

DA RESPONSABILIDADE DO CREDOR NA FASE DE INCUMPRIMENTO

Pelo Prof. Doutor Diogo Leite de Campos

I

INTRODUÇÃO

1. *Os princípios normativos do comportamento do credor*

As relações entre o credor e o devedor de uma obrigação, não se iniciam (necessariamente) só com o nascimento da obrigação, nem terminam (necessariamente) pelo cumprimento. O Direito (tal como a Natureza) não conhece cortes.

Tal como o nascituro, antes de ser concebido, já “existia” ⁽¹⁾, normalmente em “projecto” (“concepturo”);

Também a obrigação, antes de nascer, já “existia”, em potência, na fase pré-contratual.

E, do mesmo modo que, depois da morte da pessoa, se prolonga a sua personalidade (a pessoa continua a “existir”) para certos efeitos ⁽²⁾, também depois do cumprimento (“extinção”) da

⁽¹⁾ Cfr. Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 1991, pág. 510 e segs.

⁽²⁾ Vd. Diogo Leite de Campos, *A indemnização do dano da morte*, Coimbra, B.F.D.C., 1974, esp. pág. 44 e segs.; *Plaidoyer pour la vie: l'indemnisation du dommage de la mort*, *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1986; *Lições, cit.*, pág. 563 e segs.

obrigação se podem manter (e assim sucederá frequentemente) direitos e deveres entre as partes.

Esta visão da génese, da vida e da extinção do vínculo obrigacional — hoje já clássica — veio assentando numa visão do Direito, mais humanista e solidarística, que se transmitiu a todos os ramos do Direito, mesmo aqueles, como o Direito das Obrigações, que pareciam mais técnicos (ou tecnocráticos...).

E permitiu, nomeadamente, uma perspectiva mais profunda da realidade densa que é a obrigação (entendida em termos de relação complexa, preenchida por deveres e obrigações de ambos as partes, a implicarem uma íntima colaboração entre elas).

Perspectiva assente numa concepção “solidarística” do contrato, decorrente da transição dos sistemas jurídicos de base individualista para os de concepção social.

A concepção individualista que o liberalismo foi buscar à doutrina do direito natural, via em cada cidadão uma esfera isolado de poder político. As relações estabelecidas com os outros só podiam derivar do livre acordo entre todas as “protestastes”, “naturalmente” isoladas, contratualmente comunicantes.

Daqui decorria que todas as relações políticas e sociais tinham base contratual, por muito que esta só se pudesse presumir ou friccionar. Era do acordo de vontades dos interessados, livremente realizado sem pressões sociais, que derivavam os direitos e obrigações que eles assumiam ⁽¹⁾.

Se cada um assumia os direitos e obrigações que entendesse, também os exercia como julgasse mais adequado com os seus interesses. Sendo o direito de crédito assumido no interesse do credor, este ia exercer-lo conforme entendesse, para satisfação desse seu interesse, que definia livremente.

A colectividade definia-se principalmente através de interesses privados, e “estruturava-se” no ponto de encontro, sempre instável, resultante da luta livre desses interesses. O Direito Privado era, sobretudo — e não esquecemos que, a sua aspiração ética de sempre, neste período, era mais intenção do que realização — um

⁽¹⁾ Cfr. Diogo Leite de Campos, *Contrato a favor de terceiro*, 2.^a ed., Coimbra, 1991, págs. 39 e segs.

conjunto de instrumentos técnicos postos à disposição dos particulares, que os iam utilizar conforme entendessem, ilimitadamente, sem nunca, “naturalmente”, deles abusarem.

O seu uso ilimitado, a coberto do “desejo” individual, nunca se transformava num abuso.

A esfera individual e, em larga medida, a sociedade, eram espaços de “predação” dos mais fortes — muitas vezes, das piores, dos mais desprovidas de base ética.

“O homem é inominável” no conhecido romance de Samuel Beckett; “eu, de quem nada sei...”

Para Proust, as pessoas não se compreenderiam a si próprias, nem às outras, porque as personalidades eram diversas e alteravam-se constantemente. “As personagens perdem a sua forma na infirmitade do devir (Eugénio Ionesco, “Victims of Duty”). “O homem sem qualidades” de Musil tenta identificar-se num mundo onde faltam as referências tradicionais.

O homem perde a sua auto-confiança e, criando-se um forte desfasamento entre a imagem que tem de si e o seu ideal, entra em desequilíbrio.

Simultaneamente, o historicismo contribuía para relativizar todos os valores.

O historicismo significa historicidade espiritual de todo o conhecimento e percepção do mundo; tudo desaparece no fluxo do devir; Estado, lei, moral, religião, artes, são dissolvidos nesse fluxo, e apenas inteligíveis como ingredientes de desenvolvimentos históricos; o historicismo abalou todas as verdades eternas (E. Troeltsch, *Die Kriese des Historismus*, “N.R.”, XXXIII, 1922, I, p. 573)

A subjectividade absoluta e encaracterística conduz a dois resultados que são outras tantas negações do relacionamento solidarístico das pessoas, e do próprio tecido social. Antes de mais, a negação do limite do outro, que não é aceite. Os outros sujeitos transformam-se só em meios de realização dos desejos da perso-

(¹) Eugénio Ionesco, “Victims of Duty”, *Plays*, London, 1962 II, pág. 308.

(²) E. Troeltsch, *Die Krise des Historismus*, *Die Neue Rundschau*, XXXIII, 1922, I.P. 573

nalidade individual, constituindo, não, como antigamente, meios de libertação e de aperfeiçoamento desta personalidade, mas simples objectos de predação dela.

O individualismo é contemporâneo da progressiva interiorização, privatização, da vida. O individuo descobre-se desvinculado de qualquer ordem social, devendo, pelo contrário, as regras dispersas que vão animando esta, serem procuradas no individuo. Cada homem, uma ilha; cada casa, um castelo. Na nova sociedade, desordenada, desprovida de ordem natural, desvinculada de normas exteriores e superiores, “tudo” é privado, “tudo” é deixado à ordem e ao desejo individuais.

O social foi-se reduzindo, não a uma rede entrelaçada de vínculos entre humanos, mas a um conjunto desordenado de espaços, dentro dos quais cada um é livre de fazer aquilo que a sua vontade manda. Em cada um destes espaços, a *norma* é substituída pelo *desejo*, como nova e única categoria legítima, fundamentante de todos os actos dos indivíduos, não só em relação a si próprios como também (largamente) em relação aos outros. Emancipa-se assim a subjectividade, transformada em desejo, de qualquer vínculo natural, de qualquer constrangimento externo e, mesmo, dos limites ontológicos do corpo. A metafísica da possibilidade torna-se a metafísica da subjectividade, que termina por suprimir o próprio individuo desiderante. O *sujeito* acaba por desaparecer como sujeito, transformando-se no campo de acção do desejo que actua predatoriamente e consome a própria máquina desiderante que lhe serve de suporte. Depois da morte epistemológica de Foucault, chega-se à morte ontológica operada pelo mecanismo desiderante de Deleuze.

Na esfera de liberdade absoluta que assim lhe é reconhecida, o sujeito desiderante é transformado em senhor absoluto — ainda mais absoluto do que o soberano do antigo regime; pois, ao contrário deste, não é vinculado por qualquer norma moral. (1)

Esta concepção da vida em comum foi sendo posta em causa durante todo o século XX. Por motivos que não cumpre aqui ana-

(1) Sobre esta matéria, vd. Diogo Leite de Campos, Lições de Direitos da Personalidade, ao Curso de Pós-graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1992, III Lição.

lisar, o tecido social adensou-se de tal modo que o social deixou de ser o ponto de encontro instável do conjunto de vontades individuais, para passar a estar dotado de um espaço próprio, sujeito às suas leis particulares, com uma estrutura e uma dinâmica específicas — passou a existir.

O espaço de predação deixado, no âmbito social, no inter-relacionamento, ao desejo de cada um, foi sendo estreitado até desaparecer. O Direito Privado passou a assumir-se como Direito, carregado da intenção ética que é o seu fundamento — e, também, o limite e o sentido da “vontade” dos particulares ⁽¹⁾.

2. *Boa fé e abuso do direito (artigos 762.º e 334.º do Código Civil)*

A autonomia privada começou, assim, a ser considerada, mais como meio de colaboração, do que como instrumento de auto-governo dos interesses próprios. O contrato passou, pouco a pouco, a funcionar menos como um meio de estabelecer pacificamente relações de dominação, e mais como um processo de ordenar a solidariedade social.

Já no começo do século XX se escrevia que o contrato era o meio jurídico de actuação das prestações e dos serviços que alimentam o complexo social com vista à conservação e ao desenvolvimento da colectividade organizada ⁽²⁾.

Ao afirmar a prevalência do interesse geral, a doutrina começava, insensivelmente, a fundar a força obrigatória dos contratos, mais no seu reconhecimento legal, do que na soberania dos particulares. Reconhecimento que dependia da valoração da utilidade social atribuída aos fins abstractos prosseguidos pelos contraentes ⁽³⁾.

(1) Não esqueço, seguramente, o afirmar constante, verificado, sobretudo, no decurso dos últimos anos, do espaço “individual” como uma zona de predação sobre o próprio sujeito - objecto (e, ainda mais abertamente, sobre quem aí se encontra inserido (supostamente...) como o nascituro. (vd. Lições de Direitos da Personalidade, cits., loc. cit.)

(2) Cimbali, “La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria”, Studi di diritto civile, 1900, p. 33 e segs.

(3) Osti, “Contratto”, nos. 15-16, Nuovo Dig. It.

Esta valoração legal afastará os contratos predatórios e parasitários que nada mais traduzem do que o triunfo dos fortes ⁽¹⁾.

A lei entende dever proteger o contraente mais débil na realidade da vida, mesmo que o Direito lhe conceda um estatuto jurídico equivalente ao da contraparte. A defesa dos contraentes e a intervenção do interesse público são patentes em numerosas normas dos ordenamentos jurídicos modernos: a imposição da boa fé como norma de conduta contratual; a defesa do contraente economicamente mais débil nos contratos de adesão; protecção de terceiros, no caso de invalidade; exigência de que o interesse contratual seja digno de tutela; cognoscibilidade do erro, para que este releve; rescisão do contrato só no caso de a mora ou o erro assumirem uma determinada relevância na sua economia; resolução do contrato por excessiva onerosidade; etc.

Estes institutos visam três objectivos principais, por vezes prosseguidos simultaneamente:

A introdução da Justiça, objectivo fundamentante do Direito, no domínio negocial. É o caso, desde logo, da cláusula geral da boa fé determinando que cada uma das partes se comporte com justiça (artigo 762.º do Código Civil). Este instituto constitui a barreira genérica ao “desejo” predatório das partes.

Em zonas delimitadas, é também, naturalmente, esta a finalidade dos outros institutos.

Nesta sede, e como princípio normativo muito geral, de generalidade só abaixo do princípio da boa fé (do qual, aliás, decorre), há a sublinhar a proibição do *abuso do direito* (artigo 334.º do Código Civil). Este princípio constitui expressão da própria ideia de Direito ⁽²⁾, sendo uma das principais expressões jurídico-normativas de que os direitos apenas servem para se prosseguirem interesses legítimos, e não para se negarem interesses, tanto próprios como alheios, havendo necessária e natural subordinação da estrutura do direito à sua função ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Messina, “I concordati di tarifa nell’ordinamento giuridico del lavoro”, *Scritti giuridici*, 1948, IV, p. 3 e segs..

⁽²⁾ Castanheira Neves, *Questão-de-facto — Questão-de-Direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, I, A crise, Coimbra, 1967, p.528-9.

⁽³⁾ Cfr. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, dact., p.44 segs.

O princípio da proibição do abuso do direito decorre do princípio da boa fé, afirmei. Com efeito, “o lesado pode requerer o exercício moderado, equilibrado, lógico, racional do direito, que a lei confere a outrem” (1).

3. *A jurisdicização do procedimento negocial*

Outro objectivo prosseguido é o da “jurisdicização” de todas as fases do procedimento negocial. Como referi, há

pouco, mesmo antes do nascimento da obrigação, há um projecto que já merece a tutela do Direito. Dai, o relevo jurídico da fase pré-negocial, a atenção que os juristas lhe vêm dedicando de modo crescente.

Também, nesta matéria, o “completo” relevo jurídico da fase do cumprimento.

Não só pelo lado do devedor que deve cumprir; como na perspectiva do credor que não deve impedir ou dificultar o cumprimento (no que ainda se continuaria no discurso clássico); mais: numa renovada atenção aos deveres de solidariedade do credor para com o devedor: rescisão do contrato só no caso de a mora ou o erro assumirem um certo relevo na sua economia; resolução do contrato por alteração das circunstâncias; etc.

O aprofundamento do regime jurídico do contrato, estende-se, na mesma ordem de ideias, à fase do incumprimento. E a atenção do jurista foca-se, com crescente intensidade, no comportamento do credor nesta fase.

Passaram os tempos em que o devedor inadimplente passava para a propriedade do credor que poderia matá-lo, torturá-lo, como coisa sua, ou reparti-lo, espartilhado, pelos outros credores. E também já foi esquecida a época, ainda recente, da prisão por dívidas até ao cumprimento.

Hoje, só o património do devedor — todo o património, em princípio — está à disposição do credor.

(1) Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, anot. 7 ao art. 334.º

O património do devedor não é espaço de predação do credor. Este não pode dispor dos bens do devedor, como quiser, até sua completa satisfação. O credor — predador que “devora” todos os bens ao seu alcance, guardando a melhor parte e deixando os restos abandonados, é, hoje, (ou deve ser) figura do passado.

O credor insatisfeito que vem satisfazer o seu crédito sobre o património do devedor, está vinculado por normas jurídicas que fixam limites à sua acção. Limites internos (como a boa fé) e limite externos (como a proibição de causar danos ao devedor, para além da deslocação patrimonial necessária para satisfazer a sua pretensão).

Na fase do incumprimento, o credor continua vinculado perante o devedor, às solidariedade e colaboração que o vincularam até aí. Deverá limitar-se a usar os meios que o Direito lhe concede para se satisfazer na estrita medida do seu crédito, com o menor prejuízo possível para o devedor.

Exorbitando destes limites, cometeu actos ilícitos que geram obrigação de indemnizar.

Sublinharei que a crescente análise da posição do credor na perspectiva da sua responsabilidade contratual ou extra-contratual não se tem limitado à fase do não cumprimento do devedor.

4. *Aplicação*

Nas fases pré-contratual e contratual (antes do cumprimento ou não cumprimento) o credor, sobretudo o credor profissional (maxime, instituição financeira), tem sido tratado com rigor pela doutrina e pela jurisprudência.

O interesse do devedor (cliente do banqueiro) e de terceiros, credores do cliente do banqueiro, têm parecido dignos de particular atenção ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sobre esta matéria, vd., por todos, Diogo Leite de Campos, *La responsabilité du banquier pour la concession ou la non concession de crédit en Droit portugais*, em “*La responsabilité du Banquier*”, *Jornadas da Association, Henri Capitant, Paris, 1985*.

Assim, quando o crédito é concedido a uma empresa numa situação financeira muito difícil, ou aparentemente sem saída, permitindo-lhe manter artificialmente a sua actividade sem benefícios reais, o crédito é nocivo: envolve o agravamento do passivo da empresa, sem aumentar o seu activo. O saldo patrimonial da empresa torna-se negativo ou o seu “deficit” é agravado.

Tal sobrevivência pode causar danos aos credores da empresa: os direitos de crédito anteriores à concessão de crédito vêem diminuir a sua garantia constituída pelo património líquido da empresa; os credores posteriores à outorga do crédito poderão contratar com o devedor por causa da falsa aparência de solvabilidade criada pela concessão do crédito — ou, muito simplesmente, ser colocados na possibilidade material de o fazer por causa da sobrevivência da empresa devido ao crédito.

Em diversos Direitos (francês, italiano, suíço, etc.) a concepção de ilicitude é, assente sobre o dano, sobre o resultado do comportamento, e não sobre o comportamento, permite que o banco seja eventualmente obrigado a indemnizar os credores do seu cliente. E poderá, mesmo nos outros Direitos, como o português, perguntar-se se o banco não poderá ser obrigado a indemnizar desde que tenha concedido o crédito, sabendo que ia prejudicar terceiros, sendo indiferente a essa eventualidade, ou tendo-a descurado.

Também se tem acordado na responsabilidade do banqueiro quando este, ao conceder um crédito, actua como gerente de facto do seu cliente: exigindo do seu cliente um certo plano de gestão ou actos concretos de administração. Se este plano ou tais actos se revelarem prejudiciais para a empresa, contrários a uma gestão conscienciosa, o banqueiro será responsável para com o seu cliente.

O banqueiro — como, aliás, qualquer outro “profissional” — tem deveres agravados na fase pré-contratual. Suponha-se que o banco, tendo apresentado condições que o cliente satisfaz, recusa o crédito, ou não o concede num prazo razoável. Será responsável pelos danos causados.

A ausência de resposta por parte do banco, no prazo corrente para as operações em causa, é equivalente à recusa não justificada. Se o interesse do cliente desaparece durante o período de espera, demasiadamente longo, o banco será responsável.

A imposição de condições extraordinárias, abusivas, representará uma violação da boa fé.

Tudo exemplos a corroborarem a nova perspectiva das relações entre o credor e o devedor.

Mas, voltemos ao núcleo da responsabilidade civil do credor na fase do não-cumprimento.

II

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CREDOR NA FASE DO NÃO-CUMPRIMENTO.

Os princípios normativos que orientam esta matéria, enunciá-los há pouco.

A análise que se segue, divide-se em duas partes: a constituição e o exercício das garantias por parte do credor; a actuação do credor a quando do processo de falência do devedor.

5. A constituição e o exercício das garantias por parte do credor.

5.1. Constituição de garantias pessoais.

Tendo-se constituído uma garantia independente (garantia bancária “at first demand”, por ex.) o credor dirigir-se-à contra o garante no caso de incumprimento do devedor. Sucederá que o garante não possa opor ao credor quaisquer meios de defesa derivados das suas relações com o devedor, ou deste com o credor.

Suponha-se que o devedor não cumpriu justificadamente; e, apesar disso, o garante teve de cumprir em seu lugar, o que envolveu para o devedor a obrigação de o reembolsar e (eventualmente), uma indemnização ou sanção.

Nesta hipótese, não só o credor deverá reembolsar o devedor do que este dispendeu, acrescido de juros de mora, como indemnizá-lo dos outros danos que tenha sofrido: danos não-patrimoni-

ais; prejuízos sofridos com a diminuição do seu crédito junto da banca e com a lesão do seu bom nome comercial; etc. (1)

5.2. *Escolha de executar uma certa garantia em vez de outra.*

Em princípio, o credor pode escolher executar a garantia que lhe pareça mais favorável: uma hipoteca em vez de uma fiança; um penhor, em vez de um seguro caução; etc. Mas, também aqui há limites ao direito de escolha do credor. Este pode abusar do seu direito, escolhendo uma certa garantia com dolo ou negligência, não actuando, de qualquer modo, como uma pessoa sensata, e causando dano ao devedor.

Para além de ver limitado o seu direito através do instituto do abuso do direito, deverá indemnizar o devedor dos danos que lhe tenha causado (2).

5.3. *A constituição de garantias desproporcionadas com o débito.*

Devendo o interesse do credor ao seu crédito existir e ser digno de protecção legal, idêntico interesse deve ser exigido na constituição de garantias. Estas devem ser proporcionais ao crédito, acrescido eventualmente de juros de mora vincendos em medida razoável e das penalidades estipuladas.

Garantias excessivas encontrarão os obstáculos de falta de interesse do credor e, eventualmente, da violação do dever de boa fé na negociação. Envolvendo obrigação de indemnizar a cargo do credor. Suponha-se que, em virtude da constituição de uma garan-

(1) Vd. H. Stumpf, *The German View*, in *Performance Bonds and contract Guarantees*, IBA and Int. Business Law and Pract. Seminar, Paris, 1982, p. 70; Paris, 20.06.1984, D. 1985, I.R. 241, nota de M. Vasseur, e *Rev. Trim. dr. com.*, 1985, p. 548, nota de M. Cabrillac e B. Teyssié; P. Simler, *Garanties autonomes*, J. CL. CIV. 1988, n.º 132; M. Rubino Sammartano, *The Italian guarantees*, loc. cit., p. 59 e segs.; *Rockwell International Systems Inc. V. Citibank N.A. and Bank Tejarat*, U.S. Court of appeals, 2 nd circ., 11.10.1983, in *International Banking law*, Jan. 1984, p. 84; etc.

(2) Vd. M. Cabrillac e C. Mouly, *Droit des Sûretés*, Paris, 1990, nos. 271 e 275.

tia pessoal excessiva, o devedor vê o seu crédito bancário muito limitado.

5.4. *Constituição de garantias demasiadamente onerosas para o devedor.*

Sucedará, eventualmente, que o credor, aproveitando-se da situação do devedor, tenha exigido a constituição de garantias demasiadamente onerosas para o devedor: impondo-lhe, por ex., a constituição de uma hipoteca sobre a casa de morada da sua família, em vez de um penhor sobre uma obra de arte.

Pretendendo agora executar essa hipoteca, privará o devedor da sua habitação.

O princípio da boa fé e o do incumprimento dos contratos por motivo de excessiva onerosidade (este aplicado por analogia) permitirão ao devedor substituir a hipoteca por outra; ou dar à penhora outros bens.

E, entendendo-se que houve, na constituição de garantia, violação do princípio de boa fé, o credor deverá indemnizar o devedor dos danos que este tenha sofrido (custos da constituição da garantia; imobilização do bem; etc.).

5.5. *A redução da cláusula penal.*

O Código Civil de 1867 não previa a possibilidade de redução judicial de uma cláusula penal excessiva (¹).

O primeiro sinal de um movimento legislativo contrário, foi dado pelo Decreto-lei 21. 730 de 14 de Outubro de 1932, ao limitar a liberdade de fixação do montante da cláusula penal em matéria de contratos de mútuo e equiparados.

(¹) Sobre a redução da cláusula penal, vd. António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, 1990, págs. 717 e segs.

Foi o Código Civil de 1966 que veio permitir, em geral, que o tribunal reduza, de acordo com a equidade, penas manifestamente excessivas, ainda que por causa superveniente (artigo 812.º).

Se o montante da cláusula penal era manifestamente excessivo no momento em que foi fixado, em termos de se entender que o credor não agiu de boa fé; que não actuou como pessoa sensata, atenta à justiça da relação; e causou prejuízos ao devedor; — verificam-se os pressupostos da obrigação de indemnizar o devedor.

Se o carácter excessivo da cláusula penal é superveniente, o credor só será obrigado a indemnizar o devedor se, posto perante a proposta deste para reduzir a cláusula penal, se negou, em violação dos ditames da boa fé.

5.6 — Nomeação de bens à penhora

Acontece a lei diferir para o credor a nomeação à penhora de bens do devedor.

Nestas situações, o credor terá a faculdade de escolher os bens que melhor lhe pareça poderem luar, rápida e completamente, à satisfação do seu crédito.

Não se trata, porém, naturalmente, de um poder absoluto, ilimitado e incontrolável.

Existe, certamente, um interesse do credor, não só à escolha dos bens mais mobilizáveis e mais facilmente vendáveis; correlativo ao interesse à celeridade do processo, à satisfação rápida do seu crédito.

Mas, observados estes critérios, pode ser que o credor tenha abusado do seu direito.

Suponha-se que nomeou bens que uma pessoa sensata e razoável, atenta aos seus interesses, mas também aos do devedor, integrantes da justiça da relação — não nomearia. A dívida era de um milhão de escudos. E o credor, em vez de nomear um terreno para construção, bem localizado, de valor de mercado de três milhões de escudos, nomeou a casa de habitação do devedor, no valor de sessenta milhões de escudos.

Há aqui um abuso de direito, um não fazer caso dos interesses legítimos do devedor.

Nestas hipóteses, não só os bens devem ser substituídos, como o devedor será indenizado dos danos patrimoniais e não patrimoniais que tenha sofrido pelo comportamento culposo do credor.

Sucedará, também, o credor nomear bens cuja alienação envolve para o devedor prejuízos superiores à alienação de outros. Será o caso de o credor nomear à penhora um terreno onde o devedor pretendia construir uma casa — já com plano aprovado em vez de outro, rústico, de idêntico valor e idêntica possibilidade de ser vendido.

Não haverá, pois, interesse digno de tutela do credor à escolha daquele bem; podendo ser substituído.

6. *A responsabilidade do credor a quando da falência do devedor.*

6.1. *A fase das negociações*

Tem vindo a merecer particular atenção da doutrina e da jurisprudência em diversos ordenamentos jurídicos a análise do comportamento do credor a quando da falência e, sobretudo, do processo que conduz à falência, do devedor ⁽¹⁾

Nesta matéria, o credor pode incorrer em responsabilidade civil, tanto perante o devedor, como para com os outros credores deste.

Sucede, na realidade quotidiana, os credores estarem envolvidos em (longas e complicadas) negociações com o devedor inadimplente no sentido de obterem um acordo que leve à satisfação dos seus créditos. E, inopinadamente, um dos credores envolvidos na negociação, põe em causa o “iter” negocial, a linha das discussões havidas, revendo os pontos de partida, os resultados a atingir e, eventualmente, os pontos de acordo já alcançados.

Acontecerá, também, que um dos credores abandone as negociações, desencadeando, eventualmente, o processo de falên-

⁽¹⁾ Por todos, vd. Jean Olivier, *Le créancier et la faillite du débiteur* (t.), Paris, 1979.

cia do devedor; violando, deste modo, a sua declaração de vontade *tácita*, em como não pediria a declaração de falência do devedor. Ou alcançando, com o devedor um acordo separado, benéfico para si próprio, mas prejudicial para os outros credores.

Esta situação de facto é análoga à subjacente ao instituto da responsabilidade pré-contratual, merecendo tratamento jurídico idêntico.

Se o credor violou o dever da boa fé, será obrigado a indemnizar: não só o devedor como os próprios concredores. Se criou neles (devedor e credores) uma legítima confiança na continuação das negociações, em conjunto com os outros credores, e as rompeu sem razão séria, deverá indemnizar pelos danos causados por este rompimento.

Do mesmo modo, se abandonou as negociações conjuntas para celebrar um acordo com o devedor, quebrando, sem motivo sério, a relação de confiança que se estabelecera, deverá indemnizar os concredores participantes nessas negociações.

Situação análoga será a de o credor não participar nas negociações, porque não quis. Embora conheça o seu andamento, por iniciativa própria ou dos outros credores. E desencadear o processo de falência do devedor, quando tudo permitia esperar que tais negociações chegassem ao fim, com satisfação dos créditos de todos.

Aqueles comportamentos do credor, revelariam uma aceitação *tácita* das negociações; o comportamento subsequente poderá significar uma violação do dever de boa fé para com os outros credores, e conseqüente obrigação de indemnizar para com estes, e o próprio devedor, que contaria razoavelmente com a passividade do credor em causa.

6.2. *A declaração de falência*

Finalmente, há que referir uma situação “clássica” que não parece nunca ter levantado dúvidas entre os autores e os tribunais que dela se ocupam ⁽¹⁾, talvez por ultrapassar largamente o domf-

(1) Para uma resenha de direito comparado, vd. aut. ob. cits, p. 127 e segs

nio da boa fé ou do abuso do direito para se situar no campo da responsabilidade civil extra-contratual, por facto ilícito.

É a seguinte: o credor promove a declaração de falência do devedor alegando que este não dispõe de bens suficientes para, com eles, satisfazer os seus débitos. E baseia as suas afirmações em pretensa inexistência de bens do devedor, ou num elenco de bens que permitem a conclusão de tal insuficiência.

Verifica-se, porém, que os elementos fornecidos pelo credor eram errados ou insuficientes: o devedor dispunha de mais bens do que os indicados — ou os bens indicados eram de valor superior ao referido pelo credor. Em termos de serem aparentemente suficientes para satisfazer as dívidas em causa.

Prova-se, também, que o credor agiu com dolo ou negligência: não se preocupou em realizar as necessárias indagações sobre a situação patrimonial do devedor. Deveria ter requerido, por ex., certidões das conservatórias do Registo Predial das zonas em que o devedor exercia a sua actividade; obtido cópia dos relatórios e contas da sociedade devedora; requerido ao Tribunal um exame à escrita do devedor que lhe permitiria, por ex., subrogar-se em créditos deste; etc. E limitou-se a uma certidão da Conservatória do Registo Predial da sede da sociedade devedora — ou a nem isso.

Este comportamento integrará negligência, se o credor não pensou em realizar as diligências necessárias para se assegurar completamente da situação patrimonial do devedor. E dolo, se o credor omitiu essas diligências ou não comunicou os seus resultados, conscientemente. Ou se, apesar da prova em contrário produzida pelo devedor, manteve o pedido de declaração de falência.

Daqui resultarão eventualmente graves prejuízos para o devedor, inerentes à falência (ou à acção destinada a esse fim): paralisação da sua actividade; imobilização dos bens; perda de crédito; etc. Prejuízos pelos quais será responsável o credor.

O credor também será responsável, quanto aos outros credores, pelos prejuízos causados a estes pela falência do devedor — ou pelos danos que estes tenham sofrido, directamente, ou “indirectamente”, por causa dos experimentados pelo devedor, na tentativa de declaração de falência do devedor.