

Universidades Lusíada

Ferreira, Tânia Raquel Nogueira

O crédito subordinado : das pessoas especialmente relacionadas com o devedor

<http://hdl.handle.net/11067/6439>

Metadados

Data de Publicação	2021
Resumo	<p>O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor, bem como o surgimento dos créditos subordinados tiveram como fonte de inspiração do legislador, as soluções de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros. Antes do surgimento do CIRE inexistiam antecedentes legislativos no ordenamento jurídico português, no que respeita a esta matéria. O elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor, constante no art. 49.º do CIRE releva para a qualificação dos créditos detidos por ess...</p> <p>The concept of person specially related to the debtor, as well as the emergence of subordinated credits, had as a source of inspiration for the Portuguese legislator, the solutions found on other foreign legal systems. Before the emergence of the Portuguese Insolvency and Business Recovery Code (CIRE), there were no legislative precedentes in the Portuguese legal system, with regard to this matter. The list of persons specially related to the debtor, contained in the article 49.º CIRE is relev...</p>
Palavras Chave	Direito, Direito comercial, Responsabilidade civil - Crédito subordinado - Devedor
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-22T12:55:09Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**O CRÉDITO SUBORDINADO: DAS PESSOAS
ESPECIALMENTE RELACIONADAS COM O DEVEDOR**

Tânia Raquel Nogueira Ferreira

Dissertação para obtenção de grau de mestre

Orientador: Doutor Alberto Ribeiro de Almeida

Coorientador: Doutor Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

Porto, 27 de setembro de 2021

Agradecimentos

Escrever esta dissertação de mestrado foi uma longa viagem que me fez percorrer, por vezes, caminhos de angústia, solidão, desconexão e incerteza, mas também de alegria, criatividade, curiosidade e concretização pessoal.

Reuniu contributos de várias pessoas que, com todo o seu apoio e energia, se tornaram essenciais para que me fosse possível terminar este trabalho.

Agradeço, especialmente, ao Senhor Doutor Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, Juiz Conselheiro, que aceitou e orientou a minha tese desde o primeiro rascunho, sempre acreditando e confiando em mim. Agradeço-lhe por toda a disponibilidade que sempre manteve até final. Pelo elevado nível científico, pela visão crítica e oportuna, pela simpatia e por todos os ensinamentos, desde o primeiro ano do mestrado, que contribuíram para enriquecer as etapas subjacentes a este trabalho.

Agradeço ao Senhor Professor Doutor Alberto Ribeiro de Almeida, antes de mais, pela compreensão e por aceitar orientar a minha tese, confiando no meu trabalho. Agradeço-lhe por todos os conhecimentos partilhados desde a minha Licenciatura, sempre com o elevado rigor que o caracteriza, a imparcialidade e todas as excelentes observações críticas, jurídicas e, também, filosóficas que em muito contribuíram para a realização deste trabalho.

Agradeço à minha mãe e ao meu irmão, pelo encorajamento e por estarem sempre presentes em todos os momentos da minha vida, com o melhor apoio que sempre me souberam dar.

Agradeço à Senhora Dra. Ana Morais Pinto, Economista, e ao Senhor Dr. Armando Balola Braga, Mestre em Direito, por toda a formação, pela paciência, pelo acolhimento e por todo o apoio desde o início desta viagem.

Em conclusão, agradeço a todos os meus amigos e colegas que comigo percorreram este caminho e aos que não o percorreram, mas que sempre se mantiveram por perto, por me afortunarem com a sempre tão importante e enriquecedora partilha de conhecimentos, com a amizade e com todo o companheirismo.

Muito obrigada.

Índice

Agradecimentos	I
Resumo	III
Abstract.....	IV
Palavras-chave	V
Lista de abreviaturas	VI
Introdução	1
1. O princípio da <i>par conditio creditorum</i>	3
2. Os créditos subordinados.....	5
3. A subordinação voluntária/convencional	7
4. Consequências da subordinação de créditos.....	9
5. Direito comparado: o caso espanhol (arts. 282.º a 284.º da <i>Ley Concursal</i>).....	12
6. O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor e as suas aplicações legais.....	19
6.1. O carácter taxativo ou meramente exemplificativo do elenco do art. 49.º do CIRE.....	23
6.2. Presunção <i>iuris et de iure</i> ou presunção <i>iuris tantum</i> (art. 49.º <i>ex vi</i> al. a) do art. 48.º do CIRE).....	29
7. A resolução em benefício da massa insolvente resultante para terceiro de má fé.....	38
Conclusão	44
Bibliografia.....	46
Jurisprudência citada	48

Resumo

O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor, bem como o surgimento dos créditos subordinados tiveram como fonte de inspiração do legislador, as soluções de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Antes do surgimento do CIRE inexistiam antecedentes legislativos no ordenamento jurídico português, no que respeita a esta matéria.

O elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor, constante no art. 49.º do CIRE releva para a qualificação dos créditos detidos por essas pessoas como subordinados, bem como, para a resolução de atos a favor da massa insolvente, em que tenha participado ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o insolvente.

Em torno da enumeração constante neste artigo, surgem divergências doutrinárias e jurisprudenciais, designadamente, provenientes da eventual enumeração taxativa, bem como, da presunção (ilidível ou inilidível) que contém esta norma.

Desenvolvemos e analisamos estas questões, de forma crítica, ao longo deste trabalho.

Abstract

The concept of person specially related to the debtor, as well as the emergence of subordinated credits, had as a source of inspiration for the Portuguese legislator, the solutions found on other foreign legal systems.

Before the emergence of the Portuguese Insolvency and Business Recovery Code (CIRE), there were no legislative precedentes in the Portuguese legal system, with regard to this matter.

The list of persons specially related to the debtor, contained in the article 49.º CIRE is relevant for the classification of credits held by these people as subordinates, as well as for the resolution of acts, in which they have participated or in which they have taken advantage, for the benefit of the insolvency masses.

Regarding the enumeration in this article, doctrinal and jurisprudential divergences arise, namely, from the eventual exhaustive enumeration, as well as the presumption (*iuris tantum* or *iuris et de iure*) that this rule contains.

We develop and critically analyze these issues throughout this work.

Palavras-chave

Crédito subordinado

Credor

Devedor

Insolvente

Pessoa especialmente relacionada com o devedor

Lista de abreviaturas

art.	artigo
al.	alínea
CC	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-Lei
<i>InsO</i>	<i>Insolvenzordnung</i>
<i>LC</i>	<i>Ley Concursal</i>
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
UC	Unidade de Conta

Introdução

O direito da insolvência em Portugal, ao longo do tempo, tem vindo a sofrer sucessivas alterações, mormente a nível legislativo, tendo em conta o quadro paradigmático das crises económico-financeiras que se vão vivendo.

Desta feita, apesar de caber ao direito prevenir e evitar todas as situações possíveis, enquanto ordenamento jurídico, a verdade é que o direito da insolvência apresenta, constantemente, sinais de mudança.

O CIRE foi aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de março e veio revogar o CPEREF, aprovado pelo DL n.º 132/93, de 23 de abril, com vista a unificar o processo de insolvência, conceder primazia ao interesse dos credores e incrementar a celeridade processual.

O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores (cfr. art. 1.º, n.º 1 do CIRE).

Tal repartição é feita, regra geral, de forma proporcional aos credores, vigorando aqui o princípio da *par conditio creditorum* (ou da igualdade entre os credores - art. 604.º, n.º 1 do CC).

Contudo, os créditos dos devedores estão hierarquizados segundo quatro classes, designadamente, créditos garantidos, créditos privilegiados, créditos comuns e créditos subordinados. Quanto a estes últimos, o legislador foi mais longe e elaborou uma lista de pessoas especialmente relacionadas com o devedor (presente na norma do art. 49.º do CIRE), as quais, pela maior intimidade e conhecimento sobre a situação do devedor, passam a ver o seu crédito subordinado na insolvência.

Com a criação deste elenco de pessoas especialmente relacionadas com o devedor, o legislador pretendeu combater uma fonte frequente de frustração das finalidades do processo de insolvência, designadamente, a de aproveitamento, por parte do devedor, de relações orgânicas ou de grupo, de parentesco, especial proximidade, dependência ou outras, para praticar atos prejudiciais aos restantes credores (cfr. ponto 25 do preâmbulo do CIRE).

Porém, nem sempre tal pretensão se concretiza. Por esse motivo, o art. 49.º do CIRE tem vindo a suscitar duas questões fundamentais, relativamente às quais não há consenso quer doutrinal, quer jurisprudencial. Em primeiro lugar, quanto à enumeração do elenco, designadamente, se o mesmo tem carácter taxativo ou meramente exemplificativo. Em

segundo lugar, quanto aos factos elencados, se os mesmos constituem presunções ilidíveis ou inilidíveis.

Assim, pretende-se, com este trabalho, procurando respostas na lei e recorrendo a um conjunto de argumentos e ideias doutriniais e jurisprudenciais, desenvolver tais questões e enveredar pelas soluções que, a nosso ver, se mostrem mais plausíveis.

A comparação com outro ordenamento jurídico que influenciou a inserção desta nova classe de créditos no regime insolvencial português é inevitável, pelo que recorreremos ao caso espanhol, com vista a realçar uma realidade semelhante, invocando situações que possam ser importantes para o desenvolvimento deste trabalho.

1. O princípio da *par conditio creditorum*

O CIRE, no seu art. 1.º, n.º 1 estabelece que *o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.*

A divisão dos bens que restam no património do devedor é feita, regra geral, de forma proporcional aos credores (Duarte, 2004, p. 54). O princípio que aqui vigora é o da *par conditio creditorum* (ou da igualdade entre os credores), o qual se encontra mais claramente enunciado no art. 604.º, n.º 1 do CC, segundo o qual, na ausência de *causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos.*

A este princípio corresponde o *Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung* ou *Prinzip der Gleichbehandlung*, no direito alemão e o *pari passu principle*, no direito anglo-saxónico (Serra, 2019, p. 137).

De acordo com o disposto no art. 46.º, n.º 1 do CIRE, *a massa insolvente destina-se à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas próprias dívidas (...).* Estamos perante a primeira grande divisão entre os credores da massa insolvente e os credores da insolvência¹ (cfr. arts. 47.º, n.º 1 e 51.º, n.º 2 do CIRE) (Serra, 2019, p. 66). Quer isto dizer que, apesar do princípio da *par conditio creditorum*, os credores não são todos iguais, ocupando, assim, posições diferentes consoante a classificação atribuída aos créditos que detenham (Serra, 2019, p. 66).

O princípio da *par conditio creditorum* é um princípio normativo e não de índole estatística (Duarte, 2004, p. 54). Na realidade, *poucos serão os casos de execução de um património em benefício de vários credores em que não se verifique alguma “causa legítima de preferência”*² (Duarte, 2004, p. 54).

Conforme dispõe o art. 47.º, n.º 4 do CIRE, os créditos estão hierarquizados segundo quatro classes. Em primeiro lugar são satisfeitos os créditos garantidos (que beneficiam de garantias reais), em segundo lugar os créditos privilegiados (que beneficiam de privilégios

¹ E entre os créditos sobre a massa insolvente e os créditos sobre a insolvência, respetivamente (Serra, 2019, p. 66).

² Designadamente, para além de outras especificamente previstas na lei, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios e o direito de retenção (art. 604º, nº 2 do CC).

gerais), em terceiro lugar os créditos comuns (todos os que não estão incluídos nas restantes classes de créditos), e em último lugar os créditos subordinados (os que só podem ser satisfeitos depois dos restantes créditos da insolvência, incluindo os comuns).

Os créditos subordinados, segundo o disposto no n.º 1 do art. 177.º do CIRE, são créditos cujo pagamento só tem lugar após integralmente pagos os créditos comuns, pela ordem segundo a qual estão indicados no art. 48.º do CIRE, na proporção dos respetivos montantes, quanto aos que constem da mesma alínea, se a massa for insuficiente para o seu pagamento integral. Por esta via desde logo afasta-se, pelo menos aparentemente, o respeito pela regra *pari passu* ou princípio *par conditio creditorum* (Ribeiro, 2019, p. 86).

Conclui-se, desta forma, que a lei substantiva estabelece um desvio ao princípio da *par conditio creditorum*, existindo créditos que serão pagos previamente a outros. Deste modo, os credores, porque inseridos numa classe de créditos, consoante a sua natureza, deixam de estar em pé de igualdade perante o devedor. Este desvio ao princípio da igualdade dos credores está previsto no n.º 1 do art. 194.º do CIRE, segundo o qual, *o plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objectivas*.

Assim, poderá ocorrer que alguns credores não vejam o seu crédito satisfeito pelo produto da venda dos bens apreendidos para a massa insolvente. Desde logo, os credores subordinados que, *só na eventualidade bastante pouco provável de serem integralmente pagos os créditos comuns verão os seus créditos ser satisfeitos o que será realizado de acordo com a ordem pela qual estão elencados no art. 48.º CIRE* (Vasconcelos L. M., 2007, p. 879).

Existe, portanto, uma *hierarquia muito nítida de conjuntos de créditos com prioridade na sua satisfação, que começa nos créditos face à massa, e termina nos créditos sobre a insolvência subordinados* (Vasconcelos L. M., 2007, p. 879).

2. Os créditos subordinados

Não existe qualquer definição legal de créditos subordinados, limitando-se o art. 47.º, n.º 4, al. b) do CIRE a remeter para a enumeração apresentada no art. 48.º do mesmo Código (Serra, 2019, p. 70).

Assim, os créditos subordinados serão, em regra, os identificados no art. 48.º do CIRE (Martins, 2020, p. 279), segundo o qual, *consideram-se subordinados, sendo graduados depois dos restantes créditos sobre a insolvência:*

a) Os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respectiva aquisição, e por aqueles a quem eles tenham sido transmitidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;

b) Os juros de créditos não subordinados constituídos após a declaração da insolvência, com excepção dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor dos bens respectivos;

c) Os créditos cuja subordinação tenha sido convencionada pelas partes;

d) Os créditos que tenham por objecto prestações do devedor a título gratuito;

e) Os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má fé;

f) Os juros de créditos subordinados constituídos após a declaração da insolvência;

g) Os créditos por suprimentos.

Não serão, porém, créditos subordinados os elencados nesse artigo, se beneficiarem de privilégios creditórios gerais ou especiais ou de hipotecas legais, se tais garantias não se extinguirem por efeito da declaração de insolvência³ (Martins, 2020, pp. 279, 280).

Os créditos subordinados representam uma nova categoria de créditos (Epifânio, 2020, p. 291), que surgiu pela primeira vez com a entrada do CIRE, sem precedentes anteriores no Direito da Insolvência nacional (Fernandes & Labareda, 2008, p. 226). Contudo, esta figura já existia no *Bankruptcy Code*, na *Insolvenzordnung* e na *Ley Concursal*, tal como, aliás, é referido no ponto 25 do preâmbulo do CIRE (Serra, 2019, p. 70).

Não obstante, existiam outras disposições legais dispersas e avulsas, anteriores ao art. 48.º do CIRE, das quais resultava uma especial afetação dos créditos nelas considerados,

³ O art. 97.º do CIRE elenca os privilégios creditórios e garantias reais que se extinguem por efeito da declaração de insolvência.

em termos equivalentes a este art., como é o caso do art. 245.º, n.º 3 do CSC (Fernandes & Labareda, 2008, p. 226).

A classificação dos créditos elencados no art. 48.º do CIRE como subordinados demonstra uma intenção do legislador em qualificar negativamente tais créditos, graduando-os em último lugar para efeitos de pagamento (Serra, 2019, p. 70).

Tal como se depreende do prómio do referido art. 48.º, o pagamento de tais créditos só tem lugar após integralmente pagos todos os restantes créditos sobre a insolvência e, evidentemente, também depois dos créditos sobre a massa (Martins, 2020, p. 280). Tal pagamento é efetuado pela ordem estabelecida na lei e proporcionalmente aos respetivos montantes quanto aos restantes créditos subordinados, sempre que a massa for insuficiente para a satisfação integral (Serra, 2019, p. 70).

Da enumeração presente no art. 48º do CIRE, recolhe-se a ideia de que a classificação de tais créditos como subordinados tem na sua base uma diversidade de critérios, designadamente, *a qualidade dos titulares dos créditos, as características objetivas dos créditos ou as circunstâncias em que são constituídos ou adquiridos os créditos* (Serra, 2019, p. 71).

3. A subordinação voluntária/convencional

De acordo com a al. c) do art. 48.º do CIRE, podem o devedor e os seus credores convencionar a subordinação de créditos, ficando tais créditos sujeitos a um regime especial de pagamento, que os desfavorece, em caso de insolvência. (Fernandes & Labareda, 2008, p. 230)

Acresce que credores e devedor podem, inclusivamente, acordar na prioridade do pagamento de tais créditos, o qual pode ser diferente da prioridade estabelecida no art. 48.º do CIRE (Martins, 2020, p. 280) (Leitão, Direito da Insolvência, 2013, p. 93).

Conforme decorre do n.º 2 do art. 177.º do CIRE, *no caso de subordinação convencional, é lícito às partes atribuírem ao crédito uma prioridade diversa da que resulta do artigo 48.º.*

Cumprido, contudo, referir que no que respeita aos requisitos desta convenção, nada é estabelecido na lei. (Epifânio, 2020, p. 297)

Importa ter presente que a maioria da doutrina tem vindo a defender que os princípios da liberdade contratual e da autonomia privada estão subjacentes à solução legal, ou seja, se as partes podem estabelecer a preferência a favor de um credor (art. 604º, n.º 2 do CC), então poderão igualmente estabelecer o enfraquecimento do seu crédito em relação aos outros credores. (Epifânio, 2020, p. 297) (Fernandes & Labareda, 2008, p. 230)

Deve salientar-se, a propósito, que esta situação de *lesão consentida* não afeta mais ninguém, além do próprio credor que aceitou subordinar o seu crédito. (Epifânio, 2020, p. 297) (Fernandes & Labareda, 2008, p. 230)

Chegadas aqui, a questão que se levanta é a de saber se a atribuição, pelas partes, de uma prioridade diversa da que resulta do art. 48.º, funciona em sentido ascendente ou descendente, ou em ambos os sentidos, da hierarquia desse artigo.

Ora, de acordo com o suprarreferido, verificamos que não há dúvidas de que o credor pode convencionar o enfraquecimento do seu crédito em relação a outros credores sobre os quais teria prioridade ou com os quais concorreria (Fernandes & Labareda, 2008, p. 586).

O que importa descortinar é se se pode conferir ao crédito subordinado convencionalmente (al. c) do art. 48.º) um grau hierárquico superior aos que o precedem na hierarquia (als. a) e b) do art. 48.º).

A este respeito, concordamos que a regra do n.º 2 do art. 177.º deverá ser interpretada no sentido de que a *alteração da prioridade de pagamento só [pode] verificar-se em linha descendente, de modo a que o próprio crédito voluntariamente submetido ao regime de*

subordinação fique colocado em posição inferior à que resultaria na ausência de convenção. (Fernandes & Labareda, 2008, p. 586)

De outra forma estaríamos a invalidar a ideia primária do regime da subordinação, atribuindo um grau hierárquico acima daquele que o credor obterá em condições normais, prejudicando, assim, outros credores e violando a *ratio* da norma.

As restantes alíneas do art. 48.º correspondem a uma subordinação *ex lege*, cujo objetivo principal consiste na necessidade de distinguir negativamente certos créditos, *em razão dos seus titulares ou em razão das suas características objetivas* (Duarte, 2004, pp. 55, 56).

4. Consequências da subordinação de créditos

Da leitura do proémio do art. 48.º do CIRE, compreende-se que a consequência fundamental da qualificação dos créditos como subordinados prende-se com o facto de serem *graduados depois dos restantes créditos sobre a insolvência*.

Quer isto dizer que apenas quando estiverem pagos todos os restantes créditos (créditos sobre a massa insolvente, créditos garantidos, créditos privilegiados e créditos comuns), na medida das forças da massa insolvente, é que haverá lugar à satisfação dos créditos subordinados (Epifânio, 2020, p. 291) (Serra, 2019, p. 70) (Fernandes & Labareda, 2008, p. 227).

Note-se, ainda, que de acordo com o art. 177.º, n.º 1 do CIRE, há uma hierarquia a respeitar no pagamento dos créditos subordinados (Martins, 2020, p. 283), sendo que tal pagamento deverá ser *efectuado pela ordem segundo a qual esses créditos são indicados no artigo 48.º, na proporção dos respectivos montantes, quanto aos que constem da mesma alínea, se a massa for insuficiente para o seu pagamento integral*.

Assim, tendo em conta que os créditos subordinados não têm todos o mesmo valor, poderá ocorrer que alguns créditos subordinados sejam integralmente pagos e outros não, dependendo da disponibilidade da massa insolvente e da posição que ocupem na hierarquia do art. 48.º (Fernandes & Labareda, 2008, p. 227). Desta feita, os créditos por suprimentos (alínea g) do art. 48.º⁴) constituem os mais penalizados créditos subordinados por serem graduados em último lugar dentro da hierarquia dos créditos subordinados⁵ (Epifânio, 2020, p. 298).

Por sua vez, caso estejamos perante mais do que um crédito subordinado enquadrado na mesma alínea do art. 48.º, o pagamento será proporcional aos respetivos montantes (Martins, 2020, p. 283).

Para além da suprarreferida consequência fundamental da qualificação dos créditos como subordinados, existem outras consequências.

⁴ Solução já prevista no art. 245.º, n.º 3 do CSC.

⁵ Acresce que estes créditos *podem ainda ser atingidos pelo acionamento do mecanismo da resolução em benefício da massa* (Fernandes & Labareda, 2008, p. 228), por exemplo, tal sucederá caso o reembolso dos suprimentos tenha sido feito dentro de um ano anterior ao do início do processo de insolvência, conforme decorre do art. 121.º, n.º 1, al. i) do CIRE.

Desde logo, de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 66.º do CIRE, ficam os credores subordinados excluídos de integrarem a comissão de credores nomeada pelo juiz (Serra, 2019, p. 70) (Martins, 2020, p. 283) (Leitão, Direito da Insolvência, 2013, p. 93).

Acresce que, conforme o disposto no n.º 3 do art. 73.º do CIRE, os créditos subordinados geralmente não conferem direito de voto, apenas conferindo quando a deliberação da assembleia de credores incida sobre a aprovação de um plano de insolvência (ver art. 212.º, n.º 1 e n.º 2, al. b) do CIRE) (Serra, 2019, p. 70) (Fernandes & Labareda, 2008, p. 228) (Martins, 2020, p. 283) (Leitão, Direito da Insolvência, 2013, p. 93).

De acordo com o n.º 1 do art. 75.º do CIRE, não têm os credores subordinados legitimidade para requerer ao juiz a convocação de assembleia de credores (tal replica-se no art. 161.º, n.º 5 do CIRE) (Serra, 2019, p. 70).

Também de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 193.º do CIRE, os credores subordinados não têm legitimidade para apresentar proposta de plano de insolvência (Serra, 2019, p. 70). Além disso, com a aprovação de um plano de insolvência que nada estipule quanto aos créditos subordinados, estes consideram-se objeto de perdão total (art. 197.º, al. b) do CIRE) (Fernandes & Labareda, 2008, p. 228) (Martins, 2020, p. 283) (Serra, 2019, p. 70).

Ademais, verifica-se um enfraquecimento dos créditos subordinados por mero efeito da declaração de insolvência (arts. 97.º, n.º 1, al. e)⁶, 98.º, n.º 1⁷ e 99.º, n.º 4, al. d)⁸ do CIRE), com especial relevo no plano de insolvência (cfr. o já referido art. 197.º al. b) e arts. 202.º, n.º 3 e 203.º, n.º 1 do CIRE) (Serra, 2019, p. 70) (Leitão, Direito da Insolvência, 2013, p. 93).

De um modo geral, constata-se que as medidas instituídas consubstanciam um regime com consequências muito gravosas para os credores subordinados. (Serra, 2019, p. 70).

Ora, tendo em conta todas essas consequências, tem-se questionado a necessidade de reforçar o recurso a outras vias de tutela dos credores especialmente relacionados com o

⁶ *Extinguem-se, com a declaração da insolvência as garantias reais sobre bens integrantes da massa insolvente acessórias dos créditos havidos como subordinados.*

⁷ *Os créditos não subordinados do credor a requerimento de quem a situação de insolvência tenha sido declarada passam a beneficiar de privilégio creditório geral, graduado em último lugar, sobre todos os bens móveis integrantes da massa insolvente, relativamente a um quarto do seu montante, num máximo correspondente a 500 UC.*

⁸ *Fica afastada a possibilidade de compensação entre dívidas à massa e créditos subordinados sobre a insolvência.*

devedor, sem a necessidade de abertura de um processo de insolvência (pois este, como vimos, consubstancia uma menor satisfação dos credores) (Ribeiro, 2019, p. 85). Desde logo a impugnação pauliana ou *actio pauliana outside bankruptcy*, tem sido vista como uma alternativa eficiente, embora negligenciada neste contexto (Ribeiro, 2019, p. 85).

5. Direito comparado: o caso espanhol (arts. 282.º a 284.º da *Ley Concursal*)

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas foi aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de março. Até então, inexistiam antecedentes legislativos no ordenamento jurídico português, no que respeita à matéria abordada na presente dissertação.

O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor, bem como o surgimento dos créditos subordinados tiveram como fonte de inspiração do legislador, as soluções de outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, tal como é referido no próprio preâmbulo do Anteprojeto do CIRE: *a criação de uma categoria de créditos subordinados, à semelhança da generalidade das soluções encontradas em direito comparado, visa graduar de forma diferente determinados créditos, em particular os créditos de pessoas especialmente relacionadas.*

Tais ordenamentos jurídicos serão o espanhol (na *Ley Concursal*), o alemão (na *Insolvenzordnung*) e o norte-americano (no *Bankruptcy Code*) (Serra, 2019, p. 70).

Contudo, iremos centrar o nosso estudo no ordenamento jurídico espanhol, dada a semelhança dos arts. 48.º e 49.º do CIRE com os antigos arts. 92.º e 93.º da *Ley Concursal* Espanhola 22/2003, de 9 de julho, que sofreu recentes alterações introduzidas pelo *Real Decreto-Ley* 1/2020, de 5 de maio, que entrou em vigor em 1 de setembro de 2020.

Atualmente, o art. 92.º da *Ley Concursal* corresponde ao art. 281.º e o art. 93.º foi desdobrado em três, correspondendo agora aos arts. 282.º, 283.º e 284.º.

Também no que concerne à resolução em benefício da massa insolvente, que no ordenamento jurídico vizinho se trata de *las acciones rescisorias*, houve uma alteração nos artigos, passando o antigo art. 71.º a corresponder atualmente aos arts. 226.º a 230.º e 238.º da *LC*.

Ora, conforme suprarreferido, o conceito de pessoa especialmente relacionada e o surgimento dos créditos subordinados, quando incorporados no novo código, já não se tratavam de uma novidade no ordenamento jurídico espanhol.

Desta feita, não só a técnica legislativa adotada em Portugal é a mesma que foi utilizada pelo legislador espanhol, indicando os tipos de créditos subordinados e, de seguida, concretizando o conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor, como também, e no geral, os tipos de créditos subordinados são muito semelhantes aos anteriores artigos 92.º e 93.º da *Ley Concursal*.

Note-se, contudo, que o legislador optou por não decalcar *ipsis verbis* todo o texto do antigo art. 92.º da *Ley Concursal*, atual art. 281.º, optando por excluir da versão final do

CIRE a subordinação dos créditos por multas, a qual constava do art. 46.º do Anteprojeto do CIRE.

Atualmente, no direito espanhol, os créditos subordinados e as pessoas especialmente relacionadas com o devedor encontram previsão legal nos arts. 281.º a 284.º da *Ley Concursal*. Apesar das recentes alterações a esta lei espanhola, a lista das pessoas especialmente relacionadas com o devedor mantém-se muito semelhante à que já existia e àquela que se encontra entre nós. Contudo, surgiram ligeiras alterações. Atentemos.

No que diz respeito ao antigo art. 92.º da *LC*, verificamos que a posição dos créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, no atual art. 281.º, se mantém inalterada (ou seja, na posição 5.^a), o que releva para efeitos de graduação dos créditos subordinados. Em Portugal, o artigo correspondente é o 48.º do CIRE, no qual, ao contrário do que foi estipulado pelo legislador espanhol, os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor constam logo na primeira alínea, o que significa que dentro dos créditos subordinados, estes são graduados em primeiro lugar. Mais verificamos que o texto do atual art. 281.º, n.º 1, 5.º da *LC* apenas modificou referindo agora que são considerados créditos subordinados os de que seja titular alguma das pessoas especialmente relacionadas com o devedor, nos termos estabelecidos na lei, quando na anterior redação (art. 92.º da *LC*) se fazia alusão à lista constante no artigo seguinte, ou seja, o antigo art. 93.º e contemplava uma exceção ao n.º 1 do antigo art. 91.º e aos 2.º e 3.º do n.º 2 do antigo art. 93.º da *LC*.

Já no que concerne ao antigo art. 93.º da *LC*, o mesmo está atualmente dividido em três artigos, designadamente, o art. 282.º no que respeita às pessoas especialmente relacionadas com o devedor pessoa singular, o art. 283.º relativamente às pessoas especialmente relacionadas com o devedor pessoa coletiva e o art. 284.º, que se refere à presunção de especial relação com o devedor que estava anteriormente prevista no n.º 3 do art. 93.º.

No atual art. 282.º da *LC* não houve qualquer alteração relativamente ao art. 93.º, n.º 1 da versão anterior da *LC*.

No que concerne ao novo art. 283.º da *LC*, o texto está agora mais claro, em comparação com o anterior art. 93.º, n.º 2, o que se entende que foi a principal intenção do legislador espanhol relativamente a todo este diploma, visto que tal é expressamente referido no preâmbulo da nova versão e talvez seja consequência de críticas de alguma doutrina espanhola (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, *Comentario a la Ley Concursal*, 2016, p.

1199). Contudo, não ocorreu qualquer acréscimo ou retirada das pessoas já previstas naquele artigo.

Não obstante, o parágrafo 1º do n.º 1 do art. 283.º da *LC* tem um elenco consideravelmente mais vasto que aquele previsto na al. a) do n.º 2 do art. 49.º do CIRE⁹ (Ribeiro, 2019, p. 92). Desde logo porque naquele parágrafo são também consideradas pessoas especialmente relacionadas com o insolvente pessoa coletiva os sócios que no momento da constituição do crédito fossem, direta ou indiretamente, titulares de pelo menos 5% do capital social, se a sociedade declarada insolvente tivesse valores admitidos a negociação em mercado secundário oficial, ou 10 %, se não os tivesse (Ribeiro, 2019, p. 92). Quando os sócios sejam pessoas singulares, serão também pessoas especialmente relacionadas com a pessoa coletiva insolvente as pessoas que sejam especialmente relacionadas com esses sócios, nos termos estabelecidos no art. 282.º da *LC* (Ribeiro, 2019, p. 92).

Também no que respeita à al. b) do n.º 2 do art. 49.º do CIRE¹⁰, o direito espanhol foi mais longe, estendendo-se, pelo parágrafo 3º do n.º 1 do art. 283.º da *LC*, a qualidade de pessoa especialmente relacionada aos sócios comuns às sociedades que façam parte do mesmo grupo (Ribeiro, 2019, p. 93). No entanto, a delimitação da noção de “sócios comuns”, para efeitos de determinação das pessoas especialmente relacionadas com o devedor, na subordinação de créditos, é considerada um dos temas mais confusos e polémicos na aplicação deste artigo espanhol (Ribeiro, 2019, p. 93).

No que concerne à al. c) do n.º 2 do art. 49.º do CIRE¹¹, verifica-se, uma vez mais, que o elenco é mais vasto no direito espanhol, designadamente, no parágrafo 2º do n.º 1 do art. 283.º da *LC*, no qual se estabelece que também os procuradores com poderes gerais na empresa, bem como aqueles que o tenham sido nos dois anos anteriores à declaração de insolvência, são pessoas especialmente relacionadas com o insolvente pessoa coletiva (Ribeiro, 2019, p. 93). Todavia, no n.º 2 do mesmo artigo excluem-se aqueles credores que

⁹ Segundo o qual, *são havidos como especialmente relacionados com o devedor pessoa colectiva: a) Os sócios, associados ou membros que respondam legalmente pelas suas dívidas, e as pessoas que tenham tido esse estatuto nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;*

¹⁰ *b) As pessoas que, se for o caso, tenham estado com a sociedade insolvente em relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários, em período situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;*

¹¹ *c) Os administradores, de direito ou de facto, do devedor e aqueles que o tenham sido em algum momento nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;*

tenham assumido funções de administração do devedor pessoa coletiva quando estas tenham sido assumidas no âmbito da capitalização da empresa insolvente, em procedimento concursal ou pré-concursal (Ribeiro, 2019, p. 93). Mais é referido que não podem ter a qualificação de administradores de facto aqueles credores que tenham subscrito um qualquer acordo ou plano de viabilidade da empresa insolvente, devido às obrigações que o devedor assumiu relativamente a esse acordo ou plano de viabilidade, a menos que se demonstre a existência de alguma circunstância que possa justificar essa qualificação (Ribeiro, 2019, p. 93).

No que concerne ao texto do art. 284.º da *LC* não sofreu qualquer alteração comparativamente com o n.º 3 do anterior art. 93.º da *LC*.

Feita a alusão à mais recente alteração à *Ley Concursal*, vamos agora concentrar-nos em alguma doutrina espanhola.

Ora, tal como acontece no nosso ordenamento jurídico, também no ordenamento jurídico espanhol, os créditos subordinados se graduam em último lugar, depois de integralmente satisfeitos os créditos comuns e o seu pagamento será efetuado pela ordem estabelecida na lei e proporcionalmente quanto aos restantes créditos subordinados, conforme atual art. 435.º da *LC* (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, *Comentario a la Ley Concursal*, 2016, p. 1189). Tal significa que também no ordenamento jurídico vizinho os créditos subordinados não têm todos o mesmo valor, podendo suceder que alguns sejam integralmente pagos e por outros nada seja recebido, dependendo da disponibilidade da massa e a posição que ocupam na cadeia (Fernandes & Labareda, 2008, p. 227). Pode, inclusivamente, ocorrer que nenhum credor subordinado venha a ser totalmente pago (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, *Manual de Derecho concursal*, 2017, p. 307) (Iruzubieta, 2003, p. 833) (Vasconcelos L. M., 2007, p. 879).

No que tange à enumeração das pessoas especialmente relacionadas com o devedor, arts. 282.º a 284.º da *LC* (aos quais corresponde ao art. 49.º do CIRE), surgem as mesmas questões com as quais nos deparamos no nosso ordenamento jurídico, que são as de saber se tal enumeração deverá ser taxativa ou meramente exemplificativa e qual a presunção que se deverá aplicar (*iuris tantum* ou *iuris et de iure*).

Na *Ley Concursal* a subordinação dos créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor produz-se de forma automática independentemente da causa do crédito (Ledesma, 2003, p. 392) (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, *Comentario a la Ley Concursal*, 2016, pp. 1197, 1198). Tal automatismo evita que o juiz tenha de indagar acerca de um incerto paradigma de conduta da pessoa do credor, ou entrar em considerações acerca

da causa pela qual foi contraído o crédito e, com isso, eliminar o litígio no seio das insolvências (Ledesma, 2003, p. 396) (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1198). Quer isto dizer que a presunção dos atuais arts. 282.º a 284.º da LC é *iuris et de iure* (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1215), tal como sucede no nosso ordenamento jurídico. Contudo, também a doutrina espanhola questiona, se este claro objetivo sancionatório do legislador não será discutível (Ledesma, 2003, p. 392). Esta subordinação automática dos créditos detidos por estas pessoas relacionadas com o *deudor concursado*, opera independentemente da conduta dos titulares desses créditos, o que poderá resultar manifestamente exagerado, bem como, conduzir a situações de injustiça (Ledesma, 2003, p. 392) (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1206) (Saiz, 2016, p. 151).

Senão vejamos, a aplicação da *Ley* neste particular, não parte da conduta dolosa ou fraudulenta do sujeito, nem se refere a pressupostos concretos nos quais se pode presumir que essa conduta existiu, limitando-se a estabelecer uma subordinação automática pelo mero facto de os titulares dos créditos estarem numa situação de proximidade com o devedor, com total independência de qual haja sido a sua conduta ou quais as condições em que hajam sido obtidos tais créditos (Ledesma, 2003, p. 393). Esta técnica de subordinação automática (presunção *iuris et de iure*), sem atender a outras razões parece querer proteger os credores externos em detrimento dos credores internos (pessoas especialmente relacionadas com o devedor), partindo do pressuposto que sempre e em qualquer circunstância estes últimos atuam de maneira duvidosa (dolosa ou fraudulenta) o que, como já referido, pode ser exagerado (Ledesma, 2003, p. 394). Por outro lado, pressupõe-se que os credores internos dispõe de mais informação que os credores externos (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1215). Contudo, tal subordinação indiscriminada para qualquer crédito e em toda a circunstância pelo simples facto de que a titularidade do mesmo seja de pessoa especialmente relacionada com o devedor, não só poderá violar o princípio da igualdade ao introduzir uma discriminação negativa injustificada, como também, na prática, poderá conduzir a resultados injustos e/ou excessivos (Ledesma, 2003, p. 394) (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1210).

Isto porque, tendo há longos anos sido abandonado o modelo de família romana, dificilmente pode afirmar-se que a simples relação de parentesco, excluindo, quiçá, o cônjuge ou quem conviva habitualmente com o devedor ainda que sem qualquer vínculo legal, transforme o parente num inteirado ou conhecedor da situação financeira do devedor

(Ledesma, 2003, p. 394) (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1204).

Além disso, parece desproporcional sancionar familiares do devedor que o auxiliem financeiramente, sem qualquer benefício próprio ou prejuízo para outros credores, em situações de apuro, nas quais o devedor já só pode recorrer à família (Ledesma, 2003, p. 394).

Além do mais, questiona-se por que motivo não são também subordinados os créditos detidos por pessoas que mantenham uma estreita relação de amizade com o devedor, os quais, tal como os familiares, poderão conhecer igualmente a situação financeira do devedor (Ledesma, 2003, p. 395). Daqui retiramos o pressuposto de que também no ordenamento jurídico espanhol a enumeração dos arts. 282.º a 284.º da LC é taxativa (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1203) (Saiz, 2016, p. 151), quando seria mais justo se optássemos pela enumeração exemplificativa. Isto porque não parece razoável que, no caso supra, o amigo do devedor possa ocupar o grau que lhe corresponde segundo a categoria do seu crédito, salvo demonstração de atuação fraudulenta e, em contrapartida, o crédito de um cunhado ou sogro de absoluta boa fé seja subordinado implicando a grande probabilidade de não vir a receber quaisquer valores (Ledesma, 2003, p. 395). Em suma, nem todas as relações especiais com o devedor se encontram incluídas naqueles artigos (282.º a 284.º da LC) bem como, nem todas as que constam nesses artigos correspondem necessariamente a essa condição de pessoa especialmente relacionada (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1204).

Desta feita, nos parece igualmente injusta a aplicação da presunção *iuris et de iure*, tal como sucede no nosso ordenamento jurídico, a titulares com uma especial informação da situação financeira do devedor se, realmente, a sua conduta não causou qualquer dano aos outros credores nem gerou qualquer benefício injustificado para os primeiros, em suma, se não existiu uma conduta dolosa ou fraudulenta (Ledesma, 2003, p. 395).

A solução encontrada pela doutrina espanhola passa pela aplicação de uma redução teleológica do preceito, exigindo que se atenda à finalidade da norma (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, pp. 1209, 1211).

No que respeita à resolução em benefício da massa insolvente (*acciones rescisorias de los actos del deudor*) contemplada nos arts. 226.º a 230.º e 238.º da LC (arts. 120.º e 121.º do CIRE), contrariamente ao que acontece com os arts. 282.º a 284.º da LC, nos quais existe uma presunção *iuris et de iure*, aqui a *ley* presume *iuris tantum* o prejuízo para a massa insolvente. Tal sucede, igualmente, no nosso ordenamento jurídico. Contudo, enquanto que

para Espanha é preciso que haja um prejuízo patrimonial, em Portugal é necessário que se verifique a existência da condição da má fé.

É sabido que os devedores recorrem frequentemente à venda do seu património com o objetivo de beneficiar certos credores ou para simplesmente manter os bens, mas em nome de um terceiro próximo (Saiz, 2016, p. 148). Contudo, entendeu-se, no ordenamento jurídico espanhol, que seria exagerado não admitir prova em contrário em atos que podem provocar um benefício para o devedor, por exemplo, uma transmissão onerosa a favor de uma pessoa especialmente relacionada a um preço superior ao de mercado (Saiz, 2016, p. 148).

Neste caso, em Portugal, bastaria que se verificasse a condição da má-fé, para que não fosse relevante esse benefício para o devedor proveniente da transmissão onerosa a favor de uma pessoa especialmente relacionada, a um preço superior ao de mercado. Neste caso, concordamos com o legislador português, desde logo porque está aqui em causa o princípio da *par conditio creditorum* e, ainda que se verificasse o tal benefício para o devedor, provavelmente apenas alguns credores iriam beneficiar de pagamento em detrimento de outros.

6. O conceito de pessoa especialmente relacionada com o devedor e as suas aplicações legais

De acordo com o disposto na al. a) do art. 48.º do CIRE, consideram-se subordinados os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que essa relação já existisse aquando da respetiva aquisição. Para evitar a ocorrência de eventuais situações fraudulentas, o legislador considerou igualmente créditos subordinados os transmitidos por aquelas pessoas a outrem¹², nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência (Epifânio, 2020, p. 292) (Martins, 2020, p. 280).

Quanto a esta categoria de créditos subordinados, o legislador atribuiu-lhe uma especial relevância, optando por criar a norma do art. 49.º do CIRE (Serra, 2019, p. 71). Nessa norma encontramos elencadas as pessoas relativamente às quais, *pela particular natureza dos vínculos mantidos com o devedor ou pela proximidade que dele têm, se justifica colocar numa posição e sob um estatuto singular relativamente à insolvência, fundados, no essencial, na presunção do maior risco que as operações com eles praticadas pelo insolvente envolvem para o conjunto dos credores* (Fernandes & Labareda, 2008, p. 232).

Por um lado, trata-se de pessoas que poderiam ter uma superioridade informativa relativamente à situação em que se encontrava o devedor e, por outro lado, estas pessoas poderiam ter influenciado a atuação do devedor, levando-o a adotar, na condução dos seus negócios, condutas lesivas para os credores com quem ele não mantinha um vínculo daquela espécie (Ribeiro, 2019, p. 94).

O legislador apresenta elencos separados de pessoas especialmente relacionadas com o devedor, distinguindo consoante o devedor seja pessoa singular, pessoa coletiva ou património autónomo (Martins, 2020, pp. 280, 281) (Serra, 2019, p. 71) (Duarte, 2004, p. 59).

Assim, consideram-se especialmente relacionadas com o devedor pessoa singular (n.º 1 do art. 49.º): *a) O seu cônjuge e as pessoas de quem se tenha divorciado nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;*

b) Os ascendentes, descendentes ou irmãos do devedor ou de qualquer das pessoas referidas na alínea anterior;

c) Os cônjuges dos ascendentes, descendentes ou irmãos do devedor;

¹² Por sucessão por morte (arts. 2024.º e ss do CC), cessão de créditos (arts. 577.º e ss do CC), sub-rogação (arts. 589.º e ss do CC) ou cessão da posição contratual (arts. 424.º e ss do CC) (Leitão, Direito da Insolvência, 2013, p. 93).

d) As pessoas que tenham vivido habitualmente com o devedor em economia comum em período situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência.

Caso o devedor se trate de pessoa coletiva, são havidos como especialmente relacionadas com ele (n.º 2 do art. 49.º): *a) Os sócios, associados ou membros que respondam legalmente pelas suas dívidas, e as pessoas que tenham tido esse estatuto nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;*

b) As pessoas que, se for o caso, tenham estado com a sociedade insolvente em relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários, em período situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;

c) Os administradores, de direito ou de facto, do devedor e aqueles que o tenham sido em algum momento nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;

d) As pessoas relacionadas com alguma das mencionadas nas alíneas anteriores por qualquer das formas referidas no n.º 1.

Tratando-se da insolvência de um património autónomo, são havidas como pessoas especialmente relacionadas com o devedor (n.º 3 do art. 49.º) *os respectivos titulares e administradores, bem como as que estejam ligadas a estes por alguma das formas previstas nos números anteriores, e ainda, tratando-se de herança jacente, as ligadas ao autor da sucessão por alguma das formas previstas no n.º 1, na data da abertura da sucessão ou nos dois anos anteriores.*

Assim, podemos verificar que o elenco dos sujeitos previstos no n.º 1 do art. 49.º aproveita a todas as situações, conforme consta da al. d) do n.º 2 e o n.º 3, alterando apenas em função das circunstâncias, a pessoa concreta a quem eles devem ser referidos (Fernandes & Labareda, 2008, p. 232). Desta forma, sabemos, por exemplo, que se trata de uma pessoa especialmente relacionada com o devedor, o cônjuge de um administrador de direito ou de facto (al. d) do n.º 2), bem como, o cônjuge do *de cujus* (n.º 3).

Cumpre referir, ainda, que, tendo em conta que todos os prazos referidos neste artigo têm como termo final o início do processo de insolvência, tal pode repercutir em consequências práticas graves, sobretudo quando decorre algum tempo entre o início do processo de insolvência e a declaração de insolvência (Fernandes & Labareda, 2008, p. 233). Contudo, conforme decorre do art. 4.º, n.º 2, as situações que se hajam constituído entre esse período, são igualmente abrangidas, como se tivessem ocorrido no período relevante anterior ao início do processo de insolvência (Fernandes & Labareda, 2008, p. 233).

No que concerne ao n.º 2 do art. 49.º, desde logo, na al. a), os sócios, associados ou membros abrangidos serão apenas aqueles cuja responsabilidade, pessoal e ilimitada, respeite à generalidade das dívidas do insolvente, excluindo-se aqueles que tenham assumido responsabilidade, pessoal e ilimitada, relativamente a um negócio ou ato jurídico isolado (Fernandes & Labareda, 2008, p. 233). Tal se afere pela leitura do disposto no próprio preceito conjuntamente com o disposto no n.º 2 do art. 6.º do CIRE¹³ (Fernandes & Labareda, 2008, p. 233).

Relativamente ao n.º 3 do art. 49.º, concordamos com Luís Fernandes e João Labareda quando referem que, relativamente à herança jacente enquanto devedora, justificar-se-ia a inclusão no leque das pessoas especialmente relacionadas com o devedor, as pessoas que tiverem exercido a efetiva administração da herança (Fernandes & Labareda, 2008, p. 234).

O art. 49.º trata-se de um preceito novo, cuja principal consequência se concretiza no facto de os créditos de que as pessoas especialmente relacionadas com o devedor possam ser titulares sobre o insolvente, passarem a ser classificados como subordinados após a decretação da insolvência, conforme se conjuga do disposto no art. 48.º, al. a) com o art. 47.º, n.º 4, al. b) do CIRE (Fernandes & Labareda, 2008, p. 232).

Contudo, essa não é a única consequência, existindo consequências a outros níveis¹⁴, designadamente, no que concerne ao disposto no art. 120.º, n.º 4 (Serra, 2019, p. 72) (Fernandes & Labareda, 2008, p. 232), segundo o qual, constitui um princípio geral da resolução em benefício da massa insolvente a presunção da má fé do terceiro, *quanto a actos 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.*

Acresce que, de acordo com o disposto no art. 17.º-C, n.º 1 do CIRE, os credores especialmente relacionados com o devedor pessoa coletiva, não têm legitimidade para iniciar o processo especial de revitalização do devedor.

¹³ O qual refere que, (...) são considerados responsáveis legais as pessoas que, nos termos da lei, respondam pessoal e ilimitadamente pela generalidade das dívidas do insolvente, ainda que a título subsidiário.

¹⁴ Além de todas as outras consequências já elencadas no ponto 4.

Não obstante, o art. 49.º do CIRE tem vindo a suscitar na doutrina e na jurisprudência duas questões fundamentais. Em primeiro lugar, quanto à enumeração do elenco, designadamente, se o mesmo tem carácter taxativo ou meramente exemplificativo. Em segundo lugar, quanto aos factos elencados, se os mesmos constituem presunções *iuris tantum*¹⁵ ou presunções *iuris et de iure*¹⁶. Tais questões serão abordadas nos pontos seguintes.

¹⁵ *As presunções iuris tantum são aquelas que podem ser ilididas mediante prova em contrário (cedem perante a prova do contrário, isto é, a prova de que o facto presumido não acompanhou o facto que serve de base à presunção legal)* (Machado, 2008, p. 112).

¹⁶ *As presunções iuris et de iure são absolutas e irrefutáveis, não admitindo prova em contrário* (Machado, 2008, p. 112).

6.1. O carácter taxativo ou meramente exemplificativo do elenco do art. 49.º do CIRE

No que concerne a esta questão, a doutrina diverge. De um modo geral, alguns autores defendem a taxatividade da norma, com fundamento no seu carácter excepcional e consequente insusceptibilidade de aplicação analógica (cfr. art. 11.º do CC) (Fernandes & Labareda, 2008, p. 232) (Martins, 2020, p. 219 e 283) (Carvalho & Machado, 2016, p. 211 e 212) (Ribeiro, 2019, p. 96), mas também porque parece ser o que resulta da letra da lei, designadamente, na alínea b) do n.º 4 do art. 47.º do CIRE que determina que são considerados créditos subordinados *os enumerados no artigo seguinte* (Ribeiro, 2019, p. 89). Em contrapartida, defendem outros autores que o elenco do art. 49.º é meramente exemplificativo, correspondendo à caracterização de um conceito vago e indeterminado pois, de outro modo, poderiam ocorrer situações de desigualdade ou injustiça material (Leitão, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2018, p. 134) (Serra, 2019, pp. 74, 75 e 76) (Gomes, 2017, p. 116).

Estamos, efetivamente, perante uma norma excepcional¹⁷ que não contém uma definição, nem enuncia uma cláusula geral (Serra, 2019, p. 75) (Fernandes & Labareda, 2008, p. 232). Por se tratar de uma norma excepcional, de acordo com o art. 11.º do CC, não comporta aplicação analógica, embora admita interpretação extensiva. Acresce que, nada parece impedir a interpretação extensiva das enumerações taxativas, desde que respeitados os limites impostos pelos elementos da interpretação previstos no art. 9.º do CC (Ribeiro, 2019, p. 89).

Há, contudo, quem defenda, não obstante o disposto no referido art. 11.º, que não é correto dizer-se, em termos tão gerais, que as disposições excepcionais não são suscetíveis de aplicação analógica (Larenz, 1983, p. 427). Há ainda quem sustente que as normas excepcionais *são suscetíveis de extensão analógica, desde que lealmente se dê como boa a respectiva norma geral, nem esta resulte por aí praticamente invalidada (...) será dizer-se, portanto, que o legislador não previu os casos para os quais se torna urgente aquela extensão, pois de contrário também os teria exceptuado* (Andrade, 1992, p. 323).

De facto, a fórmula utilizada no prómio do art. 49.º (com uma estrutura semelhante aos arts. 282.º a 284.º da *Ley Concursal* e ao § 138.º da *InsO*) parece corresponder à técnica

¹⁷ As normas excepcionais representam um *ius singulare*, limitam-se a uma parte restrita daquele sector de relações ou factos, consagrando neste sector restrito, por razões privativas dele, um regime oposto àquele regime regra (Machado, 2008, p. 94)

habitualmente utilizada pelo legislador para estabelecer presunções absolutas (Serra, 2019, p. 74). *In casu*, a existência de certos tipos de vínculo entre o credor e devedor obrigatoriamente corresponderia há existência de uma proximidade e, portanto, um especial relacionamento entre eles (Serra, 2019, p. 74).

No entanto, o legislador procedeu à enumeração de uma vasta extensão de sujeitos, relativamente aos quais pudemos aferir que embora alguns possam ter um estreito grau de parentesco com o devedor, outros há que o grau de parentesco possa ser mais afastado (Serra, 2019, p. 74). Ora, tal leva-nos a crer que o objetivo do legislador seria *abranger, à partida, o máximo número de sujeitos que tenham presumivelmente uma “superioridade informativa”* (Serra, 2019, p. 75) e, portanto, *evitar ou minimizar a prática de actos em prejuízo dos credores* (Serra, 2019, p. 75).

Desta feita, parece-nos que, se o objetivo do legislador é abranger o maior número de pessoas que sobre ele possam ter alguma informação privilegiada e com isso evitar ou diminuir o eventual prejuízo para os credores, não seria justificável excluir os efeitos desta norma às pessoas que *comprovadamente sejam especialmente relacionadas com o devedor* (Serra, 2019, p. 75). Podem ser exemplos dessa especial relação o concubinato ou relação de afetividade (Iruzubieta, 2003, p. 833), uma relação especial com um sobrinho (Leitão, Direito da Insolvência, 2013, p. 95), um padrasto, um enteado (afins na linha reta), um consultor fiscal ou um contabilista (Gomes, 2017, p. 116) ou até mesmo, um amigo (Serra, 2019, p. 75). Arriscamo-nos ainda a questionar se uma secretária pessoal ou trabalhador doméstico não poderão ser considerados pessoas próximas do devedor (Gomes, 2017, p. 116).

Assim, tendo em conta que nenhum destes exemplos consta do elenco do art. 49.º do CIRE, consideramos que a não inclusão destas pessoas que poderão, de facto, ser especialmente relacionadas com o devedor, resultaria numa situação de grave injustiça que cremos não ser a desejada ou desejável pelo legislador (Serra, 2019, p. 76). Desta feita, tendo em conta que poderemos estar face a uma *omissão de uma regra aplicável a casos que, sendo embora formalmente abrangidos por uma regra, não são regulados de forma adequada* (Serra, 2019, p. 76), concluímos que poderemos estar perante uma lacuna oculta (Serra, 2019, p. 76).

Senão vejamos, um dos princípios fundamentais do Direito é o do *tratamento igual daquilo que é igual* (Larenz, 1983, p. 453). Assim, se existe regulamentação na lei quanto a *uma determinada situação de facto A de uma maneira determinada, mas não contém*

*nenhuma regra para o caso B, que é semelhante àquele no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei*¹⁸ (Larenz, 1983, p. 453).

Estamos perante uma lacuna oculta quando na lei existe uma regra que se aplica a casos de uma certa espécie, mas, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a esse determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a valoração (Larenz, 1983, p. 457). A lacuna consiste, assim, na ausência de uma restrição (Larenz, 1983, p. 457). Por esse motivo, a lacuna está oculta, pois, à primeira vista, não lhe falta uma regra aplicável (Larenz, 1983, p. 457).

O preenchimento de tal lacuna leva-se a cabo acrescentando, pela via de uma redução teleológica da norma, a restrição omitida (Larenz, 1983, p. 457).

Consideramos, portanto, que deverá ser possível fazer-se uma interpretação restritiva da norma¹⁹ (Andrade, 1992, p. 323), ou redução teleológica da norma²⁰ (Serra, 2019, p. 75) (Ribeiro, 2019, p. 96) (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1209), tendo em conta o fim visado pelo legislador no momento em que a elaborou (Andrade, 1992, p. 323) (Machado, 2008, p. 182). Apenas desta forma seria possível evitar a ocorrência de fraudes combinadas entre o devedor e uma pessoa que, efetivamente, é especialmente relacionada com este, embora não conste da enumeração do art. 49.º do CIRE. De outra forma estaríamos a permitir que o devedor, legalmente informado, soubesse quais são as pessoas com quem não pode, de forma dolosa, prejudicar os seus outros credores, o que o levaria a escolher outras pessoas da sua confiança (especial relação) para cometer a fraude - aquelas que não se encontram abrangidas pela enumeração do art. 49.º do CIRE.

¹⁸ *Uma lei é «lacunosa» ou incompleta sempre apenas em atenção à regulação por ela almejada, materialmente exaustiva e, neste sentido, «completa», bem como materialmente justa* (Larenz, 1983, p. 454)

¹⁹ (...) *o significado estrito identificar-se-á em regra com o denominado «âmbito nuclear», que é intencionado em primeiro lugar ao usar este termo; «amplo» é então aquele significado que, em maior ou menor extensão, compreende também fenómenos da franja marginal, que no uso linguístico geral só algumas vezes se têm também em conta. O transcender da franja marginal, concebida de modo tão amplo quanto possível, já não seria interpretação, tal como o não seria a exclusão daqueles fenómenos que indubitavelmente se situam no âmbito nuclear. No primeiro caso só se poderia tratar de uma analogia; no segundo, de uma redução teleológica da lei* (Larenz, 1983, p. 426).

²⁰ *O elemento racional ou teleológico consiste na razão de ser da lei (ratio legis), no fim visado pelo legislador ao elaborar a norma. (...) pela descoberta daquela “racionalidade” que (por vezes inconscientemente) inspirou o legislador na fixação de certo regime jurídico particular, o intérprete se apodera de um ponto de referência que ao mesmo tempo o habilita a definir o exacto alcance da norma e a discriminar outras situações típicas com o mesmo ou com diferente recorte* (Machado, 2008, pp. 182, 183).

Neste contexto, é importante relevar o Acórdão (Uniformização de Jurisprudência) n.º 15/2014, de 13 de novembro de 2014, no qual, não obstante em *obiter dictum*, o STJ veio tomar uma posição sobre a matéria, manifestando-se no sentido da taxatividade (Serra, 2019, p. 72). Contudo, reconheceu que a taxatividade não consegue abranger situações que porventura justificariam *de iure condendo* a sujeição a idêntico regime. É ainda referido que *a taxatividade ou numerus clausus evita a incerteza, essa a sua vantagem; deixa de fora situações que porventura mereceriam ser incluídas no elenco taxativo, essa a sua desvantagem*.

Interessante também o Acórdão do TRG, de 11 de janeiro de 2011, Proc. 881/07.7TBVCT-M.G1, no qual estava em causa o crédito de uma administradora de direito da insolvente, que exerceu tal cargo até fevereiro de 2006, cerca de um ano antes do início do processo de insolvência, em março de 2007, portanto dentro dos dois anos anteriores ao início do processo e dentro do período temporal previsto no art. 49.º do CIRE. O referido crédito foi constituído pela quantia que o Tribunal de Trabalho condenou a insolvente a pagar-lhe, proveniente de salários, subsídios e indemnização por rescisão do contrato de trabalho, o que lhe confere privilégio mobiliário geral sobre os bens móveis apreendidos, de acordo com o artigo 377º n.º 1 a) do Código do Trabalho aprovado pela Lei 99/2003 de 27/8, aplicável ao caso. O Tribunal decidiu que se trata de um crédito privilegiado, cujo privilégio não se extinguiu por efeito da declaração de insolvência (não faz parte do elenco do art. 97º do CIRE) considerando-o incluído na exceção consagrada na parte final da alínea b) do artigo 47º do CIRE. Ou seja, embora o crédito da recorrente integre uma das situações enumeradas na lei como sendo subordinado, o mesmo beneficia do referido privilégio creditório e, conseqüentemente, deixa de ser classificado como subordinado. Embora se considere que a enumeração do art. 49.º do CIRE é de carácter taxativo, é possível ler-se neste Acórdão que o art. 49.º do CIRE *não deverá ser interpretado de modo excessivamente formal, mas sim à luz do critério de saber se o credor em causa está ou não em situação de ter na sua posse informação sobre o devedor que o coloque em posição de superioridade sobre dos demais credores relativamente à definição do seu direito*.

Este último Acórdão sustenta a sua posição fazendo referência ao Acórdão do TRC, de 2 de fevereiro de 2010, Proc. 171/07.5TBOBR-C.C1, que defende que *o disposto no artº 49º 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, directa ou indirectamente, tem na sua posse informação sobre a situação do devedor que o coloque numa situação de superioridade face*

aos demais credores no que toca à definição ou condicionamento de factualidade de que o seu crédito emirja. Neste caso, a credora trata-se de uma sociedade por quotas cujos únicos sócios são marido e mulher, sendo este sócio maioritário e gerente, e tendo este já sido administrador da sociedade insolvente (Ribeiro, 2019, p. 97). No acórdão em análise, apesar de o Tribunal considerar que o art. 49.º do CIRE deve ser alvo de uma interpretação restritiva, foi revogada a decisão de primeira instância, na qual se indeferiu a pretensão de qualificação do crédito como subordinado com base no entendimento de que a circunstância de o sócio-gerente da sociedade credora ter sido administrador da sociedade insolvente, por si só, não traduz uma situação suscetível de ser integrada em qualquer das alíneas do art. 49.º do CIRE, relativas aos créditos subordinados, porque a credora da sociedade insolvente é a pessoa coletiva e não o seu sócio-gerente, sendo a pessoa coletiva um ente juridicamente distinto dos seus sócios (Ribeiro, 2019, p. 97), sustentando que *é certo que a enumeração do art.º 49º é taxativa. Mas tal não impede que cada situação nela prevista em qualquer das suas alíneas possa ser razoavelmente interpretada em função dos contornos de cada caso concreto. Até porque a maioria dela não se atém a uma singularidade ou simplicidade tais que não deixe margem para a interpretação que se revelar mais adequada e justa perante o seu espírito e a teleologia e escopo legais nesta matéria de reclamação e pagamento de créditos.*

Decisão interessante comporta também a do Acórdão do TRL, de 29 de maio de 2008, Proc. 1548/2008-2, relativamente a um processo de insolvência iniciado em julho de 2005, cujos créditos tinham sido constituídos ou vencidos nos meses de dezembro de 2003 a agosto de 2004 (Ribeiro, 2019, pp. 97, 98). A sociedade credora foi constituída em 2003, sendo seus sócios fundadores pai e filho (Ribeiro, 2019, p. 98). Inicialmente, em 2003, o pai era o único gerente da sociedade credora tendo, ainda em 2003 deixado formalmente a gerência, mas continuando a exercer de facto essas funções (Ribeiro, 2019, p. 98). O pai, juntamente com a sua mulher, era também sócio da sociedade insolvente e foram ambos gerentes da mesma até à data da declaração de insolvência (Ribeiro, 2019, p. 98). Para o Tribunal, daqui resultou que, dentro dos períodos de tempo legalmente referidos, a sociedade credora pôde exercer uma influência dominante sobre a insolvente, através do sócio e gerente comuns (Ribeiro, 2019, p. 98), afirmando-se, com recurso à al. b) do n.º 2 do art. 49.º do CIRE, que *existe uma tal relação de domínio quando a sociedade credora e a insolvente têm um sócio comum, que em ambas as sociedades exerce a sua gerência efectiva.*

Neste âmbito, o Tribunal foi mais longe no Acórdão do TRL, de 20 de junho de 2017, Proc. 810/16.7T8PDL-D.L1-7, no qual se refere que deve ser qualificado como subordinado o crédito da sociedade cujo único gerente era também gerente da insolvente, cuja forma de

obrigar era só com a sua assinatura, tendo constituído hipoteca unilateral a favor da primeira sociedade *porquanto tal gerente exerceu uma influência dominante sobre a devedora* (Ribeiro, 2019, p. 98). Mais se decidiu, por recurso à noção prevista no n.º 1 do art. 21.º do CVM²¹ *ex vi* alínea b) do n.º 2 do art. 49.º do CIRE, *que é manifesto que, ao atuar de tal forma, tal gerente comum detinha uma superioridade informativa sobre a situação da futura insolvente e, do mesmo passo, favoreceu um credor da insolvente do qual – não por acaso – também era gerente. Em suma existe uma relação de domínio porquanto uma pessoa singular (...) podia exercer – e exerceu de facto – uma influência dominante sobre o devedor (...)* (Ribeiro, 2019, p. 98). O recurso a esta interpretação do art. 21.º, n.º 1 do CVM levaria apenas à qualificação deste gerente como pessoa especialmente relacionada com o devedor (Ribeiro, 2019, p. 98). Contudo, o tribunal considerou que a sociedade credora, de que também era gerente a mesma pessoa especialmente relacionada com o devedor insolvente, era ela mesma pessoa especialmente relacionada, para o efeito de considerar o seu crédito subordinado (Ribeiro, 2019, pp. 98, 99). Para o tribunal, *as razões que presidiram à instituição da figura dos créditos subordinados estão verificadas neste contexto factual* (Ribeiro, 2019, p. 99).

²¹ *Para efeitos deste Código, considera-se relação de domínio a relação existente entre uma pessoa singular ou coletiva e uma sociedade quando, independentemente de o domicílio ou a sede se situar em Portugal ou no estrangeiro, aquela possa exercer sobre esta, direta ou indiretamente, uma influência dominante.*

6.2. Presunção *iuris et de iure* ou presunção *iuris tantum* (art. 49.º ex vi al. a) do art. 48.º do CIRE)

No que respeita a esta questão, a doutrina não é totalmente unânime. Grande parte dos autores nacionais consideram o art. 49.º do CIRE institui uma presunção *iuris et de iure* (Fernandes & Labareda, 2008, p. 232) (Leitão, Direito da Insolvência, 2013, p. 95) (Epifânio, 2020, p. 295). Então, *a simples constatação do vínculo ou da situação de que é feita depender a qualificação como pessoa especialmente relacionada com o devedor basta para que ela opere e desencadeie os seus efeitos. Por assim ser, não pode, em circunstância alguma, o atingido afastá-los com a alegação e prova de que esse vínculo ou situação em nada determinou ou condicionou o relacionamento com o devedor ou mesmo com a demonstração que desse relacionamento resultaram – ou até resultaram só – benefícios para o devedor* (Fernandes & Labareda, 2008, p. 232)

Em contrapartida, outros autores defendem que a presunção do art. 49.º do CIRE deverá tratar-se de uma presunção *iuris tantum* (Serra, 2019, pp. 75, 76) (Oliveira, 2009, p. 1023) (Ledesma, 2003, p. 397).

Há ainda quem defenda, embora fazendo referência à al. a) do art. 48.º do CIRE, que esta alínea contém uma presunção *iuris tantum*, podendo os credores subordinados ilidirem tal presunção, demonstrando não terem atuado de forma a prejudicar os restantes credores (Subtil, Esteves, Amorim, & Valério, 2015, p. 123).

Há, portanto, uma presunção legal de que o credor pessoa especialmente relacionada não agiu de boa fé, tendo levado o devedor a adotar uma conduta lesiva para os restantes credores (Ribeiro, 2019, p. 94). Assim, cabe-nos apurar se esta presunção deverá ou não ser ilidida.

Antes de mais, cumpre relembrar que, por defeito, as presunções são sempre *iuris tantum*, conforme resulta do art. 350.º, n.º 2 do CC. Quer isto dizer que, existindo dúvidas, *haverá de entender-se, pois, que a presunção legal é apenas iuris tantum* (Machado, 2008, p. 112).

Compreendemos que a subordinação automática dos créditos detidos pelas pessoas elencadas no art. 49.º do CIRE (presunção *iuris et de iure*) tem no seu fundamento, essencialmente, razões de segurança jurídica (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1198), procurando-se, como previsto no ponto 25 do preâmbulo do CIRE, *o combate a uma fonte frequente de frustração das finalidades do processo de insolvência, qual seja a de aproveitamento, por parte do devedor, de relações*

orgânicas ou de grupo, de parentesco, especial proximidade, dependência ou outras, para praticar actos prejudiciais aos credores (...).

Contudo, questionamos se será justo sancionar a conduta de um titular de um crédito sobre o devedor, apenas por estar abrangido pela enumeração do art. 49.º do CIRE, sem lhe ser concedido o benefício da dúvida.

Ora, se considerarmos que a presunção do art. 49.º do CIRE se trata de uma presunção *iuris et de iure*, estamos a assumir que as pessoas indicadas nesse artigo serão automaticamente sancionadas com a subordinação do seu crédito, sem poder escapar a esta qualificação, por mais que tivessem como demonstrar a absoluta distância do devedor (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, pp. 1204, 1205) (Epifânio, 2020, p. 295).

Há, no entanto, quem defenda que não se trata de uma sanção punitiva para uma eventual conduta dolosa ou culposa de determinados credores, mas de atribuir efeitos jurídicos a um risco objetivamente verificado (Ribeiro, 2019, p. 88).

Contudo, conforme já verificamos, a qualificação dos créditos como subordinados têm significativas consequências para os credores, conduzindo a que, não raras vezes, a maioria destes credores subordinados não veja o seu crédito pago na insolvência, nem mesmo parte dele (Vasconcelos L. M., 2007, p. 879) (Leitão, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2018, p. 133).

Assim, não temos dúvidas que a condição de pessoa especialmente relacionada com o devedor deva obedecer a uma estreita relação (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1204). Contudo, em nosso entender nem sempre estas relações se encontram incluídas no elenco do art. 49.º do CIRE, conforme supra sustentamos e, do mesmo modo, consideramos que nem todas as relações elencadas nesse artigo correspondem necessariamente a relações especialmente relacionadas (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1204).

Se optarmos pela presunção *iuris et de iure* (automaticidade da subordinação dos créditos detidos pelas pessoas elencadas no art. 49.º do CIRE) estamos a ignorar o caso concreto, tornando-se indiferente o conhecimento real da situação do devedor, a verdadeira existência de relação de proximidade entre o credor e o devedor ou a ausência dela (Ezquerria, Gilsanz, Varona, & López, Comentario a la Ley Concursal, 2016, p. 1205). Deste modo, não estaríamos a partir da conduta dolosa ou fraudulenta do sujeito (que tal como referido no preâmbulo do CIRE, é o que se pretende impedir), mas antes, a estabelecer uma subordinação automática pelo mero facto de considerarmos especialmente relacionadas,

indiscriminadamente, todas e quaisquer relações indicadas no art. 49.º do CIRE (Ledesma, 2003, p. 393).

Não podemos ignorar que há, muitas vezes, no seio familiar relações de inimizade. Não nos parece, contudo, que entre inimigos sejam constituídos créditos. No entanto, tal como há relações de inimizade no seio familiar, há também relações de pouca proximidade e, conseqüentemente, pouco ou nenhum conhecimento sobre a vida financeira do devedor, ainda que de um familiar se trate. De facto, no seio destas relações menos próximas pode ocorrer a constituição de créditos que não partem de uma atitude dolosa, não conferem um benefício para o credor e nem importam prejuízos para os restantes credores.

Por outro lado, questionamos se qualquer das pessoas elencadas no art. 49.º do CIRE, que sejam comprovadamente especialmente relacionadas com o devedor, ao se tornarem credoras deste, o fazem obrigatoriamente de maneira dolosa ou com ânimo fraudulento em relação aos restantes credores.

Ora, a subordinação indiscriminada de todo e qualquer crédito baseada no simples facto de que os titulares se tratam de pessoas especialmente relacionadas com o devedor, não só pode resultar numa violação do princípio da igualdade como pode conduzir a resultados injustos (Ledesma, 2003, p. 394).

Estaremos perante a violação do princípio da igualdade se, por exemplo, subordinarmos o crédito de um credor que esteja integrado no elenco do art. 49.º do CIRE, mas que, em termos de conhecimento sobre a vida financeira do devedor, saiba tanto quanto qualquer outro credor comum ou garantido. Por exemplo, o caso dos grupos de sociedades nos quais nem sempre há uma informação privilegiada entre filiais (Ledesma, 2003, p. 395).

Por outro lado, não se pode aceitar que qualquer crédito que tenha sido facilitado ao devedor por uma pessoa comprovadamente especialmente relacionada com ele, seja objeto de subordinação se da facilitação daquele crédito não resultou qualquer dano aos restantes credores nem houve a obtenção de um benefício injustificado para o credor em causa (Ledesma, 2003, p. 395). Em suma, se não houve uma conduta culposa ou de ânimo fraudulento (Ledesma, 2003, p. 395). Como exemplo temos o caso de alguns sócios que facilitam crédito à sociedade em condições mais vantajosas para esta do que um credor externo à mesma (Ledesma, 2003, p. 395). Ou até mesmo em condições normais de mercado (Ledesma, 2003, p. 395). Não conseguimos encontrar uma razão para que tais créditos sejam subordinados, uma vez que, nestes casos não se verifica o prejuízo dos restantes credores, nem sequer há a obtenção de um benefício por parte dos credores que concederam o crédito (Ledesma, 2003, p. 396). Pelo contrário, visto que concederam um crédito à sociedade em

condições mais vantajosas para esta do que se a sociedade tivesse recorrido, por exemplo, à banca.

Deste modo, não encontramos razões para não se conferir aos credores *a possibilidade de provarem que, não obstante a sua qualificação como pessoas especialmente relacionadas com o insolvente, as operações com este praticadas não são suscetíveis de lesar os outros credores, com os quais se encontram, afinal, em posição de igualdade* (Oliveira, 2009, p. 1023)

É importante também fazer referência ao facto de que, se considerarmos que o art. 49.º do CIRE contém uma presunção *iuris et de iure*, também os terceiros que adquirirem créditos das pessoas previstas nesse artigo, nos dois anos anteriores à declaração de insolvência (créditos que foram previamente constituídos entre as últimas e o devedor) viriam os seus créditos automaticamente subordinados na insolvência, quando poderiam nem sequer ter consciência de que adquiriram um crédito suspeito (Duarte, 2004, p. 58). Acresce que tal automaticidade da subordinação dos créditos detidos pelas pessoas elencadas no art. 49.º do CIRE poderá inclusivamente implicar consequências graves a nível económico (Ledesma, 2003, p. 396). Por exemplo, para evitar as graves consequências da subordinação dos seus créditos, as sociedades de um grupo teriam de recorrer sempre a terceiros para obtenção de crédito, invés de se socorrerem umas das outras, o que impediria operações perfeitamente lícitas entre elas e que se tratam de uma verdadeira fonte de financiamento de extraordinária importância quer dentro dos grupos de sociedades, quer dentro das pequenas empresas (Ledesma, 2003, pp. 396, 397).

Ademais, imagine-se uma situação em que um irmão é violentamente agredido por outro no âmbito de uma discussão ligada a partilhas, tendo essa agressão originado um direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais (Ribeiro, 2019, p. 103). Tal crédito, embora tenha origem numa relação especial (de acordo com os art. 48.º, al. a) e 49.º do CIRE), tem na sua origem um facto praticado contra a própria vontade do credor, pelo que, questionamos se não deverá interpretar-se restritivamente a primeira parte da al. a) do art. 48.º do CIRE (Ribeiro, 2019, p. 103).

Entendemos que a automaticidade da subordinação dos créditos (ou presunção *iuris et de iure*) evita que o tribunal tenha de indagar sobre a conduta do credor especialmente relacionado com o devedor ou que tenha de entrar em considerações à cerca do motivo pelo qual foi contraído um crédito entre o devedor e uma pessoa constante do elenco do art. 49.º do CIRE, o que elimina o litígio e mantém a celeridade processual (Ledesma, 2003, p. 396).

Contudo, consideramos que tal solução objetiva não pode ser admitida sem que, pelo menos, seja possível ao credor provar que estava de boa fé.

Não queremos com isto dizer que não devem ser adotadas medidas que evitem as graves consequências que os outros credores sofrem em determinadas situações em que de facto houve dolo por parte do credor especialmente relacionado com o devedor e, conseqüente prejuízo para os primeiros (Ledesma, 2003, p. 397). Nem queremos sustentar que não deve existir uma subordinação dos créditos das pessoas especialmente relacionadas com o devedor, medida que consideramos totalmente oportuna (Ledesma, 2003, p. 397).

O que queremos dizer é que, tendo em conta os fins da norma, 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* (Serra, 2019, p. 76). Do mesmo modo, tendo em conta que a norma visa impedir a conduta dolosa ou fraudulenta dos sujeitos elencados na mesma (conforme ponto 25 do preâmbulo do CIRE), consideramos que deve ser dado o benefício da dúvida aos credores que nela constem e que, embora sejam comprovadamente especialmente relacionados com o devedor, possam ter agido de boa-fé.

Desta feita, não nos parece adequado considerar-se que o art. 49.º do CIRE contém uma presunção *iuris et de iure*, o que poderia traduzir-se, como já referido, em situações de injustiça, desigualdade ou mesmo em consequências graves económicas. Consideramos que embora deva subordinar-se automaticamente os créditos detidos por pessoas constantes no elenco do art. 49.º do CIRE, por razões de celeridade, deverá, contudo, ser dado ao credor subordinado o ónus de provar que, ou não se trata de uma pessoa especialmente relacionada com o devedor, embora conste nas alíneas do art. 49.º do CIRE, ou, embora se trate de uma pessoa especialmente relacionada com o devedor, não agiu de má-fé, não obteve um benefício para si, nem prejudicou os restantes credores.

Não ignoramos, contudo, que o critério de subordinação automática é de prática e simples aplicação pelo Tribunal. Ainda assim, já existem algumas decisões dos Tribunais que corroboram com a nossa tese.

Particularmente relevante, neste âmbito, é o decidido pelo Acórdão do STJ de 06 de dezembro de 2016, Proc. 1223/13.8TBPFR-C.P1.S1, relativamente a um crédito detido pelos ascendentes de um devedor insolvente, constituído há pelo menos 11 anos antes da declaração de insolvência que, embora considerando que a al. a) do art. 48.º do CIRE estabelece uma presunção *iuris et de iure*, deve admitir-se uma interpretação restritiva, sempre que a letra da lei ultrapasse aquele que deve ser o seu alcance (Ribeiro, 2019, pp.

101, 102). Assim, uma vez que a *ratio* da al. a) do art. 48.º, conjugada com o art. 49.º do CIRE é subordinar os créditos daqueles que *admite que possam ter agido de má-fé ou com ligeireza (estariam em condições de conhecer a situação em que se encontrava o devedor, logo é justo que vejam os seus créditos receberem um tratamento menos favorável) com reporte a uma atual ou futura situação económica deficitária do devedor*, entendeu o tribunal que *isto só se concebe, com um mínimo de razoabilidade, quando, precisamente, exista alguma proximidade entre uma coisa e outra*, e tendo em conta que o legislador se mostra sensível à necessidade de haver limites temporais (*vide* última parte da al. a) do art. 48.º do CIRE – dois anos anteriores ao início do processo de insolvência), decide-se no acórdão o uso deste limite temporal (Ribeiro, 2019, p. 102). Deste modo, conclui-se que a 1ª parte da al. a) do art. 48º conjugada com a al. b) do n.º 1 do art. 49.º do CIRE devem ser interpretadas restritivamente, *de modo a abranger na sua previsão apenas os casos em que se possa estabelecer lógica e razoavelmente um nexó temporal que coenvolva ou comprometa a razão de ser da norma (a pressuposta superioridade informativa do credor sobre a situação do devedor) com a condição insolvencial do devedor*, pelo que, *só fará sentido considerar para o efeito um ‘período vizinho da abertura do processo de insolvência’* (Ribeiro, 2019, p. 102). Concluiu-se, portanto, pela não aplicação daquelas normas, não se considerando o crédito como subordinado, pois a sua constituição *está tão afastada no tempo do início do processo de insolvência que, dentro da normalidade das coisas, se trata de dois acontecimentos totalmente independentes, isto é, sem qualquer correlação, afinidade ou implicação entre si* (Ribeiro, 2019, p. 102).

No sentido da presunção inilidível pronunciou-se o TRC, no Acórdão de 17 de novembro de 2020, Proc. 551/19.3T8GRD-B.C1, num caso semelhante, em que ocorreu um contrato de mútuo com hipoteca entre a mãe do insolvente e o insolvente, em dezembro de 2011, cujo crédito proveniente desse contrato foi reclamado na insolvência (declarada na primeira metade de 2019 – oito anos depois) como garantido, mas reconhecido como subordinado nos termos do art. 48.º, al. a) e art. 49.º do CIRE. A mãe do insolvente alegou que tal crédito deveria ser reconhecido como garantido em virtude de o ter constituído *em data em que ninguém, na sua perfeita e total boa fé, imaginaria que o devedor pudesse vir a ser declarado insolvente, oito anos depois (...)*.

O Tribunal decidiu, em síntese, que o art. 49.º do CIRE atribui o estatuto de “*pessoa especialmente relacionada com o devedor*” às pessoas que se incluam numa das situações ali elencadas, independentemente de qualquer outro facto ou circunstância, pelo que, uma vez demonstrado que determinada pessoa se insere numa das situações que aí se encontram

previstas, considera-se, automaticamente e sem possibilidade de qualquer alegação e prova do contrário, que está em causa uma pessoa especialmente relacionada com o devedor.

Mais referiu que uma vez atribuído a determinada pessoa o estatuto de “pessoa especialmente relacionada com o devedor” – em função do disposto no art. 49.º - os créditos sobre a insolvência de que ela seja titular são sempre – e automaticamente – considerados como créditos subordinados, em face do disposto no art. 48.º, alínea a), do CIRE, desde que essa relação especial já existisse aquando da aquisição do crédito, sem qualquer outra restrição ou exceção e independentemente de quaisquer outros factos ou circunstâncias.

Por fim, refere que ainda que se admitisse – e não é o caso – a interpretação restritiva da norma em questão nos termos propostos pela Apelante, o seu crédito continuaria a dever ser classificado como subordinado, na medida em que, tendo em conta as circunstâncias e o momento em que ele foi constituído, nunca se poderia afirmar que ele não tinha qualquer relação com a insolvência que veio a ser declarada e que não tinha subjacente a efectiva superioridade informativa da Apelante relativamente à situação do Insolvente e à previsibilidade de, a curto ou médio prazo, vir a cair – se não estava já – em situação de insolvência (...).

Na mesma linha do primeiro acórdão suprarreferido, também no acórdão do TRC, de 21 de janeiro de 2014, Proc. 1365/13.0TBLRA.C1 se decidiu no sentido de considerar que deve existir um limite temporal de acordo com a primeira parte da al. a) do art. 48.º do CIRE (Ribeiro, 2019, p. 103). Em causa estava um crédito que não resultou de uma relação especial entre devedor e credor, mas antes de uma decisão judicial pela qual se declarou nula uma sociedade irregular e, na sequência do processo de liquidação, se declarou que o familiar do devedor tem direito a tornas no montante que constitui esse crédito (Ribeiro, 2019, p. 103). Assim, *a especial relação entre credores e devedores era totalmente alheia à constituição do crédito reclamado*, pois os credores não financiaram o devedor quando este se encontrava em situação de insolvência ou pré-insolvência, o que o tribunal considerou decisivo para a não subsunção do crédito à hipótese da norma (Ribeiro, 2019, p. 103).

Mais recentemente, no Acórdão do STJ, de 23 de maio de 2019, Proc. 1517/14.5T8STS-B.P1.S1, estava em causa um crédito detido pelo filho e nora do casal insolvente, resultante de mútuos prestados por estes ao casal insolvente entre 1994 e 2006, garantidos por hipoteca constituída em 2009, tendo a apresentação à insolvência tido lugar em 2014 (Ribeiro, 2019, pp. 103, 104). Estes credores, filho e nora dos insolventes, alegaram que *a relação especial entre credor e devedor não poderá relevar, dado o lapso do mesmo, até à verificação da situação de insolvência*, pugnando pela exposta interpretação restritiva

das normas envolvidas para afastar a qualificação do crédito como subordinado (Ribeiro, 2019, p. 104). O Tribunal decidiu, *in casu*, pela taxatividade do n.º 1 do art. 49.º do CIRE, referindo que com este artigo se visa prevenir que determinados créditos sobre o devedor insolvente sejam utilizados por forma a prejudicar o ressarcimento dos direitos de crédito dos demais credores (Ribeiro, 2019, p. 103). Mais refere que a constatação do vínculo ou situação pessoal constitui presunção *iuris et de iure* de uma relação especial com o devedor e, conseqüentemente, que a existência de qualquer uma das situações aludidas nas alíneas do n.º 1 do art. 49.º do CIRE, integra necessariamente a existência de uma especial relação com o devedor, que não pode ser afastada com a alegação e prova de que esse vínculo ou situação em nada determinou ou condicionou o relacionamento com o devedor, ou mesmo com a demonstração de que desse relacionamento resultaram benefícios para o devedor (Ribeiro, 2019, pp. 103, 104). Acrescenta que a conceptualização da categoria dos créditos subordinados prevista nos arts. 48.º, al. a), 1ª parte e 49.º, n.º 1, als. a) a c), ambos do CIRE, se basta na relação especial definida pelo legislador, não se encontrando sujeita a qualquer período temporal limitativo e, por último, que uma interpretação restritiva de pendor teleológico, como aquela que se adota nos acórdãos supra, *confinando a finalidade do comando legal à perspectiva da data da constituição do crédito, mostra-se para além do que é possível ser encontrado (objetivamente) no pensamento legislativo expresso no seu texto* (Ribeiro, 2019, p. 104).

No sentido da automaticidade da subordinação dos créditos constantes no art. 49.º do CIRE (presunção *iuris et de iure*) pronunciou-se o STJ no Acórdão de 10 de novembro de 2020, Proc. 4542/19.6T8VNG-B.P1.S1, num caso em que foi constituído um crédito entre um meio-irmão (credor/reclamante), com um historial de conflituosidade com o seu outro meio-irmão (insolvente), historial esse vasto, de décadas. O STJ sustentou a sua posição afirmando que a al. a) do art. 48º e art. 49.º do CIRE não dão *qualquer margem de manobra para uma qualquer interpretação que não tenha na sua letra uma correspondência directa: o legislador fixou naqueles segmentos normativos uma presunção juris et de jure, insusceptível de poder ser infirmada por uma qualquer circunstância temporal e/ou factual, de relacionamento social inexistente (...)*

Mais refere que *a aludida postura legislativa tem a ver com a situação particular das pessoas elencadas em relação ao devedor, situação essa propiciadora a poder-lhes conferir conhecimentos privilegiados e que, por isso, as colocariam num patamar de superioridade em relação aos demais credores, que assim se procurou evitar.*

Volta a fazer referência à superioridade informativa das pessoas elencadas no art. 49.º do CIRE, referindo que *não se afigura desproporcionada, situando-nos na perspectiva de tais pessoas, a sujeição dos seus créditos ao regime de subordinação, face à situação de superioridade informativa sobre a situação do devedor, relativamente aos demais credores.*

Ora, no caso em apreço não conseguimos compreender a posição do Tribunal que se baseia essencialmente nesta questão de superioridade informativa do credor sobre o insolvente, mesmo quando provada a existência de um extenso historial de conflituosidade entre ambos. Tal realidade, no nosso entender, seria prova suficiente da inexistência de qualquer superioridade informativa face aos restantes credores. Assim, corroboramos com a posição do acórdão-fundamento que defendeu que *o conjunto normativo formado pelos art. 48.º, alínea a), 1.ª parte, e art. 49.º, alínea b) do CIRE deve ser interpretado restritivamente, de modo a abranger na sua previsão apenas os casos em que se possa estabelecer lógica e razoavelmente um nexó temporal que coenvolva ou comprometa a razão de ser da norma (a pressuposta superioridade informativa do credor sobre a situação do devedor) com a condição insolvencial do devedor.*

7. A resolução em benefício da massa insolvente resultante para terceiro de má fé

A resolução em benefício da massa insolvente encontra a sua regulação no CIRE, designadamente, nos arts. 120.º e seguintes (Ribeiro, 2019, p. 104).

O objetivo deste regime é *servir os interesses da generalidade dos credores (dando cumprimento ao princípio par conditio creditorum), em detrimento dos interesses daqueles que contrataram e negociaram com o devedor insolvente (e até, eventualmente, também dos interesses daqueles que negociaram com estes últimos) durante um determinado período (que antecede a situação de insolvência) considerado “suspeito”* (Ribeiro, 2019, pp. 104, 105).

Visa-se, portanto, conservar a garantia patrimonial da generalidade dos credores, assegurando que o património que vai satisfazer os seus créditos é o mesmo que existia antes da prática daqueles atos que se presumem prejudiciais à massa insolvente (Ribeiro, 2019, p. 105).

Importa referir que a resolução tem, no presente, um alcance muito maior do que aquele que tinha no âmbito do CPEREF, uma vez que, anteriormente, só eram suscetíveis de resolução os atos identificados na lei (cfr. art. 156.º, n.º 1, als. a), b) e c) do CPEREF) (Serra, 2019, p. 246).

Podem, atualmente, *ser resolvidos em benefício da massa insolvente os atos prejudiciais à massa praticados dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência* (art. 120.º, n.º 1 do CIRE)²²²³.

²² O requisito temporal de 2 anos será apenas um *limite máximo* (Fernandes & Labareda, 2008, p. 427) (Martins, 2020, p. 218)

²³ Inicialmente podiam ser resolvidos em benefício da massa insolvente os atos praticados ou omitidos dentro dos quatro anos anteriores à data do início do processo de insolvência (Serra, 2019, p. 246). Contudo, a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril veio alterar *os atos praticados ou omitidos* por *atos prejudiciais à massa* e diminuir o espectro temporal para dois anos (Serra, 2019, p. 246). Quanto à primeira alteração reside a questão de saber se continua a ser possível a resolução de atos omissivos, sendo que, há quem defenda que não se mantém essa possibilidade, ainda que se continue a fazer-lhe referência nos n.ºs 3 e 4 do art 120.º e art. 126.º do CIRE (Leitão, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2018, p. 194). Contrariamente, há quem defenda que tal se mantém possível (Vasconcelos P. P., 2015, p. 105), e outras posições há, que consideram que a resolução de omissões deverá ser admitida apenas em certos casos (Fernandes & Labareda, 2008, p. 428).

De acordo com a lei, a resolução pode ser condicional ou incondicional (respetivamente, arts. 120.º e 121.º do CIRE).

Nos termos do art. 120.º do CIRE (resolução condicional) estão em causa atos praticados naquele limite temporal máximo, que foram e/ou são prejudiciais à massa insolvente porque *diminuem, frustram, dificultam, põem em perigo ou retardam a satisfação dos credores da insolvência*, sempre que o terceiro está de má fé (Ribeiro, 2019, p. 107).

A admissibilidade da resolução depende, geralmente, da prejudicialidade à massa insolvente (cfr. art. 120.º, n.º 1) e da má fé de terceiro (cfr. art. 120.º, n.º 4) (Serra, 2019, p. 246).

De acordo com o n.º 5 do art. 120.º do CIRE, *entende-se por má fé o conhecimento, à data do ato, de qualquer das seguintes circunstâncias: a) de que o devedor se encontrava em situação de insolvência; b) do carácter prejudicial do ato e de que o devedor se encontrava à data em situação de insolvência iminente; ou c) do início do processo de insolvência.*

Assim, há atos relativamente aos quais se presume, *iuris tantum*, a má fé de terceiro, como é o caso do n.º 4 do art. 120.º do CIRE (Serra, 2019, p. 247) (Martins, 2020, p. 219) (Epifânio, 2020, p. 251) (Fernandes & Labareda, 2008, p. 430) (Ribeiro, 2019, p. 107) que prevê que a resolução dos atos a favor da massa insolvente *pressupõe a má fé do terceiro, a qual se presume quanto a actos 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.*

Contrariamente ao que acontece na resolução condicional (art. 120.º do CIRE), na resolução incondicional (art. 121.º do CIRE) presumem-se de *iuris et de iure* prejudiciais à massa insolvente, os atos previstos neste último artigo, mesmo que praticados fora dos prazos aí previstos (Ribeiro, 2019, p. 107), como é o caso dos atos referidos nas alíneas do n.º 1 do art. 121.º do CIRE, por força do n.º 3 do art. 120.º do CIRE²⁴ (Serra, 2019, p. 246 e 247) (Martins, 2020, p. 218) (Epifânio, 2020, p. 250).

Neste âmbito, as questões que se colocam são as de saber se, para efeitos de aplicação do art. 120.º, n.º 4 do CIRE, se deve recorrer à enumeração constante do art. 49.º do CIRE e

²⁴ O qual refere que os atos previstos no art. 121.º do CIRE se presumem prejudiciais à massa, não admitindo prova em contrário, ainda que esses atos tenham sido praticados ou omitidos fora dos prazos aí contemplados.

se, também aqui, de forma taxativa ou, se se pode incluir situações que não estão contempladas neste último artigo.

Para alguns autores, *a lei não define expressamente em que consiste a relação especial que releva para o efeito do n.º 4* (Fernandes & Labareda, 2008, p. 429). Considerando, contudo, que *existe manifesta proximidade entre a suspeição do legislador que aqui está em causa e a que se identifica na qualificação dos créditos subordinados* (Fernandes & Labareda, 2008, p. 429). Ou seja, *todas as situações previstas no art.º 49.º relevam para a fixação do requisito do n.º 4 do art.º 120.º* (Fernandes & Labareda, 2008, p. 429). Daqui resulta que estes autores não excluem a possibilidade de que o conceito indeterminado de relação especial contido no n.º 4 do art. 120.º do CIRE inclua situações que não estão contidas no art. 49.º do CIRE (Ribeiro, 2019, p. 109).

Por outro lado, há quem defenda que a relação especial que releva para o efeito do n.º 4 do art. 120.º do CIRE *é justamente uma das definidas no artigo 49.º* (Morais, 2008, p. 72), apesar de o legislador não ter remetido diretamente para esse preceito (Morais, 2008, p. 72).

Presume-se, assim, que não existe consenso quanto à possibilidade de se admitir que o recurso ao art. 49.º do CIRE não implica, neste âmbito, que a enumeração aí contida seja taxativa (Ribeiro, 2019, p. 109).

Recorrendo às decisões dos Tribunais, desde logo, cabe-nos fazer referência ao Acórdão do TRC, de 25 de janeiro de 2011, Proc. 7266/07.3TBLRA-H.C1, no qual estava em causa um processo de insolvência iniciado contra um casal, no dia 27/11/2007. Cerca de onze meses antes, em 18/12/2006, este casal tinha vendido dois prédios seus, que valiam 827.869€, por 170.000€, à Investments, LLC. Em 29/04/2008 foi decretada a insolvência do casal e em 30/10/2008 a administradora da insolvência resolveu aquele contrato de compra e venda, por ter sido prejudicial para a massa insolvente.

A Investments, LLC recorreu, alegando, em síntese, que não se encontram preenchidos os requisitos previstos na al. h) do art. 121.º do CIRE²⁵, referindo que os casos previstos no art. 121.º do CIRE dependem da especial relação referida no n.º 4 do art. 120.º do CIRE, invocando a taxatividade das previsões contidas no art. 49.º do CIRE.

²⁵ 1 - São resolúveis em benefício da massa insolvente os actos seguidamente indicados, sem dependência de quaisquer outros requisitos: h) Actos a título oneroso realizados pelo insolvente dentro do ano anterior à data do início do processo de insolvência em que as obrigações por ele assumidas excedam manifestamente as da contraparte;

Perante este argumento, o Tribunal desde logo descarta a ideia de que os casos previstos no art. 121.º do CIRE dependam da especial relação referida no n.º 4 do art. 120.º do CIRE. Contudo, ainda assim, afirma que se verifica *a hipótese da resolução incondicional do art. 121º/1h do CIRE quer quando se vendem dois prédios por quase 5 vezes menos do que o seu valor, quer quando os vendedores de dois prédios, que estão onerados por dívidas superiores ao seu valor, o declaram vender livre de ónus e encargos e por quase 5 vezes menos que o seu valor; que o art. 49 do CIRE funciona para a questão do art. 48 do CIRE (créditos subordinados) e nenhuma norma do regime da resolução dos negócios previsto nos arts. 120 e 121 do CIRE remete para aquele, pelo que não há razão para ler a expressão “relação especial” do modo taxativo eventualmente previsto no art. 49 do CIRE e, portanto, a cláusula geral “relação especial” pressuposta na presunção de má fé do art. 120º/4 do CIRE não tem de ser preenchida apenas pelos casos eventualmente taxativos do art. 49º do CIRE; e, ainda, que a má fé efectiva, como pressuposto da resolução condicional do art. 120º/1 do CIRE é, entre o mais, o conhecimento da situação de insolvência eminente, e também a possibilidade desse conhecimento ou o seu desconhecimento negligente (a cognoscibilidade, por um bonus paterfamilias colocado perante as circunstâncias do caso, da existência de uma situação de insolvabilidade iminente ou próxima da contraparte).*

Especial importância reveste a referência ao Acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ, de 13 de novembro de 2014, Proc. 1936/10.6TBVCT-N.G1.S1(1), no qual estava em causa a questão de saber se *para efeitos de preenchimento da presunção de má fé consignada no artigo 120.º, n.º4, é havida como pessoa especialmente relacionada com a sociedade insolvente, nos termos do artigo 49.º, n.º2, a pessoa coletiva cujo administrador é filho de um dos sócios da sociedade insolvente.*

No âmbito da resolução condicional, o n.º 4 do art. 120.º do CIRE exige a má fé do terceiro para efeitos de resolução dos atos prejudiciais à massa insolvente, mas presume-a quanto a atos em que tenha participado ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o devedor (Ribeiro, 2019, p. 111). O Tribunal adota o entendimento de que se presume de má fé o terceiro, mesmo que ele próprio não seja pessoa especialmente relacionada com o insolvente, desde que no ato tenha participado ou tirado proveito pessoa especialmente relacionada com o insolvente, ou seja, rejeita o entendimento de que se presume de má fé apenas o terceiro que, tendo participado no ato ou dele se tendo aproveitado, seja ele próprio pessoa especialmente relacionada com o insolvente (Ribeiro, 2019, p. 111). Daqui se retira que o Tribunal fez uma interpretação analógica do conteúdo da *participação* ou do *aproveitamento* no ato prejudicial por parte da pessoa especialmente

relacionada com o insolvente (Ribeiro, 2019, p. 111). Tal como é referido no Acórdão *são plúrimas as situações da vida em que o terceiro obtém vantagens num negócio à custa do património do futuro insolvente, prejudicando-se os interesses da massa insolvente em consequência da privilegiada informação e conhecimento da situação económica e financeira que advém da intervenção no ato ou no seu aproveitamento por parte de pessoa especialmente relacionada com o insolvente. Justifica-se a presunção com base em tão impressionantes indicadores. Se o elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor é taxativo e seguramente não admite interpretação analógica, já o mesmo não parece que se possa entender no que respeita à dimensão interpretativa do conteúdo da "participação" ou "aproveitamento" no ato prejudicial por parte da pessoa especialmente relacionada com o insolvente. Trata-se aqui de viabilizar o poder potestativo de resolução em benefício da massa dos atos prejudiciais à massa praticados durante determinado período com base numa presunção de má fé do terceiro que auferiu vantagem em negócio pela intervenção, do seu lado, de pessoa especialmente relacionada com o insolvente.*

Ora, o Tribunal não respondeu afirmativamente à questão de saber se o elenco das pessoas especialmente relacionadas com o devedor, para efeitos de aplicação do disposto no art. 120.º, n.º 4 do CIRE é mais lato do que a enumeração (eventualmente) taxativa do art. 49.º do CIRE (Ribeiro, 2019, p. 111). Aliás, não considera a sociedade anónima uma pessoa especialmente relacionada com a sociedade insolvente o que não se mostra necessário face a esta interpretação do art. 120.º, n.º 4 do CIRE (Ribeiro, 2019, p. 111). Ademais, é referido no acórdão que a sociedade anónima que adquiriu os bens à sociedade insolvente não pode ser qualificada como pessoa especialmente relacionada com esta sociedade, pelo mero facto de o administrador daquela ser filho do gerente desta *pois não se inscreve tal situação no elenco taxativo do referido preceito* (Ribeiro, 2019, p. 111).

Assim, entende-se que a remissão implícita para o art. 49.º do CIRE, para efeitos de preenchimento do conceito indeterminado de *pessoa especialmente relacionada* constante do art. 120.º, n.º 4 do CIRE, impõe que se considere, também no âmbito da resolução em benefício da massa insolvente, aquela enumeração taxativa (Ribeiro, 2019, p. 112).

Outrossim, apesar de não se considerar que a sociedade anónima é pessoa especialmente relacionada com a sociedade insolvente, presumiu-se que está de má fé porque no ato participou (ou dele se aproveitou) pessoa especialmente relacionada com esta (isto é, o filho do gerente da sociedade insolvente que será especialmente relacionado com esta última, de acordo com o art. 49.º, n.º 2, als. d) e c) que remetem para a al. b) do n.º 1 do mesmo artigo) (Ribeiro, 2019, p. 112).

Chegadas aqui, entendemos que, tendo em conta que a subordinação de créditos e a resolução em benefício da massa insolvente são figuras distintas e, portanto, poderão estar em causa conflitos de interesses distintos, não existem, em princípio, *razões para que se afaste a possibilidade de, no âmbito da resolução em benefício da massa insolvente, afirmar que a possível remissão implícita para a enumeração do artigo 49.º não exclui a possibilidade de se incluir nesse elenco qualquer outra pessoa, ou seja, não existem razões que imponham que se considerem apenas, taxativamente, as situações previstas na sua hipótese* (Ribeiro, 2019, p. 113). Até porque, se o legislador assim entendesse, poderia ter feito, no art. 120.º, n.º 4 do CIRE, a remissão expressa para o elenco do art. 49.º do CIRE e não o fez.

Não obstante, o recurso ao elenco do art. 49.º do CIRE é importante para o preenchimento deste conceito indeterminado em sede de resolução em benefício da massa insolvente, desde logo, tendo em conta as exigências de unidade do sistema jurídico, mas não se pode ignorar que onde existam distintos conflitos de interesses, esse recurso ao elenco do art. 49.º do CIRE deverá sempre ser condicionado à aplicação das *necessárias adaptações* ao caso concreto (Ribeiro, 2019, p. 113).

Por fim, o próprio texto do art. 120.º do CIRE permite esse entendimento, pois refere que para efeitos de presunção de má fé de terceiro, se considera pessoa especialmente relacionada com o devedor alguém que não o era na data da celebração do negócio, mas que já o tivesse sido ou viesse a sê-lo (Ribeiro, 2019, p. 113), embora se considere que deverá ser ponderada a fixação de um limite temporal, a determinar em cada caso, à existência dessa relação (Morais, 2008, p. 75).

Conclusão

Finalizada esta investigação, concluímos que o tema analisado é um assunto que tem vindo a assumir uma grande relevância jurídica no Direito português, suscitando várias posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Deste modo, tornou-se interessante analisar as diversas posições quanto ao carácter taxativo do art. 49.º do CIRE, bem como, quanto à questão da presunção ilidível ou inilidível que contém essa norma.

No nosso entender, o legislador optou pela taxatividade do art. 49.º do CIRE tendo em vista, essencialmente, a celeridade processual dos processos urgentes de insolvência, evitando a litigiosidade e a segurança jurídica obtida através da sua pretensão de acabar com as fraudes cometidas no seio das pessoas especialmente relacionadas com o devedor pessoa singular e pessoa coletiva. Não obstante, consideramos que a justiça e a não violação do princípio da igualdade são também pilares da segurança jurídica e não devem ser, em tempo algum, olvidados. Assim, sempre acreditamos que se um dos objetivos primários do legislador foi o de combater a frustração das finalidades do processo de insolvência, ocorridas através das fraudes cometidas por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, tal só será inteiramente possível se se permitir uma interpretação restritiva da norma ou redução teleológica da norma, tendo em vista a aplicação desta a casos que merecem o mesmo tratamento. De outra forma estaríamos a violar o princípio da igualdade e não estaria a ser feita justiça. Além disso, consideramos que a taxatividade da norma, sem recurso a interpretação restritiva ou redução teleológica, é uma grande ajuda para o devedor que fica exatamente a saber a que pessoas especialmente relacionadas com ele pode recorrer. Queremos com isto dizer que, dessa forma, o devedor sabe exatamente que apenas poderá recorrer a pessoas especialmente relacionadas com ele que não constem no elenco do art. 49.º do CIRE, pois a fraude cometida com estas pessoas estaria protegida pela taxatividade daquele artigo.

Além disso, a taxatividade desta norma, sem recurso à referida interpretação restritiva ou redução teleológica é uma verdadeira aniquiladora de créditos que, em grande parte dos casos, estão longe de representar um perigo e apresentam-se como a única fonte de financiamento para muitas empresas, designadamente, as de pequena e média dimensões, para as quais, a intervenção de pessoas que com elas são especialmente relacionadas é decisiva para o seu refinanciamento (especialmente nos dias que correm, em tempos de pandemia provocada pela COVID-19, que paralisou durante meses a fio, várias empresas que ou conseguiram recorrer a créditos bancários, podendo posteriormente cair em

insolvência ou caíram já em insolvência, visto que a obtenção de financiamento junto de pessoas especialmente relacionadas acarreta para estas últimas uma consequência bastante gravosa, qual não é a de subordinação dos seus créditos que, como é sabido, na grande maioria dos casos não veem ressarcimento no processo de insolvência).

Não obstante, recorrendo agora à presunção legal que o art. 49.º contém, consideramos que não é justo sancionar, sem possibilidade de fazer prova do contrário, credores que constam do elenco do art. 49.º do CIRE mas que, ignorando completamente a situação patrimonial em que se encontrava a sociedade devedora ou o devedor singular, ou mesmo que a conhecesse, concederam crédito com o único objetivo de favorecer a continuidade da atividade da empresa, sem obter um benefício para si e, conseqüentemente, sem prejudicar os restantes credores (e, talvez até beneficiando os restantes credores e o mercado em si, por manter o funcionamento da atividade da empresa através do seu financiamento).

Assim e tendo em conta a prática empresarial nacional, acreditamos que o ónus da prova deverá pertencer ao credor especialmente relacionado e, portanto, esta presunção legal presente no art. 49.º do CIRE deverá ter caráter *iuris tantum*.

Bibliografia

Andrade, M. A. (1992). Teoria Geral da Relação Jurídica : Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico (7ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.

Carvalho, L. M., & Machado, M. J. (2 de setembro de 2016). Os créditos subordinados. *Revista Jurídica Portucalense Law Journal*, 195-218. doi:[http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(20\)2016.ic-06](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(20)2016.ic-06)

Duarte, R. P. (2004). Classificação dos Créditos sobre a Massa Insolvente no Projecto de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas. Em C. Serra, R. P. Duarte, L. M. Leitão, M. J. Costeira, M. M. Marques, & C. Frade, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* (pp. 51-60). Coimbra: Coimbra Editora.

Epifânio, M. d. (2020). *Manual de Direito da Insolvência* (7ª ed.). Coimbra: Almedina.

Ezquerria, J. P., Gilsanz, A. G., Varona, F. J., & López, J. M. (2016). *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Wolters Kluwer.

Ezquerria, J. P., Gilsanz, A. G., Varona, F. J., & López, J. M. (2017). *Manual de Derecho concursal*. Madrid: Wolters Kluwer.

Fernandes, L. A., & Labareda, J. (2008). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado* (2ª ed.). Lisboa: Quid Juris.

Gomes, J. V. (2017). Nótula sobre a resolução em benefício da massa insolvente. Em C. Serra, *IV Congresso de Direito da Insolvência* (pp. 107-129). Coimbra: Almedina.

Iruzubieta, C. V. (2003). *Comentarios a la Ley Concursal* (1ª ed.). Madrid: Dijusa.

Larenz, K. (1983). *Metodologia da Ciência do Direito* (2ª ed.). (J. Lamego, Trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Ledesma, C. A. (2003). Delimitación de la masa pasiva: Las Clases de Créditos y su Graduación. Em R. G. Villaverde, A. A. Ureba, & J. P. Ezquerria, *Derecho Concursal* (pp. 387-408). Madrid: Dilex.

Leitão, L. M. (2013). *Direito da Insolvência* (5ª ed.). Coimbra: Almedina.

Leitão, L. M. (2018). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado* (10ª ed.). Coimbra: Almedina.

Machado, J. B. (2008). *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina.

Martins, A. d. (2020). *Um Curso de Direito da Insolvência* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.

Morais, F. d. (2008). *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*. Coimbra: Almedina.

Oliveira, A. P. (2009). A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo. Em A. M. Cordeiro, *Revista de Direito das Sociedades* (pp. 995-1030). Coimbra: Almedina.

Ribeiro, M. d. (2019). Insolvência, pessoas especialmente relacionadas, resolução em benefício da massa insolvente e subordinação de créditos. Em C. Serra, *V Congresso de Direito da Insolvência* (pp. 83-119). Coimbra: Almedina.

Saiz, M. d. (2016). *La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal* (1ª ed.). Madrid: Wolters Kluwer.

Serra, C. (2019). *Lições de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina.

Subtil, A. R., Esteves, M. J., Amorim, S. A., & Valério, P. (2015). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado* (4ª ed.). Porto: Vida Económica.

Vasconcelos, L. M. (2007). *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*. Coimbra: Coimbra Editora.

Vasconcelos, P. P. (2015). Resolução a favor da massa - atos omissivos. Em C. Serra, *III Congresso de Direito da Insolvência* (pp. 103-114). Coimbra: Almedina.

Jurisprudência citada

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão n.º 15/2014, de 13 de novembro de 2014, Proc. 1936/10.6TBVCT-N.G1.S1(1)

URL: <https://data.dre.pt/eli/acstj/15/2014/12/22/p/dre/pt/html>

Acórdão de 06 de dezembro de 2016, Proc. 1223/13.8TBPFR-C.P1.S1

URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F704D20D6E76F6C98025808100501A90>

Acórdão de 23 de maio de 2019, Proc. 1517/14.5T8STS-B.P1.S1

URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8215685a10b5661b802584070050d511>

Acórdão de 10 de novembro de 2020, Proc. 4542/19.6T8VNG-B.P1.S1

URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3955e73730339ef7802586340031f357?OpenDocument>

Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães:

Acórdão de 11 de janeiro de 2011, Proc. 881/07.7TBVCT-M.G1

URL: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/0A2BEF3EA026C2ED8025785C004B1689>

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra:

Acórdão de 2 de fevereiro de 2010, Proc. 171/07.5TBOBR-C.C1

URL: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/ABBFC3EEC2C882F7802576DA0034508C>

Acórdão de 25 de janeiro de 2011, Proc. 7266/07.3TBLRA-H.C1

URL: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/a78abea96764a8fb8025783e0053118e?OpenDocument>

Acórdão de 21 de janeiro de 2014, Proc. 1365/13.0TBLRA.C1

URL: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/9b0dbcf4af9e994d80257c6d004dbc9f?OpenDocument>

Acórdão de 17 de novembro de 2020, Proc. 551/19.3T8GRD-B.C1

URL:<https://www.direitoemdia.pt/search/show/87f2118049b655951ff2993cbe758222c65288a612fc9ccfd68cf82bd98a25c>

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa:

Acórdão de 29 de maio de 2008, Proc. 1548/2008-2

URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/BAAAC3DC36A906E68025747F003764FF>

Acórdão de 20 de junho de 2017, Proc. 810/16.7T8PDL-D.L1-7

URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/4294184ED2A8ED6780258154003F4494>