende de três categorias ou tipos de elementos: de elementos objectivos — a insolvência ou risco de insolvência da empresa —, de elementos subjectivos relacionados com o credor — o banco só responde desde que conheça, ou deva conhecer, a situação económica e financeira da empresa — e de elementos subjectivos relacionados com os *terceiros*, em particular com os *novos credores* — o banco só responde perante os terceiros, p. ex., perante os novos credores, desde que os terceiros desconheçam, e não devam conhecer, a situação económica e financeira da empresa.

7. A responsabilidade pela concessão de crédito no direito português

Entrando no do direito português, deverá perguntar-se se se admite a responsabilidade pela concessão de crédito e, desde que se admita a responsabilidade pela concessão de crédito, deverá perguntar-se quais são as disposições legais aplicáveis e, de acordo



com as disposições legais aplicáveis, qual são os princípios e as regras relevantes.

8. O problema da ilicitude da concessão de crédito

Em Portugal, o dever de avaliação da dignidade ou do mérito creditício do cliente decorre *implicitamente* dos arts. 75.º e 115.º-N do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras ¹⁷⁴, e decorre *explicitamente* do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 3 de Junho, por que se estabelece o regime jurídico do crédito aos consumidores, dos arts. 16.º a 19.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, por que se estabelece o regime jurídico do crédito imobiliário aos consumidores, e dos arts. 4.º a 11.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 20 de Setembro.

I. — O art. 75.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras 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 [...] e ter em conta o interesse dos depositantes, dos investidores, dos demais credores e de todos os

¹⁷⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, e entretanto alterado nada mais nada menos que por quarente e nove vezes (quase duas vezes por ano!), a última das quais pela Lei n.º 23/2019, de 13 de Março.



clientes em geral” e o art. 115.º-N, n.º 1, determina que “[o] processo de aprovação, alteração, prorrogação ou refinanciamento de crédito é estabelecido de forma clara e fundamenta-se em critérios sólidos e definidos”.

O dever de um gestor criterioso e ordenado avaliar a dignidade de crédito de todos os seus clientes concretiza-se, designadamente, no dever de avaliar a solvabilidade dos consumidores ¹⁷⁵, prevista no art. 10.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 3 de Junho, no art. 16.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, ou no art. 4.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 20 de Setembro:

Artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho: — “Antes da celebração do contrato de crédito, o credor deve avaliar a solvabilidade do consumidor com base em informações que para tal sejam consideradas suficientes, se for caso disso obtidas junto do consumidor que solicita o crédito e, se necessário, através da consulta a bases de dados de responsabilidades de crédito, enquadradas pela legislação em vigor e com cobertura e detalhe informativo adequados para fundamentar essa avaliação”.

Artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho: — “Antes da celebração do contrato de crédito, o

¹⁷⁵ O art. 4.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, e o art. 2.º, alínea a), do Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 20 de Setembro, definem avaliação da solvabilidade como “a avaliação da capacidade e propensão de o consumidor cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito”.



mutuante deve avaliar a solvabilidade do consumidor, com base em fatores relevantes para verificar a capacidade e propensão para o cumprimento do contrato de crédito, tendo em conta, nomeadamente, o seguinte:

- a) A avaliação de solvabilidade deve basear-se em informação necessária, suficiente e proporcional sobre os rendimentos e as despesas do consumidor e outras circunstâncias financeiras e económicas que lhe digam respeito;
- b) A avaliação de solvabilidade não deve basear-se predominantemente no valor do imóvel que excede o montante do crédito nem no pressuposto de que o imóvel se irá valorizar, salvo se a finalidade do contrato de crédito for a construção ou a realização de obras no imóvel;
- c) O mutuante deve proceder à consulta das bases de dados de responsabilidades de créditos, enquadradas pela legislação em vigor e com cobertura e detalhe informativo adequados para fundamentar a avaliação de solvabilidade, sendo o consumidor previamente informado dessa consulta, em conformidade com o disposto na legislação relativa à proteção de dados pessoais;
- d) O mutuante pode, complementarmente, proceder à consulta da lista pública de execuções a que se refere o Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro, e pelo Decreto-Lei



n.º 226/2008, de 20 de novembro, ou de outras bases de dados consideradas úteis para a avaliação da solvabilidade dos consumidores”¹⁷⁶.

II. — Os critérios de avaliação da dignidade de crédito dos clientes não titulares de empresa e, em especial, dos consumidores decorrem de leis¹⁷⁷ e de regulamentos¹⁷⁸.

O banco deverá atender às condições pessoais, à situação profissional e à situação económica e financeira do consumidor. Entre os elementos relevantes para avaliar as *condições pessoais* estará, p. ex., a sua idade e entre os elementos relevantes para avaliar a *situação económica e financeira do consumidor* estarão, p. ex., os seus rendimentos, as suas despesas, em especial as suas

¹⁷⁶ Sobre a avaliação da solvabilidade dos consumidores, vide Rui Pinto Duarte, *O novo regime do crédito imobiliário a consumidores. Uma apresentação*, Livraria Almedina, Coimbra, 2018, págs. 38-45; ainda no quadro da Directiva 2014/17/UE, de 24 de Fevereiro de 2014, Ana Taveira da Fonseca, “O contrato de crédito para aquisição de habitação permanente garantido por hipoteca à luz dos princípios de *life time contracts*”, in: Nuno Manuel Pinto Oliveira / Benedita Mac Crorie (coord.), *Pessoa, direito e direitos — Colóquios 2014/2015*, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos / Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017, págs. 195-214, e já no quadro do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, Jorge Morais Carvalho, “Crédito ao consumo e crédito à habitação”, in: António Menezes Cordeiro / Manuel Januário da Costa Gomes / Miguel Brito Bastos / Ana Alves Leal (coord.), *Estudos de direito bancário I*, Livraria Almedina, Coimbra, 2018, págs. 297-329 (320-323).

¹⁷⁷ Cf. art. 10.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 3 de Junho, e arts. 16.º, 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho.

¹⁷⁸ Cf. arts. 5.º a 10.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 20 de Setembro.



despesas regulares, e os seus encargos — p. ex., os encargos relacionados com o cumprimento das obrigações assumidas pelo consumidor em contratos de crédito ¹⁷⁹. O banco deverá fazer, pelo menos, três diligências “obrigatórias” — deverá solicitar ao consumidor a prestação de informações adequadas e necessárias, deverá solicitar ao consumidor entrega dos “documentos indispensáveis para a comprovação da veracidade e da actualidade [das] informações [prestadas]” e deverá consultar as bases de dados de responsabilidades de crédito ¹⁸⁰ — e poderá, complementarmente, fazer duas diligências “facultativas” — poderá “proceder à consulta da lista pública de execuções... ou de outras bases de dados consideradas úteis para a avaliação da solvabilidade dos consumidores” ¹⁸¹.

Os critérios de avaliação da dignidade de crédito ou da solvabilidade dos clientes titulares de empresas, esses, não decorrem nem de leis nem de regulamentos.

Entre os requisitos relevantes encontrar-se-á, em primeiro lugar, a capacidade para recuperar de uma situação de crise económica e,

¹⁷⁹ Cf. arts. 5.º, 7.º, 8.º e 9.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 20 de Setembro.

¹⁸⁰ Cf. art. 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, art. 16.º, n.º 1, alíneas a) e c), do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, e arts. 5.º e 6.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 20 de Setembro.

¹⁸¹ Cf. art. 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, e art. 16.º, n.º 1, alínea d), do do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho: “O mutuante pode, complementarmente, proceder à consulta da lista pública de execuções a que se refere o Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro, ou de outras bases de dados consideradas úteis para a avaliação da solvabilidade dos consumidores”.



em segundo lugar, a disponibilidade para aplicar o crédito conforme o fim para que foi concedido, em termos de tornar provável o êxito de um plano de recuperação ¹⁸². Canaris sustenta, com boas razões, que a *dignidade de crédito* das sociedades depende de um requisito adicional ou suplementar, e que o requisito suplementar de que a sua dignidade de crédito depende é a participação dos sócios na recuperação da empresa: “não é exigível ao banco que suporte, sozinho, os custos da recuperação e os correspondentes riscos” ¹⁸³.

O facto de os conceitos de *capacidade para recuperar de uma situação de crise económica*, ou de *disponibilidade para aplicar o crédito conforme o fim para que foi concedido*, serem conceitos indeterminados, demasiado indeterminados, depõe em favor de que devam aplicar-se atendendo, designadamente, aos critérios de diagnóstico da situação económica e financeira das empresas admitidos e reconhecidos pela lei.

a) O antigo art. 2.º do Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de Agosto, na redacção do Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de Fevereiro ¹⁸⁴, enunciava os critérios de que dependia a avaliação global positiva de uma empresa em situação económica difícil; o novo art. 15.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março, ainda que não enuncie critérios,

¹⁸² Claus-Wilhelm Canaris, “Claus-Wilhelm Canaris, “Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden”, in: *ZHR. Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, vol. 143 (1979), págs. 113-138 = in: *Claus-Wilhelm Canaris. Gesammelte Schriften*, vol. III — *Privatrecht*, de Gruyter, Berlin / New York, 2012, págs. 1275-1303 (1298).

¹⁸³ Claus-Wilhelm Canaris, “Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden”, cit., pág. 1299.

¹⁸⁴ Entretanto revogado pelo art. 36.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março.



remete a avaliação global positiva de uma empresa em situação económica difícil para “ferramenta de autodiagnóstico financeiro disponibilizada no sítio na Internet do IAPMEI”.

Entre os elementos convocados no quadro do Decreto-Lei n.º 178/2012 e no quadro do Decreto-Lei n.º 8/2018 há uma forte relação de semelhança — os critérios de uma avaliação global positiva no quadro do novo regime extrajudicial da recuperação de empresas, do novo RERE, são, tendem a ser, iguais aos critérios de uma avaliação global positiva no quadro do “velho” sistema extrajudicial de recuperação (SIREVE).

b) O sistema de avaliação da dignidade de crédito compreende hoje o (chamado) *mecanismo de alerta precoce quanto à situação económica e financeira das empresas*, criado pelo Decreto-Lei n.º 47/2019, de 11 de Abril ¹⁸⁵: o IAPMEI, I. P., deve preparar “uma análise quantitativa e tendencial, com recurso ao cálculo de sete indicadores económico-financeiros com base na informação da [informação empresarial simplificada] referente a cada empresa, complementada com uma apreciação qualitativa da situação financeira e económica da empresa, decorrente de algoritmo operacionalizado pelo IAPMEI, I. P., que posiciona os indicadores económico-financeiros de cada empresa no contexto de empresas do mesmo sector com dimensão semelhante” ¹⁸⁶ e o resultado da apreciação deve ser comunicado aos administradores das empresas apreciadas, através de mensagem de correio electrónico a enviar

¹⁸⁵ Entretanto alterado pelo art. 4.º da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro.

¹⁸⁶ Cf. art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 47/2019, de 11 de Abril.



até 31 de Dezembro ¹⁸⁷.

Entre os efeitos da aplicação dos critérios de diagnóstico da situação económica e financeira das empresas admitidos e reconhecidos pela lei estará, pelo menos, uma *presunção*: desde que a “ferramenta” conduza a uma avaliação global positiva, o comerciante ou empresário terá, sempre ou quase sempre, *dignidade de crédito*.

III. — Estabelecidos o dever procedimental de o banco avaliar a dignidade de crédito do cliente e o dever substantivo de o banco não conceder crédito a um cliente “indigno”, deve esclarecer-se que o banqueiro não fica dispensado do dever de avaliar a viabilidade económica e financeira da empresa pelo facto de a empresa estar ou não estar insolvente; — que não há uma relação necessária entre a violação do dever de avaliar a dignidade de crédito e a situação de insolvência, no sentido de que a concessão de crédito a uma empresa que não esteja em situação de insolvência pode ser abusiva, ilícita, e de que a concessão de crédito a uma empresa que esteja em situação de insolvência (p. ex., no contexto de um plano de insolvência) pode ser lícita, não abusiva ¹⁸⁸; — que o banco não fica dispensado do dever de avaliar a viabilidade económica e financeira da empresa pela circunstância de no processo terem intervindo ou intervirem entidades públicas, como, p. ex., do

¹⁸⁷ Cf. art. 4.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 47/2019, de 11 de Abril.

¹⁸⁸ Cf. Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., págs. 153-155.



Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas ¹⁸⁹ — agora chamado de IAPMEI — Agência para a Competitividade e a Inovação, IP ¹⁹⁰, ou pela circunstância de no processo intervirem entidades privadas dignas de particular confiança ¹⁹¹, — e que não fica dispensado do dever de avaliar a capacidade de recuperação da empresa pelo facto de o cliente prestar adequadas garantias ¹⁹².

9. O problema da responsabilidade pela concessão ilícita de crédito a um cliente indigno

Em todo o caso, a violação do dever procedimental de avaliação da dignidade de crédito do cliente ou, desde que o dever procedimental seja cumprido, a violação do dever substantivo de não concessão de crédito a um cliente indigno, ainda que cause danos ao conjunto dos credores, não tem como consequência necessária que o concedente ou prestador de crédito seja responsável pelos danos causados.

I. — O problema fundamental do direito da responsabilidade civil está em determinar como pode conciliar-se a protecção dos bens

¹⁸⁹ Cf. Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., págs. 155-157.

¹⁹⁰ Cf. Decreto-Lei n.º 266/2012, de 28 de Dezembro.

¹⁹¹ Cf. Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., págs. 155-157.

¹⁹² Cf. Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., pág. 161.



jurídicos do lesado com a protecção da liberdade do lesante, do potencial lesante ¹⁹³. Os arts. 483.º e 334.º do Código Civil português resolvem-no através de três *pequenas cláusulas gerais* — das cláusulas gerais da violação dos direitos subjectivos e, dentro dos direitos subjectivos, dos direitos absolutos; da violação do direito objectivo e, dentro do direito objectivo, das disposições legais de protecção; e da causação de danos contra os bons costumes ^{194 195}.

¹⁹³ Claus-Wilhelm Canaris, “Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts”, in: *Versicherungsrecht*, 2005, págs. 577-584 = in: *Gesammelte Schriften*, vol. 3 — *Privatrecht*, de Gruyter, Berlin, 2012, págs. 1109-1126 (1118).

¹⁹⁴ Claus-Wilhelm Canaris, “Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts”, cit., pág. 1118.

¹⁹⁵ Canaris alega que a primeira das três pequenas cláusulas gerais, a violação dos direitos subjectivos e, dentro dos direitos subjectivos, dos direitos absolutos de outrem, tem como ponto de referência o ser humano em si; com a responsabilidade pela violação de direitos absolutos, pretende-se proteger os direitos mais fundamentais, mais importantes, do ser humano; a segunda, a violação do direito objectivo, tem como ponto de referência o ser humano em relação com o Estado — tem como ponto de referência o legislador, com o seu poder de conformação jurídica das relações sociais —; e a terceira, a causação de danos contra os bons costumes, tem como ponto de referência a comunidade ou a sociedade (“Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts”, cit., pág. 1118-119). Em todo o caso, a alegação de que a responsabilidade pela violação de direitos subjectivos e, dentro dos direitos subjectivos, dos direitos absolutos pretende proteger os bens jurídicos mais elementares, mais importantes, do ser humano é controvertida [criticando-a, *vide*, p. ex., Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, págs. 198-199: “na origem da técnica que é utilizada entre nós para a determinação da ilicitude, como primeiro e fundamental ‘filtro’ dos prejuízos indemnizáveis, não está o pensamento do carácter ‘menor’ ou



O sistema das três *pequenas cláusulas gerais*, ou das três *cláusulas particulares*, desempenha uma função de limitação da responsabilidade: “... só proporciona uma protecção da liberdade geral de acção e do património se estiverem preenchidos requisitos objectivos e subjectivos especialmente exigentes” ¹⁹⁶.

Entre os corolários da função de limitação da responsabilidade do sistema das três *pequenas cláusulas gerais*, ou das três *cláusulas particulares*, está sobretudo o *princípio da não ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários ou puros* — recentemente (re)afirmado, p. ex., por um conjunto de cinco acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, datados de 8 de Setembro de 2016 ¹⁹⁷ ¹⁹⁸, de 30 de Abril de 2019 ¹⁹⁹, de 12 de Setembro de 2019 ²⁰⁰, de 20 de Novembro de 2020 ²⁰¹ e de 20 de Janeiro de 2022 ²⁰².

O conceito de danos patrimoniais *primários* define-se pela

menos valioso do dano económico puro, algo que se ligue com a sua natureza intrínseca, mas uma preocupação de certeza na determinação das pessoas com direito à indemnização”].

¹⁹⁶ Claus-Wilhelm Canaris, “Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts”, cit., pág. 1120.

¹⁹⁷ Proferido no processo n.º 1952/13.6TBPVZ.P1.S1 e relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

¹⁹⁸ Com anotação de Mafalda Miranda Barbosa, com o título “Um caso de ressarcimento de danos puramente patrimoniais”, publicada nos *Cadernos de direito privado*, n.º 57 — Janeiro-Março de 2017, págs. 60-74, e na *Revista jurídica luso-brasileira*, vol. 3 (2017), págs. 453-486.

¹⁹⁹ Proferido no processo n.º 261/14.8TBVCD.P1.S1, de que fomos relator.

²⁰⁰ Proferido no processo n.º 149/16.8T8VIS.C1.S1 e relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

²⁰¹ Proferido no processo n.º 895/17.9T8PTM.E1.S1 e relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo.

²⁰² Proferido no processo n.º 21074/18.2T8PRT.P1.S1, de que fomos relator.



negativa, e só pela negativa — designa os danos que não decorrem da lesão dos bens ou dos interesses protegidos por direitos absolutos; em especial, por direitos de personalidade ou por direitos reais ²⁰³.

Os danos patrimoniais primários, danos patrimoniais puros ou danos económicos puros “não são reparáveis em sede de responsabilidade civil extracontratual, salvo no caso de violação de normas destinadas a proteger interesses alheios [...] ou em determinadas hipóteses especiais como as dos arts. 485.º e 495.º do Código Civil, ou ainda quando se verifique abuso do direito enquanto fonte de responsabilidade civil” ²⁰⁴.

A responsabilidade pelos danos causados aos credores é uma responsabilidade pela causação de *danos patrimoniais* e, dentro dos danos patrimoniais, é quase sem excepção ²⁰⁵ uma

²⁰³ Sobre o conceito e o regime dos danos patrimoniais primários, de quando em quando chamados de danos patrimoniais puros ou danos puramente patrimoniais, *vide*, p. ex., Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, págs. 187-199; Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, separata do vol. XXXVIII do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito* [da Universidade de Coimbra], Coimbra, 1994, págs. 129-141 e 173-178; Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, págs. 238-251; e, por último, Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Danos puramente patrimoniais. A propósito do caso ACP v. Casa da Música / Porto 2001, S.A.”, in: Agostinho Cardoso Guedes / Nuno Manuel Pinto Oliveira (coord.), *Colóquio de direito civil de Santo Tirso — O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, págs. 457-487.

²⁰⁴ Cf. sumário do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2016 — processo n.º 1952/13.6TBPVZ.P1.S1.

²⁰⁵ Expressão de Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 89.



responsabilidade pela causação de danos patrimoniais *primários*.

Estando em causa danos causados a terceiros através da conclusão de um contrato entre um banco-financiador e um cliente-financiado, deve atender-se ao princípio de que “[a responsabilidade] ‘que resulta da violação de posições jurídicas creditícias, só é, em regra, eficaz em relação ao devedor’, com a consequência de que ‘o dano económico puro sofrido por um terceiro (que não o credor) não é, em princípio, tutelável’”²⁰⁶

O facto de a responsabilidade extracontratual pela concessão de crédito ser, quase sem excepção, uma responsabilidade por danos patrimoniais primários exclui a aplicação da primeira *cláusula*

²⁰⁶ Cf. sumário do acórdão do STJ de 12 de Setembro de 2019 — processo n.º 149/16.8T8VIS.C1.S1.



delitual do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil ²⁰⁷ ²⁰⁸. Excluída a

²⁰⁷ Menezes Cordeiro demonstrou que o critério da *faute* dos antigos arts. 1382.º e 1383.º, correspondentes aos novos arts. 1240.º e 1241.º, do Código Civil francês não poderia e não deveria *importar-se* para o direito privado português. Em primeiro lugar, por haver uma *diferença técnica* insuperável entre dois sistemas. O Código Civil francês confunde a ilicitude e a culpa e o Código Civil português não as confunde, distinguindo-as. O aplicador do direito terá de estabelecer a ilicitude; terá de averiguar se a acção ou a omissão do lesante é *ilícita*, por corresponder à *violação de um dever* ou à *violação de uma norma*. “[E]m qualquer situação de imputação delitual”, seria necessário apontar um dever violado ou uma norma violada [cf. António Menezes Cordeiro, *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1987, pág. 25]. Estabelecida a ilicitude, e só depois de *estabelecida a ilicitude*, o aplicador do direito terá de estabelecer a *culpa*. Em segundo lugar, o critério do direito francês não poderia e não deveria *importar-se* para o direito português por haver uma *diferença teleológica e valorativa* insuperável, ou quase insuperável, entre os dois sistemas — o critério da *faute* seria demasiado impreciso, pondo em perigo a certeza e a segurança jurídicas [cf. António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, 5.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2014, pág. 421 — acusando o critério da *faute* de “incapacidade para conferir, às decisões, o mínimo de previsibilidade requerido pela segurança jurídica”]. Em termos práticos, a afirmação de que o critério da *faute* dos antigos arts. 1382.º e 1383.º, correspondentes aos novos arts. 1240.º e 1241.º, do Código Civil francês, não poderia e não deveria *importar-se* para o direito privado português, corresponde à afirmação de que o direito privado português consagra o *princípio da protecção diferenciada dos bens jurídicos* e de que, entre os corolários do princípio da protecção diferenciada dos bens jurídicos, estará ou deverá estar o *princípio da não ressarcibilidade dos (chamados) danos patrimoniais primários* ou *danos patrimoniais puros*.

²⁰⁸ Em termos em tudo semelhantes, Canaris dá conta de que a primeira cláusula delitual do Código Civil alemão, relativa à violação de direitos, de bens e de interesses absolutamente protegidos, prevista no § 823, n.º 1, não tem grande



aplicação da primeira *cláusula delitual* do art. 483.º, ficam duas hipóteses: — a primeira consiste em responsabilizar o banco ao abrigo da *segunda cláusula delitual* do art. 483.º e a segunda, em responsabilizá-lo ao abrigo da *única cláusula delitual* do art. 334.º.

II. — O art. 483.º trata da responsabilidade pela violação de disposições legais de protecção. O texto do art. 483.º diz que “[a]quele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente [...] qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

a) O art. 1.º do Código Civil considera como leis “todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes” e o art. 483.º, n.º 1, do Código Civil considera como *disposições legais* todas as “disposições genéricas”, desde que descrevam de forma clara e concreta os comportamentos devidos

209

relevância prática: “Trata-se, quase sem excepção, de danos patrimoniais primários e o património, como tal, não é protegido pelo § 823, n.º 1, do Código Civil alemão” [cf. *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, 3.ª ed., de Gruyter, Berlin / New York, 1988, pág. 89], ou pelo art. 483.º, n.º 1, do Código Civil português.

²⁰⁹ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, “Schutzgesetze — Verkehrspflichten — Schutzpflichten”, in: Claus-Wilhelm Canaris / Uwe Diederichsen (coord.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*. C. H. Beck, München, 1983, págs. 27-110 = Claus-Wilhelm Canaris. *Gesammelte Schriften*, vol. III — *Privatrecht*, de



Entre os requisitos necessários para que uma *disposição legal* no sentido dos arts. 1.º e 483.º, n.º 1, seja qualificada como uma disposição legal *de protecção* no sentido do art. 483.º, n.º 1, encontra-se os dois seguintes: O fim da disposição legal deve ser a protecção de interesses privados; caso o fim da disposição legal ou contratual seja a protecção de interesses privados, o dano deve registar-se dentro do círculo de interesses privados que a norma legal infringida ou violada tenha como fim proteger ²¹⁰.

Esser / Weyers falam de uma relação específica entre o dano e o fim de protecção da norma infringida ou violada (de um *Schutzzweckzusammenhang* ²¹¹): — O dano decorrente da lesão dos bens ou dos interesses privados deve precisamente ser um daqueles danos que a norma legal infringida ou violada tinha como fim prevenir ²¹².

b) O requisito de um dano *dentro do círculo de interesses privados que a norma legal infringida ou violada tenha como fim proteger* deve analisar-se em três dimensões ²¹³.

Gruyter, Berlin / New York, 2012, págs. 945-1024, em especial nas págs. 967-968, sobre a posição particular, paradigmática, das leis penais no sistema das leis de protecção.

²¹⁰ João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2000, págs. 541-542.

²¹¹ Josef Esser / Hans-Leo Weyers, *Schuldrecht*, vol. II — *Besonderer Teil*, tomo II — *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 8.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2000, pág. 200.

²¹² Hein Kötz, *Deliktsrecht*, 7.ª ed., Luchterhand, Neuwied, 1996, pág. 75.

²¹³ Cf. desenvolvidamente Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II — *Besonderer Teil*, tomo II — *Schuldverhältnisse des*



O aplicador do direito há-de averiguar, primeiro, se a norma legal infringida ou violada visa a protecção daquela pessoa”; segundo, se ela visa a protecção daquela pessoa “contra aquela espécie de danos”; e, terceiro, se ela visa a protecção daquela pessoa contra aquele tipo de perigos, “isto é, [contra aquele específico] modo de lesão” ²¹⁴.

O primeiro problema prende-se com o âmbito de protecção subjectivo da norma legal infringida ou violada (com o seu *persönlicher Schutzbereich*). Pretende-se saber “quem a norma protege” ²¹⁵: o sujeito lesado deve ser o sujeito que a norma legal infringida ou violada queria proteger. O segundo e o terceiro problemas prendem-se com o âmbito de protecção objectivo da

Rechtsverkehrs (Fortsetzung). Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung. Schuldverhältnisse aus unerlaubte Handlungen, 13.^a ed., C. H. Beck, München, 1994, esp. págs. 362-364; Claus-Wilhelm Canaris, “Schutzgesetze — Verkehrspflichten — Schutzpflichten”, cit., págs. 945-1024; Josef Esser / Hans-Leo Weyers, *Schuldrecht*, vol. II — *Besonderer Teil*, tomo II — *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, cit., págs. 199-202; Dieter Medicus, *Schuldrecht II — Besonderer Teil*, 11.^a ed., C. H. Beck, München, 2003, págs. 394-395; Peter Schlechtriem, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, págs. 371-375; Erwin Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2.^a ed., Carl Heymans, Köln / Berlin / Bonn / München, 1996, págs. 46-47; Hein Kötz, *Deliktsrecht*, cit., págs. 72-76; Erwin Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*, 3.^a ed., Carl Heymans, Köln / Berlin / Bonn / München, 1995, págs. 112-122; Maximilian Fuchs / Werner Pauker, *Deliktsrecht*, 8.^a ed., Springer, Heidelberg / Dordrecht / London / New York, 2012, págs. 138-151.

²¹⁴ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, pág. 249.

²¹⁵ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 249 (nota nº 234).



norma legal (com o seu *sachlicher Schutzbereich*).

O segundo relaciona-se com os bens ou interesses protegidos; pretende-se saber “o *que* [a norma] protege” ²¹⁶. O bem ou interesse atingido ou lesado deve ser o bem ou interesse que a norma legal infringida ou violada queria proteger. O terceiro relaciona-se com os modos de lesão dos bens e dos interesses protegidos; pretende-se saber “*de que* [a norma] protege” ²¹⁷. O fim das normas legais é proteger alguns bens e/ou alguns interesses privados (só alguns bens e só alguns interesses) contra alguns (e só contra alguns) modos de lesão; daí que o bem ou interesse privado deva ter sido atingido ou lesado do modo que a norma legal infringida ou violada queria proibir ²¹⁸.

Estando preenchidos os requisitos da responsabilidade pela violação de uma norma legal qualificada como norma de protecção, o aplicador do direito há-de apreciar a correcção sistemática e teleológica dos resultados: *O dever de indemnizar os danos causados pela violação de uma determinada norma de protecção compatibiliza-se com o sistema de responsabilidade civil* ²¹⁹? O

²¹⁶ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 249 (nota n.º 234).

²¹⁷ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 249 (nota n.º 234).

²¹⁸ Cf. Dieter Medicus, *Schuldrecht II — Besonderer Teil*, cit., pág. 393.

²¹⁹ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 252 ou Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, págs. 257-258 (nota n.º 234).



requisito adicional (“irrenunciável” ²²⁰) da compatibilidade com o *sistema de responsabilidade civil* há-de prevenir contradições teleológicas ou valorativas ²²¹, através de uma *ponderação autónoma* do tipo de ilícito construído ^{222 223}.

III. — O problema está em que não existem disposições legais de protecção dos credores.

“Os credores não têm, *de lege lata*, um dever de requerer a declaração de insolvência” ²²⁴. O art. 75.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras não pode ser qualificado como uma *disposição legal de protecção*, por não descrever de uma forma clara e concreta os comportamentos

²²⁰ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 252 — explicando que “[é] ... necessário ponderar se a ligação à infracção de uma obrigação de indemnização corresponde e se compatibiliza com o sistema de responsabilidade delitual de direito civil”.

²²¹ Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., págs. 257-258 (nota n.º 234).

²²² Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 252.

²²³ Sobre o tema da responsabilidade por violação de normas de protecção, *vide* desenvolvidamente Adelaide Menezes Leitão, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais* (dissertação de doutoramento), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007.

²²⁴ Cf. Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II — *Besonderer Teil*, tomo II — *Schuldverhältnisse des Rechtsverkehrs (Fortsetzung). Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung. Schuldverhältnisse aus unerlaubte Handlungen*, 13.ª ed., C. H. Beck, München, 1994, págs.457-458.



devidos ²²⁵, e os arts. 10.º a 16.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 6 de Junho, ou os arts. 16.º a 19.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, ou os arts. 4.º a 10.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 20 de Setembro, não podem ser qualificados como disposições legais de protecção dos *credores* — o interesse particular, cuja protecção figura entre os fins da disposição legal, é o interesse particular do *cliente*, do *consumidor*, e não dos *credores do consumidor*.

Adelaide Menezes Leitão considera a hipótese de que o art. 77.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, colocando a cargo dos bancos deveres de esclarecimento, deveres de informação e deveres de assistência [dos clientes], deva ser qualificado como uma *disposição legal de protecção* ²²⁶ — simplesmente, ainda que o art. 77.º devesse ser qualificado como uma *disposição legal de protecção*, sempre seria, tão-só, uma disposição legal de protecção *dos clientes* ²²⁷.

²²⁵ Cf. designadamente Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 137, e, ainda que com argumentos distintos, Adelaide Menezes Leitão, “Concessão de crédito, normas de protecção e responsabilidade bancária”, in: António Menezes Cordeiro / Manuel Januário da Costa Gomes / Miguel Brito Bastos / Ana Alves Leal (coord.), *Estudos de direito bancário I*, cit., págs. 229-248 (240 — em especial, na nota n.º 43).

²²⁶ Adelaide Menezes Leitão, “Concessão de crédito, normas de protecção e responsabilidade bancária”, cit., págs. 241-245.

²²⁷ Cf. Adelaide Menezes Leitão, “Concessão de crédito, normas de protecção e responsabilidade bancária”, cit., pág. 245 — admitindo que é discutível, ainda “mais discutível”, que o art. 77.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras possa qualificar-se como disposição legal de



Ora, como não haja disposições legais de protecção dos credores do cliente, a responsabilidade extracontratual dos bancos pelos danos patrimoniais primários causados com a concessão de crédito tenderá a ser, sobretudo, uma responsabilidade extracontratual por *abuso do direito* — e, dentro da responsabilidade por abuso do direito, uma responsabilidade pela causação de danos contra os *bons costumes* ²²⁸.

10. (Cont.) Coordenação entre as acções de responsabilidade e as acções de declaração de nulidade, de impugnação e de resolução dos negócios prejudiciais aos credores

I. — Menezes Cordeiro e Diogo Leite de Campos chamavam ao caso dois argumentos acessórios ou complementares, para excluir ou, pelo menos, para limitar a responsabilidade extracontratual dos bancos pela concessão de crédito aos clientes.

O primeiro argumento é o da *prioridade da acção de declaração de nulidade sobre as acções de responsabilidade*. Em toda a regra, “uma eventual atribuição de crédito em violação da ordem pública ou dos *bons costumes* apenas acarretaria — só por si — a nulidade

protecção de terceiros, designadamente dos credores, “em caso de insolvência do devedor”.

²²⁸ Como, em geral, explica Sinde Monteiro, o abuso do direito “é de particular relevo nas hipóteses em que não existe violação de direitos subjectivos, nem os respectivos interesses estão protegidos por disposições legais de protecção” (*Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 547).



dos negócios implicados”²²⁹. O segundo é o da *prioridade da acção ou impugnação pauliana sobre as acções de responsabilidade*: ainda que uma eventual atribuição de crédito em violação da ordem pública ou dos bons costumes fosse válida, apenas acarretaria — só por si — a impugnabilidade dos negócios implicados.

Leite de Campos chega a sustentar que a circunstância de o legislador ter aceitado, ter consagrado a acção ou impugnação pauliana significa que o legislador *não aceita*, significa que o legislador *rejeita*, a responsabilidade civil por danos causados aos credores:

“a acção pauliana protege[ria] suficientemente os interesses do credor. O legislador, criando-a, [teria querido] afastar o recurso a qualquer outra instituição”²³⁰.

Os argumentos deduzidos devem, de alguma forma, actualizar-se e adaptar-se à circunstância de os *antigos* meios de conservação da garantia patrimonial, previstos no Código Civil, coexistirem com um *novo* meio, previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. O Código Civil dá a cada um dos credores lesados a acção de declaração de nulidade²³¹ e a acção ou impugnação

²²⁹ António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, 5.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2014, pág. 414.

²³⁰ Cf. Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 46 (1986), págs. 49-55 (53).

²³¹ Cf. arts. 280.º e 281.º, em ligação com os arts. 286.º e 605.º do Código Civil.



pauliana ²³². O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dá ao conjunto dos credores lesados a resolução [em benefício da massa insolvente] ^{233 234}. O credor lesado pode alegar uma de duas coisas: — por um lado, pode alegar que o negócio concluído entre o banco e o cliente é nulo, porque o seu conteúdo ou o seu fim são contrários aos bons costumes ²³⁵ e, por isso, pode pedir que o negócio seja declarado nulo; — por outro lado, pode alegar que o negócio concluído entre o banco e o cliente é impugnável ou resolúvel.

O Código Civil consagra a acção ou impugnação pauliana, fazendo-a depender de dois requisitos gerais e de um requisito específico de impugnação dos actos onerosos.

Os requisitos gerais da acção ou da impugnação constam do art. 610.º; consistem na anterioridade do crédito e conexão causal entre o acto impugnado e a impossibilidade de o credor conseguir a satisfação integral do seu crédito. O requisito específico da impugnação dos actos onerosos consta do art. 612.º; consiste na má fé. “O acto só está sujeito à impugnação pauliana se o devedor e o

²³² Cf. arts. 610.º a 618.º do Código Civil.

²³³ Cf. arts. 120.º a 127.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

²³⁴ Sobre a resolução [em benefício da massa insolvente], *vide* Catarina Serra, *O regime português da insolvência*, 5.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2012, págs. 107-112, e sobretudo *Lições de direito da insolvência*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2021, págs. 238-244.

²³⁵ Em regra, os contratos entre o banco e o cliente só serão nulos desde que tenham como *fim* lesar os interesses particulares de terceiros ou os interesses gerais da comunidade [cf. designadamente Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 4.ª ed, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, págs. 469-470] desde que o fim de lesar os interesses particulares de terceiros seja comum [cf. art. 281.º do Código Civil].



terceiro tiverem agido de má fé”²³⁶, entendida como “consciência do prejuízo que o acto causa ao credor”²³⁷.

Os efeitos da impugnação só aproveitam ao credor impugnante: “... o credor [e só o credor impugnante] tem direito à restituição dos bens na medida do seu interesse...”²³⁸.

Completando os meios de conservação da garantia patrimonial do Código Civil, o Código da Insolvência consagra a resolução [em benefício da massa insolvente] — o administrador pode resolver os actos prejudiciais à massa praticados [pelo devedor] dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência^{239 240}.

²³⁶ Cf. art. 612.º, n.º 1, primeira parte, do Código Civil.

²³⁷ Cf. art. 612.º, n.º 2, do Código Civil.

²³⁸ Cf. art. 616.º, n.º 1, primeira parte, do Código Civil.

²³⁹ Cf. art. 120.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, decorrendo a definição de actos prejudiciais à massa do n.º 2: “Consideram-se prejudiciais à massa os actos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência”.

²⁴⁰ Entre a acção ou impugnação pauliana prevista no Código Civil e a resolução prevista no Código da Insolvência há uma diferença fundamental. A *acção* ou *impugnação pauliana* corresponde a um processo *judicial*. O órgão competente para decidir é um juiz. A *resolução* corresponde a um procedimento *extrajudicial*. O órgão competente para decidir sobre a eficácia ou ineficácia do acto ou negócio é o administrador da insolvência [cf. art. 123.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: “A resolução pode ser efectuada pelo administrador da insolvência...”; considerando, com bons argumentos, que a competência do administrador da insolvência para a resolução é uma competência exclusiva, e deduzindo a competência exclusiva do administrador a consequência de que “[n]em os credores, nem o tribunal [...] podem dar ordens ao administrador para que actue, resolvendo este ou aquele acto”, vide Júlio Gomes, “Nótula sobre a resolução em benefício da massa insolvente”, in: Catarina



Em regra, a resolução depende de dois requisitos — de que o acto seja prejudicial à massa ²⁴¹ e de que tenha sido praticado de má fé ²⁴² ²⁴³. Exceptua-se os casos enumerados no art. 121.º — casos de *resolução incondicional*. Entre os actos enumerados no art. 121.º estão, p. ex., todos os actos celebrados pelo devedor a título gratuito [dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência] ²⁴⁴.

Serra (coord.), *IV Congresso de direito da insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, págs. 107-129].

²⁴¹ Cf. art. 120.º, n.ºs 1 e 2, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

²⁴² Cf. art. 120.º, n.º 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

²⁴³ Entre os critérios da má fé do art. 612.º, n.º 2, do Código Civil e do art. 120.º, n.º 5, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, há algumas diferenças. O art. 612.º, n.º 2, do Código Civil define *má fé* como a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor. O art. 120.º, n.º 5, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas distingue consoante a insolvência seja actual ou iminente e, dentro dos casos de insolvência actual, consoante tenha ou não sido instaurado um processo de insolvência. Estando o devedor em situação de insolvência iminente, o critério da má fé aproxima-se do art. 612.º do Código Civil. O devedor e o terceiro estarão de má fé desde que tenham consciência do prejuízo que o acto causa ao credor (“do carácter prejudicial do acto”) e conhecimento de que o devedor se encontra em situação de insolvência iminente [cf. art. 120.º, n.º 5, alínea b)]. Estando o devedor em situação de insolvência actual, das duas uma. Ou bem que foi instaurado um processo de insolvência, e haverá má fé desde que o devedor e o terceiro tenham conhecimento do início do processo ou da situação de insolvência [art. 120.º, n.º 5, als. a) e c)]. Ou bem que não foi instaurado um processo de insolvência, e só haverá má fé desde que o devedor e o terceiro tenham conhecimento da situação de insolvência do devedor [art. 120.º, n.º 5, alínea a), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas]

²⁴⁴ Cf. art. 121.º, n.º 1, alínea b), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.



Os efeitos da resolução, condicional ou incondicional, aproveitam a todos os credores ²⁴⁵.

O facto de entre a acção / impugnação pauliana e a resolução haver alguma *analogia funcional*, a ponto de a *resolução [em benefício da massa insolvente]* ter sido representada como uma “impugnação pauliana com contornos especiais” ²⁴⁶, exige um critério de coordenação entre os dois institutos. O art. 127.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dá alguma preferência à *resolução* sobre a *acção / impugnação pauliana*, dizendo que os credores não podem propor uma acção de impugnação de um acto resolvido pelo administrador da insolvência ²⁴⁷.

Entre os corolários da circunstância de os *antigos* meios de conservação da garantia patrimonial, previstos no Código Civil, coexistirem com um *novo* meio, a *resolução*, *a alegada prioridade da impugnação deve estender-se à resolução do negócio*.

II. — O princípio da prioridade das acções de declaração de nulidade sobre as acções de responsabilidade deve contextualizar-

²⁴⁵ Cf. art. 126.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: “A resolução tem efeito retroactivo, devendo reconstituir-se a situação que existiria se o acto não tivesse sido praticado ou omitido”.

²⁴⁶ Cf. Maria de Fátima Ribeiro, “Um confronto entre a resolução em benefício da massa insolvente e a impugnação pauliana”, in: Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de direito da insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, págs. 131-178 (esp. nas págs. 170 ss.).

²⁴⁷ Expressando reservas sobre a solução consagrada no art. 127.º, *vide* Catarina Serra, *O regime português da insolvência*, cit., págs. 110-112 e, sobretudo, *Lições de direito da insolvência*, cit., págs. 245-255.



se, atendendo em especial a duas coisas:

— à diferença entre os critérios da *contrariedade aos bons costumes* relevantes para a validade ou invalidade dos negócios concluídos e os critérios da *contrariedade aos bons costumes* relevantes para a responsabilidade pela conclusão de um negócio, válido ou inválido; — à diferença entre os *efeitos* da declaração de nulidade do negócio e os *efeitos* da responsabilidade pela conclusão de um negócio, válido ou inválido.

Os critérios da *contrariedade aos bons costumes* para efeitos de validade para efeitos de responsabilidade são diferentes: ao apreciar a responsabilidade, atende-se a um *comportamento* de cada uma das partes; ao apreciar a validade ou invalidade, atende-se ao *fim* ou ao *resultado* do comportamento das duas partes (de todas as partes) ²⁴⁸.

Ora, como os critérios da *contrariedade aos bons costumes* são diferentes, pode haver responsabilidade do banco pela concessão de crédito *com* ou *sem* invalidade.

Em primeiro lugar, o banco pode ser responsabilizado ainda que o *negócio de crédito* seja válido e eficaz. Será, p. ex., o caso de o banco concluir o negócio de crédito com um *fim* ofensivo dos bons

²⁴⁸ [Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner escrevem que a *contrariedade aos bons costumes* pode resultar da aplicação de um critério mais subjectivista — da comum intenção das partes, designadamente da sua comum intenção de lesar terceiros — ou de um critério mais objectivista — do conteúdo do contrato. Caso devesse aplicar-se o segundo critério, mais objectivista, haveria de atender-se ao *negócio jurídico* como *norma* ou como *conjunto de normas* — ao *negócio jurídico* como *regulamento* (cf. *Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts*, 10.^a ed., C. H. Beck, München, 2012, pág. 535).



costumes e o cliente, não ²⁴⁹. Em segundo lugar, o banco pode ser responsabilizado, ainda que o negócio de crédito seja inválido ou ineficaz. Será, p. ex., o caso de o banco e o cliente concluírem o negócio de crédito com um *fim* ofensivo dos bons costumes e de o negócio inválido causar danos aos credores. — O negócio será inválido e, não obstante, o banco poderá ser responsabilizado, por *abuso do direito*.

Margarida Azevedo de Almeida coloca em evidência que, entre os efeitos da declaração de nulidade, está a restituição de tudo o que tinha sido prestado ²⁵⁰ e que a restituição de tudo o que tinha sido prestado é, “em regra, mais prejudicial aos credores” ²⁵¹.

O *alcance* da afirmação deverá circunscrever-se aos *negócios de crédito* — e, devendo circunscrever-se o seu alcance, deverá depois esclarecer-se o seu *sentido*.

O argumento de que a declaração de nulidade é, em regra, mais prejudicial aos credores pode ser deduzido para sustentar que o art. 280.º do Código Civil não deve aplicar-se, de forma nenhuma, ou pode ser só deduzido para sustentar que o art. 280.º do Código Civil não deve aplicar-se *em exclusivo* — e, em particular, para sustentar que não deve aplicar-se de forma a excluir os princípios e as regras

²⁴⁹ Cf. art. 281.º do Código Civil: “Se apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes”.

²⁵⁰ Cf. art. 289.º, n.º 1, do Código Civil: “Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”.

²⁵¹ Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 27.



da responsabilidade civil.

Estamos convencidos de que o primeiro termo da alternativa é inaceitável — de que não faz sentido deduzir o argumento para sustentar que o art. 280.º não deve aplicar-se.

O negócio inválido, nulo, não se torna válido só porque os efeitos da declaração de nulidade causam prejuízos aos credores, e a arguição da nulidade do negócio não deixa de poder ser feita por qualquer interessado, logo por qualquer credor, só porque os efeitos da declaração de nulidade causam prejuízos a algum, a alguns ou a todos os demais interessados — causam prejuízos a algum, a alguns ou a todos os demais credores.

Estando, como estamos, convencido de que o primeiro termo da alternativa é inaceitável, entendemos que o segundo termo da alternativa é incontroverso — faz sentido deduzir o argumento para sustentar que o art. 280.º não deve aplicar-se *em exclusivo*.

O facto de a declaração de nulidade causar um dano aos credores, e de o dano que causa aos credores ser superior àquele que decorreria da validade e da eficácia do negócio, confirma que as duas categorias de normas, de validade / invalidade e de responsabilidade, são necessárias — *os credores lesados só podem ser adequadamente protegidos desde que o dano decorrente da declaração de nulidade seja indemnizável*.

Claus Canaris pondera se deve aplicar-se ao caso a acção pauliana, ou o § 138, que determina a nulidade dos negócios contrários aos bons costumes, ou o § 826, que determina a responsabilidade pelos actos, válidos ou inválidos, contrários aos bons costumes, para sustentar (i) que a acção pauliana deve ter



prioridade sobre as normas de responsabilidade do § 826 e (ii) que as normas de responsabilidade do § 826 devem ter prioridade sobre as normas de validade do § 138 do Código Civil alemão ²⁵².

O alegado princípio de que as normas da responsabilidade pelos comportamentos contrários aos bons costumes consignadas no § 826 devem ter prioridade sobre as normas de invalidez dos negócios — logo, dos comportamentos negociais — contrários aos bons costumes consignadas no § 138 pode significar uma de duas coisas.

Em primeiro lugar, pode significar que há uma diferença entre os *pressupostos* das normas de responsabilidade e os *pressupostos* das normas de validade ou de invalidez.

O critério da *contrariedade* ou da *ofensa aos bons costumes* relevante para efeitos de responsabilidade seria mais amplo e o critério da *ofensa* relevante para efeitos de validade / invalidez seria mais restritivo — exigiria que a *ofensa* fosse mais grave.

Em segundo lugar, pode significar que o *concurso* entre as normas de responsabilidade e as normas de validade ou invalidez deve representar-se como um *concurso consumptivo* ou excludente — as normas de responsabilidade excluiriam as normas de validade.

Quando seja tomado no seu primeiro sentido, estamos convencidos de que o princípio da prioridade das normas de responsabilidade sobre as normas de validade / invalidez do negócio poderá e porventura deverá *importar-se* para o direito português, para a relação entre as normas de responsabilidade do

²⁵² Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, 3.ª ed., de Gruyter, Berlin / New York, 1988, pág. 94.



art. 334.º e as normas de validade do art. 280.º.

Quando seja tomado no seu segundo sentido, convencido estamos de que não deve *importar-se*. O tribunal não deverá julgar improcedente um pedido de declaração de nulidade pelo facto de o credor lesado ter deduzido um pedido de indemnização; pelo facto de o credor lesado ter (no presente) *a possibilidade de deduzir um pedido de indemnização* ou pelo facto de de ter tido (no passado) *a possibilidade de deduzir, um pedido de indemnização* dos danos causados pelo *negócio de crédito*.

III. — O princípio da prioridade da acção ou impugnação pauliana sobre as acções de responsabilidade, esse, deve contextualizar-se, atendendo à diferença entre duas categorias de credores, entre os antigos e os novos credores e à diferença entre duas categorias de negócios, entre os negócios de crédito e os negócios de garantia ²⁵³.

Os *antigos credores* são titulares de direitos constituídos antes da concessão de crédito pelo banco e os *novos credores*, titulares de direitos constituídos depois da concessão de crédito pelo banco — enquanto os antigos credores são prejudicados por um facto e por um dano posteriores à conclusão do seu contrato e, por isso, posteriores à constituição do seu crédito, os novos credores são prejudicados por um facto ou por um dano contemporâneos da conclusão do contrato — da constituição do seu crédito.

²⁵³ Cf. designadamente Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pág. 556 (not an.º 374).



a) Em negócios de crédito, a declaração de nulidade, a impugnação ou a resolução do contrato não será quase nunca adequada para a protecção dos credores; não será adequada nem para a protecção dos *antigos* nem para a protecção dos *novos credores*.

Margarida Azevedo de Almeida alegava que, ainda que a declaração de nulidade, a impugnação ou a resolução do contrato fosse adequada, nunca seria aplicável.

O processo por que o negócio de crédito causa um prejuízo a um credor seria complexo ²⁵⁴. O negócio de crédito não causaria normalmente um prejuízo directo, e não causaria um prejuízo directo nem ao cliente nem ao seu credor; não faria normalmente com que o património do cliente diminuísse, sem mais; causar-lhe-ia, tão-só, um prejuízo indirecto ou mediato. Entre a concessão de crédito e a diminuição do património do cliente estaria sempre *alguma coisa*. O negócio de crédito faria com que o cliente continuasse em actividade, e seria a circunstância de o cliente continuar em actividade, por um período mais ou menos prolongado, que faria com que o seu património diminuísse.

Os arts. 610.º a 618.º do Código Civil seriam aplicáveis à hipótese de o negócio de crédito causar um prejuízo directo ao cliente, e não à hipótese de lhe causar um dano indirecto; seriam aplicáveis à hipótese de o negócio de crédito lhe causar um prejuízo imediato, e não à hipótese de lhe causar um prejuízo mediato. Isto é: os arts.

²⁵⁴ Cf. Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., pág. 26: “A concessão de crédito não é um acto que por si mesmo envolva um prejuízo para os credores, uma vez que a soma correspondente ao financiamento entra no activo do devedor”.



610.º a 618.º do Código Civil, sobre a impugnação pauliana. não seriam aplicáveis à *concessão de crédito* ²⁵⁵.

O argumento causará pelo menos duas dúvidas: em primeiro lugar, deve perguntar-se se procederá para o caso considerado pela autora, ou seja, para o caso da acção ou da impugnação pauliana e, em segundo lugar, deve perguntar-se se procederá para o caso não considerado pela autora da resolução em benefício da massa insolvente.

O princípio de que os arts. 610.º a 618.º do Código Civil não são aplicáveis à hipótese de o negócio de crédito causar um prejuízo indirecto ao cliente deverá estender-se aos arts. 120.º a 126.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — e os arts. 120.º a 126.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não serão aplicáveis à hipótese de o negócio de crédito causar um prejuízo mediato, e só um prejuízo mediato?

A resposta à primeira pergunta é necessária; entendemos que deve ser uma resposta negativa; como a resposta à primeira pergunta deva ser uma resposta negativa, entendemos que a resposta à segunda pergunta não é (sequer) necessária.

Os critérios de distinção entre danos directos e indirectos, ou entre prejuízos imediatos e mediatos, sempre foram demasiado imprecisos e, ainda que não fossem imprecisos, ou que não fossem demasiado imprecisos, sempre a restrição do alcance dos arts. 610.º a 619.º do Código Civil ou dos arts. 120.º a 126.º do Código da

²⁵⁵ Cf. Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., pág. 26: “O prejuízo sofrido pelos credores não é consequência directa do contrato de concessão de crédito”.



Insolvência e da Recuperação de Empresas aos danos directos ou imediatos seria algo de imprudente.

Os danos ou prejuízos causados pelos *negócios de crédito* aos credores são tão directos ou tão indirectos como os danos ou prejuízos causados pelos *negócios de garantia*, e não faria sentido que o negócio de crédito prejudicial aos credores não pudesse ser impugnado ou resolvido e que o negócio de garantia o pudesse e devesse ser.

b) Em negócios de garantia, a declaração de nulidade, a impugnação ou a resolução será quase sempre adequada — pelo menos, para a protecção dos *antigos credores*.

Os negócios de garantia válidos e eficazes fariam com que o credor garantido tivesse o direito de se fazer pagar, com preferência sobre os demais credores, pelo valor dos bens dados em garantia. O produto da venda aproveitaria em primeira linha aos credores garantidos e em segunda linha, só em segunda linha, aos credores não garantidos. Os negócios de garantia inválidos ou ineficazes fazem com que o credor garantido não tenha o direito de se fazer pagar, com preferência sobre os demais credores. O produto da venda aproveitará por igual a todos os credores, garantidos e não garantidos ²⁵⁶.

²⁵⁶ Cf. Ingo Koller, “Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung”, in: *Juristenzeitung*, 1985, págs. 1013-1024 (1013) — se o contrato de garantia for nulo, por aplicação do § 138 do Código Civil alemão, os bens dados em garantia podem ser liquidados para a satisfação de todos os credores, incluindo os credores comuns.



Em regra, com a declaração de nulidade, com a impugnação ou com a resolução do negócio de garantia ficará resolvido o problema dos *antigos credores*.

O prejuízo que o negócio de garantia pode significar para os antigos credores resulta sempre ou quase sempre de uma perturbação do *princípio da igualdade* ²⁵⁷.

O negócio de garantia pode alterar os critérios de distribuição do património do devedor em benefício dos credores agora garantidos, ou agora mais garantidos, e em prejuízo dos credores comuns, ou menos garantidos; e, com a declaração de nulidade, com a impugnação ou com a resolução do negócio de garantia, deixará de haver alteração, deixará de haver perturbação do princípio da igualdade, — deixará de haver prejuízo.

Enquanto que, com a declaração de nulidade, impugnação ou resolução, fica resolvido o problema dos antigos credores, não fica resolvido o problema dos *novos credores*.

O prejuízo que o negócio de garantia podia significar para os antigos credores resultava quase sempre da perturbação do princípio da igualdade; o prejuízo que o negócio pode significar para os novos credores resulta de uma perturbação do princípio da liberdade contratual — pelo menos, do princípio de uma liberdade contratual *em sentido material*.

O negócio de garantia pode alterar a representação dos novos

²⁵⁷ Cf. art. 604.º, n.º 1, do Código Civil: “Não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos”.



credores sobre a dignidade de crédito do seu devedor; pode induzir os novos credores em erro sobre a dignidade de crédito do devedor; e, induzindo os novos credores em erro sobre a dignidade de crédito do devedor, pode fazê-los concluir um contrato indesejado.

O caso paradigmático de indução em erro dos novos credores consistirá na concessão de crédito contra garantias ocultas, como, p. ex., uma cessão de créditos em garantia, um penhor de coisas, sem desapossamento ²⁵⁸ ²⁵⁹, ou um penhor de direitos ²⁶⁰ ²⁶¹.

Enquanto que, com a declaração de nulidade, a impugnação ou

²⁵⁸ Cf. art. 398.º, parágrafo único, do Código Comercial: “A entrega do penhor mercantil pode ser simbólica, a qual se efectuará: 1.º Por declarações ou verbas nos livros de quaisquer estações públicas onde se acharem as coisas empenhadas; 2.º Pela tradição da guia de transporte ou do conhecimento da carga dos objectos transportados; 3.º Pelo endosso da cautela de penhor dos géneros e mercadorias depositados nos armazéns gerais”.

²⁵⁹ O recurso ao penhor mercantil, com ou sem desapossamento, é de alguma forma favorecido pelo recente Decreto-Lei n.º 7572017, de 26 de Junho, por que se estabelece que “[é] lícito às partes convencionar, no contrato de penhor para garantia de obrigação comercial em que o prestador da garantia seja comerciante, que o credor pignoratício, em caso de incumprimento, se aproprie da coisa ou do direito empenhado, pelo valor que resulte de avaliação realizada após o vencimento da obrigação, devendo o modo e os critérios de avaliação ser estabelecidos no contrato” (art. 2.º, n.º 1) e que o facto de as partes o fazerem “não prejudica a possibilidade de [...] convencionarem que a coisa ou o direito empenhado seja adjudicado ao credor pignoratício pelo valor que o tribunal fixar, nos termos do n.º 2 do artigo 675.º do Código Civil, [...] nem de as partes acordarem a sua venda extraprocessual” (n.º 5).

²⁶⁰ Cf. arts. 679.º-685.º do Código Civil.

²⁶¹ Cf. designadamente [Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts*, cit.,, pág. 535; ou Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 4.ª ed, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, pág. 468.



a resolução do negócio de garantia, deixa de haver prejuízo para os antigos credores, não deixa de haver prejuízo para os novos credores — em regra, em toda a regra, o *novo credor* só poderá ser colocado na situação em que estaria se não se tivesse verificado a indução em erro quanto ao crédito, ou quanto à dignidade de crédito, através de uma indemnização.

III. — Entendendo que, em regra, a invalidade ou a ineficácia dos negócios de garantia é adequada e suficiente — pelo menos, para a protecção dos antigos credores —, o direito alemão e o direito francês tratam o problema das garantias como um problema de validade. O direito alemão fê-lo pela via da aplicação das disposições gerais do § 138 do Código Civil ²⁶² ²⁶³. O direito francês, pela via da aplicação da disposição específica do art. L-650-1 do Código Comercial. O texto do art. L-650-1, na redacção da Lei n.º 2005-845, de 26 de Julho de 2005, dizia que as garantias desproporcionadas eram nulas e, na redacção da Lei n.º 2008-1345, de 18 de Dezembro de 2008, diz que as garantias desproporcionadas podem ser anuladas ou reduzidas pelo juiz. O

²⁶² O n.º 1 do § 138 do Código Civil alemão enuncia o princípio que os negócios contrários aos bons costumes são nulos; o n.º 2 concretiza-o — enuncia a regra de que, entre os negócios nulos, por contrariedade aos bons costumes, estão os negócios usurários. Embora em geral o tema da validade das garantias seja tratado no quadro do n.º 1, Ingo Koller sugere que seja tratado no quadro do n.º 2 — a exigência de garantias desproporcionadas ou excessivas seria análoga à usura [cf. “Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung”, cit., págs. 1022-1023].

²⁶³ O regime da invalidade do § 138 do Código Civil é completado pelo regime da ineficácia, da impugnação / resolução prevista nos §§ 131 e 132 da *Insolvenzordnung*.



direito português trata-o sobretudo como um problema de eficácia, dando-lhe uma atenção especial nas disposições relativas à *resolução [em benefício da massa insolvente]*.

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas permite a resolução incondicional (i) dos negócios por que se constituam garantias reais supervenientes, posteriores à constituição do crédito garantido²⁶⁴, nos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência²⁶⁵; (ii) dos negócios por que constituam garantias reais contemporâneas da constituição do crédito²⁶⁶, nos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência²⁶⁷; e (iii) dos negócios jurídicos por que se constituem garantias pessoais “que não respeitem a operações negociais com real interesse para [o devedor]” nos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência²⁶⁸.

O regime da resolução não afasta em caso nenhum o regime da declaração de nulidade, e só num caso afasta o regime da acção ou impugnação pauliana — os credores podem prevalecer-se do

²⁶⁴ Ou seja: de garantias “relativas a obrigações preexistentes”.

²⁶⁵ Cf. art. 121.º, n.º 1, alínea c), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

²⁶⁶ Ou seja: de garantias reais constituídas em simultâneo com a obrigação garantida.

²⁶⁷ Cf. art. 121.º, n.º 1, alínea e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

²⁶⁸ Cf. art. 121.º, n.º 1, alínea d), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: “São resolúveis em benefício da massa insolvente [...], sem dependência de quaisquer outros requisitos [...] [a] fiança, [a] subfiança, [o] aval e [os] mandatos de crédito, em que o insolvente haja outorgado no período referido na alínea anterior e que não respeitem a operações negociais com real interesse para ele”.



regime da nulidade ainda que o negócio de garantia não possa ser resolvido, p. ex. por ter sido concluído fora dos períodos previstos no art. 120.º e no 121.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, e podem prevalecer-se do regime da impugnação desde que o negócio de garantia não tenha sido resolvido.

Em todos os negócios, de crédito e de garantia, a relação entre a conservação da garantia patrimonial do devedor e a responsabilidade civil deve representar-se como uma relação de complementaridade — a declaração de nulidade, a impugnação e a resolução em benefício da massa insolvente não excluem a responsabilidade civil, desde que a responsabilidade civil seja necessária para reparar integralmente os prejuízos dos credores, e a responsabilidade civil não exclui nem a impugnação nem a resolução.

11. O art. 17.º da Directiva 2019/1023/UE, de 20 de Junho de 2019

I. — O art. 17.º da Directiva 2019/1023/UE, de 20 de Junho de 2019, sobre a reestruturação preventiva, cujo n.º 1 determina que,

“... em caso de insolvência posterior do devedor, os prestadores [do novo financiamento e do financiamento intercalar] não podem incorrer em responsabilidade civil [...] com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores, excepto se existirem outros fundamentos previstos no direito nacional”



O considerando 67 explica que “[a]s legislações nacionais em matéria de insolvência ... que estabeleçam que os novos prestadores podem incorrer em sanções civis [...] por concederem crédito a devedores com dificuldades financeiras, poderão comprometer a disponibilização do financiamento necessário para o êxito da negociação e execução de um plano de reestruturação” e o considerando 68, que “... a protecção contra as acções de impugnação pauliana e [de] responsabilidade pessoal constituem garantias mínimas que deverão ser conferidas ao financiamento intercalar e ao novo financiamento”.

Entre os elementos do considerando 67 está a de que “[a] presente directiva não deverá prejudicar outros fundamentos [...] para accionar a responsabilidade civil [...] dos fornecedores de tais financiamentos, tal como previsto no direito nacional”:

“Esses outros fundamentos poderão incluir, entre outros, a fraude, a má-fé, um determinado tipo de relação entre as partes que possa ser associado a um conflito de interesses, como no caso de transacções entre partes relacionadas ou entre os accionistas e a sociedade, ou de transacções em que

²⁶⁹ Sobre a interpretação do art. 17.º da Directiva 2019/1023, de 20 de Junho de 2019, *vide*, por todos, Irene Lynch Fannon, “Article 17”, in: Christoph Paulus / Reinhard Damman (coord.), *European Preventive Restructuring. Directive (EU) 2019/1023 — Article-by-Article Commentary*, C. H. Beck / Hart / Nomos, München / Oxford / Baden-Baden, 2021, págs. 220-229.



uma parte recebeu o valor ou a garantia sem ter direito a eles aquando da transacção ou no modo como foi realizada”.

O confronto entre o art. 17.º e os considerandos da Directiva 2019/1023/UE diz-nos algo sobre duas coisas: — em primeiro lugar, diz-nos algo sobre *aquilo de que se fala, quando se fala de responsabilidade do concedente de crédito pelos danos causados ao conjunto dos credores* e, em segundo lugar, sobre *aquilo que se quer, quando se fala de protecção contra as acções de responsabilidade pelos danos causados ao conjunto dos credores*.

A Directiva 2019/1023/UE, ao falar de *responsabilidade do concedente de crédito pelos danos causados ao conjunto dos credores*, fala-nos de uma responsabilidade extracontratual pela causação *meramente negligente* de danos patrimoniais primários.

O considerando 67 contrapõe o *dolo* e a *negligência*, ao dizer que “[a] presente directiva não deverá prejudicar outros fundamentos [...] para accionar a responsabilidade civil [...] dos fornecedores [dos] financiamentos”, entre os quais se encontram a *fraude* e a *má fé*: a responsabilidade pela causação com *dolo* ou culpa grave de danos ao conjunto dos credores não será, não deverá ser, prejudicada pela directiva, por ser, sempre ou quase sempre, uma responsabilidade com fundamento na *fraude* ou na *má fé*; a responsabilidade pela causação *com culpa leve*, e só a *responsabilidade pela causação com culpa leve de danos ao conjunto dos credores*, será e deverá ser prejudicada.

Em consequência, a Directiva 2019/1023/UE, ao falar de *protecção do concedente ou do prestador de crédito contra as*



ações de responsabilidade pelos danos causados ao conjunto dos credores do devedor financiado, fala-nos (está a falar-nos) de uma *regra* e de uma *excepção* — da regra da *irresponsabilidade* e da excepção da *responsabilidade* pela causação negligente de danos ao conjunto dos credores do devedor financiado.

O art. 17.º da Directiva 2019/1023/UE exige que os Estadosmembros adoptem uma relação de *regra-excepção* em que a regra seja a *irresponsabilidade* e em que a excepção seja a *responsabilidade* pela causação negligente de danos ao conjunto dos credores.

Entre os corolários do facto de a directiva nos falar (estar a falar-nos) de uma responsabilidade extracontratual pela causação negligente de danos patrimoniais primários, de uma *regra* de irresponsabilidade e de uma *excepção* de responsabilidade pela causação negligente de danos, está a distinção entre os sistemas em que haja e em que não haja um princípio geral de *protecção diferenciada dos bens jurídicos*, de que resulta um princípio geral de *não ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários*.

II. — Entre os sistemas em que há um *princípio geral de protecção indiferenciada dos bens jurídicos pessoa, propriedade e património* estão, p. ex., o direito francês e o direito italiano; entre os sistemas em que há um *princípio geral de protecção diferenciada dos bens jurídicos* — e em que, por consequência, há um *princípio geral de não ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários* — está, p. ex., o direito alemão.

A directiva tem como finalidade evitar que, através de aplicação



das grandes cláusulas gerais de responsabilidade do Código Civil francês ou do Código Civil italiano, o concedente ou prestador de crédito fique constituído no dever de indemnizar o conjunto dos credores do devedor financiado. Em França, o problema não chega a pôr-se, por causa do art. L. 650-1 do Código Comercial; em Itália, o problema põe-se, discutindo-se se deverá resolver-se por aplicação directa ou por transposição da directiva para as relações de direito privado ²⁷⁰. Em contrapartida, a directiva não tem como finalidade evitar que, através da aplicação das pequenas cláusulas gerais de responsabilidade do Código Civil alemão, o prestador de crédito fique constituído no dever de indemnizar.

A *regra* da irresponsabilidade do concedente ou do prestador de crédito decorre do § 823, n.º 1, do Código Civil alemão e a *excepção* da responsabilidade, do § 826.

O legislador alemão, aquando da transposição da Directiva 2019/1023/UE, através da Lei sobre os quadros da *estabilização* e da *reestruturação das empresas* de 22 de Dezembro de 2020 (*Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen — StaRUG*), considerou adequado e suficiente fazer um esclarecimento:

A demonstração de que o concedente ou prestador de crédito contribuiu contra os bons costumes para o adiamento da declaração

²⁷⁰ Cf. designadamente Luciano Panzani, “Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze”, in: WWW: <<https://www.dirittobancario.it/art/il-preventive-restructuring-framework-nella-direttiva-20191023-del-20-giugno-2019/>>: “Il vincolo derivante dalla Direttiva sarà comunque direttamente invocabile nel nostro ordinamento anche in difetto di formale recepimento una volta scaduto il termine previsto a tal fine dalla Direttiva”.



de insolvência do devedor (*Insolvenzverschleppung*), ou de que concluiu um acto jurídico (*Rechtshandlung*) com a intenção de prejudicar os credores do devedor [em situação económica difícil — *mit dem Vorsatz einer Benachteiligung der Gläubiger*] não pode decorrer exclusivamente da demonstração de que os autores ou participantes do acto tinham conhecimento de que estava pendente uma reestruturação (*dass die Restrukturierungssache rechtshängig war*) ou de que o devedor [em situação económica difícil] pretendia prevalecer-se de um instrumento de estabilização ou de recuperação (*dass der Schuldner Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens in Anspruch nahm*)²⁷¹.

A Exposição de motivos explicava que a finalidade do § 89, n.º 1, consistia em dar segurança ao concedente ou prestador de crédito e ao devedor, a quem o crédito seja concedido ou prestado:

“O n.º 1 [do § 89 da Lei sobre os quadros da estabilização e da reestruturação das empresas] previne o perigo de a contraparte do devedor [em situação económica difícil] ficar com receio [*sich abschrecken lassen*] por causa da simples pendência de uma reestruturação ou da pretensão de o devedor se prevalecer de instrumentos de estabilização ou de recuperação. A tais circunstâncias, consideradas só por si,

²⁷¹ Sobre a interpretação do § 89, n.º 1, da *Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen — StaRUG* —, vide, p. ex., Mathias Schumacher, anotação ao § 89, in: Mathias Wolgast / Phillip Grauer, *StaRUG Kommentar* (2021), in: < <https://starug.online/starug/teil-2/kapitel-5/89-rechtshandlungen-die-waehrend-der-rechtshaengigkeit-der-> >.



não pode associar-se a demonstração de que o devedor agiu com dolo para prejudicar os credores, ou de que contribuiu para adiar a declaração de insolvência.

[O critério do n.º 1 terá de aplicar-se,] correspondentemente, a uma possível [invalidade do negócio jurídico — prevista no § 138 do Código Civil alemão —] ou responsabilidade [— prevista no § 826 do Código Civil alemão —] com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a contrariedade aos bons costumes da concessão ou da garantia do crédito [...]. A responsabilidade [do concedente ou prestador de crédito] não pode sustentar-se exclusivamente sobre a prova da pendência de uma reestruturação, ou sobre a prova da pretensão de o devedor se prevalecer de um instrumento de estabilização ou de reestruturação” ²⁷².

O texto do § 89 da Lei sobre os quadros da *estabilização* e da *reestruturação das empresas* considera explicitamente os dois requisitos da responsabilidade prevista no § 826 do Código Civil alemão — a *contrariedade aos bons costumes* e o *dolo*.

O concedente ou prestador de crédito não responde pelo facto,

²⁷² Cf. *Gesetzentwurf der Bundesregierung — Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG)*, pág. 214 — consultado in: WWW: <
https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BGBl_SanInsFoG.pdf;jsessionid=5383CD860928CD69A3FDE12B36DEFB73.1_cid334?__blob=publicationFile&v=4 >.



pelo simples facto, de ter conhecimento de que está pendente uma reestruturação ou de que, ainda que não esteja pendente uma reestruturação, o devedor pretende prevalecer-se de um instrumento de estabilização ou de reestruturação por duas razões — o adiamento da declaração de insolvência do devedor não deve sem mais considerar-se *contrário aos bons costumes* e a causação de danos aos credores não deve sem mais considerar-se *dolosa*.

Em rigor, o esclarecimento do § 89 da Lei sobre os quadros da *estabilização e da reestruturação das empresas* era desnecessário — o § 826 do Código civil alemão exige que não haja nenhuma probabilidade razoável, séria, de recuperação do devedor titular de empresa; ora, o facto de estar pendente uma reestruturação, ou de o devedor pretender prevalecer-se de um instrumento de estabilização ou de reestruturação, não significa que não haja nenhuma probabilidade razoável, séria, de recuperação.

As *relações de semelhança* entre o § 823 do Código Civil alemão e o art. 483.º do Código Civil português e entre o § 826 do Código Civil alemão e o art. 334.º do Código Civil português seriam suficientes para que se sustentasse que transposição do art. 17.º da directiva, na parte relativa à responsabilidade civil, era dispensável — a regra da *irresponsabilidade* pela concessão de crédito decorre do art. 483.º do Código Civil e a excepção da *responsabilidade* pela concessão de crédito decorre de uma de duas disposições legais, ou do art. 334.º do Código Civil ou do art. 186.º, em ligação com o art. 189.º, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — *a responsabilidde pela causação, com dolo ou com culpa grave, de danos patrimoniais primários prevista no art. 334.º do Código Civil ou no art. 186.º, em ligação com o art. 189.º, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, ainda que não tenha um*



fundamento especificado na lei, sempre terá fundamento na fraude ou na má fé ²⁷³.

Extraíndo das regras do direito alemão e do direito português um princípio dir-se-á que, *em sistemas em que haja um princípio geral de protecção diferenciada dos bens jurídicos pessoa, propriedade e património e em que, em consequência, haja um princípio geral de não ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários, os concedentes ou prestadores de financiamento não correm o risco de incorrer em responsabilidade civil “com o fundamento de que [os] financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores”, e só com o fundamento de que são prejudiciais para o conjunto dos credores.*

12. (Cont.) O art. 17.º-H do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na redacção da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro

Esquecendo que a transposição do art. 17.º da Directiva 2019/1023(UE, *na parte relativa à responsabilidade civil*, era, em rigor, desnecessária, o n.º 7 do art. 17.º-H do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na redacção da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro, estabelece que “[o]s concedentes do novo

²⁷³ Cf, designadamente cf. Irene Lynch Fannon, “Article 17”, in: Christoph Paulus / Reinhard Damman (coord.), *European Preventive Restructuring. Directive (EU) 2019/1023 — Article-by-Article Commentary*, cit., págs. 226-227 — para o *fraudulent trading* e para o *wrongful trading*, equivalentes funcionais da responsabilidade pela insolvência culposa.



financiamento e do financiamento intercalar não podem incorrer, em virtude desse financiamento, em responsabilidade civil, administrativa ou penal, com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores, salvo nos casos expressamente previstos na lei” ²⁷⁴.

I. — O texto do art. 17.º-H do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas esclarece-nos de que só se aplica a um *financiamento intercalar*, ou a um *novo financiamento*, concedido no quadro de um *processo especial de revitalização*.

O sentido do termo *financiamento intercalar*, ainda que não conste do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, consta do art. 2.º da Directiva 2019/1023/UE. A directiva define-o como “qualquer nova assistência financeira, disponibilizada por um credor já existente ou por um novo credor, que abranja, no mínimo, a assistência financeira prestada durante a suspensão das medidas de execução, e que seja razoável e seja imediatamente necessária para a continuação do funcionamento da empresa do devedor, ou para a sua preservação ou valorização”. Enquanto o financiamento intercalar é prestado durante o período de suspensão, em regra “para apoiar as negociações do plano de reestruturação num

²⁷⁴ Sobre a interpretação do art. 17-º-H do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na redacção da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro, *vide* Catarina Serra, “Enquadrar a recuperação das PME (rectius: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro”, in: *Revista de direito comercial*, ano 5.º (2022), págs. 449-486 (471-477) — in: WWW: <<https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/621d2a2884a03f233379cd46/1646078505501/2022-10+-+0449-0486.pdf> >.



regime de reestruturação preventiva”²⁷⁵, o art. 2.º da directiva define *novo financiamento* como “qualquer nova assistência financeira disponibilizada por um credor já existente ou por um novo credor para executar um plano de reestruturação e que esteja prevista nesse plano de reestruturação”.

Estabelecido o alcance do novo n.º 7 do art. 17.º-H, deverá esclarecer-se o seu sentido: que significa dizer-se que “[o]s concedentes do novo financiamento e do financiamento intercalar não podem incorrer, em virtude desse financiamento, em responsabilidade civil [...], *com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores*”? Que significa dizer-se que “[o]s concedentes do novo financiamento e do financiamento intercalar não podem incorrer, em virtude desse financiamento, em responsabilidade civil [...], *salvo nos casos expressamente previstos na lei*”?

II. — Entre o art. 17.º da Directiva e o art. 17.º-H do Código da insolvência e da Recuperação de Empresas há uma diferença: o art. 17.º da Directiva ressalva os *fundamentos previstos no direito nacional*; o art. 17.º-H do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ressalva os *casos expressamente previstos na lei*.

O art. 17.º da Directiva 2019/1023/UE, ao ressaltar os *fundamentos previstos no direito nacional*, não distingue consoante as normas jurídicas relevantes se configurem de um modo mais genérico ou de um modo mais específico — de um modo mais genérico, através de uma formulação das previsões normativas que

²⁷⁵ Cf. art. 6.º, n.º 1, da Directiva 2019/1023/UE, de 20 de Junho de 2019.



“abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”²⁷⁶, ou de um modo mais específico, através de uma formulação das previsões normativas que abrange só um grupo de casos; “circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”²⁷⁷.

O n.º 7 do art. 17.º-H do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, ao ressaltar os *casos expressamente previstos na lei*, distingue, ou dá a impressão de distinguir, as normas que se configurem de um modo mais genérico e as disposições que se configurem de um modo mais específico — o termo *casos expressamente previstos na lei* sugere que se exige uma configuração ou uma elaboração *casuística*²⁷⁸.

independentemente da diferença entre *casos e fundamentos*, o art. 17.º da Directiva ressalva *casos ou fundamentos previstos no direito nacional*, sem distinguir se os fundamentos são previstos pela lei ou pela jurisprudência, e o n.º 7 do art. 17.º-H do Código da insolvência e da Recuperação de Empresas só ressalva *casos previstos na lei*.

O *abuso do direito* do art. 334.º do Código Civil é uma cláusula geral; daí que só com dificuldade se coordene ao conceito de *casos expressamente previstos*; a *responsabilidade pelo abuso do direito* do art. 334.º do Código Civil é uma cláusula geral admitida e

²⁷⁶ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico* (título original: *Einführung in das juristische Denken*), 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág. 229.

²⁷⁷ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., pág. 228 — contrapondo as *cláusulas gerais* e a *elaboração casuística*.

²⁷⁸ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., pág. 228.



reconhecida pela jurisprudência — daí que só com dificuldade se coordene ao conceito de *casos expressamente previstos*, i.e., admitidos e reconhecidos, *pela lei*.

O problema agravar-se-ia desde que devesse abandonar-se a *norma escrita* do art. 334.º do Código Civil em favor de uma *norma não escrita* "dirigida a salvaguardar o mínimo ético-jurídico no relacionamento entre os membros da comunidade jurídica"²⁷⁹ — em lugar de uma *cláusula geral* admitida e reconhecida pela lei, haveria tão-só uma *cláusula geral* admitida e reconhecida pela doutrina e, porventura, pela jurisprudência²⁸⁰.

O resultado de uma aplicação rigorosa do n.º 7 do art. 17.º-H do Código da insolvência e da Recuperação de Empresas seria em todo o caso *absurdo* — o concedente de crédito não poderia ser responsabilizado, ainda que o concedente causasse dolosamente danos contra os bons costumes (ou contra o mínimo ético-jurídico necessário).

²⁷⁹ Cf. Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, págs. 164-174, nota n.º 121: "[a] liberdade de acção dos sujeitos não está dependente, no direito civil, de permissões, por isso que é a *regra*, pelo que as proibições não são restrições ulteriores ou de grau diferente a uma autorização ou reconhecimento específico previamente dados, mas *limitações que definem logo o âmbito originário dessa liberdade*".

²⁸⁰ Como se diz, p. ex., no acórdão do STJ de 8 de Setembro de 2016, proferido no processo n.º 1952/13.6TBPVZ.P1.S1 e relatado pela Conselheira Maria da Graça Trigo, "... convocar *uma proibição destinada a assegurar o mínimo ético-jurídico no relacionamento entre os membros da comunidade jurídica*", independentemente de se encontrarem ou não inseridos em relações contratuais, conduz[] a soluções práticas idênticas às que resultam do recurso ao art. 334.º do Código civil".



III. — Evitando um resultado *absurdo*, deve fazer-se uma *interpretação correctiva* do novo n.º 7 do art. 17.º-H do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

A *interpretação correctiva* do novo n.º 7 do art. 17.º-H deverá concretizar-se na interpretação *restritiva* da sua primeira parte, em que se consagra a regra de que “[o]s concedentes do novo financiamento e do financiamento intercalar não podem incorrer, em virtude desse financiamento, em responsabilidade civil [...], com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores”.

Em consonância com o art. 17.º e com o considerando 67 da Directiva 2019/1023/UE, o novo n.º 7 do art. 17.º-H do Código da Insolvência não deverá aplicar-se à responsabilidade pela causação *dolosa* de danos patrimoniais primários e, dentro da responsabilidade pela causação *negligente* de danos patrimoniais primários, não deverá aplicar-se à responsabilidade pela *negligência grosseira, escandalosa ou intolerável* ²⁸¹.

Em complemento de uma interpretação restritiva da *regra*, a interpretação correctiva do novo n.º 7 do art. 17.º-H do Código da Insolvência deverá concretizar-se na interpretação extensiva da *excepção à regra* para os casos expressamente previstos na lei.

²⁸¹ Em termos em tudo semelhantes, Catarina Serra, “Enquadrar a recuperação das PME (rectius: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro”, cit., pág. 474 — concluindo que, “[b]em interpretada esta parte do preceito, verifica-se que o que se trata é de evitar que um acto possa ser considerado ineficaz ou inválido ou que um sujeito possa ser constituído em responsabilidade *sem mais* ou *pelo mero facto* de o acto ou a conduta em questão causarem prejuízo aos credores”.



Em consonância com o art. 17.º e com o considerando 67 da Directiva 2019/1023/UE, o novo n.º 7 do art. 17.º-H do Código da Insolvência não deverá aplicar-se à responsabilidade cujos *fundamentos especiais* estejam *admitidos e reconhecidos no direito português*, ainda que não estejam *expressamente previstos na lei*.

O n.º 7 do art. 17.º-H deixará de aplicar-se (deverá deixar de aplicar-se), designadamente, desde que haja *fraude* ou *má fé* — o concedente do financiamento poderá e deverá incorrer em responsabilidade civil pelos danos causados, *com dolo ou com culpa grave*, ao conjunto dos credores do devedor financiado desde que estejam preenchidas as *cláusulas gerais* do abuso do direito ou da ofensa do “mínimo ético-jurídico [necessário] no relacionamento entre os membros da comunidade jurídica”.

Em termos em tudo semelhantes aos do § 89 da Lei alemã sobre os quadros da *estabilização* e da *reestruturação das empresas*, será tão-só de averiguar se deveria ou não esclarecer-se que o facto de o concedente ou prestador de crédito ter conhecimento de que o devedor apresentou o requerimento previsto no art. 17.º-C do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, ou de que o devedor pretende apresentar o requerimento previsto no art. 17.º-C do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, é só por si insuficiente para que se dê por preenchido o requisito de que a concessão de crédito seja contrária aos bons costumes, ofensiva do “mínimo ético-jurídico [necessário] no relacionamento entre os membros da comunidade jurídica” ou imputável ao concedente ou prestador de crédito a título de dolo ou de culpa grave.

O resultado de uma interpretação correctiva do art. 17.º-H, n.º 7, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na



redacção da Lei n.º 9/2022, é, na expressão de Catarina Serra, uma certa *permanência*, uma certa *permanência operacional*, dos princípios e regras fundamentais do direito da responsabilidade civil:

“[p]ermanecem [...] ‘operacionais’ [...] os fundamentos habituais da responsabilidade dos sujeitos no Direito português, o que significa que há — continua a haver — responsabilidade civil por prejuízo causado aos credores quando o sujeito adopte uma conduta qualificada (i.e., tenha agido com dolo ou culpa grave)”²⁸²

13. A responsabilidade do banco pela concessão de crédito dentro dos quadros do direito comum

O art. 334.º do Código Civil diz que “[é] ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Embora o texto do art. 334.º não o diga, deve interpretar-se *extensivamente*, como se dissesse que aquele que, com dolo ou culpa grave, violar manifestamente os limites

²⁸² Catarina Serra, “Enquadrar a recuperação das PME (rectius: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro”, cit., pág. 475 — continuando com a conclusão de que, “no caso do Direito Português, a menção ‘*salvo nos casos expressamente previstos na lei*’ era dispensável. De facto, relativamente à responsabilidade civil e à generalidade das causas (impostergáveis) de ineficácia e invalidade dos actos, tudo se passa, no essencial, como seria de esperar”.



impostos pela boa fé ou pelos bons costumes ficará obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

Os credores, ainda que não tenham o dever de requerer a declaração de insolvência, podem responder por um comportamento contrário aos bons costumes desde que impeçam ou dificultem a declaração de insolvência do seu cliente-devedor.

I. — Menezes Cordeiro chamava a atenção para que, entre o direito francês e o direito português há uma grande diferença *técnica* — o Código Civil francês não distingue a ilicitude e culpa, confundindo-as no conceito de *faute* — e para que, entre o direito alemão e o direito português não há diferença técnica alguma — como o Código Civil português, o Código Civil alemão distingue a ilicitude e a culpa —; para que, entre o direito francês e o direito português há uma grande diferença *teleológica* e *valorativa* e para que, entre o direito alemão e o direito português há tão-só uma pequena diferença — como o Código Civil português, o Código Civil alemão preocupa-se em enunciar um critério preciso, para não pôr em perigo nem a certeza nem a segurança.

Em consequência, Menezes Cordeiro propunha uma interpretação do direito português inspirada pelo direito alemão, para sustentar que a responsabilidade extracontratual dos bancos pela concessão de crédito a um cliente deveria depender de duas coisas.

Em primeiro lugar, deveria depender do dolo, e de um dolo interpretado em termos particularmente restritivos, como *intenção*



de prejudicar ²⁸³. Em segundo lugar, deveria depender de uma ofensa aos *bons costumes* ou de uma ofensa à *ordem pública* ²⁸⁴.

Os bancos só responderiam pela concessão de crédito desde que, atentando dolosamente contra os *bons costumes* ou contra a ordem pública, tivessem concedido o crédito para prejudicar os demais credores ²⁸⁵. Os casos de ofensa aos *bons costumes* caracterizar-se-iam sempre ou quase sempre pelo *desrespeito da deontologia profissional*. Menezes Cordeiro fala de uma “particular deontologia profissional” ²⁸⁶. Os casos de ofensa à *ordem pública*, esses, caracterizar-se-iam sempre pelo desrespeito de princípios ou de valores fundamentais da ordem jurídica. “[Só] seria responsabilizado o banqueiro que, atentando dolosamente contra princípios fundamentais da ordem jurídica ou contra uma particular

²⁸³ Em rigor, o requisito de que haja uma *intenção de prejudicar* exclui a responsabilidade por *dolo eventual*. Excluir a responsabilidade por dolo eventual, exigindo o dolo directo ou o dolo necessário, é contudo ir mais longe que o direito alemão [cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 96], e ir mais longe que o direito alemão é provavelmente ir longe de mais.

²⁸⁴ Concordando com a aplicação do requisito da ofensa aos *bons costumes* ou à ordem pública, contestando contudo a restrição da responsabilidade, por aplicação do requisito da *intenção de prejudicar*, vide Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito”, cit., pág. 53: “Quando o banqueiro agiu com a finalidade (legítima) de satisfazer os seus interesses e os do seu cliente, mas com o objectivo (*ou a consciência*) de prejudicar terceiros, o acto deve ser assumido ou sancionado por outro modo (responsabilidade civil, acção pauliana)”.

²⁸⁵ António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, cit., pág. 421.

²⁸⁶ António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, cit., pág. 426.



deontologia profissional — que não surge especificada — concedesse crédito a outrem para prejudicar terceiros”²⁸⁷.

O facto de a responsabilidade pela concessão de crédito depender do dolo, de uma ofensa aos bons costumes ou de uma ofensa à ordem pública faria com que os casos considerados correspondessem a hipóteses académicas, cuja concretização seria difícil ou impossível. “não se v[eria] como, na prática, p[udessem] ocorrer semelhantes prevaricações e — ainda mais — como elas p[udessem] ser demonstradas”.

Correspondendo os casos considerados a hipóteses académicas, cuja concretização seria difícil ou impossível, a responsabilidade dos bancos pela concessão de crédito seria porventura relevante teoria e irrelevante, ou quase irrelevante, na prática.

“Pode[ria] ... concluir-se que, à semelhança do que sucede na experiência alemã, uma responsabilização do banqueiro por danos causados a terceiros, contra os bons costumes ou contra a ordem pública, é uma possibilidade teórica, com pouca substância prática”²⁸⁸.

Existindo um atentado contra os bons costumes, ou um excesso

²⁸⁷ António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, cit., pág. 426.

²⁸⁸ Cf. António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, cit., págs. 427-428. — Entre a dificuldade e a impossibilidade *prática* de concretização de um caso haverá contudo uma *diferença*.



manifesto dos limites impostos pelos bons costumes, a responsabilidade resultaria da violação do dever de não prejudicar terceiro “celebrando negócios por que se contrariasse aspectos deontológicos”²⁸⁹. Existindo um excesso manifesto dos limites impostos pela ordem pública, ela resultaria de uma violação do dever de não prejudicar terceiros, celebrando negócios por que se contrariasse princípios e valores fundamentais da ordem jurídica. “[O] comércio bancário processar-se-ia contra valores básicos injuntivos, impondo, p. ex., actividades ilícitas ao utente ou assentando, quiçá, em discriminações de tipo rácico”²⁹⁰.

Independentemente do conteúdo das cláusulas gerais da *boa fé*, dos *bons costumes* e da *ordem pública* do art. 334.º, há algum consenso em que a responsabilidade extracontratual dos bancos pela concessão de crédito está “pelo menos bastante próximo da hipótese de violação do crédito por parte de terceiros”²⁹¹ e que, por estar “bastante próximo da hipótese de violação do crédito por parte de terceiros”, deveria “ser chamado à colação o abuso do direito [...] por via da ofensa aos bons costumes”^{292 293}.

²⁸⁹ António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, cit., pág. 427.

²⁹⁰ António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, cit., pág. 427.

²⁹¹ Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 555 (nota n.º 347).

²⁹² Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 555-556 (nota n.º 347).

²⁹³ Concordando com Sinde Monteiro, *vide*, p. ex., Almeno de Sá, *Responsabilidade bancária*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 114 (nota n.º 97), ou Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro*



II. — Entrando na interpretação do art. 334.º do Código Civil deve atender-se à distinção entre as três hipóteses de abuso — o excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé, o excesso manifesto dos limites impostos pelos bons costumes e o excesso manifesto dos limites impostos pelo fim social ou económico do direito ²⁹⁴.

A primeira e a terceira hipóteses — excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé e excesso manifesto dos limites impostos pelo fim, económico ou social, do direito actuado, da faculdade ou da liberdade exercidas — devem considerar-se irrelevante para efeitos de responsabilidade extracontratual. Estando em causa a primeira hipótese, falta muito para que possa sustentar-se a tipicidade e a ilicitude: falta a *ligação especial* entre

perante os credores da empresa financiada, cit., págs. 132 ss. — Menezes Cordeiro, ainda que não chame ao caso o art. 334.º, dá alguns indícios da sua preferência pelos resultados práticos da sua aplicação, ao afirmar o princípio geral de que, “[n]a concessão de crédito, o banqueiro deve abster-se de prejudicar terceiros, atentando contra os bons costumes ou contra a ordem pública” [cf. António Menezes Cordeiro (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), *Direito bancário*, cit., pág. 427].

²⁹⁴ Em relação a cada uma das três hipóteses, “a expressão [excesso *manifesto*] [...] redundava num apelo à prudência na apreensão e compreensão dos limites”, ainda que, “em si mesma e desligada de uma compreensão global quanto ao fundamento do instituto”, de pouco contribua para a sua densificação [Tatiana Guerra de Almeida, anotação ao art. 334.º, in: Luís Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença (coord.), *Código Civil anotado*, vol. I — *Parte geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, págs. 784-789 (786)].



lesante e lesado requerida pelo princípio da boa fé ²⁹⁵ e, ainda que se superasse o requisito da *ligação especial* ²⁹⁶, sempre faltaria a *fundamentação* ou *justificação* teleológica e sistemática para a *flexibilização* do sistema ²⁹⁷. Estando em causa a terceira hipótese, falta ainda mais (falta quase tudo) — o art. 334.º do Código Civil aplica-se sobretudo aos casos em que seja actuada a *liberdade geral de acção*, e o fim económico ou social da *liberdade geral de acção* é absolutamente indeterminado.

Em consequência, falta a *valoração* subjacente ao *direito*, subjacente à *faculdade* ou à *liberdade* — “[f]alta a base segura para

²⁹⁵ Vide por todos Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 549: “... entre os sujeitos não existe uma relação ou relacionamento especial, pressuposto normalmente requerido para a actuação do princípio da boa fé”.

²⁹⁶ Como, em geral, explica Sinde Monteiro, o requisito da *ligação especial* é superável e, desde que fosse *superado*, o excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé poderia relevar como *previsão* ou como *tipo* de responsabilidade extracontratual: “nada impede, em definitivo, que, prescindido-se da exigência de uma ‘relação especial’ ou sequer de um ‘contacto social especialmente qualificado, se pretenda chamar a terreiro o ‘excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé’ para sindicar a ilicitude delitual” [“Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III — *Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 453-481 (480)].

²⁹⁷ Vide por todos Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., págs. 480-481; ou António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII — *Direito das obrigações. — Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pág. 455 — com a conclusão de que “[a] boa fé surge, cultural e cientificamente, como um instituto da áres obrigacional (ou contratual): não da área aquiliana”, pelo que não é necessária ou, ainda que fosse necessária, não seria adequada ao chamado “campo aquiliano”.



a ponderação teleológica”²⁹⁸

A responsabilidade extracontratual pelo *excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé*, ou pelo *excesso manifesto dos limites impostos pelo fim económico ou social da faculdade ou da liberdade exercidas*, frustraria a função de limitação da responsabilidade subjacente ao sistema dos arts. 483.º e 334.º do Código Civil.

A discricionariedade do aplicador do direito tornar-se-ia tão grande que ficariam esvaziadas de sentido “[a]s exigências colocadas em termos gerais para a existência de ilicitude”²⁹⁹. O equilíbrio entre a protecção dos bens jurídicos do lesado e a protecção da liberdade do lesante, procurado pelo legislador, seria substituído por uma ampliação desproporcionada da primeira, da protecção dos bens jurídicos do lesado, e por uma restrição desproporcionada da segunda, da liberdade do lesado — em lugar de se proporcionar, a cada sujeito, uma “isenção do risco de responsabilidade”, dentro de “zonas razoáveis de liberdade”³⁰⁰, retirar-se-lhe-ia toda e qualquer isenção do risco.

Evitando a *frustração* das funções e a *substituição* do equilíbrio pelo desequilíbrio do sistema, deve excluir-se a *remissão* para o excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé³⁰¹ ou para o

²⁹⁸ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 548.

²⁹⁹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., pág. 480.

³⁰⁰ Manuel Carneiro da Frada, *Direito civil. Responsabilidade civil — O método do caso*, cit., págs. 75-76.

³⁰¹ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., pág. 480: “*De lege lata*, tendo em conta as características do sistema delitual



excesso manifesto dos limites impostos pelo fim, económico ou social, da faculdade ou da liberdade exercidas ³⁰² — a responsabilidade extracontratual por abuso do direito será essencialmente uma responsabilidade extracontratual pelo excesso manifesto dos limites impostos pelos bons costumes ³⁰³.

a) O conceito de *bons costumes*, para que remete o art. 280.º, n.º 1, do actual Código Civil, corresponde sensivelmente ao conceito de *moral pública* para que remetia o art. 671.º do antigo Código Civil (de 1867) ³⁰⁴; designa o conjunto das regras morais aceites pela

português, não parece fazer sentido o chamamento do princípio da boa fé para efeitos de definição da ilicitude”.

³⁰² Em todo o caso, e embora o resultado seja hoje consensual ou quase consensual, de tal forma que “[d]ificilmente algum jurista defenderá uma posição com esta exacta latitude no momento presente”, Sinde Monteiro adverte para a possibilidade de uma reinterpretação dos arts. 483.º e 334.º, por que se *perturbe* o equilíbrio proporcionado pelas três *pequenas cláusulas gerais*, designadamente através de uma reconstrução dos conceitos de tipicidade e de ilicitude por que se dê relevância à *boa fé*: “deve reconhecer-se que é uma possibilidade em aberto para o futuro, dada a técnica utilizada pelo legislador português na regulação destas matérias” (“Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., pág. 480).

³⁰³ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 550: “Como essencial, para efeitos de responsabilidade civil, aparece a segunda vertente”.

³⁰⁴ Cf. designadamente Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 558: “O sentido desta exigência [ou seja, da exigência de que o acto não seja *ofensivo dos bons costumes*] é o mesmo da fórmula ‘*não contrariedade à moral pública*’ do Código de Seabra”.



consciência social ³⁰⁵, ou então o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, correctas, de boa fé, num dado ambiente e num certo momento ³⁰⁶.

Explicando o art. 671.º do antigo Código Civil, Manuel de Andrade dizia que “[n]ão se trata de usos ou práticas morais, mas de *ideias* ou *convicções morais*; não da moral que se observa e se pratica (*mores*), mas daquela que se entende dever ser observada (*bonos mores*)”; “[n]ão se trata tão-pouco da *moral subjectiva* ou pessoal do juiz, antes sim da *moral objectiva* e precisamente da que *corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social*”; “[n]ão se trata [...] da moral transcendente, religiosa ou filosófica, mas da moral positiva (*hoc sensu*)” ³⁰⁷ — e, explicando o art. 280.º do actual Código Civil, Carlos Alberto da Mota Pinto escreve que

“[n]ão se trata de remeter o juiz para uma averiguação empírica dos usos, pois remete-se para os bons usos, mas também não se faz apelo a uma ética ideal, de carácter

³⁰⁵ Cf. Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II — *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 1974 (reimpressão), pág. 341.

³⁰⁶ Cf. Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., pág. 559.

³⁰⁷ Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II — *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, cit., pág. 341.



eterno”³⁰⁸ ³⁰⁹.

b) A remissão contida no conceito de bons costumes desenvolve-se em dois sentidos.

Em primeiro lugar, deve distinguir-se entre uma *remissão interna* e uma *remissão externa* — uma *remissão interna*, para princípios de valoração imanentes à ordem jurídica, e uma *remissão externa*, para princípios de valoração transcendentais à ordem jurídica; para princípios de valoração que devem procurar-se na *ordem ética*, na *ordem moral* ou na *ordem social*³¹⁰. Em segundo lugar, entre os elementos da *remissão externa*, para a ordem moral ou social, deve distinguir-se entre a ética individual e a ética social.

Os bons costumes podem ser considerados pelo prisma de uma ética individual ou de uma ética social, de ordenação³¹¹; a contrariedade aos bons costumes pode resultar da ofensa a uma *ética individual* ou da ofensa a uma *ética social*, da ofensa a uma

³⁰⁸ Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, cit., págs. 558-559.

³⁰⁹ Os dois últimos parágrafos reproduzem, em parte, a fundamentação de direito do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 2019 — processo n.º 261/14.8TBVCD.P1.S1.

³¹⁰ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 550: “O juízo de que um comportamento é contrário, ofensivo dos bons costumes, contém uma desaprovação dirigida à ‘moral social ou negocial’ dominante”.

³¹¹ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., pág. 464 — falando dos “princípios de boa ordenação de uma sociedade”.



“ética de ordenação”³¹²; e, entre os elementos de uma ética social, de ordenação, deve colocar-se os (chamados) deveres deontológicos³¹³, ou seja, deve colocar-se os deveres fundamentais das diversas actividades ou das diversas profissões³¹⁴.

III. — Entre a cláusula delitual explicitamente consagrada no § 826 do Código Civil alemão e a cláusula delitual implicitamente contida no art. 334.º do Código Civil português há uma semelhança. Exige-se uma ilicitude qualificada e uma culpa qualificada, em termos tais que só haverá responsabilidade em casos excepcionais³¹⁵, caracterizados pelo preenchimento de pressupostos particularmente rigorosos³¹⁶. Entre as duas cláusulas delituais há, em todo o caso, uma dissemelhança, uma pequena dissemelhança.

O § 826 do Código alemão restringe a discricionariedade do

³¹² Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 553 (nota n.º 340); ou “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., pág. 464.

³¹³ António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão), pág. 1222.

³¹⁴ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., pág. 464.

³¹⁵ Expressão de Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., pág. 59. — A autora alega que as razões justificativas da não ressarcibilidade são duas, são sobretudo duas, a protecção da concorrência e da liberdade contratual, “numa medida aceite pela ordem jurídica”, e que, consideradas as duas razões justificativas do princípio, a responsabilidade pela concessão de crédito deveria ser reservada para casos excepcionais

³¹⁶ Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 555 (nota n.º 347).



aplicador do direito, só lhe permitindo intervir em caso de dolo; o art. 334.º do Código português, esse, amplia a sua discricionariedade, permitindo-lhe intervir em casos de negligência e, em especial, em casos de negligência grosseira: "ao intérprete fica alguma margem de manobra para admitir que também noutras situações, para além destes casos indiscutíveis, são manifestamente excedidos os limites impostos pelos bons costumes" ³¹⁷.

Em face do direito alemão, a responsabilidade extracontratual pela concessão de crédito será sempre uma responsabilidade por dolo; em face do direito português, poderá ser uma responsabilidade por dolo ou uma responsabilidade por negligência, desde que grosseira; só não poderá ser uma responsabilidade por negligência simples. — O comportamento abusivo terá de ser um "comportamento particularmente grave" ³¹⁸

³¹⁷ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Obrigações — Aditamentos (Direito delitual)*, policop., Coimbra, 1994, pág. 8; Jorge Sinde Monteiro / Rui Manuel Moura Ramos / Heinrich Ewald Hörster, "Landesbericht — Portugal", in: Christian von Bar (org.), *Deliktsrecht in Europa — Systematische Einführungen, Gesetztexte, Übersetzungen*, C. F. Heymans, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994, págs. 1-60 (13). O direito civil português confirma assim a asserção de Rodolfo Sacco de que o recurso à doutrina do abuso do direito resulta das "peculiaridades [de alguns países — p. ex., da Alemanha e de Portugal] na sistematização dos danos relevantes na área da responsabilidade civil" ["L'esercizio e l'abuso del diritto", in: Guido Alpa / Michele Graziadei / Attilio Guarneri / Ugo Mattei / Pier Giuseppe Monateri / Rodolfo Sacco, *Il diritto soggettivo*, in: Rodolfo Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 2001, págs. 279-373 (373)].

³¹⁸ Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., págs. 150-151.



O art. 334.º do Código Civil português, convocando conceitos indeterminados como *boa fé* ou *bons costumes*, exclui prática e juridicamente uma fixação completa, definitiva e exaustiva, de *grupos de casos* ou de *tipos de casos*: — “em última análise, serão

³¹⁹ Em diálogo com Helmut Coing, Sinde Monteiro chamava a atenção para as “difíceis circunstâncias em que as decisões têm de ser tomadas, em situações de crise”; dava conta de que Coing “entend[ia] ser materialmente adequada a exigência de dolo de lesão, aparecendo como demasiado severa uma responsabilidade por mera culpa, sobretudo por culpa leve”; e, depois de dar conta de que Coing entendia ser materialmente adequada a exigência de dolo de lesão, escrevia “Não temos dúvidas em acompanhar este autor quanto ao último aspecto, mas suscita-nos algumas reservas a exigência de prova dos elementos do dolo eventual” [*Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 556 (nota n.º 347)]. Embora Margarida Azevedo de Almeida tenda a interpretar o trecho citado no sentido que, entre os pressupostos, particularmente rigorosos, da responsabilidade dos bancos estaria o dolo, e o dolo de lesão (cf. *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., pág. 27), estou convencido de que significa que Sinde Monteiro entende que deve ir-se mais longe que a culpa simples, exigindo-se uma culpa qualificada, e que não deve ir-se longe de mais, exigindo-se o dolo. A afirmação de Sinde Monteiro de que não tem dúvidas em acompanhar Coing quanto ao “último aspecto” parece-me referir-se à ideia de que uma responsabilidade por mera culpa, “sobretudo por culpa leve”, seria desadequada, por demasiado severa, e não propriamente à ideia de que uma responsabilidade por dolo, sobretudo por dolo de lesão, seria “materialmente adequada”. O facto de Sinde Monteiro continuar dizendo que lhe suscita “algumas reservas” a exigência de prova dos pressupostos do dolo, ainda que só de um dolo eventual, confirma a convicção de que não será necessário o dolo eventual para que haja responsabilidade e, *a fortiori*, de que não serão necessários o dolo necessário ou o dolo directo.



sempre decisivas as circunstâncias do caso concreto”³²⁰. O comportamento do banco só poderá ser considerado abusivo desde que seja *particularmente grave*, e só poderá ser considerado particularmente grave em “circunstâncias especiais”³²¹.

O aplicador do direito deve ter em consideração que o banco pode e deve “tomar a sério os seus próprios interesses”³²²; deve ter em consideração, p. ex., que a concessão de crédito não é contrária aos bons costumes só porque o banco dá crédito a empresas em dificuldades; que não é contrária aos bons costumes só porque o banco recebe garantias de empresas em dificuldades³²³ e / ou que não é contrária aos bons costumes só porque o banco dá crédito e recebe garantias para prosseguir os seus interesses³²⁴.

Como o comportamento do banco só poderá ser considerado abusivo, “particularmente grave”, em circunstâncias especiais, faz em todo o caso sentido uma *fixação incompleta, não exaustiva*, de grupos ou de tipos de casos com uma configuração *exemplar*.

O facto de o art. 334.º do Código Civil português não exigir, pelo

³²⁰ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, 3.ª ed., de Gruyter, Berlin / New York, 1988, pág. 95.

³²¹ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 96.

³²² Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 96.

³²³ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 91.

³²⁴ Em regra, o banco, como credor que recebe uma garantia (*Sicherungsnehmer*), não terá um dever de consideração dos interesses dos demais credores do cliente que presta a garantia (*Sicherungsgeber*) — cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 91.



menos, expressamente o dolo ³²⁵ permite uma ponderação entre os *elementos objectivos* e os *elementos subjectivos* da responsabilidade pelo *abuso do direito* — p. ex., entre os elementos objectivos, relacionados com a *contrariedade aos bons costumes*, e os elementos subjectivos, relacionados com a *culpa* no comportamento *contrário aos bons costumes*.

Quando o *peso* do elemento subjectivo seja maior, seja superior àquilo que é *normal*, poderá admitir-se a responsabilidade ainda que o *peso* do elemento objectivo seja menor; quando o *peso* do elemento objectivo seja maior, superior àquilo que é *normal*, poderá admitir-se a responsabilidade ainda que o *peso* do elemento subjectivo seja menor — poderá admitir-se, p. ex., que o lesante responda por *culpa grave*, só por *culpa grave* ³²⁶.

Em regra, em toda a regra, a consciência de que o devedor está em situação de insolvência é a *consciência da possibilidade de prejudicar os credores* — o banco, como *dador de crédito* ou *financiador*, deverá responder, e deverá responder por *dolo*, ainda que tão-só por *dolo eventual*, desde que tenha consciência de que o devedor está em situação de insolvência. O *peso* acrescido ou

³²⁵ O conceito de *dolo* deve interpretar-se de forma a abranger a *intenção de prejudicar*, a *consciência de prejudicar* e a *consciência da possibilidade de prejudicar os credores*: caso haja intenção de prejudicar o dolo será directo; caso haja consciência de prejudicar, o dolo será necessário e, caso haja consciência da possibilidade de prejudicar, será eventual.

³²⁶ Entre os argumentos a favor de uma atenuação dos requisitos subjectivos da responsabilidade prevista no § 826 está o de que o requisito do *dolo* significaria um *privilégio* para as condutas gravemente negligentes, e o privilégio é *injustificado* [cf. Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., págs. 207-208].



reforçado do elemento subjectivo — concretizado, p. ex., na prova de que o dador de crédito pretendeu, *exclusiva ou essencialmente*, causar uma desvantagem aos credores — pode fazer com que não seja necessária a intenção de conseguir uma vantagem para si; o *peso* acrescido ou reforçado do elemento objectivo — concretizado, p. ex., na prova de que o dador de crédito pretendeu, essencialmente, *e a todo o custo*, conseguir uma vantagem para si — pode fazer com que não seja necessário o *dolo* e seja suficiente uma culpa grave ³²⁷.

14. A responsabilidade do banco pela concessão de crédito fora dos quadros do direito comum

O art. 334.º do Código Civil deverá coordenar-se com as disposições dos arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais, dos arts. 18.º e 19.º e dos arts. 186.º e 189.º, n.ºs 2 e 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ³²⁸.

³²⁷ Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., pág. 153.

³²⁸ Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Case 11 — Portugal”, in: Marta Infantino / Eleni Zervogianni (coord.), *Causation in European Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, págs. 431-434.



15. (Cont.) A responsabilidade do banco como administrador da empresa financiada — arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais

O art. 79.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais determina que “[o]s [...] administradores [...] respondem [...], nos termos gerais, para com [...] terceiros pelos danos que directamente lhes causarem no exercício das suas funções” e o art. 78.º, n.º 1, determina que “os [...] administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos”. Embora o critério de coordenação entre o art. 78.º, n.º 1, e o art. 79.º, n.º 1, não seja absolutamente claro, estamos em crer que o art. 79.º, n.º 1, contém um regime geral, ou uma remissão para o regime geral, de responsabilidade dos administradores pelos danos causados a todos os terceiros e o art. 78.º, n.º 1, um regime especial de responsabilidade dos administradores pelos danos causados a alguns terceiros — aos credores sociais (= aos credores da sociedade administrada).

I. — O termo *administradores* dos arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais abrange *todos* os administradores, de direito e de facto ³²⁹; abrange os administradores de direito, com

³²⁹ Cf. António Menezes Cordeiro, “Introdução [aos arts. 71.º-84.º]”, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2011, págs. 270-276 (276); Jorge Manuel Coutinho de Abreu / Maria Elisabete Gomes Ramos, anotação ao art. 72.º, in: Jorge Manuel



designação ³³⁰ ou com título ³³¹, e abrange os administradores de facto, sem designação ou título ou, pelo menos, sem designação ou título *legítimos* ³³².

Embora o banco não seja normalmente administrador de direito, não tenha normalmente a designação ou o título necessários para agir em nome da sociedade, poderá ser administrador de facto — poderá ter o *poder de facto* necessário para determinar o comportamento de quem tenha designação ou título. Entre os

Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I — *Artigos 1.º a 84.º*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, págs. 837-855 (843-845); Ricardo Costa, anotação ao art. 80.º, in: Jorge Manuel Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I — *Artigos 1.º a 84.º*, cit., págs. 914-922; Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Cadernos do IDET — n.º 5, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, págs. 99-110.

³³⁰ Cf. António Menezes Cordeiro, “Introdução [aos arts. 71.º-84.º]”, cit., pág. 276: “Administrador de facto traduz a situação na qual uma pessoa, sem decorrência de qualquer designação legítima, exerce as funções de administração”.

³³¹ Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu / Maria Elisabete Gomes Ramos, anotação ao art. 72.º, cit., pág. 107: “administrador de facto (em sentido amplo) [é] quem, sem título bastante, exerce, directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade”.

³³² O art. 80.º do Código das Sociedades Comerciais confirma que os arts. 72.º, 78.º e 79.º devem ser interpretados em termos de abranger os administradores de facto, dizendo, como diz, que “as disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes e administradores aplicam-se a outras pessoas, a quem sejam confiadas funções de administração” [sobre a relevância dos argumentos retirados do art. 80.º, vide António Menezes Cordeiro, anotação ao art. 80.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código das Sociedades Comerciais anotado*, cit., págs. 292-292; Ricardo Costa, anotação ao art. 80.º, cit., págs. 914-922; ou Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., págs. 106-107].



administradores de facto deve distinguir-se as pessoas que foram designadas através de um acto inválido, nulo ou anulado; as pessoas que não foram designadas e que, ainda que não tenham sido designadas, agem em nome e por conta da sociedade; e, finalmente, as pessoas que, ainda que não ajam em nome ou por conta da sociedade, exercem o poder dentro da sociedade ³³³, determinando o comportamento dos administradores de direito.

Em primeiro lugar, há pessoas que foram designadas através de um acto inválido, nulo ou anulado. Menezes Cordeiro chama-lhes administradores ilegítimos ³³⁴ e Coutinho de Abreu chama-lhes administradores aparentes ³³⁵. Em segundo lugar, há pessoas que não foram designadas e que, ainda que não tenham sido designadas, agem em nome e por conta da sociedade ³³⁶ e em terceiro lugar, pessoas que, ainda que não ajam em nome ou por conta da sociedade, exercem o poder dentro da sociedade ³³⁷, determinando o comportamento dos administradores de direito ³³⁸.

³³³ Cf. António Menezes Cordeiro, “Introdução [aos arts. 71.º-84.º]”, cit., pág. 276: “... pessoa que, por razões objectivas e/ou subjectivas, exerça o poder na sociedade...”.

³³⁴ Cf. António Menezes Cordeiro, “Introdução [aos arts. 71.º-84.º]”, cit., pág. 276.

³³⁵ Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 101.

³³⁶ Cf. António Menezes Cordeiro, “Introdução [aos arts. 71.º-84.º]”, cit., pág. 276: “O administrador ... nunca foi designado: todavia, entrou em funções, agindo em nome e por conta da sociedade”

³³⁷ Cf. António Menezes Cordeiro, “Introdução [aos arts. 71.º-84.º]”, cit., pág. 276: “... pessoa que, por razões objectivas e/ou subjectivas, exerça o poder na sociedade...”.

³³⁸ Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 100: “pessoa sem qualquer cargo de



Menezes Cordeiro chama-lhes *administradores de facto stricto sensu*³³⁹ e Coutinho de Abreu, *administradores na sombra*³⁴⁰. Embora o banco não seja normalmente um administrador ilegítimo, um administrador aparente ou um administrador oculto (administrador sob outro título), poderá ser um *administrador de facto stricto sensu* ou um *administrador na sombra*.

A primeira característica dos administradores de *facto stricto sensu* ou administradores na sombra é a circunstância de terem um *poder de facto qualificado* — de terem o poder de facto de determinarem o comportamento dos administradores de direito — e a segunda é a circunstância de exercerem um *poder de facto qualificado* em termos *anormais*.

Entre as hipóteses em que o banco terá um poder de facto *qualificado* estará, p. ex., a a relação de dependência exclusiva ou, ainda que não exclusiva, de dependência particularmente intensa. O paradigma de uma *relação de dependência exclusiva* será aquele em que o cliente só tem relações com um banco³⁴¹ e o paradigma de uma *relação de dependência*, ainda que não exclusiva, *particularmente intensa* será aquele em que o cliente lhe deu ao

administração ou função profissional na sociedade [que] determina habitualmente a actuação dos administradores de direito”.

³³⁹ Cf. António Menezes Cordeiro, “Introdução [aos arts. 71.º-84.º]”, cit., pág. 276.

³⁴⁰ Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 101.

³⁴¹ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, “Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden”, in: *ZHR. Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, vol. 143 (1979), págs. 113-138 = in: *Claus-Wilhelm Canaris. Gesammelte Schriften*, vol. III — *Privatrecht*, de Gruyter, Berlin / New York, 2012, págs. 1275-1303 (1289).



banco como garantia todos, ou quase todos, os seus bens ³⁴².

Em todo o caso, a circunstância de ter um *poder de facto* qualificado é insuficiente. Diogo Leite de Campos, p. ex., escreve que o banco não pode ser considerado como *gerente de facto* ou como *administrador de facto* se não tiver feito mais que “aceitar um plano de gestão apresentado pela empresa como garantia da sua solvência”, ou não tiver feito mais que “exigir garantias pessoais ou reais para o seu crédito” ³⁴³. Com as suas palavras, chama a atenção para a diferença entre *uso normal* o *uso anormal*.

O *uso normal* de um poder de facto, ainda que *qualificado*, não implica nenhuma ingerência na administração. O banco não faz mais que tomar as suas decisões, p. ex., aceitando ou não aceitando o plano de gestão que o cliente lhe propõe — não determina as decisões que o cliente toma. O *uso anormal* implica uma ingerência na administração da sociedade. O banco faz mais que tomar as suas decisões — determina as decisões que o cliente toma, p. ex., exigindo-lhe um concreto acto de gestão ou um concreto plano de gestão ³⁴⁴. Ora só um uso *anormal* de um poder de facto qualificado, *particularmente intenso*, explicará e justificará uma responsabilidade *particularmente intensa*.

O regime geral de responsabilidade dos administradores pelos danos causados a terceiros, previsto no art. 79.º, n.º 1, do Código

³⁴² Cf. Claus-Wilhelm Canaris, “Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden”, cit., pág. 1289.

³⁴³ Cf. Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 46 (1986), págs. 49-55 (54).

³⁴⁴ Cf. Diogo Leite de Campos, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito”, cit., pág. 54.



das Sociedades Comerciais, tende a fazer com que o banco só responda pelo abuso do direito ou pela violação de disposições legais de protecção. O art. 79.º, n.º 1, diz que os administradores respondem *nos termos gerais* e uma responsabilidade *nos termos gerais por danos patrimoniais primários* é uma responsabilidade por abuso do direito — art. 334.º do Código Civil — ou uma responsabilidade por violação de disposições legais de protecção — art. 483.º, n.º 1, 2.ª alternativa, do Código Civil. O regime especial de responsabilidade dos administradores pelos danos causados a alguns terceiros, aos credores da sociedade administrada, previsto no art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, esse, tende a fazer com que o banco só responda pela violação de disposições legais de protecção — o art. 78.º, n.º 1, diz que os administradores só respondem *pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção dos credores*. Entre as disposições legais de protecção relevantes para efeitos da aplicação dos arts. 78.º e 79.º, do Código das Sociedades Comerciais encontram-se designadamente os arts. 18.º-19.º e os arts. 186.º-191.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

II. — Os arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, determinando que os administradores de uma sociedade comercial têm o dever de requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data em que conheçam a situação de insolvência, ou em que deva conhecê-la ³⁴⁵

³⁴⁵ O texto dos n.ºs 1 e 2 do art. 18.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas é o seguinte: "1. — O devedor deve requerer a declaração da sua



³⁴⁶, devem qualificar-se como disposições legais de protecção dos interesses dos credores, no sentido do art. 483.º do Código Civil e do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais ³⁴⁷.

insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º, ou à data em que devesse conhecê-la. 2. — Exceptuam-se do dever de apresentação à insolvência as pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa na data em que incorram em situação de insolvência”. O texto do art. 19.º, esse, é o seguinte: “Não sendo o devedor uma pessoa singular capaz, a iniciativa da apresentação à insolvência cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores”.

³⁴⁶ O dever de apresentação à insolvência foi suspenso durante a crise económica e financeira relacionada com a CoViD-19 — o art. 6.º-E.º, n.º 7, alínea a), da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, na redacção da Lei n.º 13-B/2021, de 5 de Abril, sob a epígrafe *Regime processual excepcional e transitório*, diz que, “no decurso do período de vigência do regime excepcional e transitório previsto no presente artigo [ou seja, No decurso da situação excepcional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19], [fica suspenso] o prazo de apresentação do devedor à insolvência, previsto no n.º 1 do artigo 18.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março”.

³⁴⁷ Cf. designadamente Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 13; Jorge Manuel Coutinho de Abreu / Maria Elisabete Gomes Ramos, anotação ao art. 78.º, in: Jorge Manuel Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I — *Artigos 1.º a 84º*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, págs. 892-903 (895); Manuel Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 66 (2006), págs. 653-702 (699) = in: Manuel Carneiro da Frada, *Forjar o direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 413-457 (455-456); Maria de Fátima Ribeiro, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, in: *I Congresso Direito das sociedades em revista*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, págs. 391-413 (401-405); Catarina Serra, “The



a) O direito da insolvência destina-se a proteger dois tipos de interesses — interesses públicos, relacionados com a defesa do crédito e da economia, e interesses privados. O caso do dever de os administradores apresentarem a sociedade à insolvência, ou de os devedores requerem a declaração de insolvência da sociedade, é paradigmático.

Em primeiro lugar, com o dever de acção (de apresentação à insolvência), pretende-se proteger *interesses públicos*, entre os quais se encontram os interesses do comércio, do crédito e da economia ³⁴⁸. Em segundo lugar, com o dever de acção (de apresentação à insolvência), pretende-se proteger *interesses privados* dos credores. Ora os *interesses privados* dos credores são heterogéneos, devendo distinguir-se, designadamente, entre os interesses privados dos *antigos* e os interesses privados dos *novos credores*.

Os antigos credores, cujos créditos se constituíram antes da data em que o administrador devia ter requerido a declaração de

Portuguese Classification of Insolvency of a Comparative Perspective”, in: Rebecca Parry (coord.), *papers from the INSOL Europe Academic Forum / Milan Law School Joint Insolvency Conference, University of Milan Law School, Milan, Italy, 31 March-1 April 2011*, 2011, 3-16 (10-16) — considerando contudo que o legislador deveria dar preferência ao modelo inglês da responsabilidade por *wrongful trading* sobre o modelo alemão da responsabilidade pela violação do dever de apresentação à insolvência.

³⁴⁸ Cf. desenvolvidamente Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 345.



insolvência da sociedade, têm interesse em que “a situação de insolvência os lese o mínimo possível”³⁴⁹; os *novos* credores, cujos créditos só se constituíram depois da data em que o administrador devia ter requerido a declaração de insolvência, esses, têm interesse em que a situação de insolvência não os lese de todo em todo. Entre os instrumentos de protecção dos dois tipos de interesses, públicos e privados, tem de estar a indemnização dos danos causados aos credores através de um comportamento ilícito dos administradores da sociedade³⁵⁰.

Margarida Azevedo de Almeida ponderava a hipótese de qualificar o antigo art. 6.º do Código dos Processos Especiais da Recuperação de Empresa e de Falência ou os novos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa como disposições legais de protecção adequadas para a fundamentação da responsabilidade extracontratual dos credores e, em especial,

³⁴⁹ Cf. Catarina Serra, A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito, cit., pág. 340.

³⁵⁰ Os conceitos de *antigos* e de *novos credores* relevantes para efeito de responsabilidade pela *violação de deveres genéricos ou específicos de concessão de crédito* não coincidem exactamente com os conceitos de *antigos* e de *novos credores* relevantes para efeito de responsabilidade pela *violação do dever específico de requerer a declaração de insolvência da sociedade*. O momento decisivo para a primeira é aquele em que o crédito foi, e não devia ter sido, concedido; o momento decisivo para a segunda é aquele em que a insolvência devia ter sido declarada, ou em que devia ter sido requerida; e os dois momentos não coincidem normalmente. Em todo o caso, o problema da responsabilidade do banco-administrador de facto pela concessão de crédito a um cliente, a uma sociedade em situação de insolvência põe-se tipicamente perante *antigos credores* que são *antigos* nos dois sentidos do termo *antigos* e perante *novos credores* que são *novos* nos dois sentidos do termo *novos*, pelo que uma eventual *confusão* não será, tenderá a não ser, demasiado grave.



dos bancos pela concessão de crédito, para a rejeitar com base em dois argumentos. Em primeiro lugar, o credor, p. ex., o banco não poderia ser responsabilizado como o autor do facto ilícito. “O dever jurídico de apresentação à falência apenas incide sobre o devedor”³⁵¹, ou sobre os seus administradores, e não (nunca) sobre os seus credores. Em segundo lugar, o credor não poderia ser responsabilizado como co-autor, instigador ou auxiliar do facto ilícito³⁵².

O art. 490.º do Código Civil pressuporia a unidade do facto ilícito e, nos casos de violação do dever de apresentação à insolvência, não haveria unidade do facto ilícito — ou bem que o devedor pratica um facto ilícito, e o credor não pratica facto ilícito nenhum, ou bem que o devedor e o credor praticam factos ilícitos fundamentalmente distintos.

O facto do devedor seria ilícito, por corresponder a uma violação do dever decorrente dos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, e o facto do credor só seria ilícito, só poderia ser ilícito, por corresponder, p. ex., a uma violação dos limites da boa fé, dos bons costumes, ou do fim económico e social do direito³⁵³.

b) O problema está sobretudo em averiguar se o credor, se o

³⁵¹ Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., págs. 137-138.

³⁵² Cf. art. 490.º do Código Civil: “Se forem vários os autores, instigadores ou auxiliares do acto ilícito, todos eles respondem pelos danos que hajam causado”.

³⁵³ Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., págs. 137-138.



banco, terá o dever de requerer a declaração de insolvência do seu devedor, do seu cliente, e o critério para a sua resolução está sobretudo em averiguar se o banco será administrador de facto do seu cliente. Quando o banco não seja administrador de facto, as coisas tendem a ser mais fáceis. O banco não será titular do “órgão social incumbido da [...] administração”, no sentido do art. 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, e não terá o dever de requerer a declaração de insolvência; não poderá ser responsabilizado pela violação de um dever que não tem. Quando o banco seja administrador de facto, as coisas tendem a ser mais difíceis ³⁵⁴. Embora o banco não seja exactamente titular do “órgão

³⁵⁴ Entre os autores que tratam o tema há indícios de alguma hesitação. Ricardo Costa, p. ex., referia-se ao tema formulando uma pergunta. “Será curial estender aos administradores de facto o dever de requerer a declaração de insolvência (como se fez *communis opinio* na Alemanha) e submetê-los (solidariamente com os administradores de direito) ao ressarcimento dos prejuízos resultantes da abstenção, em particular os gerados na esfera dos credores que obtiveram créditos quando já estavam verificadas as condições para a situação de insolvência da sociedade devedora?” [“Responsabilidade civil societária dos administradores de facto”, in: *Temas societários*, Colóquios do IDET — n.º 2, 2006, págs. 23-43 (43)]. Embora as suas palavras iniciais fossem de dúvida, o autor propôs recentemente um *princípio geral* de extensão aos administradores de facto de todos os deveres cujo cumprimento esteja ligado “à prevenção de danos previsíveis ou iminentes para a sustentação da sociedade ou, em casos terminais ou contados (*sic*), para a defesa dos interesses dos sócios, credores sociais e curso fluente do tráfico jurídico em geral” (cf. *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2014, pág. 931), e deduziu do princípio geral por si proposto a conclusão de que os administradores de facto estão adstritos ao “dever de levar a cabo a ‘iniciativa de apresentação á insolvência’ da sociedade em tempo, depois de conhecida a situação de insolvência (arts. 6.º, n.º 1, a), 18.º, n.º 1, 19.º CIRE)” (págs. 931-936, com



social incumbido da [...] administração” do seu cliente, há pelo menos três razões para lhe imputar o dever de requerer a declaração de insolvência.

A primeira tem um alcance mais amplo e mais geral; prende-se com o critério da imputação aos administradores de facto dos deveres dos administradores de direito.

A perspectiva preponderante é, tem sido, uma perspectiva funcional ³⁵⁵. Entende-se que “[o]s administradores de facto (em sentido amplo) não-de estar sujeitos a responder civilmente para com a sociedade e terceiros” ³⁵⁶; entende-se que todos, administradores de direito e de facto, administram ³⁵⁷, e entende-se que a circunstância de todos, administradores de direito e de facto, *administrarem* é a circunstância decisiva.

Os administradores, de direito ou de facto, “devem [...] *cumprir as regras de correcta administração*, sob pena de arcarem com as respectivas *responsabilidades*” ³⁵⁸.

Confirmando as *pistas* proporcionadas pela perspectiva funcional, o texto do art. 19.º e do art. 186.º, n.ºs 1 e 3, do Código

referências ao actual estado da questão no direito alemão, no direito italiano e no direito português, em especial na nota n.º 2129).

³⁵⁵ Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 104.

³⁵⁶ Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 104.

³⁵⁷ Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 104: “Tal como os administradores de direito, [os administradores de facto] *administram*”.

³⁵⁸ Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 104.



da Insolvência e da Recuperação de Empresas depõem em favor de uma equiparação entre *administradores de direito* e *de facto*.

O antigo art. 7.º do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência estava formulado em termos um pouco mais restritivos; dizia que “[a] iniciativa do pedido [...] de declaração de falência [...] cabe ao respectivo titular ou ao órgão social incumbido da sua administração”. O novo art. 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas está formulado em termos um pouco menos restritivos; diz que, “[n]ão sendo o devedor uma pessoa singular capaz, a iniciativa da apresentação à insolvência cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores”. O segmento final do art. 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, com as palavras “ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores”, comprova que há administradores que não são titulares do órgão social incumbido da administração. Entre os administradores que não são titulares do órgão social incumbido da administração, previstos no art. 19.º do Código da Insolvência, será possível incluir, p. ex., os administradores de facto.

O art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas determina que a insolvência deve ser qualificada como culposa quando “tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto”, e o n.º 3 facilita a prova de um dos pressupostos ou requisitos do art. 186.º, n.º 1, do requisito da culpa grave, dispondo:



“Presume-se unicamente a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido:

- a) O dever de requerer a declaração de insolvência;
- b) A obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial” ³⁵⁹.

Com a referência expressa aos administradores de facto, no n.º 1 e no corpo do n.º 3 do art. 186.º, e ao não cumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência, na alínea a) do n.º 3, torna-se claro que todos os administradores, incluindo os administradores de facto, têm o dever de requerer a declaração de insolvência e que todos os administradores, incluindo os de facto, têm o dever de responder pelos danos causados pelo não cumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência.

III. — Entre os deveres dos administradores de direito e de facto, ou entre os efeitos do cumprimento e do não cumprimento dos deveres dos administradores de direito e dos administradores de facto, não haverá provavelmente uma equiparação total.

Será porventura de aplicar o art. 28.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas aos casos em que a a apresentação à insolvência seja feita pelo devedor, ou em que a apresentação seja

³⁵⁹ O advérbio *unicamente* no corpo do art. 186.º, n.º 3, resulta da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro.



feita pelos seus administradores de direito ³⁶⁰, e de não o aplicar aos casos em que seja feita pelos seus administradores de facto.

Em todo o caso, ainda que não haja uma equiparação total, haverá seguramente uma equiparação parcial, e a equiparação parcial tenderá a ser tão extensa quanto possível.

Entre as consequências da imputação ao administrador de facto do dever de requerer a declaração de insolvência da sociedade administrada está a de que, desde que o credor, desde que o banco seja administrador de facto, a ilicitude do acto de concessão de crédito a um devedor em situação de insolvência será uma ilicitude especialmente grave.

O banco tinha um concreto e específico dever de praticar um concreto e específico facto para proteger o interesse geral e os interesses particulares dos antigos e dos novos credores. Em primeiro lugar, para proteger o interesse geral; em segundo lugar, para proteger o interesse particular dos antigos credores, em “evitar que a insolvência se arraste” e em que, arrastando-se a insolvência, sejam prejudicados pela diminuição do património do devedor; em evitar que, arrastando-se a insolvência, “se produzam (mais) danos” ³⁶¹; em terceiro lugar, para proteger o interesse particular dos novos credores em evitar que, arrastando-se a insolvência, sejam

³⁶⁰ O art. 28.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas tem como epígrafe *Declaração imediata da situação de insolvência* e como texto o seguinte: “A apresentação à insolvência por parte do devedor implica o reconhecimento por este da sua situação de insolvência, que é declarada até ao 3.º dia útil seguinte ao da distribuição da petição inicial ou, existindo vícios corrigíveis, ao do respectivo suprimento”.

³⁶¹ Cf. Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, cit., pág. 335.



prejudicados pela *indução em erro* sobre a situação do património do devedor; em evitar que, arrastando-se a insolvência, se produzam danos. Ora o acto de concessão de crédito é exactamente o *acto contrário ao dever*. Em vez de evitar que a insolvência se arraste, o acto de concessão de crédito faz com que a insolvência se arraste; faz quase sempre com que os antigos credores sejam prejudicados pela diminuição do património do devedor; e faz sempre com que os novos credores sejam prejudicados. Se o banco tinha o dever positivo de dar um *signal*, e de dar um *signal* no sentido de que o cliente era *indigno*, o acto de concessão de crédito dá um *signal no sentido contrário* — no sentido de que o cliente é *digno de crédito*.

16. A responsabilidade do banco como pessoa afectada pela qualificação da insolvência da empresa financiada — arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ³⁶²

O art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas contém uma cláusula geral — a insolvência deve ser qualificada como culposa quando tiver sido “criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos

³⁶² O texto dos n.ºs 16 a 20 corresponde, com algumas actualizações, ao do nosso artigo “Responsabilidade pela concessão de crédito a empresas em situação desesperada”, in: Catarina Serra (coord.), *V Congresso de Direito da Insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2019, págs. 169-187.



anteriores ao início do processo de insolvência”³⁶³. Entre as consequências da qualificação da insolvência como culposa está hoje a responsabilidade civil. O n.º 2, alínea e), do art. 189.º determina que, “[n]a sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve [...] [c]ondenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, considerando as forças dos respetivos patrimónios”³⁶⁴, e o n.º 4 determina que, “[a]o aplicar o disposto na alínea e) do n.º 2, o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efectuar em liquidação de sentença”. Caso haja, como normalmente haverá, várias pessoas afectadas, a sua responsabilidade será solidária³⁶⁵.

O art. 186.º, n.º 1, depõe em favor da tese de que, desde que os bancos sejam administradores de facto, devam responder pelos

³⁶³ Sobre a qualificação da insolvência como culposa, *vide* Catarina Serra, *O regime português da insolvência*, 5.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2012, págs. 81-83, e sobretudo *Lições de direito da insolvência*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2021, págs. 298-310.

³⁶⁴ Entre a anterior redacção do art. 189.º, n.º 2, alínea e), e a nova redacção, resultante da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro, há uma diferença sensível — a anterior redacção do art. 189.º, n.º 2, alínea d), dizia que o juiz devia “[c]ondenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente *no montante dos créditos não satisfeitos*” e a nova redacção diz que deve “[c]ondenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente *até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos*”.

³⁶⁵ Cf. art. 189.º, n.º 2, alínea e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, *in fine*.



danos causados aos credores por uma concessão de crédito que contribua significativamente para uma diminuição do património da sociedade e o art. 189.º, n.º 2, em favor da tese de que, ainda que não sejam administradores de facto, podem responder pelos danos causados aos credores.

17. (Cont.) O princípio da responsabilidade das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência — depois da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril

O texto da alínea e) do n.º 2 do art. 189.º permite-nos formular um princípio geral: *as pessoas afectadas pela qualificação de insolvência respondem perante os credores do devedor declarado insolvente, até ao montante dos créditos não satisfeitos*. Os pressupostos ou requisitos da responsabilidade pela insolvência culposa são designados através de um conceito, do conceito de *peçoas afectadas pela qualificação da insolvência*, e os efeitos da responsabilidade pela insolvência culposa são designados através de uma fórmula, da fórmula *respondem perante os credores do devedor declarado insolvente, até ao montante dos créditos não satisfeitos*.

I. — A alínea a) do n.º 2 do art. 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dá-nos conta de três coisas: de que, “[n]a sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve [...] identificar as pessoas [...] afectadas pela qualificação”; de que, entre as pessoas afectadas pela qualificação, devem estar



“administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas”; e de que não há um *numerus clausus* das pessoas afectadas.

O advérbio *nomeamente* é esclarecedor — o conjunto das pessoas afectadas pela qualificação é um *conjunto aberto*. O facto de o n.º 2 do art. 189.º não conter uma *cláusula geral*, de que decorra uma *definição* do conceito de *peçoas afectadas pela qualificação da insolvência*, não significa (não pode significar) uma *remissão implícita* para a *cláusula geral* do n.º 1 do art. 186.º — as pessoas designadas no n.º 1 do art. 186.º não coincidem com as pessoas designadas no n.º 2 do art. 189.º como *peçoas afectadas pela qualificação da insolvência* ³⁶⁶. O n.º 1 art. 186.º exige uma “actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto” — caso o facto de o n.º 2 do art. 189.º não conter uma *cláusula geral* significasse uma *remissão implícita* para a *cláusula geral* do n.º 1 do art. 186.º, as *peçoas afectadas pela qualificação da insolvência* deveriam ser só o devedor ou os administradores, de direito ou de facto, do devedor declarado insolvente. Ora o n.º 2 do art. 189.º coloca entre as *peçoas afectadas* os técnicos oficiais e os revisores oficiais de contas.

³⁶⁶ Cf. desenvolvidamente Catarina Serra, “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa — primeiras impressões”, in: *Direito das sociedades em revista*, n.º 4 — 2012, págs. 97-132 (100-101); Luís Carvalho Fernandes / João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., págs. 692-698, em especial na pág. 694; Alexandre de Soveral Martins, *Um curso de direito da insolvência*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2016, págs. 423-427; e por último Catarina Serra, *Lições de direito da insolvência*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2021, págs. 160-163.



II. — Em Espanha, a ausência de uma definição legal *de pessoas afectadas* é compensada pela presença de uma *enumeração taxativa* ³⁶⁷ ³⁶⁸; em Portugal, não: a ausência de uma definição legal *de pessoas afectadas pela qualificação* não é, de todo em todo, compensada — a enumeração do n.º 2 do art. 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas é, tão-só, uma *enumeração exemplificativa*.

O facto de a alínea a) do n.º 2 do art. 189.º prever expressamente uma extensão da responsabilidade pela insolvência culposa aos técnicos oficiais de contas e aos revisores oficiais de contas e não prever uma extensão da responsabilidade a terceiros, põe o problema dos critérios da coordenação ao conceito de *pessoas*

³⁶⁷ O primeiro parágrafo do n.º 2 do art. 172.º da *Ley Concursal*, desde as alterações de 2011 e de 2014, determina que, “no caso de uma pessoa jurídica, poderá ser considerados como pessoas afectadas os administradores ou liquidatários, de direito ou de facto, os representantes gerais (*apoderados generales*), e aqueles que tenham exercido alguma de tais funções dentro dos dois anos anteriores à data da declaração de insolvência, assim como os sócios que hajam recusado sem causa razoável a conversão de créditos em capital, ou uma emissão de valores ou instrumentos convertíveis nos termos do n.º 2 do art. 165.º, em função do seu grau de contribuição para a formação da maioria necessária à rejeição do acordo [...]”.

³⁶⁸ Sobre a interpretação do n.º 2 do art. 172.º, antes da alteração de 2011, *vide*, p. ex., José Antonio García-Cruces, *La calificación del concurso*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, págs. 114-140; sobre a interpretação do n.º e do art. 172.º, depois das alterações de 2011 e de 2014, e em particular sobre a (actual) natureza *taxativa* da enumeração contida no n.º 2 do art. 172.º da *Ley Concursal*, *vide*, p. ex., Miguel Martínez Muñoz, “La responsabilidad concursal”, in: *Cuadernos de derecho y comercio — n.º extraordinario*, 2016, págs. 667-705 (esp. nas págs. 670-672).



afectadas.

Em geral, o *fundamento* da coordenação de um qualquer caso à classe designada por um qualquer *conceito*, e em particular à classe designada por um qualquer *conceito jurídico*, encontra-se numa *equiparação* ³⁶⁹ — coordenar um caso à classe designada por um *conceito*, e em particular por um *conceito jurídico*, é equiparar o caso novo aos casos antigos; o caso novo, que não foi previsto, e cuja pertinência à classe é *incerta*, e os casos antigos, que foram previstos, e cuja pertinência à classe é *certa*. Engisch fala de uma “equiparação do novo caso àqueles cuja pertinência à classe se encontra assente” ^{370 371}. — Em especial, no caso da responsabilidade pela insolvência culposa, o *fundamento* da

³⁶⁹ Cf. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico* (título original: *Einführung in das juristische Denken*), 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág. 96 — cujo pensamento é retomado, designadamente, por João Baptista Machado, “Introdução ao pensamento jurídico”, in: *Obra dispersa*, vol. II — *Filosofia do direito, direito público e outros*, Scientia Juridica, Braga, 1993, págs. 7-69 (esp. nas págs. 40-49), e por Fernando José Pinto Bronze, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, esp. nas págs. 135-171 (contendo uma *analítica justificante*, contraposta a uma *exemplificação problematizante*).

³⁷⁰ Cf. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., pág. 96.

³⁷¹ Entre os corolários da construção enunciada em texto está o de que o juízo de coordenação do caso ao conceito da disposição legal será, por consequência, um *juízo prudencial*: “o julgador não poderá dispensar-se dum juízo prudencial em face de cada caso novo”; “a aplicação duma norma a um caso concreto obriga sempre [...] a um certo discernimento do particular, e a um discernimento do particular à luz de uma tarefa ou problema normativo”; “o julgador não poderá dispensar-se dum juízo prudencial em face de cada caso novo” (cf. João Baptista Machado, “Introdução ao pensamento jurídico”, cit., págs. 41 e 49).



coordenação de uma pessoa à classe designada pelo conceito de *peessoas afectadas*, ao conceito de *peessoas afectadas pela qualificação da insolvência*, deverá procurar-se numa equiparação entre os casos previstos e os casos não previstos na lei; deverá procurar-se numa equiparação entre os casos previstos na lei, cuja pertinência à classe designada pelo conceito de *peessoas afectadas* é certa, *está assente*, e os casos não previstos na lei, cuja pertinência à classe pelo conceito é incerta.

18. (Cont.) Os critérios de coordenação das pessoas não abrangidas pelo art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ao conceito de pessoas afectadas pela qualificação da insolvência

O conceito de *peessoas afectadas* designará em primeira linha os administradores de direito ou de facto do devedor declarado insolvente e, em segunda linha, os técnicos oficiais de contas e os revisores oficiais de contas. *Em primeira linha, os administradores, de direito ou de facto, do devedor declarado insolvente. A responsabilidade dos administradores está no centro ou no núcleo do sistema da qualificação da insolvência — confirmam-no n.º 1 do art. 186.º e do n.º 2 do art. 189.º. Em segunda linha, os técnicos oficiais de contas e os revisores oficiais de contas. A responsabilidade dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas, ainda que esteja fora do centro ou do núcleo, está no sistema da qualificação da insolvência — confirma-o o n.º 2 do art. 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.*



Em tema de coordenação dos *administradores, de direito e de facto*, do devedor declarado insolvente ao conceito de *peçoas afectadas pela qualificação*, há algo de consensual. Os administradores, de direito ou de facto, do devedor declarado insolvente só serão pessoas afectadas pela qualificação da insolvência desde que estejam preenchidos o *tipo de ilícito* e o *tipo de culpa* previstos no art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. O *tipo de ilícito* há-de consistir num facto (há-de consistir numa acção ou numa omissão) que perturbe significativamente uma de duas coisas. Ou a capacidade do devedor para cumprir as suas obrigações, ou a possibilidade de os terceiros avaliarem a capacidade do devedor para cumprir as suas obrigações. O *tipo de culpa*, esse, há-de consistir no dolo ou na culpa grave (cf. art. 186.º, n.ºs 1 e 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Entre os factos que perturbam a capacidade do devedor para cumprir as suas obrigações estão aqueles que devam coordenar-se à cláusula geral do n.º 1, às cláusulas particulares do n.º 2, alíneas a) a g), e do n.º 3, alínea a). Entre os factos que perturbam a possibilidade de os terceiros avaliarem a capacidade do devedor para cumprir as suas obrigações estão aqueles que devam coordenar-se às cláusulas particulares do n.º 2, alínea h), ou do n.º 3, alínea b) — estão aqueles que devam coordenar-se à alínea h) do n.º 2, por os administradores terem incumprido, em termos substanciais, a obrigação de manter contabilidade organizada; terem mantido uma contabilidade dupla; terem mantido uma contabilidade fictícia; ou terem praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor; estão aqueles que devam coordenar-se à



alínea b) do n.º 3, por os administradores terem incumprido “[a] obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial”³⁷².

I. — Os técnicos oficiais e contas e os revisores oficiais de contas só serão pessoas afectadas desde que pratiquem um facto *comparável* ou *equiparável* a algum dos factos previstos no art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Os pressupostos da responsabilidade dos administradores e dos técnicos oficiais de contas, ou dos revisores oficiais de contas, não podem ser nem absolutamente iguais. Os técnicos oficiais de contas e os revisores oficiais de contas não podem, *por sua mão*, criar ou agravar a situação de insolvência. Em todo o caso, os pressupostos da responsabilidade não podem ser absolutamente desiguais — não podem, p. ex., ser tão desiguais que a responsabilidade dos administradores seja uma responsabilidade por culpa qualificada e a responsabilidade dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas sejam uma responsabilidade por culpa simples (por culpa leve).

Entre os *pontos de referência* para a comparação entre os dois

³⁷² Em todo o caso, deverá atender-se sempre à “modelação temporal da situação de responsabilidade” [cf. Manuel Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 66 (2006), págs. 653-702 = in: Manuel Carneiro da Frada, *Forjar o direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 413-457] — só deverá ser afectada pela qualificação da insolvência a pessoa que contribua significativamente para a situação “nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”.



grupos de casos ³⁷³ encontram-se os *bens jurídicos protegidos*, os *tipos de ilícito* e os *tipos de culpa*.

Os técnicos oficiais de contas e os os revisores oficiais de contas só devem ser *peças afectadas pela qualificação da insolvência* desde que lesem os bens jurídicos protegidos pelo art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas; desde que pratiquem um facto equiparável a algum dos *tipos de ilícito* previstos no art. 186.º; e desde que o facto equiparável a algum dos *tipos de ilícito* lhes seja imputável por algum dos *tipos de culpa* previstos no art. 186.º, ou seja, por *dolo* ou por *culpa grave*.

II. — Os bens jurídicos protegidos pelo art. 186.º, n.ºs 1, 2 e 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas concretizam-se em *interesses privados* e em *interesses públicos*, relacionados com a tutela do crédito e com a tutela da economia ³⁷⁴.

Entre os interesses privados estão os interesses da sociedade, os interesses dos sócios e/ou os interesses dos credores. Entre os interesses públicos estão sobretudo dois:

Em primeiro lugar, o interesse na exclusão de *alguns dos participantes em relações económicas*; na exclusão dos devedores *indignos de crédito*, “cuja continuidade possa comprometer ou

³⁷³ Expressão de Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., pág. 98.

³⁷⁴ Cf. desenvolvidamente Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 290-315.



prejudicar gravemente todos os que com eles se relacionem”³⁷⁵. Em segundo lugar, o interesse na informação *de todos* sobre a situação de *alguns dos participantes em relações económicas* — dos devedores *indignos de crédito*³⁷⁶.

O texto dos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º e em especial o texto da alínea h) do n.º 2 e das alíneas a) e b) do n.º 3 do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas depõe em favor de um princípio geral de *proibição da indução em erro quanto ao crédito, ou quanto à dignidade de crédito, do devedor*³⁷⁷, e o princípio geral de *proibição da indução em erro quanto ao crédito, ou quanto à dignidade de crédito*, poderá explicar-se ou justificar-se pela razão seguinte — o funcionamento da economia, de uma economia de mercado, pressupõe uma informação clara e fiável, e a participação nas relações económicas de devedores sobre os quais não há

³⁷⁵ Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito* cit., pág. 293.

³⁷⁶ Cf. designadamente Vincenzo Caridi, “Concessione di credito e informazione del mercato”, in: *Diritto della banca e del mercato finanziario*, ano 31.º (2017), págs. 785-799 (786): “centralità del momento informativo”.

³⁷⁷ O alcance da *proibição* deve esclarecer-se. O facto, por que se induz em erro, pode ser um *facto positivo* ou um *facto negativo*; pode ser um facto positivo, por que se *simula* que o devedor tem uma dignidade de crédito que, de facto, não tem, ou pode ser um facto negativo, por que se *dissimula* que o devedor não tem dignidade de crédito, por que se *dissimula* uma indignidade de crédito que o devedor, de facto, tem. Em princípio, a *proibição de indução em erro* é, tão-só, um dever negativo; é, tão-só, uma *proibição* — haverá violação de um dever desde que se *aja* para *simular* uma dignidade de crédito que o devedor, de facto, não tem e não haverá violação de um dever desde que *não se aja* para *dissimular* uma indignidade de crédito que o devedor, de facto, tem [cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, 3.ª ed., de Gruyter, Berlin / New York, 1988, pág. 93].



informação, não há uma informação clara, ou não há uma informação fiável, põe em perigo o sistema ³⁷⁸.

O elemento objectivo da responsabilidade dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas deve concretizar-se na prática de um facto comparável aos *tipos de ilícito* do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

O técnico oficial de contas ou revisor oficial de contas pode responder pela autoria ou pela participação; pela autoria, desde que pratique o facto por si próprio, *por sua mão*, ou pela participação, desde que contribua para que o administrador pratique o facto ³⁷⁹.

O elemento objectivo da responsabilidade pode, por isso, ter uma *geometria variável*.

Quando os técnicos oficiais de contas e os revisores oficiais de

³⁷⁸ Caso as pessoas afectadas pratiquem um facto, positivo ou negativo, por que se prejudica a possibilidade de terceiros avaliarem a capacidade do devedor para cumprir as suas obrigações, a responsabilidade pela insolvência culposa aproximar-se-á singularmente da responsabilidade pelo prospecto (*vide* designadamente Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, págs. 96-115; Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, págs. 180-192; Manuel Carneiro da Frada, *Direito civil. Responsabilidade civil — O método do caso*, Livraria Almedina, Coimbra, 2016, págs. 111-114; ou Margarida Azevedo de Almeida. *A responsabilidade civil por prospecto no direito dos valores mobiliários. O bem jurídico protegido*, Livraria Almedina, Coimbra, 2018).

³⁷⁹ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, “Autoria e participação na culpa in contrahendo”, in: *Revista de direito e economia*, anos 16-19 (1990-1993), págs. 5-42 (esp. nas págs. 6-10).



contas pratiquem o facto ilícito por si, *pela sua mão*, a responsabilidade pela insolvência culposa depende de uma *relação de proximidade objectiva* entre os factos praticados e os tipos de ilícito previstos no art. 186.º do Código da Insolvência — o facto praticado pelos técnicos oficiais de contas ou pelos revisores oficiais de contas deve estar tão próximo dos factos praticados pelos administradores que deva sustentar-se que estão “no mesmo plano”³⁸⁰.

Será, p. ex., o caso de os técnicos oficiais de contas ou os revisores oficiais de contas terem mantido uma contabilidade fictícia; terem mantido uma dupla contabilidade; ou terem praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor [cf. art. 186.º, n.º 1, alínea h)].

Quando os técnicos oficiais de contas e os revisores oficiais de contas pratiquem o facto ilícito *por terceiros, pela mão de terceiros*, a responsabilidade pela insolvência culposa depende de uma *relação de proximidade subjectiva* entre os administradores e os técnicos oficiais de contas ou revisores oficiais de contas — se não puder sustentar-se que os factos praticados estão “no mesmo plano”, os técnicos oficiais de contas e os revisores oficiais de contas devem estar tão próximos dos administradores que possa e deva sustentar-se que participaram no facto ilícito dos administradores.

Será, p. ex., o caso de os administradores não cumprirem o dever de requerer a declaração de insolvência e de os técnicos oficiais de contas ou revisores oficiais de contas praticarem irregularidades

³⁸⁰ Expressão de Claus-Wilhelm Canaris, “Autoria e participação na *culpa in contrahendo*”, cit., pág. 19.



“com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor”, para sugerirem que o devedor não está insolvente e que, por não estar insolvente, não tem o dever previsto nos arts. 18.º e 19.º.

Finalmente, o elemento subjectivo da responsabilidade dos técnicos oficiais de contas, ou dos revisores oficiais de contas deve concretizar-se no preenchimento de um *tipo de culpa* comparável aos *tipos de culpa* previstos no art. 186.º — dolo ou culpa grave.

III. — O raciocínio desenvolvido depõe em favor de um resultado de alcance geral — o conceito de *personas afectadas* do direito português deve compreender os cúmplices das *personas afectadas*, no sentido do termo *cumplices* do direito espanhol.

Os arts. 164.º e 166.º da *Ley Concursal* distinguem as *personas afectadas* e os *cúmplices das personas afectadas*. O art. 166.º da *Ley Concursal* define *cúmplices* como as *personas* que, com dolo ou culpa grave, hajam cooperado com o devedor ou com os seus representantes legais, ou, no caso de o devedor ser uma *persona colectiva*, com os seus administradores ou liquidatários, de direito ou de facto, ou com os seus representantes gerais (*apoderados generales*), na prática de qualquer facto que haja determinado a qualificação da insolvência como culposa³⁸¹. O art. 189.º do Código

³⁸¹ Sobre a interpretação do art. 166.º da *Ley Concursal*, vide José Antonio García-Cruces, *La calificación del concurso*, cit., págs. 141-148; José Machado Plazas, *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Thomson / Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 171-174; ou Ignacio Moralejo, “El ámbito subjetivo del concurso: concursado, cómplices y personas



da Insolvência e da Recuperação de Empresas não distingue — a circunstância de a enumeração das *peessoas afectadas* ser uma enumeração *exemplificativa* depõe no sentido de que todas as pessoas que hajam cooperado na prática de qualquer facto que haja determinado a qualificação da insolvência como culposa devam ser *afectadas pela qualificação*.

O texto do art. 189.º, n.º 2, alínea a), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas deverá em todo o caso coordenar-se, designadamente, com o texto do art. 490.º do Código Civil. Entre as pessoas afectadas pela qualificação da insolvência devem estar, p. ex., os co-autores, os auxiliares e os instigadores ³⁸² ³⁸³.

‘afectadas’ por la calificación”, in: José Antonio García-Cruces (coord.), *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson / Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 65-103.

³⁸² Sobre a interpretação do art. 490.º do Código Civil, *vide* Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), anotação ao art. 490.º, in: *Código Civil anotado*, vol. I — *Artigos 1.º a 761.º*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pág. 491; Ana Prata, anotação ao art. 490.º, in: Ana Prata (coord.), *Código Civil anotado*, vol. I — *Artigos 1.º a 1250.º*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pág. 636; Henrique Sousa Antunes, anotação ao art. 490.º, in: Luís A. Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença, *Comentário ao Código Civil — Direito das obrigações. Das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, págs. 309-311; ou Elsa Vaz de Sequeira, “Responsabilidade dos participantes no ilícito civil”, in: *Revista de direito da responsabilidade*, ano 4.º (2022), págs. 169-191.

³⁸³ Embora os *encobridores* não estejam abrangidos pela previsão do art. 490.º, há algum consenso, da doutrina e da jurisprudência, em que os *encobridores* “podem [...], em casos especiais, provocar o dano” e em que, desde que provoquem o dano, “são [...] directamente responsáveis” — como *co-autores* ou, em todo o caso, como *auxiliares* [cf. Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita),



19. (Cont.) Os critérios de coordenação dos credores, como pessoas não abrangidas pelo art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ao conceito de pessoas afectadas pela qualificação da insolvência

O art. 189.º, n.ºs 2 e 4, em ligação com o art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, proporciona-nos uma “panorâmica de casos de aplicação possíveis”³⁸⁴, com os quais se pode comparar os casos de responsabilidade dos bancos pela concessão de crédito, e proporciona-nos *três pontos de referência* para a comparação — os *bens jurídicos protegidos*, os *tipos de ilícito* e os *tipos de culpa*.

I. — Os credores, como, p. ex., os bancos, só devem *ser pessoas afectadas pela qualificação da insolvência* desde que lesem os bens jurídicos protegidos pelo art. 186.º; desde que pratiquem um facto equiparável a algum dos *tipos de ilícito* previstos no art. 186.º; e desde que o facto equiparável a algum dos *tipos de ilícito* lhes seja imputável por algum dos *tipos de culpa* previstos no art. 186.º, ou seja, por *dolo* ou por *culpa grave*.

Em primeiro lugar, *só devem ser pessoas afectadas pela qualificação da insolvência desde que lesem os bens jurídicos protegidos pelo art. 186.º*, ou seja, desde que lesem os interesses

anotação ao art. 490.º, in: *Código Civil anotado*, vol. I — *Artigos 1.º a 761.º*, cit., pág. 491 — com a concordância de Henrique Sousa Antunes, anotação ao art. 490.º, in: Luís A. Carvalho Fernandes / José Carlos Brandão Proença, *Comentário ao Código Civil — Direito das obrigações. Das obrigações em geral*, cit., pág. 310].³⁸⁴ Expressão de Esser, *apud* Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., págs. 112 (nota n.º 9).



privados da sociedade, dos sócios ou dos credores, o interesse público na exclusão dos devedores *indignos de crédito* ou o interesse público na informação *de todos* sobre a situação de *alguns dos participantes em relações económicas* — dos devedores *indignos de crédito*. Em segundo lugar, *só devem ser pessoas afectadas pela qualificação da insolvência desde que pratiquem um facto equiparável a algum dos tipos de ilícito previstos no art. 186.º*. Em termos em tudo semelhantes aos dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas, os pressupostos objectivos da responsabilidade pela concessão de crédito, como caso de responsabilidade pela insolvência culposa, têm uma geometria variável. Os credores podem praticar o facto ilícito, ou participar no facto ilícito praticado pelos administradores. Em terceiro lugar, *só devem ser pessoas afectadas pela qualificação da insolvência desde que o facto equiparável a algum dos tipos de ilícito lhes seja imputável por algum dos tipos de culpa previstos no art. 186.º, ou seja, por dolo ou por culpa grave*. Em termos em tudo semelhantes aos dos técnicos oficiais de contas, ou dos revisores oficiais de contas, os pressupostos objectivo da responsabilidade pela concessão de crédito, como caso de responsabilidade pela insolvência culposa, têm uma geometria fixa, invariável.

II. — O banco, ao conceder crédito a uma empresa em situação económica e financeira difícil, desde que a empresa não tenha nenhuma perspectiva razoável, séria, de recuperação, coloca em perigo os bens jurídicos, coloca em perigo os interesses *privados* e os interesses *públicos* protegidos pelos arts. 18.º e 19.º, em ligação com o art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.



Em primeiro lugar, coloca em perigo os *interesses privados* dos credores; dos antigos e dos novos credores; em segundo lugar, coloca em perigo o interesse público na exclusão de *alguns dos participantes em relações económicas* e o interesse público na informação *de todos* sobre a situação de *alguns dos participantes em relações económicas* — sobre a situação dos devedores *indignos de crédito*.

O tipo de ilícito preenchido pelo facto da *concessão*, de uma concessão *abusiva, de crédito* pode representar-se como um caso de autoria ou de participação — como um caso de autoria de um facto equiparável aos *tipos de ilícito* previstos na alínea h) do n.º 2 e nas alíneas a) e b) do n.º 3 do art. 186.º, ou como um caso de participação no tipo de ilícito previsto na alínea a) do n.º 3 do art. 186.º do Código da Insolvência, ou seja, na violação do dever de requerer a declaração de insolvência da sociedade.

Quando o tipo de ilícito deva representar-se como um caso de autoria de um facto equiparável aos *tipos de ilícito* previstos na alínea h) do n.º 2 e nas alíneas a) e b) do n.º 3 do art. 186.º, haverá responsabilidade pela violação de um dever negativo.

Ou pela violação de um dever de não indução em erro quanto ao crédito — *Kredittäuschung* — ou pela violação de um dever de não indução em erro quanto à dignidade de crédito do cliente — *Kreditwürdigkeitäuschung* ³⁸⁵.

Em todo o caso, ainda que não pudesse representar-se como um caso de autoria, o tipo de ilícito preenchido pelo facto do banco

³⁸⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.



sempre poderia representar-se como um caso de participação no tipo de ilícito previsto na alínea a) do n.º 3 do art. 186.º.

O problema pressupõe que haja um conflito entre os interesses do banco e os interesses dos credores, dos demais credores do devedor, e o conflito entre os interesses do banco e os interesses dos credores pressupõe que não haja nenhuma probabilidade ou, em todo o caso, que não haja nenhuma probabilidade razoável, séria, de recuperação da empresa ³⁸⁶. Canaris alega que os credores, como o banco, só têm um dever negativo, um dever de abstenção ou de omissão, e não tem um dever positivo, não tem um dever de acção. Com a afirmação de que o banco tem um dever negativo, de abstenção ou de omissão, quer significar que tem o dever de não praticar actos em abstracto e/ou em concreto adequados para induzir em erro os credores acerca da situação económica e financeira do cliente ³⁸⁷, como a concessão de crédito. Com a afirmação de que o banco não tem um dever positivo, de acção, quer significar duas coisas:

— quer significar que o banco não tem um dever positivo de avisar, de esclarecer ou de informar cada um dos novos credores ³⁸⁸;

³⁸⁶ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.

³⁸⁷ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.

³⁸⁸ Canaris escreve que o banco não tem de avisar um novo credor, ou um novo sócio, que não tenha com o banco nenhum contacto negocial, nenhuma ligação de negócios ou nenhuma ligação especial, de que o seu cliente está insolvente, ou está em risco de ficar insolvente (*Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93). Os seus termos sugerem que pode haver um dever de aviso, de esclarecimento ou de informação dos credores, ou dos sócios, com os quais o banco tenha um contacto negocial, ou uma ligação especial.



— quer significar que o banco não tem um dever positivo de esclarecer ou de informar todos os novos credores, deduzindo um pedido de declaração de insolvência, e não o tem o dever positivo de deduzir o pedido “ainda que [...] possa prever que possa haver danos para outros credores se a indignidade de crédito do cliente não for imediatamente posta a descoberto” ³⁸⁹.

O facto da concessão, da concessão *abusiva* de crédito é, em todo o caso, um facto positivo — e, como facto positivo, viola um dever negativo, de abstenção ou de omissão.

O tipo de culpa por que o tipo de ilícito preenchido pelo facto há-de ser imputável ao credor, ao dador de crédito ou financiador deve representar-se como uma culpa qualificada: a responsabilidade do banco como credor poderá ser uma responsabilidade por dolo ou uma responsabilidade por culpa grave (por negligência grosseira).

Ora, a *responsabilidade por culpa* ou por *negligência*, por uma *culpa grave* ou por uma *negligência grosseira*, caracterizar-se-á por uma violação caracterizada do dever de o banqueiro avaliar a dignidade de crédito do cliente ou por uma violação caracterizada do dever de não conceder crédito a um cliente “indigno”, p. ex., por estar insolvente.

III. — O raciocínio desenvolvido nos parágrafos precedentes permite-nos concluir que o caso da responsabilidade do banco pela *cumplicidade* pelo adiamento da declaração de insolvência pode

³⁸⁹ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.



coordenar-se ao tipo de responsabilidade pela *insolvência culposa*.

Como os bancos podem lesar os bens jurídicos protegidos pelo art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas; como podem lesá-los praticando por si próprios um facto análogo aos previstos pelos tipos de ilícito do art. 186.º, ou participando na prática por terceiros (pelos administradores do cliente) de um facto previsto pelos tipos de ilícito do art. 186.º — participando, p. ex., no adiamento da declaração de insolvência —; e como podem praticá-los com o tipo de culpa previsto no art. 186.º, n.º 1 (dolo ou culpa grave), deve concluir-se que os bancos podem ser *peçoas afectadas* pela qualificação da insolvência e que, desde que sejam *peçoas afectadas* pela qualificação da insolvência, devem ser condenados a indemnizar os credores do devedor declarado insolvente, “até ao montante dos créditos não satisfeitos”.

Em favor da tese de que o conceito de *peçoas afectadas pela qualificação da insolvência* da alínea a) do n.º 2 do art. 189.º do Código da Insolvência, deve interpretar-se em termos de incluir os *credores*, como os bancos, dadores de crédito ou financiadores, desde que tenham contribuído significativamente para a situação de insolvência. nos três anos anteriores ao início do processo, está a alínea d) do n.º 2:

“Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve [...] determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas *peçoas afectadas* pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses



créditos”³⁹⁰.

20. (Cont.) O regime da responsabilidade das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência — antes e depois da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro

I. — O art. 189.º, n.º 2, alínea e), na redacção da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, determinava que, “[n]a sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz dev[ia] [...] [c]ondenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios [...]”. O texto era claro no sentido de que as pessoas afectadas respondiam por *todos* os créditos não satisfeitos — o montante da indemnização, em que as pessoas afectadas haviam de ser condenadas, era o montante total dos créditos não satisfeitos. Em vez de se aplicarem os princípios e as regras gerais dos arts. 562.º, 563.º e 566.º, n.º 2, do Código Civil, de acordo com os quais *a medida da indemnização deveria corresponder à medida em que o dano dos credores tivesse sido causado pelo facto ilícito imputável à pessoa afectada*, aplicava-se princípios e regras especiais — *a medida da indemnização deveria corresponder à totalidade do dano dos credores, dos créditos não*

³⁹⁰ Cf. designadamente Luís Menezes Leitão, *Direito da insolvência*, 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pág. 286: “Sempre que algum credor se encontre envolvido na qualificação da insolvência como culposa, a sentença determina a perda de todos os seus créditos sobre o insolvente ou sobre a massa insolvente e a sua condenação na restituição dos bens e serviços recebidos em pagamento desses créditos”.



satisfeitos, ainda que a medida da indemnização fosse superior à medida em que o dano dos credores tivesse sido causado pelo facto ilícito imputável à pessoa afectada.

Henrique Sousa Antunes chegava a dizer que, “[c]om referência aos créditos não satisfeitos, o preceito afasta[va] a indemnização dos danos efectivamente causados”³⁹¹.

O tema mais controverso era a coordenação entre o n.º 2, alínea e), e o n.º 4:

“[a]o aplicar o disposto na alínea e) do n.º 2, o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efectuar em liquidação de sentença”.

Embora o tema fosse controverso, entendíamos que a coordenação deveria fazer-se nos seguintes termos: Em primeiro lugar, o n.º 4 do art. 189.º corrigiria os resultados do n.º 2 — a responsabilidade das pessoas afectadas perante credores do devedor declarado insolvente *pelo montante dos créditos não satisfeitos* deveria ser reduzida atendendo designadamente à *proporção* em que o comportamento das pessoas afectadas e à *proporção* em que o comportamento de terceiros contribuiu para a

³⁹¹ Henrique Sousa Antunes, “Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, in: Catarina Serra (coord.), *V Congresso de direito da insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2019, págs. 135-167 (135).



situação patrimonial da sociedade ³⁹². Em segundo lugar, e em consequência, os n.º 2 e 4 do art. 189.º derogariam as regras gerais sobre a atribuição / distribuição do ónus da prova, através de duas *presunções*: da presunção de que *o facto de cada uma das pessoas afectadas causou um dano aos credores* e da presunção de que *o dano causado por cada uma das pessoas afectadas aos credores correspondia à totalidade dos créditos não satisfeitos*.

O *regime especial* dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas era mais favorável aos credores lesados que o *regime geral*, por consagrar *as duas presunções* — a presunção de *dano* e a presunção de *causalidade*.

O regime geral, consagrado no Código Civil, colocaria a cargo do credor lesado o ónus de alegar e de provar duas coisas. Em primeiro lugar, de provar a data em que o devedor deveria ter sido declarado insolvente e, em segundo lugar, de provar a diferença entre a situação patrimonial do devedor na data em que deveria ter sido declarado insolvente e na data em que, de facto, o foi. O regime especial, consagrado no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dispensá-lo-ia da prova, particularmente difícil, exigida pelos arts. 562.º ss. do Código Civil — em princípio, *as pessoas afectadas pela qualificação da insolvência respondiam pela*

³⁹² Cf. Luís A. Carvalho Fernandes / João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2013, págs. 736-738.



totalidade dos créditos não satisfeitos ^{393 394}.

II. — A Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro, alterou a redacção do art. 189.º, n.º 2, alínea e).

Em vez de dizer que o juiz deve “[c]ondenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos”, diz que deve “[c]ondenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos”.

O texto é agora claro no sentido de que as pessoas afectadas pela qualificação *não* respondem, ou não respondem *sempre*, pela totalidade dos créditos não satisfeitos.

Em lugar de um preceito que afastava, que excluía a

³⁹³ Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, em “Responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa”, in: Catarina Serra (coord.), *I Colóquio de direito da insolvência de Santo Tirso*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 195-256; Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, págs. 218-225; Catarina Serra, *Lições de direito da insolvência*, cit., págs. 160-163; Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, in: *Revista de direito comercial*, vol. 2 (2018), págs. 533-627.

³⁹⁴ Em sentido diferente, distinguindo duas teses interpretativas do art. 189.º, n.º 2, alínea e), designadas de *tese confirmatória* e de *tese correctiva*, e exprimindo preferência pela *tese correctiva*, vide por todos Henrique Sousa Antunes, “Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, cit., pág. 158.



indemnização dos danos efectivamente causados, o art. 189.º, n.º 2, alínea e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na redacção da Lei n.º 9/2022, é um preceito que, não a excluindo, remete para uma indemnização dos danos efectivamente causados.

O antigo texto do art. 189.º, n.º 2, alínea e), fixava um *critério* — em princípio, o montante da indemnização em que as pessoas afectadas haviam de ser condenadas não devia ser nem superior nem devia ser inferior ao montante total dos créditos não satisfeitos. O novo texto do art. 189.º, n.º 2, alínea e), deixou de fixar um *critério* e fixou um *limite*. Embora o montante da indemnização em que as pessoas afectadas hão-de ser condenadas não possa ser *superior*, poderá ser *inferior* ao montante dos créditos não satisfeitos.

O facto de o novo texto do art. 189.º, n.º 2, alínea e), não fixar nenhum critério significa (só pode significar) que o critério relevante para efeitos do art. 189.º, n.º 2, alínea e), não se desvia dos critérios relevantes para efeitos dos arts. 562.º, 563.º e 566.º, n.º 2, do Código Civil. Em vez de se aplicarem princípios e regras especiais, aplica-se (deve aplicar-se) os princípios e as regras gerais dos arts. 562.º, 563.º e 566.º, n.º 2, do Código Civil, de acordo com os quais *a medida da indemnização deveria corresponder à medida em que o dano dos credores tivesse sido causado pelo facto ilícito imputável à pessoa afectada*. O novo texto do art. 189.º, n.º 2, alínea e), ao dizer que o juiz deve “[c]ondenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos”, está a dizer duas coisas: que o juiz deve fixar o montante da indemnização de acordo com os princípios e com as regras gerais e que, de acordo com os



princípios e as regras gerais, o montante da indemnização não pode ser superior ao montante da totalidade dos créditos não satisfeitos. *A medida da indemnização pode corresponder à totalidade do dano dos credores, pode corresponder à totalidade dos créditos não satisfeitos, ou pode não lhe corresponder* — a medida da indemnização não pode ser superior à medida em que o dano dos credores tenha sido causado pelo facto ilícito imputável à pessoa afectada.

O tema da coordenação entre o n.º 2, alínea e), e o n.º 4 deixa de ser um tema controverso. A regra de que o juiz deve fixar o montante da indemnização de acordo com os princípios e com as regras gerais concilia-se facilmente com as duas regras do n.º 4: “[a]o aplicar o disposto na alínea e) do n.º 2, o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas” e, desde não possa fixar o valor das indemnizações devidas, o juiz deve fixar os critérios relevantes para a sua fixação, “a efectuar em liquidação de sentença”.

Enquanto, em face do antigo texto do art. 189.º entendíamos que o n.º 4 do art. 189.º corrigia os resultados do n.º 2, em face do novo texto do art. 189.º entendemos que não os corrige — a responsabilidade das pessoas afectadas perante credores do devedor declarado insolvente deverá sempre ser fixada atendendo designadamente à *proporção* em que o comportamento das pessoas afectadas e / ou à *proporção* em que o comportamento de terceiros contribuiu para a situação patrimonial da sociedade.

Enquanto, em face do antigo texto do art. 189.º, entendíamos que os n.ºs 2 e 4 do art. 189.º derogavam os princípios e as regras gerais sobre a atribuição / distribuição do ónus da prova, em face do novo texto do art. 189.º entendemos que não os derogam.



III. — O *regime especial* dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na redacção da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro, coincide com o *regime geral* dos arts. 562.º, 563.º e 566.º, n.º 2, do Código Civil — não é nem mais nem menos favorável aos credores lesados que o *regime geral*.

Em face do antigo texto do art. 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, a pessoa afectada pela qualificação da insolvência havia de indemnizar *todos os créditos que deixaram de ser não satisfeitos*, ainda que *nem todos os créditos tivessem deixado de ser satisfeitos por causa do facto ilícito imputável à pessoa afectada*, em face do novo texto do art. 189.º, a pessoa afectada pela qualificação de insolvência só há-de indemnizar *os créditos que tenham deixado de ser satisfeitos por causa do facto ilícito imputável à pessoa afectada*. O resultado da Lei n.º 9/2022 é a *inutilização*, total ou quase total, da responsabilidade das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência: Estando em causa, p. ex., a responsabilidade pela concessão de crédito, o credor lesado terá sempre de alegar e de provar a data em que o devedor deveria ter sido declarado insolvente e a diferença entre a situação patrimonial do devedor na data em que deveria ter sido declarado insolvente e na data em que, de facto, o foi. O regime especial resultante do *antigo texto* do art. 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dispensava-o da prova, particularmente difícil, exigida pelos arts. 562.º ss. do Código Civil — o regime geral resultante do *novo texto* não o dispensa de nada.

O facto de a Lei n.º 9/2022 ter alterado tão sensivelmente o art. 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas será



porventura o pretexto para uma deslocação sistemática do tema: desde 2012, com a Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, o problema da responsabilidade dos bancos pela concessão abusiva ou ilícita de crédito tinha tendência a sair do direito civil para entrar no direito da insolvência, para que os credores de um cliente indigno prudesse prevalecer-se das presunções do art. 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas; desde 2022, com a Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro, o problema da responsabilidade dos bancos pela concessão abusiva ou ilícita de crédito terá, porventura, tendência a sair do direito da insolvência para reentrar no direito civil — para reentrar no art. 334.º do Código Civil.

21. O problema da fundamentação da responsabilidade civil dos bancos pela concessão abusiva ou ilícita de crédito [dentro dos quadros do art. 334.º do Código Civil]

Esclarecido que a responsabilidade do banco pela concessão abusiva ou ilícita de crédito é, tornará a ser ou, em todo o caso, deverá tornar a ser uma responsabilidade por abuso do direito, deve distinguir-se dois problemas — o problema da *fundamentação* e o problema da *extensão* do dever de indemnizar os credores do cliente.

Entre os §§ 823 e 826 do Código Civil alemão e os arts. 483.º e 334.º do Código Civil português há uma relação de semelhança mais forte; entre o art. 2043.º do Código Civil italiano e os arts. 483.º e 334.º do Código Civil português há uma relação de semelhança mais fraca. Enquanto o art. 2043.º do Código Civil italiano contém uma



cláusula geral, uma *grande cláusula geral*, os arts. 483.º e 334.º do Código Civil português contêm três *cláusulas particulares* ou, em todo o caso, três *pequenas cláusulas gerais* ³⁹⁵; enquanto o art. 2043.º do Código Civil italiano contém uma *norma incompleta*, os arts. 483.º e 334.º do Código Civil português contêm duas *normas completas, tendencialmente completas*, de alcance mais amplo — as duas normas do art. 483.º — e uma *norma incompleta*, de alcance mais restrito (muito mais restrito) — a norma do art. 334.º —; enquanto o sistema de responsabilidade civil resultante do art. 2043.º do Código Civil italiano é um sistema *aberto, móvel*, o sistema de responsabilidade civil resultante dos arts. 483.º e 334.º do Código Civil português é um sistema em que coexistem *partes fechadas, imóveis ou rígidas* e *partes móveis, flexíveis* ³⁹⁶, e em que as *partes fechadas, imóveis ou rígidas* têm uma *prevalência fundamental* sobre as *partes móveis, flexíveis* ³⁹⁷.

O caso é que a responsabilidade por abuso do direito — e, dentro da responsabilidade por abuso do direito, pela causação de danos contra os bons costumes — é uma das *partes móveis*, e uma das *partes flexíveis*, do direito da responsabilidade civil.

³⁹⁵ Cf. designadamente Claus-Wilhelm Canaris, “Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts”, in: *Versicherungsrecht*, 2005, págs. 577-584 = in: *Gesammelte Schriften*, vol. 3 — *Privatrecht*, de Gruyter, Berlin, 2012, págs. 1109-1126 (1118-119).

³⁹⁶ Em termos em tudo semelhantes, para o direito alemão, vide Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (título original: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, págs. 134 e 135.

³⁹⁷ Em termos em tudo semelhantes, para o direito alemão, vide Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* cit., pág. 134.



Embora o sistema do direito alemão ou do direito português “não [seja] fundamentalmente móvel, mas sim imóvel” ³⁹⁸, é um sistema fundamentalmente imóvel, fundamentalmente rígido, com partes móveis, flexíveis ³⁹⁹; embora, como é próprio de um sistema fundamentalmente imóvel, “a formação rígida de proposições normativas [...] represent[e] a regra” e a formação flexível, móvel, represente ou traduza a exceção ⁴⁰⁰, os conceitos de abuso de direito e, dentro do abuso do direito, de bons costumes resultam de uma formação flexível, móvel, de proposições normativas;

“Encontram-se numerosos exemplos de mobilidade do sistema, em especial onde as previsões normativas rígidas se complementam e acomodam através de cláusulas gerais: para determinar se um despedimento é anti-social, se existe um fundamento importante, se um negócio jurídico ou um comportamento são contrários aos bons costumes, etc., é necessário ponderar entre si determinados pontos de vista ‘segundo o número e o peso’, sem uma relação hierárquica firme” ⁴⁰¹.

³⁹⁸ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* cit., pág. 134.

³⁹⁹ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* cit., págs. 134-135 — com a reafirmação subsequente de que “o direito positivo compreende [...] partes do sistema móveis e imóveis, com predomínio básico das primeiras” (pág. 138).

⁴⁰⁰ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* cit., pág. 138.

⁴⁰¹ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* cit., págs. 137-138.



Em Itália, como em Portugal, a aplicação do *abuso do direito* à responsabilidade civil pressupõe um conflito entre princípios antinómicos e de um conflito entre princípios antinómicos suscitado pela causação de um dano ou de um prejuízo ⁴⁰².

Em Itália, fala-se do conflito entre um *princípio proibitivo geral*, por que se protege a esfera do lesado, e um conjunto *princípios permissivos especiais* por que protege a esfera do lesante; em Portugal, fala-se, ou deve falar-se, do conflito entre um conjunto de *princípios proibitivos especiais* e o *princípio permissivo geral*, que decorre *a contrario sensu* do art. 483.º do Código Civil. Em todo o caso, em Itália, como em Portugal, a composição do conflito entre os princípios *proibitivos* e *permissivos* resolve-se necessariamente na *reorganização* do sistema, através de *regras* de compatibilização, por que se determina a prevalência do(s) princípio(s) proibitivo(s) ou permissivo(s) ⁴⁰³.

O art. 334.º do Código Civil português, como o § 826 do Código Civil alemão, permite o desenvolvimento do direito da responsabilidade civil, em dois sentidos:

Em primeiro lugar, no sentido de proteger, através da obrigação de indemnizar, interesses que são indubitavelmente dignos de tutela, mercedores da tutela do direito, ainda que não tenham encontrado o seu “local dogmático preciso”; em segundo lugar, no sentido de proteger (todos) os interesses dignos de tutela, mercedores de tutela, contra “formas de comportamento novas” ou, em todo o caso, contra formas de comportamento que ainda

⁴⁰² Mario Barcellona, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, UTET, Torino, 2011, pág. 200.

⁴⁰³ Mario Barcellona, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, cit., pág. 200.



“não tenham sido consideradas como ofendendo os bons costumes” — eventualmente, “antecipando-se à intervenção do legislador”⁴⁰⁴.

Entre o art. 2043.º do Código Civil italiano e o art. 334.º do Código Civil português encontra-se, por um lado, uma fundamental *relação de semelhança*. O art. 334.º permite a protecção dos interesses do lesado, ainda que não se consubstanciem num direito subjectivo, e dentro dos direitos subjectivos, num direito absoluto^{405 406}. Entre o art. 2043.º do Código Civil italiano e o art. 334.º do Código Civil português encontra-se, por outro lado, uma fundamental, ainda mais fundamental, *relação de dissemelhança*. O art. 2043.º do Código Civil italiano permite *como regra* a protecção dos interesses do lesado, ainda que não se consubstanciem num direito subjectivo; o art. 334.º do Código Civil português permite-a *como excepção*, e só a permite *como excepção*.

Os indícios da *relação de semelhança* concretizam-se, p. ex., em que *a qualificação de um dano como injusto* no quadro do art. 2043.º do Código Civil italiano ou *a qualificação de um comportamento como abusivo, como contrário aos bons costumes*,

⁴⁰⁴ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 558 (nota n.º 352) — em diálogo com Erwin Deutsch.

⁴⁰⁵ Claus-Wilhelm Canaris, “Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts”, cit., pág. 1120.

⁴⁰⁶ Giovanna Visintini retira do § 826 do Código Civil alemão a conclusão de que, “na Alemanha, vigora um princípio de atipicidade, pelo menos potencial [dos factos ilícitos], desde que não nos fiquemos pela letra das disposições” (*Trattato breve della responsabilità civile*, 3.ª ed., CEDAM, Padova, 2005, pág. 425) — e a conclusão procede, *a pari* ou *a fortiori*, *para Portugal*.



no quadro do art. 334.º do Código Civil português é o resultado de uma *comparação* e de uma *valoração*, — de uma *comparação valorativa*, — por que se conclui que o interesse do lesado deve prevalecer sobre o interesse do lesante. Os indícios da *relação de dissemelhança* concretizam-se, p. ex., em que a *qualificação de um dano como injusto* no quadro do art. 2043.º do Código Civil italiano é *tendencialmente mais fácil* e o de que a *qualificação de um comportamento como abusivo, como contrário aos bons costumes*, no quadro do art. 334.º do Código Civil português ⁴⁰⁷ é *tendencialmente mais difícil*.

A qualificação de um dano como injusto no quadro do art. 2043.º do código italiano é *tendencialmente mais fácil*, porque pressupõe uma *ilicitude simples* e uma *culpa simples* — pressupõe só uma culpa leve —; a qualificação de um comportamento como abusivo, ou como contrário aos bons costumes, no quadro do art. 334.º do código português, essa, é *tendencialmente mais difícil*, porque pressupõe uma *ilicitude qualificada* e *em regra* uma culpa qualificada — *em regra* pressupõe o dolo ou a culpa grave.

⁴⁰⁷ Em ligação com o art. 335.º do Código Civil, para que a limitação dos espaços de liberdade, das *zonas de liberdade*, de cada sujeito, de cada potencial lesado e de cada potencial lesante, atenda, como deve atender, “[a]o modelo e [às] limitações do disposto em sede de conflito de direitos” [vide Manuel Carneiro da Frada, *Direito civil. Responsabilidade civil — O método do caso*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, pág. 76].



22. (Cont.) Os critérios relevantes para a fundamentação da responsabilidade pela causação de danos contra os bons costumes como elementos de um sistema móvel

Inspirando-se em Walter Wilburg⁴⁰⁸, em Mayer-Maly⁴⁰⁹ e, em alguma medida, em Mertens⁴¹⁰, Sinde Monteiro propôs-se construir os critérios da responsabilidade pela causação de danos contra os bons costumes como elementos de um *sistema móvel*⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Cujo texto fundamental está disponível em português — Walter Wilburg, “Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil”, in: *Direito e Justiça*, vol. XIV (2000) — tomo III, págs. 55-73.

⁴⁰⁹ Theo Mayer-Maly, “Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten”, in: Franz Bydliniski / Heinz Krejci / Bernd Schilcher / Viktor Steininger (coord.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Springer, Wien / New York, 1986, págs. 117-126.

⁴¹⁰ Hans-Joachim Mertens, em “Deliktsrecht und Sonderprivatrecht. Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 178 (1978), págs. 227-262, e em anotação ao § 826, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.ª ed., C. H. Beck, München, 1997, págs. 1688-1750 (esp. nas págs. 1727-1734).

⁴¹¹ Sobre o conceito de sistema móvel, *vide* na doutrina Walter Wilburg, “Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil”, in: *Direito e Justiça*, vol. XIV (2000) — tomo III, págs. 55-73; Raúl Guichard, “Apresentação [de Walter Wilburg, ‘Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil’]”, in: *Direito e Justiça*, vol. XIV (2000) — tomo III, págs. 51-54; Willibald Posch, “Pós-fácio [a Walter Wilburg, ‘Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil’]”, in: *Direito e Justiça*, vol. XIV (2000) — tomo III, nas págs. 74-75; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito* (título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, págs. 667-689 e 680-682; Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (título original: *Systemdenken und Systembegriff in*



Em lugar de uma enunciação demasiado rígida dos pressupostos da responsabilidade ⁴¹² ou de uma enunciação demasiado flexível, tão flexível que significasse uma remissão para “[]um número, [para um] certo número, de *topoi*, em princípio extensível sem limite” ⁴¹³, deveria procurar-se um número limitado de elementos ⁴¹⁴, de

der Jurisprudenz), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, págs. 127-148; António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão), em especial na pág. 1262; ou Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, em especial na pág. 586 e na nota n.º 617 (págs. 586-587); na jurisprudência, os acórdãos do STJ 5 de Fevereiro de 1998 — processo n.º 98A011 —, de 3 de Dezembro de 1998 — processo n.º 98A1114 —, de 11 de Dezembro de 2012 — processo n.º 116/07.2TBMCN.P1.S1 —, de 1 de Julho de 2014 — processo n.º 6193/06.6TBMTS.P1.S1 —, de 23 de Junho de 2016 — processo n.º 1579/14.5TBVNG.P1.S1 —, de 19 de Outubro de 2017 — processo n.º 1468/11.5TBALQ-B.L1.S1 —, de 7 de Junho de 2018 — processo n.º 2877/11.5TBPDL-D.L2.S1 —, de 10 de Outubro de 2017 — processo n.º 1537/15.2T8SNT.L1.S1 —, de 4 de Julho de 2019 — processo n.º 34352/15.3T8LSB.L1.S1 —, e 23 de Outubro de 2019 — processo n.º 9720/17.0T8PRT.P1.S1 —, de 17 de Dezembro de 2019 — processo n.º 480/12.1TBMMV.C1.S2 —, de 14 de Janeiro de 2021 — processo n.º 15265/14.2T8PRT-A.P1.S1 — ou de 8 de Setembro de 2021 — processo n.º 723/17.5T8BJA.E1.S1.

⁴¹² Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 551 — “enunciação rígida do *Tatbestand* de responsabilidade”.

⁴¹³ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 551.

⁴¹⁴ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 551 e 647.



princípios ⁴¹⁵ ou de vectores ⁴¹⁶. Em lugar de uma consideração indiferenciada dos elementos, dos princípios ou dos vectores relevantes, “sem preocupação de formação de um ‘sistema’” ⁴¹⁷, deveria procurar-se uma consideração diferenciada. Em lugar de uma determinação *em abstracto* da consequência jurídica, deveria procurar-se uma determinação *em concreto*, caso a caso, “a partir do jogo concertado dos elementos, consoante o seu número e força” ⁴¹⁸.

O juízo de contrariedade aos bons costumes e, por consequência, o juízo de responsabilidade pela causação de danos contrária aos bons costumes exigiria uma “ponderação global das circunstâncias do caso” ⁴¹⁹, “utilizando o espaço hermenêutico que a lei, prudentemente, oferece ao intérprete-aplicador para procurar obter resultados proporcionados à valoração a fazer dos interesses

⁴¹⁵ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 647 — falando de “princípios directores”.

⁴¹⁶ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 551.

⁴¹⁷ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 551.

⁴¹⁸ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 551 e 647.

⁴¹⁹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 581 e 649.



em jogo”^{420 421}.

Sinde Monteiro convoca dois elementos, duas *forças*, essenciais: o primeiro seria “predominantemente de carácter objectivo”; consistiria “[n]a maior ou menor desconformidade da conduta do agente com aquilo que naquelas circunstâncias [...] é objectivamente de exigir ao tráfico”; o segundo seria predominantemente de carácter subjectivo; consistiria na maior ou menor *censurabilidade* ou *reprovabilidade*⁴²².

Quando surgissem, simultaneamente, *na sua máxima força*, os dois elementos conjugar-se-iam para fazer funcionar o *conteúdo delitual mínimo* do art. 334.º do Código Civil⁴²³: “aquele que, de uma forma ofensiva para os bons costumes, causa intencionalmente um dano a outrem, fica obrigado a indemnizar o

⁴²⁰ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 557-558.

⁴²¹ Carneiro da Frada convoca implicitamente a ideia de um *sistema móvel* para preconizar uma “análise diferenciada”, orientada por valorações, dos casos de responsabilidade por danos patrimoniais primários — considera necessário definir espaços razoáveis, “zonas razoáveis”, de isenção da responsabilidade; ao definir os espaços razoáveis, distinguir a actuação dentro e fora do mercado; e, ao definir os espaços razoáveis *dentro do mercado*, distinguir categorias ou tipos de sujeitos — empresas, profissionais, consumidores (*Direito civil. Responsabilidade civil — O método do caso*, cit., págs. 75-76).

⁴²² Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 552.

⁴²³ Como que a confirmar o resultado do *jogo concertado* dos dois elementos estariam a história do direito português e, em especial, os trabalhos preparatórios do Código Civil e o direito comparado, de tal forma que Sinde Monteiro fala de “uma espécie de fundo comum da cultura jurídica europeia” (“Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., pág. 463).



lesado”⁴²⁴. Quando não surgissem, simultaneamente, *na sua máxima força*, os dois elementos completar-se-iam e substituir-se-iam reciprocamente — a *maior intensidade* do elemento objectivo, da *ofensa aos bons costumes*, permitiria a responsabilidade, ainda que o elemento subjectivo não fosse tão *forte* como a *intenção de causar o dano*, e a *maior intensidade* do elemento subjectivo, da *intenção de causar o dano*, permitiria a responsabilidade, ainda que o elemento objectivo, a *ofensa aos bons costumes*, não fosse tão *forte* (tão *caracterizado* ou tão *marcado*)^{425 426}.

⁴²⁴ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 552. Entre as previsões ou tipos de responsabilidade do art. 483.º e a *previsão mínima*, ou *típo mínimo*, do art. 334.º há duas diferenças; há uma diferença no plano objectivo — ou seja, quanto ao elemento objectivo — e há uma diferença no plano subjectivo — ou seja, quanto ao elemento subjectivo. A primeira, a diferença no plano objectivo, está em que, “[n]o lugar da violação dos direitos de outrem, ou de uma disposição legal de protecção, entra a [ofensa] dos bons costumes, como valor protegido” (pág. 552) — “[a] ilicitude aparece-nos aqui na veste de ofensa aos *boni mores*” (pág. 552) — e a segunda, a diferença no plano subjectivo, está em que, no lugar da mera culpa, entra o dolo (pág. 553).

⁴²⁵ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 561 — em diálogo com Mayer-Maly: “... só à custa de ficções pode ser mantido o princípio [de que a violação dos bons costumes] pressupõe um *Tatbestand* subjectivo (um ‘ânimo condenável’ — *verwerfliche Gesinnung*)” e, com o princípio só pudesse ser mantido à custa de ficções, seria preferível aceitar (...), no caso de realização marcada de um elemento de contrariedade aos bons costumes (perturbação da equivalência) que a normalmente exigida presença de outro elemento pode retroceder”.

⁴²⁶ Entre os argumentos a favor de uma atenuação dos requisitos subjectivos da responsabilidade prevista no § 826 está o de que o requisito do dolo significaria um privilégio para as condutas gravemente negligentes, e o privilégio é



“Um comportamento especialmente ofensivo dos bons costumes no plano objectivo, poderá atenuar a exigência do requisito subjectivo (um estado de espírito condenável) e vice-versa” ⁴²⁷.

O resultado da construção do sistema de responsabilidade pela causação de danos contra os bons costumes como um *sistema móvel* é confirmado pelo *silêncio*, pelo *silêncio eloquente*, do art. 334.º do Código Civil sobre a *intenção de causar dano* ⁴²⁸.

O *conteúdo delitual mínimo* do art. 334.º do Código Civil português corresponderia sensivelmente ao *conteúdo delitual* do § 826 do Código Civil alemão ⁴²⁹.

O problema estaria em que a regulação do § 826 do Código Civil alemão seria hoje em geral representada como uma “regulação falhada”, e como uma regulação falhada “sobretudo por colocar como carácter genérico o requisito do dolo de lesão” ⁴³⁰.

injustificado [cf. Franz Maurer, *Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB*, cit., págs. 207-208].

⁴²⁷ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 647.

⁴²⁸ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 553-554, 555, 555-556 (nota n.º 347), 557, 645 e 646, ou “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., pág. 463.

⁴²⁹ Com a diferença de que o alcance da fórmula *intenção de causar dano* é ainda mais limitado que o alcance do termo *dolo*, por não abranger o *dolo eventual*.

⁴³⁰ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 553-554.



O texto do § 826 do Código Civil alemão não proporciona ao intérprete o *espaço hermenêutico* necessário para corrigir a falha; exige, expressamente, o *dolo*; o texto do art. 334.º do Código Civil português proporciona-lhe o *espaço hermenêutico* necessário para exigir ou o *dolo* ou a *mera culpa* ⁴³¹; não exige, expressamente, o *dolo* — directo, necessário ou eventual ⁴³². Considerando-se, como deve considerar-se, que em alguns casos a responsabilidade do lesado pela causação *negligente* de danos contra os bons costumes é a “solução preferível *de jure condendo*” ⁴³³, conclui-se que a solução preferível *de jure condendo* é sustentável *de jure condito* — o art. 334.º permite uma *aproximação razoável* à solução preferível, “sem desequilíbrio da construção jurídica” e “[sem prejuízo para o] sentimento de auto-responsabilidade” ⁴³⁴.

Em todo o caso, ainda que a lei não exija nem um determinado *tipo* nem tão-pouco um determinado *grau* de culpa, exige que haja um *excesso manifesto*, e o termo *manifesto* tem algumas

⁴³¹ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 555-556 (nota n.º 557) — “O teor literal do art. 334.º deixa margem para essa interpretação, na medida em que, em certas áreas, ela apareça como preferível” — ou 646 — “Ao falar de ‘excesso manifesto dos limites para que exista ‘ilegitimidade’ (de que a ilicitude é um e só um dos aspectos), o art. 334.º oferece algum espaço hermenêutico ao intérprete”.

⁴³² Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 645: “... o art. 344.º não exige o dolo, mesmo que só eventual”.

⁴³³ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 555, 646 e 649.

⁴³⁴ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 649.



consequências sobre o *tipo* e sobre o *grau* de culpa.

Em regra, a responsabilidade pela ofensa dos bons costumes depende de uma *culpa qualificada* ⁴³⁵. O termo *culpa qualificada* é suficientemente amplo para incluir o dolo de lesão e a negligência grosseira ⁴³⁶. Sinde Monteiro convoca, pela sua especial plasticidade, a fórmula adoptada por Frey para distinguir a negligência leve e a negligência grave: “A negligência é leve quando dizemos ‘isso pode acontecer’” e é grave, grosseira, quando temos de dizer “não se admite que tal aconteça” ⁴³⁷.

Excesso manifesto, no sentido do art. 334.º do Código Civil, será em regra tão só o excesso de que tenhamos de dizer “não se admite que tal aconteça” ⁴³⁸.

23. (Cont.) Os elementos do sistema móvel na responsabilidade dos bancos pela concessão abusiva de crédito

Enunciados os dois elementos essenciais do sistema móvel, “o espaço hermenêutico há-de ser prudentemente utilizado, tendo em

⁴³⁵ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 567, 570, 572-573, 581 e 648.

⁴³⁶ Em conjunto com a negligência grosseira, a *culpa qualificada* deverá incluir a “negligência bem caracterizada” (referida nas págs. 581 e 648).

⁴³⁷ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 567, ou “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., pág. 463.

⁴³⁸ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 567, 570, 572-573, 581 e 648;



conta a especificidade das situações” ⁴³⁹ — e, em particular, a especificidade da situação do banco que concede crédito a uma empresa em situação económica difícil, *sem perspectiva razoável de recuperação*; que concede crédito a uma empresa em situação desesperada ⁴⁴⁰.

I. — Em Itália, como em Portugal, a responsabilidade do banco é uma responsabilidade pela violação de deveres fundamentais de uma determinada actividade ou profissão.

O *sistema aberto, móvel*, de responsabilidade civil resultante do art. 2043.º do Código Civil italiano faz com que seja suficiente uma ilicitude simples. O comportamento do banco deve ser considerado como ilícito, desde que viole deveres de boa fé e de correcção — e, desde que o comportamento do banco deva ser considerado como ilícito, o dano deve ser considerado como injusto. O *sistema tendencialmente fechado, tendencialmente imóvel*, de responsabilidade civil resultante dos arts. 483.º e 334.º do Código Civil português faz com que não seja suficiente uma ilicitude simples — faz com que seja necessária uma ilicitude qualificada. O comportamento do banco só deverá ser considerado como ilícito desde que *exceda*, e desde que exceda *manifestamente*, os limites impostos pelos bons costumes — e o conceito amplo de bons

⁴³⁹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 646.

⁴⁴⁰ Cf. Anne-Laure Capoen, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Université de Toulouse, 2008, ou Guido Belli, “La responsabilità della banca per erogazione «abusiva» del credito ad un'impresa in situazione di disperazione”, in: *La responsabilità civile*, 2012, págs. 92-96.



costumes, em termos de incluir a (chamada) ética individual e a (chamada) ética social, *de ordenação*, determina que a violação caracterizada, clara ou grave, dos deveres fundamentais de uma determinada actividade ou de uma determinada profissão seja um elemento de *grande peso* para a *ponderação global* das circunstâncias do caso concreto ^{441 442}.

II. — Os bancos estão adstritos um dever procedimental de avaliação da dignidade de crédito do cliente e a um dever substancial de decisão no sentido da não concessão de crédito a um cliente indigno. O problema da responsabilidade pela concessão de crédito só se põe desde que o banco tenha violado um dos dois deveres — desde que tenha violado o dever procedimental de *avaliação da dignidade de crédito* ou desde que tenha violado o dever substancial de *decisão no sentido da não concessão de crédito*.

⁴⁴¹ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 581 e 649: “... o juízo de contrariedade aos bons costumes exige uma ponderação global das circunstâncias do caso, aparecendo a qualificação profissional apenas como um dos elementos, embora de grande peso, ao lado dos restantes”.

⁴⁴² O resultado não é em nada perturbado pelos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — ainda que o banco possa ser uma pessoa afectada pela qualificação da insolvência e que a responsabilidade do banco, como pessoa afectada pela qualificação da insolvência, possa estar sujeita aos princípios e às regras dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, a responsabilidade pela insolvência culposa desenvolve-se dentro das coordenadas dogmáticas da responsabilidade pelo abuso do direito e, dentro do abuso do direito, da responsabilidade pela causação, com dolo ou com culpa grave, de danos contra os bons costumes.



Os dois deveres estão entre os deveres fundamentais da actividade ou da profissão.

Em primeiro lugar, por causa da ampla capacidade e da ampla experiência dos bancos ⁴⁴³; em segundo lugar, por causa do perigo, do *grave perigo* das decisões sobre a concessão de crédito para o para o conjunto dos participantes no mercado; e, em terceiro lugar, por causa da *fácil recognoscibilidade do grave perigo* das decisões sobre a concessão de crédito para o conjunto dos participantes no mercado.

Encontrando-se, como se encontram, sujeitos a uma fiscalização estadual especial, os bancos “gozam [...] de uma grande medida de confiança junto do público” ⁴⁴⁴.

O facto de os bancos estarem adstritos aos dois deveres, e de os dois deveres estarem entre os deveres fundamentais da actividade ou da profissão, é em todo o caso insuficiente para que a contrariedade ao dever signifique contrariedade aos bons costumes ou para que a contrariedade aos bons costumes signifique responsabilidade.

Embora haja uma elevada probabilidade de que o conjunto dos

⁴⁴³ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 96 — considerando um caso em que “uma companhia de seguros passara um ‘certificado’ de ‘seguros de capital’ [...] utilizado por uma sociedade em comandita para a angariação de investidores”, Sinde Monteiro escreve que “os seguradores privados, tal como os bancos, [dispõem] de grande experiência no julgamento da segurança do investimento, o que lhes impõe maiores exigências em situações deste tipo”.

⁴⁴⁴ Cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 96.



participantes do mercado seja determinado pela *informação* sobre a dignidade de crédito ⁴⁴⁵, embora os interesses dos antigos credores sejam conhecidos e os interesses os novos credores sejam facilmente cognoscíveis ⁴⁴⁶, há um elevado perigo de que o número de lesados seja ilimitado ⁴⁴⁷. O conjunto dos antigos credores está quase sempre indeterminado e o conjunto dos novos credores é sempre indeterminável — daí que a responsabilidade do banco pela concessão de crédito deva depender, designadamente, de que o banco tenha a *intenção de alcançar uma vantagem* ou a *intenção de causar uma desvantagem*.

Canaris considera que será em geral necessário que o banco tenha a intenção de alcançar uma vantagem através da violação do dever ⁴⁴⁸; Coing considera em geral necessário que o banco tenha a intenção de causar uma desvantagem a terceiros — as “difíceis circunstâncias em que as decisões têm de ser tomadas, em situações de crise”, fariam com que o banco só respondesse, ou só devesse responder, por dolo e que não respondesse, ou que não

⁴⁴⁵ Cf. Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek, Wien, 2012, págs. 198— formulando a regras de que, *quanto mais elevada seja a probabilidade de que o comportamento de terceiros seja determinado pela informação incorrecta ou inexacta, tanto mais justificada será a responsabilidade por danos puramente patrimoniais*.

⁴⁴⁶ Cf. Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, cit., pág. 199 — formulando a regra de que, *se o lesante conhecia os interesses económicos de terceiros, ou se os interesses económicos de terceiros eram evidentes, é mais provável que a responsabilidade por danos puramente patrimoniais seja justificada*.

⁴⁴⁷ Cf. Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, cit., pág. 198.

⁴⁴⁸ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, 3.ª ed., de Gruyter, Berlin / New York, 1988, págs. 92-93.



devesse responder, por mera culpa ou negligência ⁴⁴⁹.

III. — Entre os *pontos consensuais* ou *quase consensuais* no quadro de um *sistema móvel* está o de que não é necessário que os dois elementos, a *intenção de alcançar uma vantagem* e a *intenção de causar uma desvantagem aos credores*, estejam presentes.

O elemento *predominantemente objectivo* do art. 334.º do Código Civil poderá ter o *peso suficiente* ainda que o banco não tenha a intenção de alcançar uma vantagem. O comportamento do banco poderá contrário aos bons costumes desde que a *decisão seja absolutamente inexplicável*, e a decisão poderá ser *absolutamente inexplicável* desde o banco não tenha *avaliado a dignidade de crédito do cliente* ou desde que, havendo-a avaliado, tenha *decidido conceder crédito a um cliente indigno* ⁴⁵⁰. O elemento *predominantemente subjectivo* do art. 334.º, esse, poderá ter o *peso suficiente* ainda que o banco não tenha a intenção de causar uma desvantagem aos credores. O dolo directo — a *intenção* de causar uma desvantagem; de prejudicar — poderá porventura ser substituído pelo dolo necessário — pela *consciência* de causar uma

⁴⁴⁹ Helmut Coing. “Eine neue Entscheidung zur Haftung der Banken wegen Gläubigergefährdung”, in: *WM. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1980, págs. 1026-1030.

⁴⁵⁰ Entre os deveres relevantes para efeitos de bons costumes, por resultarem de uma ética profissional, está o “dever de ‘organizar a própria esfera, nomeadamente o processo de trabalho na própria empresa, de tal forma que sejam, na medida do possível, evitados danos de terceiros’ — e a violação do dever, concretizada na *culpa de organização*, é em regra qualificada como *culpa grave* [cf. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 553 (nota n.º 340)].



desvantagem; pela *consciência* de prejudicar —, e o dolo necessário poderá porventura ser substituído pelo dolo eventual ou pela negligência consciente — pela *consciência da possibilidade* de causar uma desvantagem; pela *consciência da possibilidade* de prejudicar.

Independentemente de qual seja o critério mais adequado, mais correcto ou mais exacto, a ilicitude da violação de deveres decorre — como em Itália — de uma *comparação*, com as componentes de *ponderação* e de *valoração* subjacentes, e de uma *comparação* que — como em Itália — deve ser conduzida de acordo com o direito positivo ⁴⁵¹.

Em Itália, em consequência de não haver uma hierarquia firme dos bens jurídicos, ou dos interesses protegidos pelo art. 2043.º do Código Civil, o banco será responsável pela concessão de crédito, ainda que não haja razões adicionais ou suplementares para considerar *grave* a ilicitude ou a culpa. Em Portugal, em consequência de haver uma hierarquia (firme!) dos bens jurídicos, ou dos interesses, protegidos pelos arts. 483.º e 334.º do Código Civil, o banco só será responsável pela concessão de crédito desde que haja razões suplementares para considerar *grave* a ilicitude ou a culpa.

⁴⁵¹ Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* de 22 de Julho de 1999 (n.º 500).



24. (Cont.) Concretização dos critérios relevantes para a fundamentação da responsabilidade civil dos bancos pela concessão abusiva de crédito

Evitando a alusão a grupos de casos ou a tipos de casos de contornos imprecisos, como *colocação em perigo dos credores*, *insolvência certa* ou *incerta*, ou *insolvência iminente*, concentrar-nos-emos no caso paradigmático de responsabilidade pelos danos causados aos antigos credores — a *cumplicidade no adiamento da declaração de insolvência* — e no caso paradigmático de responsabilidade pelos danos causados aos novos credores — a *indução em erro sobre o crédito ou sobre a dignidade de crédito do devedor*.

I. — O banco será responsável como *cúmplice no adiamento da declaração de insolvência*, ou como *cúmplice na violação do dever de apresentação à insolvência*, desde que estejam preenchidos três requisitos — desde que o cliente tenha um dever de apresentação à insolvência ⁴⁵², desde que o banco tenha conhecimento de que o cliente está em situação de insolvência actual ou de insolvência iminente e desde que tenha a intenção de conseguir uma vantagem para si através do adiamento.

Claus Canaris distingue dois casos típicos de responsabilidade

⁴⁵² Entre os corolários do requisito de que o cliente tenha um dever de apresentação à insolvência está o de que a *suspensão do dever de apresentação à insolvência* dentro de um prazo, determinada pelo art. 6.º-E, n.º 6, alínea a), da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, na redacção da Lei 13-B/2021, de 5 de Abril, implica a *suspensão da responsabilidade pela violação do dever de apresentação à insolvência*.



dos bancos.

O primeiro é o caso de o banco conceder crédito para que, até à data da declaração de insolvência, o devedor conclua contratos com terceiros e para que os contratos que o devedor conclui com terceiros façam aumentar o património disponível para a liquidação ⁴⁵³. — O comportamento do banco será particularmente grave desde que convença os antigos credores a continuarem a fornecer bens ou a continuarem a prestar serviços ao seu cliente, ou desde que convença novos credores a fornecer-lhe bens ou a prestar-lhe serviços ⁴⁵⁴. — O segundo é o caso de o banco conceder crédito para que, até à data da declaração de insolvência, o credor consiga satisfazer o seu crédito, sem impedimentos ou em todo o caso sem os impedimentos ligados ao processo de liquidação ⁴⁵⁵.

Entre os efeitos da declaração de insolvência está o de que “[o]s credores da insolvência apenas poderão exercer os seus direitos em conformidade com os preceitos do [Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas], durante a pendência do processo” ⁴⁵⁶.

O pagamento deverá fazer-se de acordo com as regras dos arts. 173.º ss., e as regras dos arts. 173.º sustentam-se sobre o princípio

⁴⁵³ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.

⁴⁵⁴ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 92.

⁴⁵⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.

⁴⁵⁶ Cf. art. 90.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.



da igualdade dos credores.⁴⁵⁷

Como terceiro caso típico poderá porventura referir-se a hipótese de o banco conceder crédito para que passem os prazos para a resolução em benefício da massa insolvente, ou pelo menos, para que passem os prazos para a resolução incondicional.⁴⁵⁸

O art. 120.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas consagra o *princípio geral* sobre a resolução em benefício da massa insolvente e o art. 121.º consagra *regras especiais* sobre a resolução incondicional, i.e., “sem dependência de quaisquer outros requisitos”. O princípio geral do art. 120.º é o de que “podem ser resolvidos em benefício da massa insolvente os actos prejudiciais à massa praticados *dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência*”, e entre as regras especiais do art. 121.º estão a de que são resolúveis em benefício da massa insolvente os actos de constituição pelo devedor de garantias reais relativas a obrigações preexistentes ou de outras que as substituam, *nos seis meses anteriores à data de início do processo de insolvência*⁴⁵⁹; de constituição pelo devedor de garantias reais em simultâneo com a criação das obrigações garantidas, *dentro dos*

⁴⁵⁷ Cf. art. 176.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: “O pagamento aos credores comuns tem lugar na proporção dos seus créditos, se a massa for insuficiente para a respectiva satisfação integral”.

⁴⁵⁸ Johannes Hager, “Das Recht der unerlaubten Handlungen”, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier / de Gruyter, Berlin, 2008, págs. 879-953 (952)

⁴⁵⁹ Cf. art. 121.º, n.º 1, alínea c), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.



60 dias anteriores à data do início do processo de insolvência ⁴⁶⁰; de pagamento de obrigações cujo vencimento fosse posterior à data do início do processo de insolvência, *ocorridos nos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência, ou [ocorridos] depois [da data do início do processo] mas anteriormente ao vencimento* ⁴⁶¹; e, em geral, são resolúveis em benefício da massa insolvente os “[a]ctos a título oneroso realizados pelo insolvente dentro do ano anterior à data do início do processo de insolvência em que as obrigações por ele assumidas excedam manifestamente as da contraparte” ⁴⁶².

O banco terá ou, em todo o caso, poderá ter interesse, p. ex., em que o cliente continue em actividade pelo período de tempo necessário para pagar todas as suas obrigações ao banco, sem ficar sujeito à regra da resolubilidade (incondicional!) dos pagamentos ocorridos nos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência.

II. — Em relação aos casos em que o banco concede crédito com a consciência ou com a intenção de induzir em erro os credores, em especial os novos credores, sobre o crédito — *Kredittäuschung* — ou sobre a dignidade de crédito do cliente —

⁴⁶⁰ Cf. art. 121.º, n.º 1, alínea e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

⁴⁶¹ Cf. art. 121.º, n.º 1, alínea f), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

⁴⁶² Cf. art. 121.º, n.º 1, alínea h), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.



*Kreditwürdigkeit*täuschung⁴⁶³ —, deverá dizer-se duas coisas.

Em primeiro lugar, a indução em erro dos credores, em especial dos novos credores, sobre o crédito ou sobre a dignidade de crédito do cliente decorre em regra do adiamento da declaração de insolvência. Em segundo lugar, excluídos os casos em que a indução em erro dos credores decorre do adiamento da declaração de insolvência, deverá chamar-se a atenção duas coisas: para a circunstância de que só haverá um conflito entre os interesses do banco e os interesses dos credores *desde que não haja nenhuma probabilidade séria de recuperação da empresa*⁴⁶⁴ e para a circunstância de que, ainda que não haja nenhuma probabilidade séria de recuperação, *o banco só tem um dever negativo, de abstenção ou de omissão, e não tem nenhum dever positivo, de acção.*

A afirmação de que o banco tem um dever negativo, de abstenção ou de omissão, quer significar que tem o dever de não praticar actos em abstracto e/ou em concreto adequados para induzir em erro os credores acerca da situação económica e financeira do cliente⁴⁶⁵. A afirmação de que o banco não tem um dever positivo, de acção, essa, quer significar que o banco não tem o dever positivo de avisar, de esclarecer ou de informar cada um dos

⁴⁶³ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.

⁴⁶⁴ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.

⁴⁶⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.



novos credores ⁴⁶⁶; que o banco não tem o dever positivo de esclarecer ou de informar o conjunto dos novos credores, p. ex., deduzindo um pedido de declaração de insolvência do cliente ⁴⁶⁷; e que o banco que não o tem dever positivo de deduzir um pedido de declaração de insolvência do cliente, “ainda que [...] esteja em condições de prever que possa haver danos para os demais credores se a indignidade de crédito do [seu] cliente não for imediatamente colocada a descoberto” ⁴⁶⁸.

Embora em situações em que o banco tenha a intenção de conseguir uma vantagem para si e de causar uma desvantagem, de causar um dano aos credores do cliente seja mais fácil sustentar a responsabilidade pela concessão *abusiva* ou *ilícita* de crédito, o art. 334.º do Código Civil não exige nem uma nem outra coisas. Em vez de uma causação de danos com a intenção de conseguir uma vantagem para si, o art. 334.º do Código Civil exige, tão-só, uma causação de danos contrária aos bons costumes. A *responsabilidade pela contrariedade aos bons costumes* pode resultar de uma contrariedade especialmente *grave*, especialmente *grosseira*, aos padrões ou *standards* profissionais. Em vez de uma causação de

⁴⁶⁶ Canaris escreve que o banco não tem de avisar um novo credor, ou um novo sócio, que não tenha com o banco nenhum contacto negocial, nenhuma ligação de negócios ou nenhuma ligação especial, de que o seu cliente está insolvente, ou está em risco de ficar insolvente (*Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93). Os seus termos sugerem que pode haver um dever de aviso, de esclarecimento ou de informação dos credores, ou dos sócios, com os quais o banco tenha um contacto negocial, ou uma ligação especial.

⁴⁶⁷ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.

⁴⁶⁸ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, vol. I — *Allgemeine Grundlagen*, cit., pág. 93.



danos com a intenção de causar uma desvantagem, de causar um dano aos credores do cliente, o art. 334.º do Código Civil exige, tão-só, uma causação de danos contrária aos bons costumes imputável ao banco por dolo ou por culpa grave.

A responsabilidade por culpa ou por negligência, por uma culpa grave ou por uma negligência grosseira, caracterizar-se-á por uma violação caracterizada do dever de o banqueiro avaliar a dignidade de crédito do cliente ou por uma violação caracterizada do dever de não conceder crédito a um cliente “indigno”, p. ex., por estar insolvente.

Em primeiro lugar, poderá haver uma responsabilidade por culpa grave ou por negligência grosseira desde que o banqueiro conhecesse ou não pudesse razoavelmente desconhecer a “indignidade” de crédito do seu cliente ⁴⁶⁹. Em segundo lugar, poderá haver uma responsabilidade por negligência desde que o banqueiro não tenha pedido ao cliente as informações necessárias, em terceiro lugar poderá haver uma responsabilidade por negligência desde que o banqueiro não tenha pedido ao cliente os documentos necessários para comprovar a veracidade a actualidade das informações, e, em quarto lugar, poderá haver responsabilidade por negligência desde que o banqueiro não tenha de todo consultado as bases de dado de responsabilidades de crédito ⁴⁷⁰. Em quinto lugar, poderá haver uma responsabilidade por

⁴⁶⁹ Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., pág. 153.

⁴⁷⁰ Em tema de violação do dever de avaliar a dignidade de crédito, o texto de Margarida Azevedo de Almeida não é absolutamente claro: num primeiro momento, a autora sustenta, ou parece sustentar, que o banqueiro pode ser



negligência grosseira desde que o banqueiro não tenha de todo em todo ponderado as informações ou desde que, tendo-as ponderado, tenha emitido um juízo errado — um “juízo manifestamente errado” ⁴⁷¹.

O termo “manifestamente” é fundamental — a responsabilidade pelo abuso do direito não é uma responsabilidade por culpa simples, e sim (só) por culpa qualificada:

“Apenas quando o banqueiro, ao proceder a esta avaliação, assumir um comportamento gravemente negligente, poderá incorrer em responsabilidade nos termos do art. 334.º, sendo de aceitar que haja erros de previsão nesta matéria”

responsabilizado, perante os credores, pela violação, com negligência grosseira, do dever de preparar adequadamente a sua decisão e, em particular, pela violação, com negligência grosseira, do dever de se esclarecer sobre a actividade e sobre a situação económica e financeira da empresa; num segundo momento, sustenta, ou parece sustentar, que o banqueiro só pode ser responsabilizado desde que conheça a situação da empresa: “ser[ia] conveniente restringir a obrigação de responder pelos prejuízos sofridos pelos credores aos casos em que o banqueiro efectivamente conhe[cesse] a falta de dignidade da empresa devedora” (*A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., pág. 153). Isto significaria que, ainda que o banqueiro violasse, com grosseira negligência, com a mais grosseira das negligências, o dever de se esclarecer sobre a actividade e sobre a situação da empresa, não seria responsabilizado — o desconhecimento negligente, ainda que grosseiramente negligente, não equivale ao conhecimento efectivo, e só o conhecimento efectivo responsabilizaria o banqueiro.

⁴⁷¹ Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., pág. 153.



Invocando a fórmula de Frey, de acordo com a qual “[a] negligência é leve quando dizemos ‘isso pode acontecer’” e é grave, grosseira, quando temos de dizer “não se admite que tal aconteça”⁴⁷³, chegar-se-á à conclusão de que a cláusula de responsabilidade deduzida do art. 334.º é suficientemente ampla e flexível para permitir que os clientes responsabilizem os bancos por uma contrariedade aos bons costumes tão *grave*, tão *grosseira*, que temos de dizer “não se admite que tal aconteça”.

25. (Cont.) Concretização dos critérios relevantes para a exclusão ou para a limitação da responsabilidade civil dos bancos pela concessão abusiva de crédito — em particular, o problema da relevância do conhecimento da situação de insolvência do cliente financiado

Em relação aos *antigos credores*, o conhecimento da situação de insolvência do cliente tem um alcance mais limitado. Se os antigos credores tivessem tido conhecimento da situação de insolvência, teriam tido a oportunidade de requerer a declaração de insolvência do devedor — teriam tido a oportunidade de evitar o dano

⁴⁷² Margarida Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, cit., pág. 161.

⁴⁷³ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 567, ou “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, cit., pág. 463.



decorrente do agravamento da situação de insolvência entre a data em que a teriam requerido e a data em que a requereram. Em relação aos *novos credores*, o conhecimento da situação de insolvência tem um alcance mais amplo. Se os novos credores tivessem tido conhecimento da situação de insolvência do cliente teriam tido a oportunidade de contratar ou de não contratar: de contratar, aceitando o risco, ou de não contratar, rejeitando o risco de os seus créditos não serem integralmente satisfeitos.

Em consonância com o acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 (n.º 11695), os tribunais italianos distinguem consoante os credores da empresa financiada tenham ou não tenham conhecimento da situação de insolvência.

O problema põe-se em termos diferenciados, consoante estejam em causa antigos ou novos credores: a responsabilidade do banco pelos danos causados aos antigos credores só poderá ser perturbada desde que os *antigos credores* conhecessem a situação de insolvência do cliente, da empresa financiada, *aquando da conclusão do contrato entre o banco e o cliente-devedor*; a responsabilidade do banco pelos danos causados aos novos credores, essa, só poderá ser perturbada desde que os *novos credores* conhecessem a situação de insolvência do cliente, da empresa financiada *aquando da conclusão do contrato — da conclusão do contrato entre o cliente-devedor e o novo credor*.

O facto de os antigos credores conhecerem a situação de insolvência, e de a conhecerem antes da conclusão do contrato entre o banco e o cliente-devedor, significa que a *desactivação dos mecanismos sinaléticos* não prejudicou a actuação ou o exercício dos direitos de que os antigos credores dispõem para a tutela



jurisdicional do seu crédito — designadamente, da faculdade de requererem a declaração de insolvência do cliente-devedor. Em todo o caso, atendendo a que o direito de requerer a declaração de insolvência é um direito, e não um dever ou um ónus, a circunstância de o antigo credor conhecer a situação económica e financeira do cliente-devedor não é necessariamente uma *causa de exclusão* da responsabilidade do banco — deve aplicar-se o art. 570.º do Código Civil e, devendo aplicar-se o art. 570.º do Código Civil, o tribunal deverá determinar se a indemnização deve ser totalmente concedida, limitada ou excluída.

O facto de os novos credores conhecerem a situação de insolvência, e de a conhecerem antes da conclusão do contrato com o cliente — com o devedor —, esse, significa que a *desactivação dos mecanismos sinaléticos* não prejudicou a actuação ou o exercício da liberdade contratual, de disposição do próprio património — a circunstância de o novo credor conhecer a situação económica e financeira do cliente-devedor é necessariamente uma *causa de exclusão* da responsabilidade do banco.

Embora a distinção deva dar-se como certa, o critério de atribuição do ónus da prova do acórdão da *Corte di Cassazione* de 14 de Maio de 2018 deverá esclarecer-se.

Quando se afirma que “o banco que financie uma empresa insolvente e que, por consequência, faça com que se atrase a declaração de insolvência responde perante terceiros que, em razão do retardamento, tenham confiado na solvabilidade e tenham continuado a ter relações contratuais com a empresa, desde que fique provado que os terceiros não tinham conhecimento da situação de insolvência e que tal falta de conhecimento não era



imputável a culpa sua”, está a sugerir-se que o desconhecimento desculpável da situação de insolvência é um *facto constitutivo* do direito do *novo credor*.

O problema está em que a concessão de crédito a um cliente-devedor em situação de insolvência é necessária e é em regra suficiente para constituir o direito do credor à indemnização e em que o conhecimento, ou o desconhecimento não desculpável, da situação de insolvência de devedor só é em regra necessária para o impedir; está em que o conhecimento, ou o desconhecimento não desculpável, da situação de insolvência do devedor é um facto anormal e que, como o conhecimento, ou o desconhecimento não desculpável, da situação de insolvência do devedor é um facto anormal, as consequências da *falta de prova* devem recair sobre o réu — sobre o devedor.

Em regra, desde que “o banco... faça com que se atrase a declaração de insolvência [de uma empresa]”, deverá responder perante os novos credores, ou seja, “perante terceiros que, em razão do retardamento, tenham confiado na solvabilidade e tenham continuado a ter relações contratuais com a empresa”; exceptua-se tão-só, ou deverá tão-só exceptuar-se, as hipóteses em que o banco alegue e prove que o *novo credor* conhecia, ou desconhecia com culpa, a insolvência actual ou iminente do cliente financiado.

O segmento em que se diz “desde que fique provado que os terceiros não tinham conhecimento da situação de insolvência e que tal falta de conhecimento não era imputável a culpa sua” deveria por consequência dizer: “desde que não fique provado que os terceiros tinham conhecimento da situação de insolvência, ou a falta de tal conhecimento era imputável a culpa sua” — o



desconhecimento desculpável da situação de insolvência não é, não deve ser, facto constitutivo do direito do autor; o conhecimento, ou o desconhecimento não desculpável é, ou deve ser, facto impeditivo.

26. O problema da extensão da responsabilidade civil dos bancos pela concessão abusiva ou lícita de crédito [dentro dos quadros dos arts. 562.º ss. do Código Civil]

A *indemnização* corresponderá (ou deverá corresponder) à diferença entre a situação em que os credores se encontram e a situação em que se encontrariam, se a declaração de insolvência não tivesse sido adiada por causa da concessão de crédito ⁴⁷⁴.

I. — O dano dos *antigos credores* e o dano dos *novos credores*, entre o dano dos titulares de direitos constituídos *antes* e o dano dos titulares de direitos constituídos *depois* da concessão de crédito pelo banco, são de qualquer forma diferentes:

Os antigos credores já tinham contratado; os seus créditos já tinham sido afectados pela situação de insolvência do devedor; os novos credores ainda não tinham contratado; os seus créditos ainda não tinham sido afectados pela situação de insolvência do devedor.

Ora a diferença entre a situação em que os *antigos credores* se encontravam e a situação em que os *antigos credores* se

⁴⁷⁴ Cf. arts. 562.º e 566.º, n.º 2, do Código Civil.



encontrariam, se a declaração de insolvência não tivesse sido *abusiva* ou *ilicitamente* adiada, é a diferença entre a *maior* e a *menor* satisfação do seu crédito. Os *antigos credores* sempre teriam de perder alguma coisa — se a declaração de insolvência não tivesse sido adiada, teriam perdido *menos*. A diferença entre a situação em que os novos credores se encontravam e a situação em que se encontrariam, se a declaração de insolvência não tivesse sido *abusiva* ou *ilicitamente* adiada, essa, é a diferença entre a *constituição* ou a *não constituição* do seu crédito — é a diferença entre serem ou não serem credores do cliente financiado. Os *novos credores* não teriam de perder coisa alguma — se a declaração de insolvência não tivesse sido adiada, não tivesse sido atrasada pela concessão de crédito não teriam perdido *nada*.

II. — O facto de os *danos* dos antigos e dos novos credores serem danos diferentes determina que as *indemnizações* dos antigos e dos novos credores sejam (devam ser) indemnizações diferentes. Os acórdãos da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2006, com os n.ºs 7029 e 7030, dizem-no, e dizem-no explicitamente — a posição de cada um dos credores, quando aos pressupostos que devem estar preenchidos para que deva reconhecer-se-lhes o direito à reparação de um dano ou de um prejuízo, é diversa, consoante os seus direitos sejam anteriores ou posteriores à acção abusiva ou ilícita do banco (*a seconda che siano antecedenti o successivi all'attività medesima*).

Estando em causa a responsabilidade do banco pelos danos causados aos *antigos credores*, o banco há-de indemnizá-los pelo *interesse contratual positivo*.



O *antigo credor* há-de ser colocado na situação em que estaria se a situação de insolvência não se tivesse *agravado* ou *aprofundado*, por causa da concessão de crédito.

Estando em causa a responsabilidade pelos danos causados aos *novos credores*, o administrador há-de indemnizá-los pelo interesse contratual negativo.

Caso o banco não tivesse concedido crédito a um cliente em situação de insolvência actual ou iminente ou, em todo o caso, em situação desesperada, os *novos credores* não teriam perdido *nada*. O crédito não se teria constituído e os *novos credores* não teriam chegado a ser *credores*. Como o banco concedeu crédito a um cliente em situação de insolvência ou, em todo o caso, em situação desesperada, os *novos credores* perderam *alguma coisa*; necessariamente, *mais que nada*. O crédito constituiu-se, os *novos credores* chegaram a ser *credores*, e chegaram a ser *credores* de um *devedor insolvente*.

O dano indemnizável corresponde (deve corresponder) à totalidade do crédito. O banco deverá colocar os *novos credores* na situação em que estariam se não tivessem concluído nenhum contrato com a sociedade insolvente (se não fossem credores ⁴⁷⁵).

Em relação aos *antigos credores*, aplica-se o princípio —

⁴⁷⁵ Em termos semelhantes, para a responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade administrada, *vide*, p. ex., Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, in: *Revista de direito comercial*, ano 2 (2018), págs. 525-619 — in: WWW: <<https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5ac6834b562fa7ae6133269f/1522959182313/2018-12.pdf> >.



afirmado, designadamente, pela *Cour de Cassation* francesa ⁴⁷⁶ e pela *Corte di Cassazione* italiana ⁴⁷⁷ — de acordo com o qual o banco responde pelo agravamento da situação; pela diferença entre a situação em que os antigos credores se encontram e a situação em que os antigos credores se encontrariam, *se a situação de insolvência do cliente se não tivesse agravado, em consequência da concessão de crédito*. Estará em causa colocar o antigo credor na situação em que se encontraria se o seu contrato tivesse sido cumprido ou, em todo o caso, tivesse sido cumprido em mais ampla medida. Em relação aos *novos credores*, aplica-se o princípio de acordo com o qual o banco responde pela diferença entre a situação em que os novos credores se encontram e a situação em que os novos credores se encontrariam, *se a declaração de insolvência do cliente se não tivesse atrasado, em consequência da concessão de crédito* — em regra, estará em causa colocar o novo credor na situação em que estaria se o seu contrato não tivesse sido concluído.

O critério dos *créditos não satisfeitos*, ainda que seja decisivo para a indemnização dos *antigos credores*, não será ou não deverá ser decisivo para a indemnização dos *novos credores* — em toda a medida em que o *crédito não satisfeito* corresponda a um *lucro* do novo credor, o banco não é, ou não deverá ser, obrigado a

⁴⁷⁶ Cf. acórdão da *Chambre commerciale* da *Cour de cassation* de 10 de Janeiro de 2018 (n.º 16-10.824): “... le fournisseur qui a engagé sa responsabilité à l'égard de son client à raison des concours fautifs qu'il lui a accordés n'est tenu que de réparer l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a contribué à créer”.

⁴⁷⁷ Cf. acórdãos da *Corte di Cassazione* de 28 de Março de 2006 — n.ºs 7029 e 7030: “Il creditore antecedente l'abusiva concessione del credito avrà titolo a dolersi per la partecipazione al riparto, pur sempre all'esito delle azioni conservative del patrimonio da ripartire, dei creditori successivi”.



indemnizá-lo.

Nuno Manuel Pinto Oliveira