

O DIREITO

Ano 154.º (2022), I

Diretor

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 154.º (2022), I

Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Diretores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Maria João Galvão Teles

Consulta e Estatuto Editorial

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/o-direito/243/248/1/12>

Publicação: trimestral

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Propriedade: Instituto de Direito Privado – IDP e Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa

NIPC 513319425/506512495

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

Editorial	5
---------------------	---

DOCTRINA

JORGE MIRANDA

<i>Recordando a Constituição de 1822</i>	9
--	---

PEDRO DE ALMEIDA CABRAL

<i>Solidariedade passiva como garantia pessoal</i>	19
--	----

HUGO LUZ DOS SANTOS

<i>Administração de facto indirecta (através de credores controladores) e responsabilidade penal das pessoas colectivas: sugestões para o legislador do futuro</i>	77
--	----

A. BAIÃO-PINTO

<i>Ensino e Cidadania – Subsídios histórico-jurídicos para a compreensão e o enquadramento da Educação para a Cidadania em Portugal</i>	137
---	-----

FÁBIO NAVE MOREIRA

<i>O IMT e a isenção pela aquisição de prédios para revenda</i>	167
---	-----

JÉSSICA VITÓRIA MELO GONÇALVES

<i>O sigilo bancário – Conceito e derrogação pela Administração Tributária</i>	185
--	-----

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de publicação	213
-----------------------------------	-----

EDITORIAL

Tal como 2021, 2022 está a ser marcado pela pandemia de Covid-19, pelo drama das migrações, pela timidez das medidas para o combate à degradação climática, pela instabilidade das relações internacionais, agravadas pela tragédia da invasão da Ucrânia, pelo drama das migrações. E, em Portugal, pelas deficiências dos sistemas administrativo e judicial.

2022 vai continuar, pois, a trazer muitas dificuldades nos mais diversos domínios da vida coletiva, com incidências inevitáveis tanto nas decisões políticas como nas decisões da Administração e de tribunais. Sente-se bem a necessidade de reformas que permitam, sem se afetarem direitos fundamentais, acelerar os procedimentos e os processos.

Como sempre tem sucedido, *O Direito* propõe-se acompanhar as vicissitudes legislativas e a jurisprudência, através de artigos doutrinários, de pareceres e de outros textos adequados.

DOCTRINA

Recordando a Constituição de 1822

JORGE MIRANDA

SUMÁRIO: 1. *As Cortes Constituintes e a elaboração da Constituição.* 2. *Fontes e projeto.* 3. *Direitos fundamentais.* 4. *A união real luso-brasileira.* 5. *Forma e sistema de governo.* 4. *Vigência.*

1. As Cortes Constituintes e a elaboração da Constituição

Elaborada na sequência da Revolução de 1820, a Constituição de 1822¹ foi obra das Cortes Constituintes eleitas em Portugal, no Brasil e nos territórios portugueses da África e da Ásia, de acordo com uma regra de proporcionalidade entre o número de eleitores e o número de Deputados a eleger – o que era bem significativo do princípio da igualdade de direitos e do conceito de Nação que os homens de 1820 adotavam^{2 3}.

¹ Sobre a Constituição de 1822, especificamente, v., FAUSTINO JOSÉ DA MADRE DE DEUS, *A Constituição de 1822 Comentada e Desenvolvida na Prática*, Lisboa, 1823 (crítica sistemática, na análise artigo a artigo); JOSÉ LIBERATO FREIRE DE CARVALHO, *Essai historique-politique sur la Constitution et le Gouvernement du Royaume de Portugal*, Paris, 1930, págs. 247 e segs.; SILVESTRE PINHEIRO-FERREIRA, *Breves observações sobre a Constituição Política da Monarquia Portuguesa*, Paris, 1837; MÁRIO SOARES, *Constituição de 1822*, in *Dicionário de História de Portugal*, I, 1963, págs. 673 e segs.; JOSÉ TENGARRINHA, *Manuel Fernandes Tomás – A Revolução de 1820*, Lisboa, 1974; JAIME RAPOSO COSTA, *A teoria da liberdade – Período de 1820 a 1823*, Coimbra, 1976; TELMO DOS SANTOS VERDELHO, *As palavras e as ideias na Revolução Liberal de 1820*, Coimbra, 1981; MARIA HELENA CARVALHO DOS SANTOS, «*A maior felicidade do maior número*». Bentham e a Constituição Portuguesa de 1822, in *O liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*, págs. 91 e segs.; ANA MARIA FERREIRA DA SILVA, *De Rousseau ao imaginário da Revolução de 1820*, Lisboa, 1988, págs. 69 e segs.

² Cf. MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA, *Movimento constitucional e separatismo no Brasil – 1821-1823*, Lisboa, 1988, págs. 44 e segs.

³ Pelo Brasil foram eleitos 69 Deputados, dos quais 46 tomaram assento nas Cortes de Lisboa. Cf. M. E. GOMES DE CARVALHO, *Os Deputados Brasileiros nas Cortes Gerais de 1821*, Porto, 1912.

2. Fontes e projeto

I – A Constituição de 1822 tem por fonte direta e principal a Constituição de Cádiz⁴, e, através dela ou subsidiariamente, as Constituições francesas de 1791 e 1795.

Na sua origem acham-se, portanto, grandes linhas de constitucionalismo francês, atenuadas ou interpretadas, na linha de utilitarismo de Bentham (que chegou a ter correspondência direta com as Cortes portuguesas), com procura do equilíbrio entre o poder do Estado e os direitos e deveres individuais⁵.

II – Apesar de a Constituição de Cádiz e de a Constituição portuguesa serem muito próximas, não deixa de haver diferenças assinaláveis entre elas:

- 1.º) Na Constituição de Cádiz, apenas se encontram preceitos sobre direitos (artigo 4.º) e sobre deveres (artigos 6.º a 8.º)⁶, e não um título autónomo como na portuguesa;
- 2.º) Na Constituição espanhola não se consagra em termos gerais a igualdade; ela é consagrada em Portugal (artigo 9.º);
- 3.º) Na Espanha, admitem-se foros especiais para eclesiásticos e militares (artigos 9.º e 250.º); não em Portugal (artigo 9.º, 2.ª parte);
- 4.º) Na Espanha só se admite a religião católica (artigo 12.º); em Portugal permite-se aos estrangeiros o exercício particular dos respetivos cultos (artigo 25.º);
- 5.º) A forma de governo é a monarquia *moderada* hereditária em Espanha (artigo 14.º) e a monarquia *constitucional* hereditária em Portugal (artigo 29.º);
- 6.º) Na Constituição espanhola, ao invés da portuguesa, não se fala em poderes legislativo, executivo e judicial;
- 7.º) O poder executivo cabe em Espanha ao Rei, só (artigo 16.º) e, em Portugal ao Rei e aos Secretários de Estado (artigo 30.º);
- 8.º) O sufrágio para eleição das Cortes é universal, mas indireto em Espanha (artigos 35.º e segs.), e com algumas incapacidades (artigo 33.º), mas direto em Portugal (artigos 37.º e segs.);

⁴ Cfr., por todos, *La Constitución de Cádiz*, obra coletiva, Caracas, 2004. Por curiosidade, recorde-se que a Constituição de Cádiz chegou a ser posta em vigor no Brasil pelo Decreto de 21 de Abril de 1821 (revogado no dia seguinte...). E também em Nápoles e no Piemonte, por essa altura, se quis aplicá-la.

⁵ V. MARIA HELENA CARVALHO DOS SANTOS, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 92 e 95 e segs.

⁶ Cfr. ANTÓNIO ENRIQUE LUÑO, *Los derechos fundamentales en la Constitución de Cadiz de 1812*, in *Anuário de Derechos Humanos*, 2, Março de 1983, págs. 349 e segs.

- 9.º) A Constituição de Cádiz proíbe a reeleição dos Deputados (artigo 110.º), não a portuguesa (artigo 36.º);
- 10.º) A liberdade de imprensa tem mais garantias na Constituição de Cádiz (artigos 131.º, n.º 24, e 371.º) do que na nossa (artigos 7.º e 8.º);
- 11.º) A Constituição espanhola admite duas devoluções da lei às Cortes em caso de veto do Rei (artigo 148.º), a portuguesa só uma (artigo 110.º);
- 12.º) Na Constituição de 1812 não há representação paritária das províncias da Europa e do ultramar no Conselho de Estado (artigo 232.º), ao invés do que sucede na Constituição de 1822 (artigo 162.º);
- 13.º) A Constituição espanhola é muito mais extensa (384 artigos) do que a portuguesa (240 artigos).

III – Visa-se, no essencial, criar instituições políticas moldadas pelo constitucionalismo emergente da Revolução francesa, ainda que sem romper (ou parecer romper) com as tradições nacionais: daí a referência preambular «ao restabelecimento e à reforma das leis fundamentais da monarquia»⁷, a invocação da Santíssima Trindade, o estatuto da religião católica e a manutenção da Casa de Bragança^{8 9}. Ao mesmo tempo, adota-se uma linha económico-social bastante moderada¹⁰.

Escusado será descrever as dificuldades da empresa – condenada pelo seu avanço em relação ao ambiente da época e do país, pela radicalização de partidários e adversários, pela debilidade da burguesia mercantil em que deveria encontrar apoio e pela secessão do Brasil. As principais medidas de transformação da economia e da sociedade portuguesa viriam a ser adotadas dez anos mais tarde, por Mouzinho da Silveira (abolição dos dízimos e dos forais, separação de funções administrativa e judicial) e a Constituição de 1822 tornar-se-ia apenas símbolo de um ideal bem longe de ser alcançado¹¹.

⁷ Cfr. as observações de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, págs. 139-140.

⁸ Sobre a revolução de 1820 e a religião, cfr. JOSÉ EDUARDO HORTA CORREIA, *Liberalismo e Catolicismo – O problema congregacionista (1820-1823)*, Coimbra, 1974, págs. 15 e segs.

⁹ A tendência evocativa e recuperadora com que o movimento vintista se apresentava não se podia identificar com conservantismo; era uma estratégia da sua própria legitimação, que aliás estava de acordo com o vocábulo *Regeneração* (MARIA CÂNDIDA PROENÇA, *op. cit.*, pág. 114).

¹⁰ Cfr. JOSÉ LUÍS CARDOSO, *A legislação económica do vintismo: economia política e política económica nas Cortes Constituintes*, in *Análise Social*, n.ºs 112-113, 1991, págs. 471 e segs.

¹¹ Cfr. as observações, por exemplo, de JOAQUIM TOMÁS LOBO D'ÁVILA, *Estudos de Administração*, Lisboa, 1874, pág. 39.

IV – O processo constituinte compreendeu dois momentos: primeiro, foram definidas as «Bases da Constituição» e só muito depois (até porque as Cortes eram também ordinárias) viriam a ser elaborados e redigidos os preceitos constitucionais.

As «Bases» foram aprovadas por Decreto de 9 de março de 1821, vindo a servir de orientação para os trabalhos da Assembleia e também de Constituição, provisoriamente, e, tendo sido, por isso, juradas pelo Rei e por todas as autoridades tanto em Portugal como no Brasil. Eram trinta e sete princípios, agrupados em duas secções, uma sobre «Direitos individuais dos Cidadãos» e outra sobre «a Nação Portuguesa, sua Religião, Governo e Dinastia».

Mais nenhuma Assembleia Constituinte portuguesa voltaria a usar técnica idêntica.

3. Direitos fundamentais

I – A Constituição dedica o seu título i – os seus primeiros 19 artigos – aos «Direitos e deveres individuais dos portugueses». É a única Constituição portuguesa que o faz e pode presumir-se que esse título vem a corresponder, na intenção dos constituintes, a qualquer das declarações de direitos francesa¹². Não se esgota, porém, aí o tratamento da matéria.

Como notas principais registem-se:

- a) O tom proclamatório (ou definitório) de algumas das fórmulas;
- b) O relevo conferido ao princípio da igualdade (artigos 9.º e 12.º);
- c) A ligação entre direitos e deveres e entre liberdade e lei (artigos 2.º e 19.º, deste constando uma verdadeira enumeração de deveres)¹³;
- d) O desenvolvimento emprestado às garantias (nesse título, no do poder judicial e no da fazenda nacional), em contraste com o relativo apagamento das liberdades (de que apenas se preveem a liberdade de expressão – mas com censura eclesiástica à imprensa – a liberdade de culto particular de estrangeiros e, no artigo 239.º, a liberdade de ensino);
- e) A humanização do Direito penal, com a afirmação do princípio da proporcionalidade (artigos 10.º e 11.º, 1.ª parte) e com a proibição da tor-

¹² Cfr. CARLOS NEVES DE ALMEIDA, *Os direitos fundamentais nos Constituintes de 1821-1822*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1989, págs. 411 e segs., e 1990, págs. 313 e segs.; e nesta Constituição e nas outras Constituições liberais, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, I, Coimbra, 2006, págs. 311 e segs.

¹³ Cfr. INOCÊNCIO ANTÓNIO DE MIRANDA, *O Cidadão Lusitano*, Lisboa, 1822, págs. 49 e segs.

- tura, da infâmia, do baraço e pregão, da marca de ferro quente e de todas as penas cruéis ou infamantes (artigo 11.º);
- f) A humanização do Direito penitenciário, devendo as cadeias ser «seguras, limpas e arejadas» e servir «para a segurança, e não para o tormento dos presos» (artigo 208.º) e prevendo-se visitas em que nenhum preso deixaria de ser apresentado (artigo 209.º);
 - g) A necessidade de fundação de escolas, hospitais, casas de misericórdia e outros estabelecimentos de assistência (artigos 237.º, 238.º e 240.º), preludiando incumbências do Estado nos domínios da educação e da saúde¹⁴;
 - h) O sentido precursor das preocupações ecológicas, ao cometer-se às câmaras municipais a tarefa de plantio de árvores (artigo 223.º, v).

II – A Constituição, na linha do Iluminismo, ordena a criação «em todos os lugares do reino onde convier», de «escolas suficientemente dotadas em que se ensine a mocidade Portuguesa de ambos os sexos a ler, escrever e contar e o catecismo das obrigações religiosas e civis» (artigo 237.º) e de estabelecimentos de ensino das ciências e das artes (artigo 238.º)¹⁵. De realçar a referência a *ambos os sexos*.

Mas a importância que atribui à educação leva-a também a ligar o gozo de direitos políticos à posse de habilitações literárias, por meio de uma cláusula de sufrágio sob condição resolutiva, destinada a incentivar a alfabetização. Donde, a norma do artigo 33.º, vi, segundo a qual deixam de ter direito de voto «os que para o futuro, em chegando à idade de vinte e cinco anos completos, não souberem ler e escrever, se tiverem menos de dezassete quando se publicar a Constituição».

III – Ao arrepio das concepções cristãs e liberais, o texto constitucional pressupõe a aceitação da escravatura em mais de um preceito (mas por causa do ultramar): artigos 21.º, iv, 35.º, vii, e 37.º

O mesmo fariam a Carta Constitucional (artigo 67.º, § 2.º), a Constituição de 1838 (artigos 6.º, vii, e 73.º, iii) e o Ato Adicional à Carta de 1852 (artigo 6.º, iii).

¹⁴ Em contrapartida, quando a Constituição fala em *corporações* ou entes coletivos contrapostos aos indivíduos, nos artigos 26.º e 225.º, aí não se trata de quaisquer antecedentes da consideração de direitos institucionais.

¹⁵ Cfr. LUÍS REIS TORGAL e ISABEL NOBRE VARGUES, *A revolução de 1820 e a instrução pública*, Porto, 1984.

Todavia, pensada ainda para o Brasil, a Constituição incumbe as Cortes e o Governo de terem «particular cuidado» na «civilização dos Índios» (artigo 240.º).

4. A união real luso-brasileira

I – O Príncipe Regente havia tomado, em 1807, a decisão de transferir a Corte para o Brasil, para escapar à invasão francesa e, assim, manter (ao contrário do que iria suceder com a Espanha e com outros países) a independência portuguesa. E, desde a sua chegada, tinha transferido ou criado todo um conjunto de instituições próprias de uma estrutura estatal: Desembargo do Paço, Conselho de Estado, Casa da Suplicação, Mesa da Consciência e das Ordens, Junta Central do Comércio, Intendência Geral de Polícia, Banco do Brasil.

A elevação do Brasil à categoria de Reino, em 1815, por D. João viria, depois, a ser resposta tanto a aspirações que nele se faziam sentir como a exigências de política externa, tendo em conta os princípios de legitimidade monárquica que o Congresso de Viena e a Santa Aliança professavam¹⁶. Surgia, assim, o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves¹⁷.

II – A Constituição de 1822 mantém esta união real luso-brasileira, estabelecendo que a Nação Portuguesa é «a união de todos os portugueses de ambos os hemisférios» (artigo 20.º), e instituindo um sistema complexo de organização do poder.

Órgãos comuns do Reino Unido são o Rei, as Cortes e o Conselho de Estado. Na composição das Cortes atende-se à população – um Deputado, em cada divisão eleitoral, por trinta mil habitantes livres (artigo 37.º). Já na Deputação Permanente que ela elege (artigo 117.º) e no Conselho de Estado (artigo 162.º), este prefigurando uma espécie de Senado federal, se estabelece uma representação paritária das províncias da Europa e das do ultramar¹⁸.

No Brasil há uma Delegação do Poder Executivo (artigos 128.º e segs.), confiada a uma Regência com cinco membros nomeados pelo Rei, ouvido o Conselho de Estado, e dos quais um seria Secretário dos negócios do reino e

¹⁶ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, II, 6.ª ED., Lisboa, 1972, págs. 418 e 419.

¹⁷ Sobre o conceito de união real, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, III, 6.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 288 e segs.

¹⁸ Seis Conselheiros pelas províncias da Europa, seis pelas do Ultramar e o décimo terceiro da Europa ou do Ultramar, como decidisse a sorte.

fazenda, outro dos da justiça e eclesiásticos e outro dos da guerra e marinha. Existem também um Supremo Tribunal de Justiça (artigo 193.º) e um Tribunal Especial para a Liberdade de Imprensa (artigo 8.º).

Mas esta união real – talvez a primeira formalizada numa Constituição de tipo francês – deveria ter-se por imperfeita, por faltar, pelo menos, uma assembleia eletiva que funcionasse junto dos órgãos do poder executivo brasileiro.

Nas Cortes Constituintes tinham-se, de resto, tornado notórias e difíceis as divergências de entendimento sobre a união. Ao passo que os Deputados portugueses temiam pela indivisibilidade da monarquia e não compreendiam o alcance do estatuto do Brasil como reino¹⁹, os Deputados brasileiros almejavam extrair dele todas as consequências (*v. g.*, a alternância da sede da Realeza ou o exercício da função legislativa).

Uma comissão de Deputados brasileiros, designada pelo presidente das Cortes, apresentou «artigos adicionais à Constituição relativos ao Brasil», em que se previam assembleias legislativas separadas para Portugal e para o Brasil e Cortes Gerais para os interesses comuns, compostas de 50 representantes (25 de cada reino)²⁰. O projeto não foi aceite pelos Deputados portugueses²¹.

5. Forma e sistema de governo

I – A Constituição de 1822 consigna uma estrita forma de governo representativo: «A soberania reside essencialmente na Nação»; porém, «não pode ser exercitada senão pelos seus representantes legalmente eleitos» (artigo 26.º).

Daí que somente à Nação (isto é, ao povo) pertença fazer *pelos seus Deputados juntos em Cortes* a sua Constituição (artigo 27.º); e que a lei seja a vontade dos cidadãos *declarada pela unanimidade ou pluralidade dos votos de seus representantes juntos em Cortes, precedendo discussão pública* (artigo 104.º)²²; e que a autoridade do Rei provenha da Nação (artigo 121.º).

¹⁹ Logo à partida, as «Bases da Constituição» aprovadas antes da chegada a Lisboa dos Deputados brasileiros, tinham ignorado o Reino Unido.

²⁰ V. o texto in *Diário das Cortes Constituintes*, vol. 6.º, págs. 558 e 559.

²¹ Cfr. PAULO OTERO, *O Brasil nas Cortes Constituintes de 1821-1822*, in *O Direito*, 1988, págs. 399 e segs.; FERNANDO CATROGA, *A geografia dos afectos pátrios*, Coimbra, 2013, págs. 290 e segs.

²² Cfr. o discurso de MANUEL FERNANDES TOMÁS na sessão de 10 de Agosto de 1821 (*Diário das Cortes*, 1821, págs. 1849-1850): «O direito que tem a nação quando elege os deputados é o direito que compete a cada um dos cidadãos individualmente, mas não é exercício da soberania, porque não legisla, não executa as leis, não julga, nem administra. O exercício de direitos de soberania nunca pode estar coletivamente na nação; ela elege os seus representantes para exercitarem a soberania, pois que ela a

Apesar de não se estabelecerem diretamente requisitos de caráter censitário, há incapacidades derivadas da condição social das pessoas que tornam o sufrágio restrito²³.

II – A monarquia transforma-se em «monarquia constitucional hereditária, com leis fundamentais, que regulam o exercício dos três poderes» (artigo 29.º).

O poder legislativo compete à Assembleia unicameral e o poder executivo ao Rei, assistido pelo Conselho de Estado e por Secretários de Estado. É a realização do princípio da separação dos poderes – mas com supremacia das Cortes, pelo seu caráter mais democrático, pela sua estrutura e pelo regime das suas relações com o Rei. Ao Rei não é dado poder de sanção das leis (embora a Constituição empregue esse termo), só de veto, e veto puramente suspensivo, superável pela mesma maioria da primeira deliberação (artigo 110.º)^{24 25}; preveem-se promulgação tácita ao fim de certo tempo e a possibilidade de ultrapassagem da recusa (artigo 114.º); não há veto das leis de revisão e das decisões políticas das Cortes (artigo 112.º); tão pouco existe poder de dissolução.

O Rei deve ouvir o Conselho de Estado nos negócios graves, em particular sobre o veto, a guerra e a paz e os tratados (artigo 167.º)²⁶. Todos os decretos do Rei devem ser assinados (referendados) pelos Secretários de Estado (artigo 161.º)²⁷.

No tocante ao poder judicial, consagra-se a figura do juiz *letrado* ou de carreira, dotado de garantias de inamovibilidade (artigos 179.º e 182.º e segs.).

não pode exercitar por si coletivamente; portanto, não podemos chamar ato de soberania ao direito que compete a cada um dos cidadãos para nomear os seus representantes».

²³ Contra, MANUEL FERNANDES TOMÁS, discurso na sessão de 19 de Abril de 1822 (*ibidem*, pág. 881): «O Congresso, privando os trabalhadores de votarem nas eleições, irá pôr a nação portuguesa em pior estado do que estava antes de se estabelecerem as eleições diretas; por este modo, qualquer cidadão português não gozará de direitos mais precisos que o homem pode ter na sociedade que é o de escolher aquele que o há-de representar. Se se admite o rico a votar, por que há-de ser excluído o que não tem nada?».

²⁴ Cfr. MANUEL FERNANDES TOMÁS, discurso na sessão de 26 de Fevereiro de 1821 (*Diário das Cortes*, 1821, págs. 161-163): «Dar ao rei o veto absoluto serviria de dano à nação, porque estorvaria a marcha da nossa reforma».

²⁵ Sobre a questão do veto real, v. JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, pág. 53, nota; MARGARIDA SALEMA, *O direito de veto na Constituição de 1976*, Braga, 1980, págs. 8 e 9.

²⁶ O Conselho de Estado não é, de resto, apenas órgão consultivo. Cabe-lhe também propor ao Rei as pessoas para os lugares da magistratura e para os bispados (artigo 168.º).

²⁷ Como observou OLIVEIRA MARTINS (*Política e História*, I, na edição de Guimarães Editores, Lisboa, 1957, pág. 90), a monarquia não entra na Constituição de 1822 como um elemento; é apenas uma tradição, uma instituição, a que por conveniência se conserva, uma vida que não é vida.

III – Não se trata de um sistema parlamentar, por causa desse regime de separação e porque os Secretários de Estado são nomeados e demitidos livremente pelo Rei (artigo 123.º-ii), e perante ele responsáveis (artigo 131.º); a sua responsabilidade perante as Cortes dá-se apenas por atos ilícitos (artigos 103.º-xv, 159.º e 160.º); e, se podem falar e ser chamados a prestar declarações diante delas, não podem estar presentes às votações (artigo 91.º).

Contudo, se a Constituição tivesse podido aplicar-se, de duas uma: ou a separação rígida de poderes instituída teria tornado inviável o governo ou este ter-se-ia convertido em governo parlamentar, por a responsabilidade ministerial passar a ser responsabilidade política (como sucedeu, no século XVIII, em Inglaterra).

4. Vigência

Votada em 23 de setembro de 1822, a Constituição seria abolida ou revogada, logo em maio de 1823, por D. João VI, regressando-se ao regime anterior, embora o Rei tenha mandado elaborar um projeto de Constituição²⁸.

Em 1836, após a revolução de setembro, a Constituição de 1822 voltaria a vigorar, a título precário, até à Constituição de 4 de abril de 1838, votada pelas Cortes e aceite pela Rainha D. Maria II, num exercício conjunto ou bilateral de poder constituinte²⁹.

²⁸ Sobre as intenções e os preparativos de outorga de uma Constituição por D. João VI, v. NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Nótulas histórico-jurídicas*, in *Revista Jurídica*, 1979, págs. 113 e segs.; RODRIGUES DIAS, *José Ferreira Borges – Política e Economia*, Lisboa, 1988, págs. 209 e segs.; PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Para uma história constitucional do Direito português*, Coimbra, 1995, págs. 371 e segs.; JORGE PEREIRA e FERNANDO DORES COSTA, *D. João VI*, Lisboa, 2006, págs. 308 e segs.

Conhece-se também um projeto lateral: v. ANTÓNIO MANUEL HESPAÑHA, *O projeto institucional do tradicionalismo reformista: um projeto de Constituição de Francisco Manuel Trigo de Aragão Morato (1823)*, Lisboa, 1981.

²⁹ O Decreto de 10 de setembro de 1836 restabeleceu a Constituição «com as modificações que as circunstâncias fizeram necessárias» e convocou Cortes para fazerem nela as modificações «convenientes».

Solidariedade passiva como garantia pessoal

PEDRO DE ALMEIDA CABRAL*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Origens e evolução da solidariedade passiva*: 2.1. *Direito romano*; 2.2. *Evolução até à codificação*; 2.3. *Codificação*; 2.4. *Código Civil português de 1867*. 3. *Obrigações plurais*: 3.1. *Obrigações parciárias*; 3.2. *Obrigações em mão comum e obrigações disjuntas*. 4. *Solidariedade passiva*: 4.1. *Noção*; 4.2. *Identidade da prestação, comunhão de fim e identidade da fonte de obrigação*; 4.3. *Solidariedade imperfeita, solidariedade aparente e solidariedade imprópria*; 4.4. *Distinção da fiança*. 5. *Funcionamento da solidariedade passiva*: 5.1. *Enquadramento*; 5.2. *Relações externas*: 5.2.1. *Direito do credor*; 5.2.2. *Meios de defesa dos devedores*; 5.2.3. *Satisfação do direito do credor*; 5.2.4. *Prescrição e caso julgado*; 5.3. *Relações internas*. 6. *Solidariedade passiva como garantia pessoal*: 6.1. *A função de garantia*; 6.2. *A solidariedade passiva em garantia*. 7. *Conclusões. Bibliografia. Jurisprudência*.

1. Introdução**

I. Este trabalho parte de uma premissa fundamental: a solidariedade passiva é, ela própria, uma garantia pessoal do cumprimento das obrigações. Com efeito, o credor, ao poder exigir de vários devedores o cumprimento integral da prestação, vê reforçado o seu crédito. Pois cada devedor se constitui como

* Advogado.

** Abreviaturas utilizadas: Ac. – Acórdão; BGB – Código Civil alemão vigente; BMJ – Boletim do Ministério da Justiça; CC – Código Civil português vigente; CCivE – Código Civil espanhol vigente; CCivF – Código Civil francês vigente; CCivI – Código Civil italiano vigente; CCom – Código Comercial vigente; CPC – Código de Processo Civil português vigente; CSC – Código das Sociedades Comerciais vigente; RCa – Tribunal da Relação de Coimbra; RGs – Tribunal da Relação de Guimarães; RLx – Tribunal da Relação de Lisboa; RPt – Tribunal da Relação do Porto; STA – Supremo Tribunal Administrativo; STJ – Supremo Tribunal de Justiça.

garante da parte que compete aos seus condevedores. Não é a esta luz que a solidariedade passiva costuma ser estudada. A razão prende-se com o facto de a figura ser tratada no âmbito das modalidades das obrigações, dando-se mais destaque à sua qualificação no seio das obrigações plurais do que à sua função garantística.

Partindo da referida premissa, interessa apurar o regime, o funcionamento e as características da solidariedade passiva que, no fundo, correspondem ao modo da sua efetivação como garantia pessoal. Haverá ainda oportunidade para abordar mais especificamente a função de garantia da solidariedade passiva e uma modalidade especial, a solidariedade passiva em garantia, onde tal função resulta de forma mais expressiva.

II. Para cumprir os objetivos traçados, interessa, em algumas ocasiões, dar notícia das soluções dos ordenamentos que serviram de fonte próxima ao nosso código civil: o alemão e o italiano. As referências ao direito comparado incluem ainda, quando se justifique, a convocação do regime francês por ser o primeiro código que sistematizou a matéria relativa às obrigações solidárias passivas.

2. **Origens e evolução da solidariedade passiva**

2.1. *Direito romano*

I. No direito romano clássico, as qualificações das obrigações quanto aos sujeitos contemplavam várias formas¹.

As *obrigações ambulatórias* eram aquelas em que o sujeito ativo ou passivo ou os dois não se encontravam determinados individualmente no momento da

¹ Cfr. ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II (Direito das obrigações)*, Vol. 2, 7.ª Edição, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 76, Coimbra, Coimbra Editora, 2019, pp. 217-221; CONTARDO FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milão, Società Editrice Libreria, 1953, pp. 431-432. AMPARO GONZÁLEZ, “*Clasificación de las obligaciones. Singulares tipos de obligaciones*” in *Derecho romano de obligaciones Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 125-134; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “*O direito das obrigações em Roma*” in *Revista jurídica*, n.ºs 18 e 19, Dezembro/Janeiro 1996, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, pp. 72-82; MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 26-39. Para uma perspetiva de enquadramento do Direito privado romano, JOAN MIQUEL, *Derecho privado romano*, Marcial Pons, Madrid, 1992, e ÁRIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Vol. 2, 18.ª Edição, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995. Por fim, para uma visão resumida mais atual MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 756-759.

sua constituição e a sua prestação deveria ser realizada, ou poderia ser exigida, por quem se encontrasse em determinada situação. Por exemplo, o enfiteuta, o superficiário ou o proprietário deveriam pagar impostos vencidos, mesmo que a falta fosse devida a quem anteriormente tinha esses títulos².

Por seu turno, as *obrigações cumulativas* eram distintas. Neste tipo de obrigações, um devedor encontrava-se obrigado a realizar uma prestação perante cada um dos vários credores. Ou então, cada um dos diferentes devedores estava obrigado de forma total perante o mesmo credor. A melhor situação para ilustrar este tipo de obrigações era a seguinte: vários indivíduos cometiam um delito comum, ficando cada autor obrigado a satisfazer de forma total a pena pecuniária à pessoa prejudicada. O traço distintivo era que o pagamento de um não liberava os outros. O direito justiniano havia de eliminar a vantagem excessiva do credor, convertendo estas obrigações cumulativas em solidárias: o pagamento por um dos autores extinguiu a *obligatio* dos restantes.

Falava-se em *obrigações parciais* quando existiam vários sujeitos ativos e cada um só podia exigir uma parte da prestação ou havia vários sujeitos passivos, mas cada um só seria obrigado a realizar parte da prestação. A *obligatio* é única, mas divide-se em relação aos diversos sujeitos, em várias obrigações, cada uma das quais é cumprida separadamente.

II. Por fim, as *obrigações in solidum (solidárias)* eram aquelas em que existia uma pluralidade de sujeitos e em que cada um devia realizar a prestação por inteiro³. Tratava-se de obrigações determinadas pela unidade que a pluralidade de sujeitos não afetava. A *obligatio* solidária podia resultar de contratos, testamentos ou da própria lei⁴. Na época romana, o contrato era a principal fonte de solidariedade passiva. O testamento originava solidariedade passiva quando impusesse uma prestação a dois herdeiros referidos alternativamente. Por último, já no direito justiniano, decorria diretamente da *lex* que contraíam obrigações solidárias os indivíduos que praticassem delitos em comum.

A *obligatio* solidária extinguiu-se, entre outras causas, mediante pagamento, novação e destruição fortuita da coisa. A mora e a culpa de um dos devedores

² CONTARDO FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milão, Società Editrice Libreria, 1953, pp. 432-433.

³ Sobre o tema, JOSÉ RICARDO LEÓN ALONSO, *La categoría de la obligación in solidum*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

⁴ ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *op. cit.*, pp. 219-221. Como prova da perenidade dos esquemas recebidos do Direito Romano, BARBOSA DE MAGALHÃES, *op. cit.*, pp. 26-53, pois este autor ainda analisava os fundamentos das obrigações solidárias com base nestas três causas: “*solidariedade contractual, solidariedade testamentaria e solidariedade legal*”.

não responsabilizada os restantes devedores. Mais tarde, no direito justinianeu, esta conceção seria alterada e a culpa de um afetaria os restantes.

O direito de regresso nas obrigações solidárias já se assumia como um problema de relevo. Na época clássica, a *obligatio* solidária tinha por objeto uma prestação que devia ser cumprida, respetivamente, por qualquer devedor. A *lex* atribuía ao devedor que pagou uma faculdade: podia pedir a cessão da *actio* ao credor, adquirindo legitimidade para demandá-lo judicialmente. Também no direito justinianeu, parece ter sido reconhecido, ao codevedor que cumpre, o direito de regresso em relação aos restantes devedores. Além disso, o direito justinianeu ampliou o tratamento das obrigações solidárias com a inclusão de um grande número de obrigações nascidas de atos ilícitos cometidos em conjunto por vários sujeitos⁵.

Curiosamente, há quem justifique o nascimento das obrigações solidárias pela necessidade de criar um meio de defesa e salvaguarda dos devedores caídos em desgraça. Quando o devedor se tornasse insolvente, não havia outra solução senão viver da generosidade de parentes e amigos. A responsabilidade solidária teria nascido como meio de reforçar a solvência do devedor, garantindo-lhe que não respondia sozinho perante as dívidas que contraísse⁶.

Apesar das vozes que sustentam que a solidariedade seria a regra geral do direito romano⁷, numerosos textos e disposições rebatem essa teoria⁸. No direito romano, a regra seria o que modernamente designamos por obrigações conjuntas ou parciárias.

O sentido autêntico do direito romano terá sido o de estabelecer a presunção de que as obrigações eram parciárias no caso de existir uma pluralidade de devedores, excluindo a solidariedade. Há um fragmento de PAPIANO que dá uma base consistente a esta ideia⁹.

III. Cabe falar ainda das *obrigações correatis*. Esta categoria foi (re)descoberta pela pandectística alemã¹⁰. Como se sabe, a Escola Histórica do Direito proclamava a ideia da origem histórico-cultural do direito no “espírito” ou na índole específica de cada povo, bem como a sua transformação contínua em função

⁵ EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *op. cit.*, p. 82

⁶ ALBERTO BALLARIN MARCIAL, “*El sistema español en materia de obligaciones solidarias*” in Revista Internacional de Notariado, Ano 11, n.º 41, 1.º trimestre 1959, Junta de decanos de los colegios notariales de España, p. 17.

⁷ PIETRO BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milão, Francesco Valardi, 1925, p. 491.

⁸ JOSÉ RICARDO LEÓN ALONSO, *op. cit.*, p. 60.

⁹ JOSÉ RICARDO LEÓN ALONSO, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 757.

das circunstâncias¹¹. Este postulado contrapõe-se, sem hesitações, à existência de um direito natural, permanente no espaço e no tempo. Desta ideia decorre a supremacia do costume, dimanação imediata da comunidade, sobre a lei. A legislação, nascida através da mediação da autoridade do Estado, deve inspirar-se ou ter como fonte o direito consuetudinário¹². A linha mais influente da Escola Histórica procurou elaborar uma doutrina moderna a partir do direito romano, que cabia no sentido amplo de consciência coletiva.

Apesar da aparência externa do seu programa e de muitas contribuições individuais de natureza histórico-jurídica, a Escola Histórica do Direito aplicou a maior parte do seu programa à construção de uma civilística sistemática. Ela tornou-se, de acordo com os seus manuais mais característicos, numa *pandectística* ou numa *ciência das pandectas* (*Pandektistik*, *Pandektenwissenschaft*)¹³. Procurou edificar-se um sistema dogmático completo e fechado, onde se encontraria a resposta para todos os problemas jurídicos.

É neste contexto que surge a reavaliação das obrigações solidárias levada a cabo por Windscheid, figura central da pandectística alemã, e a (re)descoberta das obrigações correaís¹⁴. Considera-se que o direito justinianeu aboliu para as obrigações *in solidum* o efeito extintivo geral da *litis contestatio*¹⁵ em relação a todos os codevedores. Vários casos do Digesto apontam exemplos de obrigações solidárias em que a *litis contestatio* celebrada com um dos codevedores extingue a obrigação de todos os outros devedores solidários.

O problema é que, em outros fragmentos também relativos às obrigações solidárias, refere-se que só o pagamento efetivo realizado por um dos devedores solidários, e não o momento processual da *litis contestatio* entre credor e devedor, extingua, para todos os devedores, a obrigação. Hoje em dia, a opinião maioritária salienta que estas diferenças estão relacionadas com alterações des-

¹¹ Sobre a Escola Histórica do Direito, FRANZ WIEACKER, *História do direito privado moderno*, 4.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 397-430.

¹² ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 389-390.

¹³ O nome provém do facto de, apesar da autoridade autónoma dos glosadores e dos comentadores, toda a ciência jurídica europeia se ter baseado, desde a sua constituição, nas pandectas de Justiniano. Tratava-se da compilação das *iura* (direito contido nas obras dos juriconsultos clássicos) ordenada por Justiniano e oficialmente denominada por Digesto (*Digesta*) ou Pandectas (*Pandectae*), também conhecida por Código de Doutrinas Selectas, *Codex Enucleati Iuris*.

¹⁴ JOSÉ RICARDO LEÓN ALONSO, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵ Podemos qualificar a *litis contestatio* como a contestação apresentada por um dos devedores. A contestação da lide teria, assim, eficácia extintiva. Veja-se VAZ SERRA, “Pluralidade de devedores ou de credores” in BMJ, n.º 69 (1957), p. 130. Mas também MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 757.

cuidadas feitas aos fragmentos romanos¹⁶. As disparidades textuais resultariam, exclusivamente, das alterações interpoladas, efetuadas pelos juristas bizantinos.

No entanto, a pandectística, na sua voragem doutrinal, queria encontrar uma explicação para esta desconformidade. As obrigações que se extinguíam por efeito da *litis contestatio* celebrada por um dos codevedores foram designadas de obrigações correais. A expressão provém de *conreus*, codevedor, *conrei* no plural¹⁷. As obrigações em que não bastava a *litis contestatio*, mas era necessário o pagamento efetivo por parte de um dos devedores solidários, ficaram sendo as obrigações solidárias.

As obrigações correais eram uma obrigação única, embora os seus sujeitos fossem vários. No caso das obrigações solidárias tratava-se de várias obrigações. Como é natural, a *litis contestatio* extinguía a sua obrigação, mas não a dos restantes devedores. Uma vez que todas as obrigações têm um único objeto, se este for pago por um dos devedores, os outros vínculos obrigacionais ficam vazios de conteúdo, libertando os demais codevedores.

Como refere Menezes Cordeiro, contrapunha-se a obrigação correal, com apenas uma obrigação, ainda que com vários sujeitos, à obrigação solidária, em que, em relação à mesma prestação, havia várias obrigações¹⁸. Barbosa de Magalhães explicitava bem a distinção, ao sustentar que nas obrigações correais existiria um poder recíproco de representação em que o cumprimento por um dos devedores, extinguiria as obrigações de todos, ao passo que, nas obrigações solidárias, o cumprimento apenas extinguía a obrigação do devedor que o fizesse¹⁹.

Porém, esta distinção não tinha utilidade prática, sendo a fraqueza dos seus argumentos bastante evidente. Ainda assim, foi acolhida pela doutrina do século XIX²⁰ e foi alvo de extensos debates, levando mesmo Jhering a afirmar que “os juristas atuais podiam separar-se em dois grupos: os que não escreveram e os que publicaram algo sobre as obrigações correais. Não foi quebra-cabeças maior para os teólogos o conceito de Trindade, que o de dualidade e pluralidade para os juristas”^{21 22}.

¹⁶ ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *op. cit.*, p. 221.

¹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 758.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 757.

¹⁹ BARBOSA DE MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 5-6.

²⁰ BARBOSA DE MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 1-44.

²¹ RUDOLF VON JHERING, *Bromas y veras en la ciência jurídica*, tradução espanhola de TOMÁS BANZHAF, Madrid, 1987, p. 252.

²² Para uma panorâmica desses debates, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 757-758.

IV. A distinção entre obrigações correais – também designadas por obrigações solidárias perfeitas, caracterizadas pela eficácia liberatória geral da *litis contestatio* – e as obrigações *in solidum* – solidárias imperfeitas, caracterizadas pela insuficiência da *litis contestatio* para fazer o pagamento coletivo – não faz hoje qualquer sentido²³.

O diferente tratamento dado nas fontes justinianeias à *litis contestatio* tem somente origem nos erros cometidos pelos compiladores do Digesto. Assim se conclui que, no direito romano clássico, a *litis contestatio* celebrada com qualquer devedor produzia os seus efeitos extinguindo a obrigação em relação a todos os outros devedores. E que, a partir do direito justinianeu, nenhuma obrigação solidária se extinguia através da *litis contestatio*.

Apesar de se rejeitar a construção pandectística do século XIX das obrigações correais, a mesma não deixou de influenciar alguma da nossa doutrina, que ainda lhe faz menção, embora com objetivos didáticos. Menezes Cordeiro refere-se às obrigações correais como uma oportunidade para observar a evolução das obrigações solidárias e, sobretudo, para enfatizar a sua atual construção unitária, em que não há vestígio de obrigações correais²⁴. De resto, já há décadas que as obrigações correais são vistas por um prisma histórico²⁵.

2.2. *Evolução até à codificação*

I. A versão justinianeia das obrigações solidárias passivas, em que se concretiza a solidariedade passiva, integrou o direito comum (*ius commune*)²⁶ e vigorou dessa forma até ao movimento de codificação do século XIX.

Após um período de relativo esquecimento, os textos jurídicos justinianeus foram reanalisados e redescobertos no que se costuma designar por renascimento do direito romano. O estudo sistemático e a divulgação, em largas dimensões, da obra jurídica justinianeia iniciam-se no século XII com a Escola

²³ ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *op. cit.* pp. 221 e EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *op. cit.*, p. 81.

²⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 759.

²⁵ VAZ SERRA, *op. cit.*, pp. 91-94 e JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 175-178. Ainda assim, são referidas por MENEZES LEITÃO de forma algo imprecisa, que parece ser uma variação da solidariedade. V. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume I*, 15.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 172.

²⁶ Como direito comum deve entender-se o sistema normativo de fundo romano que se consolidou com a Escola dos Comentadores e que constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até finais do século XVIII. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, p. 252-254.

de Bolonha ou dos Glosadores²⁷. A difusão do direito justiniano na Península Ibérica começou a efetuar-se de forma relevante a partir do século XIII. Um dos fatores de penetração do direito romano hispânico nas esferas jurídicas hispânica e portuguesa foi a aprovação, por D. Afonso VII, de uma obra designada como as *Siete Partidas*. Esta obra, também conhecida como Código das Sete Partidas, constitui uma exposição jurídica de carácter enciclopédico, essencialmente inspirada no sistema do direito comum. Deve o seu nome a estar sistematizada em, justamente, sete partes. A sua primeira redação terminou em 1263, mas, logo a seguir, fez-se a revisão do texto. Não é certo que tenham vigorado, no tempo de Afonso VII, mas é seguro que, em 1348, D. Afonso VI de Castela lhes deu força de lei, mas com carácter subsidiário²⁸.

As *Siete Partidas* tiveram enorme projeção no espaço jurídico português, tendo mesmo chegado a vigorar como direito subsidiário^{29 30}. É útil referi-las porque contêm indicações sobre a figura da solidariedade passiva. Como no direito romano, deparamo-nos com obrigações de indemnizar relativas a danos praticados coletivamente que deveriam ser suportadas por todos³¹. Crê-se que, durante a época medieva, não existindo normas expressas sobre a solidariedade passiva, a mesma terá vigorado por via da aplicação subsidiária do direito romano, dado que as fontes subsidiárias se circunscreveriam a este e ao direito canónico.

²⁷ NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, 7.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, pp. 181-189.

²⁸ MARCELLO CAETANO, *História do direito português*, Lisboa, Verbo, 1981, p. 342.

²⁹ Defendendo essa posição e sobre os fragmentos das *Siete Partidas*, BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, separata da Revista Portuguesa de História, tomo XIV, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1975, p. 201.

³⁰ Os juízes, sobretudo os da comarca, encontravam-se manifestamente imprevistos para um acesso direto às fontes romano-canónicas. Daí que circulassem, desde o século XIII, textos em segunda mão com o carácter de fontes subsidiárias, obras de proveniência castelhana, com especial destaque para as *Siete Partidas*. Esta aplicação supletiva derivava da autoridade intrínseca do conteúdo romano-canónico que lhes servia de alicerce. Veja-se ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, p. 262.

³¹ JOSÉ RICARDO LEÓN ALONSO, *op. cit.*, pp. 70-71. Ai se transcreve a seguinte passagem das *Siete Partidas*: “*Et si morassen muchos homes en la casa onde fuese echada la cosa que ficiese el daño, quier fuese suya o la tuviese logada o emprestada, todos de so uno son tenudos de pechar el daño si non sopiesen ciertamente qual era aquel que fizo el daño: pero si lo sopiesen, el solo es tenuto de facer la enmienda deI e non los otros. Et si entre aquellos morasen cutianamente en la casa hobiese alguno que fuese huésped, aquel non es tenuto de pechar alguna cosa en enmienda deI daño que acaesciese, fueras ende si el mismo lo hobiese fecho*” (Partida VII, Título XV, Lei 25). Trata-se de uma forma de responsabilidade solidária pelos danos que, modernamente, se encontra prevista no artigo 497.º do CC.

II. Não havia nenhuma disposição nas diversas Ordenações, Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, sobre a solidariedade passiva em termos gerais. Mesmo assim, existe uma referência concreta às obrigações solidárias prestadas por mais do que um fiador – *Da fiadoria de muitos* – em todas as Ordenações. Nas Ordenações Afonsinas e nas Ordenações Manuelinas fala-se em *obrigação em sólido*³². Já nas Ordenações Filipinas em obrigação *in solidum*³³.

De qualquer forma, as Ordenações Afonsinas continham normas expressas sobre direito subsidiário. Na falta de leis do Reino, estilos da Corte e costumes antigamente usados, deveriam ter aplicação o direito romano e o direito canónico³⁴. Estes preceitos transitaram para as Ordenações Manuelinas com algumas alterações³⁵. Tornaram a ser consagrados nas Ordenações Filipinas com uma modificação sistemática importante: o direito subsidiário deixou de ser disciplinado a propósito das relações entre a Igreja e o Estado, no Livro II, deslocando-se para o âmbito do processo (Livro III)³⁶. O instituto romano das obrigações *in solidum* continuou a vigorar no direito português através da aplicação subsidiária do Direito Romano.

³² As Ordenações Afonsinas e as Ordenações Manuelinas continham preceitos semelhantes: “(...) *que sendo dous, ou muitos fiadores d’hum, ainda que na fiadoria non digua, que cada um seja obrigado por todo, sempre se entende que cada um seja em sólido obrigado*”. Livro IV, Título 54 das Ordenações Afonsinas, Edição “fac-simile” feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, 1797, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 194. E “(...) *e quando [os fiadores] non declararem a parte em que cada hum obriga, em tal caso flicará cada hum obrigado in sólido*”. Livro IV, Título 46 das Ordenações Manuelinas, Edição “fac-simile” da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, 1797, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 112.

³³ “*E sendo dous homens, ou mais fiadores de hum, se na fiança declararem a parte porque cada hum se obriga, essa será cada hum obrigado a pagar, e nesse mesmo modo, a maneira que se obrigarem. E quando não declararem a parte que cada um se obriga, flicará cada um obrigado in solidum e o credor poderá demandar qual ele quiser pelo todo*”. Livro IV, Título 59, § 3 das Ordenações Filipinas, Edição “fac-simile” da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 856.

³⁴ A obra principal nesta matéria pertence a NUNO ESPINOZA GOMES DA SILVA, *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas*, Coleção Scientia Juridica, Braga, Livraria Cruz, 1980.

³⁵ Optou-se por justificar a vigência subsidiária do direito romano. Aplica-se devido à sua autoridade intrínseca, não refletindo qualquer subordinação política do reino português ao Império.

³⁶ BRAGA DA CRUZ refere que com esta alteração sistemática se rompeu a última amarra que ligava a questão do direito subsidiário à ideia de um conflito de jurisdições entre o poder temporal e o poder eclesiástico, simbolizados, respetivamente, pelo direito romano e pelo direito canónico. Passou a ser um mero problema técnico-jurídico. BRAGA DA CRUZ, *op. cit.*, p. 251.

III. Este panorama só viria a ser alterado no Iluminismo, com a publicação da Lei de 18 de agosto de 1769, crismada, mais tarde, *Lei da Boa Razão*³⁷. O direito romano passou a ser aplicável como fonte subsidiária desde que correspondesse à *boa razão*. Concretizando, o legislador refere que a *boa razão* “*consiste nos primitivos Princípios, que contêm verdades essenciais, intrínsecas, e inalteráveis, que a ethica dos mesmos romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural formalisarão para servirem de regras Moraes, e civis entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que se funda nas outras regras, que, de unânime consentimento estabeleceo o Direito das Gentes para a direção, e governo de todas as Nações civilizadas*”³⁸.

Este critério era vago. No âmbito da reforma dos estudos de Direito, os Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 fixaram um conjunto de regras para aferir, no ensino e na atividade dos tribunais, qual a *boa razão* dos textos romanos. O intérprete devia seguir o “*uso moderno*” feito pelos juriconsultos das nações europeias modernas. Estava em causa a interpretação realizada pela escola do “*usus modernus pandectarum*”^{39 40}. Esta escola, diretamente filiada no jusracionalismo e situada temporalmente no século XVII, procurava, numa primeira matriz, adaptar o direito romano às novas realidades (separando o que estava obsoleto do que podia ter um uso moderno⁴¹ e, mais tarde, analisar o *usus modernus* tendo em conta os dados trazidos pelo direito natural racionalista⁴². O que estava em causa era perceber por que certas leis romanas ainda conservavam a sua vigência. Provavelmente tal devia-se à sua conformidade com a razão. Os usos modernos eram uma objetivação histórica do direito natural. Acresce que a atenção dada ao direito vigente valorizava a análise dos direitos pátrios.

De qualquer forma, não parece que nada tenha mudado relativamente à aplicação das normas da solidariedade passiva no direito nacional.

IV. Os tratadistas do século XIX descreviam a solidariedade passiva recorrendo integralmente aos textos romanos. Na sua obra fundamental, *Instituições*

³⁷ No comentário de JOSÉ HOMEM CORREIA TELES, *Commentario critico à lei da boa razão em data de 18 de agosto de 1769*, António José da Rocha, Lisboa, 1824, há uma breve introdução em que o autor denomina a lei de *boa razão* “*porque refugou as Leis Romanas, em que em Boa Razão não forem fundadas*”.

³⁸ Lei da Boa Razão, § 9. V. JOSÉ HOMEM CORREIA TELES, *op. cit.*, p. 27.

³⁹ Sobre o *usus modernus*, FRANZ WIEACKER, *op. cit.*, pp. 225-278, em especial pp. 272-278.

⁴⁰ Sobre os reflexos do *usus modernus* no nosso país, MÁRIO REIS MARQUES, “Elementos para uma aproximação do estudo do *usus modernus pandectarum* em Portugal” in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. LVIII, tomo II, 1983, pp. 801-824.

⁴¹ HANS WELZEL, *Derecho natural y justicia material: preliminares para una filosofía del derecho*, tradução espanhola de FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Madrid, Aguilar, 1957, p. 132.

⁴² NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, *op. cit.*, pp. 353-357.

de *Direito Civil Portuguez*⁴³, Coelho da Rocha⁴⁴ aborda as obrigações solidárias no âmbito da qualificação das obrigações quanto ao sujeito. As obrigações poderiam ser solidárias (*in solidum*) ou *pro parte*. No primeiro caso, a mesma coisa era devida na sua totalidade por cada um de muitos devedores (*correalis passiva, correi debendi*⁴⁵) de maneira que a solução feita por qualquer dos devedores extinguiria a obrigação a respeito dos outros. Os condevedores *in solidum* ficariam responsáveis entre si, de forma que aquele que satisfizesse a obrigação teria ação contra todos os outros pela parte de cada um, igual ou desigual, conforme o ato da obrigação ou interesse⁴⁶. Ao referir-se à *totalidade*, Coelho da Rocha aproximou-se do significado original da locução latina *in solidum*, que quer dizer *todo, total, inteiro*. Em regra, a solidariedade não se presumia (Livros 11 e 43 do *Digesto*) e podia ter como fundamento o contrato, o testamento ou a lei⁴⁷.

2.3. Codificação

Apesar de haver precedentes no século XVIII, é no século XIX que o movimento codificador ganha consistência e alcança uma influência determinante em toda a Europa. O movimento traduziu-se na elaboração de amplos corpos legislativos unitários, obedecendo a uma orgânica científica, e que condensavam, autonomamente, as normas relativas aos ramos básicos de direito.

No campo da civilística, o *Code Civil* de 1804 teve enorme projeção ao longo de todo o século XIX. Este código incluiu a qualificação de obrigações solidárias, pondo em letra de lei o que era um conceito comum. O *Code Civil* optou por separar as situações de solidariedade entre credores e entre devedores, dedicando a esta última cerca de 17 artigos (do 1200 ao 1216)⁴⁸. A solidariedade entre devedores foi definida no artigo 1200⁴⁹. Por sua vez, o *Codice*

⁴³ COELHO DA ROCHA, *Instituições do direito civil portuguez*, 2.^a Edição, Tomo I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848, pp- 77-80.

⁴⁴ NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, *op. cit.*, p. 403 e ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 448. No século XIX, Coelho da Rocha destacou-se no panorama da civilística portuguesa. As suas instituições, redigidas com elegância e precisão, marcaram a época tornaram-se, nas palavras de ALMEIDA COSTA, “[n]uma das obras de referência da história do direito português”.

⁴⁵ A terminologia romana é utilizada *ipsis verbis* por COELHO DA ROCHA, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁶ COELHO DA ROCHA, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁷ COELHO DA ROCHA, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁸ Depois da revisão de 2016 do *Code Civil*, passaram a constar dos artigos 1310 a 1319.

⁴⁹ Nos termos dessa disposição, “*Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres*”.

Civile italiano de 1865, muitíssimo influenciado pelo *Code Civil*, reproduziu quase da mesma maneira a definição do código francês no seu artigo 1186⁵⁰. A diferença consistia na substituição da noção de solidariedade pela qualificação da obrigação *in solido*. O artigo 1202 do *Code Civil* mantinha a presunção consagrada no direito romano de que a solidariedade não se presumia e devia ser expressamente estipulada⁵¹.

2.4. *Código Civil português de 1867*

I. O código civil português de 1867, conhecido como Código de Seabra, assentou no projeto de António Luiz de Seabra, desembargador da Relação do Porto, e foi aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867. Tratava-se de um código inserido na época em que foi aprovado, com uma forte carga individualista⁵². Destacavam-se como traços relevantes do Código de Seabra um afastamento da divisão orgânica das codificações da época – preferindo a gravitação em torno do sujeito ativo da relação jurídica – e um excesso de originalidade, fruto da obra de um só homem., o que haveria de ficar como um defeito congénito. Na realidade, o prognóstico de Dias Ferreira que o Código de Seabra regeria durante séculos a nação portuguesa não se concretizaria⁵³.

Apesar de não se poder comparar com os outros códigos da época, o Código de Seabra veio resolver graves problemas de legislação vigente que era insuficiente e avulsa. Como afirma Manuel de Andrade, o Código de Seabra não constituía um edifício jurídico suficientemente sólido para ombrear com os códigos do seu tempo, mas tratava-se de uma obra prestimosa, digna de consi-

envers le créancier. “Sobre o direito das obrigações francês, vide a obra clássica de PLANIOL/RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 3.^a Edição, Paris, LGDJ, 1948. Depois da revisão do CCivF de 2016, é o artigo 1313 que rege a solidariedade passiva, em termos mais simplificados: “*La solidarité entre les débiteurs oblige chacun d’eux à toute la dette. Le paiement fait par l’un d’eux les libère tous envers le créancier.*”.

⁵⁰ Segundo o qual, “*L’obbligazione è in solido per parte dei debitori. quando sono obbligati ad una medesima cosa, in maniera che ciascuno possa essere costretto al pagamento per la totalità, e il pagamento eseguito da uno sono liberi gli altri verso il creditore*”. Atualmente, é o *Codice Civile* de 1942 a versar sobre a solidariedade passiva, no seu artigo 1292, em termos ainda semelhantes: “*L’obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all’adempimento per la totalità e l’adempimento da parte di uno libera gli altri*”.

⁵¹ Presunção essa que ainda se mantém, no artigo 1310 do CCivF, após a revisão de 2016.

⁵² Para uma descrição dos traços gerais e uma apreciação crítica do Código, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 420-427.

⁵³ JOSÉ DIAS FERREIRA, *Elogio histórico do Visconde de Seabra*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1895, p. 27.

deração⁵⁴. Parece seguro que correspondeu em termos de utilidade e justiça às exigências coevas.

II. A solidariedade passiva, juntamente com a solidariedade ativa, estava prevista nos artigos 752.º a 757.º. Não estava contida numa categoria autónoma como no CCivF. O Código de Seabra antes enquadrava a matéria na secção relativa às “*Pessoas que podem fazer a prestação e das pessoas a quem deve ser feita*” (Secção VI do Capítulo IX, *Dos efeitos e cumprimento dos contratos*, do Título I, *Dos contratos e obrigações em geral* do Livro II, *Dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente*).

Era voz corrente na doutrina que as obrigações solidárias eram uma excepção ao princípio de que, havendo vários obrigados a prestar a mesma coisa, cada um deles responderia proporcionalmente (artigo 731.º do Código de Seabra), o que fazia com que a conjunção fosse o regime-regra. Assim sendo, para que a solidariedade existisse era necessário que fosse expressamente prevista pelas partes ou que resultasse da lei⁵⁵.

O artigo 752.º estipulava quais deveriam ser os efeitos da solidariedade passiva, não apresentando uma definição de obrigações solidárias, que viria a ser elaborada pela doutrina. O artigo 753.º referia-se aos casos em que um dos devedores passivos ficava insolvente. O artigo 754.º tratava do direito de regresso e o artigo 755.º da impossibilidade da prestação. Por fim, o artigo 756.º lidava com os meios de defesa oponíveis pelos condevedores e o artigo 757.º com a problemática suscitada no caso da morte dos devedores solidários.

Efetuando um balanço crítico, a previsão da solidariedade passiva no Código de Seabra era incompleta e fragmentada. Eram estes limites que faziam com que as discussões tidas neste âmbito fossem variadas e incertas. De facto, tanto o conceito como o regime jurídico da solidariedade passiva eram ainda alvo de doutrina pouco consolidada.

O Código de Seabra pecava ainda por imprecisão terminológica de algumas das suas disposições relativas à solidariedade passiva. Tinha até deficiências de redacção. Com efeito, o artigo 752.º empregava um singular em vez de um plural, embora fosse corretamente interpretado pela doutrina. Este preceito induzia em erro, pois deixava entender que o credor podia acionar todos os devedores conjuntamente ou apenas alguns, quando, na verdade, o que podia fazer era acionar todos os devedores conjuntamente ou só algum deles.

⁵⁴ MANUEL DE ANDRADE, *O visconde de Seabra e o Código Civil*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Volume XXVIII, 1953, p. 283.

⁵⁵ GUILHERME MOREIRA, *Instituições do direito civil português*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1925, p. 7.

Apesar destas imperfeições compreende-se que a primeira vaga de codificações, onde o Código de Seabra se inclui, tivesse alguma dificuldade em lidar com um conceito que nunca tinha sido tratado sistematicamente pela doutrina e que era manejado com alguma dificuldade, conforme é evidenciado pelo próprio Código de Seabra.

3. Obrigações plurais

I. Para abordar a solidariedade passiva, é necessário dar nota, em primeiro lugar, das obrigações plurais, que são aquelas em que num ou nos dois polos da obrigação há várias pessoas⁵⁶. Trataremos de distinguir a solidariedade passiva de outras obrigações plurais. Como é evidente, não é o facto de o artigo 397.º do CC dar a noção de obrigação referindo-se à adstrição de uma pessoa a outra que invalida o conceito da pluralidade de obrigações. Na vida corrente, são inúmeras as situações em que as obrigações são plurais. Poderão existir vários credores com um devedor ou vários devedores perante um credor ou vários credores perante diversos devedores⁵⁷.

II. Far-se-á referência às obrigações parciárias, às obrigações em mão comum e às obrigações disjuntas. Só alinhavando e distinguindo estas categorias é possível ter correto enquadramento da solidariedade passiva.

3.1. Obrigações parciárias

I. A primeira categoria das obrigações plurais são as obrigações conjuntas, mais corretamente designadas por obrigações parciárias⁵⁸. Na verdade, a

⁵⁶ Para uma perspetiva geral, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, pp. 753-767. As obras clássicas na matéria, no que ao direito português diz respeito, são as de BARBOSA DE MAGALHÃES, *op. cit.* e a de VAZ SERRA, *op. cit.*

⁵⁷ MENEZES LEITÃO qualifica estas obrigações em plurais ativas, plurais passivas e plurais mistas. Vide MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume I*, p. 146.

⁵⁸ MENEZES LEITÃO rejeita esta distinção e trata-as indistintamente, como obrigações conjuntas ou parciárias, MENEZES LEITÃO *Direito das Obrigações Volume I*, p. 147, baseando-se, sobretudo, no facto de a expressão relacionada com obrigações conjuntas ter consagração legal no n.º 3 do artigo 786.º do CC. Já MENEZES CORDEIRO prefere definitivamente obrigações parciárias, pelo facto de conjunção poder significar solidariedade, v. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 768. JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, pp. 170 ilustra o sentido da crítica acertada de MENEZES CORDEIRO, pois defende que “*obrigações conjuntas são aquelas que exigem o esforço e prestação conjuntos (em bloco) dos diversos devedores para a realização da prestação devida*”.

designação de obrigação conjunta transmite a ideia de que há várias obrigações que devem ser cumpridas conjuntamente para a integralidade da obrigação ser cumprida. Porém, o que está mais em causa não é tanto este mecanismo, mas a autonomia de cada uma das obrigações, que, se a prestação for divisível, poderão ser cumpridas parcelarmente⁵⁹. Daí que a qualificação como parciárias, tendo sido rejeitada inicialmente⁶⁰, seja agora a mais expressiva e a mais utilizada⁶¹.

Embora nas obrigações parciárias a prestação seja fixada globalmente, a cada um dos sujeitos compete apenas uma parte do débito ou do crédito comum⁶². As obrigações encontram-se fracionadas em relação à prestação global. A obrigação parciária é aquela em que obrigação se divide em vários vínculos, tantos quantos os sujeitos do lado plural da relação. Se A, B e C forem devedores de 1500 a um único credor, D, cada um deverá pagar 500. Visto de outra forma, D, o credor de A, B e C, apenas verá a obrigação integralmente satisfeita se a pedir a todos os devedores, A, B e C⁶³. Inversamente, também pode suceder que D, E e F sejam credores de um único devedor, G, e, portanto, só se estes três credores pedirem o cumprimento a G é que a prestação ficará integralmente cumprida, devendo o devedor cumprir separadamente cada uma das três obrigações⁶⁴.

Um traço característico destas obrigações é que cada vínculo, uma vez constituído, adquire vida autónoma⁶⁵. Cada um dos sujeitos pode dispor livremente do seu direito. Os factos relativos a cada um dos credores ou dos coobrigados não exercem nenhum efeito sobre as restantes obrigações. Se alguma

⁵⁹ Questão diversa é saber se se trata de uma única obrigação complexa, composta por vários vínculos, ou de várias obrigações independentes. Quadra melhor às obrigações plurais a sua qualificação como obrigação complexa, em que ao conjunto plural se aplica o mesmo regime. O tráfico jurídico também tende a vê-las como uma obrigação com vários vínculos. V. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 772.

⁶⁰ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 748. ANTUNES VARELA defendia a utilização da expressão obrigações conjuntas, embora reconhecesse que não era “*muito correta*”, parecendo convir na sua utilização devido à sua utilização tradicional.

⁶¹ Com firme acolhimento na jurisprudência. V., por exemplo, Ac. RPt de 27 de março de 2000 (Paiva Gonçalves), Processo n.º 0050156, Ac. STJ de 29 de junho de 2010 (Cardoso de Albuquerque), Processo n.º 2933/05.9TVRORT.PISI, Ac. STJ de 11 de julho de 2019 (Rosa Ribeiro Coelho), Processo n.º 739/13.0TVLSB.L1.S1.

⁶² ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 748.

⁶³ O que MENEZES CORDEIRO designa de parciariedade passiva, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO *Tratado de Direito Civil VI*, p. 768.

⁶⁴ Para MENEZES CORDEIRO será parciariedade ativa. Há ainda parciariedade mista “*quando apenas todos os credores possam solicitar o integral pagamento, desde que o façam a todos os devedores*”. V. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 768.

⁶⁵ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 750.

destas for anulada ou declarada nula, se se extinguir pelo cumprimento ou se algum dos devedores ficar insolvente, esses factos nem prejudicam as outras obrigações nem aproveitam aos outros credores ou devedores⁶⁶.

Assim sendo, as obrigações parciárias são pouco interessantes para os credores, pois estes têm de proceder à cobrança do crédito em relação a todos os devedores, bem como suportar a insolvência de todos os que se encontrem nesse estado. Em conformidade, a parciariedade é o regime aplicável quando, por lei ou por vontade das partes, não tenha sido estipulada a solidariedade, como impõe o artigo 513.º do CC, no que é uma manifestação clara do *favor debitoris*⁶⁷.

II. As obrigações parciárias podem ser relativas a uma prestação divisível – como vimos no exemplo exposto – ou a uma prestação indivisível⁶⁸. Tratando-se de uma prestação divisível, havendo vários devedores, o credor ou credores só poderão exigir a cada devedor a parte que lhe cabe. E vice-versa: havendo vários credores, o devedor ou devedores terão que cumprir a obrigação que caberá perante cada credor.

Para poder operar, presume-se que nas obrigações parciárias de prestação divisível há igualdade de partes ou quotas, a não ser que da lei ou de um negócio jurídico resulte outra proporção, como estabelece expressamente a primeira parte do artigo 534.º do CC. Trata-se do princípio da presunção de igualdade de partes ou quotas. Serão os interessados que terão que comprovar os factos constitutivos, falando-se assim em presunção da igualdade⁶⁹.

⁶⁶ Pode suceder é que o negócio em concreto contenha disposições negociais que determinem especificidades no cumprimento. Se a prestação tiver sido fixada globalmente, mesmo sendo divisível, poderá envolver um cumprimento *global*. ANTUNES VARELA dá o exemplo de A que vende 20 toneladas de carne a B e C e que pode recusar a entregar 10 toneladas a cada um deles enquanto não receber a totalidade do preço. Ou se A incorrer em mora, somente B e C em conjunto poderão exigir a resolução do contrato. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 751.

⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 771.

⁶⁸ As obrigações divisíveis e indivisíveis estão consagradas nos artigos 534.º a 538.º do CC. Considera-se divisível a prestação que possa ser fracionada ou decomposta em partes, sem perda de identidade e de valor. A perda de identidade e de valor será aferida de acordo com critérios objetivos, atinentes às características físicas e jurídicas da prestação em causa, ou subjetivos, referentes às qualificações que as partes associaram à prestação, através do negócio jurídico, globalmente entendido, assegurando sempre que o credor, considerando o seu interesse, não tem prejuízo com o fracionamento. V. CATARINA MONTEIRO PIRES, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário ao artigo 534.º, Coimbra, Almedina, 2021, p. 521.

⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário à Secção II Obrigações Solidárias, p. 500.

Como vimos, neste tipo de obrigações o credor só pode exigir a parte devida pelo devedor. Se acaso exigir a totalidade da obrigação, o devedor pode invocar o denominado *beneficium divisionis*⁷⁰ e só pagar a parte que lhe cabe. Afasta-se assim a regra da realização integral da prestação, prevista no n.º 1 do artigo 763.º do CC.

III. Sendo a prestação indivisível, é necessário que o credor a exija de todos os devedores, conforme previsto no n.º 1 do artigo 535.º do CC⁷¹. A não ser, como também dispõe esse artigo, que tenha sido estipulada a solidariedade ou esta resultar da lei⁷². Nesta situação, o credor tem que exigir a prestação indivisível a todos os devedores simultaneamente, pois nenhum deles a pode cumprir sozinho. Se A, B e C forem devedores de uma mota a D, D tem que a exigir dos três. Só deixará de ser assim se for estipulada a solidariedade e D puder exigir a B que entregue a mota.

IV. Há ainda várias regras específicas relativas às obrigações parciárias de prestação indivisível que importa apurar e que constam dos artigos 535.º a 538.º do CC.

A obrigação pode extinguir-se relativamente a algum ou alguns dos devedores. Não fica nesse caso o credor inibido de exigir a prestação dos restantes obrigados, desde que lhes entregue o valor que cabia ao devedor ou devedores exonerados (536.º do CC)⁷³. Esta solução é também a dada em dois casos de extinção de obrigações, na remissão e na confusão (n.º 1 do artigo 865.º e n.º 1 do artigo 870.º do CC)⁷⁴. Trata-se de uma consequência lógica da parciariedade

⁷⁰ Este *benefício da divisão* surge mencionado em dois artigos do CC relativos à fiança, n.º 1 do artigo 649.º e n.º 2 do artigo 650.º. V. ainda Ac. STJ de 29 de junho de 2010 (Cardoso de Albuquerque), Processo n.º 2933/05.9TVRORT.PISI.

⁷¹ Ac. STJ de 14 de julho de 2009 (Alves Velho), Processo n.º 442-G/1999.C1.S1. Neste aresto, estava em causa a edificação de um muro por vários devedores. Decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que “o vínculo plural assim constituído pelo lado passivo configura uma obrigação conjunta de objeto (prestação de facto positivo) indivisível por natureza, dada a impossibilidade de repartição da prestação debitória em frações qualitativamente proporcionais entre si em relação ao todo ou ao seu valor. Nessas obrigações, só de todos os devedores pode o credor exigir o cumprimento da obrigação, independentemente das condições de que cada um disponha para a realização da prestação devida”.

⁷² JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 182.

⁷³ No fundo, trata-se de determinar a correção patrimonial devida pela extinção da prestação indivisível relativamente a um dos devedores ou a uma parte dos devedores, evitando a injustiça para os devedores daí resultante, como salienta CATARINA MONTEIRO PIRES, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário ao artigo 536.º, p. 524.

⁷⁴ Desnecessariamente, segundo MENEZES LEITÃO, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume I*, p. 154, pois bastaria a regra geral do n.º 1 do artigo 535.º do CC.

da obrigação: mesmo sendo a prestação indivisível, pode extinguir-se em relação a um de entre vários devedores, tendo que haver uma solução para esse caso.

Porventura, será mais prático para credor e devedores fazer intervir a compensação, desde que estejam cumpridos os requisitos exigidos no artigo 847.º do CC, em especial tratar-se de duas obrigações que tenham por objeto coisas fungíveis da mesma espécie e qualidade (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 847.º do CC). De qualquer forma, a responsabilidade do credor nesta contraprestação aos devedores surge como um ónus do credor para poder exigir o cumprimento⁷⁵.

Também pode suceder que a obrigação parcíaria de prestação indivisível se torne impossível a algum ou alguns dos devedores⁷⁶. Nesse caso, como corolário do facto de a prestação ser indivisível, nenhum dos devedores isentos de culpa poderia ser obrigado a cumprir ou a arcar com responsabilidades, que é o que resulta do artigo 537.º do CC e do n.º 1 do artigo 790.º do CC, pois a impossibilidade não lhes é imputável. Já o devedor ou os devedores que impossibilitaram o cumprimento da prestação são responsáveis perante o credor, aplicando-se o n.º 1 do artigo 801.º do CC. Trata-se, como veremos melhor *infra*, de um regime frontalmente oposto ao da solidariedade passiva, onde ninguém fica exonerado (artigo 520.º do CC).

Por fim, quando há vários credores de prestação indivisível, o cumprimento por um devedor ou devedores tem de ser feito perante todos os credores, senão o devedor não fica exonerado (n.º 1 do artigo 538.º do CC). Se o devedor for judicialmente citado, o devedor já poderá cumprir no âmbito desse processo perante o credor ou credores⁷⁷. Se for apenas perante um credor, este é responsável solidariamente perante os outros credores, aplicando-se o artigo 533.º do CC, tendo este credor que fazer contas com os restantes⁷⁸.

3.2. *Obrigações em mão comum e obrigações disjuntas*

I. Quando se abordam as obrigações plurais, fala-se habitualmente nas obrigações em mão comum ou coletivas⁷⁹. Neste tipo, de obrigações o crédito

⁷⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume I*, p. 154.

⁷⁶ Trata-se de uma verdadeira impossibilidade, designada como impossibilidade efetiva, em que o impedimento ao cumprimento não é ultrapassável, mesmo que com esforços e dispêndios adicionais, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário ao artigo 537.º, p. 525.

⁷⁷ Sobre os efeitos do caso julgado desta ação, V. CATARINA MONTEIRO PIRES, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário ao artigo 538.º, p. 527.

⁷⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 772.

⁷⁹ VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 82.

pertence em conjunto a vários credores e dirige-se contra os vários devedores conjuntamente. Os créditos não pertencem a cada um dos credores, no todo ou em parte e não se dirigem contra cada um dos devedores, no todo ou em parte. É como se os créditos pertencessem à comunidade dos credores e se dirigissem contra a comunidade dos devedores. No fundo, existe um património de mão comum, que está autonomizado do património individual⁸⁰.

Este tipo de obrigações nasceu no ordenamento germânico e caracteriza-se por cada um dos titulares não poder dispor isoladamente do crédito, no todo ou em parte. A cessão, por exemplo, só se pode fazer por todos os titulares em conjunto. Se se tratar de uma dívida em mão comum, o credor só pode exigir de todos conjuntamente. Como salienta Menezes Cordeiro, os exemplos dados pela literatura alemã deste tipo de obrigações podem reconduzir-se aos nossos patrimónios coletivos, como os que pertencem às sociedades ou às associações sem personalidade⁸¹, às heranças indivisas ou às comunhões conjugais⁸². As obrigações acabam por ser singulares e não plurais, a particularidade aqui reside no facto de o sujeito se assemelhar a uma pessoa coletiva.

II. Restam as obrigações disjuntas. São aquelas que correspondem a obrigações de sujeito alternativo. Ou seja, só aparentemente são plurais. De uma pluralidade de devedores, somente um será escolhido para ser o sujeito da relação obrigacional. Não se confundem com as obrigações alternativas, pois a escolha não se coloca em relação a várias obrigações, mas sim em relação aos sujeitos da obrigação. Só um será designado como devedor^{83 84}.

⁸⁰ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume I*, p. 155 e JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 173.

⁸¹ Um bom exemplo das pessoas rudimentares de que fala MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário à Secção II Obrigações Solidárias, p. 500.

⁸² MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 763. JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, pp. 172-173 distingue as obrigações coletivas e as obrigações em mão comum ou comunitárias. As primeiras seriam “as obrigações assumidas por um conjunto delimitado e organizado de pessoas que formam uma coletividade sem personalidade jurídica”, caracterizando-se por haver um fundo comum, dando como exemplos as associações não reconhecidas e outras coletividades organizadas de sujeitos, sem personalidade jurídica. As segundas já pressupõem a existência de um património separado, um património coletivo, sendo o caso da herança indivisa e o da comunhão conjugal dos bens.

⁸³ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume I*, p. 155.

⁸⁴ MENEZES CORDEIRO também maneja este conceito, distinguindo entre disjunção ativa e disjunção passiva. V. MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário à Secção II Obrigações Solidárias, p. 494.

4. Solidariedade passiva

4.1. Noção

I. As obrigações solidárias podem ser passivas ou ativas. Ou, utilizando a terminologia do CC, pode existir solidariedade entre devedores e solidariedade entre credores. O n.º 1 do artigo 512.º do CC estabelece as noções básicas dos conceitos: “a obrigação é solidária, quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera, ou quando cada um dos credores tem a faculdade de exigir, por si só, a prestação integral e esta libera o devedor para com todos eles”. Portanto, a solidariedade passiva existirá quando o credor pode exigir a prestação integral de qualquer dos devedores e a prestação efetuada por um destes os libera a todos perante o credor comum.

II. Interessa analisar o enquadramento sistemático da solidariedade passiva. O CC contém um capítulo dedicado às modalidades das obrigações (Capítulo III do Título I, Das obrigações em geral, do Livro II relativo ao Direito das Obrigações). Dentro desse capítulo, a Secção II trata das obrigações solidárias e encontra-se dividida em três subsecções: a Subsecção I com disposições gerais, a Subsecção II relativa à solidariedade entre devedores e a Subsecção III, solidariedade entre credores. Como vemos, a sistematização é centrada nas modalidades das obrigações e, dentro destas, nas obrigações solidárias, aproximando-se da sistematização do CCivF⁸⁵. Já o BGB possui uma secção específica sobre a pluralidade de devedores e de credores⁸⁶.

O CC segue o sistema consagrado nos códigos francês e alemão, que contém disposições específicas sobre a solidariedade ativa e sobre a solidariedade

⁸⁵ A reforma do *Code Civil* de 1804 efetuada em 2016 modificou a divisão sistemática do CCivF. No entanto, não afetou muito a proximidade com o CC português. Na versão original do *Code Civil* havia duas subsecções separadas para a solidariedade ativa e para a solidariedade passiva, dentro de uma secção dedicada às obrigações solidárias, por sua vez incluída num capítulo sobre as várias espécies de obrigações. Desde 2016, no CCivF, que há uma divisão sistemática dedicada às obrigações solidárias, englobando a solidariedade passiva e a solidariedade ativa, inserida numa secção sobre a pluralidade de sujeitos no capítulo dedicado às modalidades das obrigações.

⁸⁶ O Livro 2 do BGB intitula-se Direito das relações obrigacionais (*Recht der Schuldverhältnisse*) e compõe-se de diversas secções, entre as quais a sétima, sobre a pluralidade de devedores e de credores (*Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern*). que contém os § 420 a 432, onde se encontram as regras sobre obrigações solidárias.

passiva, ao contrário do CCivI, onde as solidariedades ativa e passiva são reguladas, por diversas vezes, conjuntamente na mesma norma⁸⁷.

O quadro legislativo da solidariedade passiva compõe-se dos artigos 512.º a 517.º do CC – disposições gerais aplicáveis às obrigações solidárias – e dos artigos 518.º a 527.º do CC. É notório o aperfeiçoamento sistemático em relação ao Código de Seabra, o que é um reflexo da sistematização germânica seguida pelo CC. Onde antes se falava apenas em condevedores ou devedores solidários (artigos 752.º a 757.º do Código de Seabra), passa igualmente a falar-se, com um grau superior de abstração, em solidariedade de ou entre devedores (artigo 513.º do CC e epígrafe da Subsecção II). A consagração legal não fez jus à tradição: a expressão solidariedade passiva era tradicionalmente usada pelos autores que se debruçavam sobre o Código de Seabra. Ainda hoje é a expressão mais comum, embora não conste de nenhuma norma relativa às obrigações solidárias do CC.

III. Em comparação com as obrigações parciárias, a solidariedade passiva apresenta duas diferenças assinaláveis. Por um lado, o dever de prestação integral que, em princípio, recai sobre todos os devedores (em princípio, porque os devedores podem estar obrigados em termos diversos, conforme o n.º 2 do artigo 512.º do CC). Por outro lado, o efeito extintivo recíproco da satisfação dada por qualquer deles ao direito do credor. Se A, B e C forem devedores de 1500, o credor D pode exigir a cada um deles o pagamento da totalidade da dívida, de 1500, e não de apenas um terço da mesma. A prestação efetuada por qualquer um dos devedores libera os restantes. No plano das relações internas entre os devedores, cada um dos obrigados deve apenas uma parte da prestação, cabendo ao devedor que satisfizer o direito do credor além da parte que lhe competir, direito de regresso contra cada um dos condevedores, na parte que a estes compete. Mas este já não será um elemento essencial da solidariedade passiva, como veremos adiante.

Destacam-se os dois traços essenciais da solidariedade passiva: cada um dos devedores responde pela prestação integral, que, a ser feita, libera todos os devedores⁸⁸, que é, aliás, a formulação que consta da primeira parte do n.º 1

⁸⁷ Um bom exemplo desta técnica é o artigo 1298 sobre as relações internas entre os devedores e os credores solidários: “*Nei rapporti interni l’obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o tra i diversi creditori, salvo che sia stata contratta nell’interesse esclusivo di alcuno di essi.*”.

⁸⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 774, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume I*, pp. 148-149 e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 750.

do artigo 512.º do CC⁸⁹. Se não se verificarem estes dois elementos, não existe solidariedade passiva. É o caso de um credor que acerte com dois devedores a mesma prestação, mas em separado. Se um deles cumprir, o outro não está exonerado, não havendo solidariedade passiva.

IV. Note-se que o efeito extintivo recíproco, ou na terminologia de Ribeiro de Faria, efeito extintivo mútuo⁹⁰, é uma liberação *total*, em que cada devedor fica desvinculado da obrigação. O artigo 523.º do CC é claro ao dispor que a satisfação do direito do credor, nomeadamente por cumprimento, produz a extinção das obrigações de todos os devedores. Se as obrigações de todos os devedores se extinguem, não fará sentido que a solidariedade se aplique quando a obrigação de algum devedor subsiste para um novo credor sub-rogado⁹¹.

O nascimento do direito de regresso, como veremos *infra*, não invalida esta posição, justamente, porque é um novo crédito. Ao contrário da sub-rogação, o direito de regresso traduz-se num direito de reintegração do devedor que, sendo obrigado com outros devedores, cumpre para além do que lhe cabe. Assim, faz sentido que, salvo convenção em contrário, não se transmitam, na esfera do regresso, as garantias e demais acessórios da dívida extinta, enquanto a sub-rogação apresenta solução diversa, como resulta do artigo 582.º do CC, aplicável por força do artigo 594.º do CC.

V. Tal como no Código de Seabra, a regra é a *parcieriedade*. A solidariedade de devedores (utilizando a expressão do CC) só existe quando resulte da lei ou da vontade das partes, como resulta do artigo 513.º do CC.

Outras legislações seguiram caminho inverso: o § 427 do BGB refere que, no caso da celebração de um contrato por várias pessoas que se obrigam conjuntamente a efetuar uma prestação divisível, as mesmas serão responsáveis, em caso de dúvida, como devedores solidários. Já o CCivI foi mais longe e dispõe no artigo 1294 que os condevedores se têm por obrigados solidários se da lei ou do título não resultar diversamente. Na Alemanha e na Itália, há, assim, uma presunção de solidariedade. No caso italiano, é uma solução que visa assegurar maior dinamismo à vida comercial, tendo em conta que no país transalpino não existe codificação comercial, absorvida pela codificação civil⁹².

⁸⁹ Abordaremos já de seguida, no capítulo seguinte, a discussão relativa aos requisitos da solidariedade passiva, em especial a identidade da prestação na solidariedade passiva.

⁹⁰ RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. II, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001, p. 166.

⁹¹ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 212.

⁹² MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 775.

O CC contém diversos exemplos de solidariedade passiva legal: artigo 467.º, relativo à solidariedade de gestores, n.º 1 do artigo 497.º, sobre a responsabilidade solidária pelos danos, o n.º 1 do artigo 507.º acerca da responsabilidade solidária pelo risco, o n.º 1 do artigo 649.º, que regula a responsabilidade solidária dos fiadores, entre outros. Refira-se igualmente o artigo 73.º do CSC, que determina que a responsabilidade dos gerentes ou administradores é solidária.

Note-se, porém, que o artigo 100.º do CCom contém uma norma especial face ao artigo 513.º do CC, consagrando que nas obrigações comerciais os devedores são-no solidariamente, a não ser que haja estipulação em contrário⁹³.

Portanto, segundo o regime consagrado no artigo 513.º do CC, na ausência de previsão legal ou de vontade das partes, as obrigações serão parciárias. Como resulta da letra do próprio artigo 513.º do CC, a solidariedade pode resultar de vontade das partes, o que significa, sem grande esforço interpretativo, que pode resultar de uma declaração negocial tácita⁹⁴, enquadrada no n.º 1 do artigo 217.º do CC. Pois, se assim não fosse, o legislador teria exigido que a solidariedade resultasse de declaração expressa⁹⁵.

VI. A solidariedade passiva revela-se extremamente útil para acautelar os direitos dos credores na eventualidade de insolvência de algum dos devedores, uma vez que os restantes terão que cumprir perante o credor ou credores, sem que possam ficar prejudicados. Aliás, as situações em que a lei consagra a solidariedade passiva são casos em que se considerou que os credores não poderiam sofrer um prejuízo pela insolvência dos devedores⁹⁶.

⁹³ Ac. STJ de 16 de outubro de 2008 (Mário Cruz), Processo n.º 08A2233. Estava em causa um contrato-promessa de cessão de quotas de uma sociedade comercial. O Supremo Tribunal de Justiça considerou tratar-se de uma relação com natureza comercial. Como tal, “o regime jurídico das obrigações dele decorrentes seja o regime de solidariedade passiva (art. 100.º do Código Comercial), funcionando em reforço do crédito, e não o regime de conjunção (art. 513.º do Código Civil.)”, como consta no ponto III do sumário. E também Ac. STJ de 15 de novembro de 2012 (Granja da Fonseca), Processo n.º 246/10.3YRLSB.S1, reiterando que “a solidariedade passiva funciona como regra no direito comercial (art. 100.º do CCom)” (ponto II do sumário).

⁹⁴ MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário ao artigo 513.º, p. 503.

⁹⁵ Como refere o Ac. RCa de 2 de junho de 2020 (Luís Cravo), Processo n.º 1990/19.5T8VIS. C1, no ponto III do sumário. V. igualmente o Ac. RCa de 28 de janeiro de 2020 (Alberto Ruço), Processo n.º 9956/15.8T8CBR-A.C1.

⁹⁶ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 753-754.

4.2. *Identidade da prestação, comunhão de fim e identidade da fonte de obrigação*

I. Na caracterização da solidariedade passiva, discute-se se a figura só existe verificados alguns pressupostos, como a identidade da prestação, a comunhão de fim e a identidade da fonte da obrigação⁹⁷. Vejamos se assim é.

II. Torna-se pertinente discutir o requisito da identidade da prestação devido à contradição (aparente) entre os dois números do artigo 512.º do CC. De facto, no n.º 1 refere-se que cada um dos devedores deve cumprir integralmente a prestação. Ao passo que no n.º 2 se estipula que a obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de o conteúdo das prestações de cada um dos devedores ser diverso.

Antunes Varela defende que é requisito essencial da solidariedade que a prestação seja idêntica para todos os devedores^{98 99}. Na parte em que o conteúdo da prestação for diverso, a solidariedade não se verifica. Se dois devedores solidários, A e B, têm obrigações de conteúdo diferente, um está obrigado ao capital e o outro ao capital e aos juros, a obrigação é solidária apenas na parte relativa ao capital. Pode dizer-se o mesmo quando as obrigações assumam uma quantidade diferente: se A estiver obrigado a 100 e B a 80, a obrigação solidária de A e B é de apenas 80¹⁰⁰. Esta posição já tinha antecedentes em Gomes da Silva¹⁰¹. No fundo, quem afirma a identidade da prestação como requisito da solidariedade passiva, declara que o traço característico da obrigação solidária é que todos os devedores se obrigam à mesma coisa, *eadem res, eadem pecunia*. Ou seja, a mesma coisa, o mesmo dinheiro.

Por seu turno, Vaz Serra assumia que, relativamente ao conteúdo das obrigações solidárias, não havia motivo para fazer restrições: o conteúdo da presta-

⁹⁷ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 755-764.

⁹⁸ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 758.

⁹⁹ Em nada interfere nesta questão a possibilidade de os vários condevedores solidários estarem obrigados em termos diversos ou com diversas garantias: uma das obrigações pode estar sujeita a termo ou a condição, podendo até os termos e as condições ser diferentes; os lugares de cumprimento fixados ou estipulados para os diversos devedores também podem ser diversos; uma das obrigações pode estar assegurada por fiança, penhor ou hipoteca (primeiro período do n.º 2 do artigo 512.º do CC). Como refere ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 758, “*em nenhum caso a diversidade das cláusulas acessórias prejudica a substância da prestação, que é idêntica, nas chamadas relações externas, para todos os obrigados*”. Tudo isto sem prejuízo de o campo natural da solidariedade passiva envolver uma prestação pecuniária, como refere MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 774.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, p. 166.

¹⁰¹ GOMES DA SILVA, *op. cit.*, p. 53. Este autor afirma que a “*a unidade da prestação não resulta da reunião artificial dos objetos de vários direitos e obrigações distintos, mas de a mesma e única prestação ser objeto comum de vários direitos e obrigações, independentes e iguais*”.

ção pode variar de obrigação para obrigação, embora seja uma situação pouco frequente¹⁰². Quando o montante da obrigação de cada um dos devedores solidários é diverso, a solidariedade existirá apenas para o menor montante, tal como no exemplo indicado. No entanto, Vaz Serra alicerça a sua opinião nas situações em que a obrigação de um dos devedores se extingue com a prestação do outro, sendo as prestações completamente diferentes. Se A e B devem objetos diferentes e A cumpre, B fica exonerado. Como tem sido apontado, o artigo 512.º do CC não autoriza a que se fale em solidariedade neste caso¹⁰³. Trata-se de uma obrigação alternativa, prevista no n.º 1 do artigo 543.º do CC, em que a alternatividade é subjetiva e objetiva¹⁰⁴.

Nos outros ordenamentos esta questão é debatida, mas a lei fornece um maior apoio a primeira solução, o BGB dispõe no § 421 que o devedor se encontra vinculado à prestação integral e o CCivI que os devedores estão obrigados à mesma prestação (artigo 1292).

A posição de Vaz Serra tem o mérito de centrar a discussão: é nos casos em que os devedores solidários estão obrigados a prestações substancialmente diferentes (A e B devem objetos diversos) que se deve averiguar se a identidade da prestação é requisito da solidariedade passiva. Podemos dizer que o problema se põe da mesma maneira em relação às prestações de facto. Isto porque à partida, quando as várias obrigações sejam pecuniárias, a questão da solidariedade só se coloca relativamente ao *montante comum*. É a consequência de as prestações serem divisíveis e de se poder individualizar que prestação de um devedor é que coincide com as prestações dos restantes devedores. Retomando um dos exemplos, se o devedor A deve capital e o devedor B capital e juros, a solidariedade reside *ab initio* no capital¹⁰⁵. Como neste caso é idêntico o conteúdo das prestações em causa, o exemplo não serve para ilustrar a tolerância da solidariedade a obrigações de conteúdo diferente.

Januário Costa Gomes toma posição ao lado de Vaz Serra com novos argumentos¹⁰⁶. A prestação seria idêntica quando os devedores estão vinculados à satisfação do mesmo interesse do credor na prestação. Esse seria o critério mais adequado para caracterizar a solidariedade, dado o artigo 512.º, n.º 2

¹⁰² VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 101-104.

¹⁰³ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p 191 manifesta algumas dúvidas, reconhecendo embora que, neste caso, passa a ser ténue a fronteira entre as obrigações solidárias e as obrigações subjetiva e objetivamente alternativas.

¹⁰⁴ Note-se como esta situação não corresponde às obrigações disjuntas, que são verdadeiras obrigações de *sujeito alternativo*.

¹⁰⁵ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p 193.

¹⁰⁶ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p 191.

do CC não deixar margem para dúvidas relativamente à possibilidade de o conteúdo das prestações dos devedores ser distinto. Trata-se de uma aproximação à doutrina alemã¹⁰⁷. Segundo este critério, se A se encontra obrigado a uma prestação de facto, traduzida na reparação de uma coisa, e B a uma prestação em dinheiro, basta que A cumpra para que B fique exonerado. Uma vez que o interesse do credor está satisfeito, a exoneração de B está explicada. Portanto, a solidariedade passiva comportaria prestações de conteúdo diverso, desde que ambas preenchessem o interesse do credor.

Ainda não se provou que, nestes casos, a obrigação não seja alternativa. Contudo, a distinção entre obrigações solidárias com prestações de conteúdo diverso e obrigações subjetivamente alternativas revela-se bastante árdua. Até porque aplicam-se a estas últimas, por analogia, as regras das obrigações solidárias¹⁰⁸.

Tendo que pôr de lado esta distinção, e atentando na letra do artigo 512.º, n.º 2 do CC, é necessário afirmar que a posição que considera a identidade da prestação como um requisito da solidariedade passiva interpreta a expressão “*conteúdo das prestações*” de forma pouco precisa. O que essa norma nos diz é que a obrigação continua a ser solidária se o conteúdo das prestações for diferente. Ora, esta posição sustenta que se o conteúdo das prestações for diferente, só haverá solidariedade na parte em que as prestações são iguais. Não faria muito sentido que uma norma incluída na divisão sistemática do código relativa às obrigações solidárias se preocupasse em dar relevo às qualidades das obrigações que não são solidárias.

Tendo em conta o n.º 2 do artigo 512.º do CC é possível construir a solidariedade passiva com maior amplitude no que se refere às modalidades das prestações envolvidas, abrangendo prestações de facto ou prestações substancialmente diferentes, e recorrendo ao critério do mesmo interesse do credor.

III. A formulação da comunhão de fim enquanto pressuposto da solidariedade passiva foi introduzida por Ludwig Enneccerus e consiste em ver a comunhão de fim das várias prestações como sinal característico da obrigação solidária¹⁰⁹.

¹⁰⁷ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I*, 12.ª Edição, Beck, Munique, 1979, p. 632. O nascimento desta doutrina é mais explicável no contexto germânico porque o BGB não contém nenhuma disposição correspondente ao artigo 512.º, n.º 2 do CC.

¹⁰⁸ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 759 e JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁹ LUDWIG ENNECCERUS/HEINRICH LEHMANN, *Derecho de obligaciones, Tratado de Derecho Civil*, Vol. 1, LUDWIG ENNECCERUS, THEODOR KIPP e MARTIN WOLFF, 2.ª Edição, tradução espanhola de BLAZ PEREZ GONZALEZ e JOSÉ ALGUER, Bosch, Barcelona, 1954, pp. 443-444.

A questão foi formulada apoiando-se em alguns casos típicos: quando os imóveis pertencentes a alguém, que estavam no seguro, são destruídos por incêndio, podendo ser exigida uma indenização tanto ao causador do incêndio como à seguradora; ou então quando é furtada uma coisa com grave culpa do seu comodatário ou locatário, que não cumpriu os seus deveres como devia, ficando o dono com direito a exigir a respetiva indenização, tanto ao autor do furto como ao culpado da falta de vigilância. Estes casos seriam exemplos de obrigações solidárias impróprias porque entre o incendiário e a seguradora e o ladrão e o arrendatário ou comodatário não existiria comunhão de fim.

A doutrina mais recente explica a situação através de uma diferença de graus. Nas situações indicadas não haveria o mesmo grau de vinculação dos obrigados¹¹⁰. Se não existisse o mesmo grau, apesar do interesse do credor, não havia obrigação solidária¹¹¹.

Quando, na intenção das partes ou no espírito da lei, existisse comunhão de fim a unir as obrigações, isto é, colaboração dos devedores ao serviço do mesmo interesse do credor, haveria verdadeira solidariedade. Por outras palavras, para haver solidariedade passiva as diversas obrigações teriam que estar ligadas pelo mesmo fim, perseguir a satisfação do mesmo interesse. Nos casos analisados, haveria apenas coincidência de fins, mas não comunhão de fins¹¹². Consequentemente, faltando a solidariedade, haveria apenas uma pluralidade de obrigações interdependentes, destinadas à satisfação do mesmo interesse do credor.

O critério da comunhão do fim foi sendo densificado. Apelando ao sentido último das obrigações solidárias – a garantia e a satisfação do credor – não seriam obrigações solidárias aquelas em que os devedores estão acidentalmente, ou não intencionalmente, uns ao lado dos outros. Hoje em dia é claro que o critério nasceu para permitir a defesa de prestações de conteúdo diverso nas obrigações solidárias (no ordenamento germânico), sendo alvo de crítica devido à sua imprecisão e por não permitir uma clara demarcação de fronteiras. O defeito que lhe é apontado é a artificialidade da distinção entre coincidência

¹¹⁰ Na realidade, se o causador do incêndio indemniza o proprietário dos imóveis, o segurador fica exonerado, se, ao invés, é o segurador quem indemniza, o autor do incêndio não se exonera, transferindo-se para o segurador a pretensão contra ele. Esta solução revela que as obrigações não têm igual valor, um igual grau.

¹¹¹ KARL LARENZ, *op. cit.*, p. 636. Subscreeve esta posição VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 335.

¹¹² ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 764 e RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, pp- 166-167. Este Autor salienta que embora as obrigações do segurador e do autor do furto se possam unificar por via de uma identidade de “fim objetivo”, a verdade é que não há entre ambas uma solidariedade autêntica.

e comunhão de fins, pois o credor vê sempre o seu interesse satisfeito com qualquer uma das prestações¹¹³.

Desta forma, a comunhão de fim não deve ser considerada um pressuposto da solidariedade passiva.

IV. Por fim, o pressuposto da identidade da fonte da obrigação é discutido em torno da admissibilidade de obrigações solidárias (passivas) entre pessoas que se obriguem em momentos sucessivos, através de causas distintas.

Alguns autores consideram essencial que as obrigações solidárias (passivas) nasçam do mesmo facto jurídico ou, pelo menos, de factos que, segundo a intenção das partes, formem um complexo unitário¹¹⁴.

Esta posição não procede. Nada há na lei, nem no plano dos princípios, que impeça que uma obrigação solidária passiva se constitua entre um credor e diversos devedores em momentos diferentes. Até porque nos casos de responsabilidade por atos de terceiro (comitente em face do comissário, por exemplo) pode realmente suceder que a causa da obrigação seja diferente para cada um dos responsáveis solidários e que estas obrigações nasçam de factos distintos, não coincidentes no tempo.

4.3. *Solidariedade imperfeita, solidariedade aparente e solidariedade imprópria*

I. Há casos em que existe solidariedade, mas não se segue rigorosamente o regime previsto na lei (artigos 512.º a 527.º do CC). O que caracteriza estas situações é a inexistência de direito de regresso. Sendo assim, haveria duas espécies de solidariedade: a solidariedade perfeita, que produz todos os efeitos gerais da solidariedade, e a solidariedade imperfeita, que produz alguns desses efeitos, não contemplando o direito de regresso¹¹⁵.

Os exemplos habitualmente apontados de solidariedade imperfeita são a responsabilidade solidária do comitente (sem culpa) e do comissário (artigo 500.º, n.º 1 do CC) e a assunção cumulativa de dívida (artigo 592.º do CC). Em ambas as situações, não existe direito de regresso. Na primeira, cumprida a obrigação face ao lesado pelo comissário, não há regresso em relação ao comi-

¹¹³ Sobre a evolução deste debate doutrinal, JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 197.

¹¹⁴ RUBINO, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Libro 4, Delle obbligazioni; 1285-1320*, Roma, Soc. ed. del Foro Italiano, 1957, p. 133.

¹¹⁵ VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 328.

tente. Na segunda, quando o novo devedor cumpre a sua obrigação perante o credor, não há regresso contra o antigo devedor^{116 117}.

Vaz Serra nega a existência da solidariedade imperfeita enquanto categoria, mas reconhece que se trata de duas espécies do mesmo género e que as diferenças não são suficientes para considerar a solidariedade imperfeita fora dos casos de solidariedade. O que haveria a fazer seria submeter os casos de solidariedade imperfeita ao mesmo regime da solidariedade, com as diferenças que sejam impostas pela índole de cada um¹¹⁸. Vaz Serra pretende contrariar o entendimento de que, nos casos da denominada solidariedade imperfeita, as regras da solidariedade só se aplicam por analogia, o que visa afirmar a unidade de regime das obrigações solidárias. Nesses casos, a aplicação do regime legal seria de afastar quando a razão de ser de determinada solução legal o exigisse. Não só porque esse afastamento se pode dar em relação às verdadeiras obrigações solidárias, quando as partes ou a lei excluam a aplicação de alguma solução, como, a acolher os dois tipos de solidariedade, seria difícil determinar quando existe solidariedade perfeita e quando existe solidariedade imperfeita.

A doutrina posterior teria opinião diversa. Almeida Costa admite a existência de um regime de solidariedade passiva imperfeita fixado pela lei¹¹⁹. Nesses casos, a intenção básica da lei é apenas conceder a faculdade de exigir o cumpri-

¹¹⁶ V. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume II*, 12.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 60–61. Porém, se for o antigo devedor a cumprir, terá direito de regresso sobre o novo devedor pela totalidade do crédito. Uma vez que as relações internas entre ambos são definidas pelo contrato que serve de base à assunção, não é aplicável a presunção do artigo 516.º do CC.

¹¹⁷ Apesar de a análise da solidariedade imperfeita se centrar na ausência de direito de regresso, existem mais diferenças entre a assunção cumulativa de dívida e a solidariedade passiva. Ao contrário do que sucede nas obrigações solidárias passivas, na assunção cumulativa de dívida a obrigação do novo devedor decorre de uma transmissão por parte do antigo, o que permite que o devedor possa aproveitar dos meios de defesa dessa obrigação em termos mais amplos do que o obrigado solidário. Por um lado, se o antigo devedor invocar contra o credor um meio de defesa pessoal, esse meio de defesa aproveitará ao novo devedor, extinguindo a sua obrigação, o que contraria o regime da solidariedade (o artigo n.º 2 do artigo 519.º do CC dispõe que a oposição de um meio de defesa pessoal por parte de um dos devedores não inibe o credor de exigir a prestação dos restantes). Por outro lado, uma vez que o direito de regresso se exerce num só sentido, não seria admissível que, prescrita a obrigação do antigo devedor, o novo gozasse contra ele do direito de regresso a que se refere o artigo 521.º do CC. Acrescente-se que o caso julgado obtido pelo credor contra o antigo devedor é extensível ao novo devedor, ao contrário do que dispõe o artigo 522.º do CC, podendo, no entanto, este invocar contra o credor os meios de defesa pessoais de que seja titular. V. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IX*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 862–865.

¹¹⁸ VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 350.

¹¹⁹ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 756 assume esta posição. RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, p. 612 a propósito da assunção cumulativa de dívida refere que se deve fazer uma distinção entre as obrigações solidárias perfeitas do tipo de solidariedade consagrado na lei para a assunção (artigo 592.º, n.º 2 do CC). No

mento da obrigação de qualquer dos devedores, indistintamente, sem conceder o regresso¹²⁰.

Na verdade, a partir do momento em que a lei dá uma noção de solidariedade bastante ampla – atente-se no facto de o n.º 1 do artigo 512.º do CC não mencionar o direito de regresso – não há razão para distinguir entre solidariedade perfeita e imperfeita.

O legislador, ao traçar o regime da solidariedade passiva, estabeleceu regras diferentes para as situações em que se justifique alterar o regime normal de liquidação após o cumprimento. Não causa perplexidade que, nessas situações, também se verifique solidariedade passiva. Estaríamos em presença de verdadeiras obrigações solidárias, com as especificidades exigidas pela situação.

II. O que está subjacente a esta discussão é saber se o direito de regresso é um elemento fundamental da solidariedade passiva ou não. Para Januário Costa Gomes, a interpretação conjugada do artigo 524.º do CC, relativo ao direito de regresso, e do artigo 516.º do CC, sobre a participação nas dívidas e nos créditos, permite concluir pela inexistência de regresso na fase da liquidação, sendo o peso da dívida suportado integralmente pelo devedor solidário que satisfaz o credor¹²¹. Daqui se infere que a inexistência do regresso não pode ser critério para distinguir espécies de solidariedade.

Afigura-se que a distinção entre solidariedade perfeita e imperfeita é de muito pouca utilidade e se reduz a uma mera questão qualificativa. A expressão solidariedade imperfeita parece ter sido criada para explicar a existência de uma solidariedade amputada de uma das suas características típicas – mas, como vimos, não essencial – o direito de regresso. Considerar que nesses casos estamos perante uma verdadeira solidariedade ou algo diverso, mas a que se aplicam as regras da solidariedade com algumas exceções, é tarefa sem significado prático¹²². Mesmo assim, dada a abrangência do artigo 512.º do CC e as considerações tecidas acerca do direito de regresso, deve concluir-se pela negação da chamada solidariedade imperfeita.

entanto, demonstrando como a distinção é pouco útil, também afirma que, nas situações desacompanhadas de direito de regresso, não deixa de haver autêntica solidariedade passiva (pp. 187-188).

¹²⁰ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 669-670.

¹²¹ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 257.

¹²² ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 757 considera lucidamente que “*saber se o conceito de solidariedade deve, em bom rigor, definir-se à luz do núcleo mais restrito ou do grupo mais amplo de situações solidariedade perfeita e imperfeita, respetivamente é questão relativamente secundária. Essencial é não ignorar o regime das várias situações possíveis. saltando sobre os desvios que deve sofrer cada um dos casos de solidariedade imperfeita em face do recorte normal de solidariedade*”.

III. No ordenamento português a expressão solidariedade aparente tem sido utilizada como sinónimo de solidariedade imperfeita¹²³. Nesses termos, seria de rejeitá-la em coerência com o exposto no ponto anterior.

No entanto, a designação de solidariedade aparente nasceu na doutrina germânica. Corresponderia às situações de pluralidade de devedores em que existem, à primeira vista, pontos de contacto com as obrigações solidárias, mas, numa análise mais próxima, detetar-se-ia que não pertenciam a essa figura¹²⁴. Esta categoria seria rejeitada por vazia.

Transpondo esta ideia para o direito português, a solidariedade é estabelecida em função das características do n.º 1 do artigo 512.º do CC. Todos os outros casos não podem ser definidos em relação à figura que os exclui. Não podem ser definidos por aquilo que não são. Em vez de solidariedade aparente, estaríamos perante uma outra situação inominada de pluralidade de devedores.

III. Por fim, há ainda a denominada solidariedade imprópria¹²⁵. São situações em que existem vínculos distintos e por não ser possível, *ab initio*, pedir a prestação a qualquer um dos devedores. Há nestes casos uma confluência de situações passivas que não se reportam ao mesmo vínculo¹²⁶. É o que sucede com a fiança, como veremos já de seguida. Ou quando se verifica a responsabilidade subsidiária, frequente no domínio fiscal, nomeadamente quando os bens sociais são insuficientes por culpa dos gestores, revertendo a execução contra estes (n.º 1 do artigo 24.º da Lei Geral Tributária).

4.4. Distinção da fiança

I. A fiança e a solidariedade passiva são garantias pessoais. Este tipo de garantias implica que, para além do património do devedor, exista igualmente o património de um terceiro responsabilizado pelo pagamento da mesma dívida¹²⁷.

A fiança caracteriza-se por ser acessória: a obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor (n.º 2 do artigo 627.º do CC). Essa característica significa que a obrigação do fiador se apresenta na dependência estrutural

¹²³ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 756 fala em solidariedade imperfeita ou aparente.

¹²⁴ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 260.

¹²⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 776-778.

¹²⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 777.

¹²⁷ PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006, p. 81.

e funcional da obrigação do devedor, sendo determinada por essa obrigação em termos genéticos, funcionais e extintivos¹²⁸.

A acessoriedade da fiança tem várias manifestações: a forma da declaração da fiança é a mesma forma exigida para a obrigação principal, ainda que seja exigida declaração expressa do fiador (n.º 1 do artigo 628.º do CC); a fiança não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas, ficando sujeita a redução caso tal venha a suceder (n.º 2 do artigo 631.º do CC); a invalidade da obrigação principal, seja nulidade ou anulabilidade, implica a invalidade da fiança (n.º 1 do artigo 632.º do CC); a possibilidade que o fiador tem de opor ao credor os meios próprios do devedor, salvo se estes forem incompatíveis com a obrigação do fiador (artigo 637.º do CC); e a circunstância de a extinção da obrigação principal acarretar também a extinção da fiança (artigo 651.º do CC).

A fiança caracteriza-se por ser subsidiária. O fiador pode invocar o benefício de excussão e só responder pelo pagamento da obrigação se e quando se provar que o património do devedor é insuficiente para saldar a obrigação por este contraída (artigo 638.º do CC). A subsidiariedade não é, todavia, uma característica essencial da fiança, pois o fiador pode renunciar ao benefício da excussão (alínea *a*) do artigo 640.º do CC). A subsidiariedade pode ainda ser afastada quando o devedor ou o dono dos bens onerados com a garantia não puder, em virtude de facto posterior à constituição da garantia, ser demandado no território do continente ou ilhas adjacentes (alínea *b*) do artigo 640.º do CC), pela vontade das partes¹²⁹ ou se estivermos perante uma obrigação comercial (artigo 101.º do Código Comercial).

Sempre que o benefício de excussão tenha sido afastado ou estejamos em presença de uma obrigação mercantil e haja uma fiança, o fiador apresenta-se ao lado do devedor como principal pagador, ou seja, o devedor e o pagador tornam-se responsáveis solidários pelo pagamento da dívida. Daí que se utilize para estes casos a designação de fiança solidária¹³⁰.

II. A fiança é diversa da solidariedade passiva. É a característica da acessoriedade da fiança que permite distinguir as figuras, dado que na solidariedade passiva ela não existe, qualquer dos condevedores pode ser interpelado para cumprir pelo credor. Utilizando uma expressão do domínio da fiança, todos os

¹²⁸ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume II*, p. 330.

¹²⁹ O que acontece frequentemente através da cláusula em que o fiador declara que se responsabiliza igualmente como principal pagador.

¹³⁰ Designação habitualmente utilizada no tráfico jurídico e na jurisprudência. Ac. RLx de 1 de junho de 2000 (Silva Salazar), Processo n.º JTRL00028665.

convedores são principais pagadores. Ao contrário do que se passa na fiança, em que o fiador pode responder solidariamente com o afiançado, na solidariedade passiva não há uma dívida acessória da outra. Trata-se sim da mesma dívida, pela qual os convedores são, na mesma medida, responsáveis perante o credor¹³¹.

III. Havendo benefício de excussão, a distinção entre fiança e solidariedade passiva é notória, dado que o fiador pode recusar o cumprimento, enquanto não se mostrarem excutidos todos os bens do devedor, sem se obter a satisfação do credor¹³². Onde a distinção se coloca com mais acuidade é quando não há benefício de excussão. A posição do fiador que se obrigou como principal pagador não se identifica com a do devedor solidário. Apesar de desaparecer a subsidiariedade, a acessoriedade permanece¹³³. Analisemos duas situações concretas.

Como vimos, se a obrigação principal for inválida, nula ou anulável, a fiança também o será (artigo 632.º do CC). E o fiador, em princípio, pode opor ao credor os meios de defesa que competirem ao devedor (artigo 637.º do CC).

Ora, na solidariedade passiva, tudo se passa de maneira diferente. Como os vínculos dos devedores têm igual valor, qualquer um pode ser demandado para cumprir. No entanto, o facto de a obrigação de um dos devedores ser inválida não quer dizer que as obrigações dos outros convedores o sejam¹³⁴. É por isso que, em princípio, em flagrante contraste com a fiança, o devedor solidário demandado não pode opor as exceções pessoais de outro devedor (n.º 1 do artigo 514.º), o que veremos em detalhe mais à frente¹³⁵. O devedor solidário pode é opor ao credor um meio de defesa comum a todos os devedores, mas aí a situação também é diversa: o meio de defesa comum, antes de ter esta qualidade, também pertence ao próprio devedor, sendo, em última instância, um meio pessoal que é comum aos demais devedores.

Januário Costa Gomes defende uma posição contrária. Partindo de uma interpretação ampla do n.º 2 do artigo 512.º do CC, sustenta a possibilidade

¹³¹ PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2020, p. 184.

¹³² MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 777.

¹³³ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, pp. 893-897.

¹³⁴ MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 166 destaca bem esta ideia quando afirma que a solidariedade passiva se distingue da fiança por não corresponder a uma obrigação acessória, uma vez que as obrigações dos diferentes devedores são diferentes entre si, podendo extinguir-se qualquer delas sem que as outras sejam afetadas.

¹³⁵ Daí que no nosso entender seja errónea a afirmação de que a solidariedade passiva estipulada pelas partes equivale a uma fiança sem benefício de excussão, como sustentam PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, *op. cit.*, p. 231-232.

de existirem obrigações solidárias com benefício de excussão. Efetivamente, se são admitidas obrigações solidárias sujeitas a termo ou a condição, não há razão para uma das obrigações não poder estar sujeita a uma exceção com a prévia excussão¹³⁶. Mas esta posição encontra o limite evidente do próprio benefício de excussão: a solidariedade só existiria até à sua invocação. Uma vez invocada e provada a transformação do vínculo, a prestação já não satisfaz igualmente o interesse do credor, situação muito diferente de quando ambos os vínculos ordenados visam a satisfação do interesse específico. Desta forma, a acessoriedade não constituiria obstáculo à natureza das obrigações solidárias, dado que poderiam existir obrigações solidárias configuradas com a acessoriedade da fiança.

É necessário abordar esta razão de argumentação com muita cautela. O facto de o conteúdo da solidariedade passiva se poder assemelhar a uma obrigação fidejussória não permite extrair as conclusões propostas. De facto, a criação de uma obrigação solidária em tudo semelhante à fiança demonstra apenas a enorme elasticidade do n.º 2 do artigo 512.º do CC. Se as partes criarem uma figura que se distancie de tal forma dos traços típicos da solidariedade passiva, deixará de ser uma obrigação solidária passiva e passará a ser uma fiança. Em síntese, a margem concedida pelo n.º 2 do artigo 512.º do CC não é ilimitada de forma a autorizar a modelação de outras figuras típicas. No fundo, como a acessoriedade determina a eficácia, o conteúdo, o âmbito e os pressupostos da figura, a sua consagração implica a criação de uma fiança.

IV. A solidariedade passiva deve distinguir-se da fiança. A primeira pressupõe uma determinada ligação com pretensões independentes, que conhecem vicissitudes próprias e que resistem ao que sucede às demais, ao passo que na segunda, a acessoriedade determina que o crédito e o direito de garantia não reajam cada um de *per si* aos acontecimentos: primeiro reage o crédito e, depois, automaticamente, o direito de garantia. E é tendo em conta estes diferentes papéis que se deve entender uma e outra. Enquanto na solidariedade passiva a resposta dada por qualquer um dos devedores é igual, na fiança é um terceiro que vem com o seu património reforçar a garantia.

À solidariedade passiva estaria reservado o papel de modelo positivo para a pluralidade de devedores com obrigações autónomas entre si. A fiança, por seu turno, serviria de modelo para a pluralidade de devedores em que um dos vínculos é acessório relativamente ao outro¹³⁷.

¹³⁶ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, pp. 268-269.

¹³⁷ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 272 acaba por reconhecer que a fiança possui a “*a conformante especificidade – que lhe confere autonomia – de o vínculo do fiador ser um vínculo acessório*”. De qualquer forma,

5. Funcionamento da solidariedade passiva

5.1. Enquadramento

O funcionamento da solidariedade passiva tem uma mecânica própria, tradicionalmente vista sob duas perspectivas, a das relações externas, onde se analisam as relações entre o credor e os co-devedores¹³⁸, e as relações internas, que versam sobre as relações dos co-devedores entre si.

5.2. Relações externas

5.2.1. Direito do credor

I. Nos termos do artigo 512.º e do n.º 1 do artigo 519.º do CC, o credor tem o direito de exigir de qualquer dos devedores toda a prestação ou parte dela, proporcional ou não à quota do interpelado, judicial ou extrajudicialmente. Portanto, a prestação pode ser exigida a cada um dos devedores, pela parte ou pela totalidade, ou a todos os devedores conjuntamente, como se infere do n.º 1 do artigo 519.º do CC.

O exercício deste direito do credor faz sobressair de forma bastante clara a natureza da solidariedade passiva como garantia. O credor tanto pode renunciar à garantia, acionando cada um dos devedores apenas pela parte que proporcionalmente lhe compete, como acionar todos os devedores conjuntamente, caso em que cada um apenas responderá pela sua parte (artigo 517.º do CC)¹³⁹.

para o autor, o regime da fiança apresenta-se como uma espécie de “versão acessória” do regime da solidariedade passiva, assumindo esta um papel mais central.

¹³⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 778.

¹³⁹ É o artigo 32.º do CPC, relativo ao litisconsórcio voluntário, que traduz este princípio. Admite-se a intervenção de todos os interessados na lide, como autoriza o n.º 1 do artigo 32.º do CPC, mas também basta somente a intervenção de um deles para assegurar a legitimidade das partes (n.º 2 do artigo 32.º do CPC). Por outro lado, o devedor solidário demandado pode provocar a intervenção dos outros devedores para se defenderem ou serem conjuntamente demandados (n.º 3 do artigo 316.º e artigo 317.º do CPC). As vantagens desta atuação para o devedor são óbvias. É certo que não se consegue furtar à condenação nem ao cumprimento da totalidade da obrigação, conforme prescreve o artigo 518.º do CC, o que, aliás, seria contrário à natureza da solidariedade e implicaria ações judiciais morosas, dado que nenhum devedor abdicaria de provocar a intervenção de todos os outros condevedores. Mas, ainda assim, o devedor consegue obter a cooperação processual dos outros devedores e, mais importante, um título executivo capaz de lhe assegurar o regresso contra aqueles (n.º 1 do artigo 317.º do CPC).

II. Os devedores, uma vez demandados pela totalidade da dívida, não podem vir exercer o benefício da divisão, tendo de satisfazer a prestação integral, como esclarece o artigo 518.º do CC¹⁴⁰. Esta impossibilidade, como facilmente se compreende, é o cerne da solidariedade passiva. Se o benefício da divisão fosse oponível, o mecanismo da solidariedade passiva não seria eficaz. O benefício da divisão é, de facto, contrário à natureza da solidariedade. Em vez de ser o credor a dividir a prestação entre os devedores, será o devedor que efetuar a prestação quem, ao exercer o direito de regresso, a dividirá entre os devedores (artigo 524.º do CC).

III. O credor pode interpelar os devedores por meios extrajudiciais sem restrições (n.º 1 do artigo 519.º do CC). Ou seja, se não obtiver o cumprimento por parte de um devedor, não está impedido de reclamar dos outros o cumprimento.

Se o credor escolheu a via judicial para o exercício do seu direito, quer tenha exigido a totalidade ou parte da prestação a um ou a alguns devedores, está inibido de proceder judicialmente contra os outros pelo que tenha exigido (n.º 1 do artigo 519.º do CC). O que significa que poderá, de acordo com os seus interesses, seleccionar a melhor forma de agir, sendo que terá quase sempre mais interesse em exigir a totalidade da prestação, quer a um, quer a vários devedores.

O credor só poderá interpelar judicialmente os outros devedores por aquilo que tenha exigido previamente pela via judicial se houver razão atendível, como insolvência ou risco de insolvência do demandado, ou dificuldade, por outra causa, em obter dele a prestação, como é referido na parte final do n.º 1 do artigo 519.º do CC¹⁴¹. Entende-se que há uma razão atendível neste caso quando a execução se mostrar, por qualquer razão, particularmente onerosa ou morosa para o credor ou de resultado duvidoso e em outras situações seme-

¹⁴⁰ O benefício da divisão é um resquício histórico. O *beneficium divisionis* era reconhecido no direito romano e comum aos devedores solidários quando fossem responsáveis por dolo, podendo eles recusar-se então a pagar além das suas quotas proporcionais, se os outros devedores fossem solventes, não estivessem ausentes e não fosse difícil exigir deles o pagamento das suas partes. A generalidade dos ordenamentos opõe-se ao benefício da divisão: § 421 do BGB, artigo 1291 do CCivI, artigo 1313 do CCivF (antes da revisão de 2016 do CCivF o artigo 1203 referia-se expressamente ao “*bénéfice de division*”) e artigo 1137 do CCivE. V. VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 127. Mesmo assim, o autor salienta que a proteção enérgica concedida pelo benefício de divisão pode ser admitida em algumas situações, mas não no regime geral das obrigações solidárias. V. ainda MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário ao artigo 518.º, pp. 506-507.

¹⁴¹ Ac. RLx de 7 de fevereiro de 2018 (José Feteira), Processo n.º 13340/16.8T8SNT.L1-4 e Ac. STJ de 30 de abril de 2019 (Maria Olinda Garcia), Processo n.º 1245/05.2TBMCN.P1.S1.

lhantes¹⁴². A razão destas regras é alcançar uma certa organização processual e proteger os devedores de uma multiplicidade de ações, refletindo uma vez mais o *favor debitoris*.

Se um devedor for interpelado para cumprir apenas parte da prestação, nada impede que realize a prestação por inteiro¹⁴³. O n.º 2 do artigo 763.º do CC, relativo à realização integral da prestação, assim o determina. No fundo, é mais uma manifestação da natureza específica da solidariedade. Se cada um dos devedores pode ter que responder pela prestação integral, também poderá cumpri-la integralmente, se assim o desejar.

O mesmo entendimento subjaz à possibilidade de um devedor que, por desconhecimento, cumpra a prestação depois de outro devedor já a ter cumprido integralmente, poder exigir do credor a repetição do indevido, nos termos do n.º 1 do artigo 476.º do CC^{144 145}.

IV. Por fim, o credor pode renunciar à solidariedade, conforme o disposto no artigo 527.º do CC. A renúncia a favor de um ou alguns dos devedores não prejudica o direito do credor relativamente aos restantes, contra os quais conserva o direito à prestação por inteiro. Trata-se somente da renúncia ao regime especial de solidariedade em relação a um ou a alguns devedores, isto é, do direito de lhe exigir o cumprimento integral e não de uma forma de extinção da obrigação¹⁴⁶. Os devedores abrangidos pela renúncia deixam de estar cobertos pela manta da solidariedade, o que em nada afeta a sua parte na prestação:

¹⁴² ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 768.

¹⁴³ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 768, RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, p. 173 e MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário ao artigo 520.º, p. 509.

¹⁴⁴ RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, p. 173. Pode suceder que o devedor que cumpriu não avise os restantes que a prestação já se encontra cumprida. Afasta-se a posição de VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 141 que convoca a solução hoje prevista no n.º 1 do artigo 645.º do CC, relativo às relações entre o fiador e o devedor. De acordo com essa disposição, o fiador que cumprir a obrigação deve avisar do cumprimento o devedor, sob pena de perder o seu direito de regresso contra o devedor, no caso de este, por desconhecimento, efetuar de novo a prestação. As situações não são equiparáveis. O devedor solidário não é um fiador e as relações entre devedores solidários podem não ser tão estreitas como as relações envolvidas na fiança. Ao invés, o devedor solidário que cumprir deve avisar os outros, sob pena de responder pelos danos que lhes causar com a omissão. Tal dever resulta dos princípios de boa-fé (n.º 2 do artigo 762.º do CC). V. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 769.

¹⁴⁵ RUBINO, *op. cit.*, p. 174 sugere a interessante hipótese de dois devedores terem erradamente pago ao mesmo tempo. Nesse caso, a solução mais acertada será conceder a cada um dos devedores o direito de repetição em relação a metade.

¹⁴⁶ Ac. STA de 28 de junho de 2012 (Fernanda Xavier), Processo n.º 01084/11: “a renúncia à solidariedade prevista no artigo 527.º do CC é apenas a renúncia a uma garantia da obrigação concedida ao credor, pela lei ou por acordo das partes e não uma forma de extinção da obrigação” (ponto I do sumário).

o credor pode exigir-lhes a sua parte no débito comum e um outro devedor que pague a totalidade da dívida tem regresso contra todos os condevedores, incluindo os que já não eram condevedores solidários¹⁴⁷.

Naturalmente que se a renúncia à solidariedade for em relação a todos os devedores da obrigação solidária que a obrigação solidária desaparece, passando a haver uma mera obrigação parciária¹⁴⁸. Aliás, o n.º 1 do artigo 517.º do CC permite expressamente essa opção, ao permitir que o credor renuncie à solidariedade propondo ação conjuntamente contra todos os devedores¹⁴⁹.

5.2.2. Meios de defesa dos devedores

I. Um dos aspetos mais relevantes da solidariedade passiva é saber quais os factos relativos a um dos devedores que se repercutem, e em que medida, na posição jurídica dos outros. Esta operação permite ver com nitidez o funcionamento da solidariedade passiva. Claro que os factos que procedem de todos os devedores, ou a todos dizem respeito, ou os factos que atingem de modo direto a prestação devida, sem passar por qualquer dos devedores, não importam para esta análise.

O n.º 1 do artigo 514.º do CC dispõe que o devedor solidário demandado pode defender-se por todos os meios que pessoalmente lhe competem ou que são comuns a todos os condevedores¹⁵⁰. Um corolário lógico desta norma é que o devedor não pode opor as exceções pessoais de outros condevedores¹⁵¹.

¹⁴⁷ A renúncia à solidariedade difere da remissão de dívida prevista no n.º 1 do artigo 864.º do CC, caso em que a remissão concedida a um devedor solidário libera os outros somente na parte do devedor exonerado. Pode suceder que, ainda assim, o credor reserve o seu direito por inteiro contra os outros devedores, que conservam, por inteiro também, o direito de regresso contra o devedor exonerado (n.º 2 do artigo 864.º do CC). A diferença em relação à renúncia à solidariedade que estamos a analisar é que, ao contrário do que sucede nesse caso, se houver remissão de dívida, o credor não pode pedir ao devedor beneficiado a sua parte na prestação. V. o Ac. RGs de 8 de março de 2018 (Ana Cristina Duarte), Processo n.º 165/16.0T8CHV-A.G2.

¹⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário ao artigo 527.º, p. 514.

¹⁴⁹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume I*, p. 150.

¹⁵⁰ NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, *Direito das Obrigações, Volume I*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 114 refere que o termo “meios de defesa” é utilizado pelo Código Civil para designar, em globo, as exceções materiais (perentórias ou dilatórias).

¹⁵¹ O legislador italiano preferiu, justamente, estipular este corolário e regular negativamente os meios de defesa do devedor. O artigo 1297 do CCivI refere que “*um dos devedores solidários não pode opor ao credor as exceções pessoais dos outros devedores*”.

II. Os meios comuns de defesa são aqueles que atingem a relação obrigacional complexa, isto é, o seu todo¹⁵². É o caso da nulidade do contrato por vício de forma, a incapacidade do credor ou a impossibilidade de prestação por causa superveniente não imputável a nenhum dos devedores. Bem como outros exemplos: extinção do crédito por uma causa eficaz em relação a todos os devedores solidários, como seja o pagamento ou a compensação por um dos devedores, não efetuar o devedor ou não oferecer o credor a sua contraprestação, tratando-se de contrato bilateral¹⁵³, a anulabilidade resultante do carácter usurário do negócio ou a mora do credor¹⁵⁴, entre outros¹⁵⁵. O caso julgado entre o credor e um dos devedores solidários também poderá ser um meio de defesa comum, desde que não se baseie em fundamento que respeite pessoalmente a esse devedor (artigo 522.º do CC).

III. Os meios pessoais de defesa caracterizam-se por uma ligação individualizada aos diversos devedores. Ou seja, respeitam a cada uma das relações que permitem ao credor exigir o cumprimento integral da prestação. Enquanto os meios comuns atingem a relação obrigacional complexa, os meios pessoais atingem apenas uma das várias relações obrigacionais através das quais o credor pode exigir de cada um dos devedores a prestação integral a que tem direito¹⁵⁶. Daí que, como já referimos, o devedor solidário não possa opor ao credor exceções pessoais de outro devedor.

Os efeitos dos diversos meios pessoais variam consoante a natureza do facto em que assentam¹⁵⁷:

- i. Os que só podem ser invocados por algum condevedor solidário e apenas a esse aproveitam, prejudicando os restantes condevedores quanto ao direito de regresso;
- ii. Os que só podem ser invocados pelo devedor a quem respeitam, mas não prejudicam os outros condevedores; e
- iii. Os que, embora só possam ser invocados pelo devedor a que diretamente se referem, aproveitam a todo o grupo condebitório, tornando-se oponíveis ao credor por qualquer dos devedores.

¹⁵² ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 673.

¹⁵³ VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 135.

¹⁵⁴ O BGB prevê a mora do credor como meio de defesa comum dos devedores solidários na secção relativa às obrigações solidárias (§ 424 do BGB).

¹⁵⁵ V. MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário ao artigo 514.º, p. 503, que enumera uma completa lista de meios comuns de defesa dos devedores.

¹⁵⁶ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 771.

¹⁵⁷ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 771 com alteração de ordem para facilidade de exposição.

No primeiro grupo, trata-se de meios também designados de pessoais ou pessoalíssimos¹⁵⁸. Trata-se, por exemplo, da anulabilidade derivada de vício respeitante à pessoa de um dos condevedores, da incapacidade de um deles ou da não verificação da condição ou do termo que unicamente se refira a um deles. São estes meios pessoais que justificam o disposto no n.º 2 do artigo 519.º do CC¹⁵⁹, que dispõe que operando este meio de defesa de forma eficaz, o credor não está inibido de reclamar dos outros a prestação integral. Como salienta Vaz Serra, nestes casos os outros devedores são garantes da ausência de exceções pessoais do seu condevedor. Existindo alguma dessas exceções, suportam as consequências¹⁶⁰, aumentando as suas quotas devedórias na respetiva proporção. Com efeito, os outros devedores têm que efetuar a prestação por inteiro, pois obrigaram-se à totalidade da prestação, tendo que satisfazê-la, mesmo que a obrigação de um dos condevedores não se mantenha¹⁶¹.

No segundo grupo pode indicar-se a prescrição que, sendo invocável por um dos devedores, não o libera da obrigação de regresso perante os condevedores a quem a prescrição não possa aproveitar (n.º 1 do artigo 521.º do CC). Ou a remissão prevista no n.º 2 do artigo 864.º do CC, analisada *supra*, em que o credor, apesar de conceder a remissão a um dos devedores solidários, reserva o seu direito, por inteiro, contra os outros devedores, conservando estes, por inteiro também, o direito de regresso contra o devedor exonerado. Estes dois casos põem em evidência o que distingue este tipo de meios pessoais: são factos que liberam o devedor perante o credor, mas não perante os outros devedores, que mantêm contra ele o direito de regresso.

Por último, o caso típico do terceiro grupo é a compensação. A compensação só pode operar sobre a declaração do titular do crédito compensável (n.º 1 do artigo 848.º do CC), mas extingue, em relação ao credor, as obrigações de todos os devedores, como determina o n.º 1 do artigo 523.º do CC.

5.2.3. *Satisfação do direito do credor*

I. Utiliza-se nesta secção a epígrafe do artigo 523.º do CC como título. Na realidade, o que está em causa é o cumprimento da obrigação solidária. Que,

¹⁵⁸ Na terminologia de MANUEL DE ANDRADE/RUI DE ALARCÃO, *Teoria geral das obrigações*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 1966, p. 141.

¹⁵⁹ RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, p. 176.

¹⁶⁰ VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 137.

¹⁶¹ Nada impede que, se os devedores se quiserem acautelar contra o risco de ineficácia da obrigação de algum deles, estipulem contratualmente com o credor as cláusulas adequadas para o efeito.

por sua vez, pode ser, concomitantemente, um meio de defesa dos devedores, como sucede, por exemplo, com a compensação. Em consequência, as fronteiras entre esta secção e a anterior podem ficar um pouco esbatidas.

II. Desde que um dos devedores satisfaça o direito do credor, seja por cumprimento, dação em cumprimento, novação, consignação em depósito ou compensação, todos os condevedores ficam exonerados relativamente ao credor comum, como dispõe do artigo 523.º do CC. É a consequência natural do estipulado no n.º 1 do artigo 512.º do CC. Pode acontecer que a prestação seja cumprida por um terceiro, interessado ou não no cumprimento da obrigação. De qualquer forma, o credor não pode ser constrangido a receber a terceiro a prestação quando se tenha acordado expressamente que esta deva ser feita pelo devedor, ou quando a substituição o prejudique, de acordo com o n.º 2 do artigo 767.º do CC. Se o credor consentir num pagamento parcial e sub-rogar o terceiro na medida da satisfação do crédito obtido, passará a haver duas obrigações solidárias, uma pelo crédito restante, a favor do primeiro credor, e outra, a favor do terceiro, relativamente à parte da prestação efetuada, nos termos do n.º 2 do artigo 593.º do CC¹⁶².

Tanto pode suceder que o credor escolha a quem quer exigir a totalidade da prestação, como, no momento apropriado, qualquer devedor se pode oferecer para cumprir por inteiro. O credor terá que aceitar, sob pena de incorrer em mora. O devedor que cumpre deve, em boa-fé, avisar os outros devedores que cumpriu¹⁶³.

III. Tendo já abordado a compensação, importa referir a confusão. O artigo 869.º do CC refere que a reunião, na mesma pessoa, das qualidades de devedor solidário e credor exonera os demais obrigados, mas só na parte da dívida relativa a esse devedor¹⁶⁴. Trata-se de um facto pessoal que, todavia, pode ser invocado pelos outros obrigados, que se aproveitam na medida da parte correspondente ao devedor a quem o facto se refere.

¹⁶² ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 773, RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, p. 178 e RUBINO, *op. cit.*, p. 153. Pode também ocorrer que o consentimento do credor se limite, nos seus efeitos, a um estrito cumprimento parcial. Então, verificar-se-ia a redução da obrigação inicial ao montante não cumprido. Nesse caso, a obrigação continua solidária, mas reduz-se. Dá-se a simples extinção da obrigação na parte que foi cumprida. Claro que, nestes casos, tudo depende do que tenha sido acordado entre o terceiro e os condevedores.

¹⁶³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 780.

¹⁶⁴ Poderia causar surpresa o facto de a confusão não constar do artigo 523.º do CC. No entanto, a natureza da confusão não o permite: a confusão não proporciona a satisfação do direito do credor. É antes a reunião na mesma pessoa das qualidades de credor e devedor da mesma obrigação.

IV. A remissão apresenta um regime semelhante ao da confusão. Se for concedida a um dos devedores solidários, somente libera os outros na parte relativa a esse devedor exonerado (n.º 1 do artigo 864.º do CC), ressalvando-se a hipótese, já indicada, do n.º 2 desse artigo.

V. A extinção da obrigação solidária também se pode fazer através da dação em pagamento. Trata-se de uma forma de cumprimento da obrigação com prestação de coisa diversa da que fora originariamente devida. Como se determina o direito de regresso nestes casos? Antunes Varela afirma que nenhum dos devedores pode agravar por facto unilateral a situação dos outros e, como tal, não será lícito ao autor da dação exigir dos seus condevedores, que não deram acordo ao ato, uma quota de valor superior à que lhes competia. No entanto, se a prestação efetuada for de valor inferior à prestação devida, os condevedores poderão exigir que a sua quota seja calculada com base na prestação efetuada. Este direito afigura-se indispensável. Uma vez que a dação extingue a obrigação solidária, um condevedor menos escrupuloso poderia aproveitar-se desse facto para, no exercício do seu direito de regresso, se locupletar injustamente à custa dos condevedores¹⁶⁵.

VI. A novação apresenta pontos de contacto com a dação em pagamento. Efetivamente, se for realizada sem o consentimento de algum ou alguns dos devedores, a novação não pode agravar unilateralmente a situação deles, valendo o que se referiu a propósito do direito de regresso.

VII. Importa tratar do regime da impossibilidade, que tem consagração em norma própria, o artigo 520.º do CC. Se a prestação se tornar impossível por facto imputável a um dos devedores, todos os condevedores são solidariamente responsáveis pelo respetivo valor. Porém, só o devedor que dá origem à responsabilidade é que responde pela reparação dos danos que excedam esse valor¹⁶⁶. Se houver vários devedores culposos, a sua responsabilidade será igualmente solidária. Este regime também se aplica à mora de um dos devedores que lhe seja imputável: também apenas esse devedor ficará responsável pelas consequências resultantes da mora, designadamente juros.

¹⁶⁵ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 773. RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, p. 181 manifesta fundada hesitação, sustentando que o pretense enriquecimento à custa de outrem pode estar na intenção de benefício – uma verdadeira liberalidade – manifestada pelo credor. E conclui, corretamente, que tudo dependerá da cuidadosa ponderação das circunstâncias e da vontade dos intervenientes.

¹⁶⁶ Assim como pelo cumprimento da cláusula penal que, porventura, se tenha estipulado. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 673. MANUEL DE ANDRADE/RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, p. 136.

Este regime da impossibilidade demonstra, sobretudo, que a obrigação deve ser prestada *in solidum*, integralmente, pois todos os devedores devem responder pelo valor da prestação tornada impossível. A garantia da solidariedade passiva ficaria consideravelmente diminuída se o credor tivesse de se confinar ao devedor a quem é imputável a impossibilidade da prestação¹⁶⁷. E revela ainda os limites da relação de solidariedade: seria demasiado violento que todos os devedores respondessem pela reparação do dano¹⁶⁸.

Se a prestação devedora se tornar impossível por causa não imputável a nenhum dos devedores, a obrigação extingue-se em relação a todos eles. Pode, eventualmente, ter aplicação o artigo 794.º do CC relativo ao *commodum* de representação.

5.2.4. Prescrição e caso julgado

I. Por revestirem algumas particularidades, a prescrição e o caso julgado no contexto da solidariedade passiva merecem tratamento próprio.

II. De acordo com o artigo 521.º do CC, a prescrição corre autonomamente para cada um dos devedores. Se a obrigação prescrever em relação a todos os devedores, cada um poderá invocar a prescrição em seu proveito. Neste caso, se algum dos devedores cumprir, renunciando à prescrição, não goza de direito de regresso contra os devedores cujas obrigações tenham prescrito, desde que estes lhe oponham a prescrição (n.º 2 do artigo 521.º do CC). Não deve estar ao alcance de um único devedor a possibilidade de, através de ato unilateral da sua iniciativa, fazer com que a obrigação ressurgja, prejudicando os restantes devedores. Além disso, a renúncia à prescrição configura um ato pessoal, que não deve ser imposto aos restantes condevedores¹⁶⁹.

A lei consagra outras soluções, acolhendo a ideia da multiplicidade de vínculos em que a obrigação complexa da solidariedade passiva se desdobra. De

¹⁶⁷ JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado, Volume II*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1871, p. 260 em comentário ao preceito correspondente do Código de Seabra refere que a obrigação não se pode extinguir porque seria injusto que a culpa ou a mora aproveitasse aos outros condevedores para se livrarem do encargo.

¹⁶⁸ VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 153. JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado, Volume II*, p. 260 demonstra bem o equilíbrio de interesses que foi encontrado para esta situação: a falta de um dos condevedores não deve agravar a posição dos outros. Por isso, o pagamento de perdas e danos forma uma nova obrigação, obrigação essa que não deve estender-se aos que não concorreram para essa perda, porque as culpas são pessoais.

¹⁶⁹ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 778.

facto, a obrigação pode suspender-se ou interromper-se em relação apenas a alguns devedores. Se isso suceder, isto é, se a obrigação de um dos devedores se mantiver, e este for obrigado a cumprir, cabe-lhe direito de regresso contra os seus condevedores, cujas obrigações se encontram prescritas (n.º 1 do artigo 521.º do CC)¹⁷⁰. O que demonstra o carácter pessoal das causas interruptivas.

III. O artigo 522.º do CC dispõe que o caso julgado entre o credor e um dos devedores não é oponível aos restantes devedores, mas pode ser oposto por estes, desde que não se baseie em fundamento que respeite pessoalmente àquele devedor.

Não se distingue entre sentença absolutória¹⁷¹ e condenatória, dado que a sentença até pode ter sido obtida em ação de simples apreciação, e deve deixar-se à iniciativa e ao interesse dos titulares da relação o funcionamento da solução. Até porque esta norma abrange a transação judicial entre o credor e o devedor.

A primeira conclusão a extrair do artigo 522.º do CC é que se o credor propuser ação contra apenas um devedor e a ação for julgada procedente, não poderá, em qualquer circunstância, invocar a sentença contra outros devedores. Contra a decisão favorável obtida pelo credor contra um dos devedores, o devedor pode opor os seus meios pessoais de defesa, bem como os meios comuns, mesmo que estes já tenham sido invocados na ação transitada em julgado. Não seria justo impor a um devedor a decisão que não teve a oportunidade de contestar, até porque o devedor demandado pode ter sido negligente na sua defesa. Aliás, se o caso julgado abrangesse os condevedores não demandados, poderia estar aberta a porta para conluíus entre o credor e o devedor demandado. Por fim, esta solução não prejudica o credor, que sempre poderia ter demandado todos os devedores¹⁷².

A segunda conclusão é que os devedores se podem valer da sentença desfavorável ao credor em ação intentada por este contra um dos devedores. Aqui, presume-se que o credor utilizou todos os meios de prova para fazer vingar o seu direito¹⁷³. Por outro lado, já não há o perigo de um eventual conluio entre os litigantes. Os devedores só não podem valer-se da sentença no caso de esta se basear em fundamentos que respeitem pessoalmente ao devedor demandado,

¹⁷⁰ Não é uma situação de todo impossível de se verificar. Basta pensar, por exemplo, quando as prestações dos devedores solidários estão sujeitas a prazos diversos.

¹⁷¹ Ac. RPt de 21 de fevereiro de 2018 (Vieira e Cunha), Processo n.º 1245/05.2TBMCN.P1.

¹⁷² MANUEL DE ANDRADE/RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷³ A não ser que estejamos na situação simétrica de existirem diversos credores em regime de solidariedade ativa, caso em que tem aplicação o artigo 531.º do CC.

como a incapacidade, um vício de vontade ou a prescrição em termos que não aproveitem aos demais devedores¹⁷⁴.

5.3. *Relações internas*

I. Designa-se tradicionalmente como relações internas da solidariedade passiva as relações dos co-devedores entre si. Interessa abordá-las na sua principal manifestação, o direito de regresso, e, na mesma medida, a forma como os restantes condevedores se podem opor ao exercício desse direito.

II. O devedor que satisfizer o direito do credor para além da parte que lhe competia tem direito de regresso contra cada um dos condevedores, na parte que a estes compete (artigo 524.º do CC)¹⁷⁵. É possível que o devedor tenha satisfeito apenas a parte que lhe competia, pois é o credor que decide se exige toda a prestação ou parte dela, como prevê o n.º 1 do artigo 519.º do CC¹⁷⁶.

Não resultando algo diverso da relação jurídica, presume-se que todos os devedores participam em partes iguais na dívida (artigo 516.º do CC). A desigualdade nas quotas dos devedores pode resultar de cláusula diretamente aposta no negócio jurídico, mas também pode resultar de uma relação preexistente, como uma obrigação assumida por sócios ou comproprietários com quotas desiguais, ou de um facto contemporâneo da obrigação. Tal seria o caso de uma obrigação estipulada num contrato bilateral em que fosse diferente a comparticipação dos vários obrigados na respetiva contraprestação¹⁷⁷.

Com o surgimento do direito de regresso, em princípio, nasce uma obrigação parciária: o credor é o devedor que pagou, sendo devedores os restantes condevedores. É um direito novo, autónomo, com um regime próprio e as suas

¹⁷⁴ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 779.

¹⁷⁵ Este direito de regresso pode ser exercido na ação de condenação no cumprimento de obrigação solidária exigida a um devedor (n.º 1 do artigo 317.º do CPC).

¹⁷⁶ VAZ SERRA, *op. cit.*, pp. 265–266 discute a possibilidade de o devedor ter direito de regresso mesmo nos casos em que o seu pagamento não exceda a sua quota. Nestes casos, parece dever admitir-se o regresso quando o devedor efetua um pagamento parcial e se presume que o faz no interesse geral dos devedores, isto é, que paga parcialmente a dívida de todos. Sendo assim, terá direito de regresso contra os outros condevedores pelas quotas que nessa prestação parcial lhes competirem.

¹⁷⁷ A diversidade das quotas nas relações internas pode resultar da desigual situação dos responsáveis em matéria de culpa (n.º 2 do artigo 497.º do CC), do diferente interesse de cada um dos detentores na utilização do veículo (n.º 2 do artigo 507.º do CC) ou da diferente contribuição do risco de cada veículo para a verificação dos danos, no caso de colisão (n.º 1 do artigo 506.º do CC).

vicissitudes¹⁷⁸. A solidariedade não se estende às relações internas¹⁷⁹. Mas nada impede que os devedores estipulem a solidariedade entre si. Nesse caso, se um cumprir, pode exigir de qualquer um dos condevedores o cumprimento da totalidade da prestação, descontando a sua parte. Embora tal não se afigure comum.

III. Se um dos devedores ficar insolvente ou, por qualquer outro motivo, não puder cumprir a prestação, rege o artigo 526.º do CC: o grupo condebitorio, incluindo o devedor que cumpriu, assume o risco de insolvência ou a impossibilidade de cumprimento por parte de um dos seus devedores, mesmo os devedores que tivessem sido exonerados pelo credor da obrigação ou da solidariedade¹⁸⁰. Por outras palavras, se um dos devedores se tornar insolvente ou não puder cumprir por impossibilidade, quem vai arcar com os efeitos dessa insolvência são todos os outros devedores e não o credor¹⁸¹. De outro modo, a garantia conferida pela solidariedade passiva resultaria enfraquecida.

IV. Pode suceder que os condevedores tenham meios de defesa oponíveis contra os devedores que exercem o direito de regresso, na terminologia do CC, os credores de regresso, como são referidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 526.º do CC.

É o artigo 525.º que regula esta situação, dispondo que os condevedores podem opor ao devedor que satisfaz o direito do credor qualquer meio de defesa, quer este seja comum, quer seja pessoal. Meios pessoais de defesa poderão ser o decurso de prazo¹⁸², a não verificação da condição estabelecida a seu favor, a incapacidade ou qualquer vício de consentimento. Os meios comuns podem ser opostos ainda que o devedor que cumpriu não os tenha oposto, sem culpa sua, ao credor, exceto se a falta de invocação contra o devedor for

¹⁷⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, p. 781. E que se distingue do sub-rogado nos direitos do fiador (artigo 644.º do CC). A sub-rogação é uma forma de transmissão das obrigações a favor do terceiro que satisfaça uma prestação de terceiro. O direito de regresso não envolve as garantias da obrigação principal. MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário ao artigo 524.º, p. 512.

¹⁷⁹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações Volume I*, p. 151.

¹⁸⁰ RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, p. 189.

¹⁸¹ Exceto quando o não pagamento pelo insolvente ou pelo devedor que se viu impossibilitado de cumprir seja imputável à negligência do condevedor que solveu a obrigação (n.º 2 do artigo 526.º do CC). Caso em que o credor de regresso não poderá exigir essa quota parte aos restantes devedores. Pode enunciar-se o seguinte princípio geral: sempre que os direitos dos restantes condevedores sejam reduzidos por negligência do devedor que solveu a obrigação, ficará precludido o direito de regresso. V. RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, p. 189.

¹⁸² Dado tratar-se de um meio de defesa pessoal, não se compreende que tenha sido destacado na letra do n.º 1 do artigo 525.º do CC.

imputável ao devedor que pretenda valer-se do mesmo meio (n.º 2 do artigo 525.º do CC).

Todo o devedor pode ainda fazer uso de qualquer meio pessoal que valha contra o próprio titular do direito de regresso como, por exemplo, a compensação.

V. Quanto à prescrição, como já vimos, o credor de regresso, tendo cumprido, pode exercer esse direito de regresso se a prescrição não se verificou em relação a ele, mesmo que estejam prescritas as obrigações dos outros condevedores, desde que o credor de regresso, que cumpriu a obrigação, não tenha renunciado à prescrição, que é a doutrina imposta pelo artigo 521.º do CC.

6. Solidariedade passiva como garantia pessoal

6.1. A função de garantia

I. Não oferece dúvidas que a solidariedade passiva é uma garantia pessoal¹⁸³. O facto de o credor poder exigir de todos os devedores a totalidade da prestação é determinante. As garantias pessoais são aquelas que outra ou outras pessoas, além do devedor, ficam responsáveis com os seus patrimónios pelo cumprimento da obrigação. Na solidariedade passiva essa resposta é total, uma vez que o garante assume também o papel de devedor¹⁸⁴.

A solidariedade passiva é tradicionalmente estudada no âmbito das modalidades das obrigações. Mas a verdade é que se trata de um meio preferencial de criação de uma situação garantística. Observa-se que a função de garantia da solidariedade passiva é mais relevante do que a sua função de instrumento dirigido a uma pluralidade de devedores.

¹⁸³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI*, pp. 782-783, PESTANA DE VASCONCELOS, *op. cit.* p. 184-186 e MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, pp. 165-166. LOPES DO REGO, “*Esboço de uma construção dogmática da garantia de obrigações*” in *Revista do Ministério Público*, n.º 2, 2.º trimestre de 1980, p. 20 afirma que “*as garantias pessoais das obrigações consistem em vincular vários patrimónios pertencentes a pessoas diversas à garantia de certa obrigação: verifica-se, portanto, em todas as hipóteses de solidariedade passiva, em que há várias relações obrigacionais todas elas destinadas à satisfação de um mesmo interesse*”.

¹⁸⁴ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, pp. 100-101 ao convocar a posição de BÜLOW parece não considerar a solidariedade passiva como uma modalidade de garantia pessoal. Nesta conceção, seria essencial à garantia pessoal que houvesse uma *interessão* de pessoas, o que não sucederia na solidariedade passiva, na medida em que os devedores estão, em princípio, em igual posição. Para este autor, devido à impossibilidade de distinguir na solidariedade passiva qual o devedor principal e quais os devedores secundários, não se poderia considerá-la como uma garantia pessoal.

O credor vê a sua situação consideravelmente reforçada se aumentar o número de devedores que estarão, em princípio, em igual posição, a quem pode exigir o cumprimento da obrigação. Mais do que uma simples garantia, a *multiplicação* de obrigados perante o devedor quase que atinge o grau máximo de segurança que pode ser proporcionada ao credor¹⁸⁵. Efetivamente, na perspectiva de o credor poder exigir a totalidade da dívida a diversos condevedores corresponde a uma situação extremamente confortável¹⁸⁶. Nas palavras de Vaz Serra, a solidariedade passiva “*constitui uma forte garantia para o credor, que vê diferentes patrimónios a responder pelo seu crédito*”¹⁸⁷.

II. Restringindo-nos às situações em que a obrigação solidária passiva é estipulada por vontade das partes, nos termos do artigo 513.º do CC, avolumam-se as certezas relativamente à função de garantia da solidariedade passiva. Se o

¹⁸⁵ Quase porque a solidariedade passiva não consegue competir com a garantia autónoma à primeira solicitação. A fiança mostrou ser insuficiente para as necessidades do moderno tráfego comercial, dado que a acessoriedade confere elevada proteção ao fiador, na medida em que permite a invocação contra o credor de todo e qualquer meio de defesa oriundo da obrigação principal. Procurou criar-se uma garantia que, em lugar de acessória, pudesse ser *autónoma*, ou seja, que não tivesse a sua prestação dependente da obrigação principal. A modalidade de garantia autónoma simples limita-se a derrogar a regra da acessoriedade existente na fiança. A autonomia da obrigação do garante torna-se independente da existência, validade ou exceções oponíveis ao crédito garantido. Admite-se apenas a oponibilidade de exceções próprias da relação de garantia. Até aqui a situação parece ser equivalente à solidariedade passiva, pois os obrigados solidários podem opor os meios comuns a todos os condevedores e os que pessoalmente lhe competem. Onde a solidariedade passiva se vê ultrapassada é na comparação com a garantia autónoma à primeira solicitação em que as partes estipulam que o garante não oporá qualquer exceção à exigência da garantia, mas antes a satisfará imediatamente sem discussão, logo que tal seja solicitado pelo credor. Existe apenas um pequeno número de exceções que podem ser invocadas, como a extinção da garantia por cumprimento, resolução ou caducidade, ou a existência de fraude manifesta e abuso do direito por parte do credor. Dadas as exigências especiais do tráfico comercial em termos de celeridade e eficácia, compreende-se que a solidariedade não tenha sido utilizada para esta função. Não só haveria lugar à aplicação do n.º 1 do artigo 514.º do CC, como haveria a desvantagem psicológica de o garante ser tão devedor como o devedor principal. Cfr. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, pp. 147-158, PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, *op. cit.*, p. 118-150, JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, pp. 66-78, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 6.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 651-687, MÓNICA JARDIM, *A garantia autónoma*, Coimbra, Almedina, 2002, e MANUEL CASTELO BRANCO, “*A garantia autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*” in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 53, 1993, pp. 61-83. A esta luz, são algo anacrónicas posições como a de BARASSI, *La teoria generale delle obbligazione*, I, Milão, 1946, p. 159, que sustenta que a solidariedade passiva é a mais importante garantia para defesa do crédito.

¹⁸⁶ Esse conforto é traduzido na célebre expressão utilizada pela doutrina alemã em que o credor, ao poder exigir a prestação de uma pluralidade de obrigados, fica colocado na posição de um *pachá jurídico*. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, p. 165 e JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸⁷ VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 99.

regime regra para as obrigações plurais fosse o da solidariedade, seria difícil distinguir as situações em que a obrigação solidária era utilizada por ser o esquema normal para as obrigações com vários devedores das situações em que tinha sido constituída apenas para efeitos de garantia, dado que não existe nada no tráfico civil que o justifique. Como o regime regra das obrigações plurais é o da parceriedade, parece pressupor-se que as partes só fixarão o regime da solidariedade se nisso *verdadeiramente* tiverem interesse. E as partes não desconhecirão que o maior efeito da solidariedade passiva é, justamente, aumentar o espectro de garantia do credor.

No fundo, o regime da solidariedade passiva serve para facilitar a exigência do crédito e acautelar o risco do credor contra o risco de insolvência de algum dos obrigados¹⁸⁸. A expressão, por vezes utilizada, “*garantia indireta*” não faz sentido. Os devedores solidários não garantem indiretamente o pagamento: são eles próprios devedores. Diversamente do que sucede com outras garantias, em que o garante paga uma dívida alheia, o devedor solidário paga a sua própria dívida: a sua parte e a dos outros devedores, dado que é o responsável pela prestação integral.

III. Face ao credor, cada um dos devedores funciona como *garante* dos outros. Essa ideia foi expressa de forma clara por Paulo Cunha¹⁸⁹. De acordo com o seu pensamento, a solidariedade passiva é uma *garantia pessoal recíproca*, pois cada devedor solidário responde perante o credor pela sua quota parte na dívida e pela parte dos seus devedores.

Aliás, a função de garantia concedida ao credor está presente a cada passo do regime da solidariedade passiva. Por exemplo, no artigo 518.º do CC, relativo à exclusão do benefício da divisão, no n.º 2 do artigo 519.º do CC, segundo o qual a oposição contra um credor de um meio de defesa pessoal por um devedor não inibe o credor de reclamar dos restantes a prestação integral (fazendo com que os devedores sejam garantes da falta de exceções pessoais dos outros devedores), no artigo 520.º do CC, que determina que se a prestação se tornar impossível por facto imputável a um dos devedores todos os devedores serão solidariamente responsáveis pelo seu valor, ou no artigo 527.º do CC, em que fica assente que a renúncia à solidariedade a favor de um ou alguns dos devedores não prejudica o direito do credor relativamente aos restantes.

¹⁸⁸ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 758.

¹⁸⁹ PAULO CUNHA, *Da garantia nas obrigações*, Tomo II, Lisboa, 1938-39, p. 20.

6.2. *A solidariedade passiva em garantia*

I. Tendo abordado a função de garantia da solidariedade passiva, importa referir um caso específico de solidariedade passiva em que essa função se encontra configurada de modo ainda mais expressivo. Trata-se da solidariedade passiva em garantia. Menezes Leitão define esta figura como aquela que surge “*na hipótese de nas relações internas apenas um devedor responder pela dívida, respondendo, porém, os outros nas relações externas*”¹⁹⁰. Os devedores são verdadeiros garantes da dívida.

II. Ao contrário do que se passa na solidariedade passiva no seu estado mais puro, em que os devedores garantem as quotas-partes dos restantes devedores, mas prestam a sua, na solidariedade passiva em garantia a obrigação só verdadeiramente diz respeito a um dos devedores. Se for algum dos restantes a cumprir, responderá pela prestação integral como normalmente, mas, e aqui reside a diferença, esse devedor terá direito de regresso apenas contra o devedor a quem diz respeito a obrigação e na totalidade do que prestou. Esta última característica opera uma modificação no conteúdo normal do direito de regresso. Contraindo o que está previsto no artigo 524.º do CC, o devedor satisfaz o direito do credor não para além da parte que lhe competia, mas na totalidade, porque, na realidade, não lhe competia parte alguma. O direito de regresso passa a ser *pleno*. Naturalmente que se for o devedor a quem diz respeito a obrigação a cumprir, não terá direito de regresso¹⁹¹.

III. A solidariedade passiva em garantia resulta algumas vezes da própria lei: no caso do comitente não culpado que goza de direito de regresso pleno contra o comissário (n.º 3 do artigo 500.º do CC) e no caso paralelo do detentor do

¹⁹⁰ MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, p. 166. Depreende-se que para JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p. 103 só a solidariedade passiva em garantia é uma garantia pessoal, pois verifica-se uma intercessão de devedores face ao devedor principal. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 754-785 refere-se às situações em que alguns dos devedores se tenha obrigado apenas a com a intenção de afiançar o cumprimento dos outros devedores, ou seja, em princípio, trata-se de uma situação de solidariedade passiva em garantia. Neste caso, presume que a obrigação foi contraída no exclusivo interesse de um outro devedor, desde que o credor tenha conhecimento do facto. O autor declara-se contra a autonomia da solidariedade passiva em garantia ao salientar que o regime aplicável a estes casos é o de uma fiança sem benefício de excussão. Não parece que tenha razão, pois, como já vimos, os devedores podem configurar as suas relações internas da maneira que lhes aprouver sem que isso interfira com a natureza solidária da obrigação (artigos 524.º e 526.º do CC).

¹⁹¹ PESTANA DE VASCONCELOS, *op. cit.* pp. 182 e 183 qualifica esta solidariedade como imperfeita, o que, face ao que se expôs em 4.3., não se pode subscrever.

veículo automóvel que haja liquidado por inteiro a indemnização a cargo do condutor (n.º 2 do artigo 507.º do CC).

Atualmente, a solidariedade passiva em garantia está consideravelmente difundida na atividade bancária. Quando um banco considera que uma concessão de crédito é demasiado arriscada ou especialmente duvidosa faz intervir um terceiro, o cônjuge ou um familiar próximo como devedor solidário garante¹⁹².

IV. A solidariedade passiva em garantia apresenta a sua principal especificidade no domínio das relações internas, pois nada impede que as partes livremente decidam sobre essa parcela da relação de solidariedade, concebendo um regime distinto para o regresso.

Daí que esta figura seja um tipo de solidariedade passiva e não se confunda nem com a fiança nem com a assunção cumulativa de dívida. Não se trata de uma fiança porque persiste a inexistência de acessoriedade. Não estamos na presença de uma assunção cumulativa de dívida porque, para o credor, todos os devedores solidários garantes são iguais, as suas obrigações foram constituídas na mesma altura.

Desta forma, estabelecido o regime da solidariedade passiva em garantia, se o contrato não estipular de forma diferente, aplicam-se as regras do CC relativas à solidariedade passiva. Interessará saber se o devedor solidário garante está ou não informado da sua vinculação e se está consciente de que não está a ser um fiador. Isto porque, na maior parte das vezes, seria a fiança, enquanto modelo de garantia pessoal típico, que seria mais adequada.

Ao apurar que o devedor solidário garante está informado do conteúdo da sua vinculação, podem ser convocadas as regras sobre cláusulas contratuais gerais. Quando esteja em causa a relação entre empresas, como instituições bancárias, e particulares pode dar-se o caso de a consagração da solidariedade passiva em garantia ser estipulada ao arpejo da figura típica, a fiança, e da ideia que o comum dos cidadãos tem dessas operações, consistindo numa verdadeira *cláusula-surpresa*¹⁹³.

V. Também pode suceder que se trate de uma relação de natureza particular plenamente contratualizada. Nesse caso, até pode acontecer que o devedor garante receba uma contrapartida pecuniária pela sua vinculação, obtendo uma

¹⁹² PESTANA DE VASCONCELOS, *op. cit.* p. 182 dá conta que “*tal acontece muitas vezes com os cônjuges, porque a instituição de crédito prefere ter dois devedores voluntariamente obrigados, o que significa que pode exigir a prestação por inteiro a qualquer deles*”.

¹⁹³ JANUÁRIO COSTA GOMES, *op. cit.*, p 103.,

garantia para tutelar o seu eventual direito de regresso¹⁹⁴. Se o contrato não estiver reduzido a escrito, o acordo relativo ao direito de regresso contra apenas um dos devedores e não contra todos pode ser de difícil prova, mantendo-se então a presunção do artigo 516.º do CC¹⁹⁵.

7. Conclusões

A análise da figura da solidariedade passiva e, sobretudo, da solidariedade passiva enquanto garantia pessoal, permitiu alcançar as seguintes conclusões:

I. A figura da solidariedade passiva evoluiu significativamente desde o direito romano, passando por diversas configurações e modelações até ser decantada no conceito que é modernamente utilizado e que, com ligeiras variações, é o mesmo nas várias tradições jurídicas continentais.

II. A contraposição das obrigações parciárias – nome mais apropriado que obrigações conjuntas – com as obrigações solidárias permite determinar que a solidariedade passiva existe quando o credor pode exigir a prestação integral de qualquer dos devedores e a prestação efetuada por um destes os libera a todos perante o credor comum.

III. A solidariedade passiva tem como principal utilidade acautelar os direitos dos credores na eventualidade de insolvência de algum dos devedores, uma vez que os restantes terão que cumprir. As situações em que a lei consagra a solidariedade passiva são, justamente, casos em que se considerou manifestamente iníqua a possibilidade de os credores sofrerem um prejuízo pela insolvência dos devedores.

IV. No ordenamento jurídico português, a solidariedade passiva pode assumir grande amplitude relativamente às modalidades das prestações envolvidas, abrangendo prestações de facto ou prestações substancialmente diferentes, o que implica recorrer também ao critério do interesse do credor.

V. A por vezes designada solidariedade passiva imperfeita não tem autonomia enquanto categoria, pois a inexistência de direito de regresso não é

¹⁹⁴ PESTANA DE VASCONCELOS, *op. cit.* p. 185.

¹⁹⁵ PESTANA DE VASCONCELOS, *op. cit.* p. 185 sendo um óbvio risco para o convedor solidário em garantia que não tenha acautelado devidamente a sua posição.

suficiente para a individualizar, dado que o direito de regresso não é uma característica essencial da solidariedade passiva.

VI. A solidariedade passiva distingue-se da fiança porque a acessoriedade desta determina um funcionamento diverso, em que há uma dívida acessória. Ao invés, na solidariedade passiva há uma única dívida, pela qual os condevedores são, na mesma medida, responsáveis perante o credor.

VII. A função de garantia da solidariedade passiva, multiplicando os devedores a quem pode ser exigida a prestação, é mais relevante do que a sua função de instrumento dirigido a uma pluralidade de devedores.

VIII. O subtipo da solidariedade passiva, a solidariedade passiva em garantia, caracteriza-se por haver apenas um verdadeiro devedor a responder pela dívida. O que determina que, no âmbito das relações internas, se for esse devedor a cumprir, não haverá direito de regresso, dado que a dívida está saldada; se for outro devedor a cumprir, caberá ao devedor responsável pela dívida suportar a totalidade do direito de regresso.

Bibliografia

- ANDRADE, MANUEL DE, *O visconde de Seabra e o Código Civil*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Volume XXVIII, 1953.
- ANDRADE, MANUEL DE, ALARCÃO, RUI DE, *Teoria geral das obrigações*, 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 1966.
- BALLARIN MARCIAL, ALBERTO, “*El sistema español en materia de obligaciones solidarias*” in *Revista Internacional de Notariado*, Ano 11, n. 41, 1.^o trimestre 1959, Junta de decanos de los colegios notariales de España.
- Barassi, LUDOVICO, *La teoria generale delle obbligazione*, I, Milão, 1946.
- Bonfante, PIETRO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milão, Francesco Valardi, 1925.
- BRANCO, MANUEL CASTELO, “A garantia autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações” in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 53, 1993.
- CAETANO, MARCELLO, *História do direito português*, Lisboa, Verbo, 1981.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário à Secção II Obrigações Solidárias e aos artigos 513.º, 514.º, 518.º, 520.º, 524.º e 527.º, Coimbra, Almedina, 2021.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*, 6.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2016.

- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil VI*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2019.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil IX*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2017.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE, *História do Direito Português*, 5.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2012.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE, *Direito das Obrigações*, 12.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2018.
- CRUZ, GUILHERME BRAGA DA, *O direito subsidiário na história do direito português*, separata da Revista Portuguesa de História, tomo XIV, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1975.
- CUNHA, PAULO, *Da garantia nas obrigações*, Tomo II, Lisboa, 1938-39.
- ENNECCERUS, LUDWIG/LEHMANN, HEINRICH, *Derecho de obligaciones, Tratado de Derecho Civil*, Vol. 1, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff, 2.^a Edição, tradução espanhola de Blaz Perez Gonzalez e José Alguer, Barcelona, Bosch, 1954.
- FARIA, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE, *Direito das Obrigações*, Vol. II, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001.
- FERREIRA, JOSÉ DIAS, *Código civil português anotado, Volume II*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1871.
- FERREIRA, JOSÉ DIAS, *Elogio histórico do Visconde de Seabra*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1895.
- FERRINO, CONTARDO, *Manuale di Pandette*, Milão, Società Editrice Libreria, 1953.
- GOMES, JANUÁRIO COSTA, *Assunção fidejussória de dívida*, Coimbra, Almedina, 2000.
- GONZÁLEZ, Amparo, “Clasificación de las obligaciones. Singulares tipos de obligaciones“ *in* Derecho romano de obligaciones Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- JARDIM, MÓNICA, *A garantia autónoma*, Coimbra, Almedina, 2002.
- JHERING, RUDOLF VON, *Bromas y veras en la ciência jurídica*, tradução espanhola de Tomás Banzhaf, Madrid, 1987.
- JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS, *Direito Privado Romano – II (Direito das obrigações)*, Vol. 2, 7.^a Edição, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 76, Coimbra, Coimbra Editora, 2019.
- LARENZ, KARL, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 12.^o Edição, Munique, Beck, 1979.
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações, Volume I*, 15.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2021.
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações, Volume II*, 13.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2021.
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Garantias das Obrigações*, 6.^a edição, Coimbra, Almedina, 2018.
- LEON ALONSO, JOSE RICARDO, *La categoria de la obligación in solidum*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

- MAGALHÃES, JOSÉ MARIA BARBOSA, *Obrigações solidárias*, Livraria Central, J. Diogo Pires, Coimbra, 1882.
- MARQUES, MÁRIO REIS, “Elementos para uma aproximação do estudo do *usus modernus pandectarum* em Portugal” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. LVIII, tomo II, 1983.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias de Cumprimento*, 5.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2006.
- MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra, Almedina, 1990.
- MIQUEL, JOAN, *Derecho privado romano*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- MOREIRA, GUILHERME, *Instituições do direito civil português*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1925.
- OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO DE, *Direito das Obrigações, Volume I*, Coimbra, Almedina, 2005.
- Ordenações Afonsinas*, Edição “fac-símile” da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, 1797, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- Ordenações Filipinas*, Edição “fac-símile” da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.
- Ordenações Manuelinas*, Edição “fac-símile” da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, 1797, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- PLANIOL, M. e RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit civil*, 3.^a Edição, Paris, LGDJ, 1948.
- RAMOS, ÁRIAS, *Derecho Romano*, Vol. 2, 18.^a Edição, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.
- PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Código Civil Comentado da Faculdade de Direito de Lisboa*, Comentário aos artigos 534.º, 536.º, 537.º e 538.º, Coimbra, Almedina, 2021.
- REGO, CARLOS LOPES DO, Esboço de uma construção dogmática da garantia de obrigações” in *Revista do Ministério Público*, n.º 2, 2.º trimestre de 1980.
- ROCHA, MANUEL ANTÓNIO COELHO DA, *Instituições do direito civil português*, 2.^a Edição, Tomo I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848.
- RUBINO, DOMENICO, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Libro 4, Delle obbligazioni; 1285-1320*, Roma, Soc. ed. del Foro Italiano, 1957.
- SERRA, ADRIANO VAZ, “*Pluralidade de devedores ou de credores*” in *BMJ*, n.º 69 (1957).
- SILVA, MANUEL DUARTE GOMES DA, *Da solidariedade nas obrigações*, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Tipografia da Imprensa Nacional de Publicidade, 1947.
- SILVA, NUNO ESPINOSA GOMES DA, *História do direito português*, 7.^a Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.
- SILVA, NUNO ESPINOSA GOMES DA, *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas*, Coleção Scientia Juridica, Braga, Livraria Cruz, 1980.
- TELES, JOSÉ HOMEM CORREIA, *Commentario critico à lei da boa razão em data de 18 de agosto de 1769*, António José da Rocha, Lisboa, 1824.

- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2003.
- VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *Direito das garantias*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2020.
- PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ, “O direito das obrigações em Roma” *in* *Revista Jurídica*, n.ºs 18 e 19, Dezembro/Janeiro 1996, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- WELZEL, HANS, *Derecho natural y justicia material: preliminares para una filosofía del derecho*, tradução espanhola de Felipe González Vicén, Madrid, Aguilar, 1957.
- WIEACKER, FRANZ, *História do direito privado moderno*, 4.^a Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

Jurisprudência

Supremo Tribunal Administrativo

Ac. STA de 28 de junho de 2012 (Fernanda Xavier), Processo n.º 01084/11 – a renúncia à solidariedade prevista no artigo 527.º do CC é apenas a renúncia a uma garantia da obrigação concedida ao credor, pela lei ou por acordo das partes e não uma forma de extinção da obrigação.

Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. STJ de 16 de outubro de 2008 (Mário Cruz), Processo n.º 08A2233 – numa obrigação comercial, o regime jurídico aplicável é o da solidariedade passiva, como estipula o artigo 100.º do CCom.
- Ac. STJ de 14 de julho de 2009 (Alves Velho), Processo n.º 442-G/1999.C1.S1 – nas obrigações parciárias com prestação indivisível, só de todos os devedores pode o credor exigir o cumprimento da obrigação, independentemente das condições de que cada um disponha para a realização da prestação devida.
- Ac. STJ de 29 de junho de 2010 (Cardoso de Albuquerque), Processo n.º 2933/05.9TVRORT.PI.SI – regra no direito civil é as obrigações com pluralidade de sujeitos constituírem obrigações parciárias, também denominadas conjuntas.
- Ac. STJ de 15 de novembro de 2012 (Granja da Fonseca), Processo n.º 246/10.3YRLSB. S1 – a solidariedade passiva funciona como regra no direito comercial, nos termos do artigo 100.º do CCom.
- Ac. STJ de 30 de abril de 2019 (Maria Olinda Garcia), Processo n.º 1245/05.2TBMCN. P1.S1 – uma Junta de Freguesia não pode ser declarada insolvente; não estando demonstrada a inequívoca dificuldade em obter desta o pagamento da indemnização a que foi condenada, vale a limitação ao direito de demandar estabelecida pelo n.º 1 do artigo 519.º do CC.

Ac. STJ de 11 de julho de 2019 (Rosa Ribeiro Coelho), Processo n.º 739/13.0TVLSB. L1.S1 – nas obrigações parciárias com prestação indivisível em que haja vários devedores, o seu cumprimento tem de ser exigido a ambos os devedores.

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. RCa de 28 de janeiro de 2020 (Alberto Ruço), Processo n.º 9956/15.8T8CBR-A. C1 – a declaração de solidariedade pode ser tácita.

Ac. RCa de 2 de junho de 2020 (Luís Cravo), Processo n.º 1990/19.5T8VIS.C1 – a solidariedade pode resultar de qualquer forma de declaração, expressa ou tácita.

Tribunal da Relação de Guimarães

Ac. RGs de 8 de março de 2018 (Ana Cristina Duarte), Processo n.º 165/16.0T8CHV-A. G2 – a remissão de dívida numa obrigação solidária libera os outros devedores somente na parte do devedor exonerado.

Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. RLx de 1 de junho de 2000 (Silva Salazar), Processo n.º JTRL00028665 – há fiança solidária quando os fiadores se obrigam como principais pagadores e renunciam ao benefício da excussão.

Ac. RLx de 7 de fevereiro de 2018 (José Feteira), Processo n.º 13340/16.8T8SNT. L1-4 – a exigência judicial a um devedor solidário da totalidade ou de parte da prestação impede ação judicial contra os outros devedores pelo que tenha sido exigido, salvo se houver razão atendível, como a insolvência ou risco de insolvência do demandado, ou dificuldade, por outra causa, em obter dele a prestação.

Tribunal da Relação do Porto

Ac. RPt de 27 de março de 2000 (Paiva Gonçalves), Processo n.º 0050156 – princípio de que a obrigação é parciária sendo a solidariedade excecional.

Ac. RPt de 21 de fevereiro de 2018 (Vieira e Cunha), Processo n.º 1245/05.2TBMCN. P1 – o caso julgado entre o credor e um dos devedores não é oponível aos restantes devedores, mas pode ser oposto por estes, desde que se revele caso julgado absolutório.

Administração de facto indirecta (através de credores controladores) e responsabilidade penal das pessoas colectivas: sugestões para o legislador do futuro

HUGO LUZ DOS SANTOS*

SUMÁRIO: 1. *A importância dos credores controladores (administradores de facto indirectos) no âmbito da “primeira velocidade” (o modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas):* Introdução: 1.1. *A questão dos credores controladores (no plano da corporate governance) e a teoria da agência;* 1.2. *O “terceiro poder” (Debt Governance) que assaltou (o poder) no direito penal da empresa:* 1.2.1. *Os credores controladores (administradores de facto indirectos) que tomam decisões empresariais que estão na base da prática do crime;* 1.2.2. *O “Terceiro Poder” e) o papel activista dos credores controladores (administradores de facto indirectos) que tomam decisões empresariais que estão na base da prática de crimes: a dependência do financiamento bancário e a ratio legis subjacente à pena acessória de proibição de contração de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança:* 1.2.2.1. *A “pressão de facto” dos credores controladores e a sua influência decisiva na tomada de decisões empresariais no seio da sociedade comercial financiada;* 1.2.2.2. *O financiamento com recurso a capital próprio e o financiamento com recurso a capital alheio (de curto e longo prazo): prólogo da questão do governo societário por parte das entidades bancárias através dos covenants:* 1.2.2.2.1. *A função das cláusulas de segurança ou de garantia (os covenants): forma de corporate governance polarizada nos credores controladores destinada a controlar e a influenciar a tomada de decisões empresariais no seio da sociedade comercial financiada;* 1.2.2.2.2. *Tipos de cláusulas de segurança ou de garantia: os covenants positivos e os covenants negativos;* 1.2.3. *Os credores controladores como*

* Doutor em Direito (2019–2021)/Professor Universitário na *City University of Macau*/Assistente (em tempo parcial) da Faculdade de Direito da Universidade de Macau/Perito (*Research Fellow*) do Forum for International Arbitration and Conciliation (Oxford, United Kingdom – Membro permanente dos *Working Groups* da UNCITRAL) /Senior Cross-Border Dispute Resolution Advisor in Alexander Byrne and Sydhu & Partners (“ABS&P”) (London/San Jose, Costa Rica).

administradores de facto e veros insiders na sociedade comercial financiada: antecâmara para os tipos de financiamento bancário que conferem o controlo e influência na tomada de decisões empresariais: 1.2.3.1. Modalidades de domínio da sociedade comercial financiada pelos credores controladores: a leveraged finance, tal como mezzanine finance ou aquisição de dívida distressed (distressed debt): 1.2.3.1.1. A debt-holder control como forma de shareholder control (credor controlador) sobre as decisões empresariais da sociedade comercial financiada: o caso Allied Holdings, Inc; 1.3. A ratio legis que subjaz à criação da pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia e de segurança (covenants) e a sua ligação com a pena acessória de encerramento definitivo de estabelecimento e com o princípio da pessoalidade das penas (art.º 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa): Remissão; 1.4. As cláusulas de garantia e de segurança (os sweep covenants) e a sua ligação com o governo corporativo (corporate governance): setting the stage para a questão da administração de facto indirecta da sociedade comercial financiada por parte dos credores controladores e com sua responsabilidade penal: 1.4.1. “Fechando a porta à impunidade selectiva” ou a razão pela qual os credores controladores devem ser qualificados como administradores de facto indirectos (shadow directors) para jurídico-penais. 2. Os credores controladores como administradores de facto indirectos (shadow directors) e a sua relevância no desenho funcional da 1.ª velocidade do modelo misto de auto-responsabilidade penal da pessoa colectiva: Introdução: 2.1. Os elementos mínimos para a qualificação dos credores controladores como administrador de facto indirectos (shadow directors) para efeitos jurídico-penais lançados pela jurisprudência do UK Supreme Court (Re Hydrodan (Corby) Ltd); 2.2. O critério da hétéro-gestão de facto como pedra de toque para a qualificação dos credores controladores como administrador de facto indirectos (shadow directors) no âmbito da 1.ª velocidade (modelo de hétéro-responsabilidade penal das pessoas colectivas); 2.3. A imputação objectiva do facto ao resultado típico: o critério da evitabilidade (Kaufmann) das decisões empresariais tomadas pelos administradores de facto indirectos no âmbito da 1.ª velocidade (modelo de hétéro-responsabilidade penal das pessoas colectivas): 2.3.1. A vertente subjectiva e a vertente objectiva do poder-dever de implementar mecanismos de Compliance eficazes destinados a evitar a prática de crimes no seio da sociedade comercial financiada: 2.3.1.1. Exemplos práticos da densificação do critério da evitabilidade: as decisões empresariais tomadas (mas que poderiam ser evitadas) pelo administrador de facto indirecto que estiveram na origem da prática do crime imputado objectivamente à sociedade comercial financiada.

RESUMO: O artigo pretende lançar luz sobre a polaridade dialéctica entre a administração de facto indirecta (com referência à candente temática dos credores controladores) e a responsabilidade penal das pessoas colectivas.

PALAVRAS-CHAVE: Administradores de facto indirectos; Credores controladores; Direito Penal; Direito das Sociedades Comerciais; Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas.

1. A importância dos credores controladores (administradores de facto indirectos) no âmbito da “primeira velocidade” (o modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas): Introdução

1. O Direito penal, inserido que está num ordenamento jurídico que reúne características de um humanismo legal, como o português, está – deve estar¹ – permanentemente atento aos fenómenos normativos que se vão criando na sociedade pós-industrial em que vivemos². Chama-se a isso um direito atento à realidade social³.

¹ Sobre o dever-ser: RÚBEN RAMIÃO, “Algumas notas sobre a Teoria do Direito no pensamento de Hans Kelsen”, in: *O Direito*, Ano 151.º (2019), II, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 288 e ss e *passim*, que seguimos de muito perto. Não é segredo que HANS KELSEN se inspirou na filosofia kantiana emergente da (não menos) inspiradora corrente neo-kantiana de Marburgo. Isso é particularmente visível no acolhimento da dicotomia ser/dever-ser entendidas como formas puras de conhecimento. O conhecimento natural (que inere e se interliga com o *sein*) e o conhecimento normativo ou conhecimento das normas (que radica e se interliga com o *dever-ser*) de jaez eminentemente kantiano revelar-se-iam de capital importância na (e para a) edificação da tese transcendentalista regressiva de HANS KELSEN. Para KANT, a doutrina do Direito (*Rechtslehre*) interliga-se (genética e funcionalmente) com a filosofia prática ou moral (largamente exposta na sua seminal obra *Metafísica dos Costumes*). O contributo da corrente neo-kantiana de Marburgo traduziu-se essencialmente em deslocar a filosofia prática ou moral de KANT para o campo conceptual do Direito. Já de si vasto e seminal. Na tese de HANS KELSEN, o dever-ser, que expressa a autonomia do Direito, opera à determinação de normas jurídicas esculpidas pela ciência do Direito – a ciência jurídica. Esta operação encontra-se nos antípodas – pelo menos não se encontram no mesmo estalão argumentativo – da determinação sociológica do Direito que encontra respaldo (e étimo fundante) no *ser*. Sobre estas questões, oscilando entre a crítica e o panegírico à obra do Filósofo do Direito austríaco: JOSEPH RAZ, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, in: *Normativity and Norms/Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Reprinted), Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 122 e ss; RÚBEN RAMIÃO, “Algumas notas sobre a Teoria do Direito no pensamento de Hans Kelsen”, *cit.*, *passim*; JOSEPH RAZ, “The Purity of the Pure Theory”, in: *Normativity and Norms/Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Reprinted), Oxford, Oxford University Press, 2007, *passim* (afirma que uma parte do sucesso da *Teoria Pura do Direito* se deve à forma obscura como a mesma foi escrita – o que motivou simultaneamente um tropel de críticas e uma irrestrita admiração por parte do mundo académico. Num outro registo, mais sereno, JOSEPH RAZ afirma, partindo da sua conhecida adesão ao *moral value of law* – de inspiração Kantiana – que a *Basic norm* de HANS KELSEN – e a sua *Teoria Pura do Direito* – podem ajudar a jurisprudência dos Estados Unidos da América a resolver os denominados *hard cases*).

² Fala-se, a este propósito, numa *Legitimação pelo procedimento* (*Legitimation durch Verfahren*) desenvolvida por NIKLAS LUHMANN, em obras de referência como: *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969, pp. 28 e ss e *passim*. Noutro plano, o autor alemão fala na importância da auto-referência e da *autopoiesis* dos sub-sistemas sociais. De entre os quais se inclui o Direito. Ver: NIKLAS LUHMANN, “Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung”, in: *Zeitschrift für Soziologie*, Volume 11, n.º 4, 1982, pp. 366-379; NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1995, pp. 78-196; NIKLAS LUHMANN,

2. Este diálogo permanente entre o Direito penal e a realidade social corporiza um papel socialmente relevante do Direito. Na medida em que ele (o Direito) deve reduzir a complexidade dos fenómenos normativos através da estabilização da diferença entre o *interior* – o Direito – e o *exterior* – a realidade social que produz os fenómenos normativos⁴ que devem ser simplificados e sistematizados⁵ pelo Direito⁶.

Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Urban-Taschenbücher, Bd. 195) (German Edition), Stuttgart, W. Kohlhammer GmbH, 1974, pp. 1-99.

³ Burlado noutras paragens académicas. Em língua chinesa: LEONG CHENG HANG/ HUGO LUZ DOS SANTOS, 梁靜姮, 雨果：第七章 葡萄牙衛生基本法，《部分國家衛生基本法研究》，法律出版社，Pequim, Law Press China, 2017年版，第115頁至第127頁. Em língua inglesa: HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Prospective Court-Connected Mandatory Mediation Regime in Macau: A Brief Note”, in: *Ius Gentium*, Vol. 85, PETER CHI HIN CHAN/C. H. VAN RHEE (Eds.), *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, New York City/Berlin/Beijing, Singapore, Springer, 2021, passim. Seguiremos de muito perto: HUGO LUZ DOS SANTOS, “Administração de Facto Indirecta e Direito Penal”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, Março 2022, Ano XIV (2022), Volume 27, passim; HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: subsídios para a criação de um modelo misto de auto-responsabilidade na época do Compliance e da Empresa-Periço*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1200.

⁴ O normativismo de HANS KELSEN concebe o ordenamento jurídico (holisticamente considerado) como um sistema hierárquico de normas em que a validade de uma norma pode ser aferida em função da sua conformidade com uma norma hierarquicamente superior: a *Grundnorm*. A aparelhagem positivista não abarca, segundo KELSEN, o reconhecimento (claro e inequívoco) de uma pauta moral objectiva ou de uma estrutura legislativa de jaez vincadamente natural. Que se afastaria, nessa conformidade, de um critério de validade (uma baliza normativa e um padrão referencial) da norma positiva. A pauta positivista sequer afere ou aquilata da justeza (ou falta dela) que subjaz ao magma vivificador das leis. E deveria. É preciso, segundo KELSEN, giziar um conceito funcionalmente operativo que permita o confronto analógico permanente, actualizado e circunstanciado entre a norma comum e a norma imperativa fundamental. De tal facto se infere que se a norma se mostrar conforme com os cânones essenciais ditados pela norma hierárquica superior (*Grundnorm*), está revestida de validade e de bondade intrínseca. HANS KELSEN atribui a esta norma superior máxima a sugestiva taxionomia jurídica de *Grundnorm* (a norma imperativa fundamental). Esse padrão referencial a que se *Grundnorm* tem sobre si uma momentosa tarefa: a de aferir, casuisticamente, a bondade intrínseca e, por isso, a validade de todo o sistema jurídico, que se desdobra num universo (hoje quase inabarcável) de normas jurídicas. Cuja validade é (deve ser) confrontada analogicamente com a norma imperativa fundamental. A construção da norma fundamental (*Grundnorm*) lança um desafio permanente, quer ao Estado-Legislador, quer ao Estado-Juiz. Na medida em que preceitua tanto a forma em relação à qual as normas jurídicas têm de ser feitas (desafio que o Estado-Legislador deve aceitar) e como elas devem ser aplicadas (repto que o Estado-Juiz não deverá deixar fenecer ou, sequer, desconsiderar). Para garantir a validade sistemática do ordenamento jurídico, KELSEN defende a criação de um sistema eficaz de sanções, que visa velar (e zelar) pela segurança jurídica desse ordenamento jurídico. Seguiremos de muito perto: AMANDA SOARES/GABRIELA OLIVEIRA/MURYEL MORAES, “Súmula sobre Teoria pura do direito: a hierarquização das normas”, disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>, que seguiremos de muito perto, igualmente,

3. O Direito deve, como acima se disse, captar os fenómenos normativos da sociedade pós-industrial que se vão criando *para além da lei* e formar um “consenso” com a realidade social em que se insere⁷, através da conversão dos

na doutrina austríaca, HANS Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 5. Auflage, Köln, 1979; HANS Kelsen, “Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob”, in: *Annalen der Philosophie* 1, 1919; HANS Kelsen, “Hauptprobleme der Staatslehre entwickelte aus der Lehre vom Rechtssätze”, Tübingen, 1911, pp. 93-103. A influência de HANS Kelsen na construção científica do constitucionalismo contemporâneo é evidente. Sobre o contributo de HANS Kelsen para o modelo austríaco (concentrado) de *controlo* de constitucionalidade: JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 196 e ss; JOSÉ LAMEGO, “Argumentação Transcendental em Kelsen”, in: *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 347 e ss. Referindo-se ao juiz constitucional como *legislador negativo*: MARIA BENEDITA URBANO, “Sentenças Intermédias: para além de Kelsen mas ainda quem de uma nova teoria da separação de poderes”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ad Honorem, *Studia Iuridica* 103, Volume III: Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Organizadores: FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS E. M. MACHADO, JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 691-692. Ver: AMANDA SOARES/GABRIELA OLIVEIRA/MURYEL MORAES, “Súmula sobre Teoria pura do direito: a hierarquização das normas”, disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>, que seguimos de muito perto.

⁵ Nunca é demais enfatizar o papel que a doutrina desempenha no *rebirth* interno do sistema jurídico. A interpretação realizada pela doutrina (que é teórica, mas ilumina e lança luz sobre a prática) será tanto mais valorizada, variegada, quista, multipolar, multidireccional e criativa, e o protagonismo funcional da doutrina (e da dogmática) tanto maior, quanto mais aberta (e frondosa e vivificante) for a compreensão do direito de que a realiza. De tal facto se infere que o *sought-after rebirth* interno do sistema jurídico acontece, primordialmente, por via da interpretação jurídica. É pela interpretação que emergem na cena social e jurídica novos horizontes normativos que visam abrir o caminho a novas pautas de solução para casos concretos, que são o afloramento lídimo daquilo a que se denomina de *law in action*. Destarte, porque o direito se subtrai à lógica bafienta da mesmidade, “nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*”. Ver: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Interpretação e o protagonismo da doutrina”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 145.º, N.º 3995, novembro-dezembro 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 66.

⁶ JOSÉ LAMEGO, “O Método Transcendental na Filosofia do Direito: A Polémica entre Kelsen e Sander”, in: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana, Volume I, De Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pp. 135-137 (alude à a polaridade dialéctica entre a captação de dados empíricos provenientes do *maná* da experiência sensível e empírica e os actos de aplicação do Direito como expressões – eloquentes – de uma vontade – a do julgador/aplicador – essencialmente subjectiva).

⁷ A captação dos fenómenos normativos criados no âmbito da sociedade pós-industrial foi um dos pontos de proveitoso diálogo científico entre NIKLAS LUHMANN e JÜRGEN HABERMAS e esteve na origem da seminal obra, *Teoria da sociedade ou tecnologia social – O que a teoria dos sistemas pretende alcançar?* (*Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was Leistet die Systemforschung*). Obra quintessencial em sede da qual os autores afirmam um dos pontos centrais da sua construção doutrinal conjunta: o de que os sistemas sociais (e, igualmente, o sub-sistema social da justiça) servem, no essencial, para

fenómenos normativos em letra de lei⁸, quando (e se) essa conversão seja juridicamente relevante para a comunidade sócio-cultural em que se insere.

4. No desenho funcional actual do direito das sociedades comerciais, que se move no circuito reflexivo da pós-modernidade industrial, tem-se denotado o crescente protagonismo funcional dos denominados credores controladores⁹.

5. A questão que se coloca é se esses credores controladores devem (ou não) ser considerados como administradores de facto indirectos da pessoa colectiva. E, por conseguinte, representantes de facto indirectos das sociedades comer-

reduzir drasticamente a complexidade exterior dos fenómenos normativa e juridicamente relevantes e, idealmente, transformá-los em letra de lei. Sempre que uma tal redução da complexidade exterior se revele importante para a comunidade social (e, por isso, para a realidade social) em que se inserem esses fenómenos normativamente relevantes. Os fenómenos normativamente relevantes, porque se mostram inseridos num horizonte de possibilidades, atribuem ao *Direito* função de padrão referencial. Na medida em que o Direito representa a diferença entre o “actual” e o “possível”. O Direito (um sub-sistema social) deverá arvorar-se em um meio através do qual se *reduz* a complexidade da realidade social. Ver: NIKLAS LUHMANN/JÜRGEN HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was Leistet die Systemforschung?* Tausend, Theorie-Diskussion (Theorie) Edition (1. Januar 1990), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1971, *passim*.

⁸ Por essa razão se compreende que muitas reformas jurídicas iniciem a sua marcha, efectivamente, por via interpretativa. Decantando-se da norma um nóvel alcance hermenêutico, mais consentâneo com a realidade social em relação à qual aquela norma projecta os seus efeitos e cuja aplicação (e interpretação) é *pedida* pela riqueza do caso concreto. É desse jeito que se caminha em direcção à ansiada (e projectada) revitalização interna do sistema de justiça. A tarefa do intérprete (talvez a mais nobre de todas) não é a de aplicar o quadro normativo ao caso concreto que tem em mãos. Mais do que isso. Muito mais do que isso: pede-se que o intérprete adeque a disposição legal (da qual se autonomiza o conceito funcional de norma) não só à realidade social, económica e jurídica, como, e sobretudo, que contribua decisivamente para esse cimento agregador a que se chama unidade do direito. Esse trabalho complexo e nobre é empreendido pela *jurisprudencia* (*juris-prudentia*): a económica ciência do direito. Ver: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Interpretação e o protagonismo da doutrina”, *cit.*, p. 67. Sobre a relação entre o intérprete e o legislador: RUI MANUEL MOURA RAMOS, “O Direito Processual Civil Internacional no Novo Código de Processo Civil”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, N.º 3983, novembro-dezembro 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 92-93.

⁹ Sobre isto, HUGO LUZ DOS SANTOS/JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO, “Responsabilidade subsidiária dos administradores pelo pagamento das multas e das coimas (artigo 8.º, n.º I, alínea a), do RGIT): um caso de responsabilidade civil extracontratual por violação de normas de protecção dos credores sociais, in: *Revista do Ministério Público*, ano 40, n.º 157, janeiro-março de 2019, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2019, pp. 55-92 (*passim*), que seguimos de muito perto em algumas partes deste estudo.

ciais. Principalmente no desenho funcional da “primeira velocidade”: o modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas¹⁰.

6. Na afirmativa, qual é o critério dogmático que deverá servir de padrão referencial para fundamentar a responsabilidade penal dos credores controladores vistos como administradores de facto indirectos na esfera normativa do modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas. É sobre essas questões que me debruçarei nas páginas que se seguem.

1.1. *A questão dos credores controladores (no plano da corporate governance) e a teoria da agência*

1. A “nova realidade social” dos credores controladores que adentrou no domínio do direito das sociedades comerciais, e que tem tido importância crescente no âmbito da criminalidade da empresa, assenta na separação entre a propriedade da empresa e o controlo de facto da empresa no âmbito das sociedades de capitais¹¹.

¹⁰ Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1036 (passim). Seguimos de perto: JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pósindustriais*. Tradução de Luíz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, *passim*. Sublinhe-se que o autor espanhol faz referência às “quatro velocidades do Direito Penal” no desenho funcional da sociedade do risco e da pós-modernidade industrial. Sendo certo que nenhuma menção (nem expressa, nem tácita) é feita às “duas velocidades” que proponho para a responsabilidade penal das pessoas colectivas. Naturalmente, esta ideia (a das “duas velocidades” respeitantes à responsabilidade penal das pessoas colectivas) é creditável ao autor deste texto.

¹¹ A distinção seminal entre propriedade e controlo traduz a emergência de um novo paradigma emergente no direito penal da empresa. Por isso, no direito das sociedades comerciais que lhe serve de propugnáculo. A destrinça entre propriedade e controlo emerge da acentuada vastidão e dispersão do capital social e da acentuada especialização da gestão empresarial. De forma mais simples: a distinção entre propriedade da empresa e controlo da empresa estriba-se na separação jurídico-funcional entre aqueles que são titulares do capital social (os accionistas) e aquele conjunto de pessoas (singulares ou colectivas) que gerem quotidianamente a estrutura empresarial. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, VIII 2016, Número 4, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 983-1015, que seguiremos de muito perto. Esta distinção científica (entre propriedade e controlo da empresa) tem sido atribuída a: ADOLF BERLE/GARDINER MEANS, *The modern corporation and private property*, Nova Iorque, The Macmillan Company, 1932, pp. 23 e ss e *passim*. Ver com interesse: BRIAN CHEFFINS/STEVEN BANK, “Is Berle and Means really a myth”, in: *Business History Review*, vol. 83, n.º 3, 2009, pp. 8-28; HERBERT HOVENKAMP, “Neoclassicism and separation of ownership and control”, in: *Virginia Law & Business Review*, vol. 4, n.º 2, 2009, pp. 378 e ss.

2. A separação entre propriedade e controlo da empresa é inteiramente propiciada por uma matriz de repartição de competências societárias que centraliza os poderes da sociedade comercial na pessoa dos seus administradores. O que se cifra em um acentuado desfavor da assembleia dos accionistas¹² – o que comporta uma miríade de riscos¹³.

3. É no compasso funcional desta dissociação jurídico-funcional entre propriedade (ou risco de capital) e controlo (gestão da estrutura empresarial) que emergem os principais conflitos de interesses (pessoais e patrimoniais) associados à conhecida teoria da agência¹⁴.

¹² Um dos autores portugueses que dedicou mais atenção a este temário foi RICARDO COSTA. Este autor realça o facto de o paradigma de cisão entre a propriedade e o controlo da empresa ocorrido nas sociedades comerciais traduz uma evolução exponencial em face do modelo tradicional. No âmbito do qual a assembleia dos sócios aparecia como o órgão de exercício de todos os poderes sociais. Postergando para segundo plano os administradores da pessoa colectiva (“vistos como meros executores da vontade dos sócios”). Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015; RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014, *passim*.

O modelo tradicional de gestão foi entrando em desuso com a própria evolução do direito das sociedades comerciais. A erosão do modelo tradicional de gestão foi, de certa forma, propiciada pelo crescente desinteresse dos sócios da gestão corrente da empresa (muitas vezes apodado de “desinteresse institucionalizado dos sócios” na gestão corrente da pessoa colectiva). Com o passar do tempo o “desinteresse institucionalizado dos sócios” na gestão corrente da pessoa colectiva deu lugar ao crescente interesse em participar das assembleias gerais em sede das quais se deliberava sobre a distribuição de lucros. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015; RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, *cit.*, *passim*.

Denota-se, porém, uma voz discordante. Afirma-se, a este respeito, que o propalado “desinteresse institucionalizado dos sócios” ocorre somente num quadro económico em que a “dispersão do capital” é especialmente favorecida. Seria o caso das sociedades abertas nos Estados Unidos da América. Ver: JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização de sociedades*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 52-78; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015.

¹³ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015, que seguiremos de muito perto.

¹⁴ Em que consiste a teoria da agência? Entende-se que existe uma *relação de agência* sempre que numa determinada relação contratual uma das partes contratantes (o agente) promete agir por conta e no interesse da outra (o principal, e este último delega alguns poderes de decisão naquele). É aqui que os problemas de agência começam. Na medida em que se ambas as partes contratantes actuarem com pura racionalidade económica emergirá um *problema de agência*. Compreende-se que assim seja: inexistem razões para crer que o agente irá actuar sempre no melhor interesse (pessoal e, principalmente) do principal. Aplicada esta teoria económica à relação jurídico-funcional entre o administrador da sociedade comercial (agente) e o accionista da sociedade comercial (principal) – que se traduz, como

4. Problemas de agência a que o *corporate governance*, enquanto um conjunto de princípios e regras que regulam a repartição e o exercício do poder de gestão funcional¹⁵ nas sociedades comerciais¹⁶, procura afincadamente dar resposta¹⁷.

1.2. O “terceiro poder” (Debt Governance) que assaltou (o poder) no direito penal da empresa

1.2.1. Os credores controladores (administradores de facto indirectos) que tomam decisões empresariais que estão na base da prática do crime

1. As questões de agência que emergem da temática dos credores controladores ilustram (apenas) uma exígua parte do problema.

2. Na verdade, na actual realidade jurídico-societária existem ainda outros fenómenos normativos como a “revalorização da importância dos sócios”¹⁸ e a emergência do denominado “terceiro poder”¹⁹.

é consabido, por uma acentuada *assimetria informativa* – conclui-se pela existência de acentuados riscos de perdas patrimoniais que correm por conta do principal. Tem-se entendido que devem ser criados alguns mecanismos preventivos e sancionatórios que tutelem adequadamente esta relação de geometria variável. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015, que seguiremos de muito perto.

Os desafios jurídicos emergentes da teoria da agência têm sido devidamente identificados pela doutrina anglo-saxónica. Ver: MICHAEL JENSEN/WILLIAM MECKLING, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, in: *Journal of Financial Economics*, vol. 3, n. .º 4, 1976, pp. 308-337; JOHN ARMOUR/HENRY HANSMANN/REINIER KRAAKMAN, *Agency Problems, Legal Studies and Enforcement*, Oxford University Faculty of Law Research Paper, n. .º 21/2009, Oxford, 2009, pp. 3 e ss.

Os efeitos perversos da teoria da agência podem ser mitigados através da implementação de sistemas de incentivos financeiros (traduzidos na adopção de formas de remuneração que se destinem a premiar os resultados financeiros alcançados pelos administradores, ou as conseqüências valorativas desses resultados patrimoniais no valor da empresa, como as *stock options*, como também a implementar um conjunto de mecanismos de fiscalização funcional da actividade do agente. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015; JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização de sociedades*, *cit.*, pp. 38-46.

¹⁵ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, p. 984.

¹⁶ JOÃO CUNHA VAZ, *A OPA e o controlo societário – a regra da não frustração*, Coimbra, Almedina, 2013, *passim*.

¹⁷ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, p. 984.

¹⁸ A doutrina portuguesa tem referido a este propósito que “se tem vindo a assistir a uma revalorização

3. O “terceiro poder” interliga-se, genética e funcionalmente, com a temática dos *credores controladores* que interferem activa (e, por vezes, inopinadamente) nos destinos da sociedade comercial financiada²⁰. Trata-se de uma candente questão que tem vindo a progressivamente fazer perigar os alicerces em que assenta a tradicional repartição de poderes e as competências funcionais anteriormente referidas²¹.

4. A doutrina tem falado, a este respeito, na problemática da *Debt governance*²² e, no âmbito desta, a possibilidade de os *credores controladores*²³ influenciarem a gestão da sociedade financiada²⁴.

do papel dos sócios em virtude do abandono de uma visão radical do “princípio da gestão exclusiva dos administradores”. Ver: RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, cit., p. 41.

¹⁹ Expressão usada pela doutrina portuguesa, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder?”, in: *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 359 e ss e passim, que seguiremos de muito perto.

²⁰ Tem-se entendido, contudo, que os *credores controladores* assumem, a par dos administradores das sociedades comerciais, um papel preponderante na gestão empresarial. *A esta luz, não é acertada a tese que sobrevaloriza o papel dos accionistas na gestão da sociedade comercial*. Na verdade, a construção doutrinária que hiperboliza o papel dos accionistas no governo das sociedades comerciais (*corporate governance*) não tem em linha de conta a importância precípua dos credores que, em virtude das suas relações contratuais com a sociedade comercial financiada, têm a possibilidade de monitorizar (e de fiscalizar) adequadamente a actividade gestonária da empresa financiada. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, cit., p. 983-1015; FREDERICK TUNG, *Leverage in the board room: the unsung influence of private lenders in: corporate governance*, in: *UCLA Law Review*, Vol. 57, 2009, pp. 118 e ss; YESDA YADAV, “The case for a Market in: Debt Governance”, in: *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, n.º 3, 2014, pp. 778 e ss.

²¹ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015.

²² Temário que tem merecido a atenção da doutrina norte-americana e da doutrina portuguesa. Ver: INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 7, Volume 14, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 161-198, que seguimos de muito perto; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder?”, cit., pp. 359-383.

²³ A expressão “credores controladores” tem suscitado muitas dúvidas semânticas em torno da questão de se saber qual o seu significado e alcance. Ver: JONATHAN LIPSON, “Controlling Creditor Opportunism”, in: *University of Wisconsin: Legal Research Paper*, n.º 1129, 2010, pp. 9 e ss.

²⁴ A doutrina tem sublinhado o papel de *outsiders* que, normalmente, está acometido aos credores. Porquanto, os credores são meros observadores passivos da criação de riqueza da sociedade comercial (*passive cash collectors*). Ver: FREDERICK TUNG, “Leverage in: the board room: the unsung influence of private lenders in: corporate governance”, cit., p. 119. A doutrina portuguesa afirma que, no passado, os credores controladores mostravam-se indiferentes e (e aqui e ali) ausentes no período normal de actividade da empresa. Agora, pelo contrário, os credores controladores mostram-se muito mais activos (logo, muito mais interventivos e reivindicativos). Principalmente quando se vislumbra

5. Esta questão é particularmente importante. Na medida em que, excepto algumas disposições legais que visam a protecção avançada dos interesses patrimoniais legítimos dos credores sociais da sociedade comercial, o ordenamento jurídico pátrio não atribui aos credores sociais qualquer mecanismo – preventivo ou sucessivo – de controlo ou influência sobre os órgãos de fiscalização e administração da sociedade comercial financiada.

6. A questão assume particular relevância no que respeita àquelas situações em que os credores controladores assumem verdadeiras posições jurídicas de administradores de facto indirectos da sociedade comercial e dessa gestão societária resulta a responsabilidade penal das pessoas colectivas emergente da prática de crimes em nome e no interesse colectivo da sociedade comercial (art.º 11.º, n.º 2, alínea a), do Código Penal).

7. Esta questão é particularmente importante no âmbito do modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas. Na medida em que, neste modelo, o *facto de conexão* da responsabilidade penal das pessoas colectivas recai, justamente, sobre a actuação funcional dos órgãos (estatutários ou colegiais) e dos representantes (de facto e de direito). Ou seja, o facto ilícito-típico praticado por essas pessoas singulares em nome, por conta e no interesse colectivo da pessoa colectiva arguida²⁵.

8. A questão que se coloca é a de saber se o direito penal deve (ou não) acompanhar esta nova realidade societária e incluir, na parte geral do Código Penal, referente à responsabilidade penal das pessoas colectivas, a previsão legal dos credores controladores como administradores de facto indirectos enquanto pessoas singulares (ou colectivas) sobre as quais impende o facto de conexão que pode responsabilizar jurídico-penalmente a sociedade comercial financiada.

um cenário de insolvência da sociedade comercial. Ver: INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista””, *cit.*, p. 165. Em sentido convergente: FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 6, Volume 12, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 231–283 (p. 233).

²⁵ Ver: HUGO LUZ DOS SANTOS, *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, Braga, Nova-Causa Edições Jurídicas, 2021, *passim*; HUGO LUZ DOS SANTOS, “Mapping out the path ahead for corporate criminal law in People’s Republic of China”, in: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n.º 3, setembro-dezembro de 2021, pp. 2015–2060.

9. A resposta não pode deixar de ser positiva. Sob pena de se criar, no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas, várias lacunas de punibilidade e, por isso, zonas de impunidade.

10. Destarte, a nova realidade societária da influência dos credores controladores, como administradores de facto indirectos sobre os quais impende a gestão diária da sociedade comercial financiada, tem a expressão máxima na nova realidade do financiamento societário que tem, como veremos, uma ligação estreita com a governação societária. E, por isso, têm uma influência decisiva na gestão da pessoa colectiva arguida. Principalmente no âmbito da “primeira velocidade”: o modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas.

11. A importância prática deste tema é clara: dessas decisões empresariais tomadas pelos credores controladores, quando qualificados como administradores de facto indirectos, podem resultar, muitas vezes, o cometimento dos crimes que são imputados às sociedades comerciais financiadas. A importância prática do financiamento societário e da nova realidade dos credores controladores, vistos como administradores de facto indirectos, tornou-se particularmente visível com a crise financeira mundial de 2007²⁶.

²⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A crise planetária de 2007/2010 e o governo das sociedades”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, I (2009), 2, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 268-271; ver ainda, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Organização e supervisão dos mercados financeiros”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014), Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 581 e ss; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Fair value ou valor de mercado: multiplicador da primeira crise financeira global”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, ano 141.º, n.º 3974, Maio-Junho 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 280 e ss; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Derivados Financeiros e governo societário: a propósito da nova regulação mobiliária europeia e da consulta pública da ESMA”, in: *Revista de Direito das Sociedades em Revista (RDS)*, Ano IV (2012), Número I, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 59-61; CHARLES MURDOCK, “The Dodd – Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: What Caused The Financial Crisis and Will Dodd – Frank Prevent Future Crisis?”, in: *S.M.U. Law Review*, 1243, 2011, pp. 138 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Outubro de 2013: a “Alteração Anormal das Circunstâncias” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “Unconscionability” e a “Bounded Rationality”: Um estranho caso de aliança luso-americana?”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014), Número 2, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 411-433; MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Instrumentos financeiros com fins de garantia e exercício de direitos sociais”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Número III, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 537-604; TIAGO BESSA, “Crise, Regulação e Supervisão de Hedge Funds”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano II (2010) – Número 3-4, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 853-869; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Regulação e Supervisão de Hedge Funds: Percurso, Opor-

12. A crise financeira de 2007²⁷ proporcionou – além de todos os efeitos adversos que sobejamente conhecidos – necessidade e dependência crescentes (alarmantes?) do recurso das sociedades comerciais ao financiamento bancário. Sendo certo que as respectivas fontes de financiamento bancário se revelam cada vez mais limitadas. Mas o problema não é só esse. A crise financeira de 2007²⁸ provocou, natural e necessariamente, uma restrição de (e no acesso à)

tunidade e Tendências”, in: AAVV, *Direitos dos Valores Mobiliários*, Volume VIII, 2008, em especial, pp. 65–81; IAIN CULLEN, “Hedge Funds: Structure and Documentation”, in: AAVV, *Hedge Funds: Law and Regulation*, coord. Iain Cullen e Helen Parry, 2001, pp. 141–157; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os “Hedge Funds” e o Governo das Sociedades”, in: AAVV, *Direitos dos Valores Mobiliários*, Volume IX, 2010, pp. 9–70. Ver, na doutrina norte-americana, DILI GHOSCH/EPHRAIM CLARCK, *Arbitrage, Hedging, and Speculation: The Foreign Exchange Market*, New York, Praeger, 2004, pp. 8 e ss; INÊS SERRANO DE MATOS, “Hedge Fund: o Accionista que nunca dorme?”, in: *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, *Boletim de Ciências Económicas*, Volume II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014, pp. 2233 e ss. Num âmbito mais geral (*delisting* de participações sociais e crise económico-financeira de 2008). Na doutrina alemã, OLIVER ROTHLEY, “Aufgabe der Macroton-Grundsätze”, in: *GWR*, 2013, pp. 489 e ss; MICHAEL ARNOLD/VERA ROTHENBERG, “BGH-Entscheidung zum Delisting: Alle Fragen geklärt?”, in: *DStR*, 2014, pp. 144–161; LARS KLHÖN, “Delisting- Zehn Jahre später/Die Auswirkungen von BVerfGE,” in: *NZG*, 2012, pp. 821 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A perda da qualidade de sociedade aberta (*delisting* de participações sociais): a tutela dos sócios minoritários, o direito de propriedade, e o dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais (com uma breve paragem em Macau e em Hong Kong)”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Coimbra, Almedina, Ano 8 (2016), N.º 4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 893–929.

²⁷ Cujas causas próximas foram analisadas detalhadamente pela doutrina portuguesa. Ver: TIAGO BESSA, “Crise, regulação e supervisão de *hedge funds*”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano II, Vol. 3/4, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 849–914; JOSÉ AVELÃS NUNES, “Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo”, in: *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LIV, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 1–163.

²⁸ Como bem afirma a doutrina portuguesa, “todo este quadro reclamou, nos últimos anos, a concepção e implementação de práticas de governo das sociedades orientadas para a ordenação das *relações de agência* entre órgãos sociais e accionistas e os conflitos de interesses delas decorrentes, assim como a formulação de teorias de *governance* essencialmente construídas em torno de um objectivo principal de protecção dos interesses dos accionistas, sobretudo dos minoritários, e da respectiva protecção contra a tomada de posições de poder desequilibradas, processos de decisão não transparentes, quebras de deveres fiduciários e falhas de fiscalização relativamente à actuação da administração. Em suma, as teorias sobre o governo das sociedades e as regras, de *hard law* ou de *soft law*, que as concretizam centraram-se, até agora, essencialmente, em propostas para a mitigar ou eliminar, por um lado, as assimetrias informativas existentes entre a administração da sociedade e os accionistas minoritários e, por outro, as circunstâncias que permitem ou *incentivam a administração da sociedade a divorciar-se dos interesses dos sócios, que lhes cabe representar e exercer, para passarem a actuar em conformidade com os seus próprios interesses (agency problems)*. Nesta lógica de criação de mecanismos de *governance* para a protecção dos accionistas, justificada por práticas menos sãs são frequentemente identificadas no seio das grandes sociedades anónimas, pelo impacto dessas práticas na confiança dos investidores e pelos fracassos impressionantes de algumas grandes empresas essencialmente causados por estruturas e sistemas de

liquidez sobre o sistema financeiro global. Sem surpresa, os modelos prudentiais de avaliação do risco sistémico têm vindo a impor (mais) limites e cautelas adicionais²⁹.

1.2.2. O “Terceiro Poder” e o papel activista dos credores controladores (*administradores de facto indirectos*) que tomam decisões empresariais que estão na base da prática de crimes: a dependência do financiamento bancário e a *ratio legis* subjacente à pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança

1. O papel activista dos credores controladores (veros administradores de facto indirectos) tem origem no aumento exponencial da dependência de financiamento bancário por parte das sociedades comerciais, aliado ao facto de

governo societário (*corporate governance*) deficientes, os accionistas (entre estes os minoritários) assumem na discussão e no estabelecimento de princípios e boas práticas de governo, um papel central. A equação estabeleceu-se crescentemente entre os direitos e as responsabilidades dos órgãos de gestão e dos accionistas, ao mesmo tempo que os direitos e as responsabilidades dos restantes *stakeholders* foram assim sendo deixados nas margens do *corporate governance*, ou mesmo além delas. Pode, assim, e por força do foco quase exclusivo do *corporate governance* na protecção dos accionistas, considerar-se já implementada, nos termos gerais e numa grande maioria das empresas, uma cultura de *governance* bastante apurada e incorporada pelos agentes societários no que respeita à protecção dos interesses dos accionistas, bem como uma efectiva implementação de boas práticas nesta matéria. Contudo, o governo das sociedades, enquanto mecanismo de gestão de problemas de agência e conflitos de interesses, implica necessariamente o alinhamento dos interesses entre os diversos *stakeholders* da sociedade a que diz respeito. É, pois, necessário reequacionar os vários interesses envolvidos em qualquer sistema de *governance* e ajustar a abordagem, considerando também, para além da posição dos órgãos de gestão e dos accionistas, a posição de outros *stakeholders* na sociedade comercial, numa dupla e diferente perspectiva: na perspectiva do impacto da respectiva actuação no governo da sociedade; e na perspectiva (inversa) do impacto que o governo da sociedade (ou, em alguns casos, o seu “desgoverno”) pode ter na situação jurídica e patrimonial de alguns desses *stakeholders*”. Ver: GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, pp. 362–363. Itálicos nossos. Esta realidade aplica-se à grande maioria das empresas, “aquelas em relação às quais se aplica a maioria dos princípios de *corporate governance*, desenvolvidos essencialmente no quadro das sociedades com o capital admitido à negociação em mercado regulamentado (sociedades cotadas, sem prejuízo das opções de cada jurisdição quanto à configuração do âmbito subjectivo de aplicação destes princípios, os quais adquiriram uma vocação expansiva e cuja aplicação, com as necessárias adaptações, se equaciona hoje em relação a outro tipo de sociedades (e.g., não cotadas) e organizações”. Ver: PAULO CÂMARA, *O Governo das Organizações. A Vocação Expansiva do Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 28–118.

²⁹ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista””, *cit.*, p. 164.

estas estarem altamente endividadas – em larga medida devido à sua limitada autonomia financeira.

2. Da polaridade dialéctica entre o excessivo endividamento das sociedades comerciais e a diluição do papel dos administradores de direito na condução dos destinos funcionais da sociedade comercial resulta a preponderância funcional do *papel activista dos financiadores (credores controladores e veros administradores de facto indirectos)* na actividade e no *governo da sociedade comercial financiada*; esta, por seu turno, pouco mais poderá fazer a não ser subjugar-se a este “terceiro poder” em virtude da sua extrema dependência financeira e da posição de subjugação funcional relativamente àqueles³⁰.

3. A concessão do financiamento bancário por parte dos credores controladores vem frequentemente acompanhada da aposição de cláusulas de garantia ou de segurança (v.g. *covenants*), de que falaremos adiante.

4. Torna-se, assim, necessária a criação de um mecanismo jurídico que impeça a funcionalização do financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança (v.g., os *covenants*), como veremos adiante.

5. A (futura) pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança destina-se a impedir que a pessoa colectiva arguida recorra ao financiamento bancário para inutilizar o efeito prático da aplicação da pena principal de encerramento definitivo do estabelecimento comercial, que não tem paralelo no direito comparado.

6. Inutilização prática que aconteceria por duas vias alternativas (e, por vezes, cumulativas): *i)* a pessoa colectiva arguida recorreria (novamente) ao financiamento bancário como forma de eliminar o “carácter impositivo da pena” (André Lamas Leite³¹) e transferi-lo-ia, indirectamente, para os cre-

³⁰ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, pp. 363-365.

³¹ O que constitui o símbolo máximo e concretização do seu (alto) *ius puniendi* soberano, que confere ao Estado-Juiz o controlo exclusivo (ilimitado e insindicável?) das funções de administração da justiça penal, segurança e manutenção da ordem pública. Ver: ANDRÉ LAMAS LEITE, “Nova Penologia”, *Punitive Turn e Direito Criminal: Quo Vadimus? Pelos Caminhos da Incerteza (Pós) Moderna*, in: *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 419.

dores controladores (administradores de facto indirectos), violando, assim, o princípio da pessoalidade da pena (art.º 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa); *ii*) o recurso ao financiamento bancário serviria para frustrar a efectividade e eficácia prática da pena principal de encerramento definitivo do estabelecimento comercial, que continuaria a funcionar de “portas semi-abertas” (comprando mercadorias a fornecedores, pagando salários aos funcionários e vendendo ao público, sempre de forma essencialmente oculta e sub-reptícia).

7. A decisão de recurso ao financiamento bancário não é desprovida de alguma racionalidade económica. E é mesmo uma necessidade imperiosa para acorrer a falhas (pontuais ou estruturais) de tesouraria. Essa é, no fundo, a razão pela qual as sociedades comerciais recorrem ao financiamento bancário em situações de crise.

8. A decisão de recurso ao financiamento bancário, a modalidade da sua obtenção, e demais *decisões empresariais* que gravitam em torno da vida do crédito constituem *decisões empresariais de gestão da sociedade comercial*, e, por isso, serão, em princípio, da competência funcional do órgão de administração³².

9. É consabido que, num cenário ideal, os accionistas deveriam estar inteirados dos projectos funcionais que necessitam de investimento adicional como o próprio *órgão de administração* da sociedade comercial³³.

10. Sucede, porém, que as várias lacunas de informação e o absentismo endémico (e sistémico) que caracteriza de grande parte dos *accionistas* das sociedades comerciais, particularmente aqueles que não possuem uma participação social relevante no seio da sociedade comercial, propiciam o aumento (e a proliferação) de decisões empresariais oportunistas e imediatistas dos administradores das sociedades comerciais³⁴. Principalmente no que respeita ao desenvolvimento ou financiamento de projectos que, não raro, se revelam danosos (mesmo ruinosos a longo prazo) para a sociedade comercial³⁵.

³² INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, *cit.*

³³ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, *cit.*

³⁴ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, *cit.*, p. 166.

³⁵ CHARLES K. WHITEHEAD, “Creditors and Debt Governance”, in: *Cornell Legal Studies Research Paper* No. 011-04, 2011, disponível em <http://ssrn.com> (acesso em 30 de maio de 2021).

11. Este estado de coisas propicia o papel activista dos credores controladores no seio das sociedades comerciais. Porquanto, de entre os *stakeholders* envolvidos no governo das sociedades (*corporate governance*) – os accionistas e a administração – os *financiadores e credores controladores* (as entidades bancárias) assumiram, nos tempos hodiernos, uma importância fundamental³⁶.

12. Isso significa uma diluição (e diminuição da) intervenção dos accionistas e do órgão de administração no governo societário (*corporate governance*). Isso também significa, natural e necessariamente, que os credores controladores (veros administradores de facto indirectos, como veremos), que tomam decisões empresariais das quais frequentemente resultam a prática de crimes no seio da sociedade comercial financiada, se assume>m como um *terceiro poder* dentro das sociedades comerciais financiadas³⁷.

13. Fenómeno em relação ao qual a responsabilidade penal das pessoas colectivas não poderá deixar de prestar a devida atenção. O que faremos nas secções que se seguem.

1.2.2.1. A “pressão de facto” dos credores controladores e a sua influência decisiva na tomada de decisões empresariais no seio da sociedade comercial financiada

1. Tendo como pano de fundo o que acaba de ser dito, vislumbra-se um cenário de forte dependência das sociedades comerciais financiadas dos fluxos de financiamento bancário.

2. O que propicia, como vimos, a criação, desenvolvimento e proliferação de situações de poder e controlo exercidas pelos financiadores bancários (credores controladores e administradores de facto indirectos) que não são acompanhadas de correspondentes mecanismos de transparência e protecção dos accionistas (minoritários) contra a *influência decisiva dos credores controladores*³⁸.

³⁶ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, *cit.*

³⁷ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, p. 362.

³⁸ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, p. 369; INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista””, *cit.*, p. 166. As fontes de financiamento com recurso a capital alheio assumem fontes diversificadas. A doutrina aduz, neste contexto, à dupla função de instrumentos de financiamento de dívida

3. Esta influência (tantas vezes nefasta) pode actuar, desde logo, através da *pressão de facto* exercida pelos potenciais financiadores (e potenciais credores controladores) sobre a sociedade comercial (*v. g.*, as entidades bancárias), impondo-lhe, de modo directo ou indirecto, um conjunto alargado de condições para a concessão do financiamento bancário³⁹. Que, normalmente, assumem a forma de *covenants* (positivos ou negativos), como veremos adiante.

4. A *pressão de facto* exercida pelas entidades bancárias (potenciais financiadores, potenciais credores controladores e, para o que aqui nos interessa, administradores de facto indirectos) assume formas várias. Uma das mais formas mais frequentes é o financiamento bancário mediante colocação de títulos de dívida (obrigações ou outros instrumentos financeiros mais complexos) junto de um potencial financiador (normalmente um investidor institucional) sobre o qual impendem, por seu turno, deveres fiduciários e de obrigações de rigor e racionalidade nos investimentos/financiamentos a que procede⁴⁰.

5. Está bem de ver que o financiador bancário (credor controlador ou administrador de facto indirecto) encontra-se em situação favorável para tomar *decisões empresariais* que assumirão um papel primordial nos destinos da pessoa colectiva financiada.

6. O credor controlador ou administrador de facto indirecto está em condições favónias para exigir da sociedade comercial financiada a assunção de determinados compromissos financeiros ou mesmo várias alterações ao nível da *administração da sociedade comercial financiada*. O mesmo se diga das políticas de investimento interno e externo, do modelo de negócio oferecido ao público ou até da estruturação da dívida global⁴¹.

com características de instrumentos de capital para alguns efeitos prudenciais. Ver: ORLANDO VOGLER GUINÉ, “O financiamento de sociedades por meio de instrumentos financeiros híbridos”, in: *I Congresso do Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 75-94.

³⁹ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, p. 369.

⁴⁰ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, p. 369.

⁴¹ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, p. 369.

1.2.2.2. O financiamento com recurso a capital próprio e o financiamento com recurso a capital alheio (de curto e longo prazo): prólogo da questão do governo societário por parte das entidades bancárias através dos *covenants*

1. O financiamento das sociedades comerciais brota de duas fontes: o *capital próprio* e o *capital alheio* ⁴². O primeiro (capital próprio) resulta das entradas dos sócios e das reservas da sociedade comercial⁴³ (e resulta, igualmente, dos

⁴² INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, *cit.*, p. 166.

⁴³ Como é consabido o *lucro distribuível* – conceito recortado *a contrario* a partir do conceito impreciso-tipo de *lucro não distribuível* – determina-se com base na subtracção ao *lucro do exercício*: **i)** dos montantes estritamente necessários para a *cobertura de prejuízos patrimoniais transitados de exercícios anteriores*; **ii)** uma vigésima parte é directamente canalizada para a constituição da denominada *reserva legal*; **iii)** dos montantes estritamente necessários para a amortização de despesas de constituição, de investigação e de desenvolvimento da sociedade comercial (excepto se a quantia monetária respeitante às reservas livres e aos resultados financeiros do exercício transitados for, pelo menos, igual ao dessas despesas não amortizadas); e **iv)** dos montantes necessários para formação/constituição/manutenção de reservas estatutárias, nos termos tipificados no contrato de sociedade comercial. Como também é consabido, para além da conhecida *reserva legal de lucros*, são ainda apodadas de *reservas legais* – as denominadas *reservas legais especiais* – a *reserva de prémios de emissão ou ágios*, a *reserva de saldos positivos do exercício*. Para além da reserva legal, os sócios poderão ainda preceituar a obrigação de constituir (formação quase-legal?) outras reservas mediante a tipificação no contrato de sociedade comercial – as denominadas *reservas estatutárias* – e a sociedade pode também obrigar-se a constituir outras reservas por via de convenções contratuais celebradas com terceiros – as denominadas *reservas contratuais*. Em cada exercício social pode ainda ser deliberada a constituição/formação de *reservas específicas*, com ou sem uma finalidade predefinida – *reservas livres*. No entanto, como também se consabe, apenas *metade do lucro distribuível* poderá ser distribuído e levado à rubrica das *reservas livres* (ver, por exemplo, art.º 217.º e art.º 294.º, do Código das Sociedades Comerciais). Tanto a reserva legal de lucros, como as reservas livres, contratuais e estatutárias resultam de uma decisão (livre e esclarecida) de não distribuição de lucros por banda dos sócios. Denota-se, ainda, a existência de um outro tipo de reservas: as denominadas *reservas ocultas*, que não são, normalmente, absolutamente visíveis no (e pelo) balanço. Como se consabe, a sua constituição resulta de um processo (que, frequentemente, é apodado de “clandestino”), que, normalmente, consiste na “subestimação exagerada” no balanço dos elementos que compõem o activo da sociedade comercial (*v. g.*, amortizando, de forma hiperbolizada e inflacionada, o activo imobilizado, ou qualificando como incobráveis algumas dívidas de *stakeholders* que gravitam em torno do universo de transacções comerciais da pessoa colectiva. As reservas ocultas também poderão ser constituídas através da sobrevalorização do passivo (*v. g.* criando provisões inflacionadas para cobrir riscos e encargos de ocorrência muito duvidosa e, por isso, muito diluídos no que tange ao “se” e ao “quando”). Ver: PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social – Noção, Princípios e Funções*, Coimbra, Almedina, 2.ª edição, 2004, pp. 48 e ss e passim; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 41 e ss e passim; PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variáveis sobre o capital social*, Coimbra, Almedina, 2.ª edição, 2009, *passim*, que seguimos muito de perto; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Cobertura de prejuízos sociais transitados e reservas de prémios de emissão”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira*

ágios, lucros do exercício transitados e das prestações suplementares). O *capital próprio* tem como particularidade o facto de fornecer à sociedade comercial meios financeiros⁴⁴ para laborar no giro comercial através dos seus sócios⁴⁵; não garantindo a estes, porém, qualquer remuneração certa pela concessão desses capitais⁴⁶. Trata-se, no essencial, de um mero crédito subordinado em caso de insolvência (fortuita ou culposa) da sociedade comercial⁴⁷.

2. No caso do financiamento por capitais alheios, o dinheiro é mutuado à sociedade comercial por terceiros, por um período temporal pré-determinado. Mediante uma remuneração certa e juros remuneratórios. No âmbito dessa segunda categoria (financiamento por capitais alheios) é possível distinguir-se entre os meios financeiros de *curto prazo* (nomeadamente, o crédito concedido pelos fornecedores, letras, livranças, *project finance*, *joint venture*) ou *longo prazo* (designadamente, o mútuo ou empréstimo bancário)⁴⁸.

Neves, vol. II: Direito Privado, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 91, *Ars Iudicandi*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 78 e ss e passim; JOANA FREIRE ALMEIDA, “Capital social, reservas e suprimentos, função e papel na cobertura de prejuízos”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII 2015, Número 3/4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 835-866.

O regime jurídico do lucro distribuível avoca uma dimensão negativa e uma dimensão positiva. A *dimensão negativa* traduz-se no facto de que o lucro distribuível não se destina a impor aos sócios uma certa e determinada aplicação aos lucros granjeados pela sociedade comercial. A *dimensão positiva* significa que o conceito normativamente recortado de lucro distribuível visa depurar daquele excedente financeiro (do património líquido face ao capital e reservas de toda a sorte) aquela fracção que não constitui, de facto, lucro. A noção de lucro distribuível configura, antes, um mecanismo através do qual os sócios determinam o montante que deverá ser obrigatoriamente retido pela (e na) sociedade comercial, como se se tratasse de uma quota indisponível. Seguimos de muito perto: PAULO DE TARSO DOMINGUES, “Capital e património sociais, lucros e reservas”, in: *Estudos de Direito das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 204. Por essa razão, são muito usuais na doutrina portuguesa as distinções dogmáticas entre *lucro directo* e *lucro indirecto*; entre *lucro objectivo* e *lucro subjectivo*; e entre *lucro do exercício* e *lucro final*. Ver: FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas da sociedade anónima*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 33-38 e passim; JOÃO MIGUEL ASCENSO, “As sociedades não lucrativas. Breve análise do direito dos sócios ao lucro”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano III 2011, Número 3, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 846 e ss e passim.

⁴⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avalas de sócios de sociedades comerciais”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, n.º 11, 2014, pp. 13-34.

⁴⁵ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, *cit.*, p. 166.

⁴⁶ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, *cit.*, p. 166.

⁴⁷ ANTÓNIO SILVA DIAS, *Financiamento de Sociedades por Emissão de Obrigações*, Lisboa, Quid Juris?, 2002, pp. 18 e ss e passim.

⁴⁸ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, *cit.*, pp. 166-168.

3. O financiamento por capitais alheios traduz-se, normalmente, na concessão do mútuo ou empréstimo bancário, que confere à entidade bancária, ao abrigo do princípio da liberdade contratual (art.º 405.º, n.º 1, do Código Civil), um poderoso instrumento de “activismo societário”⁴⁹ no seio da pessoa colectiva (financeiramente) intervencionada.

4. Instrumento que permitirá à entidade bancária (credor controlador) *controlar* e, essencialmente, *influenciar* decisivamente as decisões empresariais da sociedade comercial. Fenómeno particularmente relevante no modelo de hétero-responsabilidade da pessoa colectiva. Na medida em que a fundamentação da responsabilidade penal da pessoa colectiva arguida depende dos *factos de conexão* das pessoas singulares. No caso concreto: o dos credores controladores qualificados como administradores de facto indirectos.

5. Esse instrumento de gestão bancária (que permite aos credores controlador ou administrador de facto indirecto *controlar* e *influenciar* a sociedade comercial financiada) denomina-se *covenants*.

6. Os *covenants* consistem em obrigações acessórias (à obrigação principal de restituição do capital mutuado, acrescido de juros) para a sociedade financiada, *positivas* ou *negativas*, conforme imponham ou proíbam determinadas condutas⁵⁰.

1.2.2.2.1. A função das cláusulas de segurança ou de garantia (os *covenants*): forma de *corporate governance* polarizada nos credores controladores destinada a controlar e a influenciar a tomada de decisões empresariais no seio da sociedade comercial financiada

1. Estes instrumentos de financiamento bancário – os *covenants* – conferem, *de facto*, à entidade bancária um assinalável poder de influência sobre a sociedade comercial financiada. Tal poder de influência traduz-se na inserção de determinadas estipulações contratuais inseridas no contrato de financiamento (*covenants*) que estabelecem adstringentes deveres funcionais a cargo da sociedade comercial financiada. Essas estipulações contratuais destinam-se a prevenir a redução

⁴⁹ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, *cit.*, pp. 166-168 e passim, que seguimos de muito perto neste apartado temático.

⁵⁰ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista””, *cit.*, pp. 166-168.

do valor patrimonial da mesma e, principalmente, a evitar a insolvência (e, por isso, a insolvabilidade financeira) da sociedade comercial financiada⁵¹.

2. A função dos *covenants*⁵² passa, no essencial, por limitar severamente a forma como o devedor (a sociedade comercial financiada) dirige ou orienta estrategicamente o seu negócio, permitindo simultaneamente ao credor controlador (a entidade bancária) um *controlo efectivo* sobre a tomada de decisões empresariais daquela⁵³.

⁵¹ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista””, *cit.*, pp. 166-168, que seguimos de muito perto.

⁵² Os *covenants*, ou mais amplamente, as *cláusulas de garantia e segurança*, diferem das tradicionais garantias pessoais ou reais, que actuam como garantias como um meio ou como objecto de satisfação do crédito. As cláusulas de garantia e segurança (i.e., os *covenants*), nos antípodas, inserem-se na noção genérica de garantia. Porquê? Essencialmente porque se traduzem em meios de pressão para, de uma forma suave e maviosa, guiar a sociedade comercial financiada no sentido do pagamento integral da sua dívida. Por outro lado, a satisfação do crédito do credor controlador (o administrador de facto indirecto) não dispensa da colaboração do devedor (a sociedade comercial financiada ou a pessoa colectiva arguida).

De tal facto se infere que os *covenants* funcionam como importante meio de pressão para guiar o devedor no sentido do cumprimento. De contrário, haverão consequências gravosas para o devedor. Nomeadamente, as que resultam da violação dos termos contratuais inseridos nos *covenants*. De entre os quais se enumera a possibilidade de a entidade bancária enveredar pelo caminho da “*exigibilidade antecipada ou de vencimento imediato*”. Nisto se traduz, no essencial, no seu *plus*. Os *covenants* visam, entre muitas finalidades essenciais, garantir o pagamento integral da dívida e prevenir a insolvência da sociedade comercial financiada, que frustraria, no essencial, a solvabilidade funcional da mesma. Ver: JOANA PEREIRA DIAS, “Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a “*pari passu*” a “*negative pledge*” e a “*cross default*”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume IV, Novos Estudos de Direito Privado, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1019-1020.

⁵³ A doutrina chama ainda à atenção para o poder indirecto de terceiros envolvidos na relação de crédito e para o impacto dos instrumentos derivados financeiros de crédito no governo das sociedades comerciais. Fá-lo da seguinte maneira: “O poder dos financiadores é “*alavancado*” quando estes contratam instrumentos de protecção do crédito concedido à sociedade com terceiros (*Credit Default Swaps*). Desde logo a compra pelo financiador de uma sociedade comercial de um derivado de crédito a um terceiro tem um efeito principal de transferência do risco de crédito para o vendedor do instrumento de protecção do crédito (*hedger*). Este, sendo juridicamente alheio à relação principal de crédito que se estabelece entre a sociedade e o seu financiador, adquire, por força da venda daquela protecção, uma posição económica e jurídica permeável às vicissitudes da sociedade financiada e da relação de crédito por ela estabelecida com o seu financiador, por sua vez contraparte do terceiro na relação de cobertura, na medida em que qualquer evento de crédito se repercute, por *Credit Default Swaps* (CDS, na sua esfera jurídica. Nessa medida, o originador do CDS adquire, com a sua venda, um incentivo ao envolvimento activo na gestão da sociedade financiada pela sua contraparte no contrato de derivado de crédito. A utilização de derivados de crédito nas relações de financiamento introduz efectivamente uma “*novidade na gestão do risco de crédito*”, na medida em que se separa o risco económico de

1.2.2.2.2. Tipos de cláusulas de segurança ou de garantia: os *covenants* positivos e os *covenants* negativos

1. Os *covenants* podem ser *positivos* (se condensarem um dever de actuação funcional por parte da sociedade comercial financiada).

2. Os *covenants* podem ser *negativos* (se proibirem terminantemente uma determinada conduta funcional da sociedade comercial financiada).

3. Ambos têm como objectivo primacial garantir que a sociedade comercial financiada continua a ser capaz de cumprir as obrigações (financeiras e gestórias) vertidas no contrato de mútuo bancário ou no financiamento bancário. E que, essencialmente, a sociedade comercial financiada não pratica actos de gestão que prejudiquem a sua capacidade de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas perante o credor controlador⁵⁴.

um empréstimo – que é assumido pelo vendedor do CDS, e não pelo financiador directo – dos riscos jurídicos do incumprimento, se mantém na esfera jurídica do credor. Esta separação/dissociação introduz um forte mecanismo à negociação informal, entre o financiador e a sua contraparte no derivado de crédito, da repartição entre eles dos direitos e da influência que resultam do contrato de crédito subjacente, já que a parte que vende a protecção tem todo o interesse em adquirir para si uma parte do *poder de controlo* sobre o crédito, de modo a “*gerir o seu risco*”. A transferência para essa contraparte, através de negociações informais, de uma parte do poder de influência sobre o crédito e sobre a gestão, o governo e a estratégia da sociedade devedora permite por sua vez ao financiador obter a protecção através de um derivado de crédito por um preço reduzido, incentivando—o nessa medida a transferir para a contraparte, para além do risco do crédito, algum desse poder de influência sobre a sociedade devedora. Nessa e em situações limite, a contratação de derivados de crédito, com a transferência do risco para a contraparte do financiador, pode conduzir a fenómenos de *empty creditor*, com a destruição dos incentivos do credor para proceder a uma gestão eficiente do “risco do crédito” e a respectiva desresponsabilização no que respeita ao governo da dívida, que pode atingir situações-limite, como o desencadear da insolvência do devedor com o simples objectivo de obter antecipadamente o pagamento da protecção nesses casos pelo derivado de crédito”. Ver: GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, p. 376; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015.

⁵⁴ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 986). Elenca-se tradicionalmente um conjunto de *covenants típicos*. De entre os quais avultam: **i**) cláusulas de prestação de informação (a sociedade comercial financiada deverá fornecer ao credor toda a documentação atinentes à prestação de contas, “das comunicações que formalmente sejam dirigidas aos accionistas e qualquer outra informação que o credor, segundo um critério de razoabilidade, venha a exigir”; **ii**) cláusulas que preceituam os denominados *events of default* (que se traduz essencialmente no seguinte: verificado determinado evento pré-estabelecido no contrato de mútuo ou no contrato de financiamento bancário, *v. g.*, o não cumprimento reiterado de qualquer obrigação financeira emergente do contrato de financiamento bancário, o crédito vence-se antecipadamente); **iii**) cláusulas que se destinam a garantir, no essencial, a

4. Daqui resulta uma consequência lógica: *quanto mais* adstringente for o contrato de financiamento bancário (*covenants*) e as cláusulas de segurança ou de garantia que tipicamente o acompanham, *maior* será o grau de ingerência da entidade bancária na gestão (ordinária e extraordinária) da sociedade financiada.

5. Pelo que maiores serão as possibilidades de, no âmbito do modelo de hétero-responsabilidade da pessoa colectiva, os credores controladores (qualificados como administradores de facto indirectos) serem jurídico-penalmente responsabilizados pelas decisões empresariais que estiveram na base do cometimento do crime no seio da sociedade comercial financiada.

6. Na medida em que o financiamento bancário através de atribuições patrimoniais e/ou garantias contratualizadas na decorrência de contratos de financiamento bancário celebrados com entidades bancárias oferece a estas últimas um *nível de ingerência na gestão e no governo da sociedade financiada mais forte*⁵⁵.

7. Mais ainda: dependendo das cláusulas de garantia ou segurança (*covenants*) inseridas nos contratos de financiamento bancário, a influência do credor controlador na gestão empresarial da sociedade financiada pode “perdurar ao longo de toda a vida do crédito ou mesmo após o seu vencimento, com ou sem reembolso”⁵⁶.

solvabilidade da sociedade comercial financiada ou intervencionada (a sociedade comercial financiada deverá assegurar que o conjunto dos seus activos é superior ao conjunto dos seus passivos, ou obrigarse a cumprir reiteradamente um concreto e determinado rácio de activos *vs.* passivos); **iv**) cláusulas relativas à disposição de bens ou mudança de objecto social (a sociedade comercial financiada está inibida de dispor ou transmitir os seus bens sem o consentimento expresso do credor controlador; aplicando-se a mesma proibição à mudança de natureza ou de forma como o seu negócio é gerido, que se encontra subordinado ao consentimento do credor controlador); **v**) cláusulas que proíbem a oneração do património social da sociedade comercial financiada (a sociedade comercial financiada não poderá, de qualquer forma, onerar o seu património social com novas garantias – pessoais ou reais – que vulnerem a posição patrimonial do credor controlador). Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (pp. 986 e ss), que seguimos de muito perto; EILÍS FERRAN/LOOK HO, *Principles of Corporate Finance Law*, 2nd Editions, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 282 e ss e passim; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, I (2009), Coimbra, Almedina, 2009, pp. 95-133, pp. 103 e ss e passim, que seguiremos de muito perto.

⁵⁵ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, que seguimos de muito perto.

⁵⁶ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*

8. Isso significa que o credor controlador se encontra, atendendo à natural dependência da sociedade comercial financiada do financiamento bancário a conceder, numa posição particularmente privilegiada para configurar à relação creditícia o concreto conteúdo que bem lhe aprouver. Seja através da *imposição unilateral* de *alterações imediatas nas estruturas ou nas opções de gestão*⁵⁷, anteriores e altamente condicionantes da concessão de financiamento bancário, seja através da inserção (unilateral) de cláusulas contratuais que atribuem ao credor controlador um conjunto de direitos, liberdades, prerrogativas e garantias funcionais sobre a gestão e/ou governo da sociedade durante toda a vigência do crédito⁵⁸.

9. *Against this background*, é razoavelmente claro que o modelo do financiamento societário está a enfrentar os efeitos da diluição da (seminal e tradicional) separação formal entre financiamento por capitais⁵⁹ próprios (financiamento interno⁶⁰) e financiamento por capitais alheios (financiamento externo)⁶¹. Efei-

⁵⁷ Esta situação de sujeição da sociedade comercial financiada perante o credor controlador (instituição bancária) é particularmente clara nos casos de *leveraged finance*.

É usualmente aduzido que o financiamento da sociedade comercial em situação financeira particularmente difícil é efectuada (e efectivada) com recurso a montantes, em regra, muito superiores aos considerados *average* para a sociedade comercial financiada. O que, por si só, gera uma dívida social muito grande. O que implica, igualmente, um risco de insolvabilidade e de *default* muito elevado. O facto de se tratar de uma *dívida de alto risco* confere um conjunto de prerrogativas (gestionárias e funcionais) ao credor controlador (entidade bancária). Compreende-se que assim seja: a sociedade comercial financiada precisa de dinheiro fresco e rápido. Isso, por si só, cria um conjunto de oportunidades gestionárias para o *credor controlador* (entidade bancária, que encontra nos pedidos de financiamento bancário um *mar de oportunidades* para tomar o controlo efectivo da sociedade comercial financiada). Acrescento nosso: abrindo várias lacunas de punibilidade caso os credores controladores (quando qualificados como administradores de facto indirectos) não sejam jurídico-penalmente responsabilizados pela tomada de decisões empresariais que estiveram na base do cometimento do crime por parte da pessoa colectiva arguida (sociedade comercial financiada. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Coimbra, Almedina, reimpressão da 2.ª edição de 2015, 2017, pp. 24–25; DIOGO COELHO, “Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores – Qual o papel da Teoria da Agência aplicada na responsabilidade dos Credores-Financiadores”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2016, p. 796.

⁵⁸ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, p. 372.

⁵⁹ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, Coimbra, Almedina, 2010.

⁶⁰ RUI PINTO DUARTE, “Contribuições dos sócios para além do capital social: prestações acessórias, prestações suplementares e suprimentos”, in: *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 238–253.

⁶¹ A (*perceived*) *revolução dos derivados financeiros* – com a consequente divulgação e explosão de *equity swaps* e outros derivados financeiros negociados ao balcão e o crescimento exponencial do mercado de *empréstimo de participações sociais* que tornaram extraordinariamente mais fácil e mais barato separar (funcionalmente) a *propriedade económica* e o *poder de voto* – tornou, nos termos anteriormente expos-

tos que são a causa directa e necessária das enormes possibilidades de influência na gestão empresarial da sociedade comercial financiada que os contratos de concessão de crédito bancário atribuem ao credor controlador (entidade bancária), seja em termos meramente formais (*v. g. covenants*)⁶² ou em termos

tos, possível (e fazível) que *outsiders* (pessoas desprovidas de quaisquer interesses económicos na sociedade comercial em questão) exerçam o voto e que *insiders* (pessoas com interesses económicos na sociedade comercial em questão) obtenham (muito) mais votos do que a propriedade económica. Adquirindo, destarte, uma *influência amplamente desproporcionada no seio da sociedade comercial em questão*. Trata-se de situações típicas, em síntese, em que a titularidade dos valores mobiliários (ou participações sociais) surge divorciada (e extirpada) do resultado económico-financeiro (ou seja: o *risco de investimento*, que se transfere totalmente para a esfera jurídica de terceiro, mediante a criação de um *programa contratual* colimado a disciplinar normativamente a actuação funcional do intermediário financeiro na vigência do programa contratual). Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Derivados Financeiros e governo societário: a propósito da nova regulação mobiliária europeia e da consulta pública da ESMA”, in: *Revista de Direito das Sociedades em Revista*, Ano IV 2012, número I, 2012, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 56-61 (p. 57), que seguimos de muito perto.

Esta questão entrecruza-se com a (candente e seminal temática da) *titularidade indirecta* de valores mobiliários e sobre o *exercício de direitos de voto* nas sociedades cotadas e abertas. Ver: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Novas regras sobre assembleias gerais: a reforma de 2010”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano II (2010), Números 1/2, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 32-33; TIAGO ARNOULD, “O destaque do direito aos lucros: esvaziamento do direito de voto e titularidade oculta”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V 2013, Números 1/2, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 370-372; ANDRÉ FIGUEIREDO, *O negócio fiduciário perante terceiros. Com aplicação especial na gestão de valores mobiliários*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 405 e ss e passim.

Esta questão interliga-se, igualmente, com a questão da determinação da legitimidade do acionista para o exercício do direito de voto com referência a uma data de registo. Ver: NICOLA DI LUCA, “Titolarità vs. Legittimazione: a proposito di record date, empty voting e “proprietà nascosta” di azioni”, in: *Rivista di diritto societario* 2010/2012, 2012, pp. 312 e ss e passim; DIRK ZIETSCHKE, “Shareholder Passivity, Cross -Border Voting and The Shareholder Rights Directive”, in: *Journal of Corporate Law Studies*, Volume 8-2, 2008, pp. 291 e ss e passim; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Outubro de 2013: a “Alteração Anormal das Circunstâncias” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “Unconscionability” e a “Bounded Rationality”: Um estranho caso de aliança luso-americanas?”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VI 2014, Número 2, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 411-433.

⁶² Em resumo, os *covenants* (ou, mais prosaicamente, as *cláusulas de garantia e segurança*) mais comuns, são: i) *as cláusulas que obrigam a sociedade comercial financiada à observância de estritos deveres de informação*; ii) *cláusulas limitam a capacidade de investimento da sociedade comercial financiada*; iii) *cláusulas que obrigam a sociedade comercial financiada à observância de estritos limites quanto ao financiamento*; iv) *cláusulas que determinam a restrição da capacidade de disposição de activos sociais*; v) *cláusulas limitativas de alterações fundamentais no desenho estatutário e funcional da sociedade comercial*; e vi) *cláusulas que limitam drasticamente a distribuição de dividendos*. Ver: INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista”, *cit.*, p. 172; FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, in: *Revista de Direito das Sociedades em Revista*, Ano 6, Volume 12, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 231-283 (pp. 239 e ss), que seguimos de muito perto.

meramente fácticos. Efeitos deletérios para a tradicional ligação funcional entre propriedade e capital que atribui ao poder activista dos credores controladores um sistema de “*corporate governance* externa”⁶³. E que obriga à construção de mecanismos de responsabilização penal dos *credores controladores*⁶⁴. Como a extensão, no modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectiva⁶⁵, quer da responsabilidade penal das pessoas colectivas, quer da responsabilidade civil subsidiária passiva e responsabilidade solidária passiva por facto próprio. Como a própria *disgorgement*⁶⁶ dos *ill-gotten funds* emergentes da *faute lucrative*⁶⁷.

⁶³ Lapidarmente: INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista””, *cit.*, p. 172; FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, pp. 231–283 (pp. 239 e ss.); WOLFGANG SERVATIUS, *Gläubigereinfluss durch covenants, Hybride Finanzierungsinstrumente im Spannungsfeld von Fremd- und Eigenfinanzierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 1–657 (passim).

⁶⁴ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista””, *cit.*, pp. 172 e ss.

⁶⁵ Sobre a personalidade jurídica da pessoa colectiva: JORGE DE COUTINHO DE ABREU, “Personalité morale, subjectivité juridique et enterprises”, in: *Revue Internationale de Droit Économique*, 1996, pp. 178 e ss e passim.

⁶⁶ A *disgorgement* tem tradição jurídica no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau e de Portugal. O art.º 11.º da Lei n.º 10/2012 contém um aforamento da categoria doutrinária norte-americana da *disgorgement*. Previsto igualmente, com as devidas adaptações, no art.º 180.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal. O art.º 11.º da Lei n.º 10/2012 e o art.º 200.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau acabam por ser, igualmente, um aforamento da categoria doutrinária francesa da *faute lucrative*. À luz do art.º 180.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal, a sociedade em nome colectivo pode pedir que o sócio lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efectuados por ele, de conta alheia, ou lhe ceda os seus direitos a tais proventos financeiros. No direito gaulês, o art.º 54.º do *Projecto Terré* (sobre a reforma da responsabilidade civil) previa expressamente a restituição do montante ilicitamente obtido através da *faute lucrative* cometida intencionalmente pelo prevaricador. A doutrina francesa, em comentário a essa norma, aludia expressamente à necessidade de restituição integral dos lucros ilícitos. Que deveria ser feita no desenho funcional da responsabilidade civil. Completamente separada dos danos punitivos e das penas civis. Ver: RODOLPHE MESA, “Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime”, in: *La Semaine Juridique*, 2012, pp. 1017 e ss e passim; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 50, Abril-Junho 2015, Braga, Cejur, 2015, pp. 3–22, que seguimos de muito perto.

No ordenamento jurídico de Sua Majestade, sempre que haja uma violação grosseira do *obligation of loyalty* emerge uma obrigação legal de restituição dos lucros (o *account of profits*) ou o *disgorgement*. Tal como foi expressamente aduzido, no longínquo ano de 2000, no caso *Attorney-General v. Blake, Jonathan Cape Ltd o disgorgement avoca* tem uma natureza muito próxima da punição. Pelo contrário, nos denominados *proprietary torts*, os tribunais de Sua Majestade atribuem ao lesado os chamados *restitutionary damages* (por exemplo: o valor patrimonial equivalente a um bem furtado à vítima ou o valor patrimonial equivalente ao uso do bem aproveitado), que, não raro, são reconduzidos ao instituto jurídico do enriquecimento sem causa. De tal facto se infere que as soluções restitutivas (por oposição às soluções retentivas) devem ser subsumidas no hemisfério do enriquecimento sem causa. Ver: José

CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa”, *cit.*, pp. 3–22. A propósito do *disgorgement*, cruzando-a dogmaticamente com a obrigação de restituir que impende sobre os *ill-gotten funds* (lucros ilícitos) que foram (ilegitimamente) apropriados pelos administradores das sociedades comerciais, ver: MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Sobre a obrigação de restituir dos administradores”, in: *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 353 e ss; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias”, in: *RCJE*, n.º 20, 2011, pp. 23 e ss; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual. A sua legitimação pelo dano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, *passim*, que seguimos de perto.

Um outro sector da doutrina critica desabridamente o DCFR. Nomeadamente os arts.º 6: 104 do BW (que preceitua que o dano é determinado em função do lucro obtido) e o II.-3:302 (4, VI.6:101 (4) (que condensa o pedido alternativo razoável atinente à “*reparation-recovery of any advantage in connection with causing the damage*”) e VII.-5:102, 103, e 104 do DCFR. Afirma-se, a este respeito, que as soluções restitutivas (por oposição às soluções retentivas) dos lucros obtidos ilicitamente percebidos tipificados no Livro VI do DCFR não são as mais felizes. Na medida em que se fundam a ficção de uma perda económica equivalente. Essa é a razão pela qual deveriam figurar no Livro VII (enriquecimento sem causa). Ver: ERIK MONSEN, “DCFR and restitution for wrongs”, in: *ERPL*, 4, 2010, pp. 813 e ss; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa”, *cit.*, pp. 3–22, que seguimos de muito perto.

⁶⁷ Na doutrina francesa: GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN/SUZANNE CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4.ª ed., Paris, LGDJ, 2017, *passim* (conexa à questão da liquidação em tema de responsabilidade civil contratual surgem as funções da responsabilidade civil. Que já não se cingem somente a um qualquer mecanismo de contabilização de danos. Hodiernamente, as funções da responsabilidade civil estendem-se muito para lá da mera função reparadora. A função restitutiva dos lucros ilícitos e, em certos casos, mais contados, dos próprios danos punitivos em situações típicas em sede das quais a alta censurabilidade da conduta do agente e a lesão de bens jurídicos essenciais à convivência comunitária resultem do facto ilícito típico começam, paulatinamente, a dar sinais de si. O debate sobre as funções da responsabilidade civil já se iniciou em Portugal. Ver: HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual”, in: AGOSTINHO CARDOSO GUEDES/NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA (Coord.), *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 489–504 (defendendo abertamente o resgate do lucro ilícito dadas as manifestas insuficiências do enriquecimento sem causa e da própria artificialidade do instituto jurídico da gestão de negócios imprópria). Na doutrina francesa, NICOLAS RIAS, “Les nouvelles fonctions de la responsabilité civile (regard français)”, in: MALLET-BRICOUT (Coord., sob a égide da Association HENRI CAPITANT), *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 63–77 (em sentido conexo à nota de rodapé anterior, discorrendo sobre o sentido geral da reforma da responsabilidade civil extracontratual francesa e do Quebec, conferindo relevo às funções da responsabilidade civil. Principalmente, no que toca à restituição do lucro ilícito. Problemática sobre a qual que o legislador português do futuro deveria reflectir seriamente). Tal debate, como se disse, já se iniciou em Portugal. Por todos: HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil: propostas de reforma do Código Civil Português”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano IV (2019), Número 2, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 249 e ss.

Entende-se que assim seja: a empresa está, hoje, agrilhoadada a uma estrita (e estreita) responsabilidade social⁶⁸ (*corporate social responsibility*⁶⁹) para com a comunidade sócio-cultural em que está inserida. A responsabilidade jurídico-penal da pessoa colectiva (mesmo a que emerge da administração de facto indirecta) fere de morte essa *sought-after* credibilidade social, sem a qual nenhuma empresa (pelo menos as que aspirem a uma vida longa no giro comercial) pode sobreviver.

1.2.3. *Os credores controladores como administradores de facto e veros insiders na sociedade comercial financiada: antecâmara para os tipos de financiamento bancário que conferem o controlo e influência na tomada de decisões empresariais*

1. Os contratos de financiamento bancário conferem aos credores controladores, como vimos, um poder de influência especialmente intenso. Este tema tem instado a doutrina⁷⁰ a ponderar a configuração dogmático-legal dos

⁶⁸ CATARINA SERRA, “A responsabilidade social das empresas – Sinais de um instituto jurídico iminente?”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Ad Honorem – 4, Studia Iuridica 96, Organizador: DIOGO LEITE DE CAMPOS, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 856 e ss e passim.

⁶⁹ M. NOGUEIRA SERENS, “Corporate Social Responsibility:” Vinho velho em odres novos”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, outubro de 2013, Ano 5, Volume 10, Coimbra, Almedina, 2013.

⁷⁰ No modelo hodierno de financiamento externo das sociedades comerciais, os credores deixaram de ser, como vimos, meros financiadores indiferentes, *non-chalant*, silenciosos e (estranhamente) passivos. Pelo contrário. Passaram a ser, como vimos, *credores controladores que “influenciam e condicionam activamente as opções de gestão da sociedade comercial”*. Este tema tem suscitado vivo interesse da doutrina norte-americana e alemã. Não é difícil perceber a razão pela qual isso acontece. Se há área que tem merecido assinalável interesse (quicá perturbadoramente excessivo) no ordenamento jurídico estadunidense é o do controlo da sociedade comercial financiada pelos credores sociais. Em especial por instituições bancárias: a *lender liability*, que tem sido laboriosamente trabalhada a partir das (e com base nas) ideias seminais de controlo e de boa-fé, tem sido qualificada como uma das mais relevantes áreas do Direito dos Estados Unidos da América. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I, N.º 1, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 95-133, que seguimos de muito perto. Sem surpresa, a delimitação das suas linhas programáticas reitoras (que passam pelos seminais conceitos de *good faith*, *fraud*, *duress*, *tortious interference*, *breach of fiduciary duties*) é um verdadeiro *work in progress*. Entende-se que assim seja: não existe, em rigor, um assinalável consenso no que tange ao conceito de *controlo* da sociedade comercial financiada pelo credor controlador. O mesmo se passa no direito alemão. Também no Direito alemão o tema não foi encerrado. *Na ausência de uma agreed-upon noção de credor controlador, abrem-se à especulação doutrinária o quintessencial conceito de exercício efectivo do controlo da sociedade comercial financiada por oposição à mera susceptibilidade abstracta de influência nos destinos da sociedade comercial*. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de

credores controladores como verdadeiros *administradores de facto*⁷¹ da sociedade comercial financiada⁷².

2. Partilhamos do núcleo das preocupações verbalizadas pela doutrina. Adiante lançaremos as bases da construção doutrinal que atribui aos credores controladores a taxionomia dogmático-legal de administradores de facto indirectos para efeitos jurídico-penais. Para lá se remete o leitor interessado.

3. Acentua-se, mais uma vez, a relevância prática deste tema, que é clara: o controlo excessivo e desmesurado do credor controlador sobre a sociedade comercial financiada aproxima-o, significativamente, do *acionista controlador* (*quasi-controlling shareholder*)⁷³.

4. Transformando-o em um *insider*⁷⁴. Fazendo-o incorrer em um conjunto alargado de deveres e responsabilidades (*v. g.* os deveres fiduciários que vinculam os administradores das sociedades comerciais no modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas proposto para o Código Penal) equivalentes aos do verdadeiro (e próprio) *credor controlador*⁷⁵.

5. Fala-se a este respeito na existência de um perigo para a sociedade comercial financiada-devedora e os seus accionistas e demais credores” em tudo equivalente ao “perigo de grupo” (*Konzerngefahr*) (como, aliás, as sentenças dos tribunais norte-americanos nesta matéria comprovam largamente) com fre-

lealdade para os credores controladores?”, *cit.*, p. 96; WILLIAM LAWRENCE, “Lender control liability: an analytical model illustrated with applications to the relational theory of security financing”, in: *Southern California Law Review*, Vol. 62, 1989, pp. 1387-1447; MELISSA CASSEDY, “The doctrine of lender liability”, in: *University of Florida Law Review*, Vol. 40, 1988, pp. 206-207; BLUMBERG/STRASSER/GEORGEAKOPOULOS/GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, 2nd edition, 2005, vol. V, §§ 174 e ss e passim.

⁷¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 96.

⁷² WERNER F. EBKE/JAMES GRIFFIN, “Good faith and fair dealing in commercial lending transactions from covenant to duty and beyond”, in: *Ohio State Law Journal*, 1989, pp. 1237-1249.

⁷³ Ver: JOHN HAAS, “Insights into lender liability: an argument for treating controlling shareholders”, in: *University Pa. Law Review*, Vol. 135, 1987, pp. 1321-1363 (1321); ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 97.

⁷⁴ BLUMBERG/STRASSER/GEORGEAKOPOULOS/GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, *cit.*

⁷⁵ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 97.

quentes pedidos de responsabilização dos credores controladores pelas dívidas e actuações lesivas do devedor⁷⁶.

1.2.3.1. Modalidades de domínio da sociedade comercial financiada pelos credores controladores: a *leveraged finance*, tal como *mezzanine finance* ou aquisição de dívida *distressed (distressed debt)*

1. Para se captar o “admirável mundo novo” das modalidades de domínio da sociedade comercial financiada pelos credores controladores (a entidade bancária financiante), através da concessão de crédito bancário, que são assaz amplas, basta dar o exemplo paradigmático do *leveraged finance*, tal como *mezzanine finance* ou aquisição de dívida *distressed (distressed debt)*⁷⁷.

2. Este tipo de financiamento bancário, particularmente quando se tenha em vista a tomada de controlo de uma sociedade comercial financiada, cria verdadeiramente uma ligação entre o “dador” de capital alheio e a pessoa colectiva, bem superior à que normalmente se verifica nas hipóteses de financiamento bancário tradicional⁷⁸.

3. Trata-se – nunca é demais vincá-lo – de financiamento bancário com montantes muito superiores aos que seriam apodados de normais para a sociedade comercial financiada, gerando, por acinte, uma dívida muito superior à habitual. Implicando, desse modo, um risco financeiro também ele assaz elevado, com custos de financiamento bancário muito elevados⁷⁹.

⁷⁶ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 97. A doutrina estadunidense tem registado uma tendência de excessiva responsabilização dos banqueiros (*credores controladores*, que acabam por funcionar como uma espécie de *deep pocket*. Ver: JAMES C. WINE, Lender liability under Iowa Law, in: *Drake Law Review*, 1990, pp. 645-687; J. DENNIS HYNES, “Lender liability: the dilemma of the controlling creditor”, in: *Tennessee Law Review* 1991, pp. 635-668 (667). A doutrina portuguesa chama à atenção para esse fenómeno; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 97.

⁷⁷ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, pp. 97-99 e passim, que seguimos de muito perto.

⁷⁸ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, pp. 97-99.

⁷⁹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 97.

4. Por isso, esta tipologia de financiamento bancário tem em vista, normalmente, a obtenção de objectivos marcadamente temporários (*v. g.*, aquisições financeiras, *leveraged buy-outs*, reações de participações sociais⁸⁰ e atribuição de lucros distribuíveis).

5. Envolvendo, tipicamente, dois tipos de produtos financeiros revestidos de alguma complexidade: *i*) os *leveraged finance* – especialmente os *leveraged loans*, com recurso a taxas de juro assaz elevadas, que reflectem o risco financeiro assumido pelo credor controlador, *ii*) *high-yield/junk bonds*, obrigações financeiras de elevado risco financeiro (e de elevado rendimento financeiro, usualmente qualificadas como muito especulativas), cujo *rating* é, normalmente, inferior ao grau de investimento (*investment grade*)⁸¹.

6. Denota-se, por outro lado, a existência de um instrumento financeiro denominado de *leveraged finance* – particularmente os *leveraged buy-outs* – que é frequentemente representado pela dívida bancária *mezzanine* ou dívida *in between*⁸². O endividamento bancário de cariz intermédio (*mezzanine debt capital*) aparece, assim, como financiamento bancário subordinado (*second lien*) – apenas havendo lugar a restituição após o reembolso integral de todas as *tranches* da dívida *senior* (correspondente ao mútuo bancário clássico) –, com um prazo, em geral, muito alargado (por regra, 5 a 10 anos), de tal maneira que se aduz, a este propósito, a um conjunto de “quase capitais próprios”. Aceita-se que assim seja: este tipo de financiamento bancário encontra-se, se bem vemos, a meio caminho entre o financiamento por capitais próprios e o financiamento por capitais alheios⁸³.

7. Existe ainda outro importante mecanismo de controlo dos credores controladores sobre a sociedade comercial, que se reveste de particular importância no contexto do modelo da hétéro-responsabilidade penal das pessoas colectivas que propomos para a parte geral do Código Penal de Macau: o mecanismo da aquisição de *dívida distressed* (*distressed debt*).

⁸⁰ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, pp. 97-99.

⁸¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 97; ELÍ FERRAN, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 519.

⁸² ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, pp. 97-99.

⁸³ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, pp. 97-99, que seguimos textualmente.

8. Em termos genéricos, a *dívida distressed* (*distressed debt*) trata-se de dívida de sociedade comercial em situação financeira particularmente difícil, que apresenta, portanto, acentuado risco de incumprimento contratual. Por isso, o credor controlador (entidade bancária) exige, não raro, uma elevada taxa de juro⁸⁴ como contrapartida pela concessão de financiamento bancário.

9. As conhecidas *junk bonds* constituem exemplo paradigmático da *dívida distressed* (*distressed debt*)⁸⁵. Outro exemplo paradigmático é o da *dívida distressed* (*distressed debt*), que resulta claramente de um conjunto alargado de hipóteses de financiamento bancário realizado directamente à sociedade comercial financiada, subordinado ao pagamento de uma elevada taxa de juro. Financiamento bancário subordinado, igualmente, a *covenants* financeiros que atribuem o controlo da sociedade comercial financiada ao credor controlador, em caso de incumprimento contratual⁸⁶.

10. Por isso, devido ao risco elevado de incumprimento, os investidores institucionais (a entidade bancária) compram a dívida da sociedade comercial financiada a um valor muito inferior ao valor nominal (com um desconto que, normalmente, ronda os 20%, 60% ou até 80%) e procuram, de imediato, rentabilizar o investimento através de estratégias comerciais e financeiras da mais diversa natureza⁸⁷.

11. De entre essas estratégias comerciais e financeiras avultam claramente as estratégias de curto prazo (que se caracterizam por ter horizontes de investimento normalmente inferiores a um ano, que implicam, em princípio, a revenda da dívida financeira)⁸⁸.

12. A estratégia de longo prazo passa por duas vias: a primeira, implica que a entidade bancária (credor controlador) espere pacientemente pelo vencimento da dívida. A segunda, e a que mais nos interessa no caso concreto, implica o

⁸⁴ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 100.

⁸⁵ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, pp. 97-99.

⁸⁶ Sobre estas hipóteses: MICHELLE M. HARNER, “The corporate governance and public implications of activist distressed debt investing”, in: *Fordham Law Review*, Vol. 77, 2008, pp. 108 e ss.

⁸⁷ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 100.

⁸⁸ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 100.

exercício do poder de influência do *creditor controlador* com o objectivo primacial de garantir a aquisição de capital em troca de dívida financeira (*debt-for-equity exchange*)⁸⁹. Propiciando, assim, o *debt-equity swap* no quadro funcional de um processo de reestruturação da sociedade comercial financiada ou intervencionada⁹⁰. Considerações adicionais sobre este temário escapam à economia e escopo deste artigo doutrinal.

1.2.3.1.1. A *debt-holder control* como forma de *shareholder control* (credor controlador) sobre as decisões empresariais da sociedade comercial financiada: o caso *Allied Holdings, Inc*

1. Com base nos exemplos práticos acima mencionados, podemos facilmente concluir que a actuação dos investidores institucionais (os credores controladores) com o objectivo principal de aquisição e exercício de influência sobre a sociedade comercial não tem apenas lugar através do investimento directo no capital. Ocorre, antes, no momento da aquisição da respectiva dívida: do lado do controlo acionista (*shareholder control*) importa, pois, ponderar o controlo pelo credor ou titular da dívida (*debt-holder control*)⁹¹. O caso *Allied Holdings, Inc.* constitui um bom exemplo disso.

2. Nos Estados Unidos da América, onde o fenómeno se encontra mais estudado e disseminado, costumam ser apontados como exemplos frisantes os casos de insolvência do capítulo 11 do *Bankruptcy Code*. É paradigmático o caso *Allied Holdings, Inc.*, no qual o investidor institucional *Yucaipa Companies* adquiriu cerca de 66% da dívida não garantida do universo de empresas *Allied*⁹². E é aqui que os problemas começaram.

3. A *Yucaipa Companies* fez uso da posição adquirida para influenciar o processo de reestruturação da sociedade comercial financiada, de tal maneira que,

⁸⁹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 100.

⁹⁰ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 100.

⁹¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 101.

⁹² ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*

no plano de reestruturação financeira aprovado, o credor controlador apareceu na veste de accionista maioritário da *Allied Holdings, Inc.*⁹³

4. Perante situações típicas desta natureza, a doutrina dos Estados Unidos da América tem feito alusão ao impacto desta nova forma de exercício de influência sobre as reestruturações empresariais das sociedades comerciais financiadas os *grandes credores controladores* (mais do que os administradores da sociedade comercial financiada) tendem a tomar as decisões estrategicamente mais importantes nos destinos empresariais da sociedade comercial devedora⁹⁴.

5. Não é caso isolado: “trata-se de uma tendência particularmente clara nos Estados Unidos da América”⁹⁵, mas inteiramente aplicável no espaço lusófono, onde as leis da insolvência são geralmente vistas como leis favoráveis ao devedor-insolvente. Permitindo-lhes permanecer no controlo da sociedade comercial insolvente. Em oposição frontal ao sistema de insolvência de Portugal e do Reino Unido, sobejamente conhecidos pelo seu processo de insolvência *creditor-friendly*⁹⁶.

⁹³ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*

⁹⁴ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 101, que seguimos textualmente.

⁹⁵ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 101.

⁹⁶ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, p. 101, que seguimos de muito perto. Relevante é, igualmente, o papel da aquisição da *dívida distressed* (*distress debt*) por banda dos *hedge funds*. O que tem impacto no desenho funcional da *corporate governance*.

Os *hedge funds* são os investidores institucionais mais activos em *dívida distressed* (*distress debt*). Tem-se referido que o *activismo dos hedge funds* difere do activismo dos investidores financeiros tradicionais. O activismo dos *hedge funds* dirige-se à realização de modificações significativas nas sociedades comerciais financiadas e, em regra, envolve custos financeiros muito mais elevados. O activismo dos *hedge funds* é, do prisma estratégico, mais *ex ante* (e não intermitente, espaçado, eventual, *at large*, e, por isso, *ex post*).

A actividade funcional dos *hedge funds* é radicalmente diferente dos investidores tradicionais devido à estrutura de incentivo dos administradores dos *hedge funds* e as (sensivelmente) menores barreiras regulatórias. Isso coloca outro problema: ninguém sabe exactamente o que esperar da actuação funcional dos *hedge funds* no seio das sociedades comerciais financiadas. *Estarão mais empenhados na prossecução dos seus próprios interesses financeiros? Estarão, pelo contrário, mais focados nos interesses de longo prazo da sociedade comercial?* É aqui que se geram vários conflitos de interesse relacionados com a actuação funcional dos *hedge funds*. *Especialmente quando os hedge funds* adoptam uma estratégia financeira que os beneficia exponencialmente em detrimento dos demais accionistas investidores e *stakeholders* (*hedging related conflicts*).

6. Em poucas palavras: a intensidade do controlo e da influência dos credores controladores na tomada de decisões empresariais que originariamente cabiam à sociedade comercial financiada depende, essencialmente, do tipo de cláusulas de garantia e de segurança (os *covenants*) que estão associados ao contrato de financiamento bancário: ela será *tanto maior, quanto maior* for o grau de limitação da liberdade de iniciativa económica e da livre tomada de decisões empresariais da sociedade comercial financiada.

7. Trata-se de uma realidade social que o direito penal não pode deixar de regular. Dada a crescente influência dos credores controladores (que, como veremos adiante, deverão, mediante determinados requisitos objectivos, ser qualificados como administradores de facto indirectos) na tomada de decisões empresariais que estão na base do cometimento de um crime pela sociedade comercial financiada, defendo que deve ser estendida àqueles (credores controladores convertidos em administradores de facto indirectos) a responsabilidade penal pela prática dos crimes imputados objectivamente à sociedade comercial financiada.

8. Decisões empresariais que funcionarão, no modelo de hétero-responsabilidade da pessoa colectiva, como *factos de conexão* da responsabilidade penal da sociedade comercial financiada.

9. Adiante veremos qual é o critério de imputação objectiva das decisões empresariais tomadas pelos credores controladores à sociedade comercial financiada. Adiantamo-lo: trata-se do critério da evitabilidade das decisões empresariais, que será exposto adiante.

10. No entretanto, defendo que deverá ser criada uma pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança (*covenants*) como forma de reforço da pena acessória

O activismo dos *hedge funds* ao nível do controlo societário é muito claro. Principalmente quando o *hedge fund* é accionista do adquirente, caso em que actua frequentemente para evitar a consumação material de um conjunto de transacções financeiras (v.g., as *blocking acquires*, quer quando é accionista da sociedade comercial-alvo, conseguindo melhores condições financeiras de transacção financeira (*blocking targets*, quer ainda quando procura activamente – o *hedge fund* – a aquisição da sociedade comercial, lançando, para o efeito, um ror de ofertas de aquisição pública). O que, por si só, é suficiente para espelhar o papel disruptivo deste tipo de investidor institucional no mercado financeiro do controlo das sociedades comerciais. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, pp. 101-102, que seguimos de muito perto.

de encerramento definitivo do estabelecimento. Vejamos sumariamente esta questão.

11. A criação da pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança (*covenants*) como forma de reforço da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento destina-se a impedir, igualmente, a violação do princípio da pessoalidade das penas. O que será concretizado de seguida.

1.3. *A ratio legis que subjaz à criação da pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia e de segurança (covenants) e a sua ligação com a pena acessória de encerramento definitivo de estabelecimento e com o princípio da pessoalidade das penas (art.º 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa): Remissão*

1. Com particular influência no desenho normativo de uma (futura) alteração ao Código Penal (principalmente ao nível da criação de uma inovadora pena acessória de proibição de contracção de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança), mostra-se a noção dogmática das cláusulas de garantia ou de segurança (*covenants*).

2. Que se destina, no essencial, a *evitar* que a pessoa colectiva arguida recorra ao financiamento bancário de longa duração para contornar a aplicação prática da pena acessória de encerramento definitivo de estabelecimento. E, sobretudo, para evitar a violação do princípio da pessoalidade das penas (art.º 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa). Nos termos que melhor se verá adiante.

3. As cláusulas de garantia ou de segurança (*covenants*) impõem, como vimos, um conjunto alargado de *restrições ao investimento* “e visam limitar as tendências de sobreinvestimento dos gestores e em particular os investimentos arriscados, preservando a capacidade da sociedade comercial para restituir o capital mutuado”⁹⁷. Vale a pena aditar mais umas notas tópicas sobre este tema, a benefício da clareza expositiva.

⁹⁷ FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, pp. 231–283 (p. 240).

4. As cláusulas de garantia ou de segurança (*covenants*) podem, assim, revestir diversas formas. No cômputo geral, consistem na imposição de limites em valores absolutos – por exemplo, ao investimento financeiro em bens de capital (*capital expenditures*) – ou na sujeição de todo e qualquer decisão financeira sobre o investimento financeiro ou aquisição de activos financeiros, fora do desenho funcional da actividade normal da sociedade comercial financiada, à prévia autorização prévia do credor controlador⁹⁸.

5. De entre as quais se enumeram as cláusulas que impõem várias restrições ao financiamento bancário. Trata-se de uma forma usada pelos credores controladores para evitar (a todo o custo) a diminuição da garantia patrimonial (o património social da sociedade comercial que responderá pela integridade) do seu crédito. Mormente num cenário de insolvência⁹⁹.

6. Estas restrições (funcionais, gestionárias e patrimoniais, impostas à sociedade comercial financiada) podem assumir, como vimos, a forma de *covenants* financeiros. No âmbito dos quais se impõem (estritos e estreitos) *ratios* de nível de endividamento bancário a (forçosamente) respeitar. Mas não só. Essas restrições assumem frequentemente a veste de uma proibição expressa de contrair qualquer financiamento bancário ou a sujeição de toda e qualquer decisão de financiamento bancário *ao crivo funcional* dos credores controladores. Atribuindo-lhes, assim, um controlo funcionalmente alargado sobre as decisões empresariais da sociedade comercial financiada¹⁰⁰.

7. Tal é de capital importância no âmbito do modelo misto de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas. Principalmente quando (se e sempre) os credores controladores tomam decisões empresariais que estejam na base da prática do crime pela sociedade comercial financiada. Aqui avulta a questão da administração de facto indirecta por parte dos credores controladores. O que, como vimos, tem especial relevância (como *factos de conexão*) no desenho funcional da 1.ª velocidade: o modelo de hétero-responsabilidade penal da pessoa colectiva.

⁹⁸ FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, pp. 231-283 (p. 240).

⁹⁹ FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, pp. 231-283 (p. 240).

¹⁰⁰ FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, p. 240.

1.4. **As cláusulas de garantia e de segurança (os sweep covenants) e a sua ligação com o governo corporativo (corporate governance): setting the stage para a questão da administração de facto indirecta da sociedade comercial financiada por parte dos credores controladores e com sua responsabilidade penal**

1. De entre as muitas cláusulas de garantia e de segurança (*covenants*), enumeram-se as cláusulas com *restrições à disposição de activos* pretendem essencialmente: evitar a todo o custo a alienação de activos financeiros concretamente determinados (incluem-se nesse lote a venda de uma unidade de produção da sociedade comercial financiada, cujo valor de base serviu de suporte à decisão de financiamento bancário por parte dos credores controladores; evitar a venda de activos por preço que não corresponda ao seu justo valor de mercado; evitar a troca de um activo por um crédito de solvabilidade duvidosa e cuja probabilidade de cobrança se mostra altamente incerta¹⁰¹; limitar, de forma indirecta, os investimentos financeiros, com substituição de activos financeiros, impedindo, assim, entradas substanciais de *cash-flow*¹⁰² que pudessem ser posteriormente

¹⁰¹ FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, p. 240.

¹⁰² Tem-se entendido que os índices financeiros têm como objectivo principal limitar o endividamento da sociedade comercial financiada. Entende-se que assim seja: o endividamento adicional da sociedade comercial aumenta, de forma exponencial, o risco de incumprimento do crédito da entidade bancária. Costuma dar-se, a este respeito, o exemplo da *debt-equity ratio* (que consiste numa relação de valor entre a dívida e o património líquido) ou da *leverage ratio* (que consiste numa relação entre o valor dívida total e o EBITDA, que impede que determinados valores sejam excedidos). Mas há outros índices financeiros de relevo. De entre os quais se enumera o *cash flow* da sociedade comercial financeira. Como o *coverage ratio*. Que se destina primacialmente a salvaguardar a solvabilidade financeira e a cobertura do serviço da dívida, impondo-se, normalmente, que o *cash flow* gerado pela sociedade comercial financiada se situe num limite (*threshold*) acima de um concreto e determinado múltiplo financeiro da despesa total com juros (moratórios ou remuneratórios), relativamente a certo lapso temporal. O que significa que, de forma implícita, se limita, igualmente, a capacidade de endividamento da sociedade comercial financiada. Para esse efeito, existem formas indirectas (mas muito eficazes) de limitar, os investimentos da sociedade comercial financiada. Ver: FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, p. 240; DOUGLAS G. BAIRD & ROBERT RASMUSSEN, “Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance”, in: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, 2006, pp. 1228-1232; KLAUS M. SCHMIDT, “The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection”, in: *Law and Economics of Creditor Protection – A Transatlantic Perspective*, Haia, 2008, pp. 87-92; SUDHEER CHAVA/MICHAEL R. ROBERTS, “How does financing impact investment? The role of debt covenants”, in: *Journal of Finance*, vol. LXIII, N.º 5, 2008, pp. 2086 e ss; PHILIP R. WOOD, “Law and Practice of International Finance”, in: *International Business & Law Series*, Nova Iorque, Clark Boardman, 1984, pp. 6-30; EDUARDO SÁRAGGA LEAL, “O poder de ges-

aplicadas em investimentos financeiros de alto risco; e evitar, de forma indirecta e ulterior, a alteração do objecto social da sociedade comercial financiada; a alteração do seu ramo de actividade comercial¹⁰³.

2. Um dos perigos inerentes às cláusulas de garantia e de segurança (*covenants*) reside no *corte* da liberdade de iniciativa económica e da liberdade de tomada de decisões empresariais da sociedade comercial financiada. Na medida em que implicam, na prática, que todas as decisões empresariais em matéria de *investimento*, financiamento e alienação de património social (que estão, em regra, exclusivamente reservadas ao conselho de administração da sociedade comercial financiada) sejam tomadas pelos credores controladores (entidade bancária)¹⁰⁴.

3. Quando seja celebrado um *sweep covenant*¹⁰⁵, o credor controlador poderá, inclusive, restringir substancialmente a capacidade de investimento da sociedade comercial financiada. O que poderá estar, muitas vezes, na origem da prática de crimes no seio da pessoa colectiva arguida. Entende-se porquê: menos investimento equivalerá a uma empresa menos eficiente. Sobretudo, equivalerá a uma empresa menos capaz de prevenir a prática de crimes no seu seio. Alguém terá de pagar a conta que o Direito Penal apresentará mais cedo ou mais tarde.

tão dos accionistas nas sociedades anónimas”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 5, Volume 9, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 260–287.

¹⁰³ FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, p. 240. PHILIP R. WOOD, “Law and Practice of International Finance”, in: *International Business & Law Series*, Nova Iorque, Clark Boardman, 1984, pp. 18–20.

¹⁰⁴ FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, pp. 240–241.

¹⁰⁵ O *sweep covenant* trata-se um mecanismo financeiro que obriga a amortizações da dívida bancária sempre que a sociedade comercial financeira financiada receba, num dado momento temporal, uma receita extraordinária. O mesmo se aplica quando o dinheiro depositado na tesouraria (portanto, a liquidez financeira da empresa) exceda uma determinada cifra financeira ou determinado valor contabilístico. De tal facto se infere que a sociedade comercial financiada, através de um *sweep covenant*, nunca terá liquidez suficiente para fazer investimentos na sua estrutura funcional. O que é particularmente relevante, acrescento nosso, quando dessa omissão de investimento resulte a ineficiência global da sociedade comercial financiada para prevenir a ocorrência de crimes no seu seio da mesma. Veremos esta questão mais à frente. Ver: FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, p. 240; DOUGLAS G. BAIRD & ROBERT RASMUSSEN, “Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance”, in: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, 2006, *passim*.

4. Normalmente, a conta será paga através da responsabilidade penal da sociedade comercial financiada. O Direito Penal tem de intervir, porém, no sentido de transferir essa responsabilidade para os credores controladores, quando (e se) possam ser qualificados como administradores de facto indirectos da sociedade comercial financiada. Nos termos que se verá adiante.

5. A somar a estas limitações da liberdade de iniciativa económica e da liberdade de tomada de decisões empresariais da sociedade financiada existe, ainda, um outro conjunto de alterações fundamentais na sociedade devedora a que os *credores controladores* (a entidade bancária) frequentemente recorrem para limitar o financiamento da sociedade comercial financiada, sujeitando-as à sua aprovação. Trata-se de alterações de condições delimitadoras da identidade funcional da sociedade comercial que as entidades bancárias consideram fundamentais no momento de conceder o crédito à sociedade comercial financiada¹⁰⁶.

6. Sendo essa a razão pela qual se discute se os credores controladores devem, afinal, estar sujeitos a deveres de lealdade¹⁰⁷. Da mesma forma a que os administradores de Direito estão.

¹⁰⁶ FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*

¹⁰⁷ Um sector da doutrina considera que o tipo de sociedade comercial tem pouca relevância no que tange à determinação (e extensão) do dever de lealdade. Deve, pelo contrário, aferir-se que tipo de sócio é que controla os destinos da sociedade comercial (controlador, desinteressado, eventual, intermitente ou maioritário). Ver: PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 313 e ss e passim. Concretamente em relação à questão da aplicação dos deveres fiduciários (dever de cuidado e, principalmente, o dever de lealdade) aos credores controladores, existe um sector importante da doutrina que nega essa possibilidade. Argumentando, no essencial, que o dever de lealdade decorre da participação social. Por conseguinte, o credor controlador, na medida em que não é detentor de uma participação social, não está agrilhado (menos ainda obrigado) aos rigores do dever de lealdade. Pelas razões expostas noutra texto, discordo frontalmente desta posição doutrinal. Que, também pelas razões expostas nesse texto, traz no bojo zonas de impunidade selectiva com as quais o Direito Penal não pode pactuar. Ver: JOSÉ GOMES FERREIRA, “Conflitos de Interesses entre Accionistas nos negócios celebrados entre a Sociedade Anónima e o seu Accionista Controlador”, *cit.*, p. 129. Convergente: DIOGO COELHO, “Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores – Qual o papel da Teoria da Agência aplicada na responsabilidade dos Credores-Financiadores”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII (2015) – Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2016, p. 805.

Há ainda um sector da doutrina que afirma que “não faz sentido fundamentar algum dever de boa-fé do sócio na sua posição na estrutura da sociedade comercial, dado que a relação entre os sócios não é directa, mas é, em menor ou maior medida, mediada pela estrutura societária”. Ver: FILIPE CASSIANO SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalista – Contrato de Sociedade, Estrutura Societária e Participação do Sócio nas Sociedades Capitalistas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 529.

1.4.1. “*Fechando a porta à impunidade selectiva*” ou a razão pela qual os credores controladores devem ser qualificados como administradores de facto indirectos (shadow directors) para jurídico-penais

1. Aos credores controladores deve não só ser estendido o dever de lealdade, como, e sobretudo, devem ser responsabilizados jurídico-penalmente sempre que sejam qualificados como administradores de facto indirectos.

2. Porquanto, é pressuposto fundamental do esquema de organização interna das sociedades comerciais, tal como legalmente estabelecido no Código das Sociedades Comerciais, que a repartição de poderes seja realizada (somente) pelos respectivos órgãos sociais da sociedade¹⁰⁸. Sem excepções. Por essa razão, devem ser observadas todas as formalidades legais tipificadas para a multitudine de tipos societários¹⁰⁹ que constituem o Direito das Sociedades Comerciais.

3. A não ser assim, esse “exercício de facto” de funções de gestão por sujeitos (os credores controladores) que não se encontram regularmente investidos no cargo de administrador de direito, quando não seja devidamente acompanhado da extensão dos mecanismos jurídicos que responsabilizam os

Por essa razão, defende um outro sector da doutrina, a lealdade “tem menos potencialidades de aplicação nas sociedades anónimas, em especial, porque elas surgiram num ambiente pouco propício à confiança inter-individual, sendo que a própria designação destas sociedades vai, também, nesse sentido”. Ver: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I – Parte Geral*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 454-455.

¹⁰⁸ A questão dos *administradores de facto* foi investigada, de forma aprofundada, pela doutrina. Foi dito a esse respeito que “o ordenamento pressupõe que as decisões relativas à condução da sociedade comercial encontrem um referencial formal nos órgãos que resultam do estatuto organizativo de cada um dos tipos de sociedade comercial. Tanto mais que, sendo a sociedade comercial um ente criado pelo ordenamento jurídico, i.e., sem existência física, afigura-se natural que a sua estrutura, a sua organização e as suas formas de declaração e de expressão (sejam) necessariamente o resultado de mecanismos formais predispostos pela lei, enquanto criadora que esta é da pessoa colectiva com personalidade jurídica. De tal modo que a lei, criando a estrutura organizada, não pode satisfazer a exigência fundamental de assegurar as condições e os instrumentos indispensáveis para o funcionamento da pessoa jurídica societária. Para esse funcionamento, é absolutamente imprescindível o órgão que gere e faz actuar a sociedade e, com referência ao seu complexo de funções e poderes, as pessoas singulares (-titulares) que dão corpo à actividade jurídica adequada à prossecução dos seus fins”. Ver: RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 45-46 e passim, que seguimos muito de perto.

¹⁰⁹ Esta ideia é particularmente importante à luz do conhecido princípio da taxatividade dos tipos societários. Ver: JOSÉ DIAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Navarra, Aranzadi Editorial, 2002, p. 23; MANUEL SÁNCHEZ ALVAREZ, “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, in: *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 227, pp. 117-154, pp. 133 e ss e passim.

administradores de direito formalmente designados, origina bolsas de impunidade selectiva que é preciso combater.

4. Principalmente no âmbito da 1.^a velocidade (a do modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas e entidades equiparadas que propomos para a parte geral do Código Penal), onde se criaria um conjunto de lacunas de punibilidade que afectariam a coerência (e a consistência) do ordenamento jurídico nacional.

5. A esta luz, seria incompreensível que, com base em meras formalidades, a *to-be-overhauled* responsabilidade penal das pessoas colectivas que proponho para a parte geral do Código Penal, não incluísse os credores controladores no âmbito dos administradores de facto indirectos para efeitos jurídico-penais. E mesmo para efeitos de responsabilidade civil, por facto próprio, a título de responsabilidade subsidiária passiva e de responsabilidade solidária passiva. Conforme o caso.

6. Destarte, entendo que o Código Penal deverá, em oportuna alteração legislativa, sancionar a conduta dos credores controladores, qualificados como administradores de facto indirectos, quando (e se) das decisões empresariais que estes (credores controladores) tomam no âmbito da gestão societária da pessoa colectiva financiada resulte a prática de crimes que são imputados objectivamente à mesma.

7. De contrário, se o Código Penal não sancionar a actuação funcional dos credores controladores que “exercem de facto” poderes de gestão da sociedade comercial financiada¹¹⁰, abre-se, como se disse, a porta da impunidade selectiva¹¹¹.

¹¹⁰ Esta é, no fundo, a razão de ser que subjaz à criação da figura do *administrador de facto*. A extensão do conceito de administrador de molde a englobar aqueles que, não obstante, exerceram, de facto, funções de gestão da sociedade comercial não se encontram revestidos de uma investidura juridicamente relevante, é essencial para assegurar a efectividade do regime jurídico de responsabilidade (acrescentamos, penal) dos administradores, gerentes e dirigentes das sociedades comerciais. O que se aplica às sociedades unipessoais por quotas de constituição superveniente. Na medida em que “o sujeito que gere, *de facto*, não pode alegar uma inadmissível situação formal de acefalia do *órgão de administração*, provocada por ele próprio, para excluir a sua responsabilidade pela gestão”. Compreende-se que assim seja: o objectivo primacial da extensão do regime de responsabilidade (civil e penal aos administradores de facto) é restabelecer a desarmonia sistémico-funcional provocada na dicotomia “poder funcional e responsabilidade funcional”. Aduz-se, a este propósito, ao facto de que a figura do *administrador de facto* tem como escopo primacial a realização de um reequilíbrio funcional

2. Os credores controladores como administrador de facto indirectos (*shadow directors*) e a sua relevância no desenho funcional da 1.^a velocidade do modelo misto de auto-responsabilidade penal da pessoa colectiva: Introdução

1. Encetando uma aproximação ao núcleo temático dos administradores de facto indirectos, cuja noção dogmático-legal se propõe para todo o espaço lusófono, é comum fazer-se a distinção entre administradores de facto directos e administradores de facto indirectos.

2. Assumindo esta última (administradores de facto indirectos) particular interesse para a temática dos credores controladores. Principalmente em vista do modelo misto de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas que proponho para a parte geral do Código Penal.

3. Os *administradores de facto directos* correspondem àquelas pessoas singulares que, não estando regularmente investidos no cargo de administrador, exercem corporalmente – por si próprios – as funções inerentes a esse cargo¹¹².

4. Os *administradores de facto indirectos* são aqueles em que a pessoa singular (o credor controlador), não obstante não praticar, de forma directa, actos próprios inerentes à função de administrador de direito, acaba por condicionar (e de forma determinante) a administração (ordinária e extraordinária) da sociedade comercial. Fá-lo de tal modo que se poderá dizer que intervém, mediata,

do exercício do poder de gestão e do regime jurídico de responsabilidade a ele típica e legalmente associado. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (pp. 991-992); ANTONIO PERDICES HUETOS, “Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 septiembre 2001 (R) 2001, 7489”, in: *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 18, 2002, 277-287, pp. 277 e ss e passim; MONICA FUENTES NAHARRO, “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y la funcionalidade de la figura en los grupos de sociedades”, in: *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 289-310; RITA FIALHO D’ALMEIDA, “A responsabilidade civil dos administradores de facto”, in: *Jurismat*, n.º 6, 2015, pp. 247-282.

¹¹¹ JORGE DOS REIS BRAVO, “Punibilidade vs. Impunidade de “pessoas colectivas públicas”: a regra, a excepção e os equívocos – um episódio da tensão entre o “Público” e o “Privado”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Direito Penal Económico entre o Presente e o Futuro: Um Diálogo entre a Doutrina e Praxis, Colóquio Comemorativo do XV Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Económico e Europeu*, Ano 22, N.º 3, julho–setembro 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

¹¹² GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015.

mas decisivamente, na gestão ordinária e extraordinária da sociedade comercial financiada¹¹³.

5. No desenho funcional destas duas modalidades típicas, é ainda usualmente realizada uma divisão adicional consoante os administradores de facto directos ou indirectos exerçam funções próprias de um órgão de administração de direito de forma pública e transparente; ou seja, apresentando-se perante terceiros como administradores das sociedades comerciais; ou os administradores directos ou indirectos exerçam essas funções de forma essencialmente oculta/dissimulada, nas situações em que permanecem na sombra ou surgem perante o exterior sob outras vestes funcionais.¹¹⁴

¹¹³ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015. Convém recordar o seguinte: às modalidades tradicionais de administradores de facto directo (ou na primeira pessoa) e indirecto (ou por interposta pessoa), a dogmática acrescenta uma terceira modalidade correspondente aos administradores de facto com pleno reconhecimento legal. Destinando-se esta a abranger todas aquelas situações em que a administração de facto é, ainda, o resultado, ou o espelho reflector, de uma “credencial normativa”. Que emerge no mundo do Direito através de uma interpretação objectivo-actualista das normas jurídicas societárias. Parte-se, para esse efeito, do exemplo dos administradores das sociedades directoras e dominantes em relação de grupo (art.º 504.º/1 e 2 do Código das Sociedades Comerciais ou dos ex-administradores de direito das sociedades dissolvidas e em liquidação, ao abrigo dos artigos 145.º/2 e art.º 149.º/2 do CSC). A doutrina espanhola faz referência a quatro categorias de administradores de facto. A saber: **i**) os administradores cujo cargo tenha sido extinto; **ii**) os administradores que ocupam formalmente o cargo de administração da sociedade comercial, mas cujo acto de investidura formal padeça de algum vício formal ou substancial; **iii**) os administradores que controlam, *de facto*, a administração da sociedade comercial, sem que para tal tenham sido formalmente investidos, e que se apresentam exteriormente (perante terceiros e outros *stakeholders*) como verdadeiros administradores da sociedade comercial; **iv**) os administradores que, sem se apresentarem perante terceiros e outros *stakeholders* como administradores da sociedade comercial, controlam, *de facto*, a gestão desta, exercendo, *de facto*, uma influência decisiva sobre as decisões empresariais tomadas pelos administradores de direito. Ver: RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, *cit.*, pp. 643 e ss; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 994); JOSÉ DIAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Navarra, Aranzadi Editorial, 2002, pp. 33-34.

¹¹⁴ Por essa razão é comum entender-se que é possível que os administradores de facto indirectos possam actuar de forma ostensiva (“aos olhos de toda a gente”), reservando-se o papel de “administradores da sociedade comercial na sombra” (*shadow directors*, que actuam através dos seus “homens de palha”). O que é relevante é o exercício efectivo, e real, de influência sobre a gestão da sociedade comercial. Podendo tal actuação funcional configurar, ou não, uma actuação própria (caso em que estamos perante administradores de facto directo) ou por interposta pessoa (um administrador de facto indirecto, no caso dos credores controladores). Por conseguinte, está em causa, na modalidade de administradores de facto directos, uma actuação/gestão da sociedade comercial directa. Na modalidade administradores de facto indirectos, parte-se, por definição, do exercício de influência indirecta, por interposta pessoa, sobre aqueles que estão

6. O administrador de facto indirecto (*shadow director*) é aquele que, através da influência directa e decisiva que exerce sobre o conselho de administração, e sobre os administradores de direito, acaba por ser, de facto, o administrador da sociedade comercial¹¹⁵.

2.1. *Os elementos mínimos para a qualificação dos credores controladores como administrador de facto indirectos (shadow directors) para efeitos jurídico-penais lançados pela jurisprudência do UK Supreme Court (Re Hydrodan (Corby) Ltd)*

1. A doutrina tem feito referência a dois elementos mínimos para a caracterização de um administrador de facto indirecto ou *shadow director*¹¹⁶.

2. Por um lado, e com particular interesse na 1.ª velocidade do modelo misto de auto-responsabilidade penal das pessoas colectivas (o modelo de hetero-responsabilidade penal das pessoas colectivas) que proponho para a parte

incumbidos legalmente da tarefa de agir em nome, por conta e no interesse colectivo da sociedade comercial financiada (*os administradores de direito*). Por essa razão, tem-se entendido que os administradores de facto directos nunca estão dispostos numa situação de pura (e isométrica) igualdade com os administradores de facto indirectos. Na verdade, os administradores de facto indirectos (*shadow director*) agem como se fossem verdadeiros superiores hierárquicos dos administradores de direito das sociedades comerciais (concretamente, os credores controladores no âmbito de um contrato de financiamento bancário) dando-lhes instruções directas que *influenciam (directa, irreversível e) decisivamente* não só o modo de gestão da sociedade comercial financiada como, e sobretudo, as *concretas decisões empresariais das quais podem resultar a prática de crimes que são imputados à sociedade comercial financiada*. De outra banda, também é comum afirmar-se que uma pessoa singular pode ser administrador de facto directo quando, por exemplo, desempenha actos de gestão relacionados com o *marketing* da sociedade comercial, e ser administrador de facto indirecto quanto aos actos de gestão respeitantes à parte financeira. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 994); MARK STAMP, *Practical Company Law and Corporate Transactions*, 3.ª edição, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 398-408; BRENDA HANNIGAN, *Company Law*, 4.ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 158-172. Na jurisprudência inglesa, *UK Supreme Court, Re Holland v The Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs et alii* 2010); *UK Supreme Court) Re Secretary of State for Business, Innovation and Skills v Chohan* 2013, disponível em www.supremecourt.uk (acesso em 2 de Junho de 2021).

¹¹⁵ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015.

¹¹⁶ RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, *cit.*, pp. 643 e ss e passim, que seguimos de muito perto; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015, que seguimos de muito perto.

geral do Código Penal¹¹⁷, é necessário que a referida influência dos credores controladores, a qualificar como administradores de facto indirectos, seja exercida com vista à tomada de decisões empresariais relevantes pelos administradores de direito da sociedade comercial. Donde a designação cunhada ao administrador de facto indirecto, como aquele que governa e gere a sociedade comercial por interposta pessoa.

3. Por outro lado, e em ligação íntima com o primeiro requisito, é fundamental, como vimos dizendo, que a liberdade de iniciativa económica e a liberdade de gestão da sociedade comercial dos administradores de direito esteja, em virtude da acção adstringente dos credores controladores – administradores de facto indirectos ou *shadow directors* – muito reduzida ou severamente condicionada¹¹⁸.

4. Numa palavra: o que releva para a caracterização da figura do administrador de facto indirecto ou *shadow director* é, essencialmente, a amplitude do exercício do poder de influência sobre a administração de direito da sociedade comercial¹¹⁹.

5. Compreende-se porquê: é a amplitude (pouca ou muita) do exercício dessa influência que caracteriza, e distingue, a espécie administrador de facto indirecto.

¹¹⁷ Para mais desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1050.

¹¹⁸ A jurisprudência do *UK Supreme Court* lançou verdadeiramente as bases para a definição dos elementos mínimos necessários para a caracterização da figura do *administrador de facto indirecto (shadow director)*, a saber: para se avaliar se o réu é administrador de facto indirecto da sociedade comercial é preciso alegar e provar: *a)* quem são os administradores de direito e de facto directos da sociedade comercial financiada; *b)* que o réu influenciou, por si só, a forma de actuar desses administradores de direito e de facto em relação à sociedade comercial financiada, ou foi um dos que a influenciou directa e decisivamente; *c)* que os administradores de direito ou de facto actuaram de acordo com essa influência/essas indicações transmitidas pelo administrador de facto indirecto; *d)* e que estivessem habituados a agir dessa forma por um lapso temporal relativamente alargado. Ver: caso *Re Hydrodan (Corby) Ltd* 1993), disponível em www.swarb.co.uk (acesso em 2 de junho de 2021). Esta caracterização da figura do administrador de facto indirecto merece a expressa concordância da doutrina portuguesa. A saber: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 996), que se seguiu de muito perto.

¹¹⁹ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (passim), que se seguiu de muito perto.

6. Sendo que essa influência dos credores controladores, verdadeiros administradores de facto indirecto – *shadow directors* – na definição que defendemos para o Código Penal, só será verdadeiramente relevante do ponto de vista da responsabilidade penal das pessoas colectivas, quando (e se) limitar, *de facto*, a liberdade de iniciativa económica e a liberdade de gestão da sociedade comercial a cargo dos administradores de direito da pessoa colectiva. Ao ponto de influenciar decisivamente a tomada das decisões empresariais que estiveram na base do cometimento do tipo legal de crime pela sociedade comercial financiada.

7. Resulta, pois, do que acima foi dito que, para efeitos de caracterização ou qualificação de um determinado sujeito (o credor controlador) como administrador de facto indirecto, não poderá relevar toda e qualquer influência¹²⁰.

8. É necessário que a influência do credor controlador na gestão da sociedade comercial financiada atinja um determinado grau – mínimo que seja – que permita ao juiz ponderar essa subsunção jurídica e ulterior qualificação jurídica como administrador de facto indirecto.

9. Também aqui se compreende porquê: os administradores de facto ao contrário do que acontece com os administradores de direito – que actuam sob a capa legal e funcional do poder de investidura formal que lhes é conferida pelo cargo que desempenham no horizonte funcional da sociedade comercial – caracterizam-se, como se disse, pelo exercício de facto de funções de gestão ou administração da sociedade comercial financiada, na ausência do qual (o *exercício de facto*) não poderiam ser funcionalmente equiparados aos administradores de direito¹²¹.

¹²⁰ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 997), que vimos seguindo de muito perto.

¹²¹ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 997). A doutrina portuguesa acentua esta tendencial equiparação entre o administrador de facto e o administrador de direito. Afirmando, para o efeito, que a vertente funcional do sujeito (administrador de facto) – ou seja, a sua conduta funcional efectiva como administrador da sociedade comercial financiada – aproxima-o funcional (e decisivamente) do administrador de direito. Esta tendencial equiparação entre o administrador de facto e o administrador de direito encontra a sua justificação material na ideia de que o administrador de facto (directo ou indirecto) gere, *de facto*, a sociedade comercial financiada como se fosse, ou continuasse a ser, administrador de direito. Sendo a realização dessa actividade funcional o parâmetro referencial para considerar que a situação de facto apresenta várias semelhanças factuais com a situação de direito desempenhada formal e funcional pelo administrador de direito. A doutrina faz, contudo,

10. Esta configuração é, como se disse, directamente aplicável aos casos em que da administração de facto indirecta pelas instituições bancárias resulta um poder de influência excessivo em relação à gestão da sociedade comercial financiada.

11. Essa situação é, como se viu, muito frequente nas sociedades comerciais que se encontram em má situação económica. Sociedades comerciais que, para fazer face a essas dificuldades económicas, recorrem ao financiamento bancário externo concedido pelas instituições financeiras ou entidades bancárias.

12. De tal facto se infere que, num contexto de situação económica difícil, a sociedade comercial tende a, no âmbito dos contratos de financiamento externo, oferecer o controlo dos destinos da sociedade comercial à instituição financeira de crédito (credor controlador). Credor controlador que, como se disse, acaba por se envolver demasiado na gestão da sociedade comercial financiada¹²².

uma advertência que me parece muito avisada e muito pertinente: o juiz não deve ceder à tentação (fácil e perigosa) de considerar juridicamente relevante toda e qualquer actuação funcional na *esfera da gestão da sociedade comercial financiada* como apta a fundamentar, automática e maquiinalmente, a qualificação da pessoa singular – que nessa veste funcional haja agido – como *administrador de facto* (directo ou indirecto) da sociedade comercial financiada. De contrário, abre-se a porta ao arbítrio e à banalização da figura dogmático-legal do administrador de facto (directo ou indirecto), que não é acolher no Direito Penal. Ver: RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, *cit.*, pp. 658-662; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 997); JOSÉ GARCÍA-CRUCES, *Administradores sociales y administradores de hecho*”, in: *Estudios de derecho mercantil – Em memoria del Professor Aníbal Sánchez*, Pamplona, Cizur Menor, 2010, pp. 538-548.

¹²² Por essa razão, a doutrina portuguesa tem equacionado a hipótese de configurar, igualmente, os *credores controladores como administradores de facto indirectos da sociedade financiada*. Argumentando, para o efeito, que os contratos de financiamento bancário conferem, muito frequentemente, um poder de influência especialmente intenso aos credores controladores. O que twm feito a que doutrina configure os *credores controladores como administradores de facto da sociedade comercial financiada*. Esta hipótese – que nada tem de académica – tem sido levantada a propósito dos grupos de sociedades. Em sede dos quais a sociedade-mãe exerce um conjunto de funções na gestão da sociedade-filha que, em princípio, caberiam, em exclusivo, aos administradores de direito da sociedade comercial financiada. A doutrina tem defendido a equiparação do controlo exercido pelo credor controlador ao controlo exercido pelos accionistas. Assumindo a sociedade-mãe o papel de *insider* na sociedade comercial-filha, faz sentido estender à sociedade-mãe o conjunto de deveres e responsabilidades (*v. g.* deveres fiduciários de cuidado e de lealdade). Esta autora exclui, contudo, a qualificação jurídica dos credores controladores como administradores de facto. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Administração de facto: do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial*, Governance Lab, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 228-238. Esta equiparação entre o credor con-

13. Por conseguinte, no que respeita à qualificação dos credores controladores como administradores de facto indirectos – *shadow directors* – principalmente para efeitos de responsabilidade penal das pessoas colectivas que proponho para a parte geral do Código Penal, não será a simples previsão de *covenants*, ou cláusulas de garantia ou de segurança, nos contratos de financiamento bancário que transforma ou qualifica os credores controladores (instituições financeiras) como administradores de facto indirectos.

14. Tudo dependerá do caso concreto e, sobretudo, da interpretação jurídica das cláusulas de garantia ou de segurança. Mormente do ponto de vista das modalidades que as mesmas revestem¹²⁴.

trolador ao e o *sócio controlador* tem sido contestada por um sector da doutrina portuguesa. Com o argumento de que a mera extensão dos deveres de lealdade ao credor controlador (por força do controlo económico exercido pela sociedade comercial-mãe sobre a sociedade comercial-filha) não impede (antes pelo contrário) a caracterização dos credores controladores como administradores de facto indirectos da sociedade comercial financiada. Mais. Tal equiparação jurídico-funcional entre o credor controlador ao accionista controlador pode configurar uma hipótese anómala de cumulação de deveres de lealdade. Que é comumente admitida em relação aos sócios/accionistas que são, ao mesmo tempo, gerentes/administradores da sociedade comercial. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 1004).

¹²³ O que não significa que todos os tipos de *covenants* (que são, como vimos, verdadeiras cláusulas de garantia e de segurança) tenham a virtualidade de conceder aos credores controladores um poder de influência excessivo na gestão da sociedade comercial financiada. O juiz terá de fazer uma análise casuística ao tipo de *covenants* utilizados pelo credor controlador para gerir a sociedade comercial financiada. A boa regra é que nem todos os *covenants* conferem a gestão total da sociedade comercial financiada ao credor controlador. Pelo que, nesses casos, é de afastar, por regra, a possibilidade de esse mesmo credor controlador ser considerado como “administrador de facto indirecto (*shadow director*)”. Ver: DIOGO COELHO, “Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores – Qual o papel da Teoria da Agência aplicada na responsabilidade dos Credores-Financiadores”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII (2015), Coimbra, Almedina, 2016, p. 810; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 1004) (focando a sua análise na sujeição do credor controlador aos deveres fiduciários – principalmente o dever de lealdade – aos quais os administradores de direito das sociedades comerciais estão, natural e necessariamente, adstritos); ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, pp. 95 e ss; INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista””, *cit.*, p. 196; FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, pp. 258-264.

¹²⁴ Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: Subsídios para a criação de um modelo misto de auto-responsabilidade na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1023.

15. De tal facto se infere que tais comportamentos funcionais (a fixação de *covenants*, com obrigações acessórias que impendem sobre a sociedade comercial financiada) não asseguram, por si só, a gestão da sociedade sob a veste de (indirectos e decisivos) poderes de direcção por parte do credor controlador. Pelo que não é possível qualificar um qualquer *covenant* como indiciário de uma administração de facto indirecta¹²⁵.

16. Compreende-se porquê. Na verdade, a simples circunstância de o credor controlador dispor um conjunto de prerrogativas contratuais destinadas a garantir ou reforçar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela sociedade comercial financiada – tais como o acesso a informação societária privilegiada, o poder de veto sobre determinados assuntos da agenda social da empresa intervencionada (*v. g.* decisões de investimento, financiamento, amortização de dívidas, distribuição de dividendos), não o transforma – ao credor controlador – num verdadeiro e próprio administrador de facto indirecto (*shadow director*)¹²⁶.

17. O que significa que a inclusão dos *covenants* nos contratos de financiamento externo celebrado com os credores controladores não é (sempre) sinónimo de desresponsabilização do credor controlador. E, muito menos, da sua configuração como administrador de facto indirecto (*shadow director*)¹²⁷.

¹²⁵ RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, *cit.*, p.315.

¹²⁶ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983–1015 (pp. 997–998). Tem-se entendido que a presença dos *covenants* nos contratos de financiamento bancário não significa, por si só, a alteração da estrutura de gestão da sociedade comercial financiada. Porquanto, as decisões empresariais sobre os destinos da sociedade comercial financiada continuam – na esmagadora maioria dos casos – a estar alojadas na *esfera de disponibilidade fáctica* do órgão de administração, ainda que sujeitas a um universo de restrições funcionais inerentes à celebração de *covenants*. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983–1015 (pp. 997–998). Na doutrina espanhola, FRANCISCO MERCADAL, “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los covenants”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 36, 2015, pp. 118 e ss.

¹²⁷ A inclusão dos *covenants*, ou cláusulas de garantia ou de segurança, nos contratos de financiamento bancário implica – em maior ou menor extensão e amplitude – uma restrição à liberdade de iniciativa económica e liberdade de gestão da sociedade comercial dos administradores de direito da sociedade comercial financiada. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983–1015 (pp. 997–1000); FREDERICK TUNG, “The new death of contract: creeping corporate fiduciary duties for creditors”, in: *Emory Law Journal*, Vol. 28, 2010, pp. 858–862. Tem-se, contudo, contudo, argumentado que o princípio da liberdade contratual (art.º 405.º, n.º 1, do Código Civil) não pode ir ponto de facultar aos credores controladores (as entidades bancárias) um poder de intervenção fáctica nos negócios da sociedade comercial

2.2. **O critério da *hétero-gestão de facto* como pedra de toque para a qualificação dos credores controladores como administradores de facto indirectos (*shadow directors*) no âmbito da 1.^a velocidade (modelo de *hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas*)**

1. O que é relevante para a qualificação jurídica da conduta dos credores controladores como administradores de facto indirectos ou *shadow directors* é, por um lado, a pulverização dos limites contratualmente estabelecidos nos contratos de financiamento bancário (através da inclusão dos *covenants*)¹²⁸.

2. Por outro lado, é também relevante que a pulverização dos limites contratualmente estabelecidos nos contratos de financiamento bancário (através da inclusão dos *covenants*), consubstancie e traduza, na prática, uma transferência funcional duradoura, *de facto*, dos poderes de gestão dos administradores de direito (*de iure*) da sociedade comercial financiada para os credores controladores. Em termos tais que materialize uma *hétero-gestão*¹²⁹ da sociedade comercial financiada por estes últimos (os credores controladores)¹³⁰.

financiada que se estenda para além do poder-dever de monitorização funcional destinada a aquilatar (e a acompanhar) solvabilidade da empresa. Principalmente do ponto de vista da satisfação do seu crédito bancário e da existência de património social para responder pelo pagamento desse crédito bancário. Sob pena de se enfraquecer irremediavelmente o universo de competências funcionais que pertence, em exclusivo, ao órgão social (o órgão de administração) e um dos esteios essenciais do direito das sociedades comerciais: a correlação (legal, estatutária, patrimonial e, principalmente, funcional) entre poder de gestão da sociedade comercial (que cabe aos administradores de direito e, por isso, ao órgão de administração) e a responsabilidade (civil, societária e, principalmente, penal) que dela deriva. Ver: RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, cit., pp. 310-318, que seguimos de muito perto.

¹²⁸ Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015.

¹²⁹ Na doutrina italiana, MICHELE MOZZARELLI, *I covenants e il governo della società finanziata*, Milão, Editora Educat, 2012, pp. 128-136. Este critério de *hétero-gestão* assenta numa distinção que se funda no grau de ingerência dos credores controladores na tomada de decisões empresariais da sociedade comercial financiada. Com efeito, tem-se distinguido as situações típicas (e tipológicas) em que o grau de ingerência será suficiente (ou não) para que se possa afirmar convictamente que a sociedade comercial financiada está a ser *hétero-gerida* e, por conseguinte, que aqueles (os credores controladores) são administradores de facto indirectos. Por um lado, inserem-se neste lote as situações típicas (e tipológicas) em que – com base em um conjunto de *covenants*, ou somente atendendo à importância factual, *de facto*, do credor controlador na condução dos destinos gestionários da sociedade comercial financiada (consequência directa e necessária da essencialidade do seu crédito no desenho funcional da sociedade comercial financiada) – todas as decisões da sociedade comercial financiada estão directa, automática e necessariamente dependentes da autorização do credor controlador ou em que este determina a imposição de *alterações decisivas* no funcionamento (ordinário e extraordinário) da socie-

3. Podemos denominar este passo de *critério da hétero-gestão de facto* que diz respeito, de pleno, ao direito comercial (em Macau) e ao direito das sociedades comerciais (no espaço lusófono).

dade comercial financiada. Por outro lado, cabem aqui, outrossim, as hipóteses típicas em que se procede a uma substituição dos administradores da sociedade comercial financiada, sendo que uma parte deles (ou, muito frequentemente, a totalidade) dos administradores substitutos foram cuidadosamente seleccionados pelo credor controlador que, assim, *controla (a seu bel-prazer e com total discricionariedade funcional e operacional) o órgão de administração da sociedade comercial financiada por interpostos administradores que estão a soldo do credor controlador*. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015; RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, *cit.*, pp. 312-318.

Um sector da doutrina insurgiu-se contra o (desmesurado e, por isso, excessivo) grau de ingerência dos credores controladores na sociedade financiada. E, conseqüentemente, contra a própria extensão dos poderes de administração dos credores controladores nos destinos da sociedade comercial financiada. Argumenta-se, a esse propósito, que uma tal (desmesurada e excessiva) ingerência na condução dos destinos empresariais da sociedade comercial financiada fere (em medida inadmissível) os princípios da independência externa da pessoa colectiva no giro comercial e da indelegabilidade externa de funções de administração. Reduzindo, por acinte, os administradores da sociedade comercial financiada a uma (atípica espécie de) *longa manus* do credor controlador, que se limita a seguir e executar, automática, acrítica e maquinalmente, as suas imposições superior e unilateralmente determinadas. Ver: MAFALDA DE SÁ, “Cláusulas de salvaguarda em contratos de financiamento: ingerência irrestrita do banco-credor na gestão da sociedade devedora”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, março 2017, Ano 9, Vol. 17, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 177-204 (p. 191).

¹³⁰ O critério da heterogestão teve acolhimento expresso na jurisprudência espanhola do acórdão *Ibercaja*, que se debruçou especificamente sobre a possibilidade de o credor controlador *Ibercaja* ser considerado como administrador de facto indirecto da sociedade comercial financiada. Na circunstância, a AIFOS, Arquitectura y Promociones Inmobiliarias, S.A., sua devedora. O Tribunal de Málaga entendeu que se verificavam integralmente os pressupostos da administração de facto indirecta por parte da *Ibercaja* e preceituou expressamente os seguintes requisitos objectivos para a qualificação jurídica do credor controlador como administrador de facto indirecto: i) A ausência de uma deliberação social legal que sirva de suporte à nomeação do credor controlador como administrador da sociedade comercial financiada; ii) O carácter continuado, e não meramente ocasional e eventual, do exercício de funções de administração por parte do credor controlador (que, no caso concreto, se iniciou em 2006/2007 e se manteve até ao momento processual da declaração de insolvência); iii) O desempenho de funções, por parte dos credores controladores, na veste funcional de verdadeiros dos administradores de direito (*de iure*) (que tomam decisões que se prendam com os destinos da empresa, como a realização de pagamentos, o financiamento tendente à expansão da empresa e endividamento, entre outras); iv) O exercício independente e efectivo, que verse sobre a adopção de decisões estratégicas, como a determinação da moldura gestonária da sociedade comercial financiada (decisões estratégicas como a realização das obras que se devem concluir num determinado prazo, ou que fornecedores da sociedade comercial financiada devem ser pagos, que créditos da sociedade comercial financiada se extinguem, que garantias (pessoais e reais) aumentam); v) Em suma, aduz a decisão do tribunal judicial de Málaga, pode qualificar-se como administrador de facto indirecto aquele que está em posição favorável (e preferencial) de impor a sua vontade a quem ocupa o cargo de administrador e se apresenta, como tal,

4. Este é o primeiro passo (o da qualificação jurídica da conduta dos credores controladores e o tipo de ingerência que é conferida aos mesmos nos contratos de financiamento bancário, os *covenants*, o que tem de ser analisado caso a caso) que os aplicadores (magistrados e advogados) do direito penal devem observar no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

5. O segundo passo, já no plano do direito penal, consiste na imputação objectiva do facto colectivo (as decisões empresariais tomadas pelos credores controladores, qualificados, através do *critério de hétero-gestão de facto*, como administradores de facto indirectos ou *shadow directors*) à sociedade comercial financiada.

6. Para alcançar tal objectivo (o da imputação objectiva à sociedade comercial financiada das decisões empresariais dos credores controladores qualificados como administradores de facto indirectos, que servem como *factos de conexão*) é necessário procurar uma base dogmática que o alicerce, com segurança jurídica.

2.3. A imputação objectiva do facto ao resultado típico: o critério da evitabilidade (Kaufmann) das decisões empresariais tomadas pelos administradores de facto indirectos no âmbito da 1.ª velocidade (modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas)

2.3.1. A vertente subjectiva e a vertente objectiva do poder-dever de implementar mecanismos de *Compliance* eficazes destinados a evitar a prática de crimes no seio da sociedade comercial financiada

1. Este segundo passo significa que, no âmbito funcional do modelo misto de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas que proponho para a parte geral do Código Penal, a conduta dos credores controladores, já qualificados de administradores de facto indirectos (*shadow directors*), deve ainda passar pelo *critério da evitabilidade*.

perante terceiros. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 1010). Ver: *Sentencia 160/2011, do Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga*, disponível em www.jurisprudencia.vlex.es (acesso em 23 de Junho de 2021); um breve comentário a esta decisão pode ser encontrado em GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 1010), que seguimos de muito perto.

2. O critério da evitabilidade consiste nas decisões empresariais que poderiam (e deveriam) ter sido tomadas (e que foram, por isso, evitadas) pelos administradores de facto indirectos em ordem a prevenir/impedir o cometimento do crime que é imputado à pessoa colectiva arguida (sociedade comercial financiada) e que estiveram na origem do cometimento do crime pela pessoa colectiva.

3. Este critério de evitabilidade é a vertente subjectiva (porque dirigida aos administradores de facto indirectos) do dever de adopção de mecanismos de *Compliance* eficazes¹³¹ destinados a prevenir o cometimento de crimes¹³² no seio da sociedade comercial financiada.

4. Ambas visam a dotar a sociedade comercial financiada de medidas preventivas tendentes ao impedimento da prática de crimes¹³³ no seu domínio funcional¹³⁴.

¹³¹ PAULO DE SOUSA MENDES, “Law Enforcement & Compliance”, in: *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2.ª edição, MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES (Coordenação Científica), Coimbra, Almedina, 2018, p. 13 (aduz que “a adopção de boas práticas e sistemas efetivos de controlo interno é indispensável para as empresas não sucumbirem às próprias falhas e perderem afinal a batalha da competitividade”). Ver: RAMON RAGUÉS I VALLÉS, “El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: *whistleblowing* interno v. *whistleblowing* externo”, *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Editorial de B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, pp. 457 e ss e passim (sobre a necessidade de fomentar as denúncias internas no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas). A questão das denúncias internas foi tratada pela doutrina nacional: MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 72.

¹³² CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Autorregulación y responsabilidad de las personas jurídicas*, Peru, ARA Editores, 2015, pp. 75 e ss (aduz à importância da auto-regulação das empresas como forma de proteger a sociedade comercial e os seus administradores do labéu da responsabilidade penal, civil ou contra-ordenacional). Ver: IVÓ COCA VILA, “Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, in: JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, pp. 54 e ss e passim (aduz que o *compliance* destina-se ao cumprimento do Direito. Mas não só. Destina-se, igualmente, a assegurar qua uma tal atitude de fidelidade normativa não é fruto do bambúrrio ou do informe acaso); TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, in: *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2.ª edição, MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES (Coordenação Científica), Coimbra, Almedina, 2018, p. 63 (sublinha que a adopção dos programas de cumprimento normativo são uma mera incumbência (funcional? Normativa? *Soft law*?) que impende sobre a pessoa colectiva por oposição a um imperativo categórico).

¹³³ THOMAS ROTSCH, “Compliance und Strafrecht – Fragen, Bedeutung, Perspektiven Vorbemerkungen zu einer Theorie der sog. “Criminal Compliance”, in: *ZStW*, 3, 2013, pp. 483–484. Ver: KLINDT/PELZ/THEUSINGER, „Compliance im Spiegel der Rechtsprechung, in: *NJW* (33), 2010, pp. 2384–2385 (sublinha que a auto-regulação regulada se destina a disciplinar todas a actividades

5. A vertente subjectiva do critério de evitabilidade dirige-se aos administradores de facto indirectos. A vertente objectiva do critério de evitabilidade dirige-se ao dever de adopção de mecanismos de *Compliance* eficazes¹³⁵.

6. Vertente objectiva que impende, objectivamente, sobre a pessoa colectiva arguida. Ou seja: sobre a sociedade comercial financiada que, apesar de ser dirigida, *de facto*, pelos credores controladores, ainda mantém uma margem de liberdade de conformação vertida no poder-dever de adopção de mecanismos de *Compliance* eficazes¹³⁶. Importa, agora, tecer breves considerações sobre o critério da evitabilidade de inspiração alemã.

funcionais da pessoa colectiva). Ver ainda: MARC ENGELHART, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance – Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, 2. Auflage, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Reihe S: Strafrechtliche Forschungsberichte (MPIS), vol. 121, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, pp. 284-290.

¹³⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, “A privatização das investigações e compliance criminal”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 28, N.º 1, janeiro-abril de 2018, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2018, p. 123 (aduz que “corre-se mesmo o risco de poder afirmar que um dos objectivos principais da responsabilidade penal das pessoas colectivas é fomentar a cooperação entre a empresa e o processo penal”, com o fito de evitar a prática de crimes no contexto empresarial).

¹³⁵ A doutrina espanhola tem-se ocupado do estudo dos efeitos materiais e adjectivos dos programas de *compliance* dos Estados Unidos da América. Veja-se: ÁDAN NIETO MARTIN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, in: *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 46 e ss e passim. SERGIO SEMINARA, “Compliance y Derecho Penal: la experiencia italiana”, in: *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Editorial de B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, pp. 138 e ss. Programas de cumprimento normativo que ganharam foros de cidadania jurídica com a entrada em vigor da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro. Para mais desenvolvimentos: Hugo Luz dos Santos, *Código de Processo Penal – Anotado e Comentado*, Braga, NovaCausa Edições Jurídicas, Volumes I e II, 2022, pp. 1-1450, que seguimos de muito perto ao longo deste artigo científico.

¹³⁶ Programas de *Compliance* que não se desligam da necessidade de criação de um processo penal da pessoa colectiva. Vincaram, antes da entrada em vigor da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, a necessidade de criação de normas de natureza específica no âmbito do processo penal da pessoa colectiva: HUGO LUZ DOS SANTOS, *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, Braga, NovaCausa Edições Jurídicas, 2021, pp. 1-168; GERMANO MARQUES DA SILVA, “Processo contra pessoas colectivas”, in: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/RUI CARDOSO/SÓNIA MOURA (Organizadores), *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021; TERESA QUINTELA DE BRITO, “Processo contra pessoas colectivas: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português”, in: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/RUI CARDOSO/SÓNIA MOURA (Organizadores), *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021; JORGE DOS REIS BRAVO, “Processo penal de entes coletivos: «direito constitucional aplicado» ou inconstitucionalidade por omissão?”, in: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/RUI CARDOSO/SÓNIA MOURA (Organizadores), *Corrupção em Portugal, Ava-*

7. O critério da evitabilidade foi inicialmente criado pelo insigne autor alemão Kaufmann no âmbito do problema da *relevância negativa da causalidade virtual*, mas que pode ser facilmente transposto para o âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas. Principalmente como critério concretizador das decisões empresariais tomadas (e que não foram, por isso, evitadas) pelo administrador de facto indirecto que estiveram na base da produção do evento lesivo no seio da sociedade comercial financiada.

8. O critério da evitabilidade serve, pois, como critério concretizador das decisões empresariais poderiam ter sido *evitadas* pelo administrador de facto indirecto (credor controlador) em ordem a prevenir o cometimento do crime

liação Legislativa e Propostas de Reforma, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021 (aduz que a falta de uma disciplina processual no âmbito da responsabilidade penal da pessoa colectiva consubstancia uma inconstitucionalidade por omissão); CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “A pessoa colectiva como sujeito processual ou a “descontinuidade” processual da responsabilidade penal”, in: *Revista do CEJ*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 99 (afiança que “a reflexão sobre a problemática da responsabilidade da pessoa colectiva, contrariamente a um recente incremento de elaboração dogmática no plano penal substantivo, não tem conhecido muitas manifestações em matéria processual. A questão reside na necessidade de aplicação de princípios, categorias, institutos e mecanismos processuais do modelo vigente – gizado para o sujeito processual singular (pessoa física) – aos entes colectivos, a fim de se poder apurar e efectivar a responsabilidade penal destes, acabada de consagrar no âmbito do Código Penal”); MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão passado*”, a reforma do Código de Processo Penal. *Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 97 e ss e passim; GERMANO MARQUES DA SILVA, “Questões Processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores”, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 789-790; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 28.º, N.º 1, janeiro-abril de 2018, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2018, pp. 144-145 e ss; MARIA JOÃO ANTUNES, “A posição processual da pessoa colectiva constituída arguida”, in: *Julgar*, Ano 38.º, Maio-Agosto de 2019, Coimbra, 2019, p. 19 (frisa que “a ausência de normas de natureza processual específicas no ordenamento jurídico português contrasta com o que sucede naqueles em que foi introduzida a responsabilidade penal das pessoas colectivas”). Ao contrário do ordenamento jurídico português, o ordenamento jurídico francês, chileno e espanhol avançaram decisivamente no sentido da criação de normas processuais específicas para a responsabilidade penal das pessoas colectivas. Ver, respectivamente: YVAINÉ BUFFELAN-LANORE, “La procédure applicable aux infractions commise par les personnes morales”, *Revue des Sociétés*, 111 anné, n.º 2, 1993, pp. 313-317; DAVID SOTO DÍAZ, “La responsabilidade de las personas jurídicas en Chile”, in: *Proceso penal de personas jurídicas*, Pamplona/Navarra, Aranzadi Editorial, 2017, pp. 408 e ss; BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas*, Madrid, Civitas, 2016, pp. 318 e ss.

que é imputado objectivamente à sociedade comercial financiada¹³⁷. E que, não tendo sido tomadas, estiveram na base do cometimento do crime pela sociedade comercial financiada.

9. A construção doutrinal de Arthur Kaufmann assenta no seguinte axioma: se a conduta delituosa do autor que foi causa objectiva do resultado típico tivesse sido evitada, seria de esperar (ou não) que, de acordo com as máximas da experiência comum (*id quod plerumque accidit*)¹³⁸, o resultado típico se produzisse independentemente da conduta ilícita do arguido¹³⁹.

10. Simplificando: só a inevitabilidade do evento lesivo (que seria, assim, inteiramente independente do concurso causal das decisões empresariais tomadas pelo administrador de facto indirecto pelas quais a sociedade comercial financiada é jurídico-penalmente responsável) anula o *desvalor de resultado* que é imputado objectivamente à sociedade comercial financiada¹⁴⁰.

¹³⁷ Este critério de evitabilidade parte sempre do plano do direito penal do facto. E tem como base não uma atitude interior, mas uma vontade exteriormente relevante dos administradores de facto indirectos através da tomada de decisões empresariais (que, não tendo sido evitadas) estiveram na base da prática do crime objectivamente imputado, no âmbito do modelo de hétero-responsabilidade da pessoa colectiva, à sociedade comercial financiada. Ver: GÜNTHER STRATENWERTH, “Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht”, in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 79, 1963, passim, que seguimos de muito perto. No que toca à vontade exterior havida no âmbito do direito penal do facto.

¹³⁸ Ver sobre a importância das regras da experiência comum no processo penal: SUSANA AIRES DE SOUSA, “Prova indirecta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal”, in: *Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, J. LOBO MOUTINHO ET AL. (Coordenação), Volume IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2752 e ss e passim; PAULO DE SOUSA MENDES, “A prova penal e as regras da experiência”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 997-1011; PATRÍCIA SILVA PEREIRA, *Prova indiciária no âmbito do processo penal: admissibilidade e valoração*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 122 e ss e passim (alude à importância das regras da experiência em interligação com as regras de concatenação de indícios); G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1979, passim.

¹³⁹ A. KAUFMANN, “Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht”, in: *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, pp. 198 e ss e passim, que seguimos de muito perto.

¹⁴⁰ PAULO DE SOUSA MENDES, “O problema da relevância negativa da causa virtual”, in: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 1407 e ss e passim, que seguimos de muito perto. Sem se referir, contudo, à temática da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

2.3.1.1. Exemplos práticos da densificação do critério da evitabilidade: as decisões empresariais tomadas (mas que poderiam ser evitadas) pelo administrador de facto indirecto que estiveram na origem da prática do crime imputado objectivamente à sociedade comercial financiada

1. O critério da evitabilidade tem plena aplicabilidade no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas e implica a isenção da responsabilidade criminal do administrador de facto indirecto, sempre que se demonstre que, apesar daquelas decisões empresariais que *poderiam ter sido evitadas* e que eram potencialmente lesivas para a sociedade comercial financiada, o resultado lesivo (o crime) sempre ocorreria nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar.

2. Como exemplos práticos da densificação do critério da evitabilidade oferecem-se os seguintes decisões empresariais tomadas (e que poderiam ser evitadas) pelo credor controlador (qualificado como administrador de facto indirecto através do critério de hétéro-gestão de facto) que estiveram na origem da prática do crime imputado objectivamente à sociedade comercial financiada: i) a redução drástica no investimento em programas preventivos de higiene e segurança no trabalho; ii) a decisão de não actualizar dos equipamentos electrónicos e maquinaria que se destinem a prevenir a ocorrência de crimes; iii) a não contratação de pessoal qualificado para operar a maquinaria que se destina a prevenir danos pessoais e patrimoniais a terceiros; iv) a redução drástica de pessoal nas principais linhas de produção; v) o desinvestimento drástico nas chamadas “simulações de acidente”, que atrasou decisivamente a “resposta em tempo real” e produziu o dano ambiental; vi) o desinvestimento drástico em toda a linha de produção da sociedade comercial financiada.

3. Trata-se de decisões empresariais potencialmente lesivas para a sociedade comercial financiada que, portanto, não foram evitadas (e deveriam) pelos credores controladores, já qualificados como administradores de facto indirectos.

4. Administradores de facto indirectos que deverão ser, no desenho funcional da 1.^a velocidade (o modelo de hétéro-responsabilidade da pessoa colectiva), responsabilizados jurídico-penalmente conjuntamente com a sociedade comercial financiada.

Ensino e Cidadania

Subsídios histórico-jurídicos para a compreensão e o enquadramento da Educação para a Cidadania em Portugal

A. BAIÃO-PINTO*

SUMÁRIO: *Introdução. I – Do Ensino na História Portuguesa até à Primeira República: 1. Considerações sobre o “período arcaico”; 2. As reformas de Pombal; 3. Do liberalismo ao advento da república. II – A Cidadania e a Educação no séc. XX em Portugal: A Primeira República; A Ditadura Militar e o Estado Novo; Da Revolução de abril à Lei de Bases da Educação; A Lei de Bases do Sistema Educativo; Formação pessoal, cívica e social. III – Considerações Finais. Bibliografia.*

O vosso primeiro cuidado, depositários da confiança de um povo livre, deve ser dissipar as trevas e fazer raiar o mais cedo e o mais amplamente possível a luz brilhante da verdade própria, para paten-tear toda a beleza da liberdade e da justiça.

Luís Mouzinho de Albuquerque

in *Ideias sobre o estabelecimento da Instrução Pública dedicada á Nação Portuguesa e oferecida aos seu Representantes*, 1823, Paris.

Introdução*

A igualdade, enquanto conceito social, político e jurídico tem ganho uma especial presença no vocabulário contemporâneo, muito além da sua conceção

* Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa, o seu percurso multidisciplinar passou por outras instituições como o Ar.Co – Centro de Arte e Comunicação Visual. Atualmente, enquanto dramaturgista e autor, tem colaborado em diversos projetos culturais e publicações.

** Para realização deste trabalho final, inserido na I Pós-Graduação em Direito da Igualdade, muito contribuíram a disponibilidade da Sr.ª Prof.ª Doutora Margarida Silva Pereira e da Sr.ª Prof.ª Dou-

clássica. No nosso ordenamento jurídico, como de resto no velho continente, mas não só, a igualdade assume-se com um princípio de Direito basilar e transversal a todas as relações jurídicas, sejam estas públicas ou privadas. A sua função regedora não pode, no entanto, ser entendida sem ter em conta os múltiplos significados que a caracterizaram, ao longo dos tempos.

Veja-se o caso das sociedades da *res publica christiana* de outrora, organizadas com base na condição de nascimento, onde os homens apenas gozavam de igualdade perante Deus, mas nunca entre si – algo que só viria a mudar, já no final da Idade Moderna.

Com a Revolução Francesa de 1789 consagra-se na Europa, pela primeira vez, uma ideia de igualdade, muito especialmente naquilo que respeitava a direitos políticos, ao mesmo tempo que era afirmado que toda e qualquer discriminação poderia ter, apenas por fundamento, a *utilidade comum*¹: *Les hommes naissent e demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*².

Ainda que bastante distantes da nossa percepção atual, este foi talvez o ponto a partir do qual se começou a debuxar um propósito de cidadania, muitíssimo mais próximo do hodierno do que daquele concebido pelos clássicos, *maxime* na Grécia Antiga.

Hoje, a cidadania apresenta uma configuração bem mais complexa, não podendo mais ser entendida somente como o mero exercício de um conjunto de direitos e deveres políticos. Trata-se de uma abstração jurídica concretizável por meio de um contíguo de práticas éticas, comportamentais e ambientais, das quais dependem a concórdia e a paz social. Conceito que, assim entendido, propicia o livre desenvolvimento da individualidade e personalidade de cada um, enquanto corolários da concretização e felicidade pessoal.

Por mais que se queira, numa sociedade pós-moderna, global e digital, como aquela em que vivemos, não basta recorrer a uma mera aplicação das leis, baseada numa aceção clássica, porventura formalista, de crime e castigo.

A Educação, entendida não só como processo de aprendizagem e transmissão de conhecimento, ou mesmo como meio de aquisição de competências

tora Miriam Afonso Brigas, bem como os conselhos e fornecimento de consulta bibliográfica que me foram facilitados pelo Dr. Amílcar Baião Pinto, pela Mestre Maria do Rosário Machado, pelo Dr. Nuno de Abreu e Lima e pelo Dr. António Mariano de Carvalho.

¹ Podemos ser levados a concluir que, de um certo ponto de vista, já existia uma certa consciência que a igualdade, enquanto predicado social, jurídico e político, estaria sempre relacionada com a possibilidade da discriminação, conquanto que orientada por uma finalidade positiva.

² *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 1789, (article premier), disponível em linha no sítio conseil-constitutionnel.fr (consultado em 1-6-2021).

conducentes à vida profissional é, por conseguinte, o meio mais idóneo à criação dessa tão desejada consciência comum atual, plural, inclusiva e humanista.

Ao longo deste texto, não serão aduzidas quaisquer considerações sobre a Estratégia Nacional de Educação para Cidadania³. Trata-se, antes, de um exercício prévio de compreensão e enquadramento histórico-jurídico das várias abordagens que o tema foi merecendo, no contexto da Educação e do Ensino em Portugal, muito particularmente a partir do constitucionalismo liberal.

A razão para tal, assenta no facto de se ter instalado na sociedade portuguesa um amplo e aceso debate, fortemente marcado ao nível ideológico, mas não só. Discussão essa, que está longe de alcançar um consenso geral e que, não raras vezes, tem recorrido a uma ideia de ensino estática e autorreferencial. O fenómeno da educação esteve sempre, incontestavelmente, associado aos acontecimentos do seu tempo – assim como nas artes e na cultura, nele foram refletidas as opções, as ideias, as convenções e as conceções vigentes.

I

Do ensino na história portuguesa até à Primeira República

1. Considerações sobre o “período arcaico”⁴

A génese da educação em regime permanente em Portugal, como de resto na Europa continental, teve a sua origem na difusão medieval do Direito Canónico e nas disciplinas clássicas – ditas “artes liberais” – constantes do trívio⁵ e do quadrívio⁶.

A instituição do Estudo Geral, no ano de 1288, em Lisboa, é o momento liminar, naturalmente de maior relevo, que se pode assinalar, no que ao ensino diz respeito em Portugal. Depois de séculos de crescimento e de mudança de instalações, não é em vão que se recorda a reforma do estudo, levada a efeito por Dom João III, no séc. XVI. É certo que, aquando da sua subida ao trono, há muito que Itália acordara para o Humanismo e que nos Estados Alemães este espírito chegara ao seu termo, muito em virtude das reformas protestantes e das lutas religiosas. Entre nós, as correntes humanistas, irão entrar, sobretudo,

³ Cf. Despacho n.º 6173/2016, de 10 de maio, dos Gabinetes da Secretária de Estado para a Cidadania e a Igualdade e do Secretário de Estado da Educação.

⁴ Por “período arcaico” pretende designar-se, no que à história do ensino em Portugal diz respeito, aquele que se compreende entre a instituição do Estudo Geral e as reformas pombalinas.

⁵ Disciplinas de gramática, dialética e retórica.

⁶ O mesmo que aritmética, geometria, astronomia e música.

graças ao Colégio de Santa Bárbara, no *quartier latin*, um dos 57 que rodeavam a Sorbonne, em Paris. À época a orgânica adaptada à mentalidade renascentista que a inspirara, mas muito do que se tinha pensado e escrito, num momento posterior, mantivera-se alheio à Universidade, mesmo quando revestiu interesse geral, espiritual e económico.

A figura de Dom João III é, ainda entre nós, algo controversa ou mesmo mal-amada, sendo muitas vezes descrita como intolerante, fanática e obscura. É inegável que ao introduzir, na prática, a ação do Santo Ofício, jamais se possa ver a sua imagem dissociada desse facto. Mário Brandão que, a par de António Baião⁷, foi talvez um dos eruditos que mais se debruçou sobre o fenómeno da Inquisição em Portugal, argumenta que *o Monarca não fez mais que obedecer às ideias do seu tempo e realizar o desejo veemente dos seus súbditos*⁸. Em abono da pessoa do rei, pode recordar-se que, em 1533, o mesmo encetou diligências para trazer Erasmo de Roterdão para a sua Universidade que, há data, já havia sido rotulado como herege por Roma. É oportuno, ainda, não olvidar o episódio dos Mestres Bordaleses, que este mandara vir de Bordéus para fundar o Colégio das Artes, facto após o qual a Inquisição exigiu a sua demissão, também por suspeita de heresia, o que motivou a intervenção régia, em defesa da sua libertação. A 9 de junho de 1542, por iniciativa deste mesmo rei, partem para Coimbra Simão Rodrigues e mais doze companheiros jesuítas, para aí se fundar o primeiro núcleo do Colégio de Jesus – pioneiro em todo mundo. A partir deste momento, a Companhia de Jesus e o ensino em Portugal viverão em simbiose, até ao final do séc. XVIII.

Por volta de 1551, Inácio de Loyola escreve aos Provinciais de Portugal e Espanha, e às suas respetivas coroas, alertando para a excecional importância destas instituições de ensino, como meios de transformação social. Tanto assim é que, o próprio Colégio das Artes, em Coimbra, que tanto trabalho dera a Dom João III, passaria em 1555 para as mãos desta ordem missionária⁹.

Não são escassos os historiadores que chamam a estes colégios jesuítas primeira rede nacional de ensino, não só por cá também no além-mar português e por essa Europa fora. Esta ordem instituiu missões em todos os pontos do

⁷ BAIÃO, António Eduardo Simões, 48º e último Guarda-Mor da Torre do Tombo (1908-1910) – autor de inúmeras obras (*circa* de duas centenas de trabalhos) sobre a Inquisição em Portugal, da qual são exemplo maior, os três volumes da obra *Episódios dramáticos da inquisição portuguesa*, (1936-1953), Lisboa, editado pela Seara Nova.

⁸ BRANDÃO, Mário, *O Colégio das Artes* (1924), Coimbra, Imprensa da Universidade, I, pp.1-57.

⁹ Em boa verdade e, ao contrário de uma certa tradição de que alguns ainda fazem crença, no que respeita à atuação da Companhia de Jesus na Universidade de Coimbra, cingiu-se apenas ao Colégio das Artes – cf. LOPES, António, *D. João III e Inácio de Loyola*, in Brotéria (Janeiro, 1992), p. 23.

mundo, então conhecido, desde as ilhas do “querido povo do Japão” – como registou S. Francisco Xavier – até aos extremos da Amazónia¹⁰.

Entre os anos de 1540-1759, a Companhia de Jesus montou, em Portugal continental, uma rede composta por vinte e seis colégios, uma universidade e duas escolas.

Na primeira metade do séc. XVIII, principia a brotar em Portugal uma convicção de mudança, certamente, ancorada na fraqueza das condições práticas do ensino. São, com efeito, em número bastante significativo os autores que se debruçam sobre o tema, a saber, Manuel de Figueiredo¹¹, Luís António Verney¹², Faria de Castro¹³, *et alii*.

Á época registavam-se duas críticas muito concretas ao ensino preconizado pelos jesuítas em Portugal. A primeira, no que respeita ao ensino da matemática e das ciências exatas, situação esta que Tirso González, Superior-Geral, apontava em 1692^{14/15}. A segunda carência era bem mais penosa e prendia-se com a desatenção dada às mutações culturais, por altura dos anos de mil e setecentos. O imobilismo apoderara-se de muitos destes colégios, o que deu lugar ao aparecimento de outros, como os promovidos pelos Oratorianos¹⁶, fundamentando, seguramente, a crítica pontiaguda de Verney.

2. *As reformas de Pombal*

No âmbito da educação e, nomeadamente no que diz respeito ao ensino primário, a primeira ação tomada por Sebastião José de Carvalho e Melo, logo em 1758¹⁷, tratou-se de confirmar a necessidade da criação, nas povoações bra-

¹⁰ LOPES, António, *op. cit.* pp. 64-85.

¹¹ FIGUEIREDO, Manuel de Andrade de (1670-1735), *Nova Escola para aprender a ler, escrever, e contar*, Oficina de Bernardo da Costa de Carvalho, Lisboa, 1722.

¹² VERNEY, Luís António (1713-1792), *Verdadeiro Método de Estudar, para ser útil à República e à Igreja: proporcionado ao estilo, e necessidade de Portugal*, Oficina de António Balle, Valença, 1746.

¹³ CASTRO, Damião António de Lemos Faria e (1715-1789), *Política Moral, e Civil, Aula da Nobreza Lusitana etc...*, Francisco Luís Almeno, Lisboa, 1749-1761.

¹⁴ RODRIGUES, Francisco, *A formação intelectual do Jesuíta*, (1917), Porto, p.536.

¹⁵ Já no séc. XIX a situação do ensino da matemática e das ciências exatas parece não oferecer menor crítica – cf. CUNHA, Pedro José, *Bosquejo histórico das Matemáticas em Portugal*, (1929), Lisboa, Imprensa Nacional, p. 61.

¹⁶ Congregação dos Oratorianos, fundada em Roma, no ano de 1565, por Filipe Néri.

¹⁷ Mandadas por ordem de seu irmão, Francisco Xavier de Mendonça Furtado, como consta da *Colecção das lei, decretos e alvarás que compreende o feliz reinado del rei fidelíssimo D. José I, Nosso Senhor, desde o ano de 1750 até o de 1760 e a Pragmática do Senhor Rei D. João V do ano de 1749*, tomo I, (1797), Lisboa, na oficina de António Rodrigues Galhardo.

sileiras do Pará e do Maranhão, de duas escolas públicas – uma para meninos e outra para meninas¹⁸. Anos antes, um mês antes do terramoto de 1755, fora criada uma aula presidida por dois mestres, aprovada nos estatutos da Junta do Comércio¹⁹.

À personagem do Marquês de Pombal, à data Conde de Oeiras, ficaria para sempre ligada a questão dos jesuítas. Expulsos por sentença da Junta da Inconfidência de 12 de janeiro de 1759, esta ordem possuía, em Portugal e além-mar, cerca de quatro dezenas de instituições, maioritariamente orientadas, para o ensino secundário²⁰.

Podemos concluir que, o projeto pombalino visava todas as áreas do ensino no reino e que o ano de 1772 não correspondeu, somente, à refundação da Universidade de Coimbra, mas, sobretudo, à criação do ensino primário oficial²¹.

Ao consulado de Sebastião José, devemos o primeiro planeamento de uma rede de escolas primárias públicas, cuja intenção idealizava a cobertura das principais povoações do país. Até então, muito especialmente nas primeiras letras, havia a noção de que o ensino competia, primeiramente, à Família e à Igreja e, supletivamente, ao Estado.

Importa reter, acima de tudo que, com o Iluminismo, as nações católicas à semelhança do que sucedera nos países da Europa central no séc. XVI, com as reformas protestantes, difundira-se o pensamento de que a responsabilidade do ensino deveria ser, em grande parte, assumida pelo Estado.

Todavia, é de recusar, dadas as condicionantes económicas e ideológicas do séc. XVIII, a praticabilidade de um ensino generalizado. Seria, *aliás, um anacronismo julgar a [reforma] do Marquês de Pombal tomando como ponto de referência conceitos como “ensino para todos”, “democratização do ensino” e “igualdade de oportunidades”*²², noções estas, apenas invocáveis na gramática dos dias que correm. Ainda que pudesse admitir que todos os cidadãos de uma nação concorriam no desígnio público e geral – *é conforme a toda a boa razão que o interesse daqueles particulares que se acharem menos favorecidos haja de ceder ao bem comum e universal*²³.

Em todo o caso, estas medidas não resultaram num abandono ou proibição, do ensino particular ou do precetorado. Muito pelo contrário, conforme

¹⁸ GOMES, Joaquim Ferreira, *O Marquês de Pombal – Criador do Ensino Primário Oficial*, in *Revista de História das Ideias* – “O Marquês de Pombal e o Seu Tempo”, tomo II, Instituto de História de Teoria e História das Ideias, Faculdade de Letras, (1982), Coimbra, p. 25.

¹⁹ Decreto de 30 de setembro de 1755.

²⁰ Leia-se o alvará de 28 de junho de 1759.

²¹ Carta de Lei de 6 de novembro de 1772.

²² In GOMES, Joaquim Ferreira, op. cit., p. 31.

²³ Preâmbulo da Carta de Lei de 6 de novembro 1772.

constava lei que (...) *aos particulares, que puderem ter mestres para seus filhos dentro das próprias casas, como costuma suceder, seja permitido usarem da dita liberdade (...)*, não obstante destes alunos serem obrigados a exames, como os demais, antes de ingressarem nos “estudos maiores”²⁴, sendo punidos os docentes que lecionassem, sem habilitações para o efeito²⁵. No princípio de 1774, existiam já, espalhadas pelo reino, 170 escolas, 18 das quais em Lisboa²⁶.

Na realidade, este é o ponto a partir do qual, e ao longo do séc. XIX, com avanços e recuos, foi sendo constituída uma rede cada vez mais densa de escolas primárias. Seriam precisos, malgradadamente, dois séculos para acolher a totalidade das crianças do grupo etário dos 6 aos 10 anos no ensino primário, o que só se veio a verificar após a revolução de 25 de abril de 1974²⁷.

Das políticas públicas adotadas sob a administração de Pombal, não será despidendo fazer nota das seguintes:

- a) a criação do Real Colégio dos Nobres, à qual teriam acesso os meninos em idades compreendidas entre os 7 e os 13 anos, com o requisito de gozarem pelo menos de condição de moço fidalgo;
- b) o alargamento das primeiras letras, até aos *limites do desejável*²⁸ e da tesouraria do Estado;
- c) a fundação da Aula do Comércio, onde ensinariam aritmética, pesos e medidas e seguros, de modo a requalificar esta classe tão indispensável;
- d) a reformulação dos métodos e matérias dos cursos preparatórios, tendo em conta as novas teses iluministas;
- e) a reforma geral da Universidade, distanciando-a do ensino jesuítico, através da reestruturação das faculdades de Teologia, Direito e Medicina, e criação das de Filosofia e Matemática, o que levou ao aparecimento do Museu de História Natural, do Laboratório Químico, do Observatório Astronómico, do Teatro Anatómico, entre outros.

²⁴ Artigo VII da Carta de Lei de 6 de novembro de 1772.

²⁵ Ninguém poderia ensinar, mesmo em casas particulares, sem previamente se habilitar para magistério com exame e aprovação da Real Mesa Censória, sob pena de *cem cruzados pagos da cadeia pela primeira vez e, pela segunda, da mesma condenação em dobro e de cinco anos de degredo para o Reino de Angola*, como consta do Artigo VIII, da Carta de Lei, supracitada.

²⁶ Conclusões de Santos Marrocos, ref. in GOMES, Joaquim Ferreira, op. cit., p. 40.

²⁷ GOMES, Joaquim Ferreira, *Estudos para a história da educação no século XIX*, (1980) Coimbra, Almedina.

²⁸ À época, os limites do “desejável” correspondiam ao entendimento de que não deveriam existir escolas em *aldeias com menos de 200 fogos, para que os filhos dos lavradores, sabendo ler e escrever, não [abandonassem] as profissões dos pais em busca de trabalhos menos penosos* – in SANCHES, António Nunes Ribeiro, *Obras. I – Método para aprender e estudar Medicina. Cartas sobre a Educação na Mocidade*, (1969), Coimbra, pp. 286–291.

Eram os tempos do “poder da razão”, que politicamente desembocaria no chamado *despotismo esclarecido* ou *iluminado*.

3. Do liberalismo ao advento da república

O grande século romântico apresentou, de uma perspetiva cultural, novas exigências que nos permitem depreender o papel que a educação teria de desempenhar, de modo a suplantar as limitações que o marcaram ao nível da intervenção política, da coesão social e da produtividade económica²⁹.

Só em 1834, com o fim da Guerra Civil, é que é possível observar uma alteração de postura face aos principais problemas nacionais, entre os quais os da educação – as opções do legislador, que vão ao encontro das liberdades de ensino e de imprensa, dão nota disso mesmo.

À data, os intelectuais que, intermitentemente, vão participando nas estruturas de decisão, têm uma filiação predominantemente *estrangeirada*³⁰. Foram estas mesmas individualidades que influenciaram o governo na criação de comissões legislativas, refletindo, não poucas vezes, uma postura de favor em detrimento de outra, assente na competência³¹.

É por estas mesmas alturas que se criam, por exemplo, os Conservatórios de Artes e Ofícios ou as Escolas Politécnicas, o que reforça a importação de instituições educativas estrangeiras, ao gosto de muitos desses políticos liberais³².

²⁹ A revolução de 1820, que abriu as portas ao liberalismo, permitiu uma verdadeira ascensão da burguesia, estrato esse que *não podia afirmar-se social e politicamente enquanto esses campónios seguissem às cegas o morgado Sr. Joãozinho das Perdizes ou o ‘brasileiro’, enquanto sob a fécula sacerdotal se opusessem ao progresso – às estradas, ao enterro no cemitério – e se mantivessem na ignorância crassa, presa fácil de pregadores sem escrúpulos (...) Havia, em suma, que criar o cidadão...* in GODINHO, Vitorino Magalhães, *Estruturas da Antiga Sociedade Portuguesa*, (1975), Lisboa, Arcádia, pp. 157-158.

³⁰ O termo *estrangeirado*, popularizado a partir de 1650, denomina os portugueses de vocação europeia, por oposição aos *castiços*, apodados por Jaime Cortesão. *Não quer dizer que os nossos castiços sejam guardiões de uma tradição absolutamente genuína; em geral guardam como sua, como insubstituível, alguma ideia europeia que entre nós se atrasou e, aclimatada, mudou de figura. Também os estrangeirados nunca o são de todo, mesmo os mais declarados e autênticos, até porque uma nacionalidade pode perder-se em parte, mas nunca se troca completamente...* in SERRÃO, Joel (Dir.) 1978 – *Dicionário de História de Portugal*, Iniciativas Editorias, vol. II, p.456.

³¹ SANTOS, Maria de Lourdes Lima dos, *Para uma Sociologia da Cultura Burguesa em Portugal no século XIX*, (1983), Lisboa, Presença, p. 120.

³² No que ao ensino diz respeito, as opções liberais traduzem-se essencialmente em dois aspetos: (...) *promoção da industrialização, como meta; promoção das qualificações dos agentes económicos, das competências técnica e educativas de empresários, de quadros médios, agricultores e operários, como caminho principal...*

No contexto do ensino, os termos “educação” e “instrução” foram, não poucas vezes, empregues de modo indistinto – (...) *A educação é mais ampla que a instrução porque abrange todos os meios de desenvolver e cultivar as faculdades do homem (...); a instrução, porém, é um desses meios, destina-se a exercitar só uma espécie dessas faculdades, isto é, as intelectuais*³³.

O constitucionalismo, formalizado nas constituições de 1822 e de 1838, e na Carta de 1826, pretendeu conferir uma certa dignidade à problemática do ensino em Portugal (observe-se o *tableau I*).

Aliás, de agora em diante, será, porventura, mais fácil entender de que maneira o ensino espelha, não só uma preocupação política do Estado, o cumprimento de um programa constitucional para a nação.

Tableau I

Constituição de 1822 ³⁴	Carta Constitucional de 1826 ³⁵	Constituição de 1838 ³⁶
Art.º 237º – <i>Em todos os lugares do Reino onde convier, haverá escolas suficientemente dotadas, em que se ensine a mocidade Portuguesa de ambos os sexos a ler, escrever e contar, e o catecismo das obrigações religiosas e civis (...)</i>	Art.º 145º – <i>A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte (...)</i> §30º – <i>A Instrução Primária e gratuita a todos os Cidadãos (...)</i> §32º – <i>Colégios e Universidades, onde serão ensinados os Elementos das Ciências, Belas Artes(...)</i> .	Art.º 28º – <i>Constituição também garante:</i> I – <i>A instrução primária gratuita;</i> II – <i>Estabelecimentos em que se ensinem as ciências, letras e artes (...).</i>
Art.º 238º – <i>Os atuais estabelecimentos de instrução pública serão novamente regulados e se criarão outros para o ensino das ciências e artes.</i>		Art.º 29º – <i>O ensino público é livre a todos os cidadãos, contanto que respondam, na conformidade da lei, pelo abuso deste direito.</i>
Art.º 239º – <i>É livre a todo o cidadão abrir aulas para o ensino público, contanto que haja de responder pelo abuso desta liberdade nos casos e pela forma que a lei determinar.</i>		

in SILVA, Augusto Santos, *Palavras para um País: Estudos incompletos sobre o séc. XIX português*, (1997), Oeiras, Celta Editora, pp. 3 – 42.

³³ HERCULANO, Alexandre, *Da educação em todas as idades*, (1839), in Panorama.

³⁴ (Atualização da grafia do autor) MIRANDA, Jorge, *As Constituições Portuguesas – Textos Integrais*, (?), Lisboa, Edição dos Serviços Sociais da Universidade de Lisboa.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

Deste modo, entre as mais diversas tendências e objetivos, multiplicar-se-ão, durante o liberalismo, as afirmações de fé na instrução. Embora episodicamente instituído por duas vezes, ao longo do séc. XIX, o “Ministério da Instrução Pública”, teve por primeiro incumbente D. António da Costa, curiosamente bisneto do Marquês de Pombal.

No que diz respeito aos modelos de educação, há que ter em conta as marcas da grande discussão precedente, de que este tema foi alvo em França, por alturas da Revolução de 1789 – *Talleyrand, Condorcet, Lanthermas, Romme, Lakanal Le Pelletier, Foucroy* e outros, inspiram de vários muitos autores e decisores, em a relação a este tema. *A pari passu*, não é possível excluir a influência das teses defendidas por pedagogos anglo-saxónicos e por germânicos. Ao nível continental europeu, o modelo prussiano foi, de resto, o que mais seduziu os pedagogos portugueses nos finais dos séc. XIX. O que nos permite, adivinhar, desde já, a existência de uma orientação concreta, relativamente às políticas de educação prosseguidas.

O primeiro grande projeto de ensino é, todavia, como foi dito, anterior aos anos de oitocentos. Entre nós, tratou-se da visão apresentada em 1799 por Francisco de Borja Garção Stockler, à Academia Real das Ciências, uma das instituições que acolheu estes debates. O ensino apresentava-se já dividido em quatro graus, muito próximo da realidade atual: (i) o primeiro, de saberes básicos, as “pedagogias”; (ii) outro de sentido maioritariamente prático, destinado aos agricultores, artistas e pessoas de comércio, os “institutos”; (iii) um terceiro, dedicado às ciências e géneros eruditos, os “liceus”; e, (iv), por fim, o ensino superior, as “academias”.

À data, a instrução era tida, não só como um instrumento de consagração dos ideais liberais face ao *Ancien Régime*, mas como uma mais-valia de suma importância económica e social³⁷, cuja amplitude se estendia a áreas tão diversas, que hoje atribuiríamos ao setor cultural. Afinal, para D. António da Costa, *universalizar a instrução [era] multiplicar a riqueza nacional*³⁸. Não é possível afirmar, no entanto, que o ensino fosse considerado sob uma perspetiva puramente económica, uma vez que tinha em consideração a necessidade de esclareci-

³⁷ É D. António da Costa, o próprio que o afirma de forma notável, quando escreve – *A instrução popular cria um grande capital financeiro no desenvolvimento dos espíritos. Quanto mais apurados forem os conhecimentos dos operários e dos trabalhadores, mais perfeitos, e por isso mais rendosos, serão os produtos agrícolas e industriais. O salário dos operários, o lucro dos capitalistas e a prosperidade do país crescem na proporção em que se aumente a cultura das inteligências e a melhoria do trabalho individual.* – in COSTA, D. António, *A Instrução Nacional*, (1870), Lisboa.

³⁸ COSTA, D. António, *op. cit.*, (1870), Lisboa.

mento do cidadão para um melhor exercício dos seus direitos políticos, pese embora os conceitos precedentes devam ser entendidos à luz do seu tempo.

Sem sombra de dúvida, a marca do consulado pombalino não desapareceu do panorama do ensino em Portugal. Os anos de oitocentos, ainda que muitíssimo conturbados, especialmente até ao período da Regeneração, trouxeram consigo a vontade de reforma do ensino, mesmo que a possamos caracterizar, com alguma evidência, de inconclusa. Importa ressaltar, por fim, que é nesta época que se instala, pela primeira vez, a ideia de uma escola primária, laica, gratuita e obrigatória que, apesar do louvor de muitos românticos como António Feliciano de Castilho, de pouco serviram para ultrapassar as dificuldades de colocar em prática semelhante empresa³⁹.

II

A cidadania e a educação no século XX em Portugal

Em conformidade com o que sucedera durante a vigência da monarquia constitucional, o tema da educação foi, ao longo de todo o séc. XX, objeto de igual dignidade figurando nos textos constitucionais adotados.

É possível observar em determinados momentos, no entanto, algumas dissemelhanças, muito especialmente, no que respeita ao grau de pormenor e detalhe na regulamentação da matéria em causa (observe-se o *tableau II*).

Tableau II

Constituição de 1911⁴⁰

Art.º 3.º – *A Constituição garante a portugueses e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos (...) nos termos seguintes: (...) 10.º – O ensino ministrado nos estabelecimentos públicos e particulares fiscalizados pelo Estado será neutro em matéria religiosa; §11.º – O ensino primário elementar será obrigatório.*

Constituição de 1933⁴¹

Art.º 8.º – *Constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses: (...) §5.º – A liberdade de ensino.*

Art.º 13º – *Em ordem à defesa da família pertence ao Estado e às autarquias locais: (...) §4.º – Facilitar aos pais o cumprimento do dever de instruir e educar os filhos, cooperando com eles por meio de estabelecimentos oficiais de ensino e correção (...).*

³⁹ NÓVOA, António, *Le temps des professeurs*, (1987), INIC, vol. I, p. 328 e ss.

⁴⁰ (Atualização da grafia do autor) MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, (?), Lisboa, Edição dos Serviços Sociais da Universidade de Lisboa.

⁴¹ *Ibidem*.

Art.º 42.º – *A educação e instrução são obrigatórias e pertencem à família e aos estabelecimentos oficiais ou particulares em cooperação com ela.*

Art.º 43.º – *O Estado manterá oficialmente escolas primárias, complementares, médias e superiores e institutos de alta cultura. §1.º – O ensino primário elementar é obrigatório, podendo fazer-se no lar doméstico, em escolas particulares ou em escolas oficiais. §2.º As artes e as ciências serão fomentadas e protegidas no seu desenvolvimento, ensino e propagação, desde que sejam respeitadas (...) a hierarquia e a acção coordenadora do Estado. §3.º O ensino ministrado pelo Estado é independente de qualquer culto religioso, não o devendo hostilizar, e visa, (...) todas as virtudes cívicas e morais.*

Constituição de 1976⁴²

Art.º 41º, n.º 5 – *É garantida a liberdade de ensino em qualquer religião praticado no âmbito da respetiva confissão (...).* Art.º 43.º, n.º 1 – *É garantida a liberdade de aprender e ensinar.* n.º 2 – *O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.* n.º 3 – *O ensino público não será confessional.* n.º 4 – *É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas.*

1. A Primeira República

Já em 1891⁴³, bem distantes de 1910, o Manifesto do Partido Republicano, priorizava as suas intenções para com a implementação de um *ensino elementar secular*⁴⁴, a *educação progressiva da mulher*, a *frequência obrigatória do ensino superior* (um bom exemplo de utopia republicana) e a *dignificação do professorado*. São aspetos importantes que permitem, desde já, acentuar a crença do republicanismo na *virtude emancipatória e desenvolvimentalista do acesso às luzes do saber, da ciência e da cultura, isto é, do acesso generalizado à escola, à nova escola republicana (...); esse seria o caminho para despertar uma nova cidadania*⁴⁵.

Não é de espantar que a educação tenha sido um tema fulcral, quer na propagação, quer na atuação política republicana – afinal a sua recruta ocorria, de modo mais expressivo, entre a elite intelectual dos grandes centros urbanos. Entre os adeptos da república, era possível encontrar sobretudo médicos, professores, industriais, comerciantes, funcionários públicos de carreira e advogados – ou seja, profissões para as quais era necessária, na sua maioria, formação superior.

⁴² *Constituição da República Portuguesa*, (2016), Coimbra, Edições Almedina.

⁴³ Na realidade, é pacífico dizer que as primeiras manifestações do pensamento republicano em Portugal surgiram na sequência da Patuleia (1846-1847) – in PROENÇA, Maria (Coord.), *O Sistema de Ensino em Portugal (séc. XIX – XX)*, (1998), Lisboa, Edições Colibri, p. 47.

⁴⁴ Ou seja, laico.

⁴⁵ ROSAS, Fernando, *Portugal século XX (1890-1975): Pensamento e Acção Política*, (2004), Lisboa, Editorial Notícias, pp. 30-31.

No dealbar dos anos de mil e novecentos, Portugal carregava uma pesada herança no que diz respeito à alfabetização, em consequência da falta de alcance das políticas educativas. Estima-se que, à data, apenas 27% da população soubesse ler e escrever⁴⁶ – o cenário apresentava-se, independentemente do ponto de vista, como dramático.

Ao falarmos sobre a Primeira República, forçoso será enumerar alguns vetores segundo os quais se orientou a sua atuação:

- a) O binómio decadência/regeneração, que surge associado ao regime monárquico, acusado do enfraquecimento da imagem de Portugal além-fronteiras;
- b) O combate ao rotativismo regenerador/progressista e a defesa do sufrágio universal, fruto do imobilismo político e controlo local por via do caciquismo eleitoral, que adiara a extensão do direito de voto a todas as camadas sociais;
- c) O anticlericalismo, que não fora uma originalidade republicana⁴⁷, como resposta ao ensino religioso, tido por castrador da liberdade de consciência e perpetuador de uma cultura de obediência e resignação pura.

A visão republicana, em matéria de educação, era herdeira de uma visão otimista da história. Acreditava-se na educação e na cultura como meios idóneos à criação de um ser humano mais consciencioso e capacitado. Verificamos, igualmente, a persistência do legado iluminista, à semelhança do que sucedera no período anterior.

A ideia do “homem novo” ganhara forma, sendo desejável que às novas gerações fosse dada *a preparação geral indispensável e também a consciência da terra em que viviam e das potencialidades nela existentes, da margem de progresso individual e coletivo (...)*⁴⁸. Além do forte investimento na alfabetização da população, foi notória a continuidade dos incrementos no ensino especializado ao nível comercial, industrial e sobretudo agrícola como política pública⁴⁹.

⁴⁶ Cf. GABRIEL, Narciso, *Literacy, age, period and cohort in Spain (1900-1950)*, (1998), in *Paedagogica Historica*, vol. 34, 1, pp. 29-62.

⁴⁷ O liberalismo monárquico não deixara de encarnar, em certos momentos, durante do séc. XIX, esse cunho anticlerical.

⁴⁸ Palavras de João de Barros in FERNANDES, Rogério, *João de Barros – Educador Republicano*, (?), Lisboa, Livros Horizonte, p. 45.

⁴⁹ MACHADO, Maria do Rosário, *O Pensamento Político, Social e Económico de Basílio Teles*, (2006), Lisboa, Temas Portugueses – Imprensa Nacional, p. 242.

Nesse tempo, importava exaltar a ideia do homem, e só depois a produção, como elemento essencial do desenvolvimento económico. Propósito que, de resto, já Auguste Comte havia elaborado, afirmando que era da experiência do homem que advém a ciência, da qual, por sua vez, viria a providência⁵⁰.

Os pedagogos republicanos encontravam-se, superiormente, preocupados com a educação cívica no seio das instituições escolares, característica que nos permite subscrever a originalidade do seu pensamento. Situação essa que, não era, de maneira alguma, alheia à crítica que alertava para os perigos do doutrinamento e da ideologização.

A educação cívica na escola republicana, muito particularmente ao nível primário, assumia dois papéis evidentes. Desde logo, a promoção do patriotismo como reação à humilhação causada pelo *Ultimatum* de 1890 e, conseqüentemente, a regeneração como caminho para devolver ao país o orgulho que, tendo em conta as glórias do passado, lhe seria próprio.

Ainda que a possamos apelidar de ideologicamente pró republicana, a grande finalidade da educação cívica fora, decerto, a formação do cidadão para uma vivência politicamente participativa. A intervenção na vida democrática concretizava-se, *prima facie*, por via do sufrágio, ainda que este fosse apenas reservado ao sexo masculino – para tal, seria necessário preparar os cidadãos para o exercício consciente desse direito.

A participação cívica alargada implicava, por sua vez, o reconhecimento do homem como cidadão autónomo, consciente e responsável, capaz de intervir ativamente na vida em sociedade – o cidadão-eleitor⁵¹.

É após o Decreto de 30 de março de 1911 que podemos assinalar a fundação da educação moral e cívica. Para os três graus do ensino primário foram adotados programas distintos. Para o primeiro, uma moral *prática, tendente a orientar a vontade para o bem e a desenvolver a sensibilidade*, transmitindo *noções muito sumárias sobre educação social e cívica*⁵². No grau intermédio, era estabelecido o desenvolvimento de uma *moral prática, como meio de formar o carácter*, aliado a *rudimentos de economia doméstica e social (...)* e *direitos e deveres dos cidadãos*⁵³. Por fim, no que contende com o ensino primário superior (a partir dos 12 anos de idade), a lei apontava já uma divisão entre as matérias da cidadania e as da moral⁵⁴.

⁵⁰ MACHADO, Maria do Rosário, op. cit. p. 243.

⁵¹ PINTASSILGO, Joaquim, *República e Formação de Cidadãos. A Educação Cívica nas Escolas Primárias da Primeira República Portuguesa*, (1998), Lisboa, Edições Colibri, p. 124.

⁵² Artigo 9º, n.º 1 do Decreto de 30 de março de 1911.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Artigos 11º/7º e 6º, *lex cit.* 1911.

As alterações que entraram em vigor em 1919, como resultado dos programas publicados em 1918, ocupando então Leonardo Coimbra a pasta da Instrução Pública, não chegaram, propriamente, a ser postos em prática, dado que em 1921 fora apresentado um novo plano de reestruturação curricular⁵⁵. As novas diretrizes propunham, para a 3.^a classe, uma explicação *muito simples, na leitura, de trechos que despertem a ideia da nacionalidade e em que se destaque a significação das palavras: cidadão, soldado, Pátria, República, lugar, freguesia, concelho, distrito, província, lei, justiça, força pública, liberdade, igualdade, fraternidade, solidariedade, previdência, (...) e assim por diante*⁵⁶. Para os alunos da 4.^a classe a variedade e complexidade dos temas adensava-se, no sentido de lhes ser transmitida a necessidade, *demonstrada por meio de exemplos, da sociabilidade e da cooperação. Noções simples sobre a evolução humana e as vantagens dos regimes democráticos. O cidadão. Suas obrigações individuais, familiares e sociais e seus direitos. Vida local: autoridades (...). Portugal: a nossa Pátria (...)*⁵⁷, e por aí fora.

Muito mais relevante seria, porventura, a proximidade do programa destinado à 5.^a classe, com a noção contemporânea que, em parte, temos de uma educação para a cidadania. Pretendia-se a abordagem de várias matérias relativas ao funcionamento do Estado, nomeadamente, a tripartição dos poderes (executivo, legislativo e judicial), com descrição detalhada das atribuições e composição dos seus órgãos, assim como a superioridade política do regime republicano, os deveres dos cidadãos, a necessidade de obediência à lei, e a obrigação cívica de defesa da pátria⁵⁸.

Não podemos negar que as preocupações políticas de então, no que respeita à educação cívica, centraram as suas ações, muito particularmente, em torno do ensino primário. À data, este correspondia ao nível mais acessível à maioria da população – uma situação que, mais uma vez denuncia o atraso nacional, em relação à experiência vivida na generalidade das nações europeias de referência.

Formar cidadãos cumpridores dos seus deveres e conhecedores dos seus direitos foi um dos principais propósitos da jovem república e, muito especialmente, da reforma do ensino primário de 1918 – *O cidadão vale tanto mais quanto maior for o grau do seu envolvimento profissional e quanto mais sólida for a sua disciplina social (...)*⁵⁹.

⁵⁵ Cf. PINTASSILGO, Joaquim (1998), op. cit., p. 138.

⁵⁶ Decreto n.º 7 311, de 15 fevereiro de 1921.

⁵⁷ in *Educação Cívica Para a 3.^a, 4.^a e 5.^a Classes. Em harmonia com os novos programas de 15 de fevereiro de 1921, (1922)*, Porto, Livraria e Imprensa Civilização e Livraria Nacional e Estrangeiros, pp. 15-22.

⁵⁸ Ibidem, pp. 23-42.

⁵⁹ Decreto n.º 7 311, de 15 de fevereiro de 1921.

Do currículo publicitado à sua concretização, somos obrigados a reconhecer uma certa ausência na coincidência. É de notar, pelo anteriormente exposto, que estávamos perante um programa altamente politizado, ainda que fosse, aparentemente, orientado pelas melhores intenções. A polémica assentava em duas grandes questões. Logo à primeira vista porque os programas adotados contrariavam, por diversas vezes, o que deles se dizia, sobrevalorizando aquilo que se poderia designar por “instrução cívica” em detrimento da educação cívica, propriamente dita. Por outro lado, a existência da educação cívica como campo curricular específico ou, em contraponto, à conceção de uma, enquanto finalidade de todas as áreas disciplinares e uma tarefa de todos os professores⁶⁰.

Neste âmbito, não é de somenos observarmos a complementaridade que a lei viria a considerar, entre fatores como a subsistência e a consciência humana. Afirmava-se, então, que *o ensino primário tende a habilitar o homem para a luta da vida e formar a consciência do cidadão*⁶¹.

O projeto republicano de laicização da educação e da cultura pressupunha um afastamento, na escola, do ensino da religião e da moral católicas. Como pudemos apreciar, anteriormente, a própria Constituição de 1822 estabelecia que, além da instrução dos saberes comuns, fosse também ensinado aos alunos *o catecismo das obrigações religiosas e civis*⁶².

Mas será que a moral religiosa fora, totalmente, abandonada ou apenas substituída?

Afirmamos, sem qualquer assombro, que a existência e a narrativa humanas foram sempre, como ainda hoje o são, indissociáveis de referências simbólicas, aspirações metafísicas e convivências ritualísticas. Afinal, *todos os povos, em todos os tempos, tiveram a sua cosmogonia, ou maneira e conceber a origem das coisas. (...) O homem sofre a impaciência de resolver o problema das origens; e a solução dada em cada época com a ciência do seu tempo, é o padrão que reflete em cada momento o estado da civilização humana*⁶³. Consequentemente, era necessário recriar o imaginário popular com base nos novos valores.

A escola primária, instituição capaz de formar uma nova geração de cidadãos preparados nos valores da república, do progresso, da liberdade individual e da solidariedade social, foi o espaço privilegiado para o nascimento do novo cidadão.

Nesse processo, esperava-se do professor primário um papel primordial, sobretudo no que concerne ao exercício permanente do exemplo e da vir-

⁶⁰ PINTASSILGO, Joaquim, op. cit, pp. 139-142.

⁶¹ Decreto n.º 5787, de 10 de maio de 1919.

⁶² Artigo 237º, Constituição de 1822.

⁶³ D'ALMEIDA, Pereira, *Manual de Prehistoria*, (1907), Lisboa, Livraria Classica Editora, pp. 24-25.

tude pessoal. Para modelar este personagem, foram tidas em conta duas grandes referências desse tempo, a francesa e a alemã. Curiosamente, durante a Terceira República Francesa⁶⁴, generalizara-se a ideia de que *fora o professor primário prussiano, pela formação que dava aos futuros recrutas, o verdadeiro vencedor da guerra de 1870*⁶⁵. Quer isto dizer, por sua vez, que a derrota francesa se ficara a dever mais ao “patriotismo” dos soldados, do que à estratégia do chanceler Bismarck-Schönhausen⁶⁶.

Não será despidendo mencionar esta personalidade, muito especialmente, enquanto exemplo no combate à preponderância católica na educação e na cultura. Muito embora, por razões bem distintas, Bismarck foi, entre 1871 e 1879, um dos principais protagonistas do que, comumente, apelidamos de *kulturkampf*⁶⁷.

Pretendia-se implantar uma nova religião, a religião da humanidade. Claramente inspirados nos valores da Revolução Francesa de 1789, o conceito radicava, essencialmente, nas perspectivas do positivista francês Comte. Segundo a sua visão, a nova religiosidade cívica poderia desempenhar um papel fundamental na regeneração humana, através de um conjunto de efemérides⁶⁸ que, ao longo do ano, consubstanciariam a evocação daqueles vultos que, à época, personificavam o progresso da humanidade, nos domínios científicos, artísticos e culturais – entre nós, Camões⁶⁹ era uma dessas figuras, algo que, de resto, perdurou até aos nossos dias⁷⁰.

⁶⁴ A Terceira República Francesa (1870-1940) foi a ordem constitucional vigente, naquela nação europeia, após a queda de Napoleão III, no período compreendido entre a Guerra Franco Prussiana (1870-1871), nomeadamente após a adoção da Constituição francesa de 1875, e a ocupação Nazi e consequente rendição a 22 de junho de 1940.

⁶⁵ NÉRÉ, Jacques, *O Mundo Contemporâneo*, (1976), Lisboa, Edições Ática, p. 227.

⁶⁶ Otto von Bismarck-Schönhausen, *Junker*, Conde e Príncipe de Bismark, Duque de Lauenburg, político, diplomata e chanceler do Império Alemão entre 1873-1890.

⁶⁷ CORNISH, A.B. George A., SHORES, J. Harlan, *Encyclopedia International*, vol. 3, (1960), New York, “Bismarck, Leopold Prinz von”, pp. 40-41.

⁶⁸ Adotou-se uma certa simbologia e um rol de práticas: o culto da pátria e as datas a ela associadas – a bandeira, o hino e os “heróis” nacionais; a festa da árvore e os batalhões escolares. A título de curiosidade, a festa da árvore é herdeira da prática e significado, que lhe fora atribuída pelos revolucionários franceses – *o seu simbolismo é, pois, de uma extrema riqueza e complexidade, produto de um sincretismo de elementos díspares, com influências que remetem para a antiguidade clássica, para a tradição popular, para a herança católica ou para as referências maçónicas* – PINTASSILGO, Joaquim, op. cit., p. 179.

⁶⁹ De resto à semelhança do próprio Marquês de Pombal, que integrou o “panteão” do imaginário referencial republicano.

⁷⁰ A escola primária é, uma vez mais, convocada a desenvolver o patriotismo no coração dos seus jovens alunos. Desde logo, importa referir, o pensamento de João de Barros, um dos grandes defensores de uma educação assente no mais arraigado dos amores pátrios: *A extensão dos benefícios da educação*

Quanto à didática por detrás desta disciplina, há que ter presente o grande avanço de que as ciências humanas gozaram, de meados do séc. XIX até ao início do séc. XX e daí em diante. Algo que é manifesto no campo da psicologia, que, ao apresentar um conhecimento dos comportamentos da criança, impulsionou a adoção de uma pedagogia científica.

Relembramos, pois, a “Educação Nova”, um movimento que obteve maior expressividade a partir dos anos vinte, do século passado. Uma das suas principais teses foi a de uma educação ativa, baseada no desenvolvimento pessoal e independente – o que ainda hoje designamos por *self-government*. António Sérgio, um dos seus principais partidários, imaginou uma escola à semelhança, organizacional e funcional, de um município. Aí todos os educandos poderiam exercitar e concretizar uma série de atividades representativas da vida social, exterior à instituição de ensino – (...) *é de necessidade absoluta que o aluno se afaça a cooperar livremente pelo bem de uma comunidade, e que a escola reproduza o mais possível a estrutura da vida social adulta entre gente autónoma e responsável*⁷¹.

Fazendo um balanço sobre este período histórico-político, além das intenções e do estímulo dado à expansão do ensino, à implementação de escolas móveis destinadas à alfabetização da população adulta (homens e mulheres), à criação das Universidades de Lisboa e Porto, do Instituto Superior Técnico, entre outros, o analfabetismo, que em 1910 afetava 75% da população, baixara em 1930, já num momento político posterior, para 67,8%, valor muito aquém da proposta apresentada⁷².

À Primeira República não faltaram os *homens esforçados de quem se esperaria nos legassem melhor imagem da sua ação governativa. Vítimas dos seus vícios políticos e das circunstâncias por suas mesmas atitudes criadas, conduziram o país por uma via de instabilidade de tal modo permanente e angustiada que o fizeram desembocar na mais indesejada das situações, a da mão pesada que reprime e exige...*⁷³

e da cultura a todo o povo cumpriria que figurasse entre as reivindicações essenciais do programa republicano por que este teria de abranger necessariamente os propósitos coincidentes com as necessidades mais profundas do país e constitui-se, portanto, em programa nacional – in FERNANDES, Rogério, op. cit., p. 45.

⁷¹ SÉRGIO, António, *Educação Cívica*, (1954), Lisboa, Editoria Inquérito, pp. 20–21.

⁷² Cf. CARVALHO, Rómulo, *História do ensino em Portugal. Desde a fundação da nacionalidade ao fim do regime Salazar-Caetano*, (1986), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 711

⁷³ CARVALHO, Rómulo, op. cit, p. 703.

2. *A Ditadura Militar e o Estado Novo*

Com o golpe militar de 28 de maio de 1926 e o surgimento do Estado Novo, o país sofreu um *volte-face* em relação à experiência política anteriormente vivida.

A nova situação surgiu, em parte, como resposta ao descontentamento de muitos, fruto do fracasso do parlamentarismo republicano que, aliado a uma multiplicidade de fatores ao nível interno e externo, haviam criado as condições para a ascensão da ditadura. A bem da verdade, a intervenção militar encabeçada por Gomes da Costa, foi acolhida com bastante entusiasmo, por grande parte da população portuguesa⁷⁴.

Como sabemos, a figura que acabou por sobressair no meio desse processo político, fora a de Oliveira Salazar, cuja fama granjeada na pasta das Finanças o conduzira, por fim, à chefia do Governo.

O pensamento político do ditador não se restringia à sua formação financeira, (...) *mas abrangia todos os aspetos do comportamento individual e social*⁷⁵. Nos seus discursos da década de trinta, apresentava-se, sem subterfúgios ou maneirismos apaziguadores, como antiliberal, anticomunista e colonialista, rejeitando, liminarmente, qualquer conceito de liberdade individual e de organização partidária, cultivando uma total aversão ao parlamentarismo e ao sufrágio universal⁷⁶.

Como regime ditatorial, o Estado Novo, desde cedo, instituiu um forte aparelho repressor, cujos dois maiores exemplos foram a polícia política (PVDE⁷⁷) e a censura.

Podemos depreender que, a educação não será alheia ao momento histórico vivido.

É inegável o desvalor funcional que o Estado Novo atribuiu à escola e à profissão docente. À data, os valores políticos propalados impunham, de forma quase transversal em relação à maioria dos setores, um cunho nacionalista, católico e rural, e o sistema educativo, por nexo de relação, passou a ter uma orientação centralizadora⁷⁸.

⁷⁴ MARQUES, Oliveira, *História de Portugal*, vol. III, (s/d), Palas Editora, p. 364.

⁷⁵ CARVALHO, Rómulo, op. cit., p. 723.

⁷⁶ MARQUES, Oliveira, op. cit., p. 421-422.

⁷⁷ A Polícia de Vigilância e Defesa do Estado, conheceu mais duas designações posteriores, a saber: Polícia Internacional de Defesa do Estado (PIDE) e Direção-Geral de Segurança (DGS).

⁷⁸ Cf. ADÃO, Áurea, *O estatuto sócio-profissional do professor primário em Portugal (1901-1951)*, (1984), Oeiras, Instituto Gulbenkian.

Uma das primeiras decisões, ainda tomada durante a ditadura militar, consistiu na separação dos sexos, logo no ensino primário elementar⁷⁹.

A primeira reforma geral do ensino, sucedera-se logo a 17 de maio de 1927⁸⁰, o que além da redução dos anos de frequência dos respetivos graus⁸¹, impusera, sobretudo, um cunho marcadamente político aos conteúdos abordados, que deveriam realçar a corografia de Portugal e das suas colónias, a história nacional e a formação cívica dos alunos.

Antecipamos, desde já, que a política educativa da nova ordem foi, fortemente, marcada por um ideário nacionalista e autoritário e, por vezes, até contraditório, baseando-se em orientações para o doutrinamento político oficial e a moral católica. Quaisquer ideias de aspiração ou sequer de mobilidade social, foram postas à margem. As palavras de Oliveira Salazar, numa entrevista concedida a Serge Groussard, dão conta disso mesmo – *Não creio no sufrágio universal (...). Não creio na igualdade mas na hierarquia. Os homens, na minha opinião, devem ser iguais perante a lei, mas considero perigoso atribuir a todos os mesmos direitos políticos*⁸².

Em 1936, em virtude de conceções ideológico-culturais, a pasta da Instrução Pública, recriada pela República em 1913⁸³, passaria a designar-se por “Ministério da Educação Nacional”⁸⁴.

Será difícil esquecer a célebre tríade axiológica *Deus, Pátria e Família*, tão presente na propaganda oficial, como nos manuais escolares, uma realidade que, nestes tempos, não é de todo dissociável, mas antes complementar.

O corte com as tendências vigentes durante o liberalismo, que haviam caracterizado tanto a Monarquia Constitucional, como a Primeira República, levaria à normalização de processos de depuração que, uma vez transversais a todos os organismos públicos, afetariam, necessariamente, o setor da educação e o ensino. A intenção fora purgar todos quantos pudessem ser tidos por elementos menos desejáveis – ou seja, os opositores à situação⁸⁵.

No que respeita ao sistema educativo desta época, podem ser identificadas as seguintes diretrizes operacionais⁸⁶:

⁷⁹ CARVALHO, Rómulo, op. cit., p. 729.

⁸⁰ Decreto n.º 13 619, de 17 de maio de 1927.

⁸¹ Cf. Decreto n.º 16 077, de 26 de outubro de 1928; Decreto n.º 16 730, de 13 de abril de 1929.

⁸² in MEDINA, João, *Atas dos Segundos Cursos Internacionais de Verão de Cascais*, (1995), “Salazar e Franco. Dois Ditadores, Duas Ditaduras”, Cascais, Câmara Municipal de Cascais, p. 161.

⁸³ VARGUES, Isabel Nobre, TORRALBA, Luís Reis, *O liberalismo e a instrução pública em Portugal*, Universidade de Coimbra, p. 69.

⁸⁴ VARGUES, Isabel Nobre, TORRALBA, Luís Reis, Op. cit., p. 69.

⁸⁵ Decreto n.º 25 317, de 13 de maio de 1935.

⁸⁶ Cf. CORREIA, Luís, *O Sistema Educativo do Estado Novo in LER História*, n.º 35, (1998), pp. 71-107.

- a) A compartimentação do ensino, através da recusa da coeducação e seletividade no acesso aos liceus;
- b) A redução da escolaridade obrigatória e dos respetivos currículos, em certas áreas e disciplinas;
- c) A diminuição dos custos na formação do professorado e criação dos postos de ensino;
- d) A conseqüente desvalorização da profissão docente;
- e) O estabelecimento de mecanismos de natureza disciplinar sobre as classes docente e discente;
- f) A imposição de uma administração centralista, patente no processo de nomeação dos reitores de liceu.

Será, porventura, pouco rigoroso, conceber uma cronologia política e social do Estado Novo como um todo monocromático. Embora seja possível observar a constância de determinadas características, houve, certamente, uma fase anterior e posterior à Segunda Grande Guerra (39-45). De igual forma, também, constatamos diferenças substanciais entre o início da Guerra do Ultramar (61-74) e a ascensão de Marcello Caetano. As políticas de ensino não foram alheias a estes factos, pese embora, as alterações verificadas durante a era marcelista, devam ser analisadas à luz do aumento demográfico significativo, registado no início da década de 1970⁸⁷.

A instrução possui, durante o Estado Novo, um cunho marcadamente político, muito especialmente, no que atende à educação moral e cívica. Esta mesma configurava-se, em larga escala e a diferentes níveis, como um dos meios mais adequados à construção do modelo social que, a ideologia dominante, pretendia implantar. Ao contrário do que havia sucedido entre 1910 e 1926, a tónica dominante residia na moral (moralizante, até), mais do que na cidadania.

Em 1936 as preocupações do legislador recaíram, em relação ao ensino primário, concretamente, no que dizia respeito ao ensino da Língua Portuguesa, lecionada, nas suas vertentes de leitura e redação, quase sempre a partir dos temas pátrios. Da mesma forma, a moral e o canto coral aglutinavam parte substancial das intenções curriculares⁸⁸.

Porém, só em 1937 é possível notar, sem qualquer subterfúgio e de modo indiscutivelmente explícito, a intenção de formar as novas gerações através da ideologia nacionalista, através de *exemplos de virtude moral e cívica, de patriotismo e*

⁸⁷ NÓVOA, António, *A Educação Nacional in Portugal e o Estado Novo*, (Nova História de Portugal, ROSAS, Fernando, coord.), (1992), Lisboa, Editorial Presença, p. 455

⁸⁸ Cf. Lei de 11 de abril de 1936 e, Decreto-lei n.º 27 279, de 24 de novembro do mesmo ano.

de trabalho, colhidos das narrativas da história pátria, nos monumentos ou nas instituições regionais, (...) permitirão intensificar, (...) a formação dos alunos e elevar ao mesmo tempo o ambiente cultural da escola⁸⁹. À data, a educação moral aparece-nos numa lógica de complemento aos valores transmitidos no seio familiar, conquanto estes fossem convergentes com os do Estado e da moral católica.

Não é possível colocar à margem destas considerações o papel instrumental de uma organização como a Mocidade Portuguesa, da qual ainda hoje encontramos testemunhos vivos. Muito especialmente, a Lei de 11 de abril de 1936 afirmava que seria *dada à mocidade portuguesa uma organização nacional e pré-militar* – o que, desde logo, se apresentava como uma importação direta das práticas italiana e alemã⁹⁰.

Obrigatória a todos os portugueses dos sete aos catorze anos⁹¹, a esta organização deveriam pertencer todos os jovens, estudantes ou não. Devidamente fardados e escalonados de acordo com as idades, a sua instrução era realizada aos sábados, marchando, entoando cânticos e desfilando em rebanhos, devidamente ordenados e acompanhados pela saudação fascista.

Por seu turno, a cargo da Obra das Mães pela Educação Nacional, era criada em 1937 a Mocidade Portuguesa Feminina que, embora de menor expressão que a anterior, tinha por postulado, com a família, a igreja e a escola, a formação da “nova mulher portuguesa”, através de uma educação integral moral, cívica e social das raparigas⁹².

Ao nível liceal, o objetivo era que este fosse o *tronco de um sistema pedagógico que procurasse desburocratizar todo o ensino e pô-lo, organicamente, ao serviço da unidade moral da Nação*⁹³. A prioridade era, acima de tudo, a *formação da mentalidade corporativa (...) dos portugueses*. Neste contexto, a Educação Moral e Cívica orientava-se para o estudo de matérias como o *facto religioso e a sua universalidade, (...) a formação da consciência e o valor religioso, (...) o facto cristão à luz da história, (...) a crise intelectual e a higiene mental*⁹⁴. Desta feita, é possível apontar uma clara descoordenação com o preceituado pela Constituição de 1933⁹⁵.

Por iniciativa de Pires de Lima, em 1947, na esteira da reforma do ensino liceal, é introduzida uma nova área de estudo, comum aos alunos dos ramos

⁸⁹ Decreto-lei n.º 27 603, de 29 de março de 1937 (preâmbulo).

⁹⁰ *Balilla e Hitlerjugend*, respetivamente.

⁹¹ Cf. Decreto n.º 27 301, de 4 de dezembro de 1936.

⁹² PIMENTEL, Irene Flunser, “Mocidade Portuguesa Feminina”, in BARRETO, António, MÓNICA, Maria Filomena Godinho de Carvalho (coord.), *Dicionário de História de Portugal*, vol. VIII, (1999), Porto, Livraria Figueirinhas, p. 501.

⁹³ Decreto-lei n.º 27 084, de 14 de outubro de 1936, (preâmbulo).

⁹⁴ Cf. Decreto-lei n.º 27 085, de 14 de outubro de 1936

⁹⁵ Cf. (*tableau II*) artigo 43 §3.º

de Letras e Ciência⁹⁶ – A Organização Política e Administrativa da Nação. Já em 1936, em relação ao 3.º ciclo, o legislador recomendara ao professor para que estimulasse *o ardo cívico do estudante, o culto pela ideia da Pátria, o respeito pela tradição, o amor de família e crença nos benefícios da associação*⁹⁷.

Por sua vez, no âmbito do Plano de Educação Popular, a Campanha de Educação de Adultos não se cingiu apenas à alfabetização. Os seus conteúdos programáticos atenderam, muito especialmente, à transmissão de noções morais e cívicas e de organização corporativa.

No que diz respeito à docência, podem destacar-se duas características muito concretas da profissão, ao longo dessa época. Desde logo, a sua feminização, uma tendência que já vinha sendo constatada, desde o final do séc. XIX e, por outro lado, a constante desvalorização do perfil académico do professorado, muito especialmente, ao nível do ensino primário e secundário.

O mais preocupante desde o reinado de Dom José I até à queda da ditadura em 1974, no panorama nacional foi, em qualquer um desses momentos, a precisão das palavras de Henriques Nogueira, de meados de oitocentos – *Não existe em Portugal ensino para o povo. O que aí se denomina instrução primária é mais um luxo de classificação do que entidade real*⁹⁸.

3. *Da Revolução de abril à Lei de Bases da Educação*

Com o espoletar da Guerra Colonial, as contestações políticas e sociais ganham um novo argumento contra *o regime injusto e violento de Salazar e Caetano*⁹⁹.

Nos tempos a que nos reportamos, a morte do velho ditador, a crítica internacional, a crescente dependência de Portugal dos mercados europeus e a manifesta falta de vontade, por parte de Marcello Caetano, em alterar, além da aparência, a natureza das políticas, aliada a uma crescente contestação por parte do meio estudantil, de movimentos católicos progressistas e das próprias forças armadas, faziam crer o fim à vista.

⁹⁶ Decretos-lei n.ºs 36 057 e 36 058 de 17 de setembro de 1947.

⁹⁷ Observações aos Programas de Organização Política e Administrativa da Nação, Decreto-lei n.º 27 085, de 14 de outubro de 1936.

⁹⁸ NOGUEIRA, José Félix Henriques, *Obras completas*, (1979), Lisboa, p. 214.

⁹⁹ Assim o foi, tão bem caracterizado, por Fernanda Lapa (Escola de Mulheres–Oficina de Teatro), na abertura do Colóquio “É no Homem, nas suas urgentes e sangrentas ansiedades, que está a raiz da atual criação dramática”, durante a abertura das Comemorações do Centenário de Bernardo Santarém, na Fundação Calouste Gulbenkian, a 18 de janeiro de 2020.

O país que vivia uma realidade asfixiante e anacrónica, desesperava, gritantemente, por uma modernização económica, social e cultural, continuava a mandar os seus jovens combater, em nome de um império de memórias passadas, numa guerra inútil e desprovida de qualquer fundamento.

Na madrugada de 25 de abril de 1974, o dia avizinhara-se *inteiro e limpo* e Portugal emergiria, finalmente, *da noite e do silêncio*, como no poema de Sophia¹⁰⁰.

É certo que, a efetivação de um Estado de Direito democrático, plural, de feição europeia e ocidental, não se deu sem a devida conturbação. Como é do conhecimento geral, desse dia até à aprovação da nova Constituição pelas senhoras e pelos senhores deputados, a 2 de abril de 1976, muito se passou.

Uma coisa era certa, nenhuma das partes envolvidas no processo queria, à semelhança de qualquer revolução, dar continuidade ao tempo que a precedera¹⁰¹.

Tal como acontecera noutros momentos de rutura anteriores, o setor da educação não ficou incólume às mudanças e vicissitudes, nem aos avanços e recuos que nesta se refletiram – os mesmos espelharam o processo revolucionário em curso.

Assim sendo, é-nos possível delinear duas fases distintas, uma primeira de 1974 a 1976 e, daí em diante, até 1986.

Durante esse primeiro período (1974-1976), os esforços empreendidos concentraram-se, maioritariamente, na eliminação e adaptação possível dos conteúdos, até então lecionados, politicamente orientados pelo regime deposto. Além desses esforços, havia que libertar todo um sistema, adequando-o a uma lógica pluralista e democrática, aberta aos avanços científicos e à diversidade cultural, que então era experienciada nas restantes geografias ocidentais. Contudo, muitas das inovações introduzidas à época tiveram uma existência efémera. Pese embora, seja possível afirmar a permanência de uma certa continuidade, no que diz respeito às reformas intentadas por Veiga Simão, em 1973¹⁰².

O espírito revolucionário deu fortes contributos para a construção de uma escola participativa, em que discentes e docentes eram ouvidos na tomada de decisões, ao nível da administração dos estabelecimentos. Da mesma forma, será do maior relevo recordar o papel da educação popular, ministrada de forma coletiva, ao nível local, por movimentos, coletividades operárias e associações

¹⁰⁰ Palavras de Sophia de Mello Breyner Andresen, no seu poema “25 de Abril”.

¹⁰¹ MAXWELL, Kenneth, *A Construção da Democracia em Portugal*, (1999), Lisboa, Editorial Presença, p. 15.

¹⁰² Cf. Lei 5/73, de 25 de julho.

que, além da escola oficial, se propunham a colmatar necessidades de formação política, cívica e sanitária, proporcionando a tantos desfavorecidos um contacto cultural, nunca antes experienciado.

O período seguinte, após o fim dos trabalhos da constituinte em 1976, pautou-se por uma normalização e estabilização, tanto na vida pública portuguesa, como no sistema educativo.

A democracia consagrou a diversidade ideológica e, conseqüentemente, a defesa de um conjunto de diversas abordagens em relação à educação, seja de uma perspectiva socialista, socialista democrática ou social-democrata. Não obstante, a letra da Constituição da República Portuguesa parece ter alcançado um alargado consenso, pelo menos no que diz respeito às suas linhas orientadoras¹⁰³.

Neste mesmo período, as principais transformações passaram pelo alargamento e democratização do sistema educativo e consolidação da escolaridade obrigatória de seis anos. Foram levadas a cabo alterações no ensino secundário, das quais resultou uma maior amplitude na formação profissional.

A maior acessibilidade e diversificação do ensino superior, desenvolvimentos no ensino superior e cooperativo, a modificação do processo de formação da classe docente, as novas oportunidades para a educação dos adultos, são testemunhos do espírito reformador da época¹⁰⁴.

Ao longo dessa década, a sucessão inesperada de alguns executivos, e a conseqüente adoção de políticas educativas nem sempre coincidentes, fizeram com que este não fosse um processo linear e constante, como seria desejável.

Em 1984, sob a direção de José Augusto Seabra, encarregado da pasta da educação, pretendeu-se criar uma disciplina de Educação Cívica¹⁰⁵, algo que nunca chegou a ver a luz do dia. Por outro lado, nessa mesma altura, começa a ser perceptível a necessidade de uma reforma no ensino, dotando-o de uma Lei de Bases própria.

Era necessário algo de novo, que melhor permitisse a formação de cidadãos nacionais segundo um *paradigma filosófico-humanista*, num contexto global¹⁰⁶.

¹⁰³ Importa recordar que, a Constituição da República Portuguesa de 1976 foi aprovada com os votos contra do CDS – Centro Democrático Social e os votos favoráveis das restantes forças políticas.

¹⁰⁴ GRILLO, Eduardo, “O Sistema Educativo”, in REIS, António (Coord.), Portugal – 20 Anos de Democracia (1994), Lisboa, Círculo de Leitores, p. 409

¹⁰⁵ Cf. Despacho n.º 90/ME/84, de 8 de maio.

¹⁰⁶ PINTO, Fernando, “A Reforma Curricular do Ensino Básico – Conservadorismo e Modernidade”, in *Educação, Sociedade e Culturas*, n.º 4, (1995), p. 23.

4. A Lei de Bases do Sistema Educativo

Na realidade, desde a reforma de Veiga Simão (em 1973) e das alterações introduzidas após a instauração do novo regime, que o país necessitava de um instrumento legislativo, a partir do qual fosse possível redesenhar todo o setor da educação e do ensino¹⁰⁷.

Aprovada pela Assembleia da República a 14 de outubro de 1986, a Lei de Bases do Sistema Educativo orienta-se segundo os princípios do *desenvolvimento pleno e harmonioso da personalidade dos indivíduos, incentivando a formação de cidadãos livres, responsáveis, autónomos e solidários*¹⁰⁸. Aqui, o legislador visa implementar o respeito por ideais e capacidades fundamentais, tais como¹⁰⁹:

- a) Democracia e pluralismo;
- b) Individualidade e livre pensamento;
- c) Liberdade de expressão e troca de opiniões;
- d) Espírito crítico e criatividade;
- e) Sentido de comunidade e inserção social.

Conceitos estes, a serem concretizados e desenvolvidos por uma nova configuração assente, desde logo, numa articulação entre os ciclos, através de uma lógica sequencial e progressiva, tendo em conta a complementaridade entre os objetivos específicos e gerais de cada um.

No 1.º ciclo, o ensino apresenta-se global e a cargo de um único docente. A partir do 2.º ciclo dá-se início à interdisciplinaridade, à qual correspondem diferentes professores, com vista à formação do indivíduo nas suas diferentes vertentes – humanista, científica e artística. Por último, no 3.º ciclo, o mesmo acontece, embora sob uma lógica diversa em que o plano curricular unificado passa integrar áreas variadas, de domínio vocacional¹¹⁰.

A escola, assume, agora, a vertente de Centro Educativo, cuja estrutura poderá seguir duas linhas de análise. Primeiramente, numa perspetiva vertical que, no fundo, traduz o todo da sua estrutura curricular e progressiva de aprendizagens, naquilo que resultou da sua evolução histórico-política. Posteriormente, tendo em conta o seu plano horizontal, esta deve ser entendida

¹⁰⁷ Uma primeira tentativa já tinha sido preconizada em 1980, durante o ministério de Vítor Crespo, sob forte oposição – in RODRIGUES, Carlos, *Sócio-História e Reformas Educativas em Portugal (1936-1986)*, (1994), Braga, Universidade do Minho, pp. 149-150.

¹⁰⁸ Cf. Artigo 2º, n.º 4 da Lei n.º 46/86, de 14 de outubro.

¹⁰⁹ Cf. artigo 2º, n.º 5 da Lei n.º 46/86, de 14 de outubro.

¹¹⁰ Cf. artigo 8º da Lei n.º 46/86, de 14 de outubro.

através da relação que estabelece com a comunidade envolvente, na qual deve participar e com a qual deve interagir, contribuindo enquanto agente dinamizador e transformador.

À época como hoje, as necessidades educativas e culturais sofreram uma enorme evolução, de tal modo que a reforma de 1986 representa uma tentativa clara de, não só reorganizar toda a estrutura interna das escolas, como por outro lado de proporcionar a devida abertura aos estabelecimentos de ensino, no seio das comunidades em que se inserem – enquanto elemento de uma realidade mais alargada, a do *Território Educativo*¹¹¹.

5. *Formação pessoal, cívica e social*

Tendo em conta a Lei de Bases de 1986 e as recomendações da Comissão de Reforma do Sistema Educativo (CRSE), o sistema de educação passou a reger-se pelos seguintes objetivos¹¹²:

- a) A formação de pessoas livres e responsáveis, na sua dimensão social e individual, desenvolvendo a sua autonomia;
- b) A aquisição de aptidões básicas que associem os saberes ao âmbito prático, potenciando um espírito de aprendizagem permanente, facilitando o desempenho de papéis sociais úteis;
- c) O desenvolvimento nos alunos de capacidades de crítica e intervenção na preservação do meio, património e dos valores essenciais da identidade cultural e histórica.

Deste modo, a formação dos alunos irá assumir, além de uma dimensão socializadora, uma função personalizadora. No que atende mais concretamente ao tema em epígrafe, seguir-se-á em 1989 a criação da área disciplinar de Desenvolvimento Pessoal e Social¹¹³ que, ao contrário do que havia sido proposto pela CRSE, possibilitava em alternativa a esta disciplina, a de Educação Moral e Religiosa Católica (ou de outras confissões), situação um tanto frus-

¹¹¹ Conceito introduzido pela *Proposta de Reorganização dos Planos Curriculares dos Ensinos Básico e Secundário*, realizada pelo grupo de trabalho do Ministério da Educação, coordenado por Fraústio Silva e composto por Roberto Carneiro, Tavares Emídio e Marçal Grilo.

¹¹² Cf. COMISSÃO DE REFORMA DO SISTEMA EDUCATIVO, *Projecto Global de Atividades*, (1986), Lisboa, Ministério da Educação (Gabinete de Estudos e Planeamento), p. 97

¹¹³ Cf. Decreto-lei n.º286/89, de 29 de agosto.

trante. Algo que, em parte, se ficou a dever a um conjunto de pressões operadas pela Igreja Católica, ao nível institucional.

Em 1990, surge uma abordagem complementar, em matéria de educação para a cidadania, a Área – Escola¹¹⁴. Constituída por um conjunto de atividades de carácter lúdico e cultural, em que a Formação Cívica foi inserida na qualidade de subprograma¹¹⁵.

Na realidade, todas estas reformas não correram nos melhores termos, em parte devido à ausência da participação de docentes nos seus processos. É possível verificar uma grande falta de coesão entre as intenções do legislador e da tutela, e o sucesso pretendido no terreno. Quer isto dizer que, a Lei de Bases do Sistema Educativo pugnava *por uma leitura social*, os Novos Planos Curriculares *por uma leitura moral* e a disciplina de Desenvolvimento Pessoal e Social *por uma leitura psicológica de desenvolvimento de competências de vida e construção da identidade pessoal*¹¹⁶.

Quanto à Formação Cívica, no contexto já descrito, é claro que a sua degradação se ficou a dever, em parte, ao facto de ser uma área curricular não-disciplinar e, conseqüentemente, maioritariamente lúdica. Não são poucos os exemplos em que estes tempos letivos eram usados para despachar expediente de turma com os alunos, ou até para estudo acompanhado, o que em parte justificou a reorganização operada no ano de 2001¹¹⁷.

A aprendizagem, enquanto processo humanizante, natural, orientado, intelectual, prático, plural e multidisciplinar veio sendo gradualmente substituído por uma lógica de *aquisição de competências*¹¹⁸ mediante determinados objetivos pré-estabelecidos, que traduzem uma tónica puramente laboral.

Na realidade, não será despropositado afirmarmos que temos um ensino, tanto num passado recente, como ainda hoje, quase exclusivamente estruturado com vista ao acesso ao ensino superior, descurando em larga medida outras opções igualmente válidas e necessárias como as vias profissionalizantes.

Em parte, tudo isto se fica a dever a uma análise redutora do panorama nacional e europeu, presidida por uma falsa ideia de que a mobilidade social apenas pode ter lugar através da conclusão do ensino superior, sendo que a realidade, por vezes, dá-nos conta disso.

¹¹⁴ Cf. Despacho n.º 141/ME/90, de 17 de agosto.

¹¹⁵ Cf. artigos 1.º, 2.º e 7.º n.º 3 do Despacho n.º 141/ME/90, de 17 de agosto.

¹¹⁶ MARQUES; Ramiro, *Ensinar Valores: Teorias e Modelos*, (1998), Porto, Porto Editora, p. 30.

¹¹⁷ Cf. Decreto-Lei n.º 6/2001, de 18 de janeiro.

¹¹⁸ Cf. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, *Curriculo Nacional do Ensino Básico. Competências Essenciais*, (2001), Lisboa, Departamento de Educação Básica, p. 15.

A igualdade de oportunidades deve configurar-se, de tal modo, que seja possível dissipar qualquer tipo de preconceito em relação a um percurso profissional ou, porventura, académico (por via do ensino superior, entenda-se).

III

Considerações finais

Após a apresentação das matérias em causa, é-nos possível formular algumas apreciações essenciais para uma melhor compreensão do debate que vimos a expor.

Pudemos observar também, que o próprio conceito de cidadania se foi alterando ao longo dos tempos, ora baseado no patriotismo ou na civilidade republicana, ou mesmo na mera regeneração do Homem. Todas estas opções foram feitas com base numa escolha em detrimento de outras – assumindo per se um carácter intencional, mas nem sempre necessariamente partidário.

Há, porventura, quem queira apresentar um quadro incolor, em que educação e ensino sejam, aparentemente, livres de qualquer intencionalidade, ou seja, um sistema apolítico. Longe de subscrevermos tal entendimento, não deixaremos de relembrar que foi Aristóteles quem, já na Antiguidade Clássica, concebeu a atuação do Homem como intrinsecamente política (*politikon zoon*)¹¹⁹.

Todo e qualquer desenho curricular que se possa intentar, tem necessariamente de incidir sobre a realidade e as necessidades do seu tempo.

Desta feita, a educação para a cidadania tem de refletir o programa constitucional em vigor, nomeadamente aquele que diz respeito à igualdade e à não discriminação com base em fatores como a origem, a condição socioeconómica, a raça, o sexo, o género, a orientação sexual ou a religião¹²⁰.

O sistema educativo não pode ser alheio às grandes questões do mundo contemporâneo, tais como as alterações climáticas e o desenvolvimento sustentável, a igualdade de oportunidades e a mobilidade social, o combate ao racismo, o acolhimento de refugiados, a igualdade de género, os direitos LGBT+, o respeito pela identidade de género, a educação sexual, a diversidade cultural e o conhecimento das instituições democráticas. Exigências, estas, às quais subjaz o espírito do Estado de Direito democrático pluralista, revelam-se fulcrais à utilidade do mesmo, nomeadamente no que atende à felicidade e concretização pessoal dos seus cidadãos.

¹¹⁹ Cf. ARISTÓTELES, *Política*, (1998), Lisboa, Editorial Vega.

¹²⁰ Cf. artigo 13º da Constituição da República Portuguesa.

Temos bem presente, que parte do debate viu a sua celeuma ancorada, maioritariamente, naquelas matérias que dizem respeito à educação sexual e à identidade género. Há quem, entre nós, as preferisse confiar ao recato doméstico, desconsiderando o valor da sua transmissão nas escolas. A montante, existem aqueles que se escusam a reconhecer o mérito científico e humanista dos estudos realizados em relação à identidade de género, apelidando-os de ideológicos, de modo a sustentar uma pretensa contrariedade ao disposto na lei fundamental¹²¹.

É de ressaltar que, no seio familiar, como de resto noutros de natureza confessional, será sempre possível a transmissão de um quadro axiológico divergente, o que coincide com a liberdade religiosa e de pensamento, conquanto este não ponha nunca em causa o respeito pelo outro e pela sua liberdade.

Cabe, no entanto, às ciências pedagógicas uma correta avaliação do modo, como estas questões – sobre as quais a ciência se tem vindo a debruçar nos últimos cem anos – devam ser adequadamente transmitidas, de acordo com a idade e a capacidade de compreensão dos alunos.

Em todo o caso, falamos de matérias fulcrais à formação e convivência das cidadãs e dos cidadãos e não podem, de modo algum, ficar única e exclusivamente a cargo das famílias e do contexto doméstico.

Tem-se verificado no seio da sociedade portuguesa um extremar de posições, que ainda dura. Assim sendo, torna-se necessário que uma verdadeira reflexão sobre esta matéria seja informada pelo devido conhecimento histórico e jurídico, de modo que seja possível combater toda e qualquer ideia falsa ou fantasiada daquilo que foi a nossa prática, pelo menos desde as reformas pombalinas.

¹²¹ Cf. artigo 43º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

O IMT e a isenção pela aquisição de prédios para revenda

FÁBIO NAVE MOREIRA*

SUMÁRIO: I – Enquadramento do IMT. II – Isenção pela aquisição de prédios para revenda. III – IMT vs. Investimento Imobiliário.

RESUMO: No presente artigo procede-se ao enquadramento do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (“IMT”) e à análise da isenção pela aquisição de prédios para revenda, consagrada e regulada no Código do IMT português, à luz dos contributos da doutrina e jurisprudência nacionais, bem como do entendimento da Autoridade Tributária e Aduaneira.

PALAVRAS-CHAVE: IMT; isenção de IMT; aquisição de prédios para revenda.

ABSTRACT: This article analysis the framework of the Municipal Real Estate Transfer Tax (“IMT”) and the exemption on the acquisition of buildings for resale, enshrined and regulated in the Portuguese IMT Code, in the light of the contributions from national doctrine and jurisprudence, as well as the understanding of the Portuguese Tax and Customs Authority.

KEYWORDS: IMT; exemption of IMT; acquisition of buildings for resale.

* Licenciado em Direito, Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios, Pós-Graduado em Direito Imobiliário e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto; e Advogado. Para qualquer crítica ou contributo, o leitor poderá utilizar o seguinte endereço eletrónico: fmm@porto-law.com.

I – Enquadramento do IMT

No âmbito do sistema fiscal português, os impostos que tributam o património¹ imobiliário incidem sobre (i) as transmissões onerosas (o Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis – “IMT”); (ii) as transmissões gratuitas (o Imposto do Selo – “IS”); e (iii) a detenção de riqueza (o Imposto Municipal sobre Imóveis – “IMI”), visando, em bom rigor, a tributação da capacidade contributiva e a riqueza dos contribuintes².

O IMT³ consubstancia um imposto sobre o património imobiliário que visa, teleologicamente⁴, a tributação da riqueza, sujeitando a imposto a capacidade tributária⁵ dos adquirentes de bens imóveis, a qual se manifesta por

¹ Sobre a classificação dos impostos no sistema fiscal português, em especial, no que concerne aos impostos sobre o património, *vide*, entre outros, ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal: Lições*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 40 e 41; GLÓRIA TEIXEIRA, *Glossário Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 241 e 242; JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 641; e SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 222 e ss. e p. 229.

² Ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 103.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), “o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.”. Na jurisprudência nacional, *vide*, a título de exemplo, o Ac. STA de 13/01/2021 [JOAQUIM CONDESSO], onde pode ler-se que o IMT “(...) é um imposto sobre a riqueza, cumprindo o comando constitucional que considera a riqueza como um dos indicadores fundamentais de capacidade tributária dos contribuintes (...)”. No que diz respeito ao escopo constitucional da tributação da riqueza, o n.º 3 do artigo 104.º da CRP consagra que “a tributação do património deve contribuir para a igualdade entre os cidadãos.”. Tal como salienta JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, “para o sistema fiscal no seu todo é o valor da justiça que prevalece, enquanto o sistema de tributação do património fica tutelado pelo valor da igualdade.”. – Cfr. JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *O Adicional ao IMI e a Tributação Pessoal do Património*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 22.

³ O Código do IMT, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de novembro, entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2004, sucedendo, assim, a um dos mais antigos impostos portugueses, o Imposto Municipal de Sisa, instituído, em 1959, no âmbito da Reforma Fiscal de Salazar. – Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, *cit.*, p. 650 e JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 233.

⁴ Sobre a teleologia constitucional do IMT, *vide*, desenvolvidamente, JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, *cit.*, pp. 233 e ss.

⁵ Ainda em sede teleológica, cumpre realçar que, uma vez que o IMT incide sobre aquisições onerosas, este imposto não tem por desiderato a sujeição do aumento líquido da riqueza. Sobre este aspeto, na esteira de JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, “(...) sendo a aquisição onerosa, não resulta dela qualquer aumento líquido do património do adquirente, mas antes uma mera substituição do suporte em que se materializa esse património ou riqueza, dinheiro por imóveis na maioria dos casos.”. Segundo o AUTOR, o IMT sujeita a imposto “(...) uma manifestação de uma riqueza já existente no património do adquirente (...)”. – Cfr. JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, *cit.*, p. 238.

via dos recursos financeiros alocados para o efeito.⁶ Pese embora a existência das múltiplas classificações dos impostos, tradicionalmente utilizadas no nosso ordenamento jurídico-fiscal, entendemos que o IMT pode ser classificado como um imposto (i) dinâmico⁷, (ii) direto⁸, (iii) real⁹, (iv) de obrigação única¹⁰, (v) *ad valorem*¹¹ e (vi) progressivo¹².

⁶ Cfr. JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, cit., p. 234.

⁷ Como ensina ANA PAULA DOURADO, “os impostos sobre o património são impostos sobre a riqueza e podem ser estáticos ou dinâmicos; podem incidir sobre todo o património, imobiliário ou mobiliário (impostos gerais sobre o património), ou apenas sobre uma parte do património; e no caso dos impostos dinâmicos, podem incidir sobre as transmissões onerosas ou gratuitas.”. A este propósito a AUTORA refere que “os impostos dinâmicos sobre o património podem recair sobre transmissões onerosas, de que é exemplo o nosso Imposto sobre a Transmissão de Imóveis (IMT)”. – Cfr. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal: Lições*, cit., p. 40. Sobre a temática relativa à divisão dicotómica entre impostos estáticos e dinâmicos, JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES realça que “o nosso sistema de tributação de riqueza imobiliária funciona, assim, através da operabilidade simultânea dos impostos dinâmicos sobre o património, que tributam as transmissões (o IMT e o Imposto do Selo), e do imposto estático sobre o património, que sujeita a imposto a detenção da propriedade dos imóveis (o IMI), através da sua aplicação periódica”. – Cfr. JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, cit., p. 236.

⁸ De acordo com SÉRGIO VASQUES, são considerados impostos diretos “aqueles que incidem sobre a própria pessoa que se pretende que suporte o encargo económico do imposto, onerando a riqueza que se encontra na esfera do sujeito passivo”. – Cfr. SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, cit., p. 222.

⁹ Nas palavras de ANA PAULA DOURADO, “os impostos reais são aqueles que se centram na manifestação da riqueza, sem considerar outros elementos diferenciadores ligados à capacidade económica do sujeito”. – Cfr. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal: Lições*, cit., p. 41. Sobre a distinção entre impostos reais e pessoais, *vide*, desenvolvidamente, SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, cit., pp. 227 e ss. e JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., pp. 52 e ss.

¹⁰ São qualificados como impostos de obrigação única aqueles cujo factio tributário “surge isolado no tempo, gerando sobre o contribuinte uma obrigação de pagamento com carácter avulso”. – Cfr. SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, cit., p. 236. Sobre a distinção entre impostos de obrigação única e obrigação periódica *vide*, ainda, ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal: Lições*, cit., pp. 46 e ss.

¹¹ Como impostos *ad valorem* qualificam-se aqueles que incidem sobre valores. No que respeita à distinção entre impostos *ad valorem* e impostos específicos, *vide* SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, cit., p. 234.

¹² São qualificados como impostos progressivos aqueles cuja taxa aumenta em função do aumento da matéria tributável. Por sua vez, os impostos proporcionais são aqueles cuja taxa é fixa independentemente do valor da matéria tributável. Note-se que, para além do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (“IRS”) – imposto pessoal e progressivo sobre o rendimento –, apenas o IMT, que incide sobre a aquisição de prédios urbanos, tem uma estrutura progressiva, até ao 5.º escalão (até aos 8% de taxa marginal), consagrando, ainda, duas taxas únicas, de 6% e de 7,5%, quando se trate, respetivamente, de um valor de aquisição superior a EUR 574.323,00 e até EUR 1.000.000,00; e superior a EUR 1.000.000,00. Em face do exposto e das dificuldades inerentes ao tema em apreço, no que concerne à respetiva classificação, parece-nos verosímil avançar que o IMT apresenta uma estrutura progressiva mista ou imprópria. Sobre esta matéria, chamamos especial atenção para a posi-

Nos termos da alínea b) do artigo 14.º do Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais, aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, e alterado pela Lei n.º 66/2020, de 4 de novembro, constituem receitas dos municípios “o produto da cobrança do imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT).”¹³ Quanto às informações a transmitir pela Autoridade Tributária e Aduaneira (“AT”) aos municípios, em matéria de IMT, deve ser comunicada, até ao dia 31 de maio de cada ano e com referência às declarações de IMT entregues no ano civil anterior, a identificação dos sujeitos passivos e o valor de imposto liquidado, relativamente a factos tributários localizados nesses municípios, por cada sujeito passivo (cfr. alínea b) do n.º 3 do artigo 19.º do Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais).

Em matéria de incidência¹⁴, o IMT incide sobre as transmissões, a título oneroso, do direito de propriedade ou de figuras parcelares desse direito, sobre bens imóveis situados em território nacional, qualquer que seja o título por que se operem (cfr. artigos 1.º e 2.º do Código do IMT). Cumpre sublinhar que, para efeitos de incidência objetiva e territorial, o Código do IMT tipifica um conjunto extenso de factos tributários¹⁵ que abrangem o “conceito de trans-

ção defendida por SÉRGIO VASQUES, à qual aderimos na íntegra, quanto a “uma das contradições mais fundas do nosso sistema de tributação do património”. Segundo o entendimento do AUTOR, “afinal de contas, o IMT, onerando a transmissão ocasional dos imóveis, presta-se mal à personalização e constitui essencialmente um imposto substitutivo do IVA, parecendo lógico que opere também com taxas de natureza proporcional. Já o IMI, onerando a propriedade dos imóveis ao longo do tempo, presta-se com certeza melhor à personalização e espelha com maior fidelidade a força económica do contribuinte, surgindo como candidato natural ao uso de taxas progressivas.” – Cfr. SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, cit., p. 232 e nota de rodapé 30.

¹³ No âmbito da Nota Informativa, emitida pela Direção Geral do Património e pela Direção de Serviços do IMT, publicada, em 30/07/2020, pode ler-se o seguinte: “em 2020, o Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (IMT) correspondeu a 1.056,8 milhões de euros, obtendo-se, em relação ao ano anterior, um decréscimo de 5%”. Adicionalmente, consta da referida Nota Informativa que “a receita do IMT transferida para os municípios, decresceu cerca de 2,9% em relação a 2019, correspondendo a um montante global transferido de 948 milhões de euros.”

¹⁴ No que respeita à incidência e à sua importância sob vários prismas, *vide*, na jurisprudência nacional, a título de exemplo, Ac. STA de 27/10/2021 [ANABELA RUSSO]; Ac. STA de 08/09/2021 [FRANCISCO ROTHES]; Ac. STA de 03/02/2021 [FRANCISCO ROTHES]; Ac. TCAS de 22/05/2019 [VITAL LOPES]; Ac. STA de 12/09/2018 [CASIMIRO GONÇALVES]; e Ac. TCAN de 08/02/2018 [BARBARA TAVARES TELES].

¹⁵ O Código do IMT consagra trinta e três factos tributários sujeitos a imposto, sistematizados nas instruções de preenchimento da declaração de modelo oficial (“Declaração Modelo 1 do IMT”), aprovada pela Portaria n.º 1423-H/2003, de 31 de dezembro, a saber: 1. Aquisição do direito de propriedade de bens imóveis; 2. Aquisição de figuras parcelares do direito de propriedade sobre bens imóveis; 3. Promessa de aquisição com tradição do bem; 4. Aquisição no termo da vigência do con-

missão de bens imóveis” (cfr. n.º 2 do artigo 2.º do Código do IMT)¹⁶. Neste contexto, chamamos especial atenção para a sujeição a IMT da transmissão a título oneroso, do direito de propriedade sobre bens imóveis¹⁷, situados no

trato de locação financeira; 5. Arrendamento com cláusula de transmissão da propriedade ao arrendatário; 6. Arrendamento ou subarrendamento a longo prazo; 7. Aquisição de prédio arrendado a longo prazo pelo arrendatário; 8. Contrato-promessa de aquisição e alienação com cláusula de livre cedência de posição contratual; 9. Cessão da posição contratual no exercício do direito conferido em contrato-promessa referido no código anterior; 10. Cedência da posição contratual noutros contratos promessa ou ajuste de revenda; 11. Contrato para pessoa a nomear; 12. Procuração irrevogável com poderes de alienação de imóvel; 13. Substabelecimento de procuração referida no código anterior; 14. Resolução, invalidade ou extinção, por mútuo consenso, do contrato de compra e venda, troca e de promessa sobre imóveis; 15. Contratos de troca ou permuta de bens imóveis; 16. Contrato-promessa de troca ou permuta com tradição apenas para um dos promitentes permutantes; 17. Alienação de herança ou quinhão hereditário; 18. Venda ou cessão do direito a determinadas águas; 19. Entradas dos sócios com imóveis para realização do capital social de sociedades comerciais, civis sob forma comercial ou civis com personalidade jurídica; 20. Aquisição ou amortização de partes sociais ou de quotas nas sociedades em nome coletivo, em comandita simples ou por quotas, que possuam bens imóveis, bem como outorga de procurações irrevogáveis ou seu substabelecimento relativamente a essas partes sociais ou quotas; 21. Adjudicação de imóveis aos sócios na liquidação de sociedades comerciais, civis sob forma comercial ou civis com personalidade jurídica; 22. Entradas com imóveis para sociedades civis sem personalidade jurídica, na parte em que outros sócios adquiram comunhão ou outros direitos sobre imóveis; 23. Cessões de partes sociais ou quotas das sociedades referidas no código 22; 24. Admissão de novos sócios nas sociedades referidas no código 22; 25. Transmissão de bens imóveis por fusão ou cisão de quaisquer sociedades comerciais, civis sob forma comercial ou civis com personalidade jurídica; 26. Transmissão de benfeitorias; 27. Aquisições de bens imóveis por acesso; 28. Aquisição pelo pensionista de imóveis onerados com pensão; 29. Indemnização por expropriação por utilidade pública; 30. Indemnização por expropriação por utilidade pública, estabelecida por acordo ou transação; 31. Aquisição de imóveis ao Estado, Regiões Autónomas e a Autarquias Locais; 32. Transmissão por exercício de direito de preferência, se existir alteração do valor do ato ou contrato; 33. Excesso de quota parte de imóveis em divisão ou partilhas. Sobre os referidos trinta e três factos tributários do IMT, *vide*, desenvolvidamente, JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, *cit.*, pp. 244 a 306.

¹⁶ Neste sentido, JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES refere que “esta extensão do conceito de transmissão de imóveis para efeitos do IMT levou a doutrina e a jurisprudência a afirmarem repetidamente que o conceito de transmissão de imóveis para efeitos do IMT é muito mais amplo e extenso do que para quaisquer outros efeitos jurídicos.” – Cfr. JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, *cit.*, p. 241.

¹⁷ De notar que, à luz do disposto no n.º 1 do artigo 204.º do Código Civil (“CC”), “são coisas imóveis: a) os prédios rústicos e urbanos; b) as águas; c) as árvores, os arbustos e os frutos naturais, enquanto estiverem ligados ao solo; d) os direitos inerentes aos imóveis mencionados nas alíneas anteriores; e) as partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos.”. Adicionalmente, nos termos do o n.º 1 do artigo 205.º do CC “são móveis todas as coisas não compreendidas no artigo anterior.” Quanto ao conceito de prédio, para efeitos do IMT, o conceito de prédio é o definido no Código do IMI (cfr. n.º 2 do artigo 2.º do Código do IMT). Prosseguindo este *iter*, para efeitos de IMI, ao abrigo do n.º 1 do artigo 2.º do Código do IMI, “prédio é toda a fração de território, abrangendo as

território nacional, e que constitui, em simultâneo, (i) o mais relevante facto tributário e buslís do IMT; bem como (ii) o mais frequente facto tributário no que respeita à sua verificação (cfr. n.º 1 do artigo 2.º do Código do IMT)¹⁸.

Adicionalmente, importa realçar que a incidência do IMT é regulada pela legislação em vigor ao tempo em que a obrigação tributária é constituída (cfr. n.º 1 do artigo 5.º do Código do IMT), ou seja, no momento em que ocorrer a transmissão (cfr. n.º 2 do artigo 5.º do Código do IMT). No caso de contratos de permuta de bens presentes por bens futuros, a transmissão ocorrerá logo que os mesmos se tornem presentes, a não ser que, em virtude das disposições do Código do IMT, se deva considerar verificada em data anterior (cfr. n.º 3 do artigo 5.º do Código do IMT).¹⁹

Em relação à incidência subjetiva²⁰, o IMT é devido pelos adquirentes (transmissários) dos bens imóveis, ou seja, no caso de compra e venda de bens imóveis, o sujeito passivo será o comprador (cfr. artigo 4.º do Código do IMT).

No que diz respeito à determinação da matéria tributável, o IMT incide (i) sobre o valor constante do ato ou do contrato; ou (ii) sobre o valor patrimonial tributário²¹ dos imóveis, consoante o que for maior (cfr. n.º 1 do artigo 12.º do Código do IMT)²².

águas, plantações, edifícios e construções de qualquer natureza nela incorporados ou assentes, com carácter de permanência, desde que faça parte do património de uma pessoa singular ou coletiva e, em circunstâncias normais, tenha valor económico, bem como as águas, plantações, edifícios ou construções, nas circunstâncias anteriores, dotados de autonomia económica em relação ao terreno onde se encontrem implantados, embora situados numa fração de território que constitua parte integrante de um património diverso ou não tenha natureza patrimonial.”

¹⁸ Nesta senda, cfr. JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, cit., p. 244.

¹⁹ Quanto ao nascimento da obrigação tributária nos contratos de permuta de bens presentes por futuros, cfr. o Despacho n.º 1155/2004-XV, emitido, em 13/05/2004, pelo Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais.

²⁰ Sobre os sujeitos da relação jurídica tributária, *vide*, desenvolvidamente, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA e HUGO FLORES DA SILVA, *Teoria Geral da Relação Jurídica Tributária*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 62 e ss.

²¹ O valor patrimonial tributário dos prédios é determinado nos termos previstos no Código do IMI (cfr. artigo 7.º do Código do IMI). Sobre a determinação do valor patrimonial tributário *vide*, na jurisprudência nacional, Ac. STA de 17/04/2002 [LOPES DE SOUSA]; Ac. STA de 05/02/2003 [MENDES PIMENTEL]; e Ac. STA de 07/03/2018 [CASIMIRO GONÇALVES].

²² Sobre esta matéria, em sede jurisprudencial, chamamos especial atenção para o Ac. STA de 16/09/2015 [ARAGÃO SELA], onde se refere que “o disposto no artigo 12.º, n.º 1 do CIMT não encerra qualquer violação do princípio da igualdade pelo facto de não ser aceite como valor atendível para efeitos de cálculo do imposto o valor da transacção no caso de ser inferior ao VPT.”. Neste acórdão refere-se, ainda, que “o cálculo do imposto -CIMT- tendo por base o VPT, é a metodologia que

As taxas²³ do IMT²⁴, previstas no artigo 17.º do Código do IMT, são as seguintes:

- a) Aquisição de prédio urbano ou de fração autónoma de prédio urbano destinado exclusivamente a habitação própria e permanente²⁵:

Valor sobre que incide o IMT (em euros)	Taxas percentuais	
	Marginal	Média (*)
Até 92 407	0	0
De mais de 92 407 e até 126 403	2	0,537 9
De mais de 126 403 e até 172 348	5	1,727 4
De mais de 172 348 e até 287 213	7	3,836 1
De mais de 287 213 e até 574 323	8	–
Superior a 574 323 e até 1 000 000	6 (taxa única)	
Superior a 1 000 000	7,5 (taxa única)	

(*) No limite superior do escalão

- b) Aquisição de prédio urbano ou de fração autónoma de prédio urbano destinado exclusivamente a habitação, não abrangidas pela alínea anterior:

melhor assegura o respeito pelo princípio da igualdade entre os contribuintes, por ser esse o que melhor reflecte o valor de mercado dos imóveis.”.

²³ A propósito das alterações aos escalões para efeitos de taxas do IMT, cfr. o Ofício-Circulado da AT, emitido, em 03/04/2020, pelo Gabinete da Subdiretora-Geral da Área dos Impostos sobre o Património, onde consta que “as tabelas I e II destinam-se ao Continente e as Tabelas III e IV, elaborada em conformidade com o disposto no artigo único da Lei n.º 21/90, de 4 de agosto, às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira.”. Na sequência das alterações aos escalões para efeitos de taxas do IMT, a que se refere o artigo 17.º do Código do IMT, introduzidas pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março (Orçamento do Estado para 2020), foram elaboradas as tabelas práticas de IMT, permitindo a aplicação de um sistema de taxa marginal, corrigido por uma parcela a abater. O Orçamento do Estado para 2021, aprovado pela Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro, manteve inalteradas as tabelas em vigor. A fórmula de cálculo do IMT é a seguinte: $IMT = \text{Valor constante do ato/contrato ou VPT (consoante o que for maior)} \times \text{Taxa a aplicar (marginal)} - \text{Parcela a abater}$.

²⁴ Nos termos do n.º 1 do artigo 18.º do Código do IMT, “o imposto será liquidado pelas taxas em vigor ao tempo da ocorrência do facto tributário.”

²⁵ Quanto à questão da eventual aplicação das taxas da alínea a) do n.º 1 do artigo 17.º do Código do IMT, no âmbito da aquisição de um prédio que se encontre inscrito como prédio em propriedade total com divisões suscetíveis de utilização independente, quando as divisões têm diferentes afetações (serviços, armazéns, atividade industrial e habitação), vide a Ficha Doutrinária da AT emitida, em 26/12/2019, no âmbito do Processo 2019001674, IVE n.º 16756, pela Diretora-Geral da AT, pronunciando-se negativamente sobre a sua aplicabilidade.

Valor sobre que incide o IMT (em euros)	Taxas percentuais	
	Marginal	Média (*)
Até 92 407	1	1
De mais de 92 407 e até 126 403	2	1,268 9
De mais de 126 403 e até 172 348	5	2,263 6
De mais de 172 348 e até 287 213	7	4,157 8
De mais de 287 213 e até 550 836	8	-
Superior a 550 836 e até 1 000 000	6 (taxa única)	
Superior 1 000 000	7,5 (taxa única)	

(*) No limite superior do escalão

No âmbito das transmissões referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 17.º do Código do IMT, nos casos em que o valor sobre que incide o imposto seja superior ao montante de EUR 92.407,00, este deve ser dividido em duas partes, sendo uma delas igual ao limite do maior dos escalões que nela couber – à qual se aplica a taxa média correspondente a este escalão –, e outra igual ao excedente – a que se aplica a taxa marginal respeitante ao escalão imediatamente superior (cfr. n.º 3 do artigo 17.º do Código do IMT).

A aquisição de prédios rústicos está sujeita a uma taxa de IMT de 5% (cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 17.º do Código do IMT), sendo que à aquisição de outros prédios urbanos e outras aquisições onerosas será aplicável uma taxa de 6,5% (cfr. alínea d) do n.º 1 do artigo 17.º do Código do IMT).

Note-se que, sempre que o adquirente (i) tenha domicílio fiscal em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças²⁶; ou (ii) seja uma entidade dominada ou controlada, direta ou indiretamente, por entidade que tenha domicílio fiscal em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, a taxa de IMT aplicável será sempre de 10%, não se aplicando qualquer isenção ou redução (cfr. alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 17.º do Código do IMT).

Relativamente à liquidação do IMT, importará destacar que a mesma é de iniciativa dos interessados, os quais deverão apresentar uma declaração de modelo oficial devidamente preenchida em qualquer serviço de finanças ou por meios eletrónicos (cfr. n.º 1 do artigo 19.º do Código do IMT). Deve, porém,

²⁶ Cfr. Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, alterada pela Portaria n.º 309-A/2020, de 31 de dezembro.

ser promovida oficiosamente pelos serviços de finanças que forem competentes e sempre que os interessados não tomem a iniciativa de o fazer dentro dos prazos legais, assim como quando houver lugar a qualquer liquidação adicional, sem prejuízo dos juros compensatórios a que haja lugar e da penalidade que ao caso couber (cfr. n.º 2 do artigo 19.º do Código do IMT).

Finalmente, em matéria de cobrança do IMT, refira-se apenas que o IMT é pago, por regra, no próprio dia da liquidação ou no primeiro dia útil seguinte, sob pena de esta ficar sem efeito (cfr. n.º 1 do artigo 36.º do Código do IMT).

II – Isenção pela aquisição de prédios para revenda

O Código do IMT consagra, no âmbito dos seus artigos 6.º a 9.º, um conjunto de isenções²⁷ subjetivas (pessoais) e objetivas (reais)²⁸. Quanto ao reconhecimento das isenções, estas devem ser reconhecidas a requerimento dos interessados, a apresentar previamente ao ato ou contrato que originou a transmissão, junto dos serviços competentes para a decisão, mas sempre antes da liquidação que seria de efetuar (cfr. n.º 1 do artigo 10.º do Código do IMT)²⁹. Não obstante, o Código do IMT prevê, nos termos da alínea a) do n.º 8.º do

²⁷ Como ensina ANA PAULA DOURADO, “os benefícios fiscais são desagrvamentos fiscais que introduzem exceções à incidência tributária e que prosseguem finalidades não fiscais (extrafiscais). A situação da vida recairia nas normas de incidência, mas estas são afastadas devido a uma lei que introduz um regime mais benéfico.”. A AUTORA refere a existência de diversos benefícios fiscais ou técnicas de atribuição de benefícios fiscais, apresentando como exemplos as isenções totais ou parciais, as deduções à coleta, os créditos fiscais presumidos, as amortizações aceleradas e as taxas reduzidas. Cfr. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal: Lições, cit.*, pp. 64 e 65.

²⁸ Cfr., sobre as isenções em sede de IMT, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal, cit.*, pp. 652 e 653.

²⁹ Em 1964, a doutrina administrativa já se pronunciava, em sede de Imposto Municipal de Sisa, através do Ofício-Circular n.º 46/64, emitido, em 08/06/1964, pelo Sistema de Informações Fiscais, onde se explica que “o pedido de isenção e o seu reconhecimento nos termos do artigo 15º do Código, devem preceder a liquidação do imposto, sob pena de indeferimento.”. Em 2021, o Tribunal Central Administrativo Norte pronunciou-se, no âmbito do Ac. TCAN de 15/04/2021 [MARGARIDA REIS], salientando que “atendendo à lógica própria do CIMT, que tem por objeto não apenas a transmissão da propriedade, mas de todos os direitos correspondentes sobre os imóveis, elegendo no n.º 2 do art. 2.º como facto tributário também a transmissão da posse por efeito de contrato-promessa, o n.º 1 do art. 10.º daquele diploma tem de ser interpretado, à semelhança do que sucedia na vigência do art. 15.º do CIMSISD, como abrangendo também este ato transmissivo da posse, devendo por isso o requerimento de reconhecimento de isenção fiscal ser apresentado pelos interessados junto do serviço competente em momento anterior ao mesmo.”.

artigo 10.º, que a isenção referente à aquisição de prédios para revenda, prevista no artigo 7.º do Código do IMT, é de reconhecimento automático³⁰.

Atendendo ao escopo do presente estudo, centraremos agora a nossa atenção na isenção pela aquisição de prédios para revenda prevista no artigo 7.º do Código do IMT.

À luz do disposto no n.º 1 do artigo 7.º do Código do IMT, são isentas do IMT as aquisições de prédios para revenda, nos termos do n.º 2 dessa norma, desde que se verifique ter sido apresentada antes da aquisição a declaração prevista no artigo 112.º do Código do IRS³¹ ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 117.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (“IRC”)³², consoante o caso, relativamente ao exercício da atividade de comprador de prédios para revenda.

A isenção não prejudica a liquidação e o pagamento do IMT, nos termos gerais, salvo se se reconhecer que o adquirente exerce normal e habitualmente a atividade de comprador de prédios para revenda (cfr. n.º 2 do artigo 7.º do Código do IMT). Para este efeito, considera-se que o sujeito passivo exerce normal e habitualmente a atividade quando comprove o seu exercício no ano anterior mediante certidão passada pelo serviço de finanças competente, devendo constar sempre daquela certidão se, no ano anterior, foi adquirido para revenda ou revendido algum prédio antes adquirido para esse fim (cfr. n.º 3 do artigo 7.º do Código do IMT). Por fim, o n.º 4 do artigo 7.º do Código do IMT dispõe que “quando o prédio tenha sido revendido sem ser novamente para revenda, no prazo de três anos, e haja sido pago imposto, este será anulado pelo chefe de finanças, a requerimento do interessado, acompanhado de documento comprovativo da transação.”

Ora, aqui chegados, importa dissecar e sistematizar o disposto no artigo 7.º do Código do IMT com o propósito de identificar quais os requisitos da referida isenção. Assim sendo, a isenção está dependente da verificação dos pressupostos seguintes: (i) que a aquisição do imóvel tenha como finalidade ou destino, a sua revenda; (ii) que a revenda se concretize no prazo de três anos, contado da data da aquisição; (iii) que antes da aquisição tenha sido apresen-

³⁰ Competindo a sua verificação e declaração ao serviço de finanças onde for apresentada a declaração prevista no n.º 1 do artigo 19.º do Código do IMT.

³¹ O n.º 1 do artigo 112.º do Código do IRS dispõe que “antes de iniciar alguma atividade suscetível de produzir rendimentos da categoria B, deve o sujeito passivo apresentar a respetiva declaração de início num serviço de finanças, em impresso de modelo oficial.”

³² De acordo com o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 117.º do Código do IRC, os sujeitos passivos de IRC, ou os seus representantes, são obrigados a apresentar a declaração de inscrição, de alterações ou de cessação, nos termos dos artigos 118.º e 119.º do Código do IRC.

tada a declaração prevista no artigo 112.º do Código do IRS e alínea a) do n.º 1 do artigo 117.º do Código do IRC; (iv) que, na revenda a efetuar, a entidade adquirente não destine o imóvel a revenda; (v) que não seja dado destino diferente³³.

Na jurisprudência nacional, chamamos especial atenção para o entendimento do Supremo Tribunal Administrativo, vertido nos Ac. STA de 22/02/2017 [PEDRO DELGADO] e Ac. STA de 08/11/2017 [CASIMIRO GONÇALVES], onde se sufraga que o entendimento de que “as normas que regulam a isenção de imposto, na medida em que contrariam os princípios da generalidade e da igualdade da tributação, são insusceptíveis de aplicação a casos que não tenham sido expressamente contemplados no benefício concedido, devendo ser objecto de interpretação estrita ou declarativa.” Mas mais: “para efeitos da isenção prevista no art.º 7.º, n.º 1 do CIMT não assume qualquer relevo a troca ou permuta de bens, sendo apenas de considerar a revenda no seu sentido técnico-jurídico.” No mesmo sentido, a AT pronunciou-se na Ficha Doutrinária emitida, em 29/11/2017, no âmbito do Processo 2017001189, IVE N.º 12857, pela Direção de Serviços do IMT, que considerou que “as expressões legais “aquisições” “adquiridos”, “revenda” e “revendidos”, previstas nos n. os 3 e 4 do artigo 7.º, e n.º 5 do artigo 11.º, ambos do CIMT, reportam-se ao significado de transmissão por ato de venda e a não toda e qualquer forma de transmissão fiscal ou civil de direitos reais (de propriedade ou suas figuras parcelares)”, concluindo assim que “(...) só os atos ou contratos que titulam a transmissão onerosa jurídico-civil do direito real (v.g. escritura pública de compra e venda – art.º 879.º do Código Civil³⁴) integram o conceito fiscal de ato de revenda, ficando, portanto, excluídos do seu âmbito, designadamente, os contratos de permuta.”³⁵.

³³ No que diz respeito aos requisitos da isenção, *vide*, a Ficha Doutrinária da AT emitida, em 05/09/2019, no âmbito do Processo 2019001281, IVE N.º 16256, pela Direção de Serviços do IMT. Tal como referido pelo Tribunal Central Administrativo Sul, no Ac. TCAS de 14/11/2019 [MÁRIO REBELO], “o que releva para a isenção de imposto referida no art.º 7.º do CIMT é que (i) na declaração de início de actividade ou de alterações, se declare o exercício da actividade de compra de prédios para revenda, (ii) e que o imóvel tenha sido adquirido para revenda.”

³⁴ Ao abrigo do disposto no artigo 874.º do CC, “compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço.”. Relativamente à forma, no âmbito da compra e venda de bens imóveis, dispõe o artigo 875.º do CC que “sem prejuízo do disposto em lei especial, o contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado.”. Finalmente, quanto aos efeitos essenciais do contrato de compra e venda, o artigo 879.º do CC consagra que a compra e venda tem como efeitos essenciais a) a transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; b) a obrigação de entregar a coisa; c) a obrigação de pagar o preço.

³⁵ Mais recentemente, a AT reiterou este entendimento na Ficha Doutrinária emitida, em 05/09/2019, no âmbito do Processo 2019001281, IVE N.º 16256, pela Direção de Serviços do IMT. No mesmo

No que concerne à temática da isenção pela aquisição de prédios para revenda, para além do referido entendimento da jurisprudência e da AT atinente à densificação do conceito de revenda, algumas das questões mais relevantes que têm vindo a ser suscitadas prendem-se com a caducidade da isenção, nomeadamente e a título meramente exemplificativo, com (i) a edificação e a cedência de parcelas de terreno ao domínio público por contrapartida do licenciamento do loteamento; (ii) a transformação de sociedades comerciais que têm como objeto social a aquisição de imóveis para revenda; (iii) a afetação a alojamento local de um imóvel adquirido para revenda; (iv) instalação de empreendimentos turísticos em prédios rústicos; (v) alteração da afetação habitacional para comercial e a constituição da propriedade horizontal.

Com efeito, o n.º 5 do artigo 11.º do Código do IMT consagra que “a aquisição a que se refere o artigo 7.º deixará de beneficiar de isenção logo que se verifique que aos prédios adquiridos para revenda foi dado destino diferente ou que os mesmos não foram revendidos dentro do prazo de três anos ou o foram novamente para revenda.”. Destarte, ao abrigo da referida disposição, são três os factos que motivam a caducidade da isenção, a saber: (i) se aos imóveis for dado um destino diferente do da revenda; (ii) se os imóveis não forem revendidos no prazo de três anos; e (iii) se os imóveis forem revendidos para revenda.

(i) ***A edificação e a cedência de parcelas de terreno ao domínio público por contrapartida do licenciamento do loteamento***

Em primeiro lugar, a caducidade da isenção só ocorrerá quando ocorra um desvio de fim em relação à revenda, o que se verifica, por exemplo, no caso da “edificação, bem como a cedência de parcelas de terreno ao domínio público por contrapartida do licenciamento do loteamento”, uma vez que “configuram destino diferente do fim revenda, motivando *ipso facto* a caducidade da isenção.”³⁶. Na jurisprudência nacional, o Tribunal Central Administrativo Norte

sentido, cfr., na jurisprudência portuguesa, Ac. TCAS de 25/06/2020 [JORGE CORTÊS]. Ainda em relação ao conceito de revenda, cfr. Ac. TCAS de 19/03/2015 [CRISTINA FLORA] onde pode ler-se que “a expressão para revenda não exige que o imóvel seja alienado tal como existia no momento da aquisição, admitindo, antes, a possibilidade de realização de todas as obras necessárias à ultimateção dessa construção, por forma a acabá-lo, licenciá-lo para o referido destino, constituir a propriedade horizontal e alienar as respectivas fracções autónomas.”.

³⁶ Cfr. Ficha Doutrinária emitida, em 27/05/2020, no âmbito do Processo 2020000314, IVE N.º 17264, pela Diretora-Geral da AT.

pronunciou-se, no Ac. TCAN de 13/05/2021 [CELESTE OLIVEIRA], no sentido de que “a revenda pressupõe a transmissão do bem no estado em que o mesmo foi adquirido, isto é, a comercialização do mesmo sem que tenha sofrido uma transformação significativa ou substancial, de modo a que, uma vez (re)vendido não seja passível de ser qualificado como um outro, que não o adquirido”, acrescentando que “sempre que ocorra qualquer alteração material sobre o prédio, ou do prédio, não só ao nível da edificação sobre o mesmo, como também qualquer outra susceptível de lhe alterar, de modo significativo, o VPT, tais factos podem relevar para efeitos de apurar se há aquisição de um novo direito de propriedade gerado através de obras ou outra alteração do prédio pelo proprietário, havendo “destino diferente” quando se puder afirmar que o direito de propriedade deixou de ter o conteúdo que tinha anteriormente.”. O Tribunal concluiu então que “se os prédios em apreço foram alterados na sua substância tal implica de acordo com os artigos 7º e 11º, nº 5 do CIMT, a caducidade da isenção.”.

Quanto a nós, entendemos que, nestes casos de alteração ou desvio do fim revenda, para efeitos de aplicação da isenção, o que releva será aferir, casuisticamente, se ocorreram ou não transformações significativas ou substanciais do bem, por forma a garantir que o mesmo não seja qualificado como um outro bem, distinto do adquirido *ab initio*.

(ii) ***A transformação de sociedades comerciais que têm como objeto social a aquisição de imóveis para revenda***

Em segundo lugar, em relação à transformação³⁷ de sociedades comerciais que têm como objeto social a aquisição de imóveis para revenda, a AT afirmou, através da Ficha Doutrinária emitida, em 03/04/2019, no âmbito do Processo 2018001666, IVE N.º 14747, pela Diretora-Geral da AT, que “partindo do pressuposto que a SIIMO³⁸, resultante da transformação da sociedade por quotas (ora Requerente), manterá como objeto social a aquisição de imóveis para revenda, havendo continuidade da sociedade primitiva uma vez que apenas é alterada a sua natureza jurídica, o prazo de caducidade da isenção prevista

³⁷ Nos termos do n.º 1 do artigo 130.º do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”), “as sociedades constituídas segundo um dos tipos enumerados no artigo 1.º, n.º 2, podem adotar posteriormente um outro desses tipos, salvo proibição da lei ou do contrato.”.

³⁸ Sociedade de Investimento Imobiliário (“SIIMO”), sujeita ao Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo (“RGOIC”), aprovada pela Lei n.º 16/2015, de 24 de fevereiro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 72/2021, de 16 de agosto.

no art.º 7.º do CIMT, que se encontra estabelecido no n.º 5 do art.º 11.º do mesmo Diploma Legal, continuará a decorrer na esfera jurídica da SIIMO, enquanto (desde que) se mantenham inalterados os pressupostos da isenção na sociedade transformada.”. Na sequência do referido entendimento da AT, ao qual aderimos, cumpre apenas sublinhar que, nestes casos de transformação de sociedades comerciais, a pedra de toque relativamente à aplicação da isenção consiste, precisamente, na manutenção (i) do objeto social e (ii) dos pressupostos previstos no artigo 7.º do Código do IMT.

(iii) ***A afetação a alojamento local de um imóvel adquirido para revenda***

Em terceiro lugar, quanto à afetação a alojamento local de um imóvel adquirido para revenda, a AT considerou, na Ficha Doutrinária emitida, em 18/12/2016, no âmbito do Processo 2016001450, IVE N.º 11101, pela Diretora-Geral da AT, que “a rentabilização de imóvel adquirido para revenda e evidenciado na contabilidade numa conta de “Inventários”, através da prestação de serviços de Alojamento Local, no período de três anos após a aquisição, durante o qual pode ser detido pelo comprador sem que essa detenção motive a perda de isenção, não consubstancia por si só um fim diferente do da revenda”, concluindo que “(...) espelhando o registo contabilístico do imóvel a sua permanência enquanto ativo corrente, numa conta (da classe 3) de Inventários, e desde que esta se mantenha, a prestação de serviços de Alojamento Local ao não configurar por si só destino diferente do da revenda, não determina a perda do benefício de isenção.”. Neste contexto, é nosso entendimento que a afetação a alojamento local de um imóvel adquirido para revenda, mantendo o registo contabilístico como ativo corrente (inventários), não é suscetível de alterar o destino do bem e, conseqüentemente, não implicará a caducidade da isenção.

(iv) ***A instalação de empreendimentos turísticos em prédios rústicos***

Em quarto lugar, na sequência de um pedido de informação vinculativa que pretendia ver confirmado o entendimento de um contribuinte de que a transformação de um prédio rústico em urbano não faz caducar a isenção de IMT reconhecida no momento da aquisição, desde que a posterior revenda se mantenha como destino do prédio, a AT entendeu, na Ficha Doutrinária emitida, em 18/12/2016, no âmbito do Processo 2016001450, IVE N.º 11101, pela Direção de Serviços do IMT, que “no que respeita ao estado do prédio adquirido, a instalação do empreendimento turístico em apreço, ao pressupor a

construção de diversos edifícios e infraestruturas imprescindíveis ao desenvolvimento da atividade de prestação de serviços de hotelaria e alojamento local, não implica somente a sua transformação em prédio urbano, motivando igualmente alterações substanciais e visíveis nas suas características.”. Prosseguindo na sua argumentação, a AT afirmou que “efetivamente, o bem que vai ser objeto de transmissão, compreendendo os edifícios e as infraestruturas envolventes não é o mesmo que foi adquirido, não se afigurando a transmissão dessa nova realidade subsumível ao conceito de revenda.”. Assim, “a finalidade imediata não é a de revenda, mas sim a de instalação de um empreendimento turístico no prédio adquirido, ainda que com o objetivo da sua posterior transmissão.”. Neste contexto, a AT concluiu que “considerando a análise anterior, conclui-se que a instalação do empreendimento turístico no prédio rústico, opera a caducidade do benefício da isenção de IMT de que usufruiu no momento da aquisição.”. Quanto a nós, em relação à instalação de empreendimentos turísticos em prédios rústicos, nos termos anteriormente descritos, entendemos que, de facto, não se verifica que a finalidade imediata seja a de revenda, mas apenas *a posteriori*, pelo que estaremos perante um exemplo de caducidade da isenção para efeitos do n.º 5 do artigo 11.º do Código do IMT.

(v) ***A alteração da afetação habitacional para comercial e a constituição da propriedade horizontal***

Em quinto lugar, em virtude de um pedido de informação vinculativa apresentado por um contribuinte, a AT considerou, na Ficha Doutrinária emitida, em 30/11/2016, no âmbito do Processo 2016001201, IVE N.º 10868, pela Diretora Geral da AT, que “a ampliação da área privativa relativa à divisão CVE, para a zona do saguão, colocando-a em simetria com a divisão oposta, ao não implicar qualquer alteração à estrutura resistente do prédio, não determina a caducidade do benefício. Com referência à eventual caducidade da isenção relativa à divisão, correspondente à referida CVE, por alteração da afetação, de habitacional para comercial, reconduzindo-se a mesma ao plano jurídico, não configura um desvio do fim pretendido, a revenda.”. Ademais, “a alteração do regime jurídico a que fica sujeito o prédio adquirido para revenda, com a constituição da Propriedade Horizontal, por si só não consubstancia um destino diferente do da revenda, uma vez que reconduzindo-se o fundamento da isenção ao facto do bem adquirido permanecer, enquanto mercadoria da empresa, espelhado na contabilidade como ativo permutável, a alteração do seu regime jurídico, não lhe retira aquela qualidade, conclusão que se extrai da leitura do Parecer do Centro de Estudos Fiscais n.º 119/95, de 11 de julho, da autoria

de Nuno Sá Gomes, igualmente invocado pela requerente.”. Neste sentido, a AT entendeu que “em consonância com a apreciação envidada, conclui-se que as intervenções a realizar no imóvel, a alteração da afetação da divisão CVE de habitacional para comercial e a constituição da Propriedade Horizontal, de *per si*, não alterando a estrutura do prédio, nem consubstanciando um desvio do fim, não determinam a caducidade do benefício usufruído.”. Em face do exposto, acompanhamos o entendimento da AT, na medida em que (i) as intervenções realizadas no bem; (ii) a constituição em regime de propriedade horizontal; e (iii) a alteração da afetação para comercial não implicarão, em substância, uma alteração significativa tendente à alteração do fim revenda.

III – IMT vs. Investimento Imobiliário

Nos tempos hodiernos, e apesar da morte sucessivamente anunciada do IMT³⁹, a verdade é que este imposto continua bem vivo em face da sua relevância orçamental e da dependência das Autarquias Locais quanto às receitas provenientes do património imobiliário⁴⁰.

Em relação à atração de investimento imobiliário em Portugal, quer por investidores nacionais, quer por investidores estrangeiros, parece-nos inequívoco que a competitividade do sistema fiscal português, nomeadamente em sede de IMT, associada a tais investimentos, assumirá, cada vez mais, um papel fundamental no momento da tomada de decisão e na escolha de Portugal em detrimento de outros Estados.

³⁹ Sobre a anunciada extinção do IMT e as suas consequências, *vide* JOÃO RICARDO CATARINO, “Extinção do IMT – e depois do adeus”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 7, Número 1 – Primavera, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 49 e ss. De acordo com o AUTOR, “a extinção do IMT deverá levar a um agravamento da tributação daquela manifestação de capacidade contributivas, mas devia ser repensada a possibilidade de acomodar a perda de receita na receita do IMI, sem prejuízo de, nos próximos anos, se acomodarem as taxas aplicáveis aos VPT’s dos prédios avaliados tendo em conta a evolução da receita verificada e estimada.”. – JOÃO RICARDO CATARINO, “Extinção do IMT – e depois do adeus”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, *cit.*, p. 57.

⁴⁰ De acordo com RUI DUARTE MORAIS, “a abolição do IMT, pese embora o carácter arcaico deste tributo, gerador de imposto sobre imposto, ainda que normalmente apenas num horizonte de médio e longo prazo, parece-nos uma questão relativamente menor.”. Segundo o AUTOR, “mais grave parece ser a atual situação do IMI.”. – Cfr. RUI DUARTE MORAIS, “As Reformas Fiscais do Presente”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 9, Número 4 – Inverno, Almedina, Coimbra, 2017, p. 265. Quanto à reforma fiscal da tributação do património, *cfr.* RUI DUARTE MORAIS, “As Reformas Fiscais do Presente”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, *cit.*, pp. 264 e 265 e CARLOS BAPTISTA LOBO, “Da urgente re-reforma do sistema tributário do imobiliário”, *Revista da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas*, Ano VIII, Número 88, Julho, 2007, pp. 30 e ss.

Em bom rigor, a concorrência fiscal entre Estados, através de constantes alterações legislativas e das reformas operadas nos sistemas fiscais, revela-se atualmente feroz, numa tentativa de captação de investimento⁴¹.

Quanto a nós, consideramos que, pese embora seja imperativo proceder a uma reforma sistemática da tributação do património em Portugal, a constante instabilidade legislativa em matéria fiscal consubstancia, simultaneamente, um fator de insegurança e de desincentivo para os investidores no âmbito do mercado imobiliário.

É nosso entendimento que quaisquer reformas atinentes à tributação do património no sistema fiscal português devem perdurar no tempo e ser um fator de incentivo e previsibilidade para os investidores nos momentos de (i) investimento; (ii) exploração do investimento; e (iii) desinvestimento.

Em face do exposto, no que concerne ao IMT, não deveremos “tomar a nuvem por Juno”, pelo que entendemos que, até à sua efetiva extinção, muito haverá, ainda, por fazer. Assim sendo, elencamos, a título de exemplo, algumas pistas para reflexão, tendo em vista o aumento da competitividade do sistema de tributação do património em Portugal e a atração de mais e melhor investimento imobiliário: (i) implementação de taxas proporcionais de IMT; (ii) introdução de incentivos fiscais e financeiros associados ao investimento imobiliário; (iii) introdução de créditos fiscais em matéria de investimento imobiliário.

⁴¹ A título de exemplo, no que diz respeito à comparação de sistemas fiscais mais competitivos e atrativos, vide JOSÉ DE CAMPOS AMORIM e VALTER NUNO DIAS MENDES, “O regime fiscal do residente não habitual (RNH) em Portugal e a sua comparação com outros países”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 9, Número 1 – Primavera, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 127 e ss.

O sigilo bancário – Conceito e derrogação pela Administração Tributária

JÉSSICA VITÓRIA MELO GONÇALVES*

SUMÁRIO: Introdução. 1 – O segredo bancário: conceito e enquadramento legal. 2 – Os fundamentos constitucionais do dever de segredo bancário. 3. Limitações ao segredo bancário: em especial, para fins tributários. Conclusões. Bibliografia

Introdução

A atividade bancária impõe às instituições do seu setor, seus órgãos e funcionários, por serem depositárias de uma vasta gama de informações e documentos, o cumprimento de uma obrigação de confidencialidade relativamente às informações dos seus clientes, que tenham chegado ao seu conhecimento no exercício das suas funções. Essa imposição resulta do regime jurídico do segredo bancário, mas, importa desde já assinalar, que este segredo não traduz apenas um instituto de proteção de interesses de ordem individual, também se encontra relacionado com a proteção de interesses públicos, muitas vezes, relacionados com o bom desenvolvimento do sistema económico e financeiro.

O segredo bancário é um tema de grande complexidade e interdisciplinaridade. A complexidade advém, em parte, do cruzamento de inúmeros princípios normativos fundamentais do nosso sistema jurídico, que se concretizam em necessidades práticas e interesses legítimos das instituições bancárias e dos seus clientes, mas também do próprio Estado e do interesse público em geral.

A interdisciplinaridade faz depender a correta aplicação do regime do sigilo bancário da intervenção de outras ciências sociais e humanas, não se esgotando no campo do Direito. Importa destacar de entre elas, pela sua importância, a Economia. Importância que passaremos a explicar de seguida.

* Jurista. Pós-graduada em Direito Bancário e Mestranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

As economias nacionais e a sua gestão dependem em grande medida do regime jurídico em vigor quanto ao segredo bancário, existindo casos extremos em que as economias dependem exclusivamente dele, como é o caso dos paraísos fiscais. Tal realidade acontece porque o segredo bancário é um suporte do sistema de crédito, do seu regime depende em boa medida o investimento, tendo o poder de promover a atração de capitais e evitar a sua fuga para o estrangeiro².

Como veremos com maior detalhe, este dever de segredo é suscetível de sofrer algumas exceções, não tem caráter absoluto, sendo permitido a sua derrogação em certos casos tipificados na lei.

Propomo-nos com este trabalho analisar o princípio do segredo bancário à luz do ordenamento jurídico português, tanto a nível constitucional, analisando os seus fundamentos, como a nível fiscal, no que diz respeito à sua derrogação para fins tributários.

Neste sentido, o propósito do nosso estudo prende-se, num primeiro momento, com a análise do conceito de segredo bancário, tendo em conta o seu regime legal, tal como se encontra previsto no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

Posteriormente, atentaremos sobre os direitos que este visa proteger, aprofundando a discussão sobre a possível inserção do sigilo bancário ao abrigo do direito à reserva da intimidade da vida privada, fazendo o devido enquadramento legal.

Exposto isso, e depois de enunciar as exceções ao segredo bancário, iremos focar a nossa atenção, exclusivamente, no acesso por parte da Administração Tributária à informação protegida pelo segredo bancário. Demonstrando as razões e princípios do sistema fiscal que poderão justificar esta derrogação administrativa, que se assume como mais um mecanismo anti abuso que visa combater a evasão e fraude fiscal.

1 – O segredo bancário: conceito e enquadramento legal

Antes de abordarmos o sigilo bancário enquanto possível instrumento de proteção de direitos fundamentais ou a sua derrogação pela Administração Tributária, importa compreender o que está em causa quando nos referimos a este dever de segredo sobre as informações bancárias.

² Cfr. TELMO JOSÉ MACEDO ALVES, «O sigilo bancário – Uma perspetiva constitucional em matéria tributária», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 11.

Em termos gerais, a obrigação de sigilo ou segredo é definida pelo Professor Menezes Cordeiro como o dever de não revelar determinados conhecimentos ou informações. O dever de sigilo traduz, assim, uma obrigação de facto negativo, um *non facere*, mas o seu cumprimento pode exigir, consoante a intensidade do dever, atuações positivas, tais como, fechar portas e gavetas, usar cofres ou codificar elementos³. A regra do segredo, enquanto elemento integrante do código deontológico de determinadas profissões, emerge de atividades públicas ou privadas que implicam o conhecimento de factos respeitantes à vida particular de pessoas singulares ou informações respeitantes a pessoas coletivas⁴.

Focando a nossa atenção na atividade bancária, o segredo bancário terá acompanhado desde sempre a profissão de banqueiro. Antes da massificação da atividade bancária existia um estreito relacionamento entre o banqueiro e o cliente, o dever de segredo era uma exigência da relação. Os usos da banca impunham que o banqueiro fosse capaz de exercer a sua profissão sem revelar qualquer informação dos seus clientes, caso contrário, um banqueiro conhecido pela sua indiscrição não seria procurado pelos clientes. Já nos primórdios da profissão, o dever de segredo não correspondia apenas a uma exigência de tranquilidade contratual e de confiança entre partes do negócio bancário, era uma exigência para atração de clientela⁵.

No contexto em que vivemos, é cada vez mais corrente o estabelecimento de relações jurídicas com instituições de crédito ou sociedades financeiras através da celebração de contratos, sejam eles, por exemplo, para aberturas de contas ou pedidos de empréstimos. Ao estabelecer essas relações jurídicas, o cliente fornece obrigatoriamente diversas informações à instituição ou à sociedade, que poderão ser tanto de cariz pessoal como patrimonial. Para além dessas informações diretamente fornecidas pelos clientes, as instituições bancárias têm igualmente acesso a uma vasta gama de informações através da consulta dos movimentos bancários efetuados com cartões de crédito ou outros meios de pagamentos. Com toda essa informação, os bancos conseguem ter perceção de uma parte importante da vida pessoal do cliente porque a conta bancária reflete os hábitos de vida, que pode ir desde o tipo de bens que adquirem, até aos locais que frequentam⁶.

³ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 354.

⁴ Cf. MARIA EDUARDA DE ALMEIDA AZEVEDO, *O segredo bancário e a fiscalidade na ordem jurídica portuguesa*, 2012, p. 213. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/11067/978>.

⁵ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 356.

⁶ Cf. ISABEL AUGUSTA PRATA VAZ AFONSO, *Direito à privacidade e segredo bancário nas ordens jurídicas portuguesa e internacional*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014. Dissertação de Mestrado, p. 5.

Em Portugal, o segredo bancário só acolheu uma referência normativo em 1967, com a criação do Serviço de Centralização de Riscos de Crédito, consagrando expressamente a proibição de se utilizarem os elementos informativos fornecidos pelas instituições de crédito ao Banco de Portugal para outros fins que não os de natureza estatística. O incumprimento do dever de sigilo bancário passou a ser punido pela legislação penal, constituindo um crime de violação de segredo profissional⁷.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 2/78, de 9 de janeiro, apenas existiam diversas normas jurídicas dispersas por vários diplomas legais que regulavam o sigilo bancário. Foi com a Lei n.º 2/78 que o legislador veio formalmente estabelecer o segredo bancário, consagrando a matéria de forma sistemática e unitária, sendo a lei em questão posteriormente revogada pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, que aprovou o Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (RGICSF), diploma que atualmente disciplina o dever de sigilo bancário⁸.

A evolução posterior tem sido marcada por um aumento das exceções tipificadas na lei, que traduz um enfraquecimento do segredo bancário, maioritariamente perante o Estado, por exigências policiais e fiscais⁹.

O sigilo bancário encontra-se atualmente contemplado, enquanto dever de segredo profissional, nos artigos 78.º a 84.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

O n.º 1 do artigo 78.º do RGICSF dispõe que “Os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição o ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”.

O artigo consagra como regra o dever de segredo bancário. Este constitui um tipo de segredo profissional que visa, essencialmente, proibir aos membros dos órgãos de uma instituição de crédito ou sociedade financeira e àqueles que, a qualquer título, a representam, para ela trabalham ou lhe prestam serviços, a

⁷ Cf. MARIA EDUARDA DE ALMEIDA AZEVEDO, *O segredo bancário e a fiscalidade na ordem jurídica portuguesa*, p. 219.

⁸ Cf. JESUÍNO ALCÂNTARA MARTINS, *Derrogação de sigilo bancário*. Conferência, 2015. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B9bfe2caa-0426-4837-9e22-45cf9ab33ef7%7D.pdf>.

⁹ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 363.

divulgação ou utilização dos dados relativos à vida da instituição e as relações desta com os seus clientes¹⁰.

Tais informações, objeto de tutela, só estão sujeitas ao dever de segredo se o seu conhecimento estiver intimamente ligado ao exercício da profissão, isto é, tem de se verificar um nexo de causalidade entre o conhecimento e as funções exercidas. Nestas circunstâncias não se encontram abrangidos pelo dever de segredo os factos conhecidos fora do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços. Por outro lado, os factos de conhecimento público, mesmo quando ligados ao exercício da profissão, não obtêm tutela legal no âmbito da obrigação de segredo bancário por não serem suscetíveis de conhecimento exclusivo por decorrência da função ou serviço exercido¹¹.

Os factos e elementos abrangidos pela obrigação de sigilo não poderão ser revelados ou utilizados independentemente de produzir ou não prejuízos para o titular do direito ao sigilo.

O n.º 2, do mesmo artigo, dispõe que “Estão, designadamente, sujeitos a segredo os nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias”. Neste preceito, de natureza exemplificativa, após a prévia delimitação do âmbito objetivo no n.º 1, a lei enuncia alguns dos factos e elementos abrangidos pela obrigação de sigilo.

Nota-se que, nos termos do n.º 3, o dever de segredo não cessa com o termo das funções ou serviços prestados, sendo indiferente o momento da aquisição da informação, isto é, antes, durante ou após a vigência das relações contratuais¹². Neste sentido, incluem-se igualmente na categoria de clientes os sujeitos que tenham estabelecido relações pré negociais sem ter chegado a celebrar qualquer contrato ou os sujeitos que já tenham cessado relações com a instituição, porque nos dois casos houve transmissão de informações¹³.

Têm sido apresentadas várias definições de segredo bancário.

José Maria Pires, num primeiro momento, definia o segredo bancário como “um dever de discrição sobre a vida pessoal e económica de certas pessoas, nas relações destas com a Banca, tradicionalmente respeitado nos usos e praxes bancários e eventualmente consagrado na legislação reguladora das instituições”.

¹⁰ Cfr. FRANCISCO ROTHES, «Algumas reflexões sobre a derrogação do sigilo bancário e a inspeção tributária suscitadas por um caso concreto», in *Desafios Tributários*, Vida Económica – Editorial, S.A., Porto, 2015, p.78.

¹¹ Cfr. ANA CAROLINA LOPES MARQUES, *O sigilo bancário na relação jurídica fiscal*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 3.

¹² Cfr. LÍLIA MARQUES PAIS, *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 26.

¹³ Cfr. ISABEL AUGUSTA PRATA VAZ AFONSO, *Direito à privacidade e segredo bancário nas ordens jurídicas portuguesa e internacional*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 5.

Posteriormente, tentando partir da noção legal implícita no RGICSF e do CP, o mesmo autor define o segredo bancário como “um dever especial, penalmente protegido, a que estão adstritas determinadas pessoas, de não revelar ou utilizar informações legalmente consideradas confidenciais e cujo conhecimento resulte exclusivamente do exercício de funções ou da prestação de serviços em instituições de crédito.”¹⁴.

Para a Professora Maria Eduarda Azevedo traduz-se num dever de caráter profissional que, incidindo sobre os funcionários da banca, determina a obrigação de não revelar informações sobre a própria instituição ou as relações que esta estabelece com os seus clientes. Esta autora insere o segredo bancário dentro dos deveres integradores da deontologia de certas atividades que implicam o conhecido de factos e elementos da vida privada de pessoas e empresas. Concluindo que “o segredo bancário consiste, assim, na discrição que os bancos, seus órgãos e funcionários hão de observar quanto a informações de natureza pessoal e económica sobre os clientes, exclusivamente colhidas no exercício das respetivas funções”¹⁵.

O autor Noel Gomes também considera o sigilo bancário como um dever profissional. Mas acrescenta que, para além de um dever, o sigilo traduz também um direito com uma pluralidade de titulares. Por um lado, temos o cliente bancário e, por outro, a própria instituição de crédito ou sociedade financeira. Assim sendo, o sigilo bancário constitui um direito subjetivo do cliente porque este tem o poder de impedir que os factos e elementos protegidos sejam aproveitados ou revelados a terceiros da relação jurídica bancário, estabelecida entre o cliente e a instituição, configurando-o como um direito subjetivo absoluto e privado do cliente¹⁶.

Partilhamos da opinião de Telmo José Macedo Alves quando considera que o segredo bancário é o dever de respeito, que abrange o dever de segredo e o dever de não utilizar elementos e informações tuteladas pela proteção. Estão as instituições financeiras, portanto, vinculadas, em relação aos factos e elementos de natureza pessoal e patrimonial que digam respeito à vida interna das instituições ou às relações com os seus clientes, que advenham exclusivamente do exercício das funções bancárias. Mesmo nos casos em que venha a existir incumprimento por parte do cliente, não se chegue a celebrar qualquer con-

¹⁴ In TELMO JOSÉ MACEDO ALVES, «O sigilo bancário – Uma perspetiva constitucional em matéria tributária», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, p. 15.

¹⁵ *Ibidem* p. 16.

¹⁶ Cf. LÍLIA MARQUES PAIS, *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, p. 15.

trato ou, mesmo, depois de o cliente deixar de o ser, por extinção da relação jurídica entre ambos, continua a existir dever de sigilo¹⁷.

O segredo bancário pode, assim, ser definido, segundo o atual regime jurídico português, enquanto segredo profissional, como o dever que as instituições de crédito e sociedades financeiras, seus órgãos e trabalhadores, têm de não revelar, a terceiros da relação jurídica, ou tirar proveito das informações dos seus clientes, que detêm em virtude do exercício da atividade bancária. As informações sujeitas ao sigilo são todas aquelas que o cliente revelar, mas, também, as de que a instituição tomar conhecimento, de forma autónoma, em razão da relação contratual¹⁸.

Por fim, da forma como o segredo bancário está conferido pelo legislador não surge como um direito absoluto, ou seja, um direito insuscetível de sofrer restrições independentemente dos bens e interesses que com ele conflituem. O legislador prevê, para além da própria autorização do cliente para a revelação dos dados e elementos a terceiros, um conjunto de exceções ao dever de sigilo¹⁹.

2 – Os fundamentos constitucionais do dever de segredo bancário

Apresentada a noção do conceito de sigilo bancário, cabe analisar a relação jurídica deste instituto com o catálogo de Direitos Fundamentais da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP). A nossa análise centrar-se, maioritariamente, na discussão de saber se o direito ao sigilo bancário corresponde ou não a uma vertente do direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado no artigo 26.º, n.º 1 da CRP.

A doutrina e a jurisprudência²⁰ têm vindo a reconhecer que o instituto do sigilo bancário visa tutelar uma dupla ordem de interesses. Por um lado, o segredo visa proteger interesses de ordem pública, relacionados com o regular funcionamento da atividade bancária, o qual pressupõe a existência de um clima generalizado de confiança nas entidades bancárias e financeiras, sendo o

¹⁷ Cfr. TELMO JOSÉ MACEDO ALVES, «O sigilo bancário – Uma perspetiva constitucional em matéria tributária», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, p. 17.

¹⁸ Cfr. ISABEL AUGUSTA PRATA VAZ AFONSO, *Direito à privacidade e segredo bancário nas ordens jurídicas portuguesa e internacional*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 6.

¹⁹ Cfr. MARIA EDUARDA DE ALMEIDA AZEVEDO, *O segredo bancário e a fiscalidade na ordem jurídica portuguesa*, p. 224.

²⁰ Cfr. Acórdão do TC n.º 442/2007, de 14 de agosto de 2007, Processo n.º 815/07. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/640158/details/maximized>.

segredo um elemento imprescindível para a criação desse clima de confiança e, indiretamente, para o bom funcionamento da economia²¹. Por outro lado, visa também proteger interesses privados dos clientes, ligados à confidencialidade sobre os dados e as informações da esfera patrimonial e pessoal, e interesses das instituições financeiras, relacionados com o direito ao bom nome, à reputação e a liberdade de iniciativa económica.

Começando pelos interesses de ordem pública que fundamentam a existência e a consagração do segredo bancário. Temos, desde logo, o interesse público do regular funcionamento da atividade bancária, onde se integra a manutenção do interesse fundamental da confiança, que a generalidade das pessoas deposita no sistema financeiro e bancário. É fundamental para o correto funcionamento da economia, já que o sistema de crédito, quer seja na função de captação de aforo ou de financiamento do investimento, constitui uma exigência para o desenvolvimento e crescimento dos recursos. A que somar a isso, a garantia da segurança das poupanças pelo sistema financeiro nacional²².

Com efeito, o Tribunal Constitucional (doravante TC) afirma no Acórdão n.º 278/95 que “a instituição do segredo bancário contribui, assim, juntamente com outros fatores para a criação de um clima de confiança, que se revela de importância fundamental para o corretor e regular funcionamento da atividade creditícia e, em especial, no domínio do incentivo ao aforro”²³.

Também no Acórdão do TC n.º 442/2007 o tribunal identifica a importância deste interesse público ao referir que “O segredo bancário não esperou pela moderna consagração dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais para vigorar na prática bancária. Pode dizer-se que desde sempre esteve institucionalmente presente na actividade deste sector económico, como factor e garantia do funcionamento eficiente do sistema”²⁴.

Por seu turno, a doutrina entende que o segredo bancário, associado ao regular funcionamento da atividade bancária e do próprio sistema financeiro, tem suporte constitucional no artigo 101.º da CRP. Sendo que, para determinado setor da doutrina, este artigo incorpora uma diretriz constitucional dirigida ao Estado para desempenhar um papel ativo no incentivo ao aforro, através

²¹ Cfr. FRANCISCO ROTHES, «Algumas reflexões sobre a derrogação do sigilo bancário e a inspeção tributária suscitadas por um caso concreto», in *Desafios Tributários*, p. 78.

²² Cfr. LÍLIA MARQUES PAIS, *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, p. 18.

²³ In Acórdão do TC, n.º 278/95, de 31 de maio de 1995, processo n.º 510/91. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=11010&pagina=367&nid=7288.

²⁴ In Acórdão do TC, n.º 442/2007, de 14 de agosto de 2007, processo n.º 815/07. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/640158/details/maximized>.

do incremento de medidas destinadas à formação, captação e à segurança das poupanças²⁵.

Podemos acrescentar, como interesse público, o princípio da confiança que caracteriza determinadas profissões, como a de advogado, médico, revisor oficial de contas e, também, segundo alguns autores, não é de todo de excluir a inclusão da profissão de banqueiro. A equiparação destas profissões com a de banqueiro, para aplicação do princípio, justifica-se porque todas elas tocam com aspetos sensíveis da intimidade das pessoas que a eles recorrem. No que diz respeito, em concreto, à atividade bancária, é possível afirmar que o facto da instituição não oferecer a confiança necessária torna a atração e manutenção da clientela muito complicadas²⁶.

Como salienta o Professor Menezes Cordeiro, ninguém recorrerá a estes profissionais se soubesse, de antemão, que o respetivo segredo profissional não é respeitado, nem a sua violação fortemente sancionada. De facto, o sigilo bancário não é uma simples exigência de tranquilidade contratual e de confiança bilateral entre os contratantes, assume-se como uma exigência pública necessária para o funcionamento das instituições²⁷.

Cabe agora analisar os interesses privados que sustentam o sigilo bancário, os quais se desdobram em interesses do cliente e interesses da própria instituição financeira.

Começando pelos interesses das próprias instituições bancárias e financeiras, temos, desde logo, o direito fundamental da liberdade de iniciativa económica, consagrado no artigo 61.º da CRP. Também a reputação da própria instituição merece proteção, estando diretamente em causa os direitos ao crédito e ao bom-nome da pessoa coletiva, numa aplicação conjugada dos artigos 12.º, n.º 2 e 26.º, n.º 1 da CRP.

Por outro lado, o sigilo bancário visa, também e fundamentalmente, a proteção dos interesses privados dos clientes das instituições de crédito e sociedades financeiras. Para estes clientes, o segredo constitui um meio para garantir a discrição sobre os seus dados e informações da esfera pessoal e patrimonial.

Neste âmbito, tendo em conta a relevância que a utilização de contas bancárias assume no quotidiano, podemos encontramos uma eventual tutela constitucional, alvo de bastante controvérsia, do segredo bancário no direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP²⁸.

²⁵ Cfr. NOEL GOMES, *Segredo bancário e Direito fiscal*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 123.

²⁶ Cfr. LÍLIA MARQUES PAIS, *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, pp. 64-66.

²⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 354-355.

²⁸ Este artigo dispõe que “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à

Apesar da consagração expressa, a Constituição não estabelece o conteúdo e o alcance do direito, nem define o conceito “intimidade”²⁹.

Podemos identificar dinâmicas que explicam o acréscimo do valor da informação bancária face ao passado. A dinâmica económica levou à crescente desmaterialização da moeda, ou seja, os meios de pagamento eletrónico ganham importância face à moeda física. Este fenómeno leva a que as instituições financeiras acumulem registos das operações económicas dos seus clientes. Em segundo, temos a dinâmica estratégica que, tendo por base estratégias de investigação das autoridades judiciais e os órgãos de polícia criminal, pretende identificar e reconstruir a rota dos benefícios económicos do crime, através da cedência do direito ao segredo bancário perante um interesse público preponderante³⁰.

Cumpre-nos, neste momento, analisar o sigilo bancário na sua possível vertente de proteção da intimidade da vida privada, verificando quais são os seus alicerces constitucionais, recolhendo doutrina e jurisprudência relevante para tomar posição quanto à eventual tutela constitucional do sigilo bancário.

Considerar o segredo bancário como um direito fundamental é uma questão aceite maioritariamente pela doutrina. Dentro da doutrina que admite o segredo enquanto manifestação do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, a divergência verifica-se na abordagem distinta dos diversos autores quanto a saber o conteúdo e alcance atribuído ao direito à reserva da intimidade da vida privada, sendo a extensão concedida a esse direito que delimita a tutela conferida ao segredo bancário³¹.

A controversa limita-se, maioritariamente, à questão de saber se este direito constitucionalmente protegido se restringe a uma dimensão estritamente pessoal, conceção restrita, ou, se também, abrange a dimensão patrimonial e económica do cliente, conceção ampla, respeitante, nomeadamente, às informações referentes às contas bancárias e movimentações económicas.

O Professor Saldanha Sanches nega a possibilidade de o segredo bancário corresponder a uma vertente do direito fundamental à intimidade da vida privada, pois entende que o segredo encontra o seu fundamento na esfera da

palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

²⁹ Cf. RICARDO FILIPE CASQUINHA MONTEIRO, *O sigilo bancário e a fraude fiscal: interrelação científica e dogmática*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015. Dissertação de mestrado, p. 69.

³⁰ Cf. FREDERICO MACHADO SIMÕES, «Quebra do segredo bancário na investigação da criminalidade organizada», in *O Direito*, Ano 150, III, Almedina, Coimbra, 2018 pp. 548-550.

³¹ Cf. ANA CAROLINA LOPES MARQUES, *O sigilo bancário na relação jurídica fiscal*, pp. 59-60.

privacidade e não da intimidade, não podendo ser objeto de tutela constitucional ao abrigo do artigo 26.º, da CRP³². Nestes termos, entende que existe uma distinção entre a intimidade da vida pessoal e familiar, núcleo central da esfera de cada pessoa que não é reconduzível à vida profissional e económica, e a reserva que pode acompanhar a vida privada, a qual pode ser objeto de disponibilidade implícita.

O autor conclui que o segredo bancário não pode encontrar fundamento no direito à intimidade da vida privada porque o acesso a essa esfera está vedado aos próprios bancos, ou seja, as instituições bancárias não podem exigir informações de carácter estritamente pessoal, que vá além da esfera patrimonial do cliente. Assim sendo, o segredo bancário tem natureza meramente patrimonial³³.

Por seu turno, o Professor Casalta Nabais considera que o segredo bancário encontra o seu fundamento na esfera da privacidade, onde se encontram abrangidos os dados de natureza económica, e não da intimidade. Portanto, distingue consoante exista uma ligação mais forte ao valor da liberdade, que se reconduz a esfera pessoal, ou ao valor da propriedade, que corresponde a uma esfera negocial³⁴.

Os restantes autores citados admitem o segredo enquanto manifestação do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, mas divergem quanto à sua extensão.

Numa posição que podemos considerar como intermédia, a Professora Maria Fernanda Palma, defende que o segredo bancário exprime uma dimensão conjunta dos direitos de propriedade, à privacidade e dos interesses associados à liberdade de iniciativa económica. Poder-se-ia, assim, distinguir um valor pessoal da vida privada patrimonial e um valor económico associado à liberdade de iniciativa económica. Admite, no entanto, que a informação bancária pode relevar aspetos da vida pessoal associados à identidade patrimonial. Mas com a advertência que a vida patrimonial, por não integrar a mesma esfera de valores da vida íntima, não goza do mesmo nível de proteção. E, por isso, a intrusão na esfera patrimonial não pode ter o mesmo desvalor porque não está em causa a esfera absolutamente intocável da dignidade da pessoa humana, mas apenas aspetos relevantes para o desenvolvimento da atividade patrimonial e negocial³⁵. Considera ainda que, quando as informações atinjam conhecimentos

³² Cfr. FREDERICO MACHADO SIMÕES, «Quebra do segredo bancário na investigação da criminalidade organizada», in *O Direito*, p. 446.

³³ Cfr. LÍLIA MARQUES PAIS, *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, pp. 22-24.

³⁴ Cfr. ANA CAROLINA LOPES MARQUES, *O sigilo bancário na relação jurídica fiscal*, pp. 47-48.

³⁵ Cfr. FREDERICO MACHADO SIMÕES, «Quebra do segredo bancário na investigação da criminalidade organizada», in *O Direito*, pp. 446-447.

sobre a vida pessoal, como será o caso com os registos de despesas e depósitos ou transações que podem indiciar modos de comportamento pessoal, poderá ser afetada a imagem social e o relacionamento pessoal do cliente³⁶.

Noel Gomes adota uma conceção ampla do direito à reserva da intimidade da vida privada, abrangendo dados relativos à vida pessoal, mas, também, da vida patrimonial dos clientes e, por isso, o segredo bancário constitui um instrumento direto de garantia do direito fundamental em causa³⁷.

O Professor Leite de Campos, afirma que “uma parte da vida pessoal do cidadão está espalhada na sua conta bancária. (...) O que cada um veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os restaurantes que frequenta; as viagens que realiza; como decora a casa; o estudo dos filhos; (...) as próprias aventuras extraconjugais, tudo é relatável através de uma consulta perspicaz da sua conta bancária”. Concluindo que “conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; é ter o ponto de partida para conhecer o outro”³⁸.

O segredo bancário pode ainda proteger outros interesses privados dos clientes, tais como a imagem, o bom nome, a honra, o crédito e a dignidade dos titulares do direito ao segredo³⁹. O Professor Menezes Cordeiro identifica como bem jurídico a tutelar, para além da intimidade da vida privada e familiar, a integridade moral das pessoas, por referência ao artigo 25.º da CRP, afirmando que “A revelação do depósitos, movimentos e despesas pode ser fonte de pressão, de troça ou de suspeição”⁴⁰. Nestes casos, também se exige a preservação e tutela do segredo bancário.

Apesar da controvérsia que tem persistido na doutrina, a jurisprudência tem-se debruçado sobre a temática seguindo uma linha de continuidade.

A orientação da jurisprudência do TC tem-se mantido fiel à ideia de que os dados e elementos na posse das instituições bancárias, e como tal protegidos pelo segredo bancário, integram a reserva da vida privada, como atestam diversos Acórdãos.

É de realçar, pela sua importância e seu carácter inovador, o Acórdão n.º 278/95, em que o TC afirmou que “tendo em conta a extensão que assume na vida moderna o uso de depósitos bancários em conta corrente, é, pois, de

³⁶ Cfr. MARIA FERNANDA PALMA, «Perspetivas constitucionais em matéria de segredo bancário», in *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 189-196.

³⁷ Cfr. LÍLIA MARQUES PAIS, *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, pp. 22-23.

³⁸ In LÍLIA MARQUES PAIS, *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, p. 22.

³⁹ Cfr. TELMO JOSÉ MACEDO ALVES, «O sigilo bancário – Uma perspetiva constitucional em matéria tributária», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, pp. 19-20.

⁴⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 336.

crer que o conhecimento dos seus movimentos ativos e passivos reflete grande parte das particularidades da vida económica, pessoal ou familiar dos respetivos titulares. Através da investigação e análise das contas bancárias, torna-se, assim, possível penetrar na zona mais estrita da vida privada. Pode dizer-se, de facto, que, na sociedade moderna, uma conta corrente pode constituir “a biografia pessoal em números”⁴¹.

A orientação do tribunal foi no sentido de que a situação económica do cliente, espalhada na sua conta bancária, faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada. Surgindo o sigilo bancário como um instrumento de garantia desse direito. O que se justifica na medida em que, hoje em dia, o direito bancário acompanha quase todas as operações patrimoniais e grande parte dos cidadãos adquire o estatuto de cliente bancário. As informações que as instituições de crédito e sociedades financeiras detêm, que dizem respeito às contas de depósito, seus movimentos e às operações bancárias, cambiais e financeiras, constituem uma dimensão essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada. O banqueiro consegue facilmente, através da análise dos movimentos das contas de depósito ou dos movimentos com cartões, seguir a vida das pessoas⁴².

De facto, como salientou o TC, no Acórdão n.º 442/2007, “não é apenas, nem é tanto, o conhecimento da situação patrimonial, em si mesma, que pode ser intrusivo da privacidade. O que sobremaneira importa é o facto de esse conhecimento, numa época em que se vulgarizou e massificou a realização de transacções através dos movimentos em conta, designadamente pela utilização de cartões de crédito e de débito – o chamado «dinheiro de plástico» – propiciar um retrato fiel e acabado da forma de condução de vida, na esfera privada, do respectivo titular.”. Concluindo que o sigilo bancário deve ser constitucionalmente tutelado como instrumento de garantia de dados referentes à vida pessoal, de natureza não patrimonial, que, de outra forma, seriam indiretamente revelados, cabendo no âmbito de proteção do direito à reserva da vida privada⁴³.

Deste modo, o Tribunal Constitucional adota uma conceção ampla de intimidade da vida privada que abarca, para além da dimensão estritamente pessoal, a dimensão económica e patrimonial. Esta posição, ao conferir dignidade

⁴¹ In Acórdão do TC n.º 278/95, de 31 de Maio de 1995, Processo n.º 510/91. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=11010&pagina=367&nid=7288.

⁴² Cfr. PEDRO JOAQUIM CARDOSO RIBEIRO, *Dados bancários enquanto dados sensíveis*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2011. Dissertação de Mestrado, pp. 12-13.

⁴³ In Acórdão do TC n.º 442/2007, de 14 de agosto de 2007, Processo n.º 815/07. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/640158/details/maximized>.

constitucional ao sigilo bancário, enquanto dimensão do direito à reserva da intimidade da vida privada, caracteriza qualquer restrição ao sigilo como uma verdadeira restrição a um direito fundamental.

A posição tem sido reforçada mais recentemente, entre outros, no Acórdão n.º 145/2014⁴⁴, ao concluir que o fundamento primário, para integrar o sigilo bancário no direito fundamental consagrado no artigo 26.º da CRP, é que a posição económica de cada um ser uma projeção externa da pessoa, constituindo um dado individualizador da sua identidade⁴⁵.

Traçado o panorama doutrinário e jurisprudencial, cabe tomar posição. Adotamos a posição de que o sigilo bancário se reconduz a uma dimensão do direito à intimidade, sendo, por isso, merecedor de proteção constitucional, ao abrigo do artigo 26.º da CRP, mas também, ao abrigo do artigo 25.º, n.º 1 da CRP, quanto à integridade moral das pessoas, que seria igualmente posta em causa, quando ocorra uma violação da intimidade por terceiros. Com o instituto do segredo bancário pretende-se impedir a divulgação de informações respeitantes ao cliente e, por outro lado, vedar o acesso por terceiros a situações da vida privada e familiar.

Quanto à questão de saber que tipos de informações merecem proteção, partilhamos o entendimento da doutrina que admite uma conceção ampla do direito à reserva da intimidade da vida privada, que abarca aspetos relativos à vida pessoal e à vida patrimonial e económica do cliente.

Repare-se que, na atualidade as operações económicas de cada um são efetuadas quase exclusivamente através de contas bancárias, nesse panorama todas as informações fornecidas pelos clientes constituem, ainda que indiretamente, um modo de revelação de aspetos da vida íntima de cada um. O sigilo bancário não serve apenas para proteger informação relativa à situação económica dos titulares das contas, tutela antes aspetos que respeitam à privacidade de cada um⁴⁶.

Não podemos, nem conseguimos, separar os elementos da vida pessoal do cliente dos elementos da sua vida patrimonial porque aceder aos dados bancários permite aceder a uma biografia do consumo do mesmo. Isto é, consegui-

⁴⁴ Cfr. Acórdão do TC n.º 145/2014, de 13 de fevereiro de 2014, Processo n.º 521/2013. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=%BA&ficha=263&pagina=10&exacta=&nid=11672.

⁴⁵ Cfr. RICARDO FILIPE CASQUINHA MONTEIRO, *O sigilo bancário e a fraude fiscal: interrelação científica e dogmática*, p. 72.

⁴⁶ Cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, «A orientação da investigação para a descoberta dos benefícios económicos e o sigilo bancário», in 2.º Congresso de Investigação Criminal, Almedina, Coimbra, 2010, pp 202-204.

mos saber o que cada um veste, os restaurantes que frequenta, as viagens que realiza, entre outros. Tudo é revelado através da consulta perspicaz da sua conta bancária.

Pode assim afirmar-se que o segredo bancário protege a esfera da intimidade dos clientes das instituições de crédito e sociedades financeiras, correspondendo a um direito constitucionalmente protegido, ao qual se aplica o regime dos direitos, liberdades e garantias.

3 – Limitações ao segredo bancário: em especial, para fins tributários

Apesar do que ficou dito e da colocação do segredo bancário ao abrigo do direito à intimidade da vida privada, este não tem caráter absoluto, não prevalece de forma automática sobre os interesses em conflito.

Como salientou o TC nos Acórdãos n.º 278/95 “o segredo bancário não é um direito absoluto, antes pode sofrer restrições impostas pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Na verdade, a tutela de certos valores constitucionalmente protegidos pode tornar necessário, em certos casos, o acesso aos dados e informações que os bancos possuem relativamente às suas relações com os clientes”⁴⁷, e no n.º 607/2003, ao referir que “importa, em todo o caso, reconhecer que tal direito não pode configurar-se, em absoluto, como um direito ilimitável e irrestringível perante outros direitos ou interesses que, sub species constitutionis, se tenham por legítimos.”⁴⁸

No mesmo sentido se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de fixação de jurisprudência n.º 2/2008, ao afirmar que “Porém, esse direito ao sigilo, embora com cobertura constitucional, não é um direito absoluto, até porque, pela sua referência à esfera patrimonial, não se inclui no círculo mais íntimo da vida privada das pessoas, embora com ele possa manter relação estreita. Pode, pois, ter de ceder perante outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, cuja tutela imponha o acesso a informações cobertas pelo segredo bancário”⁴⁹.

⁴⁷ In Acórdão do TC n.º 278/95, de 31 de Maio de 1995, Processo n.º 510/91. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=11010&pagina=367&nid=7288.

⁴⁸ In Acórdão do TC n.º 607/2003, de 5 de dezembro de 2003, Processo n.º 594/03. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html>.

⁴⁹ In Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 2/2008, de 13 de fevereiro de 2008, Processo n.º 894/07-3. Disponível em https://dre.pt/pesquisa/-/search/246534/details/maximized?print_preview=print-preview.

Acompanhamos a mesma linha de entendimento, considerando que este dever de sigredo, que recai sobre os membros das instituições de crédito e sociedade financeiras, é suscetível de sofrer exceções, nos casos em que se impõe salvaguardar outros valores e interesses constitucionalmente protegidos, que conflituem com o direito ao sigilo.

Como veremos em maior detalhe, pode ser permitido, em certos casos tipificados na lei, o levantamento do dever por parte da Administração Tributária.

Nas relações privadas, o sigilo bancário só cede em face de quem tenha um direito de interesse superior relativamente ao bem jurídico tutelado pelo dever de sigredo. É o que acontece, por exemplo, com herdeiros do cliente ou seus credores em processo executivos, aos quais não pode ser oposto o sigilo ou, ainda, para se fixar pensão de alimentos. Ou em situações em o sigilo perde o seu alcance, como é o caso nas relações internas entre a instituição e seus trabalhadores⁵⁰.

No direito público a quebra do sigredo exige razões de interesse geral, temos por exemplo, os casos específicos do branqueamento de capital, que designa, em geral, a utilização de banqueiros para dissimular a origem ilícita da obtenção de fundos, ligado ao crime organizado e ao tráfico de droga, e o caso da fuga fiscal⁵¹.

As diversas exceções, que consubstanciam circunstâncias em que as entidades bancárias e financeiras poderão revelar a terceiros da relação os elementos cobertos pelo dever de sigilo, estão contempladas no artigo 79.º do RGICSF.

Desde logo, o n.º 1 permite, por ser um direito disponível, que o cliente autorize a revelação das suas informações a terceiros da relação estabelecida com a instituição financeira, deste modo, restringindo a esfera de proteção do seu direito à privacidade. Traduz-se somente numa autorização, não consideramos que corresponda a uma verdadeira exceção, será um caso de simples dispensa⁵².

A permissão que o Estado e outras entidades públicas passam a ter para aceder às informações do cliente, mediante consentimento do mesmo, traduz um enfraquecimento voluntário do direito de personalidade do cliente, estando abrangido pelo disposto no artigo 81.º Código Civil.

A autorização deve ser transmitida pelo cliente à instituição, de qualquer forma, oralmente ou por escrito, perante o caso concreto. Não é admissível a autorização genérica, que poderia ocorrer no momento da abertura de conta,

⁵⁰ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 375-378.

⁵¹ Cf. MARIA EDUARDA DE ALMEIDA AZEVEDO, *O sigredo bancário e a fiscalidade na ordem jurídica portuguesa*, pp. 217-218.

⁵² Cf. LÍLIA MARQUES PAIS, *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, p. 28.

por representar uma renúncia antecipada a um direito, vedada pelo ordenamento jurídico no artigo 809.º do Código Civil⁵³.

Embora a lei não o afirme expressamente, o sigilo poderá ceder mediante autorização da própria instituição nos casos em que a informação só diga respeito à vida da própria instituição.

Para além desta situação, no n.º 2 do artigo 79.º do RGICSF estão elencadas as outras situações em que o dever de sigilo pode ser derrogado independentemente da vontade do titular do direito:

2 – Fora do caso previsto no número anterior, os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados:

- a) Ao Banco de Portugal, no âmbito das suas atribuições;*
- b) À Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, no âmbito das suas atribuições;*
- c) À Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, no âmbito das suas atribuições;*
- d) Ao Fundo de Garantia de Depósitos, ao Sistema de Indemnização aos Investidores e ao Fundo de Resolução, no âmbito das respetivas atribuições;*
- e) Às autoridades judiciais, no âmbito de um processo penal;*
- f) Às comissões parlamentares de inquérito da Assembleia da República, no estritamente necessário ao cumprimento do respetivo objeto, o qual inclua especificamente a investigação ou exame das ações das autoridades responsáveis pela supervisão das instituições de crédito ou pela legislação relativa a essa supervisão;*
- g) À administração tributária, no âmbito das suas atribuições;*
- h) Quando exista outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo.*

O Professor Noel Gomes defende que não é um elenco taxativo fechado porque o legislador não teve a intenção de excluir a consideração e a ponderação da possível existência de colisão de direitos, abuso de direitos, boa fé e as causas de exclusão de ilicitude⁵⁴.

No âmbito do nosso trabalho, cumpre-nos atender exclusivamente à alínea g), que prevê que os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo possam ser revelados “À administração tributária, no âmbito das suas atribuições”. A exceção foi expressamente consagrada no RGICSF com a alteração introduzida pela Lei n.º 94/2009, de 1 de setembro. Segundo a doutrina, antes de ter

⁵³ Cfr. MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «As alterações ao regime geral das instituições de crédito: o fim da era do sigilo bancário», in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, Número 7/8, julho/dezembro, Almedina, Coimbra, 2012, p. 439.

⁵⁴ Cfr. NOEL GOMES, *Segredo bancário e Direito fiscal*, p. 41.

previsão expressa numa alínea própria integrava-se no grupo das outras exceções legais, previstas atualmente na alínea h), operava através da remissão para os limites impostos pelo direito fiscal.

O sistema bancário, por acompanhar quase todas as operações patrimoniais, é naturalmente chamado a colaborar com o Estado ou entidades públicas quando exista na sociedade um interesse geral, preponderante e superior, como acontece na verificação e repressão da fuga fiscal. A derrogação do sigilo pela Administração Tributária assume-se como um mecanismo anti abuso que visa combater a evasão e fraude fiscais. Neste contexto, a tendência de grande parte das legislações modernas tem sido dotar o Estado de faculdades para intervir na atividade económica dos cidadãos, a fim de determinar corretamente os tributos e evitar e reprimir comportamentos ilícitos⁵⁵.

Importa começar por uma breve referência à evolução legislativa. Antes da entrada em vigor da Lei Geral Tributária (doravante LGT), que consagra os princípios gerais e regras fundamentais do sistema fiscal, o regime começou por ser muito rígido e restrito, o acesso à informação bancária dependia de decisão do juiz do tribunal judicial, proferida em face de um pedido fundado do inspetor tributário titular do procedimento de inspeção em que a informação bancária em causa se revelasse necessária, como constava do artigo 34.º, do Decreto-Lei n.º 363/78, de 28 de fevereiro.

Inicialmente, os casos em que a Administração tinha acesso a informações protegidas pelo segredo bancário eram muito residuais, como constava do artigo 63.º, n.º 2 da LGT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, só permitia a derrogação do sigilo pelas autoridades fiscais mediante prévia autorização judicial. A Administração Tributária só passou a ter acesso à informação bancária através de ato administrativo com as alterações introduzidas na LGT pela Lei Orçamental n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro.

A lei n.º 37/2010, de 2 de setembro, clarificou a derrogação do sigilo bancário sem autorização judicial no n.º 3 do artigo 63.º da LGT, ao estabelecer que “Sem prejuízo do número anterior, o acesso à informação protegida pelo sigilo bancário e pelo sigilo previsto no Regime Jurídico do Contrato de Seguro faz-se nos termos previstos nos artigos 63.º-A, 63.º-B e 63.º-C”, em face dos demais segredos que mantiveram o regime de prévia autorização judicial, “O acesso à informação protegida pelo segredo profissional ou qualquer outro dever de sigilo legalmente regulado depende de autorização judicial, nos termos da legislação aplicável.”, n.º 2 do artigo 63.º da LGT.

⁵⁵ Cf. ANTÓNIO MANUEL CLEMENTE LIMA, «O novo regime do sigilo bancário», in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 535.

No regime vigente, as situações em que a Administração Tributária pode aceder a informações protegidas pelo sigilo, sem prévia autorização judicial ou consentimento do interessado, estão previstas nas alíneas do n.º 1 do artigo 63.º-B da LGT, o n.º 2 contempla um caso especial.

São pressupostos dessa derrogação, com exceção da situação previsto na alínea h), que as decisões da Administração Tributária, da competência do diretor geral da Autoridade Tributária e Aduaneira, dos seus substitutos legais, sem possibilidade de delegação, sejam fundamentadas com menção dos motivos que as justificam, n.º 4 do artigo 63.º-B⁵⁶. Implica ainda que decorra no âmbito de uma ação de fiscalização tributária, em que se recolham indícios de incumprimento de deveres de colaboração do sujeito passivo. A derrogação terá, por fim, de ser necessária, adequada e proporcionada ao apuramento da situação tributária visada na inspeção, só nestes termos constituirá um instrumento lícito.

Como resulta desta breve evolução legislativa, nos últimos anos, diversos diplomas legislativos têm aprovado alterações à LGT com vista a flexibilizar o acesso às informações bancárias pelas entidades tributárias, ampliando o número situações em que é possível o levantamento do sigilo sem autorização judicial, apenas por mero ato administrativo⁵⁷. O regime de derrogação do segredo bancário pela Administração Tributária tem-se tornado cada mais flexível e permissivo para dotar a Administração dos poderes necessários para controlar e fiscalizar as informações fornecidas pelos contribuintes.

As modificações legais criaram um regime especial, de carácter excecional, para o domínio tributário em relação àquilo que é aplicado noutros ramos do Direito. De facto, só nas situações tipificadas na LGT é que é permitido um acesso direto por parte da Administração Tributária às informações bancárias protegidas pelo sigilo, sem autorização judicial. No âmbito civil e penal a derrogação do sigilo continua a depender de uma intervenção judiciária⁵⁸.

Já tivemos oportunidade de destacar a necessidade de atender a outros valores e interesses que se opõem ao sigilo bancário, nomeadamente, interesses ligados à administração fiscal, que poderão legitimar a sua derrogação, colidindo diretamente com os interesses que o fundamentam. Podemos desde já apontar as exigências primárias de obtenção de receitas, para suportar as despesas públicas, e a justa repartição dessas despesas por todos os cidadãos⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. FRANCISCO ROTHES, «Algumas reflexões sobre a derrogação do sigilo bancário e a inspeção tributária suscitadas por um caso concreto», in *Desafios Tributários*, pp. 84-85.

⁵⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 393-395.

⁵⁸ Cfr. RICARDO FILIPE CASQUINHA MONTEIRO, *O sigilo bancário e a fraude fiscal: interrelação científica e dogmática*, p. 85.

⁵⁹ Cfr. LÍLIA MARQUES PAIS, *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, p. 7.

Cumprir ter presente que o sistema fiscal visa, em primeira linha, a obtenção de receitas para suporte das despesas públicas e a realização dos fins do Estado Social de Direito, artigo 103.º, n.º 1 da CRP. É neste contexto, de Estado Intervencionista, que se impõe aos cidadãos o dever fundamental de pagar impostos⁶⁰. Em paralelo à obtenção de receitas, o sistema social ainda tem um objetivo social que se traduz na justa repartição dos rendimentos e da riqueza, previsto no artigo 103.º, n.º 1, 1.ª parte.

A justa, equitativa e igual repartição das despesas públicas, derivada do princípio da igualdade fiscal e concretiza-se através da aplicação do critério da capacidade contributiva, nos termos do qual as pessoas devem ser tributadas de acordo com a sua capacidade contributiva, n.º 1, artigo 4.º da LGT.

A tributação dos rendimentos no nosso sistema fiscal assenta no apuramento da matéria coletável, com base na declaração tributária fornecida pelo próprio contribuinte, imposta pelos deveres de colaboração. O princípio da tributação segundo a declaração do contribuinte exige que a Administração Tributária disponha de mecanismos para fiscalizar e comprovar a veracidade das declarações, sob pena de se frustrarem os objetivos e princípios do sistema fiscal.

O levantamento do sigilo bancário pela Administração Tributária destinar-se-á a aferir o cumprimento da obrigação de declaração de todos os rendimentos do contribuinte, por forma a garantir que todos os contribuintes cumprem o seu dever de pagar impostos, assegurando o princípio da igualdade fiscal.

Com efeito, na atualidade, a quebra do sigilo bancário é um instrumento relevante na prossecução de certas finalidades fiscais. Permite que a administração fiscal confirme a veracidade das informações declaradas pelos contribuintes e proceda à devida correção, por forma a evitar situações de evasão e fraude fiscais, que conduzem a perdas de receitas para o Estado e, conseqüentemente, uma sobrecarga para os restantes contribuintes⁶¹. Perante o desequilíbrio das contas públicas, consequência de fraudes fiscais, o Estado, a par da possibilidade de proceder ao aumento dos impostos, só encontra como outra alternativa o reforço dos poderes de fiscalização da Administração Tributária⁶².

O controlo realizado pela Administração Tributária justifica-se para proteger o bem constitucionalmente protegido da distribuição equitativa da contribuição para os gastos públicos e do dever fundamental de pagar impostos. Ao controlo não podem ser subtraídos, em absoluto, todas as informações bancárias protegidas pelo sigilo porque a conta bancária do contribuinte contém ele-

⁶⁰ Cfr. FRANCISCO ROTHES, «Algumas reflexões sobre a derrogação do sigilo bancário e a inspeção tributária suscitadas por um caso concreto», in *Desafios Tributários*, pp. 80-81.

⁶¹ Cfr. ANA CAROLINA LOPES MARQUES, *O sigilo bancário na relação jurídica fiscal*, pp. 9-11.

⁶² Cfr. LÍLIA MARQUES PAIS, *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, p. 11.

mentos sobre o seu rendimento e património que poderão ser essenciais para apreciar a veracidade das declarações prestadas⁶³.

Neste sentido, o sigilo não pode ser um meio para que os contribuintes pratiquem atividades ilícitas, como defende José Silva Lopes ao afirmar que “o direito à privacidade não deve ser utilizado para que uns contribuintes pratiquem, ao abrigo do sigilo bancário, delitos fiscais que, indiretamente, prejudicam os demais contribuintes”. Mas também não se justifica aniquilar totalmente esse direito dos clientes das instituições de crédito e sociedades financeiras⁶⁴.

Nesta perspetiva, o acesso administrativo aos elementos bancários dos contribuintes não corresponde a um acesso irrestrito por parte da Administração Tributária e só poderá ser utilizado para fins tributários. A dispensa de autorização judicial só se verifica quando estejam preenchidos determinados pressupostos, sob pena de violar direitos fundamentais do cliente e da entidade bancária ou financeira.

E, por consubstanciar uma restrição a direitos fundamentais, deve ser baliçada pelas normas da LGT que a permitem e, posteriormente, terá de ser feita uma ponderação dos interesses em causa, de modo a verificar se a restrição é justificada e admissível⁶⁵.

A derrogação sem autorização judicial é suscetível de levantar algumas dúvidas quanto à sua compatibilidade constitucional, por estarmos perante uma restrição a um direito fundamental. A questão continua a suscitar debates, confrontam-se, por um lado, os partidários da prevalência dos poderes tributários e, por outro, os defensores da manutenção de um segredo bancário forte.

Do lado dos partidários da prevalência dos poderes da Administração Tributária, posicionam-se autores, como José Saldanha Sanche e João Gama, que defendem que, existindo uma obrigação de declaração da totalidade dos rendimentos, tem de existir um mecanismo eficaz de que a Administração Tributária possa lançar mão para verificar a veracidade das declarações dos contribuintes. Nesta linha de entendimento, o conhecimento da conta bancária é uma mera consequência do princípio da tributação segundo a declaração do contribuinte.

Enquanto defensores da manutenção do segredo bancário, temos, em primeiro, o Professor Menezes Cordeiro, que aponta o regime de derrogação sem controlo judicial como uma anomalia na nossa ordem jurídica, por entrar em

⁶³ Cf. FRANCISCO ROTHES, «Algumas reflexões sobre a derrogação do sigilo bancário e a inspeção tributária suscitadas por um caso concreto», in *Desafios Tributários*, pp. 81-82.

⁶⁴ Cf. RICARDO FILIPE CASQUINHA MONTEIRO, *O sigilo bancário e a fraude fiscal: interrelação científica e dogmática*, p. 75.

⁶⁵ Cf. ANA CAROLINA LOPES MARQUES, *O sigilo bancário na relação jurídica fiscal*, p. 15.

contradição com a defesa dos direitos fundamentais e com o regime do sigilo bancário em geral.

Maria Eduarda de Almeida Azevedo considera que a derrogação do dever de segredo sem necessidade de autorização judicial levantar dúvidas sobre a sua constitucionalidade, por não serem evidentes as razões que levam a Administração a não passar por um juiz, tanto mais que podia prever-se para o efeito um processo acelerado⁶⁶.

Como já tivemos oportunidade de referir, as alterações legislativas vieram criar um regime excecional face ao que se verifica em outros ramos do Direito, em que continua a ser indispensável a autorização judicial para a derrogação do sigilo bancário. Dai que a derrogação sem autorização judicial só deveria ser usada em casos excecionais.

Consideramos, portanto, que, a Administração Tributária só deverá proceder ao levantamento do segredo bancário sem autorização judicial, restringindo direitos fundamentais do contribuinte, nos casos em que a informação necessária seja indispensável e não seja possível obtê-la através de outros meios menos intrusivos e que melhor garantem a reserva da intimidade da vida privada do contribuinte. Ou seja, durante o processo de fiscalização para apuramento da situação tributária do contribuinte, a Administração Tributária estará sujeita ao rigoroso regime de restrição de direitos, liberdades e garantias, que impõem entre outros, o respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Conclusões

Concluído o nosso estudo, cumpre agora destacar os pontos mais importantes que fomos desenvolvendo ao longo do trabalho.

Importa começar por definir o segredo bancário como sendo o dever que as instituições de crédito e sociedades financeiras, seus órgãos e trabalhadores, têm de não revelar as informações que detêm dos seus clientes em virtude do exercício da profissão, a terceiros da relação jurídica, nem utilizar as mesmas, quer sejam elas de natureza pessoal ou patrimonial.

O instituto jurídico em análise visa proteger uma dupla ordem de interesses, são esses interesses que fundamentam a existência e consagração do dever de segredo bancário. Por um lado, existem interesses de ordem pública, relacionados com o regular funcionamento da atividade bancária, que pressupõe a

⁶⁶ Cf. MARIA EDUARDA DE ALMEIDA AZEVEDO, *O segredo bancário e a fiscalidade na ordem jurídica portuguesa*, pp. 230-231.

existência de um clima de confiança da sociedade nas instituições de crédito e sociedades financeiras.

Por outro lado, temos os interesses privados do cliente e da própria instituição bancária ou financeira. Quanto à instituição, os interesses privados estão relacionados com o direito ao bom nome, à reputação e à liberdade de iniciativa económica.

Os interesses do cliente têm suscitado maior discussão na doutrina. Tentamos responder à pergunta de saber se o segredo bancário corresponde ou não a uma vertente do direito à reserva da intimidade da vida privada do cliente.

Chegamos à conclusão de que o sigilo bancário se reconduz a uma dimensão ampla do direito à intimidade, portanto, tanto as informações relativas à vida pessoal como às da vida patrimonial e económica do cliente merecem proteção constitucional ao abrigo do artigo 26.º, n.º 1 da CRP. Adotamos uma conceção ampla do direito à intimidade por não ser possível separar os elementos da vida pessoal do cliente, dos elementos da sua vida patrimonial. A análise detalhada da conta bancária permite aceder a uma biografia do consumo do cliente, ficamos a saber, por exemplo, o que ele veste, quais são os restaurantes frequenta, que viagens realiza. Neste sentido, só com o acesso aos elementos patrimoniais são revelados aspetos da vida íntima do cliente.

Como tivemos oportunidade de referir, o segredo bancário não é um direito absoluto, está configurado pelo legislador como um direito suscetível de sofrer restrições nos casos em que se impõe salvaguardar outros valores e interesses constitucionalmente protegidos.

No contexto económico atual, em que se registam níveis elevados de evasão e fraude fiscal, a tendência legislativa nos últimos anos tem sido de flexibilizar o acesso às informações bancárias pela Administração Tributária, dotando a Administração de um poder inspetivo eficaz para fiscalizar a veracidade das declarações dos contribuintes.

As modificações legais criaram um regime especial para o domínio tributário, permitindo, nas situações tipificadas na LGT, um acesso direto por parte da Administração Tributária às informações bancárias protegidas pelo dever de sigilo, com dispensa de autorização judicial.

Não obstante a necessidade de combater as ilegalidades tributárias, o segredo bancário, por revestir grande importância para a atividade bancária e para a vida dos clientes, não pode corresponder a um acesso ilimitado. A derrogação deve obedecer aos vários requisitos impostos pela lei tributária e pelo regime de restrições dos direitos, liberdades e garantias previsto na Constituição.

Embora, o levantamento da obrigação de segredo continue a suscitar bastante controvérsia e se afigura como uma ferramenta invasiva de direitos constitucionalmente consagrados, o atual panorama nacional e comunitário leva

a querer que será mantida a tendência de continuar a flexibilizar o regime de acesso, para combater e prevenir todo o tipo ilegalidades que possam estar escondidas pela relação entre o cliente e a entidades bancária ou financeira.

Bibliografia

- AFONSO, ISABEL AUGUSTA PRATA VAZ – *Direito à privacidade e segredo bancário nas ordens jurídicas portuguesa e internacional*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014. Dissertação de Mestrado.
- ALVES, TELMO JOSÉ MACEDO – «O sigilo bancário – Uma perspetiva constitucional em matéria tributária», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- AZEVEDO, MARIA EDUARDA DE ALMEIDA – *O segredo bancário e a fiscalidade na ordem jurídica portuguesa*, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/11067/978>
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – «Sigilo bancário: fica a saudade?», in *Temas de Direito Bancário I*, Cadernos o Direito, n.º 8, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014.
- *Direito Bancário*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- GOMES, NOEL – *Segredo bancário e Direito fiscal*, Almedina, Coimbra, 2006.
- LIMA, ANTÓNIO MANUEL CLEMENTE – «O novo regime do sigilo bancário», in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- MARQUES, ANA CAROLINA LOPES – *O sigilo bancário na relação jurídica fiscal*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2016. Dissertação de Mestrado.
- MARTINS, JESUÍNO ALCÂNTARA – *Derrogação de sigilo bancário*. Conferência, 2015. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B9bfe2caa-0426-4837-9e22-45cf9ab33e-f7%7D.pdf>.
- MENDES, PAULO DE SOUSA – «A orientação da investigação para a descoberta dos benefícios económicos e o sigilo bancário», in *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, Coimbra, 2010.
- MONTEIRO, RICARDO FILIPE CASQUINHA – *O sigilo bancário e a fraude fiscal: interrelação científica e dogmática*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2015. Dissertação de mestrado.
- OLIVEIRA, MADALENA PERESTRELO DE – «As alterações ao regime geral das instituições de crédito: o fim da era do sigilo bancário», in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, Número 7/8, julho/dezembro, Almedina, Coimbra, 2012.
- PAIS, LÍLIA MARQUES – *Derrogação do sigilo bancário para efeitos tributários*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Dissertação de Mestrado.
- PALMA, MARIA FERNANDA – «Perspetivas constitucionais em matéria de segredo bancário», in *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Almedina, Coimbra, 2010.

- RIBEIRO, PEDRO JOAQUIM CARDOSO – *Dados bancários enquanto dados sensíveis*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2011. Dissertação de Mestrado.
- ROTHES, FRANCISCO – «Algumas reflexões sobre a derrogação do sigilo bancário e a inspeção tributária suscitadas por um caso concreto», in *Desafios Tributários*, Vida Económica – Editorial, S.A, Porto, 2015.
- SIMÕES, FREDERICO MACHADO – «Quebra do segredo bancário na investigação da criminalidade organizada», in *O Direito*, Ano 150, III, Almedina, Coimbra, 2018.
- SOUSA, TERESA ALVES DE – «O novo regime de derrogação do sigilo bancário», in *Revista Fiscal*, n.º 9, outubro, Porto, 2009.
- VALENTE, MARIA SILVINA – «Da licitude da intervenção do Estado na limitação ao exercício do direito ao segredo bancário», in *Revista da Banca*, n.º 67, Janeiro/ Junho, 2009.

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de Publicação n'º Direito

1. A publicação de textos na revista *O Direito* depende de parecer prévio favorável da Comissão de Revisão, para verificação do cumprimento dos correspondentes critérios de publicação.

2. Os artigos a publicar n'º *O Direito* devem:

- (i) Cumprir os critérios de elevada qualidade científica, incluindo rigor, clareza e fundamentação científica, fixados no Estatuto Editorial da Revista;
- (ii) Ser inéditos;
- (iii) Cumprir o limite de 90.000 caracteres (cerca de 30 páginas), incluindo espaços e notas de rodapé;
- (iv) Incluir os nomes dos autores no corpo do texto em caracteres normais e os referidos em notas de pé-de-página em versalete;
- (v) Incluir os títulos de monografias, obras coletivas e revistas em itálico e os de textos inseridos em revistas e em obras coletivas entre aspas, em caracteres normais;
- (vi) Incluir resumos em português e em inglês, com 500 caracteres cada.

3. Os textos a incluir na secção “Breves Comentários”, incluindo breves anotações de jurisprudência e recensões devem cumprir os critérios definidos para os artigos, salvo quanto ao limite de caracteres, que é de 25.000, e à extensão dos resumos, de 150 caracteres cada.

4. Os textos devem ser submetidos em versão final. Só há umas provas antes da publicação, na qual se admitem correções de gralhas, mas não a introdução de texto novo.

