

Ivone Sofia Castro Soreira

O CONCEITO DE PESSOA ESPECIALMENTE  
RELACIONADA COM O DEVEDOR

UNIVERSIDADE D  
COIMBRA



1 2 9 0  
UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Ivone Sofia Castro Soreira

**O CONCEITO DE PESSOA  
ESPECIALMENTE RELACIONADA COM O  
DEVEDOR**

A TAXATIVIDADE – OU NÃO – DO ARTIGO 49.º DO  
CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO DE  
EMPRESAS

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada pela  
Professora Doutora Carolina Castro Nunes Vicente Cunha e apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

outubro de 2020

1 2 9 0



UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA

Ivone Sofia Castro Soreira

**O CONCEITO DE PESSOA  
RELACIONADA COM O DEVEDOR  
A TAXATIVIDADE – OU NÃO – DO ARTIGO  
49.º DO CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E DA  
RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS**

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada  
pela Professora Doutora Carolina Castro Nunes Vicente Cunha e apresentada  
à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

outubro de 2020



Ivone Sofia Castro Soreira

**O CONCEITO DE PESSOA ESPECIALMENTE RELACIONADA  
COM O DEVEDOR**

A taxatividade – ou não – do artigo 49.º do Código da Insolvência e da Recuperação de  
Empresas

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na  
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses,  
sob orientação da Excelentíssima Senhora Professora  
Doutora Carolina Castro Nunes Vicente Cunha

Coimbra, 2020

Ao meu eterno avô.

Aos meus estimados pais.

## **Agradecimentos**

A escrita desta dissertação foi desafiante a nível intelectual e emocional. Resta-me agradecer a todas as pessoas que contribuíram para o meu equilíbrio.

À Senhora Professora Doutora Carolina Castro Nunes Vicente Cunha. Orientadora e mentora. Agradeço, do fundo do meu coração, toda a dedicação investida na orientação desta tese. Obrigada por cada visão crítica do assunto que me fazia chegar contribuindo sempre com os seus comentários enriquecedores e rigorosos.

Ao meu avô. A minha estrela. Que me guia sempre no caminho certo.

Aos meus pais. Que me compensam todos os dias com o seu amor e dedicação, e que são os meus mestres. Obrigada. Sem a vossa fé em mim, não teria conseguido.

Aos restantes elementos da minha família. Que sempre fizeram força para caminhar no sentido da vitória.

Ao João. Meu namorado e companheiro. Pelas palavras certeiras, pelo apoio constante e por não me deixar desistir quando acordava sem força. Obrigada. A vida será muito boa para ti.

Ao João Bernardes, ao Ruben e ao João Sanches. Por todos os momentos em que ousaram tirar-me do meu trabalho e me levavam para a diversão. Obrigada por serem o outro lado que é preciso.

À Carolina. Por ter estado presente em todo o meu percurso académico. Obrigada.

À Sara. Obrigada por teres sido a luz e por continuares aqui desde o primeiro dia. Obrigada por me ajudares com a revisão desta tese e pelos teus experientes conselhos.

A Deus. Que me ajuda a encontrar o meu caminho e me dá coragem e alento.

Obrigado.

## **Resumo**

A figura dos créditos subordinados consiste numa inovação normativa que surge no Ordenamento Jurídico português no âmbito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), embora seja uma figura já dissecada em outros ordenamentos jurídicos. A partir da configuração destes créditos surge, no artigo 49.º do CIRE, o conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor.

O elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor encontra projeção normativa no âmbito da graduação dos créditos subordinados, no âmbito da temática da resolução em benefício da massa e, por fim, no âmbito do Processo Especial de Revitalização (PER).

Em torno deste elenco que, acaba por se revelar controverso, surgem divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Tanto doutrinariamente como jurisprudencialmente o debate passa pela tentativa de resolução das questões concretas que se levantam, derivadas da (aparente) enumeração taxativa.

Serão, estas questões, alvo de desenvolvimento e de análise crítica ao longo desta investigação.

**Palavras-chave:** créditos subordinados; pessoa especialmente relacionada com o devedor; artigo 49.º do CIRE; taxatividade.

## **Abstract**

The figure of subordinated credits is a normative innovation that appears in the Portuguese Legal System under the Insolvency and Business Recovery Code (CIRE), although it is a figure already dissected in other legal systems. From the configuration of these credits, in article 49 of CIRE, the concept of person specially related to the debtor arises.

The list of people specially related to the debtor find normative projection in the scope of the graduation of subordinated credits, within the scope of the resolution issue for the benefit of the masses and, finally, within the scope of the Special Revitalization Process (PER).

Around this cast, which turns out to be controversial, doctrinal and jurisprudential divergences arise. Both doctrinally and jurisprudentially, the debate involves the attempt to resolve the concrete issues that arise, derived from the (apparent) exhaustive enumeration.

These questions will be the target of development and critical analysis throughout this investigation.

**Keywords:** subordinated credits; person especially related to the debtor; article 49 of CIRE; taxativeness.

## Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

al. – alínea

als. – alíneas

art. ° – artigo

arts. ° – artigos

CC – Código Civil

Cf. – Confrontar

Cfr. – Conforme

Cit. – Citando

cit. por. – citado por

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da

### Falência

DL – Decreto-Lei

ed. – edição

InsO – Insolvenzordnung

i.e. – isto é

LC – Ley Concursal

n.° – número

n.°s – números

PER – Processo Especial de Revitalização

p. – página

pp. – páginas

reimp. – reimpressão

ss – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto



Vd. – Vide

## Índice

<b>1. Introdução</b>	<b>6</b>
<b>2. O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor e as suas projeções normativas</b>	<b>9</b>
2.1. No âmbito dos créditos subordinados e a sua respetiva graduação	10
2.2. No âmbito da resolução em benefício da massa insolvente	14
2.3. No âmbito da tramitação do Processo Especial de Revitalização	19
<b>3. O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor projetado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros</b>	<b>23</b>
3.1. <i>As personas especialmente relacionadas com el concursado</i> (Art.º 93.º da LC)	23
3.2. <i>Os insiders</i> (Art.º 101.31 do <i>Bankruptcy Code</i> )	26
3.3. <i>As nahestehende personen</i> (§ 138.º da <i>InsO</i> )	28
<b>4. O artigo 49.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas</b>	<b>31</b>
4.1. A visão doutrinal	31
4.2. A visão jurisprudencial	34
4.3. A taxatividade – ou não – do artigo 49.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: uma reflexão crítica	39
<b>5. Conclusão</b>	<b>44</b>
<b>6. Bibliografia</b>	<b>46</b>
<b>7. Jurisprudência</b>	<b>49</b>

## 1. Introdução

Assente na comunidade jurídica é que o processo de insolvência pretende tutelar através da realização do direito, a satisfação integral de todos os credores no âmbito do requerimento ou da apresentação de uma eventual insolvência do devedor (Art.º 1.º, n.º 1). Este ramo do direito é norteado pelo princípio da *par conditio creditorum* (ou princípio da igualdade de credores)<sup>1</sup>. Quer isto significar, que se obedece ao critério da igualdade entre todos os credores que participem no processo, diante de todo o leque de bens que pertençam ao património do devedor, obviamente, acautelando as expetativas de todos os credores contra condutas fraudulentas que possam vir a surgir<sup>2</sup>.

Os créditos subordinados e o conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor são parte integrante do Direito da insolvência e revelam variadas fragilidades. Por essa razão, o caminho seguido para esta investigação passa por colocar a descoberto todas as “pedras”, ou melhor dizendo, todas as interrogações que surgem no âmbito de um processo de insolvência cuja incidência normativa seja a figura dos créditos subordinados aliada ao conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor.

É certo que nem sempre o conjunto de credores é integralmente satisfeito no término de todo um processo. Em primeiro lugar, no centro das razões, está o facto, de muitas vezes, o devedor no desfecho de um processo de insolvência já não possuir meios suficientes para ressarcir estes. No entanto, entende-se que tal possa suceder. O que não se entende é o facto de o processo chegar ao fim e a possibilidade de ressarcimento de todos os credores se encontrar inviabilizada porque o devedor, num impulso de escapatória aos seus deveres contornou, com ajuda de terceiros, as regras do processo em benesse própria.

A introdução da figura dos créditos subordinados no seio do ordenamento jurídico português – aquando da revogação do anterior Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência (CPEREF) e, com a entrada (do então) em vigor Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) – associada à figura da pessoa especialmente relacionada com o devedor surge na lógica de tentar contornar o embuste que possa ocorrer, de uma maneira extremamente peculiar. Vejamos.

---

<sup>1</sup> Assim, o dispõe numa índole geral o art.º 604.º, n.º 1 do CC e numa índole específica o art.º 194.º, n.º 1 do CIRE.

<sup>2</sup> Cfr. MARTINS, Luís M.. Processo de Insolvência. 4.ª Ed. Coimbra, Almedina, 2016, p. 231.

O legislador português criou um conjunto de créditos sobre a insolvência e parte integrante desses créditos são os créditos subordinados, que como veremos adiante, constituem aqueles que praticamente nunca são pagos. Mas, o legislador vai mais além no pensamento e cria uma lista de pessoas especialmente relacionadas com o devedor. Estas são nada mais, nada menos, do que aquelas pessoas que se encontram numa posição de maior intimidade e maior familiaridade com o devedor.

Com a criação deste elenco de pessoas relacionadas teve-se em vista a tentativa de sancionar os sujeitos que, de uma maneira ou de outra, surgem no processo ao lado do devedor na maioria das vezes prosseguindo condutas ilícitas<sup>3</sup>, frustrando o princípio da igualdade dos credores, na tentativa de obterem para si a melhor receita no final. Através deste cerco contíguo é mais fácil ao devedor cometer ilicitudes no âmbito do processo, recorrendo a estes como uma escapatória para o não pagamento integral da dívida à totalidade de credores. Como consequência, aquele que legisla, classifica os créditos destes sujeitos como subordinados, isto é, pune-os com os créditos que demonstram ter um valor menos favorável entre nós.

De outro modo, com esta inovação legislativa fica resolvida a questão da fraude que está associada às pessoas próximas do devedor e na perspetiva do legislador de forma completa. Porém, só numa sociedade vigorada com princípios e pressupostos perfeitos é que esta medida funcionaria na prática de maneira ordeira.

Veremos, atempadamente, que o conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor introduz na doutrina e jurisprudência desavenças, porque não é pacífico se o elenco prescrito no preceito é um elenco taxativo ou, por outra ordem, se trata de um elenco exemplificativo. Veremos, também, de que forma é que este elenco de pessoas se projeta nos três grandes campos que são, os créditos subordinados, o Processo Especial de Revitalização e a resolução em benefício da massa.

Pretende-se com este ensaio enveredar por uma solução que se mostre a mais adequada, para tal recorrendo a uma panóplia de argumentos e ideias existentes, pois o caminho a percorrer encontra-se já traçado pela doutrina e pela jurisprudência. Pretende-se,

---

<sup>3</sup> Surge-me, como exemplo, uma empresa de construção civil cujo património seja composto por valiosas máquinas que servem de apoio ao trabalho e que, eventualmente, saiba que já se encontra prestes a entrar em insolvência. O devedor de maneira a viciar os contornos de um possível processo antecipa-se e realiza um acordo de venda com um dos seus credores (no caso pode ser o seu irmão) de uma determinada máquina para que esta não surja como um dos bens a integrar na massa insolvente. Com esta conduta o devedor consegue, de certa maneira, privar os restantes credores de serem ressarcidos de um montante que, efetivamente, lhes pertence (i.e., o valor da venda da máquina).

também recorrer ao direito comparado dando ênfase a outras realidades semelhantes com a nossa (ou não), enquanto se importam conhecimentos que sejam favoráveis à defesa de um (possível e diferente) resultado.

## **2. O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor e as suas projeções normativas**

O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor não encontra uma concreta definição legal, tendo apenas, expressão normativa no seio do art.º 49.º do CIRE.

De uma maneira generalizada – e, porque não existem critérios que permitam delimitá-lo – incluem-se neste conceito os sujeitos que detêm uma “superioridade informativa sobre a situação do devedor”<sup>4</sup>. Quer isto dizer que se encontram dentro deste elenco, sujeitos que possuem informações privilegiadas pela sua relação de proximidade com o devedor. A relação de proximidade abona a favor do credor especialmente relacionado em detrimento dos outros credores, uma vez que este pode influenciar o comportamento do devedor na tomada de decisões importantes, e pode manipular o conhecimento que detêm acerca da situação financeira deste<sup>5</sup>.

A lei enumera quem são estas pessoas especialmente relacionadas com o devedor consoante o devedor seja uma pessoa singular, pessoa coletiva ou um património autónomo (Art.º 49.º).

Da análise do preceito normativo é possível verificar que o n.º 1 diz respeito a pessoas que tenham algum tipo de relação de parentesco ou afinidade com o devedor pessoa singular designadamente o cônjuge e as pessoas de quem se tenha divorciado nos dois anos anteriores ao processo de insolvência; os ascendentes, descendentes, ou irmãos do devedor; os cônjuges dos ascendentes, descendentes, ou irmãos do devedor e, ainda, as pessoas que tenham vivido habitualmente com o devedor em economia comum dentro dos dois anos anteriores ao processo de insolvência.

No n.º 2 referindo-se o legislador ao devedor pessoa coletiva lista como pessoas especialmente relacionadas com aquele os sócios, associados ou membros que respondam legalmente pelas suas dívidas, e as pessoas que tenham tido esse estatuto nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; as pessoas que tenham estado com a sociedade insolvente em relação de domínio ou de grupo dentro dos anos anteriores ao início do processo de insolvência; os administradores, de direito ou de facto, do devedor e aqueles que o tenham sido, em algum momento, nos dois anos anteriores ao início do processo de

---

<sup>4</sup> Cfr. Ponto n.º 25 do preâmbulo do Decreto-Lei (DL) n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE.

<sup>5</sup> Neste sentido, SERRA, Catarina. Lições de Direito da Insolvência. Coimbra, Edições Almedina, 2018, p.75.

insolvência e, também as pessoas relacionadas com alguma das mencionadas anteriormente por qualquer das formas referidas no n.º 1.

Por fim, do n.º 3 constam os casos em que a insolvência diga respeito a um património autónomo e, neste caso, como pessoas especialmente relacionadas fazem parte os respetivos titulares e administradores, e as que estejam ligadas a estes por alguma das formas referidas anteriormente e, tratando-se de herança jacente, as ligadas ao autor da sucessão por alguma das formas previstas no n.º 1, na data da abertura da sucessão ou nos dois anos anteriores.

É de notar que o padrão levado a cabo pelo legislador está relacionado com “a particular natureza dos vínculos mantidos com o devedor”<sup>6</sup> e a conseqüente proximidade existente entre este e os sujeitos mencionados na norma.

O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor conta com algumas incidências normativas que se refletem no âmbito da qualificação de um crédito como subordinado, no âmbito da resolução em benefício da massa e, ainda, para efeitos da tramitação do PER.

Veremos, de seguida, quais são e de que maneira se comporta o regime das pessoas especialmente relacionadas com o devedor quando inserido num contexto diferente dos créditos subordinados.

## **2.1. No âmbito dos créditos subordinados e a sua respetiva graduação**

Através de todo e qualquer processo de insolvência pretende-se que seja liquidado o património do devedor, por todos os seus credores, sendo, por isso, a insolvência classificada como uma “execução coletiva”<sup>7</sup> e uma “execução genérica ou total”<sup>8</sup>.

Apesar de, regra geral, o Direito da insolvência seguir de perto o princípio *par conditio creditorum* não deixa de ser verdade, que os credores arriscam um tratamento

---

<sup>6</sup> Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho, e LABAREDA, João. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. 3ª Ed. Lisboa, *Quid Juris* Sociedade Editora, 2015, p. 301.

<sup>7</sup> Cfr. REINHARD, Bork. *Einführung in das Insolvenzrecht*. 4.ª ed..Tübingen. *Mohr Siebeck*, 2005, p.1, n.º 1 *cit. por.* LEITÃO, Luís Menezes. Direito da Insolvência. 9.ª ed. Coimbra, Almedina, p. 17.

<sup>8</sup> A este propósito, LEITÃO, Luís Menezes. Direito da Insolvência, p.18, explica a insolvência como uma “execução genérica ou total” uma vez que “abrange todo o património do devedor e não apenas os bens necessários para fazer face a algum ou alguns créditos determinados”.

diferenciado, dependendo este da classificação que é operada no âmbito dos créditos que sejam detentores<sup>9</sup>.

Existem dois grandes grupos de créditos: os “créditos sobre a massa insolvente”<sup>10</sup> e os “créditos sobre a insolvência”. Fulcral para o presente estudo são os créditos sobre a insolvência englobando estes todos os créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração, bem como os que lhes sejam equiparados (Cfr. art.47.º, n.º 1 e 2).

Como referido inicialmente, os créditos subordinados pertencem à categoria dos créditos sobre a insolvência. A par dos créditos subordinados existem mais três categorias de créditos nomeadamente, os créditos garantidos, os créditos privilegiados e os créditos comuns.

Os créditos garantidos são os que beneficiam de uma garantia real, incluindo os privilégios especiais. Créditos privilegiados são os que gozam de privilégios creditórios gerais (mobiliários ou imobiliários). E, os créditos comuns pertencem aos créditos que não beneficiam de garantia real, nem de qualquer tipo de privilégio geral, e não podem ser objeto de subordinação, visto que nesta categoria estão englobados os créditos que não cabem de maneira nenhuma nas categorias previstas anteriormente<sup>11</sup>.

É possível afirmar e mostrar concordância com GONÇALO ANDRADE E CASTRO quando o autor considera que a lei não estabelece uma “regra de absoluta igualdade”<sup>12</sup> entre os créditos, antes sim, confere superioridade aos créditos garantidos e aos créditos privilegiados e diminui os créditos subordinados e os créditos comuns.

Considerando agora, em maior detalhe, os créditos subordinados (apresentados como uma categoria inovadora pelo CIRE) serão, em regra, os que constam do art.º 48.º. Um crédito deixa de ser subordinado se for beneficiado com privilégios creditórios

---

<sup>9</sup> Assim, SERRA, Catarina. Lições de Direito da Insolvência, p. 66.

<sup>10</sup> Gonçalo Andrade e Castro considera que estes são os créditos que correspondem às dívidas da massa insolvente previstas no art.º 51.º e, dizem respeito a obrigações que são contraídas no decurso do processo de insolvência, depois desta ser declarada *in* CASTRO, Gonçalo Andrade e. DIREITO E JUSTIÇA, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. XIX, Tomo II, 2005, p. 266.

<sup>11</sup> Sobre toda a classificação dos créditos sobre a insolvência: cfr. LEITÃO, Luís Menezes. Direito da Insolvência. 9.ª ed. Coimbra, Almedina, p. 104.

<sup>12</sup> CASTRO, Gonçalo Andrade e. “Efeitos da Declaração de Insolvência Sobre os Créditos”. DIREITO E JUSTIÇA, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. XIX, Tomo II, 2005, p. 266.



gerais ou especiais ou com hipotecas legais e apenas se estas garantias não se extinguirem com o efeito da declaração de insolvência (Neste sentido, o art.º 47.º, n.º 4, al. *b*)<sup>13</sup>).

Na posição n.º 1 da enumeração taxativa<sup>14</sup> dos créditos subordinados encontram-se os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor (cfr. art.º 49.º). A lei impõe que esta relação especial já existisse ao tempo da aquisição do crédito e, se transmitidas a terceiro<sup>15</sup>, que tenha decorrido nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência (art.º 48.º, al. *a*)). É esta categoria de créditos subordinados que vai deter a nossa atenção. No entanto, cabe fazer uma breve referência aos restantes créditos que são alvo de subordinação numa tentativa de contextualização.

Consideram-se subordinados, também, os juros de créditos não subordinados que tenham sido constituídos após a declaração de insolvência (exceto os juros abrangidos por garantia real e privilégio creditório geral até ao valor dos bens respetivos) e os juros de créditos subordinados que tenham sido constituídos após a declaração de insolvência (art.º 48.º, als. *b*) e *f*)). Subordinados são ainda, os créditos cuja convenção pelas partes lhe dê origem subordinada (al. *c*)), os créditos que tenham por objeto prestações do devedor a título gratuito (al. *d*)), os créditos que resultem para o terceiro de má fé derivados da resolução em benefício da massa (al. *e*)) e os créditos por suprimentos (al. *g*)).

Qualificar um crédito como subordinado acarreta vários inconvenientes que surgem desde a sua graduação após os restantes créditos até à sua consideração como objeto de perdão total. Ora, explicando.

Os créditos subordinados são graduados em último lugar para efeitos de pagamento, isto é, só serão satisfeitos quando integralmente pagos os créditos garantidos, privilegiados e os créditos comuns (cfr. arts.º 48.º e 177.º, n.º 1)<sup>16</sup>. Depois, no âmbito da nomeação da comissão de credores pelo juiz, os credores subordinados são excluídos, isto é, não podem estes integrar a comissão de credores (cfr. art.º 66.º, n.º 1). Fora do âmbito destes

---

<sup>13</sup> E, ainda, o Ac. do TRE, Proc. n.º 1479/12.2TBABT-A.E1 de 14 de novembro de 2013 (Mata Ribeiro).

<sup>14</sup> Como indica CATARINA SERRA “atendendo ao rigor da disciplina aplicável aos créditos subordinados, deve entender-se que a enumeração é taxativa, não se admitindo outros créditos subordinados para lá dos referidos na norma”. Cfr. SERRA, Catarina. Lições de Direito da Insolvência, p. 70. Também manifestando concordância, no sentido da taxatividade da enumeração constante do art.º 48.º ver MARTINS, Alexandre de Soveral. Um Curso de Direito da Insolvência. 2.ª ed. revista e atualizada. Coimbra, Almedina, 2017, p. 283.

<sup>15</sup> Por sucessão por morte (arts.º 2024.º e ss. CC) ou por cessão de créditos (arts.º 577.º e ss. CC), sub-rogação (arts.º 589.º e ss. CC) ou cessão da posição contratual (arts.º 424.º e ss. CC) Cfr. LEITÃO, Luís Menezes. Direito da Insolvência. 9.ª Ed.. Coimbra, Almedina, p.108.

<sup>16</sup> Porém, em caso de subordinação convencional é possível às partes atribuírem aos créditos subordinados prioridade diferente de pagamento ao estabelecido (cfr. art.º 177.º, n.º 2).

créditos fica o direito de voto, a menos que a deliberação da assembleia de credores tenha como objetivo a “aprovação de um plano de insolvência” (cfr. art.º 73.º, n.º 3 e 212.º, n.º 2, al. b)). Além disso, prejudica-se a compensação entre dívidas à massa e créditos subordinados sobre a insolvência (art.º 99.º, n.º 4, al. d)). Por fim, dizer que segundo consta no art.º 197.º, al. b) a não existência, no plano de insolvência, de considerações acerca dos créditos subordinados, tornam estes, objeto de perdão total<sup>17</sup>.

Após a breve consideração sobre o regime atinente aos créditos subordinados é fácil perceber que um crédito ser graduado como subordinado confere uma tutela exígua e desprovida de benefícios. Isto porque, inúmeras vezes, na prática, na fase de pagamento dos créditos subordinados, já não existe património bastante para o devedor cumprir todas as obrigações que detém para com os credores. Diz-se, por isso, que se trata de créditos com um “caráter altamente improvável de satisfação”<sup>18</sup>.

Com a entrada desta categoria de créditos no ordenamento jurídico português pode afirmar-se que o objetivo legislativo foi “distinguir negativamente certos créditos, em razão dos seus titulares ou em razão das suas características objetivas”<sup>19</sup>, conferindo a estes uma posição legislativa praticamente irrisória quando comparados com os restantes créditos já elencados.

Os créditos subordinados que podem vir a surgir no decorrer do processo de insolvência, no nosso ordenamento e com maior índole prática, são de salientar os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor.

A opção de subordinar um crédito detido por pessoa especialmente relacionada com o devedor insolvente é vista como uma penalidade imposta pelo legislador a título de repreender quem se encontrar numa posição de proximidade – quer seja uma proximidade com natureza familiar, no caso das pessoas singulares, quer seja uma proximidade orgânica, no caso das pessoas coletivas – perante o devedor em relação aos

---

<sup>17</sup> Neste sentido, sobre as desvantagens dos créditos subordinados, MARTINS, Alexandre de Soveral. Um Curso de Direito da Insolvência, 2017, 2.ª ed. revista e atualizada, p. 283.

<sup>18</sup> CASTRO, Gonçalo Andrade e. “Efeitos da Declaração de Insolvência Sobre os Créditos”. DIREITO E JUSTIÇA, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. XIX, Tomo II, 2005, p. 270.

<sup>19</sup> DUARTE, Rui Pinto. Classificação dos créditos sobre a massa insolvente no projeto do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 55 e 56.

outros credores existentes e faça uso dessa condição permitindo-se assim, usufruir de uma vantagem processual que lhe será conferida pela ilicitude cometida<sup>20</sup>.

É de reconhecer ao legislador a atitude preventiva perante quem frustra as finalidades no seio do processo insolvencial resolvendo desta forma, proteger os interesses dos credores que saem lesados no ato do pagamento dos seus créditos ao mesmo tempo que assegura a segurança jurídica no processo. Não obstante, e mediante aquilo que se escreve no seio doutrinário, nota-se um (excessivo) tratamento desfavorável perante um titular de créditos subordinados pois nem todos os sujeitos atuam com má-fé e de modo a prejudicar terceiros<sup>21</sup>.

Em consequência do exposto revelam-se problemas aliados ao conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor. Um deles trata-se de saber como se classifica, atentando à sua natureza, a presunção que a norma do art.º 49.º encerra: se absoluta ou relativa. O outro prende-se com a taxatividade (ou não) inerente à enumeração do artigo referido anteriormente. São estes problemas que vão ser considerados ao longo desta exposição e que terão o devido tratamento mais à frente.

## **2.2. No âmbito da resolução em benefício da massa insolvente**

A resolução em benefício da massa insolvente está expressamente consagrada nos arts.º 120.º a 126.º do CIRE.

É considerado um “instrumento privilegiado”<sup>22</sup> através do qual se permite a resolução dos “atos prejudiciais à massa” (art.º 120.º, n.º 1) dando azo à reintegração dos bens na massa insolvente declarando a ineficácia do ato praticado ou omitido pelo insolvente com o objetivo de prejudicar a finalidade máxima do processo de insolvência: a satisfação integral

---

<sup>20</sup> Cfr. Ponto n.º 25 do Preâmbulo. Ainda, neste mesmo sentido, mas considerando os créditos subordinados no Direito espanhol, MARIA COLINA quando refere que “*el legislador concursal [...] impone a las personas especialmente relacionadas con el concursado la sanción máxima que se le puede atribuir a um crédito concursal, esto es, la subordinación del mismo con las consecuencias inherentes a la misma, em un intento por desincentivar la participación de determinadas personas especialmente relacionadas em el ámbito crediticio del deudor*” in COLINA, Maria Astrid de Teresa. *Los Créditos Subordinados de Persona Especialmente Relacionada con el Concursado Persona Jurídica*. Tese de Doutoramento em Direito Civil. Espanha, *Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 2015, p.190.

<sup>21</sup> Com a mesma ideia, CASTRO, Gonçalo Andrade e. “Efeitos da Declaração de Insolvência Sobre os Créditos”, p. 271 onde esclarece que “lançando os créditos de que são titulares as pessoas especialmente relacionadas com o insolvente para uma zona de provável não satisfação, acaba, de alguma forma, por correr o risco de *hacer pagar o justo pelo pecador*”.

<sup>22</sup> SERRA, Catarina. *Lições de Direito da Insolvência*, p. 245.

dos interesses dos credores. Parafraseando MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO é este instituto um “meio de conservação da garantia patrimonial da generalidade dos credores – visa-se assegurar que o património que vai satisfazer os seus créditos é aquele que existiria se não tivessem havido aqueles atos – que são ou se presumem prejudiciais à massa insolvente”<sup>23</sup>. A resolução pode ser condicional ou incondicional (art.º 121.º).

Releva para a presente investigação, a resolução condicional<sup>24</sup> que encontra previsão no art.º 120.º. A resolução condicional depende, à partida, de dois requisitos, sendo eles: a prejudicialidade à massa (cfr. n.º 1) e a má fé do terceiro (cfr. n.º 4). Sendo de salientar, para o exposto, o requisito da má fé de terceiro. Analisemos.

Ora, como mencionado *supra*, da categoria dos créditos subordinados são parte integrante os créditos sobre a insolvência que resultem para um terceiro de má fé derivados da resolução em benefício da massa insolvente (art.º 48.º, al. e)).

Pelo disposto no n.º 4 do art.º 120.º (e sempre ressalvando os casos enumerados no n.º 5 do mesmo artigo), «a resolução pressupõe a má fé do terceiro, a qual se presume quanto a atos cuja prática ou omissão tenha ocorrido dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência e em que tenha participado ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o insolvente, ainda que a relação especial não existisse a essa data».

Considera-se que um sujeito se encontra de má fé quando este detenha conhecimento à data do ato, ou de que o devedor se encontrava em situação de insolvência, ou que o ato praticado se resume como prejudicial e que o devedor se encontrava nesse tempo em insolvência iminente ou, ainda, do início do processo de insolvência (art.º 120.º, n.º 5)<sup>25</sup>. De notar, que pela letra da lei (“de qualquer das seguintes circunstâncias”), parecem estar em

---

<sup>23</sup> Vd. RIBEIRO, Maria de Fátima. “Riscos dos negócios das sociedades com pessoas especialmente relacionadas com elas, no quadro da insolvência (da resolução em benefício da massa insolvente e da subordinação de créditos”, in *IV Congresso das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2016, cit., pp. 305 e 306.

<sup>24</sup> A resolução condicional envolve os atos praticados ou omitidos dentro do prazo dos dois anos anteriores à data de início do processo de insolvência que sejam prejudiciais à massa sempre que o terceiro esteja de má fé (cfr. art.º 120.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 3).

<sup>25</sup> Como repara, e bem, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, basta que o ato seja realizado, independentemente, ou não da consciência de que esse ato é praticado pondo em risco a situação dos credores envolvidos in RIBEIRO, Maria de Fátima. “Riscos dos negócios das sociedades com pessoas especialmente relacionadas com elas, no quadro da insolvência (da resolução em benefício da massa insolvente e da subordinação de créditos”, p. 308.

aqui em causa requisitos alternativos e, portanto, basta que um deles se verifique para que a má fé possa ser invocada.

Para lá da indicação das circunstâncias em que pode um sujeito ser considerado de má fé, no n.º 5 do art.º 120.º, surge, de facto, no n.º 4 do art.º 120.º uma verdadeira presunção de má fé.

E, é essencialmente sobre esta presunção que nos debruçaremos agora.

Entre nós, as presunções legais podem ser *juris et de jure* ou *juris tantum*. As primeiras representam a não admissão de prova em contrário, já as segundas são conhecidas pelo facto de poderem ser afastadas mediante prova que lhe seja oposta<sup>26</sup>. Segundo VAZ SERRA<sup>27</sup>, no nosso ordenamento são as presunções *juris tantum* aquelas que devemos seguir, que são a regra. Enquanto que, as outras presunções são consideradas uma exceção à regra. Como tal, e manifestando concordância com tal seguimento é de considerar, a menos que a lei manifestamente expresse em sentido contrário que, em princípio, e quando houver mutismo legal, certa presunção recebe a qualificação de *juris tantum*.

*In casu*, a lei é muda quanto à classificação desta presunção. Coloca-se a questão se deve ou não esta ser uma presunção *juris tantum*. Na grande maioria da doutrina e na jurisprudência a questão é respondida na afirmativa, praticamente sem grandes dúvidas.

Veja-se, como exemplo, CATARINA SERRA<sup>28</sup> quando afirma que existem atos (os atos mencionados no art.º 120.º, n.º 4) que presumem, *juris tantum*, a má fé de terceiros ou, ainda, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO<sup>29</sup> quando escreve que “a lei estabelece, no n.º 4 do art.º 120.º, uma presunção ilidível de má fé”.<sup>30</sup>

Argumentos há para defender tal posição. Começando, desde logo, por dizer que o processo de insolvência é um excelente aliado do credor (e note-se, ainda bem) e pretende que este tenha uma defesa justa e adequada dos seus interesses. Portanto, o facto de ser aqui

---

<sup>26</sup> Cfr. MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. 19.ª reimp.. Coimbra, Almedina, p.112.

<sup>27</sup> SERRA, Adriano Vaz. «Provas: direito probatório material», in Boletim do Ministério da Justiça, n.ºs 110-112, p. 35.

<sup>28</sup> Cfr. SERRA, Catarina. Lições de Direito da Insolvência, p. 247.

<sup>29</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima. “Riscos dos negócios das sociedades com pessoas especialmente relacionadas com elas, no quadro da insolvência (da resolução em benefício da massa insolvente e da subordinação de créditos”, p. 314.

<sup>30</sup> Também GRAVATO MORAIS defende que no art.º 120.º consta uma presunção simples argumentando a sua posição com base no art.º 350.º, n.º 2 CC. E, acrescenta que são necessários que se verifiquem dois requisitos cumulativos: que existam atos praticados ou omitidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência e, que exista a participação ou aproveitamento de pessoa especialmente relacionada com o insolvente. Vd. MORAIS, Fernando de Gravato. Resolução em Benefício da Massa Insolvente. Coimbra, Almedina, 2008, pp. 70 a 72.

considerada uma presunção *juris tantum* implica que tal seja ilidível, o mesmo que dizer que este tipo de presunção dá uma segunda oportunidade, a oportunidade da prova em sentido contrário. Parece-me plausível, o uso de uma presunção *juris tantum* de modo a dar uma legítima oportunidade ao credor pessoa especialmente relacionada com o devedor, de reverter os factos a ele imputados, provando que apesar de existir esta proximidade com o devedor (que vê o seu ato ser resolvido) não implica a sua (presumida) má fé<sup>31</sup>.

O que nos prende essencialmente à temática da resolução em benefício da massa insolvente, é o facto de o legislador no n.º 4 do art.º 120.º fazer referência ao elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor. Por esta razão, questiona-se a possibilidade adequada ou não da remissão do art.º 120.º, n.º 4 para as pessoas especialmente relacionadas com o insolvente expressamente consagradas no art.º 49.º.

A resposta é claramente na forma de afirmação até porque, não existe em outro lugar da lei insolvencial ou de outra qualquer lei a consagração deste conceito legal, por isso, deve, sim, recorrer-se ao art.º 49.º para delimitar quem são estas pessoas especialmente relacionadas com o devedor no contexto da resolução em benefício da massa. Como nos mostra GRAVATO MORAIS, o que consta do art.º 120.º, n.º 4 representa, sim, o enunciado no âmbito do art.º 49.º mas, “o legislador não remeteu diretamente para esse preceito”, ou seja, estamos perante uma remissão implícita ao conceito<sup>32-33</sup>.

Cabe aqui, ainda, o debate de uma questão fulcral que deu origem a um acórdão de uniformização de jurisprudência<sup>34</sup>. Trata-se de saber se este elenco de pessoas especialmente relacionadas com o devedor deve ser visto como um elenco taxativo, ou pelo contrário, um elenco exemplificativo no contexto do art.º 120.º, n.º 4. Se deve ser um elenco fechado ou se, por outro lado, deve ser um elenco aberto. Na minha modesta opinião e, adiantando já, deve-se ponderar a consideração de um elenco aberto de pessoas especialmente relacionadas.

---

<sup>31</sup> Com a mesma opinião, cfr. MAIA, Miguel Ferreira. “Pessoas Especialmente Relacionadas com o Devedor”. Dissertação referente ao Mestrado de Direito das Empresas e dos Negócios da Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2019, p. 15.

<sup>32</sup> Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato. Resolução em Benefício da Massa Insolvente. Coimbra, Almedina, 2008, p. 73.

<sup>33</sup> De sublinhar, o escrito no ponto n.º 25 do Preâmbulo do CIRE: “O combate a uma fonte frequente de frustração das finalidades do processo de insolvência [...] para praticar actos prejudiciais aos credores é prosseguido no âmbito da resolução de actos em benefício da massa insolvente, pois presume-se aí a má fé das pessoas especialmente relacionadas com o devedor que hajam participado ou tenham retirado proveito de actos deste, ainda que a relação especial não existisse à data do acto.”

<sup>34</sup> Ac. do STJ, de 13 de novembro de 2014 (Salazar Casanova).

Veremos, de seguida, o porquê com base na apresentação do debate doutrinal e jurisprudencial que acompanha a questão.

CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA<sup>35</sup> afirmam que “todas as situações previstas no art.º 49.º relevam para a fixação do requisito do n.º 4 do art.º 120.º”. Ora, com esta afirmação, os autores, com o apoio da doutrina<sup>36</sup> abriram caminho para a afirmação da tese da taxatividade, não só no âmbito do art.º 49.º, como também no âmbito do art.º 120.º, n.º 4. Contudo, no meu entender, esta afirmação refere-se, mais concretamente, à questão dos créditos subordinados sem qualquer indício que remeta para a tese da taxatividade no âmbito da resolução em benefício da massa. E, como tal, pode ser de considerar este silêncio dos autores uma possível inclinação para uma enumeração flexível no que diz respeito à enumeração do art.º 49.º aplicado ao art.º 120.º, n.º 4<sup>37</sup>.

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO<sup>38</sup> também não afasta a ideia da não taxatividade no campo da resolução em benefício da massa insolvente afirmando a não exclusão da possibilidade “de se incluir nesse elenco qualquer outra pessoa”.

Na jurisprudência a questão não é pacífica. Existem partidários da taxatividade e, partidários da não taxatividade. Por agora, será alvo de análise, apenas, o acórdão para a uniformização de jurisprudência onde de antemão se afirma que perante o disposto no art.º 49.º, al. d), “a sociedade anónima que adquiriu imóveis à sociedade por quotas que os vendeu não é pessoa especialmente relacionada com a sociedade por quotas por ser o administrador daquela filho de gerente desta, pois não se inscreve tal situação no elenco taxativo do referido preceito”. Ora, interpretando a citação deduz-se que o seu alcance prático é a afirmação da taxatividade no seio do art.º 120.º, n.º 4 pois, se assim não fosse, a sociedade anónima seria passível de se integrar no conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor.

A meu ver, e apesar do mérito atribuído à doutrina e jurisprudência densificada no sentido da taxatividade, deve-se adotar uma visão mais ampla do conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor quando associado à resolução em benefício da

---

<sup>35</sup> Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho, e LABAREDA, João. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, p. 501.

<sup>36</sup> Nomeadamente, cfr. MARTINS, Alexandre Soveral. Um Curso de Direito da Insolvência, p. 219.

<sup>37</sup> Também, assim, cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima. “Riscos dos negócios das sociedades com pessoas especialmente relacionadas com elas, no quadro da insolvência (da resolução em benefício da massa insolvente e da subordinação de créditos”, p. 315.

<sup>38</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima. “Riscos dos negócios das sociedades com pessoas especialmente relacionadas com elas, no quadro da insolvência (da resolução em benefício da massa insolvente e da subordinação de créditos”, p. 320.

massa, ou melhor, deve-se arriscar a inclusão de outros sujeitos que não os já tipificados. Isto porque no âmbito negocial a não consideração de uma pessoa como especialmente relacionada com terceiro origina a não resolução de um determinado negócio que (eventualmente) se poderá tornar prejudicial no caso concreto.

Cumpre, por fim, densificar aqui outro tópico relacionado com a presunção de má fé que surge no âmbito da resolução em benefício da massa insolvente e foi alvo de discussão idêntica no acórdão para uniformizar a jurisprudência. Trata-se de saber de que maneira deve ser feita a interpretação dos termos em que “tenha participado” e “tenha aproveitado” pessoa especialmente relacionada com o devedor de modo a acionar ou não a presunção de má fé (art.º 120.º, n.º 4). SALAZAR CASANOVA no referido acórdão, entende que a presunção de má fé presente no art.º 120.º, n.º 4, “resulta diretamente do facto da participação ou aproveitamento no ato de pessoa especialmente relacionada com o insolvente pela óbvia suspeita” de o prejuízo ter resultado à conta da ingerência da pessoa especialmente relacionada com o devedor. Também MENEZES LEITÃO<sup>39</sup> entende que para fazer funcionar a presunção basta a mera participação ou o mero benefício no negócio a resolver.

Sem aparentes dúvidas foi, então, uniformizada jurisprudência neste sentido: “presume-se que age de má fé a sociedade anónima que adquire bens a sociedade por quotas declarada insolvente, sendo de considerar o sócio-gerente desta e seu filho, interveniente no negócio de aquisição como representante daquela, pessoas especialmente relacionadas com a insolvente”.

### **2.3. No âmbito da tramitação do Processo Especial de Revitalização**

O processo especial de revitalização (PER) é um processo especial constante do CIRE que permite, que as empresas que se encontrem em uma de duas situações – situação económica difícil ou situação de insolvência iminente mas, ainda recuperável – consigam estabelecer com os credores acordos que levem à sua revitalização (art.º 17.º-A, n.º 1). É, portanto, um processo que se destina exclusivamente às empresas, não se destinando a devedor não empresário (art.º 17.º-A, n.º 2).

---

<sup>39</sup> “A lei não exige, para fazer funcionar a presunção, que as mesmas sejam os adquirentes no negócio a resolver, bastando que tenham participado ou dele tenham aproveitado”. Vd. LEITÃO, Luís Menezes. Direito da Insolvência, p. 229.



Como demonstrado anteriormente o elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor encontra projeção normativa quer no âmbito dos créditos subordinados quer no âmbito da resolução em benefício da massa insolvente. Veremos, que no campo do PER não é exceção.

O PER inicia-se desde que a empresa manifeste vontade para tal (art.º 17.º-C, n.º 1). Mas isso não basta. No âmbito da legitimidade ativa conta, ainda, a vontade dos credores que, não estando especialmente relacionados com a empresa, sejam os titulares no mínimo de 10%<sup>40</sup> de créditos não subordinados (art.º 17.º-C, n.º 1). Tal preceito resulta de uma alteração legislativa imposta pelo DL 79/2017, de 30/06<sup>41</sup>. E que bela alteração. Ao atentar na norma anterior estava aberto o caminho para que, efetivamente, pessoas especialmente relacionadas com a empresa<sup>42</sup> iniciassem o procedimento de abertura do PER e votassem um plano de recuperação da empresa alegando expectativas verdadeiras de restabelecimento desta. Quando, na verdade, o comportamento por detrás resulta, muitas vezes, de uma estratégia combinada para, com intenção, prejudicar os restantes credores (que possam ser apanhados desprevenidos) fornecendo-lhes condições desvantajosas para a satisfação dos seus créditos. Em meu parecer, a alteração legislativa acaba por ser interessante do ponto de vista do combate à fraude, no campo da pré-insolvência, acabando por auxiliar a transparência e a equidade deste processo especial<sup>43</sup>.

Como argumento para o que acaba de ser exposto, o Ac. do TRL de 28 de setembro de 2017, Proc. n.º 16985/16.2T8SNT-2 (Pedro Martins) é muito interessante como ilustração da relevância dada ao assunto, no qual se conclui que foi aprovado um plano de revitalização de empresa votado a favor essencialmente pela ““família” da devedora” através “da ação concertada de sociedade entre si ligadas” como um esquema para a devedora não entrar em

---

<sup>40</sup> Percentagem esta que pode vir a ser reduzida se houver um requerimento fundamentado da empresa e de credor ou credores que tenham créditos no valor de 5% dos créditos relacionados ou apenas mediante um requerimento fundamentado da empresa: cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. Manual de Direito da Insolvência. 7.ª ed.. Coimbra, Almedina, 2019, p. 418.

<sup>41</sup> Anteriormente, pelo DL. n.º 26/2015, de 06/02, o preceito ditava: “O processo especial de revitalização inicia-se pela manifestação de vontade do devedor e de, pelo menos, um dos seus credores, por meio de declaração escrita, de encetarem negociações conducentes à revitalização daquele por meio da aprovação de um plano de recuperação”.

<sup>42</sup> Por exemplo, uma empresa que envolva mais de 50% de credores todos eles pertencentes ao mesmo círculo familiar.

<sup>43</sup> MARIA EPIFÂNIO afirma que devem estar preenchidos três requisitos cumulativos no requerimento de pedido do PER, sendo eles: “credor(es) que, não estando especialmente relacionado(s) com a empresa (requisito qualitativo negativo), seja(m) titular(es), pelo menos, de 10% (requisito quantitativo positivo) de créditos não subordinados (requisito qualitativo negativo)”. Explica, ainda, que o facto de se exigir “este acordo triplamente qualificado visa evitar utilizações abusivas do PER a que a sua redação inicial se propiciava”. Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. Manual de Direito da Insolvência, p. 417.

situação de insolvência “prejudicando os “reais” credores” da empresa. Mais ainda, é reconhecida a boa redação do novo preceito do CIRE quando se escreve que, “o reconhecimento de que não tem sentido que um grupo de pessoas especialmente relacionadas possa pôr e dispor dos interesses dos credores”.

Com fundamento na modificação do preceito é possível ver revelada a projeção que as pessoas especialmente relacionadas com o devedor têm no âmbito do PER, impedindo esta alteração, o contorno da lei em benefício próprio e os consequentes abusos normativos.

Falta, pelo menos, expor um ponto relacionado com este preceito.

À primeira vista a exigência normativa afirmada no preceito arrisca ser projetada para o caminho da redundância. Isto porque, se exige que o(s) credor(es) não seja(m) pessoa(as) especialmente relacionada(as) com a empresa ao mesmo tempo que se impõe a titularidade de créditos não subordinados.

No debate relativo a esta questão temos, de um lado, MENEZES LEITÃO<sup>44</sup> e, do outro lado, MARIA EPIFÂNIO. O primeiro sustenta existir aqui uma redundância porque um dos requisitos para a abertura do processo é haver credores não especialmente relacionados com a empresa, uma vez que automaticamente existindo este tipo de relação, serão os créditos destes considerados subordinados no âmbito do art.º 48.º, al. *a*) e 49.º. Não obstante, o autor coloca de lado o preceituado no art.º 47.º, n.º 4, al. *b*) sobre a subordinação. É que, de facto, a subordinação deixa de existir quando os créditos “beneficiem de privilégios creditórios, gerais ou especiais, ou de hipotecas legais, que não se extingam por efeito da declaração de insolvência”<sup>45</sup>. É este o argumento que MARIA EPIFÂNIO<sup>46</sup> apresenta quando escreve que estes créditos, ainda que detidos por pessoa especialmente relacionada, não são, em regra créditos subordinados. É de manifestar inteira concordância com a autora. Não é aceitável o esquecimento desta exceção, sendo possível atribuir a classificação de pessoa relacionada com o devedor sem que ocorra a subordinação dos respetivos créditos.

Por fim, e apesar de na doutrina e na jurisprudência este assunto não ser referido como acontece no âmbito da resolução em benefício da massa, parece-me que está aqui em causa o conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor que se encontra no art.º

---

<sup>44</sup> LEITÃO, Luís Menezes. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 80.

<sup>45</sup> Cfr., neste âmbito, o Ac. do TRE., Proc. n.º 1479/12.3TBABT-A.E1 de 14 de novembro de 2013 (Mata Ribeiro) e o Ac. TRP., Proc. n.º 8610/10.1TBMAI-L.P1 de 29 de abril de 2013 (José Eusébio de Almeida).

<sup>46</sup> EPIFÂNIO, Maria do Rosário. Manual de Direito da Insolvência, pp. 417 e 418.

49º, embora, se encontre subentendido. E, da mesma maneira é de perceber uma interpretação extensiva da listagem referente às pessoas especialmente relacionadas com o devedor, pelas mesmas razões indicadas *infra*. A não ser assim encontrava-se mais uma porta aberta para o caminho das condutas dolosas ou fraudulentas que, necessariamente teve de ser fechada.

### **3. O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor projetado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros**

Fazer uso do Direito comparado no domínio do tema desta dissertação é particularmente necessário, já que se trata de um conceito que surge pela inspiração do legislador nas soluções jurídicas estrangeiras. No ordenamento jurídico português veem-se espelhadas importações e até adaptações de diversos institutos jurídicos e, como vai ser possível perceber o conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor não é uma exceção.

No âmbito desta análise farão parte o ordenamento jurídico Espanhol, o Norte-Americano e, por fim, o Alemão. Em todos eles realizar-se-á uma breve análise do conceito de pessoa especialmente relacionada, sendo possível observar as semelhanças e as dissemelhanças existentes com o Direito português.

O ordenamento jurídico espanhol apelida o conceito em análise de *personas especialmente relacionadas com el concursado* com expressão no art.º 93.º da *Ley Concursal (LC)*. Já o Direito Norte-Americano comporta a figura dos *insiders* no art.º 101.31 do *Bankruptcy Code*. Por fim, o Direito Alemão regula as *nahestehende personen* no preceito § 138 da *Insolvenzordnung (InsO)*.

O conceito de pessoa especialmente relacionada e o surgimento dos créditos subordinados é uma novidade recente no Direito Português, mas não nos restantes ordenamentos – nos quais já se debate com antecipação a questão – pelo que, é essencial captar a essência destes institutos jurídicos e a maneira como se executam nas diferentes partes do globo.

Ao aprofundar tal entendimento, para além de se absorver um novo conhecimento, é possível dele derivarem novos princípios e noções que se possam aplicar, em concreto ao caso português, apaziguando de certo modo, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais. É por isso, o momento de proceder a uma breve explicação de outras realidades jurídicas, analisando-as e comparando-as com o Direito pátrio.

#### **3.1. As *personas especialmente relacionadas com el concursado* (Art.º 93.º da LC)**

O legislador português aquando da criação dos créditos subordinados e, conseqüentemente, das pessoas especialmente relacionadas com o devedor, teve como fonte de estímulo o ordenamento jurídico espanhol. Para confirmar esta ideia estão as semelhanças existentes entre estes, embora haja algumas disparidades. Atentemos.

No direito espanhol, os créditos subordinados e as pessoas especialmente relacionadas com o devedor encontram previsão legal respetivamente, nos arts.º 92.º e 93.º da LC. Da leitura das normas citadas depreende-se que os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor são créditos subordinados<sup>47</sup> e, a lista das pessoas especialmente relacionadas com o devedor é muito semelhante àquela que se encontra entre nós. Para além do exposto, no ordenamento jurídico dos *nuestros hermanos*, os créditos subordinados também são graduados em último lugar e os últimos a serem objeto de pagamento, ou seja, depois de satisfeito o pagamento dos créditos privilegiados e ordinários (cfr. art.º 158 LC).

A subordinação manifesta-se automática e subjetivamente, o que significa que presente no art.º 92.º LC consta uma presunção *juris et de jure* implicando que, independentemente de o credor próximo do devedor ter cometido fraude ou não, este verá sempre o seu crédito subordinado. Não é possível ao credor pessoa especialmente relacionada fazer prova da não existência de prejuízo, ou seja, o legislador espanhol quis, nas palavras de MARIA COLINA<sup>48</sup> que toda e qualquer pessoa especialmente relacionada ficasse rotulada como alguém que “atua sempre com intenções fraudulentas” sendo em razão disso, sancionada.

Quanto ao conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor, também aqui este se reduz a um conjunto de sujeitos que o legislador pensou serem os adequados, fazendo parte deste grupo apenas os definidos no art.º 93.º LC acabando por revelar uma lista fechada<sup>49</sup>. O facto de existir um elenco fechado de pessoas gera exatamente, a mesma

---

<sup>47</sup> “Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.” Vd. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>48</sup> COLINA, Maria Astrid de Teresa. *Los Créditos Subordinados de Persona Especialmente Relacionada con el Concursado Persona Jurídica*, p. 195.

<sup>49</sup> Cfr. COPO, Abel Veiga. “Los créditos subordinados en procesos de insolvencia. Especial situación de los créditos de sociedad”. *II Congreso Internacional de Derecho Comercial*. Bogotá, Maio, 2010, p. 96.

discussão que existe na doutrina e na jurisprudência portuguesa: saber se este conjunto de pessoas é taxativo ou, antes, exemplificativo.

Do lado da taxatividade dois autores mostram afinco na sua tomada de posição. FERNANDO PEÑA LOPEZ<sup>50</sup> defende que o elenco que consta do art.º 93.º da LC deve ser interpretado de “forma restritiva” (“*odiosa sunt restringenda*”) e não deve ser alvo de interpretações extensivas ou analógicas. Em abono da posição anterior, BLANCA GARCÍA<sup>51</sup> considera não haver, neste elenco, margem de apreciação graças ao automatismo imposto no art.º 93.º LC. Para a autora “não se admitem outras pessoas especialmente relacionadas para além daquelas expressamente previstas pelo legislador”. Apoiando a não taxatividade do preceito, MARIA COLINA<sup>52</sup> quando expõe uma posição crítica relativamente ao facto de existir um elenco de pessoas fechado e, além disso, menciona o facto de não serem consideradas também outras com semelhante “relação de afetividade”.

Até aqui é notória toda a semelhança que existe entre a lei portuguesa e a lei espanhola. Não só é visível pela parecença entre a designação dada às figuras em análise, como é de constatar que o funcionamento do regime aqui exposto em grande percentagem é igual.

Na comunidade espanhola, o instituto das *acciones de reintegración* (art.º 71.º, n.º 3, 1.º parágrafo) resultou, entre nós, na resolução em benefício da massa insolvente. Neste âmbito é possível descortinar algumas diferenças. A lei espanhola permite que sejam rescindidos todos os atos que sejam considerados prejudiciais para a massa que tenham sido provocados pelo devedor, no período de dois anos antes da declaração de insolvência, embora não confira relevância à intenção fraudulenta da conduta (art.º 71.º, n.º 1 LC). Isto é a regra geral. Mas, e salvo prova em contrário, o prejuízo patrimonial é presumido no caso de se tratar de um ato de disposição a título oneroso realizado a favor de alguma das pessoas especialmente relacionadas com o insolvente (art.º 71.º, n.º 3, 1.º LC)<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> LÓPEZ, Fernando Peña. “*El Crédito de las Personas Especialmente Relacionadas con el Deudor en la Ley Concursal*”. *Revista del Poder Judicial*, 79, terceiro trimestre de 2005, pp.162/194, designadamente, p.170, *cit. por.* SALAZAR CASANOVA no Ac. STJ de 13 de novembro de 2014.

<sup>51</sup> GARCÍA-POMADERA, Blanca. “*Alternativa a la Automática Subordinación de los Créditos de los Titulares de Participaciones Significativas en el Concurso*”, p.13.

<sup>52</sup> COLINA, Maria Astrid de Teresa. *Los Créditos Subordinados de Persona Especialmente Relacionada con el Concursado Persona Jurídica*, p. 243.

<sup>53</sup> CASAS, Matilde Cuenca. “*Algunas Deficiencias de la Ley Concursal ante la Insolvencia de la Persona Física*”. *Aspetos Civiles de Derecho Concursal*. XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2009, p. 285.

Ora, como referimos *supra*, na resolução em benefício da massa consagrada entre nós, também existe uma presunção que é contestável, o objetivo da figura acaba por ser a resolução de atos que sejam prejudiciais no seio insolvencial ao mesmo tempo que se remete para o instituto das pessoas especialmente relacionadas. A diferença mais marcante diz respeito ao pressuposto que é relevante para fazer funcionar a presunção. No caso espanhol é necessário que haja um prejuízo patrimonial. No caso português é necessária a existência da condição da má fé.

A par do exposto é plausível comparar um sistema jurídico com o outro e concluir que não há qualquer pressuposto, princípio ou critério, que prime pela diferença para ingressar numa melhoria da lei portuguesa.

Marcadas que estão as semelhanças e as diferenças existentes entre o Direito português e o Direito espanhol, resta agora continuar e enveredar rumo ao sistema Norte-Americano.

### **3.2. Os *insiders* (Art.º 101.31 do *Bankruptcy Code*)**

O Direito norte-americano é muito interessante pela disparidade das normas e teorias singulares no que diz respeito aos créditos subordinados e ao conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor. Por essa razão torna-se – ainda mais – apelativo dissecar este, elevando a investigação a outro nível enfrentando uma doutrina e uma maneira de pensar diferente do “normal”.

Com a vinda da *Bankruptcy Reform Act* de 1978 implementou-se a doutrina da subordinação equitativa (*Doctrine of Equitable Subordination*) que consiste na aplicação de “princípios de subordinação equitativa”<sup>54</sup> pelos tribunais que utilizam os seus poderes no âmbito do desenvolvimento destes.

Para que exista a subordinação de um crédito no Direito norte-americano é necessário o próprio “acordo de subordinação, casos de certos direitos relacionados com a compra e venda de *securities* do devedor ou seu affiliate e, a *equitable subordination* decidida

---

<sup>54</sup> Cfr. DENATALE, Andrew e ABRAM Prudence B. “*The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors*”. *The Business Lawyer*, Vol. 40, n.º 2, fevereiro de 1985, pp. 417 e 421.

pelo tribunal”<sup>55</sup>. Aqui se evidencia, por si só, uma grande diferença em relação ao sistema jurídico português.

Apesar de não existirem contornos precisos sobre o funcionamento da doutrina propugnada, sobre ela estão assentes três requisitos, que mediante análise, os tribunais decidem ou não se devem aplicá-la. Desde logo, é necessário que tenha sido cometida fraude ou uma conduta não equitativa; e, que desta surja para os outros credores do devedor um impacto indevido ou uma vantagem que não se revela justa para o autor da conduta; e, ao mesmo tempo pede-se que a subordinação equitativa não seja contrária aos princípios contidos no *Bankruptcy Code*<sup>56</sup>.

Porém, e apesar da existência destes três pressupostos (que, à partida, são cumulativos) nos tribunais norte-americanos existe, frequentemente, a dificuldade de saber ou não, quais são os atos que se inserem no âmbito de uma conduta fraudulenta ou não equitativa<sup>57</sup>. A nível do Direito Português não existem critérios aos quais possam os tribunais recorrer de modo a verificar se se encontram diante da subordinação de créditos, e de que maneira esta se deve aplicar, por exemplo, a pessoa próxima do devedor. Mas, quiçá se possa enveredar por este caminho ainda que, com contornos mais retos e de favorável aplicação.

Ao contrário do nosso direito não existe uma lista que dá conta de quem são os *insiders*. Para ser reconhecido como tal basta a existência de uma relação do credor com o devedor<sup>58</sup>. Os *insiders* serão aqueles credores sob os quais recai um olhar mais atento por terem uma ligação de maior controlo sobre o devedor e por existir o risco de atuarem de modo a prejudicar o devedor e, eventualmente outros credores do devedor, tal como acontece no Direito português.

---

<sup>55</sup> Assim, MARTINS, Alexandre de Soveral. Um Curso de Direito da Insolvência. Coimbra, Almedina, 2017, p. 279.

<sup>56</sup> CHRISTENFELD, Alan M. e GOODSTEIN, Barbara. “*Equitable Subordination Attacks on Secured Lenders*”. *New York Law Journal*, Vol. 244, n.º 106, 2010, p. 1.

<sup>57</sup> Sobre o assunto e recorrendo a exemplos jurisprudenciais, DENATALE, Andrew e ABRAM Prudence B. “*The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors*”, p. 423.

<sup>58</sup> “*In analyzing whether equitable subordination is warranted, courts look especially at whether the claimant is an “insider” of the debtor. This is because insiders’ actions are subject to higher scrutiny than those of non-insiders and an insider’s conduct need not be as egregious as that of non-insiders. The Bankruptcy Code defines an “insider” of a debtor corporation to include, inter alia, persons in control of the debtor.*” In CHRISTENFELD, Alan M. e GOODSTEIN, Barbara. “*Equitable Subordination Attacks on Secured Lenders*”, p.1



Distingue-se este sistema pelo facto de a lei não se concentrar em penalizar os ditos *insiders*. A lei impõe que a atitude a tomar seja vista como um remédio, um bem maior, de tal maneira que, perante a desconfiança de uma conduta que não tenha sido reta ou equitativa, os créditos dos *insiders*, não são em primeira linha considerados subordinados pois, “só examinando a grande variedade de condutas (que afetem os resultados obtidos num processo de insolvência) pode o tribunal assegurar-se que o vasto propósito da doutrina vai ser conseguido”<sup>59</sup>. O tribunal na sua análise verifica se existe ou não uma conduta fraudulenta ou injusta, todavia, isto só não chega para subordinar um crédito. É ainda necessário que a conduta fraudulenta tenha resultado num verdadeiro dano para os restantes credores<sup>60</sup>.

Apesar da existência dos critérios que se aplicam de forma generalizada a todas as causas judiciais, os tribunais norte-americanos ao analisar uma determinada conduta fazem-no caso a caso, de modo subjetivo, apesar de sempre terem de cumprir o disposto no *Bankruptcy Code* pois, na *ratio* deste sistema, não cabe atribuir a condição de *insider* pela mera suspeita de ligação deste ao devedor.<sup>61</sup> Encontra-se, novamente, uma diferença em relação ao ordenamento jurídico português que, como se averiguou, automaticamente atribui a condição de *insider* a todas as pessoas que estão elencadas na lei, não importando se houve ou não uma atitude desrespeitosa para com a lei. No entanto, e apesar da vantagem de se analisar o caso concreto, esta medida imposta no ordenamento jurídico norte-americano pode resultar em desarmonização e conflito de decisões jurídicas.

Como se pode concluir, apesar da semelhança na instituição do regime de créditos subordinados e da figura dos *insiders*, este é um ordenamento que marca pela diferença operando através de pressupostos e princípios que conduzem a soluções normativas diferentes das estipuladas no direito português.

### **3.3. As *nahestehende personen* (§ 138.º da *InsO*)**

---

<sup>59</sup> “The court should examine any conduct of the claimant that affects the bankruptcy results. Only by examining the wide range of conduct can the court ensure that the broad purpose of the doctrine will be achieved.” in DENATALE, Andrew e ABRAM Prudence B. “The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors”, p. 425.

<sup>60</sup> *Idem*, in DENATALE, Andrew e ABRAM Prudence B. “The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors”, pp. 425 e 426.

<sup>61</sup> CASAS, Matilde Cuena. “*Algunas Deficiencias de la Ley Concursal ante la Insolvencia de la Persona Física*”, p. 282.

No direito alemão, a figura dos créditos subordinados (*nachrangige Insolvenzgläubiger*) encontra-se regulada no § 39 *InsO*. O legislador pretende, neste ordenamento, que sejam subordinados e satisfeitos em igual ordem e proporção, os créditos que dizem respeito aos juros e sobretaxas de mora que são devidos desde a abertura do processo de insolvência e, as respectivas despesas devidas da participação dos credores insolventes no processo; os créditos que figuram multas e sanções; os créditos que constem de reclamações executadas pelo devedor; e, ainda, os créditos que derivem de pedidos de restituição de um empréstimo acionista ou créditos de atos que economicamente correspondam a um empréstimo<sup>62</sup>.

Aqui, tal como no direito português, os credores cujos créditos sejam subordinados não têm direito a voto (cfr. § 77 *InsO*). No que diz respeito à satisfação de credores insolventes, a lei alemã dispõe que sempre que houver dinheiro suficiente na massa insolvente pode ser esse distribuído pelos credores, mas com a ressalva da exclusão daqueles cujos créditos sejam subordinados (cfr. § 187 *InsO*). Se nada se disser no plano de insolvência, qualquer requerimento ou pedido de credor dotado de créditos subordinados é dispensado (cfr. § 225 *InsO*). Contrariamente ao direito português, o legislador alemão não introduziu o conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor no seio dos créditos subordinados. Vejamos.

As “*nahestehende personen*” constam no § 138 *InsO* e possuem uma “conexão pessoal” com o devedor com oportunidade de conhecer em pormenor a situação financeira deste (cfr. § 138, (2), 2 *InsO*)<sup>63</sup>. Tal como no direito pátrio, o legislador alemão impôs uma lista de pessoas especialmente relacionadas com o devedor que se assemelha à portuguesa, e distingue consoante estas sejam pessoa física (§ 138, (1) *InsO*) ou pessoa coletiva (§ 138, (2) *InsO*).

No direito alemão, o conceito de pessoa próxima ao devedor está diretamente relacionado com o instituto da *Anfechtung* (que, entre nós, corresponde ao instituto da resolução em benefício da massa insolvente) e não com a subordinação de créditos.

---

<sup>62</sup> Ver, BRAUN, Dr. Eberhard “*Insolvency and Restructuring in Germany – Yearbook 2013*”, *German Insolvency Code*, p. 68.

<sup>63</sup> A propósito desta lista há uma inovação legislativa que não existe, pelo menos, no ordenamento português e no norte-americano. Trata-se da disposição que impede que uma pessoa detenha o título de *nahestehende personen* se esta já for obrigada por disposição normativa a manter o sigilo sobre os negócios do devedor (cfr. § 138, (2), 3. *InsO*).

Com a *Anfechtung* pretende-se aplicar a regra da inversão do ónus da prova da má fé de terceiro<sup>64</sup>. Ou seja, o grande objetivo do conceito não é sancionar as condutas ilegais cometidas por determinado credor subordinando o seu crédito, mas sim tentar que a situação em causa volte a ficar reestabelecida, da maneira que estaria se não tivesse existido um ato ilícito<sup>65</sup>. É, portanto, primordial que se faça a rescisão de todos aqueles atos e de todas as atividades contratuais celebradas de má fé e com intuito fraudulento. A cabo desta tarefa encontra-se o administrador de insolvência que deve provar, em primeira instância que a rescisão que se pretende foi celebrada entre o devedor insolvente e uma pessoa próxima deste. Em segundo lugar, que os atos praticados se encontram dentro do período de contestação legal<sup>66</sup>. Após a verificação dos dois pressupostos, o ato é rescindido e torna-se objeto de análise mediante o caso concreto<sup>67</sup>.

Tecendo algumas considerações finais em relação a este ordenamento, o modo de operação do conceito acaba por ser mais semelhante com o Direito plasmado no sistema norte-americano.

É possível concluir que o título de *nahestehende personen*, tal como o título de *insider*, não acarreta nos respetivos ordenamentos jurídicos as mesmas consequências que derivam do título de pessoa especialmente relacionada com o devedor entre nós. Não cabem aqui efeitos automáticos, isto é, não basta ser identificado como uma *nahestehende personen* ou *insider* para impor um tratamento sancionatório. No cerne do direito alemão (e também no direito norte-americano) tudo depende da análise casuística que se faz mediante cada caso em concreto<sup>68</sup>. É de notar que a maneira usada pelo legislador alemão para configurar pessoa especialmente relacionada, não tem a conotação negativa como a atribuída em Portugal pois, a estas é dada a oportunidade de verem a sua situação ser analisada e justamente defendida.

---

<sup>64</sup> Neste sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo. “A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo”. Revista de Direito das Sociedades I, 2009, p. 1024, nota de rodapé n.º 79.

<sup>65</sup> Cfr. MERLINE, Olga de Lamo. “Consideraciones sobre la Situación de las Personas Especialmente Relacionadas con el Concursado”, p. 38.

<sup>66</sup> FALCÓN, Juan Ferré. “Los créditos subordinados”. *Estudios de Derecho Concursal*, dirigidos por A.Rojo y E.Beltrán, Madrid, 2006, p. 328, cit.por. CASAS, Matilde Cuenas. “Algunas deficiencias de la ley concursal ante la insolvencia de la persona física”, p. 282.

<sup>67</sup> CASAS, Matilde Cuenas. “Algunas deficiencias de la ley concursal ante la insolvencia de la persona física”, p. 282.

<sup>68</sup> CASAS, Matilde Cuenas. “Algunas deficiencias de la ley concursal ante la insolvencia de la persona física”, p. 282.

#### 4. O artigo 49.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Feitas todas as considerações necessárias anteriormente em relação à subordinação de créditos e a maneira como se associam com o conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor – tanto no ordenamento português como nos ordenamentos estrangeiros – cumpre agora analisar doutrinamente, jurisprudencialmente e criticamente todas as questões que se erguem em volta do conceito e, mais propriamente, do preceito normativo que lhe dá origem: o art.º 49.º do CIRE.

A *vexata quaestio* implica pôr em debate duas questões que se mostram pertinentes. De uma forma mais breve analisar-se-á a presunção que resulta do preceito em análise. Por outro lado, e de modo mais detalhado, a discussão centrar-se-á na taxatividade ou não, da norma em questão apontando-se razões que justifiquem dizer de justiça se o elenco das pessoas especialmente relacionadas deve ser mais alargado ou se pelo contrário, a maneira como está delimitado é suficiente e correta.

Tal implica introduzir, de seguida, as visões doutrinárias em primeiro lugar, e as visões jurisprudenciais em segundo lugar. Em terceiro lugar, a dedicação de um espaço onde será dada uma opinião mais pessoal e crítica sobre o assunto.

##### 4.1. A visão doutrinal

A propósito da temática que se investiga nesta dissertação, a doutrina, aquando da análise do art.º 49.º, identifica uma presunção que diz respeito à existência ou não de uma relação especial com o devedor insolvente. Que de uma presunção se trata não há dúvidas. Dúvidas há quanto à classificação da presunção: *juris tantum* ou *juris et de jure*?

A doutrina maioritária envereda no sentido de se tratar aqui de uma presunção absoluta, o que implica, efetivamente que, e apesar da pessoa relacionada com o devedor estar de boa fé, a lei não tem isso em consideração, isto é, todas as pessoas enumeradas na lei são rotuladas de pessoas especialmente relacionadas e não é admitida prova em contrário<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Apoiando a doutrina maioritária, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, p. 302; LEITÃO, Luís Menezes. Direito da Insolvência, p. 110. Mas, em sentido contrário, apoiando-se na razão de ser da subordinação, OLIVEIRA, Ana Perestrelo. A insolvência nos Grupos de Sociedades, p.1023 e, ainda, SUBTIL, A. Raposo; ESTEVES, Matos; ESTEVES, Maria José e MARTINS, Luís M. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2ª ed., 2006, p. 138.

Após uma breve análise da questão da presunção procura-se agora esclarecer a questão da taxatividade.

Correntemente, o melhor argumento da doutrina para a defesa da taxatividade do art.º 49.º é o sentido que emana da letra da lei e a leitura que se faz no preâmbulo do CIRE no seu ponto 25 pois, decorre deste, que as pessoas especialmente relacionadas com o devedor “são criteriosamente indicadas no artigo 49.º”, ou seja, à partida a escolha deste elenco de pessoas demonstra critério, sensatez, ponderação. Demonstra também, que a finalidade última do legislador é a criação de um elenco de pessoas que se mostra fechado, taxativo e que não admite outra opção. No entanto, e veremos já de seguida, que estes não são os únicos argumentos que os adeptos da taxatividade apresentam.

Começando por CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA<sup>70</sup>. Estes autores têm uma posição firmada na taxatividade do preceito. Consideram que a enumeração presente no artigo “não pode [...] deixar de ser taxativa, como, de resto, se depreende do próprio texto legislativo” e, para além do mais, consideram que a norma é insuscetível de aplicação analógica com justificação nos “princípios gerais” de direito e na excecionalidade presente.

Também num comentário anotado ao art.º 49.º, ANA PRATA, JORGE CARVALHO e RUI SIMÕES<sup>71</sup> acompanham de perto a posição anterior. Consideram tratar-se de um preceito taxativo “quer em razão da letra, quer da extensão da enumeração” e, referem ainda como argumento o “melindre da situação” que pode afetar determinadas pessoas mencionadas naquele elenco.

Em sentido diverso, MENEZES LEITÃO<sup>72</sup> questiona-se e inclina-se no sentido de uma enumeração exemplificativa, pois afirma que lhe parece existir a “concretização do conceito vago e indeterminado”. Porém, o autor vai mais longe e defende uma ideia pioneira acerca da possibilidade de virem a existir outras situações (como exemplar, o caso de uma relação especial de um sobrinho) que apesar de não constarem na lei devem ser sujeitas à aplicação do regime da subordinação. Também na esteira deste autor, um outro, JÚLIO GOMES<sup>73</sup>, defende dando exemplos de outras situações que poderiam constar da enumeração

---

<sup>70</sup> FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, pp. 301 e 302.

<sup>71</sup> PRATA, Ana; CARVALHO, Jorge Morais e SIMÕES, Rui. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Coimbra, Almedina, 2013, p. 165.

<sup>72</sup> LEITÃO, Luís Menezes. Direito da Insolvência, pp. 109 e 110.

<sup>73</sup> GOMES, Júlio. “Nótula sobre a Resolução em Benefício da Massa Insolvente”. IV Congresso de Direito da Insolvência, 2017, p. 116.

do art.º 49.º e acredita na adoção da tese da não taxatividade para que não sejam criadas “situações de grave desigualdade ou injustiça material”.

Concordando com o anterior autor, MALFADA MIRANDA BARBOSA<sup>74</sup> considera estar perante um elenco exemplificativo, pois não tem lógica que alguém tenha uma “relação de proximidade análoga” de um modo material com o devedor, e a tal sujeito não seja aplicado o estatuto de pessoa especialmente relacionada no âmbito da qualificação de um crédito como subordinado.

Também CATARINA SERRA<sup>75</sup> apresenta uma tese inovadora e bem fundamentada a nível argumentativo, elaborando a sua análise do art.º 49.º com base na finalidade que decorre da adoção do conceito de pessoa próxima ao devedor no nosso ordenamento jurídico<sup>76</sup>. Considera num primeiro momento que não deve ser feita ou deve ser evitada “uma leitura rígida ou demasiado literal” do artigo defendendo a sua interpretação extensiva. Num segundo momento da sua exposição questiona a conclusão imediata que é possível extrair da leitura do preceito, ou seja, o simples facto de um credor ser descendente de devedor insolvente implica a constatação de uma relação de proximidade porque, pelo menos aparentemente, no proémio do art.º 49.º consta uma presunção absoluta. Apesar da autora compreender e aceitar que a intenção legislativa fora a integração do maior número de sujeitos que, à primeira vista, se presume que sejam pessoas próximas, observa que na vida prática existem sujeitos que não detêm uma relação de afinidade com o devedor, e acabam por ser mais próximos deste do que os seus parentes afins. CATARINA SERRA, primeiramente, entende que aceitar uma presunção absoluta seria “eximir aos efeitos da norma pessoas que comprovadamente sejam especialmente relacionadas com o devedor, não obstante não se integrem em nenhuma das categorias indicadas”. Constatando que se trata de uma “norma excecional” e como tal não pode ser aplicada analogicamente, a autora afirma, em segundo lugar e atendendo à finalidade da norma, que não faz sentido “expor inapelavelmente, aos seus efeitos pessoas que comprovadamente não sejam especialmente relacionadas com o devedor, não obstante se integrem formalmente numa das categorias indicadas”. De modo a evitar injustiças a solução será uma “redução teleológica da norma geral” pois existe uma “lacuna oculta” que ocorre mediante a omissão de um preceito que

---

<sup>74</sup> BARBOSA, Ana Mafalda. Direito Civil e Sistema Financeiro. Principia, 2016, pp. 60 e 61.

<sup>75</sup> SERRA, Catarina. Lições de Direito da Insolvência, pp. 73 a 76.

<sup>76</sup> A autora afirma que “em caso algum deve perder-se de vista os fins da norma à força de tanto se tentar permanecer fiel ao seu texto” in SERRA, Catarina. Lições de Direito da Insolvência, p.73.

efetivamente regule os casos que se possam incluir naquele elenco, mas que não se encontram “regulados de forma adequada”. É, pois, possível das palavras da autora, deduzir a defesa da tese da flexibilização da lista das pessoas especialmente relacionadas ao mesmo tempo que se assume o uso de uma presunção relativa no art.º 49.º.

Apesar de explanar de uma forma e num contexto um pouco diferente, que é o caso da subordinação de créditos intragrupo, também ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA<sup>77</sup> urge afirmar que deve ser ponderada a extensão do conceito de pessoas especialmente relacionadas com o devedor por “via interpretativa”. Para a autora, mesmo que se aceite (apesar de ter de se provar) que se trata de uma norma de “natureza excepcional” deve prevalecer “a realização do plano objetivo da lei” e o cumprimento da igualmente constitucional. Tal implica que se faça uma aplicação da lei analogicamente, ou de maneira mais simples, a sua “extensão interpretativa” nos termos de uma “tipicidade delimitativa”.

É evidente que na doutrina existem posições diferentes com argumentos e teorias que se destacam e abrem novos horizontes. No passado a doutrina maioritária embarcava no sentido da taxatividade. Atualmente e após a ponderação realizada é do meu entendimento que “o jogo” virou e existem mais adeptos que se debatem no sentido da tese da flexibilização do elenco das pessoas próximas ao devedor.

#### **4.2. A visão jurisprudencial**

Mais do que um problema teórico, os créditos subordinados e o elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor comportam uma problematização no contexto da prática, e isso ganha relevância quando se observa o espectro alargado de decisões que proveem de fonte jurisprudencial. Cabe agora, explaná-las e analisá-las.

Desde já, cabe dar conta de uma decisão que corrobora o afirmado pela doutrina em relação à questão da presunção que deriva do art.º 49.º. Trata-se de uma decisão proferida por LUÍS CRAVO<sup>78</sup> cuja questão a decidir se prendia com a elisão da presunção da especial relação existente entre um pai e um filho, que conduziu à qualificação de um crédito como subordinado. Ora, no entender do relator, “o elenco legal das “pessoas especialmente relacionadas com o devedor”, cujos créditos sobre o insolvente devem ser

---

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo de.. A insolvência nos grupos de sociedades, p. 1027.

<sup>78</sup> Cfr., o Ac. do TRP., Proc. n.º 1223/13.8TBPFR-C.P1 de 3 de maio de 2016.

considerados “subordinados”, nos termos do art.º 49.º do C.I.R.E., constitui presunção inilidível ou *iuris et de jure* de especial relacionamento, sobre tais pessoas e créditos”<sup>79</sup>. Também no mesmo sentido, VIEIRA E CUNHA<sup>80</sup>, socorrendo-se de ensinamentos doutriniais (*in casu*, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA) aponta que o simples facto de se ser classificado como uma pessoa especialmente relacionada com o devedor é suficiente para que os efeitos jurídicos que daqui advém sejam desencadeados, e por esta razão defende estar diante de uma presunção inilidível. Justifica o uso de uma presunção que não admite prova em contrário, no modo como o legislador configurou o conceito, ou seja, para sancionar determinados abusos que possam ser cometidos no âmbito insolvencial e, como tal, “esta ideia de sanção reforça a convicção de que estas exceções à regra da *par conditio creditorum* devem ser interpretadas restritivamente ou com prudência”. À primeira vista na jurisprudência, e sobre esta questão, não há dúvidas da existência de presunção absoluta elencada no art.º 49.º

No contexto da taxatividade da norma, a primeira decisão a analisar-se prende-se com o proferido no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto cujo relator fora VIEIRA E CUNHA<sup>81</sup>. Estava em causa saber se um determinado crédito admitia a classificação de subordinado. Da decisão exposta é perceptível a posição do relator no sentido da taxatividade do elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor, quando, com certeza, diz que o elenco constante do art.º 49.º é taxativo e, apenas e só, permite que sejam englobados como créditos subordinados aqueles que se encontram explícitos nas suas diversas alíneas<sup>82</sup>. Ao longo da sua exposição dá conta que este elenco das pessoas próximas é bastante claro e trata-se de um “elenco exaustivo”.

Uma outra situação, alvo de análise, é a que decorre do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra cujo relator fora CARLOS MOREIRA<sup>83</sup>. Em causa encontrava-se a não qualificação de um crédito como subordinado porque, nas palavras da Sra. Dra. Juíza, o facto

---

<sup>79</sup> Com a mesma opinião, o Ac. do STJ., Proc. n.º 1223/13.8TBPFR-C.P1.S1 de 6 de dezembro de 2016 (José Rainho).

<sup>80</sup> Cfr. Ac. do TRP., Proc. n.º 1445/12.9TBPFR-A.P1 de 19 de novembro de 2013.

<sup>81</sup> Cfr. Ac. Proc. n.º 1445/12.9TBPFR-A.P1 de 19 de novembro de 2013.

<sup>82</sup> “Sendo certo que o elenco do artº 49º nº2 CIRE é taxativo e apenas permite nele englobar, como créditos subordinados, os créditos de sociedades em relação de domínio ou de grupo, que não os créditos de sociedades administradas pelas pessoas singulares referidas no artº 49º nº1 CIRE; o artº 49º nº2 al.d) apenas permite englobar os créditos das pessoas singulares que se relacionem com os sócios e administradores previstos nas als. a), b) e c) do nº2 do artº 49º CIRE” (Vieira e Cunha).

<sup>83</sup> Cfr. Ac. Proc. n.º 171/07.5TBOBR-C.C1 de 2 de fevereiro de 2010.



de o “sócio gerente da credora ter sido administrador da requerida” não constitui uma “situação suscetível de ser integrada” no âmbito da enumeração que consta do elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor e, sendo de considerar este elenco taxativo, improcede a qualificação do crédito como subordinado. Contrapondo, com o devido respeito, CARLOS MOREIRA assinala que o entendimento anterior não assume uma posição firme por causa de “um exagerado rigorismo e conceptualismo formal”<sup>84</sup>. Concorde, sim, o relator que em causa no art.º 49.º está a sua taxatividade, mas nada indica que cada situação não possa ser alvo de uma interpretação razoável consoante “os contornos de cada caso concreto”. Acrescenta, que a maior parte das alíneas do preceito deixam uma determinada “margem para interpretação”, sendo de aceitar a que se revelar mais “adequada e justa”. Seguindo esta mesma opinião, TERESA PARDAL<sup>85</sup> afirma que apesar da taxatividade que envolve o art.º 49.º, não deve a sua interpretação exceder um rigoroso formalismo, devendo existir um critério: averiguar se determinado credor tem informações suficientes que o coloquem em vantagem perante os outros credores “relativamente à definição do seu direito”.

Destes dois acórdãos é possível determinar que os relatores idealizam uma posição intermédia entre o carácter taxativo e o carácter exemplificativo do elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor. Prevê-se aqui a taxatividade do art.º 49.º embora, seja esta uma taxatividade flexível mediante a situação concreta a averiguar (que surge do facto, das alíneas do art.º 49.º serem desprovidas de barreiras interpretativas) mediante a interpretação que cada entidade julgadora possa vir a fazer.

A seguinte situação a analisar, embora não diga respeito a decisões diretas sobre a qualificação de um crédito subordinado, indiretamente envolvem a questão da taxatividade ou não do conteúdo normativo do art.º 49.º. Trata-se do acórdão cujo relator fora PEDRO MARTINS<sup>86</sup> e cuja questão principal se relacionava com o art.º 120.º, n.º 4 e a sua associação – taxativa ou não – com as situações previstas no art.º 49.º. Em relação à questão principal, o relator entende não haver qualquer tipo de razão para apontar no sentido da taxatividade no que concerne à expressão “relação especial” que se encontra no art.º 120.º. E diz mais: uma vez que existem motivos para colocar em exame a taxatividade das situações que se

---

<sup>84</sup> “O disposto no art.49.º do CIRE não deve ser interpretado com um excessivo rigor formal, mas antes plástica e razoavelmente, de sorte a concluir-se, ou não, se o caso concreto encerra o *quid* essencial que lhe subjaz, a saber: se o credor reclamante, direta ou indiretamente, tem na sua posse informação sobre a situação do devedor que o coloque numa posição de superioridade face aos demais credores no que toca à definição ou condicionamento de facticidade de que o seu crédito emirja.”

<sup>85</sup> Ac. do TRG., Proc. n.º 881/07.7TBVCT-M.G1 de 11 de janeiro de 2011.

<sup>86</sup> Ac. do TRC., Proc. n.º 7266/07.3TBLRA-H.C1 de 25 de janeiro de 2011.

encontram na “cláusula geral usada no art.º 48.º”, visto que “aquela taxatividade acaba por ser a negação da finalidade do uso da cláusula geral”, múltiplas razões são possíveis de encontrar para colocar em cheque a taxatividade nas questões relacionadas com a resolução em benefício da massa, que diretamente não tem correspondência com os créditos subordinados. Apesar de demonstrar de maneira pormenorizada a sua opinião em relação ao instituto da resolução em benefício da massa, o relator tem a ousadia de conferir um pequeno apontamento sobre a taxatividade que decorre do art.º 49.º. Este, parece concordar com a taxatividade, mas entende que não deve o art.º 49.º ser alvo de uma interpretação com um “excessivo rigor formal”.

Sobre a mesma temática surge um outro acórdão bastante desafiador. Proferido no Tribunal da Relação do Porto, por JOSÉ ARAÚJO BARROS<sup>87</sup>, um acórdão onde se afirma com segurança, que pelo menos, o leque de pessoas especialmente relacionadas com o devedor do art.º 49.º, n.º 1 e n.º 2, não é taxativo. O autor fundamenta a sua posição utilizando a letra da lei apoiando-se na expressão “havidos como” que se encontra no início do preceito. Para o autor esta veicula uma ideia de afirmação no sentido de uma enumeração exemplificativa, e não exclui que outros “relacionamentos nele não previstos possam também ser considerados especialmente relevantes”.

Também ANA PAULA BOULAROT<sup>88</sup> num acórdão do STJ profere uma decisão interessante. Embora, tenha como um dos assuntos principais a presunção prevista no contexto da resolução em benefício da massa insolvente, não deixa de tecer diversas considerações a respeito do elencado no art.º 49.º. No processo, a relatora determina que existe uma relação especial (nomeadamente, entre primos) que provou não se enquadrar em nenhuma das situações que dizem respeito ao conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor. Se se inclinasse para a tese da taxatividade a questão ficaria por aqui. No entanto, mostra-se direcionada para uma interpretação exemplificativa, explicando que apesar de considerar que se está perante uma “norma excecional, insuscetível de aplicação analógica nos termos do art.º 11º do CC”, não existe qualquer tipo de proibição que impeça uma outra forma de interpretação, nomeadamente, a interpretação extensiva, visando com isto, a proteção dos credores prejudicados restituindo à massa os bens retirados indevidamente. Posto isto, compreende-se a convicção da relatora na tese exemplificativa,

---

<sup>87</sup> Ac. do TRP., Proc. n.º 2041/10.0TJPRT-C.P1 de 5 de dezembro de 2013.

<sup>88</sup> Ac. do STJ., Proc. n.º 529/10.2TBRMR-C.C1.S1 de 1 de julho de 2014.

alegando o caráter protetivo da solução para o processo de insolvência e para com as partes que integram este que, por vezes, dele saem prejudicados e insatisfeitos.

Após terem sido proferidas várias decisões no domínio da taxatividade ou não, do preceituado no âmbito do art.º 49.º e do art.º 120.º, n.º 4 surge, a 13 de novembro de 2014, o acórdão do STJ que veio numa tentativa de padronizar e, quiçá, tenha tido como objetivo a sanção da polémica doutrinal e jurisprudencial existente em torno deste campo jurídico. SALAZAR CASANOVA foi o relator deste acórdão para uniformização de jurisprudência. No caso em apreço, estava a interpretação do art.º 120.º, n.º 4 em conjugação com o art.º 49.º, n.º 1 e n.º 2, als. *c*) e *d*). Então, decidiu-se neste acórdão que, e sem hesitações, “a enumeração do art.º 49.º tem natureza taxativa e não meramente exemplificativa”. Se assim não fosse, nenhuma justificação haveria para o impedimento de uma interpretação analógica. Este é o primeiro de vários argumentos dos quais o relator se socorre. Acrescenta, que quando um sujeito passa a ter a qualificação de pessoa especialmente relacionada com o devedor, passa a deter um “estatuto jurídico” relevante, quer para os casos do art.º 120º, n.º 4, quer para os casos que implicam a subordinação de um crédito. E portanto, se no âmbito da resolução do benefício da massa fosse inserida como pessoa próxima do devedor um sujeito que não tem correspondência em nenhuma das alíneas do art.º 49.º posteriormente, não se poderia não colocar esse sujeito no campo dos créditos subordinados<sup>89</sup>. SALAZAR CASANOVA sustenta a sua posição com base no preâmbulo do decreto-lei que aprova o Código quando se afirma que “pessoas especialmente relacionadas com o devedor são “criteriosamente” indicadas no art.º 49.º”. Apoia a sua ideia, recorrendo ainda, a doutrina de sede internacional, aceitando a opinião de FERNANDO PEÑA LOPEZ quando este afirma que a “listagem do art.º 93.º LC deve ser interpretada de forma restritiva”, e não interpretada de maneira extensiva ou analógica. Sustenta a opinião de BLANCA GARCÍA-POMADERA, que remete para a não admissão de outras pessoas especialmente relacionadas com o devedor, a não ser aquelas que estão expressamente consagradas na lei, sendo de considerar que o “legislador não concede margem de apreciação”. Remata a sua exposição argumentativa, defendendo sem réstia de dúvidas, que o caminho da taxatividade leva à segurança e certeza (“a taxatividade ou *numerus clausus* evita a incerteza, essa a sua vantagem; deixa de fora

---

<sup>89</sup> “Se integrássemos no elenco do artigo 49.º a sociedade anónima tão-só por ser o seu legal representante, ele próprio, pessoa especialmente relacionada com o insolvente, amanhã não podíamos deixar de considerar que o crédito detido por uma sociedade nessas condições seria um crédito subordinado.”.

situações que porventura mereceriam ser incluídas no elenco taxativo, essa a sua desvantagem”).

Do acórdão uniformizador da jurisprudência conclui-se que o elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor consta, sem dúvidas, de uma enumeração taxativa quer no âmbito da subordinação de créditos (art.º 47.º e art.º 48.º), quer no âmbito da resolução em benefício da massa insolvente (art.º 120.º, n.º 4).

Da análise jurisprudencial feita depreende-se a importância prática e as diversas decisões que se encontram associadas à enumeração taxativa ou não, do elenco destes sujeitos. Contrariamente, às posições doutrinárias antes evidenciadas, existem posições seguras da plena taxatividade, posições intermédias, que embora encarem de frente a taxatividade não a exigem na plenitude, e encontram-se as posições que permitem o afastamento da taxatividade, dando lugar cativo à tese exemplificativa.

#### **4.3. A taxatividade – ou não – do artigo 49.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: uma reflexão crítica**

É agora o momento para assumir uma reflexão crítica à volta do conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor, e as suas implicações práticas no contexto do mundo real do Direito insolvencial.

O legislador aquando da importação para o Direito português da figura dos créditos subordinados e do conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor, fê-lo para garantir que a principal finalidade adjacente ao processo de insolvência – a satisfação de todo e qualquer credor – ficasse, de certa forma, cumprida de maneira ordeira e sem parcialidades. Apesar de ser louvável a bondade conferida ao legislador pela solução criada para efetivar, a eficácia e eficiência que é necessária neste ramo do direito, não é de louvar, totalmente, a maneira que utilizou para exprimir o regime associado ao disposto no art.º 49.º. Vejamos.

Como referido anteriormente, é no ponto 25 do preâmbulo do CIRE que o legislador explica a finalidade destas novas figuras. Segundo o exposto, pessoas próximas ao nível do devedor possuem (à partida, acrescento meu) informações relevantes e consideradas perigosas ao nível do processo de insolvência sobre o devedor, quer sejam informações a nível pessoal, quer sejam informações a nível profissional, dando origem à designada “superioridade informativa” relativamente aos demais credores. Por assim ser, pode derivar

da proximidade com o devedor a frustração da finalidade que corresponde ao Direito da insolvência.

O legislador procurou em primeiro lugar castigar (pelo menos, se levarmos o preceito à letra) sem oportunidade de defesa, mediante a prova em contrário quem frustra os interesses aclamados pelo processo. Dito de outro modo, no art.º 49.º está (aparentemente) consagrada uma presunção absoluta ou *juris et de jure*.

O facto de se apoiar a existência de uma presunção inilidível exige que o credor próximo do devedor fique privado de um importante direito: o direito à sua justa defesa. A privação deste implica que determinado sujeito não possa ser ouvido, nem possa justificar as suas ações. Criou-se tal como no ordenamento jurídico espanhol, um sistema alheio ao caso concreto de aplicação mecanizada. Assim, todo e qualquer credor que se enquadre no estereótipo de pessoa próxima do devedor, vê vedada a possibilidade da prova em contrário.

Como referido acima, o escopo visado pelo legislador é a atribuição de uma espécie de sanção aos sujeitos que se encontram próximos do devedor, classificando os créditos detidos por estes como subordinados.

Não será, por si só, a subordinação o maior castigo para estes credores? Isto porque, os créditos subordinados são os mais desfavoráveis no nosso ordenamento e a sua graduação ocorre em último lugar implicando, na maioria das vezes, o seu não ressarcimento. Para além da condição depreciativa que lhes é característica, o ato de subordinar um crédito coloca em causa o *princípio par conditio creditorum* que é admissível, de facto, quando um determinado credor adquire uma desigual vantagem em detrimento dos restantes credores pela sua proximidade ao devedor<sup>90</sup>. Deste ponto de vista parece que a existência desta exceção é suficiente para justificar e realizar a finalidade pretendida pelo legislador.

Não se torna necessário a defesa de uma presunção absoluta. Tal como no sistema norte-americano e no sistema alemão seria de apelar a aplicação no nosso sistema de uma presunção relativa e uma análise casuística de cada caso, mediante a criação de critérios com a melhor definição possível. Só assim é exequível assegurar a igualdade entre credores e a justiça material no âmbito do processo de insolvência, e ter mais certezas em relação ao sujeito que colocou em risco os restantes credores com as suas condutas fraudulentas. Claro que a análise caso a caso implica que a celeridade do processo de insolvência possa sofrer

---

<sup>90</sup> Neste mesmo sentido e com a mesma opinião, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. A insolvência nos grupos de sociedades, p. 1023.

prejuízo. No entanto, penso ser possível que esta seja posta em causa em razão da exatidão e da justiça.

O elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor promove a ideia da taxatividade plena, porque o legislador se refere a elas como as “criteriosamente” indicadas. Impõe-se, então, saber se terá sido assim tão criterioso o legislador quando escolheu apenas aquele elenco de pessoas especialmente relacionadas com o devedor.

Da taxatividade resulta, como já se referiu anteriormente, a vantagem da certeza jurídica<sup>91</sup>, *in casu*, exemplificando, da estabilidade do preceito deriva que especialmente relacionado com o devedor é o seu cônjuge. Mas como desvantagem, a taxatividade não considera outros casos que eventualmente caberiam se o elenco não fosse restrito, quer-se dizer, por exemplo, não se considera pessoa especialmente relacionada com o devedor um sobrinho<sup>92</sup>, ou um amigo de longa data, ou um ex-patrão que, eventualmente, detém para com o devedor, uma cumplicidade mais estreita do que, por exemplo, um irmão seu. Isto porque, através da experiência empírica, comprovadamente, nem sempre fazem parte das nossas relações mais íntimas os sujeitos que previsivelmente nos rodeiam.

Apesar de ser perceptível a intenção do legislador – e repare-se que, não se está aqui a julgar a atitude deste, porque como nos ensina BAPTISTA MACHADO<sup>93</sup>, não existe nem pode existir, nenhum legislador que consiga prever todos os acontecimentos sujeitos a “tutela jurídica, por mais diligente e precavido que seja” – atendendo às situações em causa, não parece ser de aceitar, sem tirar nem pôr, a sua opinião.

Mas, já seria aceitável o reconhecimento de uma interpretação extensiva<sup>94</sup>, como de resto, se defende em alguma doutrina e jurisprudência. Fazendo uma interpretação extensiva do art.º 49.º, seria possível alargar o elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor para lá dos laços familiares ou profissionais e, incluir, efetivamente, todos os sujeitos

---

<sup>91</sup> A tese da taxatividade “tem, como é evidente, a vantagem da maior segurança na aplicação do preceito” *in* GOMES, Júlio. “Nótula sobre a Resolução em Benefício da Massa Insolvente”, p. 116.

<sup>92</sup> Cfr. LEITÃO, Luís Menezes. Direito da Insolvência, p. 110.

<sup>93</sup> Cfr. MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, p. 192.

<sup>94</sup> Através da interpretação extensiva, “o interprete chega à conclusão de que a letra do texto fica aquém do espírito da lei, que a fórmula verbal adotada peca por defeito, pois diz menos do que aquilo que se pretendia dizer. Alarga ou estende então texto [...] fazendo corresponder a letra da lei ao espírito da lei. Os casos não diretamente abrangidos pela letra são indubitavelmente abrangidos pelo espírito da lei.” Cfr. MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, p. 185.

que detenham uma relação de proximidade, quer seja familiar, profissional ou de camaradagem<sup>95</sup>.

Para além do caminho da interpretação extensiva, julgo existir uma outra justificação para a tese da não taxatividade. É certo que do Direito fazem parte conceitos certos e determinados que garantem a certeza jurídica, no entanto, com a frequente e cada vez mais rápida evolução da comunidade social, é necessário “ajustar e fazer evoluir a lei no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades das situações da vida” através da utilização de conceitos indeterminados<sup>96</sup>. No começo desta investigação deu-se conta que o conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor é vago e indeterminado, talvez, devido à complexidade na delimitação do conceito ou à tentativa de diferenciar este grupo de pessoas<sup>97</sup>. O que me leva a questionar: por um lado, dá-se “luz verde” para criação de um conceito indeterminado, que apesar de conferir uma maior discricionariedade ao decisor, permite efetuar uma análise mais casuística em prol da justiça, equidade e unidade do sistema jurídico, mas, contraditoriamente, cria-se um elenco de pessoas em situação de proximidade com o devedor de cariz taxativo, o que não obstante confira uma maior certeza jurídica, acaba por sacrificar aqueles ideais? Tal interpretação revelaria, por parte do legislador, uma certa falta de coerência não só ao não permitir a inclusão de pessoas que não incluídas no mencionado elenco, tiveram ou têm uma relação de proximidade com o devedor e, dessa forma, obtiveram acesso a informações privilegiadas, bem como ao não permitir a exclusão de sujeitos que se enquadram formalmente nas alíneas do art.º 49.º, mas que, pelo contrário, não tiveram acesso a quaisquer informações privilegiadas e, conseqüentemente, não atuaram de má fé<sup>98</sup>.

Certamente deverá aqui existir uma ponderação e decidir se deve a certeza associada à taxatividade prevalecer perante a eventual injustiça e desigualmente no tratamento de outros sujeitos, que por não se encontrarem listados no preceituado, não são sujeitos às conseqüências da subordinação, e deveriam ser. Quer-me parecer que é, no âmbito do

---

<sup>95</sup> Pois, o legislador pretende com a norma se referir a um género de pessoas (pessoas com uma relação especial), mas fez apenas referência a algumas espécies de sujeitos que detêm proximidade com o devedor.

<sup>96</sup> *Idem.* MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, p. 113.

<sup>97</sup> Ora, utilizar conceitos indeterminados justifica-se ou “para permitir a adaptação da norma à complexidade da matéria a regular, às particularidades do caso ou à mudança de situações, ou para facultar uma espécie de osmose entre as máximas ético-sociais e o Direito, ou para permitir levar em conta os usos do tráfico, ou, enfim, para permitir uma “individualização” da solução” *Vd.* MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, p. 114.

<sup>98</sup> O que vai de encontro ao disposto por CATARINA SERRA em SERRA, Catarina. Lições de Direito da Insolvência, pp.73 a 76.

processo de insolvência, no qual se prima pela satisfação dos credores e pela respetiva satisfação de créditos, preferível colocar-me no lado da balança que representa a abertura do elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor.

Assente nas ideias propostas, não me é possível defender a taxatividade nos seus contornos mais puros. Creio que a resolução desta questão passa por um aprofundado estudo da norma em si e, estou em crer, também que a solução passa ou pela via da interpretação extensiva ou, então, pelo aditamento à norma de orientações mais explícitas tornando o conceito mais amplo<sup>99</sup>, sempre tendo em conta a justiça, a harmonização e a celeridade própria do processo de insolvência.

A falta de uma disposição neste sentido dá permissão para que qualquer pessoa que esteja excluída da lista do art.º 49.º, quer pessoa singular, quer pessoa coletiva, atuando de má fé e prosseguindo uma má conduta, contorne o disposto na lei e cometa fraude consequentemente se livrando das consequências que lhe deveriam ser atribuídas pelo Direito.

---

<sup>99</sup> Pode-se, por exemplo, pensar em redigir critérios que nos permitam identificar se estamos ou não perante uma pessoa especialmente relacionada ou de outra maneira, pode-se aditar uma alínea que regule e ajude o interprete, perante uma suspeita, a decifrar se deve determinado sujeito ser considerado pessoa especialmente relacionada.



## 5. Conclusão

Resulta desta breve investigação que o elenco de pessoas em situação de proximidade com o devedor e os créditos subordinados, são dois assuntos que vão assumindo relevância jurídica no Direito português, apesar de já ser uma questão bastante debatida nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que foram aqui alvo de análise.

Foi possível determinar, em concreto, que o elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor insolvente levanta dúvidas quanto à sua classificação como taxativo. Ao mesmo tempo tornou-se interessante ver de que modo a doutrina e a jurisprudência lidam com a leitura atual do art.º 49.º e o tentam tornar melhor e mais adequado para o processo.

A pandemia Covid-19 que embargou esta investigação despoletou mais um argumento no sentido da mudança urgente que é necessária no centro desta problemática. Do isolamento social decorreu, por estipulação governamental, o fecho de empresas e negócios em geral. Obviamente que, os lucros caíram ficando as empresas, nomeadamente, as pequenas-médias empresas com despesas que se viram impossibilitadas de pagar. Conclusão: ou recorrem a empréstimos e tentam manter as empresas abertas, ou fecham os seus negócios. É lógico que, num momento em que faltam as quantias necessárias à preservação do estabelecimento, ou se recorrem aos bancos ou, tal como era antes da existência da ajuda bancária, a pessoas próximas.

Imaginemos a situação de devedor que tem como credor o próprio cônjuge. Ora, pelo art.º 49.º, n.º 1, al. *a*) o cônjuge é uma pessoa especialmente relacionada com o devedor. O devedor obtém financiamento para fazer face às dificuldades junto do credor cônjuge. Como explica MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO<sup>100</sup> se a empresa, eventualmente, entrar em insolvência, os créditos do nosso credor cônjuge vão ser automaticamente subordinados. Não se concede aqui qualquer tipo de margem porque o nosso sistema aplica o art.º 49.º às “cegas”, e acaba por não ter em conta a situação excecionalíssima que foi a ocorrência da pandemia e a urgência que existiu no rápido financiamento.

---

<sup>100</sup> Cfr. OBSERVADOR, 8 de maio de 2020 disponível em <https://observador.pt/opiniao/a-pandemia-covid-19-e-o-direito-da-insolvencia/>.

Resta-me finalizar esta dissertação com a sensação de contribuição para a discussão deste tema e fazer um apelo à revisão do regime em causa, de modo a torná-lo harmonioso com os princípios ditados pelo Direito da insolvência e pelo Direito em geral.

## 6. Bibliografia

BARBOSA, Ana Mafalda. Direito Civil e Sistema Financeiro. Principia, 2016.

CASAS, Matilde Cuenca. “Algunas Deficiencias de la Ley Concursal ante la Insolvencia de la Persona Física”. Aspetos Civiles de Derecho Concursal. XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2009.

CASTRO, Gonçalo Andrade e..“Efeitos da Declaração de Insolvência Sobre os Créditos”. DIREITO E JUSTIÇA, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. XIX, Tomo II, 2005.

CHRISTENFELD, Alan M. e GOODSTEIN, Barbara. “*Equitable Subordination Attacks on Secured Lenders*”. *New York Law Journal*, Vol. 244, n.º 106, 2010.

COLINA, Maria Astrid de Teresa. Los Créditos Subordinados de Persona Especialmente Relacionada con el Concursado Persona Jurídica. Tese de Doutoramento em Direito Civil. Espanha, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015.

COPO, Abel Veiga. “Los créditos subordinados en procesos de insolvencia. Especial situación de los créditos de sociedade”. II Congreso Internacional de Derecho Comercial. Bogotá, Maio, 2010.

DENATALE, Andrew e ABRAM Prudence B. “The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors”. *The Business Lawyer*, Vol. 40, n.º 2, fevereiro de 1985.

DUARTE, Rui Pinto. Classificação dos créditos sobre a massa insolvente no projeto de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. Manual de Direito da Insolvência. 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2019.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, e LABAREDA, João. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, *Quid Juris* Sociedade Editora, 2015.

GARCÍA-POMADERA, Blanca. “Alternativa a la Automática Subordinación de los Créditos de los Titulares de Participaciones Significativas en el Concurso”.

GOMES, Júlio. “Nótula sobre a Resolução em Benefício da Massa Insolvente”. IV Congresso de Direito da Insolvência, 2017.

LEITÃO, Luís Menezes. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2018.

LEITÃO, Luís Menezes. Direito da Insolvência. 9.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2019.

MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. 19.<sup>a</sup> reimp., Coimbra, Almedina.

MAIA, Miguel Ferreira. “Pessoas Especialmente Relacionadas com o Devedor”. Dissertação referente ao Mestrado de Direito das Empresas e dos Negócios da Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2019.

MARTINS, Alexandre de Soveral. Um Curso de Direito da Insolvência. 2.<sup>a</sup> ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2017.

MARTINS, Luís M.. Processo de Insolvência, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2016.

MERLINE, Olga de Lamo. “Consideraciones sobre la Situación de las Personas Especialmente Relacionadas con el Concursado”.

MORAIS, Fernando de Gravato. Resolução em Benefício da Massa Insolvente. Coimbra, Almedina, 2008.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo. “A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo”. Revista de Direito das Sociedades I, 2009.

PRATA, Ana; CARVALHO, Jorge Morais e SIMÕES, Rui. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Coimbra, Almedina, 2013.

RIBEIRO, Maria de Fátima. “Riscos dos negócios das sociedades com pessoas especialmente relacionadas com elas, no quadro da insolvência (da resolução em benefício da massa insolvente e da subordinação de créditos)”, in *IV Congresso das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2016.

SERRA, Adriano Vaz. «Provas: direito probatório material», in Boletim do Ministério da Justiça, n.<sup>os</sup> 110-112.

SERRA, Catarina. Lições de Direito da Insolvência. Coimbra, Edições Almedina, 2018.

SUBTIL. A. Raposo; ESTEVES, Matos, ESTEVES, Maria José e MARTINS, Luís M. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2<sup>a</sup> ed., 2006.

## 7. Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça

Processo n.º 529/10.2TBRMR-C.C1.S1, de 1 de julho de 2014. Relator: Ana Paula Boularot (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Processo n.º 1223/13.8TBPFR-C.P1.S1 de 6 de dezembro de 2016. Relator: José Rainho (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Processo n.º 1936/10.6TBVCT-N.G1.S1 de 13 de novembro de 2014. Relator: Salazar Casanova (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo n.º 16985/16.2T8SNT-2 de 28 de setembro de 2017. Relator: Pedro Martins (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Tribunal da Relação do Porto

Processo n.º 2041/10.0TJPRT-C.P1 de 5 de dezembro de 2013. Relator: José Araújo Barros (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Processo n.º 8610/10.1TBMAI-L.P1 de 29 de abril de 2013. Relator: José Eusébio de Almeida (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Processo n.º 1223/13.8TBPFR-C.P1 de 3 de maio de 2016. Relator: Luís Cravo (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Processo n.º 1445/12.9TBPFR-A.P1 de 19 de novembro de 2013. Relator: Vieira e Cunha (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Tribunal da Relação de Coimbra

Processo n.º 171/07.5TBOBR-C.C1 de 2 de fevereiro de 2010. Relator: Carlos Moreira (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Processo n.º 7266/07.3TBLRA-H.C1 de 25 de janeiro de 2011. Relator: Pedro Martins (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Tribunal da Relação de Guimarães

Processo n.º 881/07.7TBVCT-M.G1 de 11 de janeiro de 2011. Relator: Teresa Pardal (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Tribunal da Relação de Évora

Processo n.º 1479/12.3TBABT-A.E1 de 14 de novembro de 2013. Relator: Mata Ribeiro (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

